

JUSTICIA DE TRANSICIÓN
Y CONSTITUCIÓN II

KAI AMBOS

(Coord.)

JUSTICIA DE TRANSICIÓN Y CONSTITUCIÓN II

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-577 DE 2014
DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

COORDINADORES

KAI AMBOS
CHRISTIAN STEINER

AUTORES

DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO
JUANA ACOSTA LÓPEZ
MARÍA CARMELINA LONDOÑO LÁZARO
JOHN E. ZULUAGA T.



2015



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

- © Kai Ambos, 2015.
Christian Steiner, 2015.
- © Editorial Temis S. A., 2015.
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.
www.editorialtemis.com
correo elec.: gerencia@editorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Editorial Nomos S. A.
Carrera 39B, núm. 17-85, Bogotá.

ISBN 978-958-35-1071-7
2808 201500041950

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

PRESENTACIÓN CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL LATINOAMERICANO (CEDPAL)

GEORG-AUGUST-Universität de Göttingen (Alemania)

En este libro presentamos los resultados del seminario dedicado al análisis de la sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional colombiana relativa al artículo transitorio 66 de la Constitución Política, que fue introducido por el artículo 3° del acto legislativo 1 de 2012. Esta sentencia evaluó la constitucionalidad de la libertad de configuración legislativa que tiene el Congreso para determinar los delitos que serán considerados como conexos al delito político con el fin de regular la posible participación en política de los desmovilizados, luego de la suscripción de un acuerdo paz. Esta disposición constitucional sólo limitó al legislador estatutario frente a los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática que serán excluidos de la definición de delito político conexo.

Las versiones preliminares de los trabajos que aquí se publican han sido expuestas y discutidas en un seminario organizado y financiado por el Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano —CEDPAL— de la Georg-August Universität de Göttingen (Alemania) en conjunto con el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. El seminario se llevó a cabo en Bogotá el 24 de marzo de 2015. Los ponentes presentaron los avances de sus investigaciones relacionadas con las diferentes partes que componen la sentencia. Las exposiciones estuvieron a cargo de John Zuluaga, Diego Tarapués, Juana Acosta y Christian Wolffhügel. Las discusiones fueron moderadas por el Prof. Kai Ambos y por el Dr. Christian Steiner. Adicionalmente el seminario contó con la participación de Juliana Pavia del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la KAS. Con posterioridad, los autores presentaron la versión definitiva de sus trabajos procurando tener en cuenta las observaciones de los participantes del seminario. Esa versión final fue sometida a la evaluación del CEDPAL.

Agradecemos a todos los que han hecho posible la publicación de esta obra y la realización del seminario de discusión. En primer lugar, al Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, y especialmente a su Director, el Dr. Christian Steiner, por la contribución en

la organización y financiación del encuentro de discusión y de la presente publicación. En segundo lugar, a Christian Wolffhügel y Juliana Pavia por su participación en el seminario. Por último, a los autores de los trabajos que componen el libro: John Zuluaga, Diego Tarapués, Juana Acosta y María Carmelina Londoño-Lázaro

KAI AMBOS – EZEQUIEL MALARINO
Director General – Director Académico
Göttingen, Alemania, junio de 2015

PRESENTACIÓN FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER PROGRAMA ESTADO DE DERECHO PARA LATINOAMÉRICA

Aunque Colombia lleva casi tres años discutiendo el acto legislativo 1 de 2012, conocido como Marco Jurídico para la Paz, todavía hay mucho por debatir en materia de justicia transicional. Tema que se está discutiendo en la mesa de conversaciones entre el gobierno y las FARC, y, sobre todo, un asunto de gran relevancia porque del desarrollo de los instrumentos jurídicos para concretar el contenido de artículos 66 y 67 transitorios de la Constitución y de su articulación con los ya existentes, depende en buena medida la garantía de una paz estable y duradera.

La obra que aquí se presenta complementa el trabajo de análisis hecho en la publicación *Justicia de transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, pues revisa la segunda decisión que ha proferido el tribunal constitucional sobre el Marco Jurídico para la Paz: la sentencia C-577 de 2014.

Esa decisión de la Corte Constitucional tiene como elemento central la participación política de miembros de grupos armados al margen de la ley desmovilizados colectivamente en virtud de un acuerdo de paz, derivada de la aplicación de la figura jurídica del delito político y crímenes conexos. Un tema que ha estado siempre presente en los procesos de paz que se han adelantado en Colombia. Sin embargo, en esta oportunidad el Marco Jurídico para la Paz y las negociaciones que se adelantan en La Habana tienen como principio fundamental los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, además de la búsqueda de la reconciliación nacional, lo cual genera complejos debates sobre el desarrollo legal de los contenidos del artículo 67 transitorio a la luz de las normas constitucionales e internacionales.

Para quienes se oponen a la aplicación del delito político en el caso de la guerrilla de las FARC, el problema deriva de la obligación del Estado de investigar y juzgar graves violaciones a derechos humanos porque, según ellos, el artículo 67 transitorio abre la posibilidad de que crímenes de guerra y de lesa humanidad, o delitos como el terrorismo o el narcotráfico, puedan ser considerados conexos al delito político. Esto, porque el marco jurídico democrático contenido en la Constitución, no permite que responsables de conductas criminales como las mencionadas participen en política.

Por su parte, los defensores de la norma establecen que el principio del marco jurídico democrático fue pensado para ampliar la democracia colombiana, para promover el debate público pluralista y para garantizar la participación de las distintas posturas que existen en la sociedad colombiana. Afirmación que se demuestra por el momento histórico que se vivió entre 1989 y 1991: la desmovilización de varios movimientos guerrilleros como el M-19, el EPL o el Quintín Lame, y su participación en la Asamblea Constituyente; por la intención del constituyente de incluir a estos actores a la política, reflejada en varias normas sobre delito político; y, en materia de justicia transicional, porque la participación política de desmovilizados en el marco de un acuerdo de paz se traduce en una garantía de no repetición, en la idea de Humberto de la Calle recogida en la frase: “no más política con armas”.

La decisión de la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2014 fue declarar la constitucionalidad del artículo 67 transitorio como norma que desarrolla el marco jurídico democrático, armonizándolo con lo establecido por el artículo 66 transitorio, al determinar que para el caso de desmovilizados seleccionados y condenados en el marco del proceso de justicia transicional debe garantizarse el cumplimiento del deber de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos, de acuerdo con las condiciones establecidas en el acto legislativo 1 de 2012. Decisión que aún admite discusiones, como se presenta en los artículos contenidos en este libro.

Precisamente el objetivo de esta obra, como lo fue el del anterior tomo, es ser un aporte a la discusión referida, teniendo en cuenta que serán las leyes estatutarias regulatorias del Marco Jurídico para la Paz las que definirán el alcance de los delitos conexos al delito político para efectos de la participación en política de desmovilizados de las FARC, y eventualmente del ELN, si se firma un acuerdo de paz.

El libro, a su vez, es parte de una serie de esfuerzos del Programa Estado de Derecho para apoyar el proceso de paz en Colombia, al fomentar espacios de diálogo entre diferentes actores que generen aportes a la construcción de una paz estable y duradera. Durante 2013 y 2014 se organizaron actividades construyendo alianzas y haciendo uso de diferentes metodologías o formatos. Se desarrolló un ciclo de conversatorios nacionales y regionales sobre el proceso de paz, de la mano de diferentes organizaciones, sobre cuatro aspectos centrales de la agenda de La Habana: participación política de excombatientes, penas alternativas, refrendación de los acuerdos y su implementación en los territorios y regiones del país. También se organizaron debates con actores estratégicos de las ramas del poder público, organizaciones de la sociedad civil, cooperación internacional y la academia sobre el acuerdo de drogas ilícitas, participación política de excombatientes y refrendación

de acuerdos de paz, y se convocaron reuniones con jóvenes y expertos en temas de construcción de paz, memoria histórica, pedagogía para la paz.

Sin duda se trata de debates que se dan, como debe ser, en todos los ámbitos y en múltiples escenarios. Este libro es un aporte más al desarrollo normativo del Marco Jurídico para la Paz y de la estrategia integral de justicia transicional que se prevé, con fundamento, claro está, no solo en el texto constitucional sino en las sentencias que la Corte Constitucional ha pronunciado sobre el mismo.

Dr. CHRISTIAN STEINER y JULIANA PAVÍA VENEGAS
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Fundación Konrad-Adenauer
Bogotá D. C., junio de 2015

LISTA DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

AL	Acto Legislativo
arts.	Artículos
CC	Corte Constitucional —Colombia—
cfr.	Confróntese, compárese, véase
CLH	Crímenes de Lesa Humanidad
coord.	Coordinador
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPI	Corte Penal Internacional
CP	Código Penal
CPP	Código de Procedimiento Penal
CSJ	Corte Suprema de Justicia —Colombia—
CVR	Comisión (o Comisiones) de Verdad y Reconciliación (ver también: TRC)
DDHH	Derechos Humanos
DDR	Desmovilización, Desarme y Reintegración
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DPI	Derecho Penal Internacional
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional
eds.	Editores
ER	Estatuto de Roma (ECPI —Estatuto Corte Penal Internacional—)
et al	y otros
FARC	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (GAOML —Colombia—)
FGN	Fiscalía General de la Nación
FiscalíaCPI	Fiscalía de la Corte Penal Internacional
GAOML	Grupo(s) Armado(s) Organizado(s) al Margen de la Ley
GIZ	Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (Agencia de Cooperación de Desarrollo Alemana)

<i>Ibid</i> , <i>ibídem</i>	en el mismo lugar
ICC	International Criminal Court (ver también: CPI)
ICIP	Institut Catalá International per la Pau
ICTJ	International Centre for Transitional Justice
JT	Justicia Transicional
JYP	Proceso de Justicia y Paz
LJP	Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005)
MJP	Marco Jurídico para la Paz
nm.	Número/s marginal/es
núm.	Número
num.	Numeral
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PA	Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra
pág.	página
párr.	párrafo(s)
para.	parágrafo(s)
ProFis	Apoyo a la Fiscalía General de la Nación en el contexto de la Ley de Justicia y Paz –un ejemplo de justicia transicional- (GIZ)
Rad.	Radicado
Res.	Resolución (Resolution)
s.	siguiente
ss.	siguientes
TESL	Tribunal Especial para Sierra Leona
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia
vol.	volumen
UNAC	Unidad de Análisis de Contexto
UNFJYP	Unidad Nacional de Fiscalías para Justicia y Paz (también: UNJP —Colombia—)
UNJP	Unidad Nacional de Justicia y Paz (FGN -Colombia-)
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (revista jurídica alemana) < www.zis-online.com >

ÍNDICE GENERAL

	PÁG
Presentación Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL)	VII
Presentación Fundación Konrad-Adenauer	IX
Siglas y abreviaturas	XIII

CONTENIDO Y ALCANCE DEL DELITO POLÍTICO EN EL MARCO JURÍDICO PARA LA PAZ Y EN LA SENTENCIA C-577 DE 2014

DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO

1. Introducción.....	2
2. Sobre el concepto de delito político y delito político conexo	4
A) Relatividad del concepto y criterios teóricos generales	5
B) Definición conceptual en Colombia	10
3. La tradición histórica y constitucional del delito político en Colombia.	16
A) Orígenes y desarrollos del régimen diferenciador del delito político	17
B) La articulación del delito político con la búsqueda de la paz.....	19
C) Tratamiento privilegiado del delito político en el ordenamiento jurídico colombiano.....	21
a) En relación con la concesión de amnistías e indultos.....	23
b) En relación con la prohibición de extradición.....	25
c) En relación con la posibilidad de participar en política	27
4. Participación política de delincuentes políticos en el contexto actual ...	30
A) El rol del delito político en la estrategia integral de justicia transicional	31
B) Libertad de configuración legislativa en la definición del delito político conexo	34
a) La tesis de las finalidades del delito político y la restricción de la definición	35
b) Prohibición de la conexidad para crímenes de lesa humanidad y genocidio	38
5. Conclusiones y recomendaciones	40
Bibliografía	42

**JUSTICIA TRANSICIONAL Y CRIMINALIDAD POLÍTICA.
IMPLICACIONES DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL MODELO
DE SELECCIÓN Y PRIORIZACIÓN PROCESAL PENAL**

JOHN E. ZULUAGA TABORDA

	PÁG
1. Introducción.....	47
2. Selección y priorización como parámetros para la justicia transicional	52
3. Alcance del análisis sobre selección y priorización en la sentencia C-577 de 2014	56
A) Restricciones “ratione materiae”	58
a) Enfoque vigente.....	58
b) Implicaciones para la investigación.....	61
B) Restricciones “ratione personae”.....	65
a) Enfoque vigente.....	65
b) Implicaciones para la investigación.....	68
C) Restricciones complementarias	72
a) Enfoque vigente.....	72
b) Implicaciones para la investigación.....	74
Conclusiones	76
Bibliografía	78

**JUICIO DE SUSTITUCIÓN: LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA
DE EXCOMBATIENTES COMO DESARROLLO
DEL MARCO DEMOCRÁTICO PARTICIPATIVO**

JUANA ACOSTA-LÓPEZ

MARÍA CARMELINA LONDOÑO-LÁZARO

1. Introducción.....	85
2. Inversión del argumento de la demanda: la Constitución invita a la participación política de excombatientes.....	87
A) La premisa mayor: el marco democrático participativo como elemento esencial de la Constitución Política de 1991	88
a) El planteamiento de la premisa mayor por parte del demandante	88
b) Inversión del argumento del demandante: el marco democrático participativo exige proteger, no prohibir, la posibilidad de participación política de quienes hayan cometido delitos políticos o conexos con los políticos.....	89
aa) Donde todo inicia: la Asamblea Nacional Constituyente y la Constitución como Tratado de Paz	90
bb) La participación política como contenido normativo definitivo de la Constitución de 1991	92

	PÁG
cc) La participación política y el derecho internacional de los derechos humanos	93
c) Conclusión frente a la premisa mayor	97
B) La premisa menor: ¿qué dice y qué no dice el artículo transitorio 67?	97
a) El verdadero alcance del artículo transitorio 67: su excepcionalidad en el marco de la justicia transicional.....	98
b) Los delitos conexos al delito político para efectos de participar en política: ¿se aplican las mismas limitaciones del deber de investigar, juzgar y sancionar?	99
C) Síntesis del juicio de sustitución: el artículo transitorio 67 en cambio de violar el principio democrático participativo, lo desarrolla.....	100
a) Garantías de no repetición: el papel del artículo transitorio 67 en la reconciliación.....	101
b) El papel del margen de apreciación de los Estados en procesos de paz.....	103
3. Efectos reflejos de la sentencia C-577 de 2014: los límites al Congreso en el diseño de leyes estatutarias que desarrollen el Marco Jurídico para la Paz.....	107
A) Condicionamientos del artículo transitorio 67	108
a) El papel de las víctimas en la definición de los delitos conexos: exigencia al legislador de no reproducir las condiciones de afirmación humillante de poder	108
b) El cumplimiento de la condena impuesta en el marco de la justicia transicional para quienes hayan sido seleccionados como condición para participar en política	111
B) Visión crítica de la sentencia de la Corte Constitucional respecto de las amnistías y los indultos.....	113
Conclusiones	114
Bibliografía	116
Anexo: Declaración sobre la posible participación política de excombatientes.....	121
Lista de autores	123

CONTENIDO Y ALCANCE DEL DELITO POLÍTICO EN EL MARCO JURÍDICO PARA LA PAZ Y EN LA SENTENCIA C-577 DE 2014

DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO

Resumen:** En este texto se analiza el contenido normativo del artículo 67 transitorio de la Constitución, partiendo de los fines perseguidos por esta reforma constitucional y de los argumentos jurisprudenciales que ha brindado la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2014. Además se profundiza en el desarrollo conceptual que ha tenido el delito político no solo en términos teóricos generales, sino también en el contexto específico colombiano con el propósito de complementar el análisis planteado en la sentencia. También se hace hincapié en el fuerte vínculo que existe entre delito político y búsqueda de la paz en la tradición histórica y constitucional de Colombia, lo cual representa un factor fundamental a la hora de definir el papel de esta figura en la estrategia integral de justicia transicional. En general, este texto brinda argumentos a favor de la amplia libertad de configuración del legislador para definir las conductas que podrán ser consideradas conexas al delito político, siempre y cuando dicha definición respete las salvedades contempladas en la Constitución. Por lo tanto se debe respetar la prohibición constitucional de incluir los crímenes de lesa humanidad y de genocidio cometidos de manera sistemática y además se debe fijar con claridad el alcance de dicha definición en el ámbito de la participación política, de tal manera que no tenga validez en las demás finalidades contempladas para el delito político.

Palabras claves: Marco Jurídico para la Paz, delito político, participación en política, conexidad, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y de genocidio.

** Agradezco a los participantes del seminario realizado el 24 de marzo de 2015 en Bogotá por sus comentarios. Igualmente a Luis Castro, estudiante de Derecho de la Universidad de Santiago de Cali.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 67 transitorio de la Constitución, incorporado por el artículo 3° del MJP (AL 1 de 2012), refiere a la libertad de configuración que tiene el legislador para definir por medio de una ley estatutaria las conductas que podrán ser consideradas como conexas al delito político con el único fin de establecer los alcances de la participación en política de los futuros desmovilizados. Este artículo, que fue demandado en su totalidad y que fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2014¹, se articula a los esfuerzos institucionales para formular una estrategia integral de justicia transicional y por eso guarda una estrecha relación con la primera disposición del MJP.

Por un lado, el artículo 66 transitorio busca establecer mecanismos generales que permitan resolver la situación jurídico-penal de los desmovilizados atendiendo a los estándares internacionales², esto mediante la formulación de instrumentos de justicia transicional de carácter judicial y extrajudicial dirigidos a garantizar los deberes estatales de investigación, judicialización y sanción³. De otra parte, el artículo 67 transitorio se circunscribe más a una dimensión política y constitucional en la que se emplea la figura del delito político como instrumento que garantiza la posible participación en política de los desmovilizados. Si bien estos dos artículos

¹ En principio se presentaron dos acciones públicas de inconstitucionalidad en contra de este artículo, una presentada por el ciudadano José Octavio Hoyos Gómez (exp. D-9808) y la otra por el exviceministro de defensa Rafael Giovanni Guarín Cotrino (exp. D-9819). No obstante, la Corte inadmitió la primera demanda de inconstitucionalidad y centró su análisis solamente en demanda de Rafael Guarín. Cfr. auto de 2 septiembre 2013, auto de 16 septiembre 2013, (exps. Acumulados D-9808 y D-9819) y auto de 14 enero 2014 (exp. D-9819), todos del Magistrado Sustanciador Alberto Rojas Ríos, Corte Constitucional.

² Sobre dichos estándares véase: CATALINA BOTERO MARINO & ESTEBAN RESTREPO SALDARRIAGA, “Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia”, en Rodrigo Uprimny, *et al.*, *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006, págs. 45-107; PAUL VAN ZYL, “Promoviendo la justicia transicional en sociedades post-conflicto”, en MAURICIO ROMERO (ed.), *Verdad, memoria y reconstrucción*, Bogotá, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2008, págs. 14-44, entre otros.

³ La constitucionalidad de esta disposición fue examinada en la sentencia C-579 de 2013. Al respecto véase un análisis detallado a este fallo en: KAI AMBOS (Coord.): *Justicia de Transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Temis/Cedpal/Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014.

atienden aparentemente a temáticas disimiles, ambos están planteados como fórmulas complementarias que pretenden asegurar jurídicamente la viabilidad de los eventuales acuerdos de paz que se suscriban en el marco de las negociaciones que viene adelantando el gobierno colombiano con la guerrilla de las FARC y muy posiblemente que también se llevarán a cabo con la guerrilla del ELN. La reciprocidad y complementariedad de estos dos artículos es clave en la argumentación expuesta en la sentencia C-577 de 2014.

Con relación a las consideraciones fijadas en esta sentencia, se debe destacar la importancia que adquiere el acápite relacionado con el “concepto y ámbito de aplicación del delito político en el marco de la participación política”⁴. El objeto central de estudio de esta decisión radica en la figura del delito político y en la posibilidad de definir su conexidad por medio de una ley estatutaria, algo que por supuesto implica el análisis exhaustivo de esta figura y del contexto histórico, doctrinario, normativo y jurisprudencial que le caracterizan. En este orden de ideas, para analizar este punto de la sentencia es necesario ahondar en las diferentes teorías que se han desarrollado en torno al delito político, así como también en los planteamientos doctrinales y jurisprudenciales que han intentado delimitar su conexidad. De igual forma, se debe repasar la tradición histórica y constitucional que ha tenido el delito político en el ordenamiento jurídico colombiano para comprender su importancia y las múltiples finalidades que se adscriben a esta figura de naturaleza jurídico-política.

Asimismo, una revisión integral del tema a la luz del MJP y de la sentencia C-577 de 2014 implica precisar el papel que juega la participación política de delincuentes políticos en el contexto de la búsqueda de la paz. Para ello debemos ser conscientes del dimensionamiento que le han dado tanto el constituyente derivado como el juez constitucional al delito político. De acuerdo a esta visión, el delito político pasa a ser oficialmente la herramienta clave para la reincorporación social y política de los desmovilizados, coadyuvando a materializar el propósito de alcanzar la paz de manera estable y duradera⁵ por medio de una estrategia integral de justicia transicional que ha venido configurando el Estado

⁴ Sentencia C-577 de 2014, vii. Consideraciones, num. 6.

⁵ El objetivo central del MJP consiste en facilitar “la terminación del conflicto armado y el logro de la paz estable y duradera”. Cfr., art. 1º, inciso 1º, del AL 1 de 2012. Sobre el sentido de esta “finalidad prevalente” véase: JOHN ZULUAGA TABORDA, “Alcance del artículo 1º inciso 4º del acto legislativo 1 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal”, en KAI AMBOS (Coord.),

colombiano para tratar de resolver el conflicto en el que se encuentra inmerso hace más de medio siglo.

2. SOBRE EL CONCEPTO DE DELITO POLÍTICO Y DELITO POLÍTICO CONEXO

El MJP no brinda ningún concepto de delito político ni plantea positivamente conductas que puedan ser conexas a este delito. Partiendo de este hecho, la Corte Constitucional se adentra al análisis de esta figura, no sin antes resaltar el alto grado de complejidad para definir no solo el concepto de delito político, sino también sus alcances. En especial, esta dificultad se plantea en el ámbito constitucional donde simplemente se le enuncia, pero no se brinda definición alguna⁶. Por esta razón, la Corte le dedica un acápite a la “Complejidad del concepto de delito político”⁷, aunque su esclarecimiento no es tan bueno. Este subpunto de la sentencia inicia con un párrafo que pretende resumir los antecedentes del concepto, pero que lastimosamente solo sugiere la existencia de diferentes tradiciones históricas, sin que estas sean realmente abordadas⁸. En lugar de eso, la Corte se adhiere a una visión objetivista del delito político en la que si bien reconoce que ni la Constitución ni el CP han definido este concepto, parte de la visión tradicional de que los tipos penales que conforman el Título XVIII del CP, es decir, los delitos de rebelión, sedición y asonada, son las conductas tomadas como delitos políticos en Colombia⁹. Pese a

Justicia de Transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional, Bogotá, Temis/Cedpal/Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014, págs. 159-164.

⁶ *Ibid.*

⁷ Cfr. sent. C-577 de 2014, VII. Consideraciones, num. 6.1.

⁸ La Corte solo se limita a decir que en Roma “se consideraban delitos políticos el decapitar, vender, quemar la estatua del emperador, faltar al respecto a las imágenes imperiales, negarse a jurar por el Cesar o modelar estatuas de mayor altura que las dedicadas a él. Posteriormente, en la Alta Edad Media, el delito político fue una conducta con un contenido indefinido, que abarcaba todo acto hostil en contra del Estado. Más adelante, en la Edad Moderna y con ocasión de la Revolución francesa, se estableció la separación entre la persona que gobernaba y el Estado como institución política, de esta manera, surgieron nuevas acepciones relacionadas con el concepto jurídico. Sin embargo, es preciso aclarar que el término delito o crimen político propiamente dicho data de la Revolución francesa, considerado como un hecho punible contra el Estado”. Cfr. sent. C-577 de 2014, VII. Consideraciones, num. 6.1.

⁹ Véase arts. 467, 468 y 469 del CP y sent. C-577 de 2014, VII. Consideraciones, num. 6.1.

que la ley 599 de 2000 no determina expresamente que estos tipos penales deben ser considerados como delitos políticos, en Colombia los denominados delitos contra el régimen constitucional y legal han sido tomados como “delitos políticos puros” gracias a los planteamientos fijados en la doctrina y la jurisprudencia incluso desde antes de la promulgación del CP de 1980.

Debido a la falta de claridad y de contexto teórico del concepto en el derecho colombiano, resulta apropiado enfocarse un poco en esta compleja aproximación a la noción de delito político para comprender el modelo de delimitación conceptual adoptado en la doctrina y jurisprudencia colombianas. Por tal razón, antes de ahondar en las particularidades del delito político en el ordenamiento jurídico colombiano, se tratará primero, en términos generales, la relatividad y vaguedad del concepto y se profundizará en cómo han surgido diversas posiciones teóricas para tratar de delimitar este concepto a través de una explicación un poco más detallada que la brindada por la Corte sobre la existencia de al menos dos tradiciones históricas en torno a la idea del delito político.

A) *Relatividad del concepto y criterios teóricos generales*

La referencia de la Corte Constitucional¹⁰ a las diversas concepciones del delito político en diferentes momentos de la historia es apropiada, sin embargo se queda corta a la hora de aclarar que esta variación del concepto ha influido considerablemente en la construcción de las dos principales visiones teóricas actuales sobre el delito político¹¹. En efecto, en la primera fase histórica, la cual se circunscribe a las monarquías teocráticas de la antigüedad y posteriormente de la edad media¹², se forjan las bases conservadoras y reaccionarias en torno al crimen de lesa majestad (*crimen laesae maiestatis*) y al crimen de perduello (*perduellis*)¹³. Estas conductas

¹⁰ Cfr. sent. C-577 de 2014, VII. Consideraciones, num. 6.1.

¹¹ Sobre estas tradiciones véase: DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO, “Un recuento teórico e histórico del delito político y de su rol actual en Colombia”, en *Memorias de Investigación Grupo Gicpoderi 2011*, Cali, Universidad Santiago de Cali, 2011, págs. 229 y ss.

¹² CHARIS PAPACHARALAMBOUS, *Das politische Delikt im legalistischen Rechtsstaat: Beitrag zu einer Theorie der illegalen politischen Kommunikation*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1991, págs. 12 y ss.

¹³ Al respecto, véase: FERNANDO DEL VILLAR LARA, *Delito político y su excusa absolutoria*, México D.F., Porrúa, 2009, págs. 10 y ss.; OSCAR VILLARROEL GONZÁLEZ, “El crimen político en la Baja Edad Media: entre la oposición política y el delito”,

representaban los crímenes políticos en aquella época y su justificación se ligaba exclusivamente a la protección del Estado y del *status quo*. Como acertadamente lo indica la Corte en la sentencia C-577 de 2014, el delito político en ese entonces era “una conducta con un contenido indefinido, que abarcaba todo acto hostil en contra del Estado”¹⁴ y se trataba al delincuente político como al peor criminal de todos, razón por la cual muchas veces se le imponía hasta la pena de muerte¹⁵.

La segunda fase histórica da cuenta de una concepción moderna del delito político que parte de los principios y valores que se fijaron en la cultura occidental luego de las revoluciones liberales, especialmente con ocasión de la Revolución francesa y la consecuente “separación entre la persona que gobernaba y el Estado como institución política”¹⁶. En el marco de esta perspectiva histórica del delito político se toma al delincuente político como un héroe audaz que lucha contra Estados totalitarios o gobiernos dictatoriales en pro de la democracia, la libertad y la igualdad¹⁷.

A partir de estas dos fases históricas con visiones opuestas sobre el delito político, FERRAJOLI fundamenta la existencia actual de dos tradiciones sobre el delito político: “la razón de estado” y “el derecho de resistencia”¹⁸. Al respecto, FERRAJOLI señala: “Las dos tradiciones —la del derecho de resistencia como justificación del delito político, cualquiera que sea, y la de la razón de estado como justificación de la represión, cualquiera que sea— se oponen entre sí y, sin embargo, convergen y conviven en la práctica de la política moderna: una, fundada sobre la justificación de cualquier medio por muy inmoral que sea y penalmente ilegal respecto

primera parte, en *Clío & Crímen: Revista del Centro de Historia del Crimen de Durango*, num. 5, 2008, págs. 270 y ss.

¹⁴ Sent. C-577 de 2014, VII. Consideraciones, num. 6.1.

¹⁵ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *et al.: Tratado de derecho penal*, 5ª ed., t. III, Buenos Aires, Losada, 1992, pág. 168.

¹⁶ Sent. C-577 de 2014, VII. Consideraciones, num. 6.1.

¹⁷ ALBERTO MONTORO, “En torno a la idea de delito político. Notas para una ontología de los actos contrarios a derecho”, en *Anales de Derecho*, núm. 18, 2000, pág. 139 y PAPACHARALAMBOUS, *supra nota* 12, págs. 25 y ss.

¹⁸ LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, págs. 809 y ss. Por su parte, ROSLER aborda esta dicotomía pero desde las denominadas “tesis soberana” y “tesis liberal”. Cfr. ANDRÉS ROSLER, “Estado de derecho, delito político y terrorismo”, en C. STEINER (ed.), *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, t. 20, Bogotá, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014, págs. 810 y ss.

al fin ético de la resistencia contra las perversiones tiránicas del estado, y la otra, fundada sobre la justificación de cualquier medio, incluso del más inmoral e ilegal, con el fin igualmente ético de defender al estado de los atentados internos —y no sólo externos— contra su seguridad”¹⁹. Hoy en día es importante señalar que debido a esa dualidad de tradiciones y visiones en torno al delito político, la conceptualización del mismo y el tratamiento que se le da puede pasar de un extremo al otro dependiendo del lugar, incluso dentro de un mismo sitio puede variar la posición según el momento histórico que se experimente.

En ese sentido, la doctrina nacional así como internacional ha admitido que no existe concepto universal de delito político, sino que por el contrario es algo que varía de país en país y a través del tiempo y que además debería ser definido por el legislador²⁰. Al respecto, un clásico sobre el tema en el derecho anglosajón, FERRARI, señala que el delito político “depende del legislador y difiere considerablemente de un lugar a otro”²¹. Por su parte, en el derecho alemán autores como SCHNEIDER y WILLEMS reconocen que la delincuencia política, más exactamente la criminalidad políticamente motivada, “depende del sistema (político)” a tal punto de que “lo que puede ser un delito en un determinado sistema político, posiblemente sea una heroicidad en otro sistema político”, incluso el primero advierte además que la relatividad del concepto aplica también para la sucesión histórica de sistemas políticos²².

A nivel nacional, LUIS CARLOS PÉREZ —un clásico en la doctrina colombiana sobre delito político— señala que “no ha habido acuerdo para definir, o siquiera describir, el delito político”²³ y que hace falta

¹⁹ *Ibid.*, pág. 811.

²⁰ DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO, “Delito político conexo e participação na política segundo o marco jurídico para a paz colombiano”, en *Revista de estudos criminais*, vol. 12, num. 56, 2015, págs. 67-81.

²¹ De manera exacta señala: “Political crime is not a natural crime. It is dependent upon the legislator, and differs considerably from place to place. It is still more varied than common, statutory crime” ROBERT FERRARI, “Political crime”, in *Columbia Law Review*, num. 20, 1920, pág. 309.

²² Cfr. HELMUT WILLEMS, “Strukturen und Entwicklungen politisch motivierter Kriminalität in Deutschland”, in Jahrestagung, *Politischer Extremismus, Jugendkriminalität und Gesellschaft*, Konstanz, DVJJ, 2001, págs. 31-32. De manera más concreta véase HANS SCHNEIDER, *Kriminologie*. Berlin, De Gruyter, 1987.

²³ LUIS CARLOS PÉREZ, *Tratado de derecho penal*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1967, pág. 409.

“una definición legal” de “cuáles son los hechos a que se refiere tanto la Constitución como el CP, bajo el nombre de delitos políticos” y por eso surge la necesidad de “remitirse a la doctrina jurídica”²⁴, la cual —como se sabe— nutrió las bases argumentativas que se han fijado en la jurisprudencia, primero de la Corte Suprema de Justicia y posteriormente de la Corte Constitucional. En este orden de ideas, es posible sostener que no existen criterios universales para definir al delito político que establezcan tajantemente que determinadas conductas deben ser obligatoriamente consideradas y otras tantas descartadas. Por el contrario, como sabemos, la elaboración de su concepto ha oscilado entre diversas posiciones que se han desarrollado a través de las teorías jurídicas objetivas, subjetivas y mixtas que han definido los alcances del delito político a partir de diversos criterios.

La primera de estas teorías, la objetiva, se basa en la tradición más antigua de definir al delito político como la conducta que atenta contra el Estado y por lo tanto se basa en aquella visión que apela a la razón de estado para conceptualizar, punir y perseguir a aquellos que se levantan en armas contra un régimen constitucional o legal. En la teoría objetiva, lo que importa son los tipos penales y la naturaleza del bien jurídico tutelado. Es decir, solo serán delitos políticos aquellos delitos contra el Estado²⁵.

Por su parte, las teorías subjetivas surgieron bajo la sombra de las tesis liberales que reclamaban la valoración de componentes subjetivos, como la motivación y la finalidad, para entrar a clasificar y valorar a una conducta como delito político²⁶. Evidentemente estas teorías parten de la segunda tradición antes mencionada, es decir, la del derecho de resistencia. En consecuencia un delito puede ser tomado como delito político porque se comete por motivos políticos y persigue fines políticos, independientemente de que sea un delito contra el Estado o si es un delito contra un bien jurídico individual. La amplitud de esta posición

²⁴LUIS CARLOS PÉREZ, *Tratado de derecho penal*, t. III, Bogotá, Edit. Temis, 1968, pág. 102.

²⁵Cfr. PAPACHARALAMBOUS, *supra nota* 12, págs. 137 y ss.; PÉREZ, *supra nota* 24, págs. 68 y ss.; EUSEBIO GÓMEZ, *Tratado de derecho penal*, t. v, Delitos contra la seguridad pública y contra la seguridad de la nación, Delitos políticos y contra el orden público, Delitos contra la administración pública, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1941, págs. 301 y ss.

²⁶Cfr. PAPACHARALAMBOUS, *supra nota* 12, págs. 148 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *supra nota* 15, págs. 210 y ss.; GÓMEZ, *supra nota* 25, págs. 61 y ss.; MARIANO RUIZ-FUNES, *Evolución del delito político*, Madrid, Fondo de Cultura Económica de España, 2013, págs. 81 y ss.

teórica para definir al delito político ha sido constantemente criticada por no dar espacios de distinción clara entre delitos comunes y delitos políticos²⁷. Por eso se han desarrollado variantes que van desde posturas subjetivas amplias que consideran que cualquier hecho punible políticamente motivado es subsumible a la categoría de delito político, hasta planteamientos subjetivos restrictivos que han introducido un elemento ideológico a las convicciones políticas bajo las cuales se debe realizar el delito para que sea considerado como delito político²⁸. En este orden de ideas, las teorías restrictivas van a insistir en que los motivos y fines políticos deben ser altruistas y progresistas de tal forma que se busque con ello el establecimiento de un Estado más social, más libre y más igualitario, descartando al mismo tiempo conductas políticamente motivadas que sean reaccionarias o fascistas y que pueden provenir de represiones políticas estatales o paraestatales²⁹.

Por último, producto del híbrido de las dos anteriores posiciones teóricas, han surgido las denominadas teorías mixtas³⁰, las cuales al igual que las teorías subjetivas pueden ser diferenciadas entre una de carácter amplia y otra de carácter restrictiva³¹. La primera de estas es la forma más amplia de definir los delitos políticos al mezclar alternativamente las tesis objetiva y subjetiva, de tal forma que por delito político podrá entenderse tanto aquellas conductas determinadas por un motivo político, como también aquellas que realicen un tipo penal que proteja al Estado³². De otro lado, la teoría restrictiva limita el concepto aún más que la propia teoría objetiva al mezclar cumulativamente el elemento objetivo y subjetivo, de manera que un delito solo es considerado como político si se trata de una lesión o amenaza directa al Estado que además ha sido motivada políticamente³³. En ese sentido se excluyen acciones contra el Estado que aparentemente pueden ser delitos políticos pero que no

²⁷ RICARDO POSADA MAYA, “Aproximación al concepto jurídico del delito político”, en Ricardo Posada (ed.), *Delito político, terrorismo y temas de derecho penal*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2010, págs. 23-24; MONTORO, *supra nota* 17, pág. 146.

²⁸ POSADA MAYA, *supra nota* 27, págs. 19 y ss.

²⁹ Al respecto véase: MONTORO, *supra nota* 17, pág. 147; DEL VILLAR LARA, *supra nota* 13, pág. 146.

³⁰ Cfr. PAPACHARALAMBOUS, *supra nota* 12, págs. 158 y ss.

³¹ Véase: MONTORO, *supra nota* 17, pág. 147; POSADA MAYA, *supra nota* 27, págs. 25 y ss.

³² *Ibid.*, pág. 25.

³³ *Ibid.*, págs. 25-26.

persiguen motivos y fines políticos, sino intereses individuales propios de la criminalidad común; tal sería el caso de mercenarios o ejércitos paramilitares que en lugar de querer desmontar un Estado o un gobierno influenciados fuertemente por convicciones políticas que los animan a producir cambios políticos estructurales, lo que buscan es dinero por esa acción o simplemente la protección de intereses individuales.

En el marco de estas teorías se ha sistematizado además la noción de delito político por medio de variadas divisiones conceptuales. De esta forma, doctrinariamente se han elaborado los conceptos de delitos políticos puros y delitos políticos relativos para tratar de precisar aún más los alcances del concepto. Los primeros son los delitos que, bajo la visión objetiva, abarcan exclusivamente los tipos penales que protegen la existencia del Estado³⁴. Mientras los delitos políticos relativos obedecen a las visiones subjetivas y mixtas que reconocen la realización de otras conductas para la comisión de un delito político puro. Por consiguiente, se entiende por delitos políticos relativos aquellos tipos penales dirigidos contra otros bienes jurídicos cuya comisión tiene lugar dentro de la consumación de un delito contra el Estado³⁵. A la vez, estos delitos son diferenciados teóricamente entre delitos complejos en los cuales el ataque a un bien jurídico individual pasa a confundirse con la comisión de un delito político absoluto, como por ejemplo el asesinato a un jefe de Estado; y delitos conexos que son tomados como medios para la realización o encubrimiento de un delito político puro³⁶, como por ejemplo delitos cometidos para financiar las actividades encaminadas a consumar el delito político puro o para tener los elementos necesarios —como las armas— sin los cuales no sería posible cometer el delito contra el Estado³⁷.

B) *Definición conceptual en Colombia*

En Colombia la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de definir y delimitar el concepto de delito político ante el vacío legislativo

³⁴ MONTORO, *supra nota* 17, pág. 142.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Autores como APONTE y DURÁN sostienen que la realización de delitos políticos (puros) indiscutiblemente exige la comisión de otros delitos que le son inherentes. ALEJANDRO APONTE, “Civiles y conflicto armado en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, num. 19, 2007, pág. 94 y JULIÁN A. DURÁN PUENTES, *El delito político: desnaturalización jurídica y conflicto interno*, Bogotá, Leyer, 2003, págs. 80 y ss.

en la materia, aunque no lo han hecho con hondura y precisión³⁸. El delito político ha estado presente en el ordenamiento jurídico colombiano desde hace mucho tiempo, no obstante solo aparece para distinguírsele del delito común y asignársele un tratamiento diferenciado³⁹. Estas dos situaciones, por un lado, aquella ausencia de un concepto legal o constitucional y, por el otro, la existencia de un tratamiento diferenciado al que recibe la delincuencia común, han conducido a que las altas cortes y la doctrina intenten darle contenido a este concepto, pero restringiéndolo con el propósito de que no cualquier conducta sea tratada de manera benévola.

En esa doble tarea de definición y de delimitación, la doctrina y la jurisprudencia colombianas de la primera mitad del siglo xx siguieron las tendencias europeas de aquella época para tratar de conceptualizar al delito político. Por un lado, llegó a Colombia la tradición conservadora y objetiva, propia de las monarquías totalitarias, de querer velar por el *statu quo*, encasillando como delito político cualquier atentado en contra del Estado. Lo mismo sucedió con la recepción de las teorías subjetivas basadas en planteamientos revolucionarios liberales; estas teorías también llegaron fuera de contexto en tanto que el delincuente político colombiano no representaba propiamente a los burgueses liberales enfrentados contra un Estado despótico. Es decir, la construcción del concepto de delito político en Colombia se orientó por los desarrollos teóricos de la época, pero que habían surgido en contextos sociales y políticos muy diferentes a los experimentados en el país. En contraste al caso europeo, en Colombia la delincuencia política se ha caracterizado por la existencia de agrupaciones guerrilleras comunistas que luchan contra un Estado⁴⁰ que, pese a las dificultades que presenta, no deja de ser un Estado Democrático y Constitucional de Derecho⁴¹.

³⁸ Cfr. FERNANDO VELÁSQUEZ, “¿Delito político o delito común?”, en *Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales*, núm. 10, 2007, págs. 12-13.

³⁹ Al respecto, la Corte Constitucional ha sido clara en señalar que “[I]a Constitución distingue los delitos políticos de los delitos comunes para efectos de acordar a los primeros un tratamiento más benévolo con lo cual mantiene una tradición democrática de estirpe humanitaria, pero en ningún caso autoriza al legislador, ya sea ordinario o de emergencia para establecer por vía general un tratamiento más benigno para cierto tipo de delitos comunes, con exclusión de otros” y además agrega que el “Estado no puede caer en el funesto error de confundir la delincuencia común con la política”. Cfr. sents. C-171 de 1993 y C-069 de 1994.

⁴⁰ Cfr. TARAPUÉS SANDINO, *supra nota* 11, págs. 232-233.

⁴¹ Sobre este aspecto ver las paradojas planteadas por GARCÍA AMADO con relación a la incongruencia del reconocimiento del delito político en el marco de un Es-

Sin embargo, estas dos tradiciones históricas y políticas, al igual que las teorías jurídicas clásicas sobre el delito político, permearon fuertemente la doctrina y la jurisprudencia y poco a poco fueron llenando los vacíos que el ordenamiento jurídico tenía en este aspecto. Debido a la generosidad del derecho colombiano para con el delincuente político, el punto de partida ha sido siempre restringir objetivamente las conductas que pueden ser tomadas como delitos políticos. Por eso se ha hecho hincapié en que solo los delitos de rebelión y sedición, y posteriormente de asonada, pueden ser tomados como delitos políticos puros. Al mismo tiempo el factor motivacional en estos delitos también ha sido tomado en consideración, incluso enfatizando en que la conducta debe perseguir fines políticos altruistas. Con relación a la conexidad, ésta también ha sido reconocida en Colombia ya que se acepta la existencia de ciertos delitos conexos a aquellos delitos políticos puros, pero también ha sido delimitada para tratar de restringir las acciones clasificables como delitos políticos.

En términos más concretos, en Colombia han convivido las dos tradiciones sobre el delito político y producto de ello se ha ido forjando una postura mixta restrictiva para definir los límites del delito político. En ese sentido, la jurisprudencia y la doctrina han reconocido que solo son delitos políticos (puros) los tipos penales de rebelión, sedición y asonada y que como delitos políticos (relativos) conexos solo son subsumibles aquellas conductas requeridas para la realización de los tres tipos mencionados. Además, la comisión de estos delitos debe caracterizarse por una motivación que persiga fines altruistas. Esto puede verse en las primeras decisiones de la Corte Suprema en esta materia, donde ha enfatizado en que el delito político persigue como fin “el mejoramiento de la dirección de los intereses públicos”, lo cual lo diferencia de la delincuencia común que solo persigue “fines egoístas”⁴². Esta postura sigue aún vigente, ya que la Corte Constitucional, en la propia sentencia C-577 de 2014, enfatiza en que el delito político representa una “conducta motivada por el mejoramiento social y anclado en el derecho de levantarse en contra de un gobierno que se considera injusto”⁴³.

tado Constitucional de Derecho. JUAN A. GARCÍA AMADO, *Delito político al hilo de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de Colombia del 11 de julio de 2007*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2007.

⁴² Cfr. Corte Suprema de Justicia, sent. de 25 abril 1959, Sala de Casación Penal y Corte Suprema de Justicia, sent. de 23 octubre 1990, Sala de Casación Penal, citadas en: Escuela Rodrigo Lara Bonilla: *Interpretación Jurisprudencial desde la perspectiva de los Jueces y Juezas en Colombia, Área Penal*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2011, pág. 53. Véase también sent. C-577 de 2014, VII. Consideraciones, num. 6.1.

⁴³ Sent. C-577 de 2014, VII. Consideraciones, num. 6.1.

En términos normativos, el Código Penal de 1980 estableció por medio del artículo 127 ciertas líneas generales que permitieron pulir aún más el concepto y diferenciarlo de la criminalidad común. Este artículo que establecía una exclusión de pena para los delitos políticos puros señalaba: “Los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo”⁴⁴. Con ello si bien el legislador no brindó un concepto de delito político, sí contribuyó en la tarea de delimitarlo al introducir dos cosas. Primero, el reconocimiento formal de la conexidad del delito político para otras conductas desarrolladas dentro de las acciones propias del combate; y segundo la fijación de conductas que quedan expresamente excluidas de la posibilidad de clasificarlas como delitos políticos, esclareciendo con ello las fronteras de la delincuencia común y la delincuencia política.

Los efectos de esta disposición normativa se pueden evidenciar en la doctrina y en la jurisprudencia, en las que se hace hincapié en los actos de ferocidad, barbarie y terrorismo como conductas reprochadas desde todo punto de vista, sobre todo desde el DIH; estas conductas son consideradas como atroces y deben ser tomadas como delitos comunes que carecen de cualquier motivación altruista⁴⁵.

Asimismo, a partir de esta norma y del concepto de “combate”⁴⁶ se desarrollaron nuevas interpretaciones teóricas en donde se ven a los rebeldes y sediciosos como delincuentes políticos de conformidad al derecho nacional, pero al mismo tiempo como combatientes desde la perspectiva del derecho internacional⁴⁷. El “combate” pasó a ser el elemento

⁴⁴ Decr. 100 de 1980, C. P., art. 127.

⁴⁵ Cfr. Corte Suprema de Justicia, sent. de 25 septiembre 1996, Sala de Casación Penal, rad. 12051. Sents. C-127 de 1993, C-171 de 1993, C-214 de 1993, C-415 de 1993 y C-069 de 1994. Sobre la expresión “actos de ferocidad y barbarie” véase ALEJANDRO APONTE, *et al.*: *El proceso penal especial de Justicia y Paz. Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*, Bogotá, Centro Internacional de Toledo para la Paz, 2011, pág. 31; APONTE, *supra nota* 37, págs. 92 y ss.

⁴⁶ Acerca del concepto de “combate” y su relación con los delitos políticos de rebelión y sedición en ese entonces, véase Corte Suprema de Justicia, sent. de 4 febrero 1999, Sala de Casación Penal, rad. 11837 y Corte Suprema de Justicia, sent. de 27 mayo 1999, Sala de Casación Penal, rad. 12661. Igualmente APONTE, *supra nota* 37, págs. 90-93.

⁴⁷ Al respecto véase IVÁN OROZCO ABAD, *Combatientes, rebeldes y terroristas: guerra y derecho en Colombia*, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2006, págs. 10 y ss.; MA-

definitorio para establecer la conexidad penal de las conductas que podían subsumirse en el delito político. En este sentido, surgió una fase de reconocimiento amplio del delito político conexo en Colombia articulado a los actos de rebeldes y sediciosos desarrollados en combate; en dicha fase conductas como el homicidio y las lesiones personales fueron subsumidas como delitos políticos conexos.

No obstante esta interpretación amplia de la conexidad tendría vigencia solo hasta 1997, año en el que la Corte Constitucional declaró la inexecutable de aquel artículo 127 del Código Penal de 1980⁴⁸. En la sentencia C-456 de 1997, la Corte manifestó que esta norma era inconstitucional por ser, en cierto modo, una amnistía general que además es anticipada e intemporal y que por lo tanto violaba diversas normas de la Constitución Política de 1991. Concretamente precisó que esta disposición penal era una amnistía general “porque comprende a todos los rebeldes o sediciosos [...] anticipada, porque durante la vigencia de la norma los rebeldes o sediciosos saben que cualquier delito que cometan [...] no estará sujeto a pena alguna. [...] [e] intemporal, porque no está sujeta a límite en el tiempo y comprende todos los delitos cometidos por los rebeldes o sediciosos antes de la vigencia de la norma y durante ella”⁴⁹. A partir de este fallo la conexidad para los delitos políticos, de la forma tradicional en que se desarrolló esta doctrina en los ochenta y noventa, dejó de existir. Para desmontar ese concepto amplio de conexidad, la Corte sostuvo que si bien la ley buscaba marcar una distinción entre delitos políticos y delitos comunes, dicha diferenciación no podía realizarse mediante “la creación de una causal de impunidad” que “viola la Constitución”⁵⁰.

Sin embargo, luego de la declaratoria de inconstitucionalidad de la conexidad de delitos cometidos en combate por rebeldes y sediciosos, la jurisprudencia y parte de la doctrina continúan utilizando el concepto de delitos políticos conexos, aunque en muy pocas ocasiones y en un contexto bastante restringido⁵¹. Principalmente se hace referencia a conduc-

RÍA M. SÁNCHEZ TRIANA, “El tratamiento del delito político en Colombia: un legado de su tradición jurídica”, en MONCAYO et. al., (ed.), *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, vol. 3, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2010, págs. 454 y ss.; APONTE, *supra nota* 37, págs. 90 y ss.

⁴⁸ TARAPUÉS SANDINO, *supra nota* 11, págs. 241-242.

⁴⁹ Sent. C-456 de 1997.

⁵⁰ Sent. C-456 de 1997.

⁵¹ Véase por ejemplo: POSADA MAYA, *supra nota* 27, págs. 65-73; SANDRA CASTRO OSPINA, *Delitos contra el régimen constitucional y legal*, en HERNANDO BARRETO

tas que forman parte de la descripción del tipo, es decir, a conductas que de por sí representan elementos constitutivos de los tipos penales tomados como delitos políticos (puros).

En otras palabras, en la actualidad son tomadas como delitos conexos solo algunas conductas que ni son los denominados delitos políticos complejos, ni tampoco los arriba mencionados delitos políticos conexos como el homicidio en combate. En su lugar, estos delitos remiten simplemente a conductas que “por mera estructura lógica” son inherentes a aquellos delitos políticos puros, como por ejemplo el porte ilegal de armas⁵². Al respecto, POSADA MAYA señala que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia “ha limitado sustancialmente la posibilidad de considerar la conexidad, o mejor, los delitos políticos relativos a la conexidad dirigida a la realización medial o consecucional de un delito político en sentido ontológico-normativo”⁵³; de esta forma solo se toman como delitos políticos conexos el “porte ilegal de armas [...] las conductas de utilización de equipos transmisores o de telecomunicaciones [...] y [la] utilización ilegal de uniformes e insignias [...] todos necesarios como medios idóneos para la realización o el aseguramiento de los distintos delitos políticos”⁵⁴.

(ed.), *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, págs. 184 y ss., y JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, 3ª ed., t. I, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2004, págs. 302 y ss. En cuanto a la jurisprudencia, véase por ejemplo las sentencias: CSJ, sent. de 16 septiembre 2009, Sala de Casación Penal, rad. 32631; CSJ, sent. de 24 mayo 2008, Sala de Casación Penal, rad. 28620; CSJ, sent. de 9 abril 2008, Sala de Casación Penal, rad. 22548; CSJ, sent. de 25 junio 2007, Sala de Casación Penal, rad. 27383; CSJ, sent. de 18 abril 2006, Sala de Casación Penal, rad. 25317; CSJ, sent. de 21 febrero 2006, Sala de Casación Penal, rad. 24979; CSJ, sent. de 22 noviembre 2005, Sala de Casación Penal, rad. 24360; CSJ, sent. de 18 octubre 2005, Sala de Casación Penal, rad. 24222; CSJ, sent. de 30 junio 1999, Sala de Casación Penal, rad. 12663.

⁵² APONTE indica lo siguiente: “actualmente, todos los delitos son concebidos de manera independiente y el delito de rebelión prácticamente en ningún caso es investigado y juzgado de manera autónoma, sino siempre en concurso material con diversos delitos; incluso aquellos que por mera estructura lógica, y en razón de que la rebelión nunca se da en estado puro, le son inherentes, como es el caso del porte de armas o el uso de prendas privativas de las fuerzas armadas” APONTE, *supra nota* 37, pág. 94.

⁵³ Véase POSADA MAYA, *supra nota* 27, págs. 67-68.

⁵⁴ Véase POSADA MAYA, *supra nota* 27, págs. 67-68. En la misma perspectiva CASTRO OSPINA, *supra nota* 51, págs. 184-186.

Esta nueva concepción tan restringida ha despertado la crítica de algunos sectores de la doctrina⁵⁵. Pese a estas críticas, la jurisprudencia continúa limitando el concepto frente a la inexistencia de norma positiva que regule esta figura, más aún luego de la expedición del actual Código Penal, ley 599 de 2000, que no incluyó ningún precepto normativo relacionado con la conexidad del delito político. En este orden de ideas, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia se han dado a la tarea de excluir conductas, en lugar de fijar positivamente los tipos penales subsumibles al delito político; así en vez de “desarrollar una axiología en torno a su contenido o a la conexidad con el mismo, ha conllevado a determinar por vía de exclusión, las conductas delictivas que no pueden ser consideradas como delitos políticos, utilizando los criterios hermenéuticos de razonabilidad y proporcionalidad”⁵⁶.

Esta tendencia delimitadora se reconoce expresamente en la sentencia C-577 de 2014. Aquí se admite que en las últimas décadas las cortes colombianas han dejado de lado el interés de conceptualizar el delito político y se han ocupado más bien de “su distinción con los delitos ordinarios y el afán, sin que se haya alcanzado un resultado definitivo, de delimitar el alcance de la aplicación del mismo”⁵⁷. El alto interés en delimitar el grado de aplicación del delito político conexo se debe al tratamiento más benévolo que recibe, pues bien estos delitos cuentan con ciertos privilegios que ha fijado el constituyente primario producto de la larga tradición e importancia que ha tenido esta figura en la historia constitucional colombiana.

3. LA TRADICIÓN HISTÓRICA Y CONSTITUCIONAL DEL DELITO POLÍTICO EN COLOMBIA

La preponderancia del delito político en el ordenamiento constitucional colombiano es algo que va más allá de lo establecido en la Carta Política de 1991. Existe una larga tradición constitucional de esta figura cuyos principales antecedentes sirven para explicar el origen y la consolidación del régimen diferenciador del delito político. En efecto, en la

⁵⁵ Por ejemplo véase DURÁN PUENTES, *supra nota* 37, págs. 103 y ss., quien sostiene que el delito político perdió sentido y se desnaturalizó producto de esta sentencia y la consecuente exclusión de la conexidad para este tipo de delitos.

⁵⁶ Sent. C-577 de 2014, VII. Consideraciones, num. 6.1. Véase también sent. C-986 de 2010.

⁵⁷ Sent. C-577 de 2014, VII. Consideraciones, num. 6.1.

historia de las constituciones colombianas se ha transitado por diversas fases hasta llegar al modelo actual. En este sentido, originariamente se dieron concesiones graduales para los rebeldes, luego se fijaron ciertas normas que distinguían entre delitos comunes y otro tipo de delitos, posteriormente se establecieron los indultos por motivos de convivencia pública y se introdujo una diferenciación normativa cautelosa de las nociones de paz y de guerra. Estos sucesos, más otros tantos, han tenido lugar en la historia constitucional colombiana hasta llegar al reconocimiento oficial del delito político y del tratamiento diferenciado que hoy en día ostenta esta figura. Por esta razón es conveniente revisar la génesis del delito político en Colombia para advertir de su solidez y consistencia normativa.

A) *Orígenes y desarrollos del régimen diferenciador del delito político*

La historia del delito político en Colombia se encuentra articulada a los orígenes revolucionarios de la independencia. En dicho contexto surge la necesidad de perdonar las conductas de los rebeldes, o por lo menos de exonerarlas de sanción penal, incluyendo las acciones que tuvieran una estrecha relación con la rebelión, las cuales debían ser subsumidas “con la finalidad de vincular a futuro al delincuente político en el pacto de unión con el compromiso de cumplir lo pactado en la Carta Fundamental que estaba imbuida de sentimientos de unidad nacional y defensa del territorio”⁵⁸. Esto se evidencia en el texto de las primeras constituciones colombianas que estuvieron permeadas por el espíritu independentista liberal y por la necesidad de establecer postulados garantistas acordes al liberalismo político⁵⁹. En especial, esta posición se estableció en los primeros instrumentos constitucionales de la recién nacida república: en el Congreso General del Reino del 22 de diciembre de 1810, en el Acta de Federación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada del 27 de noviembre de 1811, en la Ley Fundamental de la República de Colombia del 17 de diciembre de 1819 y en la Ley Fundamental de la Unión de los Pueblos de Colombia del 18 de junio de 1821⁶⁰.

Un aspecto trascendental en la configuración del delito político tendría lugar en la Constitución de 1830, donde se comienza a diferenciar

⁵⁸ SÁNCHEZ TRIANA, *supra nota* 47, págs. 448-477.

⁵⁹ Cfr. DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO, “El delito político en la Constitución de 1991: una herencia constitucional como herramienta en la búsqueda de la paz”, en *Papel Político*, vol. 16, num. 2, 2011, pág. 385.

⁶⁰ SÁNCHEZ TRIANA, *supra nota* 47, págs. 449-450.

entre guerra y paz⁶¹; además, pese a que aún no se hacía mención expresa al delito político, se hace referencia por primera vez al delito común⁶². Posteriormente, a partir de la Constitución de la República de la Nueva Granada de 1853 se contempló expresamente la palabra “delito político”⁶³, aludiendo al delito de sedición⁶⁴. Por su parte, la Constitución para la Confederación Granadina continuaría con el reconocimiento expreso de los delitos políticos, pero esta vez para establecer la posibilidad de conceder amnistías e indultos generales a estas conductas⁶⁵. Luego en la Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia de 1863 se amplió el dimensionamiento internacional de las acciones político-militares internas⁶⁶, ya que se incorporó el uso de los conceptos de paz y guerra asociados al derecho de gentes, lo que permitió tomar al rebelde como un combatiente en una simbiosis entre el derecho penal interno y el derecho internacional de los conflictos armados⁶⁷. Esto lo ratifica la

⁶¹ Por ejemplo en el art. 55, num. 25, de la Constitución Política de la República de Colombia de 1828.

⁶² Véase por ejemplo los arts. 55 y 110, nums. 7 y 8 respectivamente, de la Constitución Política de la República de Colombia de 1830.

⁶³ Véase el art. 5°, num. 8, de la Constitución Política de la República de Colombia de 1830: “La República garantiza a todos los granadinos: [...] 8° El derecho de reunirse pública o privadamente, sin armas; [...] Pero cualquiera reunión de ciudadanos que, al hacer sus peticiones, o al emitir su opinión sobre cualesquiera negocios, se arroge el nombre o la voz del pueblo, o pretenda imponer a las autoridades su voluntad como la voluntad del pueblo, es sediciosa; y los individuos que la compongan serán perseguidos como culpables de sedición [...]”. Este art. en su num. 11 utiliza expresamente la palabra delitos políticos y en el art. 34, num. 11, aclara que no podrán ser amnistiados ni indultados los delitos comunes.

⁶⁴ Esta elaboración histórica del concepto es tomada por la misma sent. C-577 de 2014, la cual señala: “Esa distinción entre los delitos comunes y los otros, aún sin una referencia expresa al concepto de delito político, tuvo sus orígenes en la Constitución de 1830, consolidándose en la de la República de Nueva Granada de 1853 con el desarrollo del concepto de sedición y la incorporación de la figura jurídica de delito político”. Cfr. sent. C-577 de 2014, VII. Consideraciones, num. 6.

⁶⁵ En concreto, en su art. 15, num. 4. Véase también TARAPUÉS SANDINO, *supra* nota 59, pág. 386 y SÁNCHEZ TRIANA, *supra* nota 47, pág. 454.

⁶⁶ Esp. el art. 91: “El derecho de gentes hace parte de la legislación nacional. Sus disposiciones regirán especialmente en los casos de guerra civil. En consecuencia puede ponerse término a ésta por medio de tratados entre los beligerantes, quienes deberán respetar las prácticas humanitarias de las naciones cristianas y civilizadas”.

⁶⁷ Véase a IVÁN OROZCO ABAD, “Elementos para una fundamentación del delito político en Colombia: una reflexión a partir de la historia”, en *Revista Análisis Político*,

sentencia C-577 de 2014 al sostener que esta Constitución homologaba “los conceptos de rebelde y de combatiente que provenía del derecho internacional humanitario”⁶⁸.

Finalmente, la Constitución Política de 1886 recogió todos los desarrollos de sus predecesoras y fijó las bases del modelo constitucional vigente que brinda un tratamiento diferenciado a los delitos políticos. En general, esta Constitución estableció cláusulas constitucionales distintas entre delitos políticos y delitos comunes, reconociendo ciertos privilegios y garantías constitucionales para los primeros, como por ejemplo la prohibición de la imposición de la pena muerte por la comisión de delitos políticos de acuerdo a lo establecido en el artículo 30, el cual además facultaba al legislador para que definiera las conductas que debían ser tomadas como delitos políticos⁶⁹. De igual forma, se adoptaron disposiciones constitucionales “tendientes a la negociación política, para la pacificación a través de indultos y amnistías acorde a los artículos 119 y 76, en especial con relación a sus numerales 6 y 21 respectivamente”⁷⁰. Por todo lo anterior, algunos autores como SÁNCHEZ TRIANA sostienen que “la Carta Política de 1886 acuñó, como ninguna otra, el concepto de delito político y su tratamiento privilegiado desde la doble perspectiva política y punitiva”⁷¹.

B) *La articulación del delito político con la búsqueda de la paz*

El trato diferenciado que recibe el delincuente político por parte del ordenamiento constitucional vigente se encuentra estrechamente vinculado a la búsqueda de la paz y la reconciliación como uno de los propósitos

núm. 9, 1990, págs. 31 y 34; IVÁN OROZCO ABAD, *Combatientes, rebeldes y terroristas: guerra y derecho en Colombia*, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2006, págs. 10 y ss. Asimismo, SÁNCHEZ TRIANA, *supra nota* 47, pág. 458, señala: “La determinación constitucional de equiparar el rebelde al combatiente tuvo, desde entonces, efectos directos en el tratamiento punitivo de las conductas rebeldes. Por una parte, legitimó, desde ese contexto, el tratamiento privilegiado para una acción que aunque atentatoria contra [el] régimen interno, frente a la guerra civil, era de menor connotación, pues no pasaba de ser considerada un punto intermedio entre la simple insurrección y aquella. Por otra, dio la posibilidad de negociar la paz con un actor-rebelde que podía, luego de las negociaciones, formar el pacto de la Unión”.

⁶⁸ Cfr. sent. C-577 de 2014, VII. Consideraciones, num. 6.

⁶⁹ Cfr. TARAPUÉS SANDINO, *supra nota* 59, pág. 387.

⁷⁰ *Idem.*, *ibidem*.

⁷¹ SÁNCHEZ TRIANA, *supra nota* 47, pág. 459.

por los cuales la Constitución de 1991 fue elaborada. Esto es algo de suma importancia que no se puede desligar de cualquier comprensión íntegra y sistemática de la actual Carta Política. Efectivamente, ella se caracteriza por estar circunscrita a la paz en al menos tres sentidos. Primero, porque estuvo antecedida por la desmovilización de agrupaciones al margen de la ley⁷². Segundo, porque en su composición hubo una elevada participación de miembros de agrupaciones guerrilleras desmovilizadas en el marco de diversas negociaciones y acuerdos de paz⁷³. Y tercero, porque la relevancia que se le da a la búsqueda de la paz quedó plasmada en múltiples acepciones en el texto constitucional. En ese sentido, vemos que la paz representa un fin del Estado (Preámbulo), un derecho fundamental (art. 22), un deber de obligatorio cumplimiento (art. 22), un objetivo de la educación (art. 67), un deber ciudadano (art. 95), entre otras tantas formulaciones y condicionamientos que fija la Constitución en los artículos 218, 247, 338 y 345⁷⁴. Asimismo, la Corte Constitucional ha reconocido en diversos fallos “la enorme trascendencia que la Constitución de 1991 le asignó a la paz”⁷⁵.

En efecto, la elaboración de la Constitución de 1991 es una clara muestra de que los alzados en armas pueden incorporarse en un gran acuerdo nacional si se les brinda espacios políticos y de inclusión en la sociedad civil, “de tal forma que la vía armada sea descartada como alternativa para el acceso al poder y sean reconsideradas las vías institu-

⁷²El proceso que antecede a la constituyente de 1991 coincidió con diálogos y negociaciones para la desmovilización de varias organizaciones armadas ilegales: del Ejército Popular de Liberación EPL, del Partido Revolucionario de los Trabajadores PRT, del Movimiento Armado Quintín Lame y de la agrupación insurgente M-19.

⁷³La Alianza Democrática M-19 consiguió la segunda mayor votación, obteniendo un total de 19 constituyentes (el 27% del total). Incluso en la presidencia compartida de la Asamblea Nacional Constituyente, este movimiento político —de antecedentes insurgentes— tuvo representación directiva por medio de Antonio Navarro Wolff, quien compartió dicha magistratura con Horacio Serpa Uribe y Álvaro Gómez Hurtado. Además la Asamblea Nacional Constituyente contó con cuatro delegatarios más, con voz pero sin voto, pertenecientes a los grupos guerrilleros que estaban en negociaciones con el gobierno de la época. Incluso, desde otra perspectiva se podría contar los dos escaños en la Constituyente que alcanzó la Unión Patriótica, que pese a no haber sido una organización partidista surgida de procesos de desmovilización, si fue un movimiento político con vínculos cercanos a organizaciones guerrilleras.

⁷⁴Cfr. TARAPUÉS SANDINO, *supra nota* 59, págs. 387-388.

⁷⁵Véase especialmente las sents. C-370 de 2006 y la C-579 de 2013.

cionales y democráticas”⁷⁶. En otras palabras, el proceso constituyente que dio origen a la Carta de 1991 ha sido hasta ahora la principal muestra de la aplicación plena de la figura jurídico-política del delito político. Pues bien, en el marco de los sucesos que antecedieron a este proceso constituyente se concedieron indultos y se ejercieron acciones tendientes a la extinción de la pena y de la acción penal de los delitos políticos y de sus delitos conexos. Asimismo, a los delincuentes políticos no le fueron suspendidos sus derechos políticos, por el contrario llegaron a fundar una organización partidista que en sus primeros años tuvo varios éxitos electorales, además los efectos de este suceso pueden verse en la consolidación tanto de una Constitución, como también de unos gobiernos y un Estado, mucho más sociales e incluyentes que en el pasado⁷⁷.

En otras palabras, mediante este proceso no solo renunciaron a las armas varias organizaciones ilegales, sino que también se conquistó el mayor logro institucional de la historia constitucional colombiana: la creación normativa de un Estado Social de Derecho. Por esta razón, la Constitución de 1991 parte del reconocimiento de la factibilidad de los pactos de reconciliación nacional por la paz y retoma las disposiciones constitucionales que a lo largo de la historia colombiana se han forjado en torno al delito político. Incluso va más allá al establecer un modelo sin precedentes que se caracteriza por lo que la Corte Constitucional ha optado por definir “como una estructura jurídica con una finalidad múltiple”⁷⁸.

C) *Tratamiento privilegiado del delito político en el ordenamiento jurídico colombiano*

La Constitución de 1991 parte de una distinción básica entre delitos comunes y delitos políticos; algo *sui generis* si se tiene en cuenta que no es usual que un Estado eleve a rango constitucional esta diferenciación doctrinaria propia del derecho penal, más aún para otorgarle ciertos privilegios a los delincuentes políticos⁷⁹. La explicación de este caso

⁷⁶ Cfr. TARAPUÉS SANDINO, *supra nota* 59, pág. 388 y DIEGO F. TARAPUÉS SANDINO, “Fundamentos constitucionales del derecho electoral”, en DIEGO TARAPUÉS & GIOVANNY SÁNCHEZ (eds.), *Sistema electoral colombiano: actualidad y perspectivas*, Cali, Universidad Santiago de Cali, 2008, pág. 13.

⁷⁷ Cfr. TARAPUÉS SANDINO, *supra nota* 59, págs. 388.

⁷⁸ Cfr. sent. C-577 de 2014, VII. Consideraciones, num. 6.2.

⁷⁹ Cfr. DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO, “Eine analytische Annäherung an das politische Delikt und seine gegenwärtige Typisierung in den strafrechtlichen Ordnungen in Kolumbien und Deutschland“, in *Revista Papel Político*, vol. 15, num. 2, 2010, págs. 642 y ss.

tan particular obedece a las razones históricas previamente expuestas y al interés máximo de alcanzar la paz y la reconciliación de todos los colombianos.

En total son ocho disposiciones de la Constitución de 1991 que mencionan al delito político y que deben ser tomadas en consideración para contextualizar y entender la función del artículo 67 transitorio introducido por el MJP. En ese sentido, la Constitución hace mención al delito político (i) en tres ocasiones cuando se refiere a la amnistía y al indulto (art. 150, num. 17, art. 201, num. 2 y art. 30 transitorio); (ii) en una ocasión cuando habla de la extradición (art. 35); y (iii) en cuatro ocasiones cuando se refiere a los requisitos para ocupar determinados cargos públicos de elevada importancia (arts. 179, num. 1, 232, 299 y 18 transitorio). Además de estas disposiciones constitucionales que hacen referencia directa al delito político, existe también una remisión constitucional indirecta. Se trata del artículo 36 de la Constitución que confiere el derecho fundamental al asilo y que para ello remite a lo previsto en la ley⁸⁰; razón por la cual aplica lo consignado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que señala que “toda persona tiene derecho a buscar y recibir asilo en territorio extranjero *en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos* y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales”⁸¹.

Para el análisis sistemático de este grupo de normas, a continuación se seguirá la clasificación dada por la Corte Constitucional que toma a estas disposiciones como las tres finalidades del delito político⁸². Es decir, las finalidades de (i) concesión de amnistías e indultos, (ii) prohibición de extradición, y (iii) posibilidad de participar en política como excepción al régimen de inhabilidades para ejercer cargos públicos. Es importante señalar que en su jurisprudencia, la Corte Constitucional se ha dedicado principalmente a tratar el concepto de delito político y delito conexo en lo referente a las concesiones de amnistías e indultos. En relación con la finalidad de la prohibición de extradición para los delitos políticos, su desarrollo jurisprudencial surge a partir del año 2000, retomando la

⁸⁰ El art. 36 de la Constitución de 1991 señala: “Se reconoce el derecho de asilo en los términos previstos en la ley”. Esta figura se encuentra regulada especialmente por la ley 17 de 1972, art. 4°, num. 3, y art. 22, num. 7, por la ley 169 de 1994, art. 12 y por el decr. 2371 de 1996, arts. 141 y 142.

⁸¹ Cfr. ley 17 de 1972, art. 22, num. 7, que incorpora a la Convención Americana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969.

⁸² Cfr. sent. C-577 de 2014, VII. Consideraciones, num. 6.2.

discusión dada hasta ese entonces en las sentencias de constitucionalidad sobre amnistías e indultos⁸³. Por último, en el ámbito de la participación política se debe advertir que el análisis ha sido casi nulo y por eso la sentencia C-577 de 2014 puede ser considerada como una sentencia hito en la materia.

a) *En relación con la concesión de amnistías e indultos*

Los artículos constitucionales que aluden a la amnistía⁸⁴ y al indulto⁸⁵ establecen la posibilidad de emplear estos dos instrumentos únicamente cuando se trata de delitos políticos. Estas son atribuciones constitucionales que ostentan el gobierno nacional y el Congreso de la República producto de la influencia histórica del pensamiento revolucionario-liberal que se forjó en las instituciones colombiana después de la independencia y que se ha reproducido en las diferentes constituciones colombianas con algunas variaciones⁸⁶. Es importante destacar que el ejercicio de estas potestades se hace a partir de decisiones políticas⁸⁷ y además que en el contexto colombiano han servido como herramientas claves para la búsqueda de la paz⁸⁸, ya que su objetivo principal es el de incentivar las

⁸³ Cfr. sent. C-577 de 2014, vii. Consideraciones, nums. 6.1. y 6.2.

⁸⁴ La Constitución Política en su art. 150, num. 17, brinda esta facultad al Congreso de la siguiente forma: “Conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales *por delitos políticos*. En caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar” (subrayado por fuera del original).

⁸⁵ Acorde a la Constitución Política en su art. 201, num. 2, el gobierno puede ejercer esta atribución en los siguientes términos: “Conceder indultos *por delitos políticos*, con arreglo a la ley, e informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad. En ningún caso estos indultos podrán comprender la responsabilidad que tengan los favorecidos respecto de los particulares” (subrayado por fuera del original).

⁸⁶ Cfr. SÁNCHEZ TRIANA, *supra nota* 47, págs. 448 y ss.

⁸⁷ Cfr. POSADA MAYA, *supra nota* 27, pág. 76.

⁸⁸ Incluso el art. 30 transitorio de la Constitución de 1991 —dada la coyuntura en aquel entonces— le dio amplios poderes al presidente para tal fin: “Autorízase al gobierno nacional para conceder indultos o amnistías por delitos políticos y conexos, cometidos con anterioridad a la promulgación del presente acto constituyente, a miembros de grupos guerrilleros que se reincorporen a la vida civil en los términos de la política de reconciliación. Para tal efecto el gobierno nacional expedirá las reglamentaciones

desmovilizaciones de delincuentes políticos para que dejen las armas y se reincorporen a la sociedad civil⁸⁹.

Historicamente, esta ha sido la finalidad del delito político más usada en Colombia. Por medio de las normas que se han expedido para tal fin se ha definido usualmente el alcance de las conductas que pueden gozar de este privilegio. Así, por ejemplo, la reconocida ley 35 de 1982 disponía en su artículo 1°: “Concédase amnistía general a los autores, cómplices o encubridores de hechos constitutivos de delitos políticos cometidos antes de la vigencia de la presente ley”, lo cual se complementaba con el artículo 2° que delimitaba los alcances de las conductas a amnistiar: “[...] entiéndase por delitos políticos los tipificados en el Código Penal como rebelión, sedición o asonada, y los conexos con ellos por haber sido cometidos para facilitarlos, procurarlos u ocultarlos”. Por su parte, en materia de indulto, la ley 77 de 1989 “facultó al presidente para conceder indulto a quienes hubiesen cometido delitos políticos antes de la vigencia de la misma”, empleando “los conceptos de homicidio fuera de combate, ferocidad, barbarie y terrorismo como límites al otorgamiento de indultos”⁹⁰.

En el ámbito jurisprudencial, vale destacar la sentencia C-225 de 1995 que declaró constitucional el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, donde se exhorta al Estado a “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”⁹¹. En esta sentencia,

correspondientes. Este beneficio no podrá extenderse a delitos atroces ni a homicidios cometidos fuera de combate o aprovechándose del estado de indefensión de la víctima”.

⁸⁹ Véase las sentencias de la Corte Constitucional C-194 de 1995 y C-578 de 2002.

⁹⁰ Cfr. sent. C-577 de 2014, VII. Consideraciones, num. 6.2.1. Los artículos que fijaban estos criterios en la ley 77 de 1989 fueron el art. 2°: “El indulto a que se refiere esta ley, beneficiará a los nacionales colombianos autores o cómplices de hechos constitutivos de delitos políticos, cometidos antes de la vigencia de la presente ley”; el art. 3°: “Para los efectos de esta ley, entiéndase por delitos políticos los tipificados en el Código Penal como rebelión, sedición y asonada y los delitos conexos con los anteriores”; y el art. 6°: “El indulto no se aplicará a los homicidios cometidos fuera de combate, con sevicia, o colocando a la víctima en estado de indefensión, ni a los actos de ferocidad o barbarie. Tampoco se aplicará a quienes formen parte de organizaciones terroristas”.

⁹¹ Art. 6°, num. 5 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977.

la Corte parte de que dichas amnistías “se refieren precisamente a los delitos políticos o conexos, puesto que éstos son los que naturalmente derivan de motivos relacionados con el conflicto” y que en el marco de estas concesiones “el Estado colombiano se reserva el derecho de definir cuáles son los delitos de connotación política que pueden ser amnistiados, si lo considera necesario, para lograr la reconciliación nacional, una vez cesadas las hostilidades”⁹².

En decisiones posteriores se ha desarrollado un poco más este planteamiento. Así, en la revisión constitucional del tratado que incorporó en el ordenamiento jurídico interno el ER, se dejó claro que la CPI no representa “un obstáculo para futuros procesos de paz y de reconciliación nacional” ya que “el [E]statuto de [R]oma, y nuestro ordenamiento constitucional, [...] sólo permite[n] la amnistía o el indulto para delitos políticos”⁹³. Asimismo, con el tiempo se fueron implementando unos criterios de exclusión para ciertas conductas que no podrían tomarse como delitos políticos o conexos para ser amnistiados o indultados. De esta forma, en 2002 la Corte Constitucional dejó claro que no se puede amnistiar ni indultar conductas propias de la delincuencia común como “el terrorismo, el secuestro y la extorsión”, además sostuvo que “el legislador tiene la libertad para determinar cuáles son los delitos conexos”⁹⁴.

Por todo lo anterior, la sentencia C-577 de 2014 concluye que la jurisprudencia constitucional colombiana “ha reconocido la libertad configurativa que tiene el legislador para establecer cuales delitos conexos al político podrán gozar de este beneficio”⁹⁵, no obstante, admite que la misma Corte “ha excluido expresamente conductas como el homicidio fuera de combate, el terrorismo, el secuestro y la extorsión utilizando parámetros de razonabilidad y proporcionalidad y dejando clara la necesidad de respetar los estándares internacionales en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario”⁹⁶.

b) *En relación con la prohibición de extradición*

En segundo lugar, con relación a la extradición, el artículo 35 de la Constitución establece una prohibición que atiende exclusivamente a

⁹² Cfr. sent. C-225 de 1995.

⁹³ Cfr. sent. C-578 de 2002.

⁹⁴ Cfr. sent. C-695 de 2002 y C-577 de 2014, vii. Consideraciones, num. 6.2.1.

⁹⁵ Cfr. sent. C-577 de 2014, vii. Consideraciones, num. 6.2.1.

⁹⁶ *Ibid.*

los delitos políticos⁹⁷, la cual además se repite textualmente en el Código Penal⁹⁸ y en el Código de Procedimiento Penal⁹⁹. La no extradición de delincuentes políticos está asociada en cierta medida a la concesión del asilo que se establece en el sistema interamericano para las personas perseguidas por la comisión de delitos políticos o conexos¹⁰⁰, por eso se suele decir que su concesión representa el aspecto positivo y la denegación de la extradición constituye el aspecto negativo de la protección liberal de los Estados frente al delincuente político¹⁰¹. La prohibición de extradición por delitos políticos está prevista en los tratados internacionales que ha suscrito Colombia en la materia¹⁰².

A nivel jurisprudencial, a partir de la sentencia C-740 de 2000, la primera que trató la prohibición de extradición para delitos políticos, han tenido lugar algunas delimitaciones de esta finalidad como por ejemplo las desarrolladas en la sentencia C-1055 de 2003. En esta decisión, al igual que en la sentencia C-037 de 2004, la Corte dejó claro que el terrorismo no cumple con “las características de delito político, toda vez que no impulsa a sus autores un móvil altruista que respete y pretenda el bienestar de todos los individuos actuales y futuros, sino el deseo inmediato de infundir pánico en la población civil, hecho que se aleja del espíritu humanista

⁹⁷ La Constitución en su art. 35 dice expresamente: “La extradición se podrá solicitar, conceder u ofrecer de acuerdo con los tratados públicos y, en su defecto con la ley. Además, la extradición de los colombianos por nacimiento se concederá por delitos cometidos en el exterior, considerados como tales en la legislación penal colombiana. La ley reglamentará la materia. *La extradición no procederá por delitos políticos*. No procederá la extradición cuando se trate de hechos cometidos con anterioridad a la promulgación de la presente norma” (subrayado por fuera del original).

⁹⁸ CP, art. 18: “[...] La extradición no procederá por delitos políticos [...]”.

⁹⁹ CPP, art. 490: “[...] La extradición no procederá por delitos políticos [...]”.

¹⁰⁰ Véase el art. 22, num. 7, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *supra nota* 81.

¹⁰¹ Incluso se puede decir que cuando un Estado niega una solicitud de extradición, está concediendo al mismo tiempo un asilo. Cfr. PEDRO CAMARGO, *La extradición*, Bogotá: Leyer, 2001, pág. 44. Véase también: ALBERTO MONTORO, “En torno a la idea de delito político. Notas para una ontología de los actos contrarios a derecho”, en *Anales de Derecho*, núm. 18, 2000, págs. 139-140.

¹⁰² Casi todos los tratados de extradición suscritos por Colombia con otros Estados, prohíben la extradición por delitos políticos y conexos: Argentina (1922), Bélgica (1912), Brasil (1938), Costa Rica (1928), Cuba (1932), Chile (1928), El Salvador (1900), España (1892), Francia (1850), Gran Bretaña (1888), Guatemala (1928), México (1928), Nicaragua (1929), Panamá (1927) y la Convención Americana de Extradición (1933). Al respecto, véase: CAMARGO, *supra nota* 101, pág. 43.

y noble que debe caracterizar a los delitos políticos”¹⁰³. Estos criterios de la Corte advierten de la existencia de compromisos internacionales que prohíben la fijación de ciertas conductas como delitos políticos, pero esto se reduce formalmente al ámbito de la extradición y materialmente a delitos como el terrorismo y a otros de la misma naturaleza.

Estas restricciones internacionales al concepto de delito político ligadas al terrorismo se complementan con las situaciones establecidas por la Corte en la sentencia C-011 de 2010. En esa oportunidad, la Corte enfatizó en que no procede la prohibición de extradición para delitos políticos cuando se trata de: “a) Homicidio u otro delito violento contra la persona del Jefe de Estado de uno de los Estados o de miembros de su familia; b) El genocidio, según se contempla en los tratados y convenciones multilaterales de los cuales ambos Estados sean parte; c) Delitos en relación con los cuales ambos Estados tienen la obligación, en virtud de algún acuerdo multilateral internacional, de extraditar a la persona solicitada o de remitir el caso a sus autoridades competentes para que decidan sobre su procesamiento”¹⁰⁴.

c) En relación con la posibilidad de participar en política

Por último, en cuanto a los artículos de la Carta Política de 1991 referentes a los delitos políticos y a los requisitos para ocupar determinados cargos públicos de elevada importancia, se debe señalar que las personas sentenciadas por este tipo de delitos no pierden sus derechos políticos. Es decir, la Constitución colombiana brinda un tratamiento especial a las personas condenadas por delitos políticos a fin de que éstas no se encuentren inhabilitadas para ser candidatos o para ejercer función pública en caso de que renuncien a la vía armada y se decidan por la vía electoral como fórmula para acceder al ejercicio del poder político¹⁰⁵.

¹⁰³ Cfr. sents. C-1055 de 2003 y C-037 de 2004.

¹⁰⁴ Cfr. sent. C-011 de 2010.

¹⁰⁵ Esto en relación a la clásica distinción entre las dos formas de acceder al poder político: “1° Mediante el uso ilegal e inconstitucional de la fuerza, es decir la vía armada; y 2° Por medio de los procedimientos legalmente y constitucionalmente consagrados, o sea aquella vía electoral. En otras palabras, sólo estas dos vías constituyen las únicas rutas que permiten acceder al ejercicio del poder estatal y la correspondiente administración de las instituciones oficiales. Claro está que el camino de las armas se establece como una excepción propia del desconocimiento total del Estado existente, mientras los procedimientos institucionales son la ruta acertada en términos democráticos, liberales y constitucionales”. Cfr. TARAPUÉS SANDINO, *supra nota* 76, pág. 13.

En el ordenamiento jurídico colombiano existe una disposición legal que establece la restricción de los derechos políticos mediante “condena en proceso penal”¹⁰⁶. En efecto, el Código Penal además de consagrar las penas principales de privación de la libertad y de las multas pecuniarias, permite que el juez pueda interponer penas adicionales que privan otros derechos¹⁰⁷. Entre estos derechos están los de naturaleza política. En ese sentido, la ley penal colombiana establece que se puede interponer la “pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la cual priva al penado de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales”¹⁰⁸, como también la pena de “pérdida del empleo o cargo público, [que] además, inhabilita al penado [...] para desempeñar cualquier cargo público u oficial”¹⁰⁹.

No obstante, el mismo ordenamiento jurídico colombiano contempla una excepción a nivel constitucional a la imposición de esta sanción. Pues bien, la Constitución fija la posibilidad de acceder a la función pública y al mismo tiempo garantiza la participación política de aquellos condenados por delitos políticos. En este sentido, el tratamiento especial que brinda el ordenamiento jurídico colombiano para el delincuente político en este aspecto, permite que esa sanción no se aplique para los siguientes cargos: congresista¹¹⁰, magistrado de las altas cortes¹¹¹, diputado¹¹²,

¹⁰⁶ Usando los términos del art. 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹⁰⁷ Código Penal, art. 43: “Las penas privativas de otros derechos”, num. 1: “La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas” y 2: “La pérdida del empleo o cargo público”.

¹⁰⁸ Código Penal, art. 44: “La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas”.

¹⁰⁹ Código Penal, art. 45: “La pérdida de empleo o cargo público”.

¹¹⁰ Cfr. Constitución Política, art. 179: “No podrán ser congresistas: 1. Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto *por delitos políticos* o culposos [...]” (subrayado por fuera del original).

¹¹¹ Cfr. Constitución Política, art. 232: “Para ser Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se requiere: [...] 3. No haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto *por delitos políticos* o culposos [...]” (subrayado por fuera del original).

¹¹² Cfr. Constitución Política, art. 299: “[...] 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 haber residido en la respectiva circuns-

gobernador¹¹³, alcalde¹¹⁴, concejal¹¹⁵ e incluso para los cargos de presidente y vicepresidente, ya que el artículo 197 hace extensiva la previsión del artículo 179 de la Constitución¹¹⁶. Con ello se crea una limitación a los efectos de las sentencias penales ya que “las condenas que por esos delitos se imponen, no generan inhabilidades para desempeñar cargos públicos, entre ellos los más importantes del Estado”¹¹⁷.

Si bien esta finalidad del delito político es la que más se menciona en los diferentes artículos del texto constitucional, su aparición en los compromisos internacionales suscritos por Colombia y en la jurisprudencia nacional es casi nula. La propia sentencia C-577 de 2014 advierte que “en el ámbito de la participación política, los desarrollos jurisprudenciales han sido mínimos y no existen estándares internacionales que limiten su aplicación, lo que implica que el Estado goza de pleno margen de discrecionalidad en especial, cuando se trata de un contexto de justicia transicional que busca poner fin a un conflicto armado de décadas”¹¹⁸. Este mismo planteamiento lo sostiene más adelante cuando afirma: “contrario a lo establecido en materia de amnistías e indultos y en extradición, en el ámbito de la participación política no existen estándares en el ordenamiento jurídico nacional o internacional, que limiten la aplicación

cripción electoral durante el año inmediatamente anterior a la fecha de la elección [...]” (subrayado por fuera del original).

¹¹³ Cfr. Constitución Política, art. 18 transitorio: “Mientras la ley establece el régimen de inhabilidades para los gobernadores, en las elecciones del 27 de octubre de 1991 no podrán ser elegidos como tales: 1. 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 [...]” (subrayado por fuera del original).

¹¹⁴ Cfr. ley 136 de 1994, art. 95, num. 1: “No podrá ser elegido ni designado alcalde quien: Haya sido condenado por más de dos años a pena privativa de la libertad entre los diez años anteriores a su elección, *excepto cuando se trate de delitos políticos* y culposos [...]” (subrayado por fuera del original). Véase también sent. C-194 de 1995.

¹¹⁵ Cfr. ley 136 de 1994, art. 43, num. 1: “No podrá ser concejal: Quien haya sido condenado, a la fecha de la inscripción por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, *excepto por delitos políticos* o culposos [...]” (subrayado por fuera del original). Véase también sent. C-194 de 1995.

¹¹⁶ Cfr. Constitución Política, art. 197: “No podrá ser elegido Presidente de la República o Vicepresidente quien hubiere incurrido en alguna de las causales de inhabilidad consagradas en los numerales 1, 4 y 7 del artículo 179 [...]”. Véase también sent. C-577 de 2014, VII. Consideraciones, num. 6.2.3.

¹¹⁷ Cfr. SÁNCHEZ TRIANA, *supra nota* 47, pág. 462.

¹¹⁸ Cfr. sent. C-577 de 2014, VII. Consideraciones, num. 6.2.

del concepto de delito político para permitir que un grupo al margen de la ley o sus miembros, una vez pagada la pena y realizada la respectiva desmovilización, puedan participar en política”¹¹⁹.

La única vez que la jurisprudencia se ha pronunciado realmente sobre esta finalidad del delito político ha sido en la sentencia C-194 de 1995¹²⁰. En aquella oportunidad, la Corte Constitucional fue clara al sostener que el delito político “no inhibe para el futuro desempeño de funciones públicas, ya que puede ser objeto de perdón y olvido, según las reglas constitucionales aplicables para instituciones como la amnistía”¹²¹. Lo anterior lo complementa diciendo que “[I]os procesos de diálogo con grupos alzados en armas y los programas de reinserción carecerían de sentido y estarían llamados al fracaso si no existiera la posibilidad institucional de una reincorporación integral a la vida civil, con todas las prerrogativas de acceso al ejercicio y control del poder político para quienes, dejando la actividad subversiva, acogen los procedimientos democráticos con miras a la canalización de sus inquietudes e ideales”¹²².

4. PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE DELINCUENTES POLÍTICOS EN EL CONTEXTO ACTUAL

Ni el MJP ni mucho menos la sentencia C-577 de 2014 crean nuevos derechos o prerrogativas para los delincuentes políticos. Como acabamos de ver, el delito político como institución no solo jurídico-penal, sino también político-constitucional es el resultado de un prolongado proceso de desarrollo normativo y jurisprudencial en Colombia. En concreto, frente a la participación política de personas condenadas por delitos políticos, esta constituye una realidad jurídica que ha estado presente de manera ininterrumpida desde la misma entrada en vigor de la Constitución Política de 1991. Los artículos 179, 232, 299 y 18 transitorio de la Constitución corroboran esa realidad. Lo novedoso que introduce el MJP respecto al delito político radica en dos hechos indiscutibles: (i) el papel que pasa a jugar el delito político dentro de la estrategia integral de justicia transi-

¹¹⁹ Cfr. sent. C-577 de 2014, VII. Consideraciones, num. 6.2.3.

¹²⁰ Adicionalmente la sent. C-952 de 2001 y la sent. inhibitoria C-986 de 2010 han tratado parcialmente el tema, pero en esta labor han reiterado lo planteado en la sent. C-194 de 1995.

¹²¹ Cfr. sent. C-194 de 1995.

¹²² *Ibid.*

cional como garantía para la desmovilización y reincorporación política de organizaciones armadas ilegales y (ii) la fijación de límites funcionales y materiales a la libertad de configuración que tiene el legislador para definir el delito político conexo.

A) *El rol del delito político en la estrategia integral de justicia transicional*

En primer lugar, mediante el artículo 67 transitorio se está formalizando en el plano constitucional la articulación del delito político a la estrategia integral de justicia transicional estatal¹²³. Esta figura pasa a jugar un papel muy relevante dentro de aquella estrategia al ser la herramienta que busca reincorporar políticamente a los alzados en armas¹²⁴, luego de que se les haya resuelto la situación jurídico-penal por medio de los mecanismos de alternatividad penal que buscan facilitar la suscripción de un acuerdo de paz sin renunciar a los deberes mínimos que en materia de justicia tiene el Estado. Es decir, el MJP retoma y revitaliza al delito político como herramienta clásica para la búsqueda de la paz¹²⁵ y lo articula a las estrategias normativas que el Estado ha venido implementando en la última década para transitar de una situación de conflicto a una de paz¹²⁶ a través de mecanismos judiciales y extrajudiciales que respeten los estándares internacionales en materia de justicia transicional.

¹²³ Concepto clave en las sents. C-579 de 2013 y C-577 de 2014 que declararon la exequibilidad de los dos nuevos artículos transitorios que incorporó el MJP en la Constitución.

¹²⁴ Al respecto, GÓMEZ ISA sostiene que “uno de los indicadores del mayor o menor éxito de un proceso de paz es la incorporación a la vida política de los antiguos grupos alzados en armas contra el Estado”. Cfr. FELIPE GÓMEZ ISA, “Justicia, verdad y reparación en el proceso de paz en Colombia”, en *Revista Derecho del Estado*, núm. 33, 2014, pág. 46.

¹²⁵ Vale recordar que en Colombia el delito político ha sido empleado como un mecanismo “tanto en el contexto de la denominada superación del pasado como en el contexto, más coherente, de posible superación de un presente conflictivo”, siendo una de las tantas “figuras ligadas a numerosos procesos de paz y a numerosos intentos de superación de pasados conflictivos”. Cfr. ALEJANDRO APONTE, “Informe Colombia”, en KAI AMBOS, *et al.* (ed.) *Justicia de Transición*, Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008, pág. 237. Sobre el tema véase también TARAPUÉS SANDINO, *supra nota* 59, págs. 381-399.

¹²⁶ Sobre el papel de la justicia transicional en el marco de un conflicto y de la consecución de la paz, véase: KAI AMBOS, *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Bogotá, Edit. Temis, 2008, pág. 8 y RODRIGO UPRIMNY, *et al.*: *¿Justicia transicional sin*

El Estado es consciente de que debe brindar condiciones para garantizar la participación política de actores ilegales que renuncien a la vía armada y le apuesten a los canales institucionales y democráticos dentro de esta estrategia integral de justicia transicional. No hacerlo cerraría cualquier posibilidad no solo de reintegración social y política para estos ciudadanos, sino que incluso desincentivaría los programas de desmovilización de personas que han combatido orientados por convicciones políticas. En ese sentido, el artículo 67 transitorio no solo le apuesta a fortalecer las instituciones democráticas al volverlas más incluyentes, sino que procura ser prenda de garantía para fomentar la desmovilización de actores políticos armados.

Esta postura se aprecia en la intervención del gobierno dentro del proceso de constitucionalidad al artículo 3° del AL 1 de 2012. El gobierno nacional considera “que la reintegración política de excombatientes permite contribuir de manera efectiva a la materialización de la paz, por cuanto, en un Estado Social de Derecho no pueden coincidir la política y el uso de las armas”¹²⁷. Por esa razón asume como algo esencial para finalizar el conflicto armado, “el rompimiento definitivo del vínculo entre la política y las armas para transitar a un estado de normalidad en donde la deliberación y participación política en democracia sean una realidad”¹²⁸. Este criterio gubernamental es consistente y corresponde con lo actuado en el marco de las negociaciones que actualmente adelanta con las FARC en La Habana. Vale resaltar que a diferencia de anteriores procesos de paz con otras organizaciones armadas ilegales, este proceso fijó desde el inicio la participación política como uno de los temas centrales de negociación para alcanzar un acuerdo de paz¹²⁹. Incluso este punto de la agenda ya fue debatido y se acordó la edificación de tres pilares en la

transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia, Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006, pág. 11.

¹²⁷Intervención del gobierno, en el proceso de constitucionalidad del AL 1 de 2012 (exps. Acumulados D-9808 y D-9819), pág. 4. Véase también sent. C-577 de 2014, VII. Intervenciones, num. 1.1.

¹²⁸*Ibid.*

¹²⁹Para RODRIGO UPRIMNY, LUZ SÁNCHEZ y NELSON SÁNCHEZ en el actual proceso de paz se deben ampliar los espacios reales de participación política y ciudadana. Asimismo, consideran que las diferencias del tratamiento punitivo que han recibido las guerrillas (medidas eficientistas con limitación o desconocimiento de garantías procesales) a diferencia de los paramilitares (tendencia a la impunidad), “obligan a considerar que ciertos tratos diferenciados podrían ser legítimos, por ejemplo en materia

materia: 1°. Una nueva apertura democrática que promueva la inclusión política como mecanismo para consolidar la paz tras la terminación del conflicto; 2°. Una mayor participación ciudadana para consolidar la paz en armonía con el espíritu democrático de la Constitución de 1991; y 3°. La garantía del rompimiento para siempre del vínculo entre política y armas¹³⁰.

La importancia que le da el Estado a la participación política para superar el conflicto, se puede ver no solo en la postura oficial del Gobierno Nacional, sino también en la del Congreso. Recordemos que desde la propuesta inicial, el proyecto de AL contemplaba una excepción a la prohibición del artículo 122 de la Constitución que no permite la inscripción como candidatos a cargos de elección popular, ni ser elegidos, a las personas condenadas por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales¹³¹. Esa propuesta inicial de fijar una excepción dentro del inciso 5° del artículo 122, se transformó en los debates en el nuevo artículo 67 transitorio, en el cual se decidió recurrir al delito político como figura que garantice la participación política de los desmovilizados en “contextos de justicia transicional” tras “la terminación del conflicto armado”¹³². De igual forma, la Corte Constitucional basó

de participación política”. RODRIGO UPRIMNY, *et al.*: *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Bogotá, Dejusticia, 2014, págs. 16 y 115.

¹³⁰ Cfr. Informe conjunto de la mesa de conversaciones de La Habana entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo, FARC-EP, enero de 2014, págs. 11 y ss. Véase también ¿Qué se ha acordado en La Habana?, Oficina del Alto Comisionado para la Paz, Gobierno Nacional, junio de 2014, págs. 2 y ss.

¹³¹ Véase art. 2° del Proyecto de AL y exposición de motivos puestos a consideración del Presidente de la Cámara de Representantes Simón Gaviria por parte del senador Roy Barreras el 12 de septiembre de 2011, págs. 3 y 13.

¹³² En la argumentación de los cambios propuestos se expuso: “Este artículo retoma un tema que se ha debatido en todas las sesiones de discusión del proyecto de acto legislativo en relación con la posibilidad de que aquellas personas que se hayan reintegrado a la sociedad, puedan participar en política. El objetivo es establecer las bases para que en futuros procesos de paz, si así lo considera el Legislador, algunos miembros de grupos armados al margen de la ley que se desmovilicen puedan recobrar plenamente sus derechos políticos. Lo anterior, claro está, luego de cumplir con los condicionamientos establecidos por los instrumentos de justicia transicional, y teniendo en cuenta las disposiciones que establezca el Legislador sobre en qué casos sería posible autorizar esta participación, y en qué casos no. Se trata entonces de una facultad especial de la cual se revestiría al Legislador para contextos de justicia transicional a la terminación del

su decisión de declarar constitucional esta disposición bajo el argumento de que “la participación en política de miembros de actores del conflicto en el escenario del postconflicto resulta herramienta útil para la consolidación de la democracia y del régimen constitucional vigente desde la Carta Política de 1991”¹³³. De lo anterior podemos concluir que mediante esta estrategia integral de justicia transicional, las instituciones del Estado no solo buscan solucionar políticamente el conflicto para restablecer una situación de paz, sino que también propenden por la consolidación de la democracia, en un escenario en el que justicia transicional y proceso de democratización van unidos de la mano.

B) *Libertad de configuración legislativa en la definición del delito político conexo*

En segundo lugar, el MJP establece ciertos límites funcionales y materiales a la libertad de configuración que tiene el legislador para definir los delitos conexos al delito político. No se debe olvidar que el órgano legislativo es el encargado de regular y desarrollar los preceptos constitucionales, los cuales se caracterizan por su contenido abstracto que exige una regulación más concreta por medio de la ley. En ese sentido, el artículo 3° del AL 1 de 2012 no le concede ninguna libertad de configuración al legislador para la definición de los delitos conexos al delito político, sino que antes le coloca límites a esta actividad, en la cual, en principio, siempre ha tenido amplia libertad para legislar¹³⁴.

Hasta ahora la potestad del legislador para definir los delitos políticos conexos solo ha sido empleada por medio de formulaciones pasivas o negativas en las que se precisa las conductas que no pueden ser tomadas como delito político. Un ejemplo claro es el artículo 19 de la ley 782 de 2002, en donde hace uso de su libertad de configuración para definir la conexidad de los delitos políticos a efectos de beneficiar con indulto a aquellos que hayan sido condenados por la comisión de “hechos cons-

conflicto armado”. Cfr. “Informe de conciliación al proyecto de acto legislativo núm. 14 de 2011 Senado, 94 de 2011 Cámara, en Gaceta del Congreso, Senado de la República, Año XXI núm. 369, 14 de junio de 2012, Bogotá, pág. 4.

¹³³ Esto “en el contexto de la justicia transicional que supone medidas excepcionales justificadas en la búsqueda de la paz” y como consecuencia lógica de la tan anhelada reconciliación. Cfr. sent. C-577 de 2014, vii. Consideraciones, num. 8.1. De igual forma, la Corte señala más adelante (numeral 7.2.1.), cuando describe el contenido normativo reformativo de la Constitución que fue acusado.

¹³⁴ TARAPUÉS SANDINO, *supra nota* 20, págs. 70 y ss.

titutivos de delito político”, siempre y cuando los delitos cometidos no sean “conductas constitutivas de actos atroces de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio cometido fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión”¹³⁵.

En este orden de ideas, el legislador tiene ahora la posibilidad de definir por primera vez en términos positivos —sea tacita o taxativamente— las conductas que pueden ser consideradas como conexas al delito político. Claro está, debe atender a dos restricciones claves que le ha fijado el artículo 67 transitorio de la Constitución: (i) que sea solo “para efectos de la posibilidad de participar en política”; y (ii) que se excluyan “los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática”.

a) *La tesis de las finalidades del delito político y la restricción de la definición*

El artículo 3° del MJP es claro al definir que la potestad del legislador para regular los delitos políticos conexos es exclusivamente “para efectos de la posibilidad de participar en política”. Normativamente, esta disposición deja claro los alcances funcionales de esta nueva definición de delitos conexos que brindaría la ley estatutaria. No obstante, una de las preocupaciones centrales del demandante radica en el temor de que una ampliación legal de las conductas que abarca el delito político conexo contraría compromisos internacionales; sobre todo si se abarcan conductas fijadas en el ER o en tratados suscritos para combatir el terrorismo, el narcotráfico y otros delitos transnacionales. Al respecto, en su intervención en la audiencia pública, el demandante señaló que “[...] la calificación de ‘político’ de los delitos cometidos por excombatientes, en este caso otorgada a efectos de permitir su participación en política, se encuentra en gran medida ligada con la concesión previa de amnistías e indultos y,

¹³⁵ Sobre este punto se debe precisar que “la expresión ‘actos de ferocidad y barbarie’ no corresponde a una definición legal ni a un tipo penal específico. Se trata más bien de «ámbitos de argumentación» a los que ha acudido la jurisprudencia en la tradición jurídica colombiana para designar de forma genérica crímenes considerados atroces. Éstos corresponden en un lenguaje más actual a las conductas que dan lugar a crímenes internacionales”. Cfr. GUSTAVO COTE y DIEGO TARAPUÉS, “El Marco Jurídico para la Paz y el Análisis Estricto de Sustitución de la Constitución realizado en la sent. C-579 de 2013”, en KAI AMBOS (Coord.), *Justicia de transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Temis/Cedpal/Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014, pág. 203, con nota al pie 6. Véase también: APONTE, *supra nota* 37, pág. 31.

en ese orden de ideas, generaría impunidad e irrumpiría con una amplia gama de normativas internacionales al permitir la renuncia del Estado al cumplimiento de sus obligaciones de persecución penal [...]”¹³⁶. En ese sentido, el temor del demandante no se centra tanto en que el nuevo concepto de delito político conexo se amplíe con el propósito de posibilitar la participación política, sino en que se concatene a la previa concesión de amnistías o indultos.

Al respecto hay que analizar dos cosas. Por un lado, la aplicación de un concepto de delito político conexo tan extremadamente restrictivo como el que ofrece hoy en día la jurisprudencia colombiana¹³⁷, no garantizaría la reintegración política de excombatientes ni aseguraría la materialización de la paz al excluir al grueso de los alzados en armas que luchan contra el Estado. Por otro lado, la ampliación del concepto de delito político conexo mediante una ley estatutaria, puede llegar a desdibujar conceptualizaciones hechas por la doctrina y la jurisprudencia que han definido hasta ahora ciertas conductas frente a los vacíos normativos en la materia; por consiguiente se podría dejar el camino abierto a nuevas interpretaciones que extiendan la función y el alcance del concepto más allá de la mera posibilidad de participar en política.

Frente a esta situación, la Corte ha reivindicado el contenido normativo del artículo 67 transitorio reforzando el mandato de definición solo al ámbito de la participación política. Para ello, en la sentencia C-577 de 2014 se desarrolla la tesis ya mencionada¹³⁸ del “delito político como una estructura jurídica con una finalidad múltiple”¹³⁹. Esta tesis implica un replanteamiento de los alcances del concepto, atendiendo a la divisibilidad de las múltiples finalidades que contempla la Constitución para el delito político. Con ello se continúa con la tradición constitucional de privilegiar al delito político frente al delito común, sin oponerse a los compromisos internacionales suscritos por Colombia. Esta tesis la elabora la Corte a partir de los planteamientos fijados en un salvamento de voto a la sentencia C-456 de 1997¹⁴⁰ y a los argumentos suministrados por

¹³⁶ Sent. C-577 de 2014, vi. Intervenciones en Audiencia Pública. Pregunta 1: Límites a la participación política de excombatientes.

¹³⁷ Véase *supra*: 2.2. Definición conceptual en Colombia.

¹³⁸ Véase *supra* nota 78.

¹³⁹ Sent. C-577 de 2014, vii. Consideraciones, num. 6.2.

¹⁴⁰ En el salvamento de voto a la sent. C-456 de 1997, los magistrados Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero sostuvieron: “La sentencia ignora entonces que la Constitución establece una doble prerrogativa en favor del delito político. De

uno de los intervinientes dentro del proceso de constitucionalidad contra el artículo 3° del MJP¹⁴¹.

El reconocimiento del delito político como estructura jurídica con una finalidad múltiple permite diferenciar los alcances de la definición del concepto de delito conexo para que aplique en una o más finalidades, según sea el caso. En el caso en cuestión, el mandato del constituyente derivado es claro al fijar los alcances funcionales de la definición que hará la ley estatutaria para posibilitar la participación política. Si bien el MJP entrelaza los artículos 66 y 67 transitorios para que se complementen dentro de la estrategia integral de justicia transicional, en dicha reforma constitucional se decidió intencionalmente escindir la temática para diferenciar claramente lo jurídico-penal de lo concerniente a la participación política. Esto lo reitera la Corte Constitucional al precisar: “La participación en política de que trata el artículo transitorio 67 de la Constitución [...] parte del punto en que termina el componente penal”¹⁴².

Incluso para dejar este aspecto completamente claro, la Corte condiciona la observancia de esta prerrogativa al cumplimiento de la condena impuesta de acuerdo a lo establecido en el artículo 66 transitorio¹⁴³. Con

un lado, estos hechos ilícitos pueden ser indultados o amnistiados, privilegio político eventual, que es el único que toma en consideración el análisis de la Corte. Pero de otro lado, tales delitos no generan inhabilidades para desempeñar ciertos cargos oficiales altamente cualificados, ni pueden dar lugar a la extradición, con lo cual la Carta establece unos beneficios jurídicos directos en favor del delincuente político, los cuales no están sujetos a una eventual amnistía o indulto sino que ocurren en todos los casos en que se comete un delito político, como la rebelión o la sedición. Así, un rebelde que haya cumplido su pena, y que no haya cometido otros delitos dolosos, puede, conforme a la Constitución, llegar a ser congresista o magistrado de las altas cortes”.

¹⁴¹ APONTE señaló en su intervención: “[...] que el delito político está concebido para una multiplicidad de finalidades, pudiendo ser valorada la conexidad en función de que se trate de hacer efectivas amnistías o indultos, la participación política o frente a la no extradición. Así puede definirse la conexidad en función de uno de esos fines sin que se entienda extendida a los demás”. Cfr. sent. C-577 de 2014, IV. Intervenciones, num. 16.

¹⁴² *Ibid.*, VII. Consideraciones, num. 7.2.2.

¹⁴³ Sobre este punto, la Corte advierte: “Es decir, en los casos en que la posibilidad de inscribirse como candidato a cargos de elección popular, o ser elegido a dichos cargos, o ser nombrado en cargos públicos se predique de quienes han sido seleccionados o condenados (que es una de las opciones que se derivan de la participación garantizada en el artículo transitorio 67 de la Constitución), éstos deben haber cumplido con la condena impuesta con base en el artículo transitorio 66 de la Constitución. Entender lo contrario, podría implicar que alguno de los elementos del componente penal del

ello se descarta que la definición legal de la conexidad vaya a ser empleada para resolver la situación jurídico-penal de los excombatientes mediante la concesión de amnistías e indultos y que automáticamente estos puedan participar en política. Incluso los condicionamientos van más allá del cumplimiento de la condena, pues como lo indica la sentencia al final, los desmovilizados que vayan a participar en política no podrán tener condenas penales pendientes (i); deberán haber dejado las armas (ii); deberán reconocer su responsabilidad (iii); tendrán que contribuir con el esclarecimiento de la verdad y reparar a las víctimas (iv); deberán liberar a los secuestrados (v) y desvincular a los menores de edad reclutados (vi)¹⁴⁴.

b) *Prohibición de la conexidad para crímenes de lesa humanidad y genocidio*

Además de la limitación funcional de la definición que hará la ley estatutaria, el MJP también restringe materialmente la libertad de configuración del legislador para que no incluya “los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática”. Esta prohibición constitucional expresa es un hecho sin precedentes tanto en el derecho colombiano como en el derecho comparado. Pues bien, la potestad de determinar no solo las conductas que son consideradas como delitos, sino también cuáles de esos delitos son políticos o comunes, es una competencia que siempre ha tenido a cargo el legislador sin restricciones expresas en el ordenamiento constitucional. Si bien por diversas razones, especialmente políticas y político-criminales, el legislador nunca ha regulado por medio de prescripciones normativas positivas los tipos penales que pueden llegar a ser delitos políticos conexos¹⁴⁵, esto no ha sido porque faltase un artículo constitucional que le facultara textualmente. Ahora que sí existe, el Congreso tendrá que seguir estas directrices en su labor legislativa.

marco transicional no fuera debidamente cumplido, lo que tergiversaría totalmente el sentido que debe tener un artículo que regula la participación en política de quienes se han reincorporado a la comunidad política y están dispuestos a participar en la toma de decisiones de razón pública”. *Ibid.*, VII. Consideraciones, num. 7.2.2.

¹⁴⁴ *Ibid.*, VII. Consideraciones, num. 8.4.

¹⁴⁵ Ya lo ha hecho reiteradamente pero en términos negativos, es decir, estableciendo cuales conductas no pueden ser conexas al delito político, por ejemplo en la ley 782 de 2002.

Inicialmente, cuando se planteó la creación del artículo 67 transitorio dentro del trámite que surtió el AL en el Congreso, no se completaba ninguna exclusión de conductas. Esto se evidencia en el documento aprobado en séptimo debate y que fue presentado en la ponencia del octavo debate, el cual solo contenía el siguiente texto: “Una ley estatutaria regulará cuáles serán los delitos considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política”¹⁴⁶. Es decir, hasta ese momento solo se contemplaba la primera parte del artículo 67 transitorio. La segunda parte del artículo se adicionó a los pocos días a través del texto propuesto para conciliación al proyecto de AL¹⁴⁷.

Así pues, el constituyente derivado retomó parcialmente las conductas establecidas en el artículo 1° del MJP, cuando fijó la necesidad de crear criterios de priorización y selección, para definir las a la vez como restricciones a la posibilidad de participar en política. Los únicos delitos contemplados en ese artículo que no se incorporaron como restricciones a la definición legislativa del delito político conexo, fueron los crímenes de guerra¹⁴⁸. De esta manera, el MJP da unas primeras luces sobre la posibilidad de subsumir crímenes de guerra como delitos políticos para efectos de participar en política, algo que obviamente el Congreso debe respetar en el desarrollo legal de esta disposición constitucional.

En la doctrina y jurisprudencia penal colombianas existen múltiples referencias a la relación que tienen las conductas cometidas en combate con el delito político, partiendo siempre de preceptos normativos del derecho de gentes y del DIH¹⁴⁹. En el plano de la jurisprudencia constitucional, la Corte, al declarar la constitucionalidad del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, también ha reconocido que las acciones que tienen lugar en el marco del conflicto armado interno refieren a los delitos considerados como políticos y conexos¹⁵⁰. Si bien ni el MJP, ni la

¹⁴⁶ Ver informe de ponencia para octavo debate en Senado al proyecto de AL núm. 14 de 2011 Senado, 94 de 2011 Cámara, en Gaceta del Congreso, Senado de la República, Año XXI, núm. 342, 12 de junio de 2012, Bogotá, pág. 40.

¹⁴⁷ Cfr. “Informe de conciliación al proyecto de acto legislativo número 14 de 2011 Senado, 94 de 2011 Cámara, en Gaceta del Congreso, Senado de la República, Año XXI núm. 369, 14 de junio de 2012, Bogotá, pág. 5.

¹⁴⁸ Sobre los conceptos de crímenes de guerra y de lesa humanidad a partir del DPI, el MJP y la sent. C-573 de 2013, véase COTE y TARAPUÉS, *supra nota* 135, págs. 237 y ss.

¹⁴⁹ Al respecto véase APONTE, *supra nota* 37, págs. 88 y ss.

¹⁵⁰ Cfr. sent. C-225 de 1995.

sentencia C-577 de 2014 detallan el por qué los crímenes de guerra no se contemplan en el artículo 67 transitorio, es fácil interpretar la voluntad del constituyente derivado de respetar esa tradición colombiana de ver al combate como elemento central para la definición del delito político. Al tratarse de una definición con consecuencias jurídicas exclusivamente en el plano participativo y no en el jurídico-penal, el MJP deja la puerta abierta para reconocer los crímenes de guerra como delitos políticos.

Al respecto, es importante señalar que gran parte de los intervinientes en la audiencia pública ven viable esta conexidad, así se resume en la sentencia cuando se indica que: “Los procesos de justicia transicional son subsidiarios, alternos, excepcionales y temporales y, por ello, a la luz de los estándares internacionales podría permitirse la conexidad de los crímenes de guerra con el delito político para efectos de la participación política”¹⁵¹. En especial, desde su intervención escrita durante el proceso de constitucionalidad, APONTE fue claro al advertir que “la conexidad del delito político admite una ampliación para la participación en política, con el propósito de beneficiar a aquellos responsables por la comisión de crímenes de guerra cometidos en desarrollo del conflicto armado”¹⁵². En su criterio, el cual comparto plenamente, “el crimen de guerra, más allá de los posibles concursos de lesa humanidad, es la categoría delictiva principal que los combatientes comenten con ocasión y en desarrollo del conflicto armado”¹⁵³.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

De lo expuesto a lo largo de este texto, es posible concluir al menos dos cosas. En primer lugar, con relación a la revisión teórica del tema, queda claro que el Estado puede definir lo que considera como delito político dependiendo de su sistema político y del momento histórico. En efecto, cada Estado es el que le da contenido al concepto en sus diferentes acepciones: delitos políticos puros y delitos políticos relativos (conexos y complejos). Por lo tanto, lo que un Estado bajo un momento preciso puede llegar a considerar que no podía constituir delito político, lo puede replantear si las circunstancias políticas e históricas han variado. El Estado es el que le da función y contenido al delito político. En el caso

¹⁵¹ Sent. C-577 de 2014, vi. Intervenciones en Audiencia Pública. Pregunta 3: ¿Sustituye o no el acto legislativo 1 de 2012 la Constitución?

¹⁵² *Ibid.*, iv. Intervenciones, num. 16.

¹⁵³ *Ibid.*

colombiano, el delito político ha sido definido para delimitar las conductas que pueden gozar de un trato privilegiado que parte de la misma Constitución; por esta razón hemos optado por restringir legal, jurisprudencial y doctrinariamente el alcance de esta figura. Sin embargo, si el Estado considera que estamos frente a nuevas circunstancias históricas y políticas como para replantear el grado de restricción o ampliación del delito político, éste lo puede hacer sin objeción alguna, siendo el legislador el más autorizado para hacerlo por ser la institución con mayor legitimación democrática.

En segundo lugar, respecto al mandato concreto del artículo 67 transitorio de la Constitución, se debe resaltar que el MJP y la sentencia C-577 de 2014 ya han dejado claro el marco de acción que tendrá el legislador para realizar esta reformulación del delito político conexo. En ambos casos se asume la necesidad de ampliar y fortalecer tanto la democracia como la participación política en aras de lograr la reconciliación tras la suscripción de un acuerdo de paz. En este orden de ideas, el Congreso podrá definir como delitos conexos al delito político conductas que antes de la sentencia C-456 de 1997 lo eran o que incluso nunca lo han sido. Así, por ejemplo, el Congreso podrá decidir si delitos ligados a la lógica del conflicto como el homicidio, el secuestro o incluso el narcotráfico pueden ser asumidos como delitos conexos para posibilitar la participación política de excombatientes, pues su libertad de configuración es bastante alta¹⁵⁴. No obstante, el legislador estatutario tendrá que ser muy cauteloso de no confundir la definición del delito político para efectos de participar en política con su definición para el tratamiento diferenciado que recibe

¹⁵⁴ En especial, con relación al narcotráfico, el Congreso deberá considerar el papel que ha tenido el narcotráfico y el lavado de activos en la financiación de las estructuras rebeldes. La definición en esta materia pasa por reconocer la realidad de este flagelo en la historia del conflicto y por distinguir cuándo el narcotráfico ha sido un medio para alcanzar los fines perseguidos por los rebeldes y cuando ha sido un fin en sí mismo desligado al conflicto político. Sobre este tema, hay que hacer énfasis en la reciente postura de la Corte Suprema de Justicia al considerar que el narcotráfico sí tiene lugar en los procesos de Justicia y Paz (ley 975 de 2005), ya que “los antecedentes legislativos no indican que el espíritu de la ley pasara por excluir la actividad del narcotráfico de la justicia transicional”, sino que lo que se buscaba era evitar que los “narcotraficantes puros” se infiltraran en el proceso de paz. Cfr. sent. de 30 abril 2014, Sala de Casación Penal, rad. 42534. Sobre el rol que ha jugado el narcotráfico en la historia del conflicto, véase: EDUARDO PIZARRO LEONGÓMEZ y VÍCTOR M. MONCAYO CRUZ, (Coord.): *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*, Bogotá, Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas, 2015.

en relación con las otras finalidades (concesión de amnistías e indultos y prohibición de extradición), ya que el artículo 67 transitorio establece esta restricción funcional de manera inequívoca. De igual forma, queda claro que la ley estatutaria podrá definir nuevas exclusiones al delito político conexo que se sumen a las restricciones ya consagradas (crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática), pero deberá respetar la intención y el espíritu normativo del MJP de no excluir a los crímenes de guerra.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, KAI: (Coord.): *Justicia de Transición y Constitución. Análisis de la Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Temis/Cedpal/Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014.
- *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Bogotá, Edit. Temis, 2008.
- APONTE, ALEJANDRO *et al.*: *El proceso penal especial de Justicia y Paz. Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*, Bogotá, Centro Internacional de Toledo para la Paz, 2011.
- “Informe Colombia”, en Ambos, Kai, *et al* (ed.) *Justicia de Transición*, Bogotá, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008.
- “Civiles y conflicto armado en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 19, 2007.
- BOTERO MARINO, CATALINA y RESTREPO SALDARRIAGA, ESTEBAN: “Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia”, en Uprimny, Rodrigo *et al.*, *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006.
- CAMARGO, PEDRO: *La extradición*, Bogotá: Leyer, 2001.
- CASTRO OSPINA, SANDRA: “Delitos contra el régimen constitucional y legal”, en Hernando Barreto (ed.), *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- COTE, GUSTAVO y TARAPUÉS, DIEGO: “El Marco Jurídico para la Paz y el Análisis Estricto de Sustitución de la Constitución realizado en la Sentencia C-579 de 2013”, en Ambos, Kai (Coord.), *Justicia de Transición y Constitución. Análisis de la Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Temis/Cedpal/Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014.
- DEL VILLAR LARA, FERNANDO: *Delito político y su excusa absolutoria*, México D.F., Porrúa, 2009.
- DURÁN PUENTES, JULIÁN A.: *El delito político: desnaturalización jurídica y conflicto interno*, Bogotá, Leyer, 2003.

- ESCUELA RODRIGO LARA BONILLA: *Interpretación Jurisprudencial desde la perspectiva de los Jueces y Juezas en Colombia, Área Penal*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2011
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN: *Derecho penal fundamental*, 3ª ed., t. I, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2004.
- FERRAJOLI, LUIGI: *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.
- FERRARI, ROBERT: “Political crime”, in *Columbia Law Review*, num. 20, 1920.
- GARCÍA AMADO, JUAN A.: *Delito político al hilo de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de Colombia del 11 de julio de 2007*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2007.
- GÓMEZ ISA, FELIPE: “Justicia, verdad y reparación en el proceso de paz en Colombia”, en *Revista Derecho del Estado*, núm. 33, 2014.
- GÓMEZ, EUSEBIO: *Tratado de derecho penal*, tomo 5: Delitos contra la seguridad pública y contra la seguridad de la nación, Delitos políticos y contra el orden público, Delitos contra la administración pública, Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1941.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS et al.: *Tratado de Derecho Penal*, 5ª ed., t. III, Buenos Aires, Losada, 1992.
- “El asesinato de Matteotti y el delito político”, en *Crónica del crimen*, Madrid, Historia Nueva, 1929.
- MONTORO, ALBERTO: “En torno a la idea de delito político. Notas para una ontología de los actos contrarios a derecho”, en *Anales de Derecho*, núm. 18, 2000.
- OROZCO ABAD, IVÁN: “Elementos para una fundamentación del delito político en Colombia: una reflexión a partir de la historia”, en *Revista Análisis Político*, núm. 9, 1990.
- *Combatientes, rebeldes y terroristas: guerra y derecho en Colombia*, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2006.
- PAPACHARALAMBOUS, CHARIS: *Das politische Delikt im legalistischen Rechtsstaat: Beitrag zu einer Theorie der illegalen politischen Kommunikation*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1991.
- PÉREZ, LUIS CARLOS: *Tratado de derecho penal*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1967.
- *Tratado de derecho penal*, t. III, Bogotá, Edit. Temis, 1968.
- PIZARRO LEONGÓMEZ, EDUARDO y MONCAYO CRUZ, VÍCTOR M.: (Coord.): *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*, Bogotá, Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas, 2015.
- POSADA MAYA, RICARDO: “Aproximación al concepto jurídico del delito político”, en Ricardo Posada (ed.), *Delito político, terrorismo y temas de derecho penal*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2010.

- ROSLE, ANDRÉS: “Estado de derecho, delito político y terrorismo”, en C. Steiner (Ed.), *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, t. 20, Bogotá, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014.
- RUIZ-FUNES, MARIANO: *Evolución del delito político*, Madrid, Fondo de Cultura Económica de España, 2013.
- SÁNCHEZ TRIANA, MARÍA M.: “El tratamiento del delito político en Colombia: un legado de su tradición jurídica”, en Moncayo *et al.* (ed.), *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, vol. 3, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2010.
- SCHNEIDER, HANS: *Kriminologie*. Berlin, De Gruyter, 1987.
- TARAPUÉS SANDINO, DIEGO FERNANDO: “Delito político conexo e participação na política segundo o marco jurídico para a paz colombiano”, en *Revista de estudos criminais*, vol. 12, núm. 56, 2015.
- “El delito político en la Constitución de 1991: una herencia constitucional como herramienta en la búsqueda de la paz”, en *Papel Político*, vol. 16, núm. 2, 2011.
- “Un recuento teórico e histórico del delito político y de su rol actual en Colombia”, en *Memorias de Investigación Grupo GICPODERI 2011*, Cali, Universidad Santiago de Cali, 2011.
- „Eine analytische Annäherung an das politische Delikt und seine gegenwärtige Typisierung in den strafrechtlichen Ordnungen in Kolumbien und Deutschland“, in *Revista Papel Político*, vol. 15, núm. 2, 2010.
- “Fundamentos constitucionales del derecho electoral”, en Diego Tarapués & Giovanni Sánchez (Eds.), *Sistema electoral colombiano: actualidad y perspectivas*, Cali, Universidad Santiago de Cali, 2008.
- UPRIMNY, RODRIGO *et al.*: *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Bogotá, Dejusticia, 2014.
- *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006.
- VAN ZYL, PAUL: “Promoviendo la justicia transicional en sociedades post-conflicto”, en Romero, Mauricio (ed.), *Verdad, memoria y reconstrucción*, Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2008.
- VELÁSQUEZ V., FERNANDO: “¿Delito político o delito común?”, en *Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales*, núm. 10, 2007.
- VILLARROEL GONZÁLEZ, OSCAR: “El crimen político en la Baja Edad Media: entre la oposición política y el delito”, primera parte, en *Clío & Crímen: Revista del Centro de Historia del Crimen de Durango*, núm. 5, 2008.
- WILLEMS, HELMUT: „Strukturen und Entwicklungen politisch motivierter Kriminalität in Deutschland“, en Jahrestagung, *Politischer Extremismus, Jugendkriminalität und Gesellschaft*, Konstanz, DVJJ, 2001.

ZULUAGA TABORDA, JOHN: “Alcance del artículo 1º inciso 4º del acto legislativo 1 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal”, en Ambos, Kai (Coord.), *Justicia de Transición y Constitución. Análisis de la Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Temis/Cedpal/Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014.

Jurisprudencia

Sentencias de la Corte Constitucional colombiana

Sentencia C-009 de 1995
 Sentencia C-037 de 2004
 Sentencia C-069 de 1994
 Sentencia C-1055 de 2003
 Sentencia C-127 de 1993
 Sentencia C-171 de 1993
 Sentencia C-179 de 1994
 Sentencia C-214 de 1993
 Sentencia C-225 de 1995
 Sentencia C-370 de 2006
 Sentencia C-415 de 1993
 Sentencia C-456 de 1997
 Sentencia C-577 de 2014
 Sentencia C-578 de 2002
 Sentencia C-579 de 2013
 Sentencia C-695 de 2002
 Sentencia C-928 de 2005
 Sentencia C- 986 de 2010

Sentencias de la Corte Suprema de Justicia colombiana

Sentencia de 1 abril 2009, Sala de Casación Penal, radicado núm. 31421.
 Sentencia de 1 noviembre 2007, Sala de Casación Penal, radicado núm. 28393.
 Sentencia de 11 julio 2007, Sala de Casación Penal, radicado núm. 26945.
 Sentencia de 16 septiembre 2009, Sala de Casación Penal, radicado núm. 32631.
 Sentencia de 18 abril 2006, Sala de Casación Penal, radicado núm. 25317.

- Sentencia de 18 octubre 2005, Sala de Casación Penal, radicado núm. 24222.
Sentencia de 21 febrero 2006, Sala de Casación Penal, radicado núm. 24979.
Sentencia de 22 abril 2008, Sala de Casación Penal, radicado núm. 29559.
Sentencia de 22 noviembre 2005, Sala de Casación Penal, radicado núm. 24360.
Sentencia de 23 octubre 1990, Sala de Casación Penal.
Sentencia de 24 mayo 2008, Sala de Casación Penal, radicado núm. 28620.
Sentencia de 25 abril 1959, Sala de Casación Penal.
Sentencia de 25 junio 2007, Sala de Casación Penal, radicado núm. 27383.
Sentencia de 25 septiembre 1996, Sala de Casación Penal, radicado núm. 12051.
Sentencia de 27 de mayo de 1999, Sala de Casación Penal, radicado núm. 12661.
Sentencia de 30 de abril de 2014, Sala de Casación Penal, radicado núm. 42534.
Sentencia de 30 junio 1999, Sala de Casación Penal, radicado núm. 12663.
Sentencia de 4 de febrero de 1999, Sala de Casación Penal, radicado núm. 11837.
Sentencia de 5 diciembre 2007, Sala de Casación Penal, radicado núm. 25931.
Sentencia de 9 abril 2008, Sala de Casación Penal, radicado núm. 22548.

JUSTICIA TRANSICIONAL Y CRIMINALIDAD POLÍTICA. IMPLICACIONES DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL MODELO DE SELECCIÓN Y PRIORIZACIÓN PROCESAL PENAL

JOHN E. ZULUAGA TABORDA

Resumen: En tanto la sentencia C-577 de 2014 establece una relación de dependencia entre el “componente político” y el “componente penal” del Marco Jurídico para la Paz, se intenta determinar cómo el proyecto de selección y priorización procesal penal definido desde el artículo transitorio 66 de la Constitución restringe la concreción judicial del delito político. No solo se trata de restricciones *ratione materiae* y *ratione personae*, sino de una redefinición de la criminalidad política a partir de las claves político-criminales y procesales-penales que desarrolla aquel proyecto de selección y priorización, orientadas por narrativas consecuencialistas como el “alto impacto”, la “gravedad y representatividad” de los crímenes y condicionadas a determinar “patrones” de macro-criminalidad y macro-victimización.

Palabras claves: Selección, priorización, investigación penal, criminalidad política.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo transitorio 67 de la Constitución de Colombia (en adelante “CN”) representa un punto de intersección en el que se cruzan una ratificación implícita de la inhabilidad general para participar en política en razón de una condena a pena privativa de la libertad y la necesidad de delimitar el delito político como excepción a dicha inhabilidad general¹.

¹ Sobre el delito político como excepción a la inhabilidad general para participar en política a causa de una condena, JUAN CARLOS LANCHEROS, “La participación en política de Grupos Armados al Margen de la ley que abandonen la lucha armada como consecuencia de un proceso de paz, a la luz del marco constitucional vigente”,

Fundamentalmente la introducción de una definición negativa del delito político fija lineamientos a dicha excepción constitucional a partir de la exclusión —como conexos al delito político— de “los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática”. El planteamiento que hace el artículo transitorio 67 CN se suma al marco de excepciones a la mencionada inhabilidad general, las cuales han sido contempladas en otros apartes de la Constitución. Así, por ejemplo, para ser congresista (art. 179 CN), para la elección de Presidente de la República (art. 197 CN), de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia (en adelante “CSJ”), de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado (art. 232 CN), para la elección de diputados en Asambleas Departamentales (art. 299 CN) y la elección de gobernadores (art. transitorio 18).

La exclusión de esas dos connotaciones punitivas —crímenes de lesa humanidad (en adelante “CLH”) y genocidio—², a su vez, deja abierta la discusión sobre cuáles son los ámbitos de conexidad del delito político y las condiciones procesales para la definición de quienes no podrán participar en política en razón de la “selección y condena” por CLH y genocidio. De esta manera, el artículo transitorio 67 CN supone dos niveles de concreción de los ámbitos de reproche penal conexos al delito político. Por un lado, en ejercicio del principio de libertad de

en *Rutas jurídicas para la paz: participación política*, Konrad Adenauer-Colombia/ Fundación Derecho Justo/MOE, 2013, pág. 14; JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, “Delito político. Al hilo de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 11 de julio de 2007”, en *Estudios de Derecho* 144 (Dic./2007), Medellín, Universidad de Antioquia, pág. 115; DIEGO FERNANDO TARAPUÉS, “El delito político en la Constitución de 1991: una herencia constitucional como herramienta en la búsqueda de la paz” en *Papel Político*, vol. 16, núm. 2, Bogotá, julio–diciembre 2011, págs. 389 y ss.

² Como se dijo en el análisis a la sent. C-579 de 2013, la mención adicional de la expresión “*cometidos de manera sistemática*” es antitécnica. La sistematicidad de los hechos punibles tiene una connotación diferente ya en los CLH o en el genocidio, sin embargo es un elemento connatural a los mismos. Para una síntesis de las críticas al uso de esta expresión véase KAI AMBOS y JOHN ZULUAGA, “Justicia de transición y Constitución. Análisis de la sent. C-579 de 2013 sobre el marco jurídico para la paz”, en *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* 2014, Alemania, pág. 175; en detalle véase GUSTAVO COTE y DIEGO TARAPUÉS, “El marco jurídico para la paz y el análisis estricto de sustitución de la Constitución realizado en la sent. C-579 de 2013”, en Kai Ambos (Coord.), *Justicia de transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Temis-CEDPAL-Konrad Adenauer, 2014, págs. 238 y ss.

configuración legislativa, ratifica la potestad del legislador para definir político-criminalmente qué tipo de hechos punibles serían conexos al delito político. Al tratarse de una delimitación negativa —no incluyente, sino excluyente de aquellas dos connotaciones punibles—, no se restringe una discusión más amplia sobre la tipificación o no de otros delitos políticos. Por otro lado, con la referencia a la “selección y condena”, el artículo transitorio 67 CN plantea las condiciones procesales y remite al sistema de selección y priorización³ para la concreción del trámite de exclusión de conexidad del delito político y, por lo tanto, de la excepción o no a la inhabilidad general para participar en política. El sistema de selección y priorización y la aplicación de los criterios que orientan el mismo, representaría el “filtro” que conduce a la decisión de condena y negación de los derechos políticos.

Teniendo en cuenta la redacción del artículo transitorio 67 CN y los antecedentes del proceso de expedición del acto legislativo 1 de 2012 (en adelante “AL”), se puede decir que esta disposición no contiene ningún otro parámetro que restrinja la determinación judicial de responsabilidad penal por delitos políticos o conexos. La textura abierta de dicho artículo conduce necesariamente a una comprensión sistemática del mismo, no solo a partir de lo establecido por el artículo transitorio 66 CN sobre mecanismos e instrumentos para la investigación, juzgamiento y sanción de graves vulneraciones a Derechos Humanos (en adelante “DD.HH.”), sino, también, de la normatividad antecedente orientada básicamente

³La estrategia de selección y priorización de casos fue una necesidad anunciada desde las más tempranas evaluaciones a la LJP, al respecto véase KAI AMBOS, *et al.*, *Procedimiento de la ley de justicia y paz (ley 975 de 2005) y derecho penal internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de “justicia y paz” en Colombia*, Bogotá, GTZ/Embajada de la República Federal Alemana en Bogotá/Georg-August-Universität Göttingen, 2010, párr. 415; de estas evaluaciones se desprendieron múltiples propuestas para la implementación de una estrategia de investigación a partir de criterios objetivos, subjetivos y complementarios. Para un estudio de casos véase entre otros Kai Ambos (Coord.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales: un estudio comparado*, Bogotá, GIZ, 2011, págs. 9 y ss.; también PAUL SEILS, “Propuesta de criterios de selección y priorización para la ley de justicia y paz en Colombia”, en *ICTJ Análisis*, Bogotá, ICTJ, marzo de 2012, págs. 1 y ss.; Para un análisis concreto del art. transitorio 66 inc. 4° de la Constitución, véase JOHN ZULUAGA TABORDA, “Alcance del artículo 1° inciso 4° del acto legislativo 1 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal”, en Kai Ambos (Coord.), (*supra* nota 2), págs. 168-188.

por las leyes 782 de 2002 y 975 de 2005 (también Ley de Justicia y Paz –“LJP”)⁴. Esto se puede entender así a partir de la redacción misma del artículo transitorio 67 CN, donde las expresiones “selección y condena” son incorporadas como requisitos acumulativos. De la mano de estos términos, para precisarlo mejor, el artículo transitorio 67 CN remite, por un lado, a un mecanismo de investigación que se ejecuta por los criterios fijados en el artículo transitorio 66 CN y normatividad complementaria como la Directiva 001 de 2012⁵ de la Fiscalía General de la Nación (en adelante “FGN”) y sus respectivos planes de acción⁶. Por otro lado, vincula la determinación judicial de responsabilidad penal por graves violaciones a los DD.HH. y al Derecho Penal Internacional (en adelante “DPI”), que básicamente se ha desarrollado en el marco de la ley 975 de 2005⁷. La referencia a la “selección y condena” sintetiza el vínculo que establece el artículo transitorio 67 CN con el sistema de investigación y determinación de responsabilidad penal y, sobre esa base, determina la posibilidad de participación en política como un punto de cierre de aquel trámite judicial de investigación y sanción penal.

Esta posición también es acogida por la Corte Constitucional. En la sentencia C-577 de 2014, la Corte plantea una diferenciación explícita entre el componente penal del AL 1 de 2012 (art. transitorio 66 CN) y las condiciones para la participación política de los miembros de Grupos Armados Organizados al Margen de la ley (en adelante “GAOML”) que se

⁴ Un panorama de la estructura procedimental puede verse en AMBOS *et al.* (*supra* nota 3), párr. 36-40; sobre el procedimiento de la LJP *in extenso* véase GTZ-Proyecto Profis, *Manual de procedimientos para Ley de justicia y paz*, Bogotá, GTZ - Embajada de la RFA en Colombia, 2009, págs. 221-398; GTZ-Proyecto Profis/Embajada de la RFA en Colombia/Fiscalía General de la Nación, *Guía de procedimientos de la unidad nacional de Fiscalías para justicia y paz. ley 975 de 2005*, Bogotá, GIZ-Profis/Embajada RFA en Colombia/FGN, 2009, C3 ss., E3 ss., F3 ss., G3 ss., H3 ss.

⁵ Fiscalía General de la Nación, Directiva 001 de 2012, disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2013/02/Directiva001.pdf> (visto por última vez el 30.03.2015).

⁶ Sobre el sistema de priorización en la FGN, así como su reglamentación y presentación de sus contenidos más importantes véase <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/priorizacion/priorizacion-nuevo-sistema-de-investigacion-penal/> (visto por última vez el 30.03.2015); Un análisis y crítica a la Directiva 01 y sus respectivos planes de acción puede verse en ZULUAGA TABORDA (*supra* nota 3), págs. 171 ss. con más referencias.

⁷ Sobre los ámbitos de aplicación de la ley 975 de 2005, véase AMBOS *et al.* (*supra* nota 3), párrs. 41 y ss. con más referencias.

reincorporen a la sociedad civil (art. transitorio 67 CN)⁸. Sin embargo, la Corte misma reconoce que dicha posibilidad de participar en política “parte de un proceso que tiene pretensiones de integralidad y, por tanto, resulta complemento de las medidas previstas para la investigación, sanción y juzgamiento de los máximos responsables en el artículo transitorio 66 de la Constitución”⁹. Esta complementariedad se concreta en una relación de continuidad entre el llamado “componente penal” y la inclusión/exclusión para participar en política. En este punto, la Corte es enfática al afirmar que la participación en política de que trata el artículo transitorio 67 CN, “parte del punto en que termina el componente penal”¹⁰. Con la expresión “terminación del componente penal” la Corte se refiere concretamente al cumplimiento de la pena impuesta con fundamento en el artículo transitorio 66 CN. Para la Corte, entender lo contrario “tergiversaría totalmente el sentido que debe tener un artículo que regula la participación en política de quienes *se han reincorporado* a la comunidad política y están dispuestos a participar en la toma de decisiones de razón pública”¹¹.

La participación política de combatientes es recogida, en el sentido recién mencionado, como uno de los niveles que integran los grados de reincorporación a la vida civil de combatientes desmovilizados. Con esta posición, la Corte Constitucional no solo ratifica a la “selección y condena” como requisitos para definir la exclusión por CLH y genocidio, sino también que son requisitos para definir la inclusión en la participación política. Más concretamente dicho, la selección y condena filtran la posibilidad o no de participación política de miembros de GAOML reincorporados a la vida civil. En términos de la Corte, “en el caso de los desmovilizados que sean seleccionados y condenados, su participación en política estará supeditada al cumplimiento de la condena impuesta en

⁸ Corte Constitucional, sent. C-577 de 2014, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez, num. 7.2.2.; Unas anotaciones preliminares al Comunicado de Prensa inicial pueden verse en JOHN ZULUAGA TABORDA, “Anotaciones preliminares sobre la sentencia C-577 de 2014. A propósito de la participación política de combatientes”, en *Revista Pensamiento Penal* 186, Argentina 01.09.2014, (Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/proposito-participacion-politica-combatientes-colombia>, visto por última vez el 30.03.2015).

⁹ Corte Constitucional, sent. C-577 de 2014 (*supra* nota 8), num. 7.2.2.

¹⁰ Corte Constitucional, sent. C-577 de 2014 (*supra* nota 8), num. 7.2.2. (énfasis del autor).

¹¹ *Idem.*, *ibidem*.

el marco del proceso de justicia transicional y de las demás obligaciones que se impongan a quienes aspiren a esa participación”¹². Esta posición conduce a una discusión en dos niveles diferentes: por un lado, en su delimitación negativa, la selección y condena por CLH y genocidio como nivel excluyente (absoluto) para la participación política; por otro lado, a partir de la extensión de la validez de las obligaciones que tienen que cumplir los desmovilizados para acceder a los beneficios penales propios del régimen jurídico transicional, la selección y condena como condiciones de inclusión en el sistema de participación política.

En tanto esta doble función del sistema de selección —como filtro de la participación política de combatientes— no ha sido objeto de un amplio debate académico ni jurisprudencial, el artículo transitorio 67 CN y la sentencia C-577 de 2014 se constituyen en un referente o hito para dicha discusión a partir de las condiciones introducidas por el MJP. En ese sentido, complementa la sentencia C-579 de 2013¹³, donde se abordó la discusión sobre la aplicación de criterios de selección y priorización en la judicialización de crímenes internacionales ejecutados durante el conflicto armado. Para entender mejor esta doble función, a continuación se analizarán ambos niveles para la definición de la participación política de combatientes. Primero, se discutirá sobre el sentido y alcance del proyecto de selección y priorización procesal penal como criterio para el modelo de justicia transicional. Segundo, se abordarán algunos dilemas para la definición judicial, a partir del mismo sistema de selección, de la criminalidad política que soporta dicha posibilidad de participación.

2. SELECCIÓN Y PRIORIZACIÓN COMO PARÁMETROS PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Los criterios de selección y priorización de casos son considerados por la CN inherentes a los instrumentos de justicia transicional (art. transitorio 66 inc. 4º). Como ya se anotó en detalle en el anterior estudio, la justificación de una estrategia de selección y priorización de casos se basó en el reconocimiento de las deficiencias de un enfoque investigativo case by case que impedía la definición de patrones y contextos del *modus operandi* de las estructuras (GAOML) a las que pertenecían los comba-

¹² Corte Constitucional, sent. C-577 de 2014 (*supra* nota 8), num. 8.4.

¹³ Esta sentencia ya la hemos analizado en otro momento. Véase *in extenso* nuestro estudio sobre la sent. C-579 de 2013 en KAI AMBOS (Coord.), (*supra* nota 2), págs. 5 y ss.

tientes desmovilizados¹⁴. La reorientación del modelo de investigación penal estuvo antecedida por la delimitación establecida por la Unidad Nacional de Justicia y Paz de la FGN a la técnica de gestión de casos, que por medio de memorandos y circulares introdujo criterios objetivos, subjetivos y complementarios de investigación¹⁵. Las discusiones que propiciaron el desarrollo de estas prácticas de investigación fueron planteados especialmente en diversos pronunciamientos de la CSJ, donde se fijaron diferentes parámetros para la priorización de la investigación de los llamados “crímenes de sistema” en contextos de justicia transicional¹⁶. La elevación a rango constitucional de un modelo de criterios de selección y priorización estuvo, a su vez, antecedido por un marco de discusiones que resumían una narrativa consecuencialista que justificó la selección y priorización ante las urgencias de lo que se dio en llamar un “modelo maximalista”¹⁷. Esta discusión fue recogida en la génesis del AL 1 de 2012 que introdujo los artículos transitorios 66 y 67 CN, en donde se acogió el enfoque consecuencialista y se concedió preponderancia al esclarecimiento de patrones y contextos de la macro-criminalidad¹⁸.

¹⁴ Véase *Gaceta del Congreso* 287 (2012), Bogotá, 30.05.2012, pág. 16; EDUARDO MONTELAEGRE LYNETT, “Presentación”, en FGN, *Priorización. Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal*, Bogotá, FGN, 2013, pág. 20 y s.; AMBOS *et al.* (*supra* nota 3), párr. 415; SEILS (*supra* nota 3), págs. 1 y ss.; DIEGO LÓPEZ MEDINA, “Recomendaciones para la elaboración de estrategias de priorización de casos en el marco de la Ley de justicia y paz”, en *International Law* 17, *Revista Colombiana de Derecho Internacional* (2010), págs. 63-86; ZULUAGA TABORDA (*supra* nota 3), págs. 168 y ss.

¹⁵ ZULUAGA TABORDA (*supra* nota 3), pág. 168; Andreas Forer/Claudia López Díaz, “Selección y priorización de casos como estrategia de investigación y persecución penal en la justicia transicional en Colombia”, en Kai Ambos (Coord.), (*supra* nota 3), págs. 242-245.

¹⁶ Véase Corte Suprema de Justicia (CSJ), auto de 29 julio 2009, rad. 31539, M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán, Consideraciones, 1.6., en el que la CSJ señala que en el marco del proceso de justicia y paz se debía “identificar la actuación del desmovilizado al interior del grupo armado y del frente al que pertenecía, sus actividades, la estructura de poder interna, el modelo delictivo de ese grupo, las órdenes impartidas y los planes criminales trazados, para contextualizar los delitos por los que se condena dentro del ataque generalizado y sistemático a la población civil”.

¹⁷ Para un resumen de las posiciones a favor y en contra de la incorporación del modelo de selección y priorización véase ZULUAGA TABORDA (*supra* nota 3), pág. 169 y s.

¹⁸ Véase ZULUAGA TABORDA (*supra* nota 3), pág. 170; *Gaceta del Congreso* 287 (2012) (*supra* nota 14), pág. 14.

Este modelo fue considerado constitucionalmente conforme por parte de la Corte Constitucional¹⁹. Recogiendo la línea argumentativa de las críticas a la llamada “tesis maximalista”, la Corte justificó la posibilidad de centrar la investigación penal solo en determinados casos²⁰. Aunque la justificación de la Corte no estuvo precedida de estudios cuantitativos sobre los rendimientos procesales en el marco de la ley 975 de 2005, asumió el argumento según el cual es imposible desarrollar una estrategia maximalista de investigación que proceda judicialmente contra todos los sospechosos²¹. Adicional a la crítica cualitativa del modelo de investigación integral o exhaustivo, la Corte justificó estas prácticas de gestión investigativa con la alusión a cierto reconocimiento por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CorteIDH”) de reglas de priorización²². Como ya lo discutimos en un estudio previo, los diferentes niveles argumentativos de la Corte recogen razones orientadas a las consecuencias jurídicas y residen en el ámbito de la efectividad de la investigación²³. En las justificaciones para la adopción de criterios de priorización la Corte aborda cuatro temas de especial relevancia: 1. Impacto externo e interno de las estrategia de priorización. 2. Contexto y gravedad del hecho punible como fundamento para la definición de criterios, 3. Profesionalismo y objetividad de los criterios y 4. Legitimidad del proceso.

Frente a este marco de argumentos justificativos de una estrategia de selección y priorización, fueron discutidas algunas deficiencias. Las razones definidas por la Corte para considerar que existe la necesidad de

¹⁹ Corte Constitucional, sent. C-579 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.08.2013, IV. Decisión.

²⁰ Corte Constitucional (*supra* nota 19), párr. 8.2.2.

²¹ *Idem.*, *ibidem*.

²² Si bien este nivel justificatorio fue en su debido momento criticado pues la jurisprudencia de la CorteIDH no contiene reglas de priorización (véase ZULUAGA TABORDA (*supra* nota 3), pág. 182 con otras referencias), debe decirse que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hizo alusión a estas reglas en su último informe sobre Colombia, advirtiendo que dichas reglas no son incompatibles, en principio, con la Convención Americana pero que no puede implicar falta de actuación del Estado respecto de casos de violaciones de derechos humanos. Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Verdad, justicia y reparación: Cuarto Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II, Diciembre de 2013, párrs. 47-48 (Resumen ejecutivo) y párrs. 347, 354.

²³ Véase ZULUAGA TABORDA (*supra* nota 3), pág. 188.

adoptar criterios de priorización son heterogéneas e incoherentes unas con otras. Primero, la Corte otorgó un rol comunicativo y de control de expectativas sociales a la formulación de criterios de priorización²⁴. Esto no solo sobredimensiona la naturaleza jurídica y el alcance de las políticas de selección y priorización, sino que deja constancia de una errada comprensión del proceso penal, según la cual éste parece concebido como un mecanismo para el manejo de sensaciones sociales. Segundo, la Corte contextualizó el desarrollo de las estrategias de selección y priorización bajo el término “ambiente politizado”. Frente al mismo estableció que los criterios deben ser objetivos y profesionales, como criterios que restringen la discrecionalidad de la Fiscalía²⁵. En este ámbito, la Corte descuidó que las claves para asegurar la neutralidad política de la investigación penal se encuentran en el análisis e interpretación de la base legal y estatutaria que regula la estrategia de selección y priorización y, en general, la discrecionalidad en el desarrollo de la investigación penal²⁶. En sus justificaciones a la incorporación de una estrategia de selección y priorización, la Corte sobredimensiona la capacidad simbólico-expresiva del proceso penal y arrastra sobre el mismo funciones representativas de los intereses de las víctimas que no corresponden a los propósitos del proceso penal ni de la pena²⁷.

La incursión de un proyecto de selección y priorización para la gestión de investigaciones penales en el marco de la llamada criminalidad sistémica o macro-criminalidad, plantea no solo una especial comprensión de los fundamentos y las formas de ejecución de hechos punibles, sino

²⁴ Corte Constitucional (*supra* nota 19), párr. 8.2.2., donde afirma que “(i) la formulación de un criterio juega un papel muy importante en la comunicación y manejo de expectativas de la población” (énfasis original).

²⁵ Corte Constitucional (*supra* nota 19), párr. 8.2.2. Específicamente sostiene que “(iii) en un ambiente politizado el criterio para la priorización de los casos debe basarse en criterios profesionales y objetivos, fundados en la gravedad del crimen cometido, lo que dará legitimidad al proceso” (énfasis original).

²⁶ ZULUAGA TABORDA (*supra* nota 3), pág. 188; Una crítica a la comprensión de gravedad como criterio de selección a nivel de la Fiscalía de la CPI véase KAI AMBOS y IGNAZ STEGMILLER, “Investigando crímenes internacionales ante la Corte Penal Internacional: ¿existe una estrategia de enjuiciamiento coherente y comprehensiva?”, en *Revista Penal* 32 (2013), Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 49 y ss.

²⁷ Tal como lo sostuvimos en el análisis a la sent. C-579 de 2013, “las teorías relativas se enfocan fundamentalmente en la prevención de delitos, es decir, buscan incidir en futuros escenarios punibles con fundamento en el efecto que se le atribuye a la pena para la sociedad y el autor, independientemente de la víctima concreta”. ZULUAGA TABORDA (*supra* nota 3), pág. 189.

que también establece un particular sentido y alcance de la tarea de investigación. A partir del énfasis en “casos emblemáticos” y en investigados con “posiciones claves” en la estructura de organizaciones criminales, ésta nueva política busca optimizar el esclarecimiento de patrones de macro-criminalidad y macro-victimización. Como ya lo hemos analizado en otro momento, esta orientación del sistema de investigación y gestión de cargos fue definida inicialmente por la Directiva 001 de 2012 expedida por la FGN²⁸, la cual fue puesta en marcha con la expedición de respectivos planes de acción por diferentes unidades de la misma Fiscalía²⁹. Por medio de estos instrumentos internos de orientación del trabajo de la FGN, con cierto grado de detalle se delimita el sentido y alcance de las estrategias de selección y priorización. Primero, para el estudio de hechos punibles y de “factores problemáticos que alteran la convivencia social”, plantea un enfoque de análisis sistemático e interdisciplinario. Segundo, introdujo una perspectiva funcional-sociológica para la investigación de hechos punibles a partir de la cual la comprensión de los mismos se delimita por planes criminales que lo anteceden, los patrones de conducta de las organizaciones criminales y las condiciones de contexto de estos dos factores. Tercero, como ya fue planteado en la descripción de las justificaciones al modelo, introdujo una orientación consecuencialista de la reacción penal que esta guiada por el “impacto social” de los hechos punibles y, esencialmente, a los fines de “combatir” la criminalidad organizada³⁰.

3. ALCANCE DEL ANÁLISIS SOBRE SELECCIÓN Y PRIORIZACIÓN EN LA SENTENCIA C-577 DE 2014

Este modelo de investigación penal y su respectiva justificación, tiene concretas repercusiones para el análisis de la sentencia C-577 de 2014

²⁸ Directiva 001 de 2012 (*supra* nota 5), págs. 1 y ss.

²⁹ Después de la expedición de dicha Directiva se ha seguido una serie de resoluciones y acuerdos por medio de los cuales se ha reglamentado la puesta en marcha de la misma. Véase *res. 01810 de 4 de octubre de 2012*, por medio de la cual se crea la Unidad de Análisis y Contextos; *res. 01811 de 4 de octubre de 2012*, por medio de la cual se crea y reglamenta el Comité de Priorización de Situaciones y Casos en la Fiscalía General de la Nación; *res. 001 de 15 de enero de 2013* y *res. 002 de 25 de junio de 2013*, por medio de las cuales se ordena la presentación de planes de acción para la gestión de los criterios de priorización e implementación del nuevo sistema de investigación; *acuerdo 001 de enero de 2013*, con el cual se expide el reglamento interno del Comité de Priorización de Situaciones y Casos. Véase ZULUAGA TABORDA (*supra* nota 3), pág. 176.

³⁰ Véase ZULUAGA TABORDA (*supra* nota 3), pág. 172 con más referencias.

y el desarrollo del artículo transitorio 67 CN, es decir, la determinación de los responsables por los delitos considerados políticos y conexos al mismo a los efectos de la posibilidad de participar en política. Al tratarse de un modelo que introduce delimitaciones de su alcance subjetivo y objetivo, define un nivel de restricción a la determinación de la “criminalidad política”. Por un lado, en su orientación a la investigación de máximos responsables o de integrantes en “posiciones claves” de la organización criminal, se trata de una política de investigación que no prevé ocuparse de todos los niveles de dichas organizaciones. Por otro lado, al focalizarse en crímenes de “alto impacto”, se trata de un sistema que no incorpora como parte de su ámbito de aplicación objetivo a los delitos políticos. Así lo establece hasta ahora la delimitación material de los diferentes planes de acción de la FGN (véase *infra* 2.1.1.) y las exigencias de priorización recomendadas por la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (en adelante FiscalíaCPI)³¹ y la Corte Constitucional³². Las bases normativas existentes para la estrategia de selección y priorización, así como la justificación jurisprudencial de la misma y la puesta en marcha por medio de los planes de acción, lleva a entender que la posible determinación de un nivel de criminalidad política de determinada organización criminal (v. gr. FARC-EP, ELN) estaría antecedida por la investigación de combatientes seleccionados y crímenes priorizados. Incluso, se podría decir que la determinación de crímenes políticos no hace parte del alcance objetivo y subjetivo del sistema de selección, salvo en los casos de concurso con los hechos punibles que son definidos por el ámbito de aplicación del modelo de selección y priorización.

Es cierto que la Corte Constitucional determina una diferencia entre el modelo de definición de responsabilidad penal y el de inclusión política, sin embargo, como lo anotamos antes, establece que el componente de participación política inicia una vez ha concluido el componente penal del MJP³³. El proyecto de selección y priorización procesal penal que se ha incorporado en el marco de justicia transicional colombiano define un particular derrotero de límites que determinan el alcance del llamado componente político. Este modelo no solamente moldea competencias

³¹ The Office of the Prosecutor, *Situación en Colombia. Reporte Intermedio*, noviembre de 2012, párr. 224, disponible en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/3D3055B-D-16E2-4C83-BA85-35BCFD2A7922/285202/OTP2012035032COLResumenEjecutivodelReporteIntermed.PDF> (visto por última vez el 31.03.2015).

³² Corte Constitucional (*supra* nota 19), párr. 9.9.4.

³³ Corte Constitucional (*supra* nota 19), párr. 8.4.

específicas sobre la investigación de hechos punibles, sino, también, sobre la forma de esclarecimiento de la verdad y el régimen de pena por imponer. En ese sentido, se trata de un enfoque de investigación que, a su vez, restringe la definición de la criminalidad política tanto a partir de la delimitación *ratione materiae*, como también *ratione personae*. En otras palabras, se establece una relación de dependencia en la cual la definición judicial del delito político y, con ello, la vigencia del derecho a participar en política se confirma por medio de un modelo que, por un lado, no pretende (puede) ser exhaustivo en la investigación de la macro-criminalidad y, por otro lado, no ha sido desarrollado para la investigación de la criminalidad política. No es un modelo que esté dirigido a diferenciar delitos políticos frente a otros tipos de hechos punibles, sino a investigar crímenes (internacionales) de alto impacto (más graves). No busca determinar la “politicidad” de conductas punibles, sino que intenta optimizar la definición de responsabilidad penal de máximos responsables. Para comprender más ampliamente esta problemática, a continuación analizaremos algunas restricciones que plantea el modelo de selección y priorización desde sus ámbitos objetivo y subjetivo frente a la concreción del llamado componente político.

A) Restricciones “*ratione materiae*”

a) *Enfoque vigente*

El artículo transitorio 66 inciso 4° CN advierte que los criterios de selección estarán dirigidos a centrar los esfuerzos en la investigación penal de CLH, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. Con ello se plantea una delimitación *ratione materiae* del trabajo de investigación penal por parte de la FGN en el marco de los crímenes internacionales más graves. Aunque no existe una determinación legal que desarrolle esta delimitación, una restricción objetiva de los delitos a investigar ya fue planteada en dos niveles externos al marco legal de la justicia transicional en Colombia. Primero, en el examen preliminar al caso colombiano presentado por la FiscalíaCPI en el año 2012 se definió una serie de prioridades de observación a partir de las cuales dicha Fiscalía centró su evaluación al caso colombiano, concretamente en “ii) las actuaciones judiciales relacionadas con la promoción y la expansión de los grupos paramilitares, iii) las actuaciones judiciales relacionadas con desplazamientos forzosos, iv) las actuaciones judiciales relacionadas

con crímenes sexuales, y v) los casos de falsos positivos”³⁴. Segundo, en respuesta a lo indicado en el examen preliminar de la FiscalíaCPI, la Corte Constitucional en la sentencia C-579 de 2013 determinó que, en razón de su gravedad y representatividad, debía priorizarse la investigación de “ejecuciones extrajudiciales, tortura, desapariciones forzadas, violencia sexual contra la mujer en el conflicto armado, desplazamiento forzado y reclutamiento ilegal de menores, cuando sean calificados como delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”³⁵. Según la Corte, el MJP debería utilizarse para investigar, juzgar y sancionar estos crímenes e imputarlos a los máximos responsables³⁶.

Si bien la delimitación planteada por el artículo transitorio 66 inciso 4° CN, concretada en parte por la Corte Constitucional en la sentencia C-579 de 2013, solo podrá tener desarrollo legal con una ley estatutaria (art. transitorio 66 inc. 4° CN), en lo reglamentario se encuentran algunos antecedentes en los que se establece explícitamente el alcance de una delimitación en razón de la materia (objetiva) del actual modelo de selección y priorización. Fundamentalmente la Directiva 001 de 4 de octubre de 2012 expedida por la FGN fija unos parámetros para la comprensión de este criterio. Al contrario de la opinión dominante en materia de delimitación *ratione materiae*³⁷, la FGN no concibe el criterio objetivo en términos de una lista de delitos a investigar, sino, más bien, como un

³⁴ The Office of the Prosecutor, *Situación en Colombia. Reporte Intermedio*, noviembre de 2012, párr. 224, disponible en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/3D3055BD-16E2-4C83-BA85-35BCFD2A7922/285202/OTP2012035032COLResumenEjecutivodelReporteIntermed.PDF> (visto por última vez el 23.01.2015); Un análisis crítico de este reporte intermedio véase en KAI AMBOS, GUSTAVO COTE, DIEGO TARAPUÉS, JOHN ZULUAGA, “Examen preliminar de la CPI al caso colombiano”, en *Asuntos del Sur*, 29.12.2012 (Disponible en <http://www.asuntosdelsur.org/informe-examen-preliminar-de-la-fiscalia-de-la-cpi-al-caso-colombiano/> -visto por última vez el 30.03.2015).

³⁵ Corte Constitucional (*supra* nota 19), párr. 9.9.4.

³⁶ Corte Constitucional (*supra* nota 19), párr. 8.4.4.

³⁷ Véase MORTEN BERGSMO, *Criteria for prioritizing and selecting Corte international criminal cases*, Oslo, FICHL Publication Series Nr. 4, 2010, págs. 9 y ss.; MORTEN BERGSMO y MARÍA PAULA SAFFON, “Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales nucleares?”, en Ambos (Coord.) (*supra* nota 3), págs. 23 y ss.; IGNAZ STEGMILLER, *The Pre-Investigation Stage of the ICC. Criteria for Situation Selection*, Berlin, Duncker & Humblot, 2011, págs. 239 ss.; FABRICIO GUARIGLIA, “The selection of cases by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court”, en CARSTEN STAHN/GÖRAN SLUITER (eds.), *The Emerging*

criterio abierto y condicionado por la gravedad y representatividad del delito perpetrado³⁸. En este nivel, la delimitación objetiva de la estrategia de selección y priorización se orienta por criterios abiertos como el grado de afectación de la víctima y la modalidad de ejecución del delito (gravedad) y la conducencia de la investigación de un delito para ilustrar “un abanico complejo de hechos y conductas, que den cuenta de dinámicas en la comisión de crímenes”³⁹.

A pesar de las críticas a dicha definición, con las que se indicaron algunas deficiencias para disuadir una conducción “populista y simbólica” de la investigación penal⁴⁰, esta argumentación ha tenido continuidad en los diferentes instructivos para la elaboración de planes de acción de la Unidad Nacional de Justicia y Paz (en adelante “UNJP”) y otras unidades nacionales y fiscalías seccionales. El primer plan de acción que desarrollo estos contenidos es el expedido por la UNJP, en el cual se combina una lista de delitos con el criterio (abierto) de mayor impacto. Por un lado, estableció entre sus prioridades la investigación de delitos como “desaparición forzada, desplazamiento forzado, secuestro, reclutamiento ilícito, violencia basada en género”⁴¹. Por otro lado, dejó abierta la posibilidad de determinar sus prioridades de investigación a partir del alto impacto que haya ocasionado un delito en alguna región. Concretamente alude a los hechos que en “las regiones ocasionaron mayor conmoción por la gravedad y barbarie en que fueron cometidos o por la representación social, política e institucional de las víctimas, tratándose de líderes sociales, políticos, periodistas, sindicalistas, defensores de derechos humanos y servidores públicos”⁴². En este sentido, adicional a la delimitación establecida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional mencionada arriba, el ámbito de aplicación *ratione materiae* del modelo de selección y priorización prevé una lista de delitos representativos de graves crímenes

Practice of the International Criminal Court, Leiden, Nijhoff, 2009, págs. 209 y ss.; FORER/LÓPEZ DÍAS (*supra* nota 15), pág. 240.

³⁸ Directiva 001 de 2012 (*supra* nota 5), págs. 28, 30 y s.

³⁹ Directiva 001 de 2012 (*supra* nota 5), pág. 30.

⁴⁰ Véase ZULUAGA TABORDA (*supra* nota 3), pág. 174.

⁴¹ FGN, *Plan de acción de casos a priorizar por la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la paz*, párr. 2.2., disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/wp-content/uploads/2012/04/Plan-de-Accion-de-Priorizacion-de-la-Unidad.pdf> (visto por última vez el 30.03.2015).

⁴² Plan de acción (*supra* nota 41), párr. 2.2.

internacionales y un criterio abierto como la gravedad y representatividad que intenta determinar el impacto regional de ciertos hechos punibles.

b) *Implicaciones para la investigación*

La delimitación *ratione materiae* que se deriva del artículo transitorio 66 inciso 4° CN establece, a su vez, una restricción para la investigación y determinación judicial del delito político. El modelo de investigación que se incorpora con el MJP pretende centrar el trabajo del ente investigador en un marco objetivo de hechos punibles, para lo cual desarrolla un proyecto investigativo que es divergente frente a los parámetros en los que se debería desarrollar la investigación por delitos políticos. En palabras más concretas, con el MJP se incorpora un modelo de investigación que no tiene entre sus prioridades la investigación de delitos políticos, por lo menos no en sus variantes más clásicas como la rebelión, sedición y asonada (arts. 467 a 473 Código Penal —CP—). El énfasis que se logra con la restricción del modelo a la investigación de CLH, genocidio o crímenes de guerra, a su vez, plantea una concreta preocupación por la forma como han sido vulnerados los bienes jurídicos respectivos y las intenciones para hacerlo⁴³. En ese sentido, detrás de los crímenes internacionales más graves y de los delitos políticos se encuentran proyectos investigativos divergentes. Precisamente con la restricción *ratione materiae* que se logra en el artículo transitorio 66 inciso 4° CN y que en parte desarrolla la sentencia C-579 de 2013 (véase *supra* 2.1.1.), se plantea una específica orientación (objetiva) del modelo investigativo que implica una lectura de GAOML muy diferente a la que supone un proyecto de definición de delincuentes políticos. En otras palabras, no se trata ni de establecer la vulneración de régimen constitucional y legal como bien jurídico, ni de determinar finalidades altruistas en la ejecución de dicha vulneración, sino, en otro sentido, el modelo investigativo al que se vincula el proyecto de selección y priorización busca determinar los máximos responsables por las violaciones más graves a los DD.HH., el Derecho Internacional Humanitario (en adelante “DIH”) y al DPI⁴⁴.

⁴³ Para una revisión de los aspectos sustanciales de CLH, genocidio y crímenes de guerra véase *in extenso* KAI AMBOS, *Treatise on International Criminal Law: Volume II: The Crimes and Sentencing*, Oxford, OUP, 2014, págs. 5 y ss.; GERHARD WERLE, *Tratado de derecho penal internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, nm. 498 y ss.

⁴⁴ En ese sentido, la Corte Constitucional (*supra* nota 19), considera que “el acto legislativo 1 de 2012 se orienta a cumplir con la restricción reconocida en el bloque de constitucionalidad de la necesidad de que en todo caso se investigue, juzgue y castigue

Entre los niveles de divergencia frente al que debería ser un proyecto de definición judicial de la criminalidad política, se podrían mencionar los siguientes: primero, la estructura de los CLH, genocidio y crímenes de guerra definen normativamente unos específicos parámetros que deben orientar una investigación penal. Con la determinación judicial de los elementos objetivos (*actus reus*) y subjetivos (*mens rea*) de cada uno de los crímenes internacionales nucleares⁴⁵, los programas de investigación se orientan a establecer y probar específicos elementos materiales y mentales que determinan la punibilidad en el marco del derecho penal internacional⁴⁶. Adicional a la delimitación que supone la estructura de los crímenes internacionales para los proyectos de investigación penal, las prácticas de los Tribunales penales internacionales⁴⁷ y de la misma FiscalíaCPI, a su vez, han estado orientadas por concretas políticas y estrategias de investigación. Especialmente la FiscalíaCPI en los denominados *policy and strategy papers*⁴⁸ ha desarrollado cuatro principios fundamentales en su estrategia de investigación: investigaciones focalizadas, complementariedad positiva, intereses de las víctimas y el impacto del trabajo de la Fiscalía⁴⁹. En ese sentido, la investigación de los crímenes

los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática “Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario”, lo cual consiste nuevamente en un desarrollo de la obligación de garantía en contextos de conflicto armado interno” (párr. 8.3.2. (ii)).

⁴⁵ Sobre los aspectos externos e internos de los crímenes de derecho penal internacional existe una abundante literatura, véase WERLE (*supra* nota 43), nm. 380 y ss. con más referencias; para un análisis detallado del aspecto interno de los crímenes de derecho penal internacional véase KAI AMBOS, *Treatise on International Criminal Law: Volume I: Foundations and general part*, Oxford, OUP, 2013, págs. 266 y ss.

⁴⁶ Para una evaluación a los elementos estructurales que condicionan la investigación de responsabilidad penal en los Tribunales *ad hoc* véase BORIS BURGHARDT, *Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem: eine Untersuchung zur Rechtsprechung der internationalen Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda*, Berlin, BWV Berliner Wissenschafts-Verl., 2008, págs. 265 y ss.

⁴⁷ Al respecto véase BERGSMO y SAFFON (*supra* nota 37) págs. 23 y ss. con más referencias; WERLE (*supra* nota 43), nm. 371 y ss. y nota a pie 795 con más referencias.

⁴⁸ Véase AMBOS y STEGMILLER (*supra* nota 26), pág. 43 y nota a pie 5 con más referencias; STEGMILLER (*supra* nota 37), págs. 239 y ss.

⁴⁹ Para un análisis de la consistencia, coherencia y alcance de los documentos de política y estrategia publicados hasta el momento por la FiscalíaCPI véase al respecto AMBOS y STEGMILLER (*supra* nota 26), págs. 43 y ss.

internacionales más graves no solo se restringe normativamente por los elementos materiales y subjetivos de las estructuras de cada crimen, sino que su desarrollo práctico se guía por específicas políticas y estrategias de investigación.

La diferenciación entre los delitos políticos y otros ámbitos de criminalidad también ha sido acentuada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la CSJ. Por un lado, han sido reiterativas al establecer los criterios básicos sobre lo que se debe entender por delito político⁵⁰. Especialmente la CSJ en sentencia del 11 de julio de 2007 fue enfática al establecer las razones de orden sustancial que diferencian el delito político del concierto para delinquir, al punto de considerar que la estructura del delito político se repele o excluye con el concierto para delinquir⁵¹. En términos de la CSJ, hay diferencias desde el punto de vista del bien jurídico protegido, la acción típica, el dolo y los sujetos pasivos de cada uno de estos tipos penales, la culpabilidad predicable del delito político y su punibilidad⁵². De especial interés resulta la consideración de la CSJ según la cual “por sus fines, la calificación de una conducta como delito político descarta que la misma pueda ser señalada como crimen contra la humanidad, genocidio, crimen de guerra, violaciones graves de derechos humanos, reproches que perfectamente pueden haber constituido el motivo que dio origen al concierto para delinquir”⁵³. Incluso la Corte es más expresa cuando afirma que “es impensable la equivocada idea de considerar a los miembros de otros grupos armados ilegales, diferentes a los paramilitares, como excusados de crímenes de lesa humanidad o de guerra, o de violaciones graves de los derechos humanos, pues la rea-

⁵⁰ Véase Corte Constitucional, sent. C-171 de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, consideraciones de la Corte; opinión reiterada en las sents. C-069 de 1994, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, Consideraciones de la Corte; C-127 de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero, Consideraciones de la Corte; C-456 de 1997, M. P. Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz, Consideraciones de la Corte; C-194 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Consideraciones de la Corte; especialmente véase la sent. C-370 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández, núm. VI. 3.3.

⁵¹ Corte Suprema de Justicia (CSJ), auto de 11 julio 2007, rad. 26945, M. P. Yesid Ramírez B. y Julio E. Socha Salamanca, V.1.2., donde la CSJ decidió la no aplicabilidad del artículo 71 LJP para miembros paramilitares.

⁵² CSJ (*supra* nota 51), V.1.2.

⁵³ CSJ (*supra* nota 51), V.1.2. (8) (énfasis original).

lidad impone señalar sus ataques a tales bienes como atentados que se desvinculan de la actividad rebelde o sediciosa y que por lo tanto también deben responder por delitos comunes”⁵⁴.

Segundo, la divergencia con el proyecto investigativo que supondría los delitos políticos no se moderaría ni siquiera si se mira la restricción *ratione materiae* en su variante relativa, es decir, a la luz del criterio de gravedad y representatividad. Se trata de una variante del criterio objetivo de selección y priorización con la que se tiene en cuenta tanto el nivel de afectación de las víctimas y la modalidad de ejecución del delito (gravedad) como también la ilustración o representación de la victimización causada por el crimen investigado⁵⁵. Como ya lo hemos discutido antes, la representatividad como criterio para la asignación de prioridad presupone, por un lado, la investigación en el marco de macro-procesos y, por otro lado, la identificación de patrones macro-criminales⁵⁶. Bajo estos presupuestos es que la estrategia de selección y priorización intenta reflejar o ilustrar la sistematicidad de la victimización⁵⁷, razón por la cual, además, se investigan los contextos de las conductas punibles v.gr. estructuras de organización, aparatos de poder u otro contexto de acción colectiva⁵⁸. En ese sentido, las restricciones *ratione materiae* definen un énfasis de las investigaciones en la representación de procesos de victimización y en el desarrollo de investigaciones en el cuerpo de macro-procesos con los que se intenta delimitar, a su vez, patrones de macro-criminalidad⁵⁹.

⁵⁴ CSJ (*supra* nota 51), V.1.2. (8) (énfasis original).

⁵⁵ En ese sentido véase la Directiva 001 de 2012 (*supra* nota 5) pág. 30; también BERGSMO/SAFFON (*supra* nota 37) pág. 66.

⁵⁶ ZULUAGA TABORDA (*supra* nota 3), pág. 178.

⁵⁷ BERGSMO y SAFFON (*supra* nota 37), pág. 112; también la Directiva 001 de 2012 (*supra* nota 5), pág. 30, en la que se asigna al factor representatividad de manera explícita la función de ilustrar “rituales y escenarios de horror”.

⁵⁸ Al respecto véase FGN, *Seminario internacional. Importancia sobre la construcción de contextos en las investigaciones judiciales*, Bogotá, FGN y GIZ, 2013, págs. 8 y ss.; para una evaluación crítica a las estrategias de construcción de contextos véase *in extenso* GERARDO BARBOSA CASTILLO, CARLOS BERNAL PULIDO (eds.), *Un análisis crítico a la metodología del análisis de contexto*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015; también ZULUAGA TABORDA (*supra* nota 3), pág. 175.

⁵⁹ Según la Directiva 01 de 2012 (*supra* nota 5), la construcción de contextos persigue “(iii) establecer la estructura de la organización delictiva [...] (v) unificar actuaciones al interior de la fiscalía con el fin de lograr esclarecer patrones de conducta, cadenas de mando fácticas y *de iure*” (pág. 30, énfasis original).

Esta orientación del proyecto de selección y priorización ya fue acogida con la puesta en marcha del plan de acción de casos que debe priorizar la UNJP. En el caso de la construcción de macro-procesos dirigidos a la investigación del accionar de grupos guerrilleros, los casos priorizados enseñan que el interés de la UNJP se centró solo en la investigación de crímenes internacionales v.gr. “desaparición forzada, desplazamiento forzado, secuestro, reclutamiento ilícito, violencia basada en género”⁶⁰. Además, el plan de acción fijó unas metas concretas: por un lado, radicar solicitudes de imputación de cargos a los postulados seleccionados, por hechos constitutivos de crímenes de sistema (crímenes internacionales graves). Por otro lado, presentar solicitudes de exclusión de otros postulados y finalmente, definir la situación jurídica de algunos postulados que se encontraban en libertad y otros que podían tener derecho a la sustitución de la medida de aseguramiento. En este plan de acción quedo claro que la identificación de patrones de macro-criminalidad y la afectación concreta de las víctimas sería la base para continuar el desarrollo del proceso de justicia y paz, específicamente la formulación de cargos con fines de terminación anticipada del proceso.

En síntesis, la delimitación *ratione materiae* instala un enfoque de investigación que restringe las posibilidades de definición judicial del delito político. Primero, porque la estructura de los tipos penales que pretende investigar no corresponde con la que se plantea por medio de la tipificación del delito político. Segundo, porque la investigación está orientada por un enfoque con pretensiones de sistematicidad que busca representar patrones de macro-criminalidad. Tercero, porque se trata de un modelo de investigación que pretende ilustrar la victimización global y, en esa medida, respaldar el esclarecimiento de la verdad. Adicionalmente, como lo veremos a continuación (véase *infra* 2.2.), es un modelo que se dirige a la investigación y juzgamiento de máximos responsables.

B) Restricciones “*ratione personae*”

a) *Enfoque vigente*

Previo a la promulgación del MJP, las discusiones sobre la selección y priorización de casos basada en un criterio subjetivo concebían una delimitación *ratione personae* en dos sentidos⁶¹. Por un lado, teniendo

⁶⁰ Plan de acción (*supra* nota 41), párr. 2.2.

⁶¹ Un análisis comparado del tratamiento de este criterio puede verse en AMBOS (Coord.) (*supra* nota 3), págs. 9 y ss.

en cuenta la calidad de victimario. En este punto se recomendó concretamente centrar esfuerzos en la investigación de mandos superiores y las cúpulas de la organización⁶². Por otro lado, considerando la calidad de las víctimas. En este punto se recomendó establecer diferencias entre personas, grupos y sujetos colectivos⁶³. A pesar de que no recoge este enfoque diferenciado, el artículo transitorio 66 CN fija una concreta delimitación *ratione personae*. Específicamente en el inciso 4° de dicho artículo se estipula que los criterios de selección y priorización deberán conducir a centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables. Esta noción no tuvo una definición general en la exposición de motivos del AL 1 de 2012⁶⁴, sin embargo fue desarrollado en las posteriores reglamentaciones del proyecto de selección y priorización de la FGN. Fundamentalmente en la Directiva 001 de 2012 se definió dicho criterio y se acogió en su contenido aquel enfoque diferenciado que se concibió en las discusiones previas al AL 1 de 2012. En términos de la Directiva 001, el criterio subjetivo “toma en consideración las calidades particulares de la víctima (v. gr., integrante de grupo étnico, menor de edad, mujer, defensor o defensora de derechos humanos, desplazado, funcionario judicial, periodista, sindicalista, etc.), así como la caracterización del victimario (v. gr., máximo responsable, auspiciador, colaborador, financiador, ejecutor material del crimen, etc.)”⁶⁵.

Específicamente sobre el criterio subjetivo en razón del autor, es decir, sobre la noción de máximo responsable, se encuentran dos interpretaciones diferentes. La primera fue presentada por la Directiva 001, que desarrolla dicha noción en dos niveles: “(i) aquel que dentro de la estructura de mando y control de la organización delictiva sabía o podía prever razonablemente la perpetración de crímenes en desarrollo de la ejecución de los planes operativos; y (ii) de manera excepcional, se trata de aquellas personas que han cometido delitos particularmente notorios, con independencia de la posición que ocupaban en la organización delictiva”⁶⁶. Desde el punto de vista del proyecto de selección y priorización de la FGN, en el máximo nivel de responsabilidad se prevé la incorporación de “mandos medios que dominaban la estructura criminal, o financiadores y

⁶² Para el caso colombiano véase FORER/LÓPEZ (*supra* nota 15), pág. 240.

⁶³ FORER/LÓPEZ (*supra* nota 15), pág. 240.

⁶⁴ Así COTE/TARAPUÉS (*supra* nota 2), pág. 254 y nota a pie 156 con otras referencias.

⁶⁵ Directiva 001 de 2012 (*supra* nota 5), págs. 28 y ss.

⁶⁶ Directiva 001 de 2012 (*supra* nota 5), pág. 3.

colaboradores, dentro del marco de impacto simbólico de la persecución penal y del alcance ejemplarizante de la pena⁶⁷. El modelo de selección y priorización de la Fiscalía sostiene su determinación de máxima responsabilidad en un elemento subjetivo (“sabía o podía prever razonablemente”). Como ya lo anotamos, al acoger la “previsión razonable del delito” como criterio para fijar la máxima responsabilidad en una estructura de mando y control, lo que pareciera incorporarse es el nivel extendido de la empresa criminal conjunta (Joint Criminal Enterprise) en su variante III⁶⁸. De esta manera, cualquier miembro de la respectiva empresa puede ser declarado responsable por un crimen perpetrado por otros participantes de esta empresa, inclusive cuando el acto no hubiera sido previsto en el plan común y fuera solamente una consecuencia previsible del diseño original. Con ello sería suficiente la mera previsibilidad del sujeto acerca de que un crimen particular puede acontecer, expandiendo el escenario de imputación de responsabilidad penal.

Una segunda interpretación se presenta por la lectura que hace la Corte Constitucional a la expresión máximos responsables del artículo transitorio 66 inciso 4° CN. La Corte define como máximo responsable “aquella persona que tiene un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito, es decir, que haya dirigido, tenido el control o financiado la comisión de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”⁶⁹. En la definición de la Corte, el criterio principal para la determinación de un máximo responsable es el cumplimiento de un rol esencial⁷⁰ y que haya existido una intervención decisiva en el delito. La Corte prevé la imputación como máximo responsable “en virtud de criterios como el de la responsabilidad del superior «Command responsibility» o el dominio de aparato organizado de poder «Organisationsherrschaft»⁷¹. Esta defi-

⁶⁷ Directiva 001 de 2012 (*supra* nota 5), pág. 14.

⁶⁸ Véase KAI AMBOS/JOHN ZULUAGA, “La «nueva» política de selección y priorización procesal penal en Colombia”, en *Asuntos del Sur* 19.03.2013 (disponible en <http://www.asuntosdelsur.org/la-nueva-politica-de-seleccion-y-priorizacion-procesal-penal-en-colombia/> visto por última vez el 30.03.2015). Sobre el *Joint Criminal Enterprise* véase AMBOS (*supra* nota 45), págs. 123 y ss.

⁶⁹ Corte Constitucional (*supra* nota 19), párr. 8.2.3.

⁷⁰ De la misma opinión COTE/TARAPUÉS (*supra* nota 2), pág. 256.

⁷¹ Corte Constitucional (*supra* nota 19), párr. 8.2.3.

nición fue objeto de críticas⁷², en tanto se trata de una definición amplia e indeterminada del criterio “rol esencial”⁷³.

En síntesis, el modelo de selección y priorización procesal penal vigente en Colombia proyecta una restricción subjetiva diferenciada. Por un lado, respecto del victimario, se busca que los esfuerzos de investigación se centren en el máximo responsable. Esta noción ha sido sometida a dos planteamientos diferentes. Primero, en el marco de la reglamentación dada con la Directiva 001 al proyecto de selección y priorización de la Fiscalía, se estableció una definición de máximo responsable que está orientada por un elemento subjetivo (“sabía o podía prever razonablemente la perpetración de crímenes”). En la conceptualización desarrollada por la FGN, el máximo nivel de responsabilidad también puede ser imputado a mandos medios en razón del dominio de la estructura criminal, o financiadores o colaboradores. Segundo, otra definición del concepto de máximo responsable como criterio de selección y priorización fue planteada por la Corte en el análisis de constitucionalidad del artículo transitorio 66 inciso 4° CN. La definición de la Corte esta orientada por el criterio de “cumplimiento de un rol esencial en la comisión de crímenes”. En su definición la Corte no se restringe a líderes, sino, también, a otros intervinientes que hayan tomado parte de manera decisiva en un delito. Desde ambas perspectivas, se trata de conceptos indeterminados orientados por criterios abstractos que conducen a una determinación abierta de la figura del máximo responsable. Por otro lado, respecto a las víctimas como nivel de definición subjetiva de la estrategia de selección y priorización, su funcionalidad radica en la capacidad que tiene la concreción de las investigaciones en determinadas víctimas (grupos o personas con un rol público) para explicar la dinámica de la ejecución de planes criminales (patrones criminales)⁷⁴.

b) *Implicaciones para la investigación*

La exigencia de valorar el papel de cada combatiente en los crímenes investigados, representa una comprensión material del concepto máximo responsable acorde al principio de culpabilidad, es decir, con la que se determina que el investigado intervino en el crimen en el nivel de inten-

⁷²Una síntesis de las mismas puede verse en KAI AMBOS/JOHN ZULUAGA (*supra* nota 2), pág. 175. Disponible en http://zis-online.com/dat/ausgabe/2014_4_ger.pdf (visto por última vez el 30.03.2015).

⁷³Véase en detalle COTE/TARAPUÉS (*supra* nota 2), págs. 256 y ss.

⁷⁴Directiva 001 de 2012 (*supra* nota 5), pág. 28.

ción y participación (esencial) requerida⁷⁵. Con esto se supera cualquier interpretación formal de la noción máximo responsable a partir de la cual se le identifica con los líderes o máxima jerarquía del GAOML. Esta fijación del modelo de selección y priorización en la investigación y juzgamiento de máximos responsables tiene una repercusión especial en el diseño de las estrategias de investigación de la FGN. Para asegurar la identificación de combatientes que hayan “dirigido, tenido el control o financiado la comisión de delitos” se requeriría, por un lado, determinar la estructura de mando y control del GAOML y, por otro lado, con base en los análisis de gravedad y representatividad, establecer si otros miembros intervinieron cumpliendo un rol esencial. Este enfoque introduce un presupuesto fundamental para su concreción, como es la identificación y comprensión de GAOML, su estructura y funcionamiento. No se trata de definir a los jefes o líderes de dichas organizaciones, sino, como ya lo mencionamos, se debe buscar determinar aquellos integrantes de dichos grupos que tuvieron un rol esencial en los crímenes seleccionados y priorizados (criterio objetivo)⁷⁶.

Esta orientación de la práctica de investigación exige de antemano un manejo riguroso en la sistematización, análisis y organización de la información sobre los GAOML. Especialmente relevante resultan las actividades preliminares de recolección de información, es decir, aquellas que se logran en los momentos de concentración de los GAOML, previos a la desmovilización. Esto supone una intervención temprana del ente investigador en el proceso de desarticulación del GAOML, es decir, en la desmovilización colectiva o individual tal como lo prescribe el artículo transitorio 66 parágrafo 1. Para el caso de la desmovilización colectiva de grupos guerrilleros (v. gr. FARC-EP y ELN) debe considerarse las evaluaciones a las experiencias de desmovilización con los grupos paramilitares en el marco de la ley 782 de 2002. Es fundamental superar las deficiencias operativas que se evidenciaron en la fase administrativa de la LJP⁷⁷. Especialmente se debe corregir los problemas de

⁷⁵En ese sentido SEILS (*supra* nota 3), pág. 5, quien además defiende “un concepto moralmente defendible de los máximos responsables” a partir del cual se determina la posibilidad de incluir a las personas que no forman parte del mando general político o militar” (pág. 6).

⁷⁶Corte Constitucional (*supra* nota 19), párr. 8.2.3.; COTE/TARAPUÉS (*supra* nota 2), pág. 258 y s.

⁷⁷Para un resumen de las deficiencias normativas y operativas de dicha fase véase JOHN ZULUAGA TABORDA/MANFREDO KOESSL, “Sobre la fase administrativa del

administración por parte del gobierno nacional de las zonas de concentración o circuitos judiciales de desmovilización⁷⁸, las deficiencias en la verificación de identidad de los desmovilizados⁷⁹, la intervención de la FGN y la Procuraduría en los circuitos o zonas de concentración⁸⁰ y en el recaudo de información preliminar de carácter probatorio⁸¹. Asimismo, los futuros procedimientos de desarticulación de GAOML deben mejorar la desarmonía entre los programas individuales y colectivos de desmovilización⁸². Con el enfoque individualista del programa de desmovilización se debe incorporar al desmovilizado en su estrategia de recolección de evidencia de corroboración, asunto que fue descuidado en el marco de la fase administrativa de la LJP⁸³.

procedimiento de la ley 975 de 2005 o de «Justicia y Paz» (LJP)”, en *Derecho Penal Contemporáneo*, Bogotá, Legis S.A., Oct. – Nov. 2011, págs. 24 y ss. y nota a pie 71 con más referencias

⁷⁸ Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe sobre la implementación de la ley de justicia y paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales*, Washington, 2 de octubre de 2007, párrs. 9 y ss. (disponible en <http://www.cidh.org/pdf%20files/III%20Informe%20proceso%20desmovilizacion%20Colombia%20final.pdf>, visto por última vez el 30.03.2015); Human Rights Watch, *Smoke and Mirrors. Colombia’s demobilization of paramilitary groups*, Washington, agosto de 2005, pág. 32 y s. (disponible en <http://www.hrw.org/en/reports/2005/07/31/smoke-and-mirrors-0>, visto por última vez el 30.03.2015).

⁷⁹ Véase CIDH (*supra* nota 78), párrs. 11-14; Comisión Colombiana de Juristas (CCJ), *Colombia: El espejismo de la justicia y la paz. Balance sobre la aplicación de la ley 975 de 2005*, Bogotá, CCJ, 2008, pág. 24; Human Rights Watch (*supra* nota 78), págs. 21-26; Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado (MOVICE)/Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos (CSPP)/Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo (CCAJAR), *Sin Justicia y sin paz. Verdad Fragmentada, reparación ausente*, Bogotá, Los Autores, 2009, pág. 35.

⁸⁰ Véase CIDH (*supra* nota 78), párrs. 22-24; Human Rights Watch (*supra* nota 78), pág. 29.

⁸¹ Véase CIDH (*supra* nota 78), párrs. 34-37, Human Rights Watch (*supra* nota 78), págs. 30-33.

⁸² Véase CÁRDENAS SARRIAS, *Los parias de la guerra: análisis del proceso de desmovilización individual*, Bogotá, Ediciones Aurora, 2005, pág. 254; Observatorio Internacional DDR – Ley de Justicia y Paz, *Informe primera fase*, Madrid, CITpax, diciembre de 2008, p. 80 s; Figari Layus/Kintzel, *Der Demobilisierungprozess in Kolumbien: ein Beispiel für Transitional Justice?*, en *MenschenRechtsMagazin* 13 Jahrgange, Universität Postdam, 2008, Heft 2, pág. 261.

⁸³ Así ZULUAGA/KOESSL (*supra* nota 77), pág. 29 y s., advirtiendo que con la modalidad individual de desmovilización se asoció el recorrido de ex-combatientes como

Las actividades preliminares de recolección de información constituyen el soporte inicial para determinar qué y a quién investigar. Además, sería el fundamento de los pronósticos de éxito que se deben desarrollar en concordancia con los criterios complementarios que analizaremos más adelante. El enfoque de investigación que se desprende de la restricción *ratione personae* no conlleva una investigación restringida de los GAOML, sino, al contrario, dicha restricción tiene como soporte el conocimiento más detallado posible de la estructura de dichos grupos. El estudio de las altas jerarquías de la organización es solo uno de los componentes de esta delimitación subjetiva de la estrategia de investigación, la cual debe orientarse a determinar el nivel de intención y participación establecido con la definición de máximo responsable antes mencionada. En el caso de las futuras investigaciones a las FARC-EP, este enfoque resulta especialmente relevante si se tiene en cuenta la estructura militar de esta organización⁸⁴. Adicional al estado mayor central y su estructura de bloques, la estructura de esta agrupación se basa en Unidades Tácticas de Combate, escuadras, guerrillas, compañías y columnas. Cada una de estas unidades es independiente y, a su vez, tiene una propia jerarquía, donde cada comandante tiene funciones de mando y control⁸⁵. Si bien disponen de una estructura (política) de mando y control centralizada, las operaciones de las diferentes unidades militares responden a estrategias militares en la mayoría de los casos descentralizadas⁸⁶. En ese sentido, la estructura política y militar de los grupos guerrilleros supone un reto para el ente investigador. De la comprensión que de ellas se tenga de-

un transcurrir basado en su autonomía. Al respecto véase CAMILA MEDINA ARBELÁEZ, “La relación excombatientes - estado en el marco del proceso de desarme, desmovilización y reintegración en Colombia. Un debate permanente sobre participación política, ciudadanía y garantía de derechos”, en <http://www.institut-gouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-284.html> (visitado por última vez el 30.03.2015); sobre los aspectos centrales de la vida de los exparamilitares desmovilizados véase ENZO NUSSIO, *La vida después de la desmovilización: percepciones, emociones y estrategias de exparamilitares en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2012, págs. 97 y ss.

⁸⁴ Sobre los componentes y dinámicas organizacionales de las FARC-EP véase JUAN GUILLERMO FERRO/GRACIELA URIBE RAMÓN, *El orden de la guerra: las FARC-EP, entre la organización y la política*, Bogotá, CEJA, 2002, págs. 41 y ss.

⁸⁵ Así los artículos 10 y 11 del Estatuto de las FARC-EP, donde expresamente se menciona que la disciplina de la organización es político militar. Disponible en <http://farc-ep.co/wp-content/uploads/2013/10/Estatutos.pdf> (visto por última vez el 30.03.2015).

⁸⁶ Sobre los organismos de dirección político militares véase FERRO/URIBE (*supra* nota 84), págs. 46 y ss.

pendrá en gran medida el diseño de las estrategias de investigación y la viabilidad de las mismas.

C) *Restricciones complementarias*

a) *Enfoque vigente*

Adicional a las delimitaciones objetiva (*ratione materiae*) y subjetiva (*ratione personae*), el modelo de selección y priorización prevé unas restricciones complementarias que definen el qué y el cómo de las investigaciones penales sobre la base de la capacidad investigativa de la FGN. La necesidad del análisis a la viabilidad de las investigaciones y la capacidad de la FGN para llevar a cabo las mismas, fue una de las múltiples recomendaciones que se hicieron en las primeras evaluaciones al desempeño de la FGN en la conducción del proceso de justicia y paz⁸⁷. Se trata de la incorporación de un enfoque “realista” de investigación, a partir del cual los contenidos que se deben investigar y las formas de hacerlo se determinan, también, teniendo en cuenta las limitaciones probatorias y logísticas del ente investigador⁸⁸. Si bien este enfoque complementario no fue recogido por el artículo transitorio 66 CN, si ha sido tenido en cuenta en las investigaciones de la FGN. Primero mediante memorandos y circulares⁸⁹ y, de manera más elaborada, con la Directiva que reglamento el modelo de selección y priorización de casos de la FGN.

La Directiva 001 de 2012 incorpora cuatro criterios complementarios para la realización de lo que se dio en llamar el test de priorización. Primero, el criterio de factibilidad según el cual la Fiscalía debe evaluar “la información disponible de la conducta punible en relación con la probabilidad real de hallar la información faltante”⁹⁰. Segundo, el criterio viabilidad que recomienda tener en cuenta la “capacidad económica de cooperación y logística de que se disponga para obtener pruebas suficientes para acusar y condenar”⁹¹. Para la ilustración de este criterio, la FGN

⁸⁷ Véase AMBOS *et al* (*supra* nota 3), párrs. 423 y ss.; SEILS (*supra* nota 3), págs. 9 y ss.; FORER/LÓPEZ (*supra* nota 15), pág. 241.

⁸⁸ Así se reconoce también en las prácticas de tribunales internacionales. Sobre los criterios para la presentación de cargos de la Fiscalía de Bosnia y Herzegovina véase BERGSMO/SAFFON (*supra* nota 37), págs. 52 y ss.

⁸⁹ Así FORER/LÓPEZ (*supra* nota 15), pág. 241 y s.

⁹⁰ Directiva 001 de 2012 (*supra* nota 5), pág. 31.

⁹¹ *Idem.*, *ibidem*.

resalta que el mismo se vincula a un “principio de realidad” con base en el cual se deben incorporar al análisis de viabilidad, pronósticos de éxito respecto a la reconstrucción de un caso, recolección de pruebas y credibilidad de los testigos⁹². Tercero, orienta a evaluar el sometimiento del caso a la justicia internacional. Al parecer se considera que aquellos casos que están siendo investigados o juzgados por un tribunal internacional deben ser, a su vez, priorizados por la FGN de generar buenas prácticas de investigación, persecución, jurisprudencia que promueva principios y valores fundamentales de la justicia”⁹³. Cuarto, introduce el criterio regional con el que se busca reforzar los contextos y hacer más visible los hechos cometidos y las estructuras. Se trata de “un criterio marco que le da sentido en cada caso concreto y a los criterios principales”⁹⁴.

Con la evaluación sobre factibilidad y viabilidad de la investigación y la capacidad investigativa de la Fiscalía, los criterios complementarios introducen un campo de análisis vinculado a la probabilidad de éxito de la investigación. Este juicio de probabilidad se plantea básicamente en el sentido de un pronóstico probatorio, es decir, la probabilidad de hallar información relevante para la investigación. Este tipo de pronóstico no es extraño a la sistemática procesal penal colombiana, ya que el actual CPP (ley 906 de 2004) prevé la autorización de medidas bajo la premisa de que a partir de motivos fundados se desprendan inferencias razonables de hallazgo probatorio⁹⁵. Este pronóstico probatorio, a su vez, responde al principio de conducencia como requisito intrínseco de admisibilidad de los medios probatorios a partir del cual se exige que los resultados de investigación y los medios probatorios recolectados sean idóneos para demostrar una situación fáctica (art. 207 inc. 3° en concordancia con el art. 375 CPP). En ese mismo sentido se plantea el criterio de viabilidad referido a la capacidad operativa y logística para recolectar pruebas para acusar y condenar. Este criterio, además, conduce a evaluar la aptitud del medio probatorio para fundamentar la probabilidad del inculcado. Con este juicio de probabilidad, no solo se debe estimar la inexistencia de prohibiciones de valoración probatoria, sino, también,

⁹² Directiva 001 de 2012 (*supra* nota 5), pág. 31.

⁹³ Directiva 001 de 2012 (*supra* nota 5), pág. 32.

⁹⁴ *Idem., ibidem*.

⁹⁵ Al respecto véase JOHN ZULUAGA TABORDA, “De los «motivos fundados» para la afectación de derechos fundamentales en el proceso penal colombiano”, en *Nuevo Foro Penal* 83 (2015), Medellín, EAFIT, pág. 189 y s.

la ausencia de causas de justificación y exculpación⁹⁶. En síntesis, se trata de juicios de probabilidad que implican análisis circunstanciales y modales sobre el desarrollo de una investigación y la probabilidad de éxito en la recolección probatoria.

b) *Implicaciones para la investigación*

Los criterios complementarios vinculados al proyecto de selección y priorización procesal penal conducen a una evaluación de la capacidad investigativa de la FGN frente a un caso concreto. Con la vinculación a casos se podría decir que los análisis de factibilidad y viabilidad son intra-procesales. En este nivel, las evaluaciones de la FGN están estrictamente dirigidas a medir el éxito frente a un caso concreto en el marco de una estrategia global que busca determinar aparatos de poder en contextos complejos⁹⁷. En ese sentido, los análisis de viabilidad se enmarcan, a su vez, en una especie de matriz de investigación que viene determinada por lo que se ha llamado estrategia global. Esta estrategia corresponde a un segundo nivel que debería incorporar otras variables de análisis, incluso, extra-procesales. Fundamentalmente las estrategias globales deberían constituirse, a su vez, como escenarios de evaluación y corrección a las políticas procesales y a la gestión administrativa. No se trataría solamente de pronósticos de éxito intra-procesal, sino, también, de una evaluación a los rendimientos logísticos y operativos (extra-procesales). Este es un ámbito con amplias deficiencias, muchas de ellas visibles desde las primeras evaluaciones al proceso de justicia y paz⁹⁸. En ese sentido, los diseños de las estrategias de investigación deben estar acompañadas por discusiones orientadas a mejorar la coordinación intra- e inter-institucionales, el desempeño en las audiencias y la mejor interacción con las víctimas.

El aparato judicial que soporta el desarrollo de la justicia transicional⁹⁹ arrastra consigo problemas vinculados al funcionamiento de la justicia en Colombia. Entre los problemas con mayor impacto en los rendimientos de la justicia penal se encuentran los relacionados con la logística e infraestructura del sistema, así como la deficiente participación

⁹⁶ Sobre los juicios de probabilidad en la fundamentación de medidas investigativas véase ZULUAGA TABORDA (*supra* nota 95), pág. 189 con más referencias.

⁹⁷ Directiva 001 de 2012 (*supra* nota 5), pág. 31.

⁹⁸ Véase AMBOS *et al* (*supra* nota 3), párrs. 423 y ss.

⁹⁹ Sobre el marco institucional conformado en el marco del proceso de justicia y paz véase AMBOS *et al* (*supra* nota 3), párrs. 73 y ss.

de partes e intervinientes en el desarrollo de las audiencias preliminares con las que se da impulso a los procesos penales. Tal como lo indican los informes y balances sobre el funcionamiento del sistema penal acusatorio, en el ámbito de las audiencias preliminares se encuentra el problema más grave del funcionamiento del proceso penal¹⁰⁰. Entre los asuntos denunciados se encuentra la falta de coordinación entre intervinientes, que afecta especialmente a los defensores públicos¹⁰¹. Asimismo, existen grandes deficiencias en el traslado de detenidos a las audiencias debido al déficit de personal y recursos del INPEC¹⁰². Adicionalmente, se debe tener en cuenta que hay un déficit alarmante de recursos e infraestructura. Los mismos son visibles en el déficit de salas de audiencias o la falta de laboratorios para la administración de específicos elementos materiales probatorios. Adicional a lo anterior es ampliamente denunciado el déficit de herramientas esenciales para los diferentes operadores del sistema¹⁰³.

En relación a las prácticas procesales en el desarrollo de las audiencias, se cuestionan algunos vicios de las intervenciones de las partes¹⁰⁴. Así, por ejemplo, se señala la excesiva retórica, la falta de precisión en las solicitudes y argumentos de las partes o la discusión de temas que no son objeto de la audiencia¹⁰⁵. Esta problemática no ha sido ajena a las intervenciones en el proceso de justicia y paz, donde una de las principales quejas ha sido la falta de asignación de defensores públicos a las víctimas¹⁰⁶. Este problema ha entorpecido el trámite de las audiencias preliminares y ha conducido a la intervención de los defensores sin la

¹⁰⁰ Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ), *Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del sistema acusatorio en Colombia*, Bogotá, CEJ, 2010, pág. 11.

¹⁰¹ CEJ (*supra* nota 100), pág. 11; para el caso del proceso de justicia y paz, AMBOS *et al* (*supra* nota 3), párrs. 423-425;

¹⁰² CEJ (*supra* nota 100), pág. 12.

¹⁰³ Según la CEJ, muchos operadores no disponen de computadores, impresoras, conexión a internet, suplementos de oficina, etc. (*supra* nota 100, pág. 13).

¹⁰⁴ En el caso de la FGN, especialmente se denuncia una deficiente nivel de gestión y amplios problemas de estrategia de investigación penal. Véase Comisión Asesora de Política Criminal, *Informe Final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*, Bogotá, El Autor, 2012, págs. 48 y ss.

¹⁰⁵ De la misma opinión respecto a las audiencias preliminares en el proceso de justicia y paz, Centro de Memoria Histórica (CMH), *Justicia y Paz. ¿Verdad judicial o verdad histórica?*, Bogotá, Taurus, 2012, pág. 582.

¹⁰⁶ AMBOS *et al* (*supra* nota 3), párr. 426.

suficiente preparación. Como se anotó, el asunto no es exclusivo de los trámites con los cuales se conduce la justicia transicional en Colombia, sino que es un problema generalizado, muchas veces determinado por el énfasis que se da a los formatos, actas, intervenciones y comunicaciones escritas. Este ha sido una de las razones para que en múltiples ocasiones se afirme que la estructura procedimental ha quedado sintetizada como una práctica burocrática y paquidérmica¹⁰⁷.

En síntesis, la viabilidad y factibilidad de las investigaciones, es decir, la capacidad investigativa de la FGN debe evaluarse en dos niveles. Primero, a nivel intra-procesal y, segundo, a nivel extra o meta-procesal. En este segundo plano, las llamadas estrategias globales de investigación deben proyectarse, a su vez, como un parámetro de revisión de las deficiencias logísticas y operativas del sistema judicial vinculado a los trámites de la justicia transicional. Un aspecto central de las evaluaciones debe ser el desempeño de las partes en las audiencias preliminares. A estos fines debe tenerse en cuenta experiencias del proceso de justicia y paz, fundamentalmente las recomendaciones para una mejor coordinación intra- e inter-institucional entre los actores que se lleguen a vincular a los trámites judiciales.

Conclusiones

1. Con la relación de dependencia que se establece en la sentencia C-577 de 2014 entre el componente penal (art. transitorio 66 CN) y el componente político (art. transitorio 67 CN), se fijan criterios especiales para la definición judicial de los crímenes de GAOML. Fundamentalmente el proyecto de selección y priorización y el enfoque que plantea en materia de investigación penal, tanto a partir de los criterios *ratione materiae* y *ratione personae*, así como desde los criterios complementarios, incide en la determinación judicial de la criminalidad política. Primero, el modelo de selección y priorización establece unos criterios que definen el qué de la investigación penal. Estas claves político-criminales del modelo de selección y priorización excluyen cualquier variante de deter-

¹⁰⁷ Este aspecto ha sido cuestionado en diferentes ámbitos de opinión. Véase CEJ, “¿Sistema penal aplazatorio?”, en *La República* 08.09.2014, disponible en http://www.larepublica.co/%C2%BFsistema-penal-aplazatorio_165131 (Última visita 30.03.2015); asimismo FERNANDO VELÁSQUEZ, “Sistema penal acusatorio e injusticia”, en *El Colombiano*, 12.12.2013 disponible en http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/S/sistema_penal_acusatorio_e_injusticia/sistema_penal_acusatorio_e_injusticia.asp (Última visita 30.03.2015).

minación judicial de la criminalidad política. Segundo, por su orientación a la investigación de máximos responsables de los casos más graves y representativos, el modelo define unas claves procesales-penales que restringen el esclarecimiento de dicha criminalidad. La materialización de estas investigaciones, además, está condicionada a determinar “patrones” de macro-criminalidad y macro-victimización bajo el presupuesto de la viabilidad y factibilidad del esclarecimiento de los casos seleccionados y/o priorizados.

2. En un primer nivel, la delimitación *ratione materiae* plantea unos supuestos normativos (crímenes internacionales) que condicionan la estrategia de investigación. Al enfocarse en CLH, genocidio y crímenes de guerra se establecen unos criterios de investigación divergentes frente a los que supondría una restricción objetiva para la investigación de la criminalidad política. Se trata de un modelo que no está dirigido a establecer la “politicidad” en la comisión de crímenes, sino que se concentra en el esclarecimiento de las violaciones de DD.HH., DIH y DPI. Esta orientación incorpora un enfoque con pretensiones de sistematicidad a los fines de ilustrar patrones de macro-criminalidad y de victimización global y, en esa medida, respaldar el esclarecimiento de la verdad.

3. En un segundo nivel, la delimitación *ratione personae* supone determinar aquellos autores o partícipes con un rol esencial en la comisión de los crímenes definidos sobre la base de la restricción objetiva del modelo de selección y priorización, es decir, aquellos que hayan dirigido, tenido el control o financiado la comisión de delitos (máximos responsables). Esta delimitación condiciona los proyectos de investigación, pues no solo exige determinar la estructura de mando y control de GAOML, sino, además, establecer si otros miembros de dichos grupos intervinieron cumpliendo un “rol esencial” en la comisión de dichos crímenes. Este enfoque de investigación, en principio, deberá adecuarse para la investigación de grupos guerrilleros (v. gr. FARC-EP y ELN), pues su organización supone una estructura política (con mando y control) y militar (con autonomía operativa). Este tipo de estructuras representan un reto en materia de recolección preliminar de información en el marco de las futuras desmovilizaciones colectivas o individuales. Para ello, deben considerarse las evaluaciones a las experiencias con los desmovilizados de los grupos paramilitares a partir de la ley 782 de 2002 y LJP.

4. La materialización del proyecto de selección y priorización, es decir, la viabilidad y factibilidad de las investigaciones (criterios complementarios) depende, a su vez, de que se superen las deficiencias logísticas

y operativas del sistema judicial vinculado al marco de justicia transicional. La realización de investigaciones y, con ello, las contribuciones al esclarecimiento de la verdad, deben reconocer que el procedimiento penal es un trámite restringido y subsidiario. Los rendimientos de estos trámites dependen, también, del desempeño del marco institucional vinculado al mismo. Para ello deben tenerse en cuenta las experiencias del proceso de justicia y paz, especialmente las recomendaciones para una mejor coordinación intra- e inter-institucional entre los actores vinculados al procedimiento judicial y para un mejor desempeño en el marco de las audiencias preliminares.

BIBLIOGRAFÍA

1. Libros

- AMBOS, KAI (Coord.): *Justicia de transición y Constitución*. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional, Bogotá, Temis-CEDPAL-Konrad Adenauer, 2014.
- (Coord.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales: un estudio comparado*, Bogotá, GIZ, 2011.
 - *El marco jurídico de la justicia transicional: especial referencia al caso colombiano*, Bogotá, Edit. Temis, 2008.
 - *Nociones básicas del derecho internacional humanitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
 - *et al.*, *Procedimiento de la ley de justicia y paz (ley 975 de 2005) y derecho penal internacional*. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de “justicia y paz” en Colombia, Bogotá, GTZ/Embajada de la República Federal Alemana en Bogotá/Georg-August-Universität Göttingen, 2010.
 - *Treatise on International Criminal Law*, Volume I, Foundations and general part, Oxford, OUP, 2013.
 - *Treatise on International Criminal Law*, Volume II, The Crimes and Sentencing, Oxford, OUP, 2014.
- BARBOSA CASTILLO, GERARDO/BERNAL PULIDO, CARLOS (eds.): *Un análisis crítico a la metodología del análisis de contexto*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- BERGSMO, MORTEN: *Criteria for prioritizing and selecting Corte internacional criminal cases*, Oslo, FICHL Publication Series Nr. 4, 2010.
- BURGHARDT, BORIS: *Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem: eine Untersuchung zur Rechtsprechung der internationalen*

- Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda*, Berlin, BWV Berliner Wissenschafts-Verl., 2008.
- CÁRDENAS SARRIAS: *Los parias de la guerra: análisis del proceso de desmovilización individual*, Bogotá, Ediciones Aurora, 2005.
- Centro de Memoria Histórica, Justicia y Paz. *¿Verdad judicial o verdad histórica?*, Bogotá, Taurus, 2012.
- Comisión Asesora de Política Criminal, *Informe Final*. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado Colombiano, Bogotá, MinJusticia-APC Colombia-Unión Europea, 2012.
- Comisión Colombiana de Juristas, *Colombia: El espejismo de la justicia y la paz*. Balance sobre la aplicación de la ley 975 de 2005, Bogotá, CCJ, 2008.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe sobre la implementación de la ley de justicia y paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales*, Washington, 2 de octubre de 2007. (Disponible en <http://www.cidh.org/pdf%20files/III%20Informe%20proceso%20desmovilizacion%20Colombia%20final.pdf> -visto por última vez el 30.03.2015-).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Verdad, justicia y reparación: Cuarto Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II, Diciembre de 2013.
- Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ), *Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del sistema acusatorio en Colombia*, Bogotá, CEJ, 2010.
- FERRO, JUAN GUILLERMO/URIBE RAMÓN, GRACIELA: *El orden de la guerra: las FARC-EP, entre la organización y la política*, Bogotá, CEJA, 2002.
- GTZ-Proyecto Profis, *Manual de procedimientos para ley de justicia y paz*, Bogotá, GTZ - Embajada de la RFA en Colombia, 2009.
- GTZ-Proyecto Profis/Embajada de la RFA en Colombia/Fiscalía General de la Nación, *Guía de procedimientos de la unidad nacional de Fiscalías para justicia y paz. ley 975 de 2005*, Bogotá, GIZ-Profis/Embajada RFA en Colombia/FGN, 2009.
- Human Rights Watch, *Smoke and Mirrors. Colombia's demobilization of paramilitary groups*, Washington, agosto de 2005.
- KOESSL, MANFREDO: *Gewalt und Habitus. Paramilitarismus in Kolumbien*, Berlin, LIT Verlag, 2014.
- Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado (MOVICE)/Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos (CSPP)/Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo (CCAJAR), *Sin justicia y sin paz*. Verdad fragmentada, reparación ausente, Bogotá, Los Autores, 2009.
- NUSSIO, ENZO: *La vida después de la desmovilización: percepciones, emociones y estrategias de exparamilitares en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2012.

Observatorio Internacional DDR – Ley de Justicia y Paz, *Informe primera fase*, Madrid, CITpax, diciembre de 2008.

OROZCO ABAD, IVÁN: *Combatientes, rebeldes y terroristas*. Guerra y derecho en Colombia, Bogotá, Edit. Temis, 1992.

STEGMILLER, IGNAZ: *The Pre-Investigation Stage of the ICC*. Criteria for Situation Selection, Berlin, Duncker & Humblot, 2011.

The Office of the Prosecutor, *Situación en Colombia*. Reporte Intermedio, Noviembre de 2012. (Disponible en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdon-lyres/3D3055BD-16E2-4C83-BA85-35BCFD2A7922/285202/OTP-2012035032COLResumenEjecutivodelReporteIntermed.PDF> -visto por última vez el 30.03.2015-).

WERLE, GERHARD: *Tratado de derecho penal internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

2. Artículos en libros o revistas

AMBOS, KAI/STEGMILLER, IGNAZ: “Investigando crímenes internacionales ante la Corte Penal Internacional: ¿existe una estrategia de enjuiciamiento coherente y comprensiva?”, en *Revista Penal* 32 (2013), Valencia, Tirant lo Blanch.

AMBOS, KAI/COTE, GUSTAVO/TARAPUÉS, DIEGO/ZULUAGA, JOHN: “Examen preliminar de la CPI al caso colombiano”, en *Asuntos del Sur*, 29.12.2012 (Disponible en <http://www.asuntosdelsur.org/informe-examen-preliminar-de-la-fiscalia-de-la-cpi-al-caso-colombiano/> -visto por última vez el 30.03.2015).

AMBOS, KAI/ZULUAGA TABORDA, JOHN: “Justicia de Transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 sobre el marco jurídico para la paz”, en *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik 2014*, Alemania.

— “Sobre el marco jurídico para el logro de la paz”, en *Semana.com* 03.10.2012. Disponible en <http://www.semana.com/opinion/sobre-marco-juridico-para-logro-paz/185790-3.aspx> (visto por última vez el 30.03.2015).

— “La “nueva” política de selección y priorización procesal penal en Colombia”, en *Asuntos del Sur* 19.03.2013 (disponible en <http://www.asuntosdelsur.org/la-nueva-politica-de-seleccion-y-priorizacion-procesal-penal-en-colombia/> visto por última vez el 30.03.2015).

— “Sobre la implementación del sistema de priorización y selección”, en *Ámbito Jurídico*, Bogotá, Legis, 22 de julio al 4 de agosto de 2013.

Corporación Excelencia en la Justicia, “¿Sistema penal aplazatorio?”, en *La República* 08.09.2014, disponible en http://www.larepublica.co/%C2%BF-sistema-penal-aplazatorio_165131 (Última visita 30.03.2015).

FIGARI LAYUS/KINTZEL: “Der Demobilisierungprozess in Kolumbien: ein Beispiel für Transitional Justice?”, en *MenschenRechtsMagazin* 13 Jahrgange, Universität Postdam, 2008, Heft 2.

- FORER, ANDREAS/LÓPEZ DÍAS, CLAUDIA: “Selección y priorización de casos como estrategia de investigación y persecución penal en la justicia transicional en Colombia”, en Ambos, Kai (Coord.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales: un estudio comparado*, Bogotá, GIZ, 2011.
- GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO: “Delito político. Al hilo de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 11 de julio de 2007”, en *Estudios de Derecho* 144 (Dic./2007), Medellín, Universidad de Antioquia.
- GUARIGLIA, FABRICIO: “The selection of cases by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court”, en Carsten Stahn/Göran Sluiter (eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden, Nijhoff, 2009.
- LANCHEROS, JUAN CARLOS: “La participación en política de Grupos Armados al Margen de la ley que abandonen la lucha armada como consecuencia de un proceso de paz, a la luz del marco constitucional vigente”, en *Rutas jurídicas para la paz: participación política*, Konrad Adenauer-Colombia/Fundación Derecho Justo/MOE, 2013.
- LÓPEZ MEDINA, DIEGO: “Estándares internacionales para la investigación y acusación de delitos complejos en el marco de la justicia transicional: su aplicación al caso colombiano”, en *International Law* 16, Revista Colombiana de Derecho Internacional (2010).
- “Recomendaciones para la elaboración de estrategias de priorización de casos en el marco de la Ley de justicia y paz”, en *International Law* 17, Revista Colombiana de Derecho Internacional (2010).
- MONTELAEGRE LYNETT, EDUARDO: “Presentación”, en FGN, *Priorización. Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal*, Bogotá, FGN, 2013.
- SEILS, PAUL: “Propuesta de criterios de selección y priorización para la ley de justicia y paz en Colombia”, en *ICTJ Análisis*, Bogotá, ICTJ, marzo de 2012.
- TARAPUÉS, DIEGO FERNANDO: “El delito político en la Constitución de 1991: una herencia constitucional como herramienta en la búsqueda de la paz” en *Papel Político*, Bogotá, vol. 16, núm. 2, julio – diciembre 2011.
- VELÁSQUEZ, FERNANDO: “Sistema penal acusatorio e injusticia”, en *El Colombiano*, 12.12.2013 disponible en http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/S/sistema_penal_acusatorio_e_injusticia/sistema_penal_acusatorio_e_injusticia.asp (Última visita 30.03.2015).
- ZULUAGA TABORDA, JOHN: “Acerca del procedimiento de la ley 975 de 2005 o de ‘justicia y paz’”, en Ricardo Molina López (Coord.), *Lecciones de derecho penal, procedimiento penal y política criminal*, Medellín, Dike – Universidad Pontificia Bolivariana (Libro homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana en su 75º aniversario), 2012.

- “Comentarios a la función de control de garantías. A propósito de la ley 906 de 2004 o «sistema procesal penal acusatorio»”, en *Co-Herencia*, Vol 4-N. 6, Revista de Humanidades – Universidad EAFIT, Medellín, Ene-Junio de 2007.
- “Reflexiones sobre la protección judicial frente a medidas restrictivas de derechos fundamentales durante la investigación penal en Colombia”, en *Boletín Semestral GLIPGö* Nr. 5, Göttingen, Ene-Jun. 2013.
- “Sobre la disfuncionalidad de la llamada «fase administrativa» del proceso de justicia y paz en Colombia”, en *Boletín Semestral GLIPGö* Nr. 1, Göttingen, Mayo de 2011.
- “Alcance del artículo 1° inciso 4° del acto legislativo 01 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal”, en Ambos, Kai (Coord.), *Justicia de transición y Constitución*. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional, Bogotá, Temis-CE-DPAL-Konrad Adenauer, 2014.
- “De los «motivos fundados» para la afectación de derechos fundamentales en el proceso penal colombiano”, en *Nuevo Foro Penal* 83 (2015), Medellín, EAFIT.

ZULUAGA TABORDA, JOHN/KOESSL, MANFREDO: “Sobre la fase administrativa del procedimiento de la ley 975 de 2005 o de “Justicia y Paz” (LJP)”, en *Derecho penal contemporáneo*, Bogotá, Legis S.A., Oct. – Nov. 2011.

3. Documentos Fiscalía General de la Nación (FGN)

Acuerdo N°. 001 de enero de 2013, con el cual se expide el reglamento interno del Comité de Priorización de Situaciones y Casos.

FGN, Directiva 001 de 2012, disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2013/02/Directiva001.pdf> (visto por última vez el 30.03.2015).

FGN, Instructivo para la elaboración de los Planes de Acción por parte de las Unidades Nacionales de Fiscalías y de la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/InstructivoPLAN-DE-ACCI%C3%93N-de-Unidades-Nacionales-de-Fiscal%C3%ADAs-y-Unidad-Delegada-de-Fiscal%C3%ADa-ante-la-Corte-Suprema-de-Justicia.pdf> (visto por última vez el 30.03.2015).

FGN, Instructivo para la elaboración de los Planes de Acción por parte de las Direcciones Seccionales de Fiscalías, disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Instructivo-PLAN-DE-ACCI%C3%93N-de-Direcciones-Seccionales-de-Fiscal%C3%ADAs.pdf> (visto por última vez el 30.03.2015).

FGN, Plan de acción de casos a priorizar por la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la paz, disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/wp-content/uploads/2012/04/Plan-de-Accion-de-Priorizacion-de-la-Unidad.pdf> (visto por última vez el 30.03.2015).

FGN, Priorización. Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal, Bogotá, FGN, 2013.

Resolución 001 del 15 de enero de 2013 .

Resolución 002 del 25 de junio de 2013, por medio de las cuales se ordena la presentación de planes de acción para la gestión de los criterios de priorización e implementación del nuevo sistema de investigación.

Resolución 01810 del 4 de octubre de 2012, por medio de la cual se crea la Unidad de Análisis y Contextos.

Resolución 01811 del 4 de octubre de 2012, por medio de la cual se crea y reglamenta el Comité de Priorización de Situaciones y Casos en la Fiscalía General de la Nación.

5. Gacetas del Congreso

Gaceta del Congreso 681 (2011), Bogotá, 13.09.2011.

Gaceta del Congreso 371 (2012), Bogotá, 16.06.2012.

Gaceta del Congreso 534 (2012), Bogotá, 17.08.2012.

Gaceta del Congreso 287 (2012), Bogotá, 30.05.2012.

JUICIO DE SUSTITUCIÓN: LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE EXCOMBATIENTES COMO DESARROLLO DEL MARCO DEMOCRÁTICO PARTICIPATIVO

JUANA ACOSTA-LÓPEZ
MARÍA CARMELINA LONDOÑO-LÁZARO

Resumen: El capítulo describe de manera ordenada y sucinta el análisis que realizó la Corte Constitucional en el capítulo del juicio de sustitución de la sentencia C-577 de 2014, en particular mostrando cómo la Corte invirtió el argumento de la demanda respecto del elemento esencial de la Constitución que presuntamente se alegaba sustituido con el artículo transitorio 67. Así, la Corte concluyó que, antes que sustituir la Constitución, el artículo transitorio resulta esencial para desarrollar los elementos más esenciales de la Constitución respecto de la participación política. Asimismo, se presenta una visión crítica de algunos aspectos del juicio de sustitución y de otros asuntos relacionados en la sentencia, que limitan la libertad de configuración del legislador estatutario. Por último, el capítulo aborda una primera aproximación a los aspectos que debe tener en cuenta el legislador estatutario, al momento de emprender la difícil tarea de desarrollar el artículo transitorio 67, en especial a la luz de los condicionamientos que incluyó la Corte Constitucional en la providencia.

1. INTRODUCCIÓN

Desde que el Congreso aprobó la reforma constitucional que ha sido llamada Marco Jurídico para la Paz (MJP)¹, se acrecentó el debate público y académico sobre la correspondencia de las normas transitorias constitucionales con los elementos esenciales de la Constitución Política de Colombia, su coherencia con las obligaciones internacionales vinculantes para el país y, como corolario, sobre los desafíos para el legislador estatutario al momento de desarrollar estas normas constitucionales. Las

¹ Constitución Política de Colombia, 1991: arts. transitorios 66 y 67.

primeras dos discusiones han sido zanjadas parcialmente por la Corte Constitucional de Colombia, pues a través de las sentencias C-579 de 2013 y C-577 de 2014 el alto Tribunal concluyó que el MJP no sustituye la Constitución, y tuvo para ello en cuenta también las obligaciones internacionales vinculantes para el Estado. Sin embargo, el análisis del contenido de dichas sentencias resulta esencial, pues marca algunos de los derroteros que tendrá que prever el legislador estatutario al momento de desarrollar esas nuevas disposiciones constitucionales. Las sentencias además dejan algunos vacíos y ambigüedades que llaman la atención, por lo cual el aporte de los sectores académicos resulta fundamental para dar algunas luces que contribuirán al mejor desarrollo posible del Marco que guiará la estrategia de justicia transicional en Colombia.

Se han realizado análisis juiciosos de la primera sentencia de la Corte sobre el MJP, en la que se declaró exequible el artículo transitorio 66². Sin embargo, aún falta mucho debate académico en relación con el artículo transitorio 67, relativo a la participación política de excombatientes. El presente artículo tiene justamente como objetivo presentar de manera ordenada y sucinta el análisis que realizó la Corte Constitucional en el capítulo del juicio de sustitución de la sentencia C-577 de 2014, en particular mostrando cómo la Corte invirtió el argumento de la demanda respecto del elemento esencial de la Constitución que presuntamente se sustituiría con el artículo transitorio 67. También pretende presentar una visión crítica de algunos aspectos del juicio de sustitución y de otros relacionados con este juicio en la sentencia y hacer una primera aproximación a los aspectos que debe tener en cuenta el legislador estatutario, al desarrollar el artículo transitorio, en especial a la luz de los condicionamientos que incluyó la Corte Constitucional en su providencia. Para ello, el artículo presentará los aspectos más destacados de la sentencia en relación con la premisa mayor, la premisa menor y la síntesis del juicio de sustitución (sección 1); analizará algunos “efectos reflejos” de la sentencia, en particular, en relación con los límites para el diseño de las leyes estatutarias que desarrollarán el artículo transitorio (sección 2) y, finalmente, propondrá algunas conclusiones (sección 3).

Las autoras pretendemos contribuir a esta discusión, que tuvo su punto de partida con las que se dieran en el Congreso para aprobar del artículo transitorio 67 y que continuó con el amplio debate que dio lugar a la sentencia de la Corte. El papel del sector académico ha sido y

²Véanse, entre otros, VILLA: *Sentencia C-579 de 2013 y la doctrina de sustitución*; LONDOÑO y ACOSTA-LOPEZ: *Participación política de excombatientes y derechos humanos*.

seguirá siendo muy relevante en estas discusiones, especialmente para dar luces al legislador, al momento de discutir los elementos que deberán tenerse en cuenta en el desarrollo de las disposiciones del llamado Marco Jurídico para la Paz.

2. INVERSIÓN DEL ARGUMENTO DE LA DEMANDA: LA CONSTITUCIÓN INVITA A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE EXCOMBATIENTES

Antes de iniciar la reflexión del análisis que realizó la Corte Constitucional en relación con el juicio de sustitución, vale la pena explicar que en Colombia, según lo establece la Constitución, la Corte Constitucional puede revisar por vía de demanda la modificación a normas constitucionales, exclusivamente por vicios de forma³. Además, por vía jurisprudencial, la Corte Constitucional ha desarrollado la posibilidad de revisar el contenido de las modificaciones constitucionales, pero en tal caso no basta con demostrar una simple antinomia con otra norma constitucional, sino que el demandante tiene la carga de demostrar que la norma verdaderamente *sustituye* la Constitución, al contravenir un elemento esencial de la Carta Política⁴.

Cuando el demandante alega que una reforma constitucional *sustituye* la Constitución, la Corte Constitucional analiza en su orden, si la demanda cita un elemento esencial de la Constitución que efectivamente tenga esta categoría (premisa mayor); analiza la norma constitucional

³ Constitución Política de Colombia, 1991: art. 241.1

⁴ Sobre el juicio de sustitución, la Corte Constitucional Colombiana ha desarrollado una amplia jurisprudencia a partir de la sent. C-551 de 9 julio 2003 en la que aboca la distinción entre potestad de reformar y la teoría de la sustitución. En los fallos C-970 de 7 octubre 2004, C-971 de 7 octubre 2004 y C-1040 de 19 octubre 2005, el Alto Tribunal propone y consolida el método del juicio de sustitución. En aquella sent. C-1040 de 2005, por primera vez se declaró la inconstitucionalidad parcial por sustitución de una reforma a la constitución, sobre la base de que la nueva norma sustituía el principio de separación de poderes. A partir de ese momento se han proferido nuevas providencias en esta materia, entre ellas, las sents. C-588 de 27 agosto 2009, C-141 de 26 febrero 2010, C-303 de 28 abril 2010, C-170 de 7 marzo 2012, C-249 de 29 marzo 2012 y C-288 de 18 abril 2012. La doctrina nacional también ha recogido análisis y debates sobre la teoría de la sustitución de la constitución. En particular, pueden verse los siguientes estudios: BENÍTEZ: *Constitución popular, no judicial*; CAJAS: *Control judicial a la reforma constitucional*, 19 - 40; TOVAR: *Principia Iuris*, núm. 17, 2012, 157 - 174; ZULUAGA: *Vniversitas*, núm. 116, 2008, 31 - 52; GUERRERO: *Pesos, contrapesos y juicio de sustitución*.

demandada con el fin de determinar sus elementos y alcances (premisa menor) y, por último, realiza la síntesis del juicio de sustitución, al comparar si la premisa menor sustituye o no la premisa mayor, y con ello la Constitución⁵. A continuación, se presentarán reflexivamente los elementos desarrollados por la Corte al realizar el juicio de sustitución en la sentencia C-577 de 2014.

A) La premisa mayor: el marco democrático participativo como elemento esencial de la Constitución Política de 1991

a) El planteamiento de la premisa mayor por parte del demandante

El demandante planteó ante la Corte Constitucional que el elemento definitorio de la Constitución Política que se entendía sustituido con el artículo 67 transitorio era el “marco jurídico democrático”. El demandante alegó que dentro de este marco, la participación política debía ser practicada en un “contexto de respeto a la dignidad humana, la protección de los derechos humanos y la procura de un orden justo”⁶. El demandante agregó que la Constitución Política, en desarrollo de este elemento esencial excluía la participación política de quienes hayan cometido “delitos atroces, actos de barbarie, homicidios fuera de combate y delitos transnacionales, por ejemplo quienes hayan sido condenados por narcotráfico”⁷. De manera particular, el demandante intentó identificar el elemento esencial con una norma constitucional específica: el artículo

⁵ Esta metodología, a modo de test de sustitución, fue consolidada por la Corte Constitucional en la citada sent. C-1040 de 19 octubre 2005. Adicionalmente, puede consultarse la sent. C-574 de 22 julio 2011 puesto que sirve de resumen claro de la línea jurisprudencial desarrollada por el Alto Tribunal sobre esta materia.

⁶ Rad. D-9819 de 30 julio 2013. Actor: Rafael Guarín. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° (parcial) y el artículo 3° del acto legislativo 1 de 2012. El demandante invocó la inconstitucionalidad del acto legislativo al considerar que sustituía aspectos esenciales de la Constitución porque, a su juicio, i) los criterios de selección, priorización, persecución a máximos responsables y renuncia a la acción penal sustituye el deber constitucional de investigar, juzgar y condenar a todos los responsables de graves violaciones a los DDHH e infracciones al DIH y ii) el derecho a ser candidato en cabeza de responsables de cometer “graves violaciones a los DDHH, infracciones al DIH, delitos transnacionales y actos terroristas” reemplaza el pilar fundamental de la Constitución descrito como el “marco democrático”.

⁷ *Ibidem*.

122 de la Constitución, que fue modificado por el acto legislativo 1 de 2009⁸. El artículo 122 en sus partes pertinentes indica:

“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 [...]” (cursiva añadida).

Así, en cierto sentido, el demandante consideró que el artículo 122 recogió un elemento esencial de la Constitución Política. En últimas, para el demandante, el mandato del artículo 122 no podía ser desconocido por el constituyente derivado, so pena de sustituir la Constitución. Veremos más adelante que la Corte Constitucional explicó con mucha claridad que el artículo 122 no tiene los alcances que pretendía el demandante, y que una norma constitucional de ese tenor no puede identificarse en sí misma como elemento esencial de la Constitución.

b) *Inversión del argumento del demandante: el marco democrático participativo exige proteger, no prohibir, la posibilidad de participación política de quienes hayan cometido delitos políticos o conexos con los políticos*

La Corte realizó un análisis muy interesante en relación con el planteamiento de la demanda sobre la premisa mayor. La lectura de la sentencia permite concluir que la Corte Constitucional invirtió el argumento del demandante: reconoció que en efecto existe un elemento esencial de la Constitución denominado “marco democrático participativo”⁹, pero explicó que una lectura sistemática de este elemento esencial exige proteger, antes que prohibir, la participación política de excombatientes que hayan cometido delitos políticos o sus conexos.

⁸En Colombia la modificación de la Constitución Política por medio de los procesos ordinarios del Congreso de la República se realiza mediante actos legislativos. La sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C-551 de 9 julio 2003 presenta un extenso análisis sobre el particular. Revisar QUINCHE, *Reformas de la Carta de 1991*, 60–67 y YOUNES: *Derecho constitucional colombiano*, 583–596.

⁹Corte Constitucional de Colombia. Sent. C-577 de 6 agosto 2014, Sección 7.1.3.

De manera general, si bien la Corte reconoció que el demandante citó contenidos constitucionales existentes —y en particular el artículo 122 de la Constitución—, aclaró que estos contenidos normativos representan “una excepción a un principio de más amplio alcance, que constituye el *verdadero pilar* del orden establecido en la Carta de 1991, como es el marco democrático participativo que ordena *optimizar* las oportunidades de participación en política”¹⁰ (cursiva añadida). Explicó además —y esto es de suma importancia— que en todo caso las restricciones para la participación en política aplican a los delitos comunes y no a los delitos políticos o conexos con los políticos¹¹. La Corte entonces dedicó una buena parte de esta sección de la sentencia a profundizar en el contenido de este elemento esencial de la Constitución. Aunque la profundización en el contenido de los elementos esenciales de la Carta Política es siempre importante en el juicio de sustitución, quizás en esta oportunidad resultaba aún más relevante, dado que la Corte se apartó de manera muy fundamental de la interpretación que el demandante le dio al contenido de este elemento esencial.

aa) *Donde todo inicia: la Asamblea Nacional Constituyente y la Constitución como Tratado de Paz*. Uno de los argumentos más fuertes que fue especialmente relevante en la intervención del gobierno nacional¹², estuvo relacionado con la importancia que tuvo la Asamblea Nacional Constituyente en la definición del elemento esencial del marco democrático participativo. En efecto, como lo señaló el gobierno en su intervención¹³ y lo ratificó la Corte en su sentencia, el proceso constituyente de 1991: “Respondió a un proceso incluyente, que no desaprovechó la oportunidad de vincular en el cuerpo de constituyentes a actores que en ese momento se encontraban por fuera de la sociedad que tomaba las decisiones, como eran [y siguen siendo] los representantes de los grupos alzados en armas que, en tanto actores del conflicto armado, se encontraban en negociaciones con el Gobierno”¹⁴.

Las evidencias que dan cuenta de este proceso incluyente son numerosas, y son señaladas por la Corte, así: (i) el Decreto que convocó a la

¹⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sent. C-577 de 6 agosto 2014, Sección 7.1.

¹¹ Corte Constitucional de Colombia. Sent. C-577 de 6 agosto 2014, Sección 6.1.

¹² Presidencia de la República de Colombia: “*Intervención en el proceso de constitucionalidad*”.

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sent. C-577 de 6 agosto 2014, Sección 7.1.1.

Asamblea Nacional Constituyente consideró que la Asamblea facilitaba la reincorporación de los grupos alzados en armas a la vida civil; (ii) la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia señaló que la participación en la Asamblea Nacional Constituyente fue condición para el reintegro a la vida civil de los grupos alzados en armas; (iii) el presidente y el ministro de Gobierno, al presentar a los voceros de los grupos alzados en armas, también señalaron que la participación de estos actores fue uno de los factores de mayor importancia para la reincorporación a la vida civil de varios movimientos; (iv) el EPL manifestó a la Asamblea su deseo de dejar las armas e iniciar su participación en la vida política a través de la Asamblea; (v) el Reglamento de la Asamblea incluyó una previsión expresa en relación con los voceros de los grupos guerrilleros, y (vi) varias participaciones en el marco de la Asamblea buscaron incluir artículos transitorios para abrir las puertas a la participación de nuevos actores en la sociedad política.¹⁵

Pero quizás una de las evidencias más grandes del espíritu de la Asamblea para promover la participación política de excombatientes, lo constituyó la aprobación del artículo transitorio 12, el cual consagró dos facultades fundamentales en cabeza del gobierno para este propósito: la posibilidad de establecer circunscripciones especiales de paz para las elecciones a corporaciones públicas que tendrían lugar el 27 de octubre de 1991 y la posibilidad de nombrar directamente, por una sola vez, un número plural de congresistas en cada Cámara en representación de los grupos alzados en armas. El artículo transitorio 12 además preveía una cuestión fundamental para la discusión, pues afirmó que “[p]ara los efectos previstos en este artículo, el gobierno podrá no tener en cuenta determinadas inhabilidades y requisitos necesarios para ser congresista”¹⁶.

En últimas, y aunque la Corte Constitucional no lo recoge de esta manera, resulta muy ilustrativa la apreciación del gobierno en su intervención, en el sentido de que la Constitución fue concebida como un tratado de paz. En este punto, el gobierno fue un poco más allá de la simple concepción del carácter *incluyente* de la Asamblea Nacional Constituyente, para afirmar que la Asamblea tuvo el objetivo fundamental de devolverle la paz al país y configurar un “tratado de paz entre los colombianos”¹⁷.

¹⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sent. C-577 de 6 agosto 2014, Sección 7.1.

¹⁶ Constitución Política de Colombia, 1991, art. 12 transitorio.

¹⁷ Presidencia de la República de Colombia: “*Intervención en el proceso de constitucionalidad*”.

bb) *La participación política como contenido normativo definitorio de la Constitución de 1991.* En un orden lógico, la Corte siguió llenando de contenido la premisa mayor, al explicar que la participación política no solo estuvo presente desde el inicio de la Asamblea Nacional Constituyente, sino que además representó un contenido normativo definitorio de la Constitución de 1991, a partir del preámbulo que establece que los fines del Estado se deben alcanzar a través de un marco democrático y participativo; pasando por varias disposiciones constitucionales, dentro de las cuales cabe resaltar que la Constitución considera que “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan” es un fin esencial del Estado (art. 2° Const. Pol.) y que la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político es un derecho fundamental (art. 40 Const. Pol.).

Además, la Corte Constitucional resaltó que la Constitución consagra diversas formas de participación democrática directa e indirecta y que son abundantes las disposiciones que “definen y concretan el principio de participación dentro del ordenamiento constitucional”¹⁸. De especial relevancia resultan todos los artículos constitucionales que regulan el derecho fundamental establecido en el artículo 40 a elegir y *ser elegido*. La Corte recogió en la sentencia una revisión somera de las más de diez disposiciones constitucionales que desarrollan este derecho.

Por último, la Corte se refirió a los límites a la participación política en la Constitución, especialmente para las personas condenadas a cumplir una pena privativa de la libertad, a quienes, por regla general, la Constitución les prohíbe participar por cargos de elección popular. La Corte también hizo especial referencia al artículo 122 para explicar que esa limitación se predica de quienes hayan sido condenados “por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico [...]”¹⁹. Sin embargo, aclaró que la propia Constitución previó una excepción a esta regla: que la condena haya tenido como fundamento la comisión de un delito político o culposo. Explicó que ésta es también, como la regla general, una “constante en el orden constitucional vigente”²⁰. Por tanto, el artículo 122, según la Corte, debe interpretarse en armonía con esta constante. Así, “las condenas a que se refiere el artículo 122 —que impedirían ser inscrito y elegido a cargos de elección popular, o elegido

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sent. C-577 de 6 agosto 2014. Sección 7.1.2.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

o designado como servidor público— *no* serán aquellas que hayan tenido origen en delitos políticos”²¹. En este punto la Corte Constitucional acogió la argumentación de la intervención del gobierno, que fue reforzada por otras intervenciones²², en el sentido que la sentencia C-986 de 2010 concluyó que las restricciones contenidas en el artículo 122 no aplican para delitos políticos y conexos, sino solo en cuanto dichos delitos tengan el carácter de comunes. Esto, a pesar de que la Corte en su oportunidad se declaró inhibida para conocer de la demanda contra el artículo 122. Sin embargo, en las consideraciones alcanzó a afirmar que:

“[...] el análisis desde la tipificación penal, como a partir de criterios históricos y sistemáticos, lleva a la unívoca conclusión que la inhabilidad prevista en la norma acusada es predicable de los responsables de las conductas antes señaladas, *en cuanto delitos de carácter común*. Ello, por supuesto, sin perjuicio de la hipótesis en que tales comportamientos *excepcionalmente se subsuman o se consideren como conexos a delitos políticos*, pues en ese evento se aplicará el régimen de inhabilidades que la Constitución ha previsto para el delincuente político” (cursiva añadida).

Por último, la Corte aclaró que no existen límites al constituyente derivado para definir cuáles son los delitos políticos y conexos a los políticos *para los precisos efectos* de participar en política.

cc) *La participación política y el derecho internacional de los derechos humanos*. Debido a que algunos argumentos de la demanda se sustentaron en la supuesta violación de obligaciones internacionales del Estado²³, la Corte Constitucional se refirió a las normas del bloque de constitucionalidad. Lo primero que habría que aclarar es que el juicio de sustitución no puede consistir en la comparación de una norma constitucional con un tratado internacional²⁴. Sin embargo, la remisión al bloque resultaba importante para el análisis de la Corte. Aunque no fue la perspectiva más común en las intervenciones, la Comisión Colombiana

²¹ *Ibíd.*

²² Por ejemplo, Dejusticia: *Intervención en audiencia del marco jurídico para la paz*.

²³ Ver demanda de constitucionalidad Rad. D-9819: 30 de julio de 2013. Actor: Rafael Guarín y escrito de coadyuvancia del Grupo de Acciones Constitucionales de la Universidad Católica.

²⁴ Ver, por ejemplo: Corte Constitucional de Colombia: Sent. C-551 de 9 julio 2003 y C-574 de 22 julio 2011. Ver también: Dejusticia: *Intervención en audiencia del marco jurídico para la paz*.

de Juristas se refirió a algunos elementos del bloque²⁵; Dejusticia llegó a la acertada conclusión de que no existen estándares internacionales que prohíban la concesión de beneficios políticos en procesos de transición a quienes hayan cometido graves violaciones a los derechos humanos²⁶, y la intervención en audiencia pública de una de las autoras del presente texto se refirió más profundamente al margen de apreciación de los Estados en esta materia²⁷.

En nuestra opinión, aunque la Corte Constitucional recogió los principales tratados internacionales de derechos humanos que reconocen los derechos políticos y mencionó algunos desarrollos doctrinales y jurisprudenciales de estas normas, hubiera podido ir más allá. En efecto, la Corte se refirió a las principales normas en la materia en los Sistemas Universal e Interamericano de Derechos Humanos, sin analizar profundamente el alcance de las normas, sino simplemente con el ánimo de establecer que éstas existen.

Así, mencionó que el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce un margen de apreciación a los Estados para reglamentar la forma como se ejercerán los derechos políticos. Para sustentar este punto, la Corte Constitucional citó una sentencia de la Corte Interamericana sobre derechos políticos —el caso *Yatama c. Nicaragua*—, que si bien es importante porque el Tribunal Internacional identificó la estrecha relación que existe entre la participación política y la sociedad democrática y pluralista, no es quizás la mejor sentencia para sustentar el margen de apreciación con el que cuentan los Estados para desarrollar los derechos políticos. Habría sido más adecuada, por ejemplo, la sentencia de *Castañeda Gutman c. México* en la cual la CorteIDH retomó jurisprudencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos para explicar el margen de apreciación con el que cuentan los Estados en la definición de sus sistemas electorales y políticos, así: “existen numerosas

²⁵ En efecto la Comisión Colombiana de Juristas se limitó a decir que es potestativo del Estado decidir si suspende o no los derechos políticos de una persona como consecuencia de una decisión penal en su contra; y que no es una obligación que se desprenda de norma internacional alguna.

²⁶ Dejusticia: *Intervención en audiencia del marco jurídico para la paz*.

²⁷ LONDOÑO: *Intervención ante la Corte Constitucional*. En su intervención en audiencia pública, la profesora LONDOÑO señaló las disposiciones de derecho internacional de los derechos humanos relevantes, para demostrar el amplio margen de apreciación de los Estados sobre esta materia.

maneras de organizar e implementar sistemas electorales y una riqueza de diferencias basadas en el desarrollo histórico, diversidad cultural y pensamiento político de los Estados. El Tribunal Europeo ha enfatizado la necesidad de evaluar la legislación electoral a la luz de la evolución del país concernido, lo que ha llevado a que aspectos inaceptables en el contexto de un sistema puedan estar justificados en otros²⁸.

La Corte Constitucional también se refirió al artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Observación 25 del Comité de Derechos Humanos que se han referido a los derechos políticos como esencia del gobierno democrático. Por último, la Corte mencionó, sin desarrollar su contenido, varios tratados que garantizan el derecho a la participación política²⁹. Al concluir este análisis la Corte afirmó:

“De esta forma, la participación política resulta un contenido transversal en la Constitución y en normas que conforman el bloque de constitucionalidad, que, por consiguiente, adquiere el carácter de elemento definitorio del régimen constitucional previsto por el constituyente primario desde 1991³⁰.”

En nuestra opinión, si bien la mención de las normas del bloque de constitucionalidad por la Corte Constitucional resultó importante para reforzar la conclusión de que la participación política es un contenido transversal en la Constitución, un análisis más robusto le hubiera permitido a la Corte llegar a una conclusión más contundente y esencial para el juicio de sustitución: el derecho internacional de los derechos humanos no solo promueve la participación política, sino que además *exige* que las restricciones a este derecho sean justificadas por los Estados con mayor rigor. Esta conclusión estuvo ausente en las intervenciones ante la Corte y en la sentencia.

Sobre este particular, el artículo 23.2 de la Convención Americana establece:

²⁸ CorteIDH: caso *Castañeda Gutman c. Mexico*, párr. 165.

²⁹ Mencionó la Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5°); la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias (art. 42); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 7); la Convención sobre los derechos políticos de la mujer (art. I, II y III) y la Convención sobre Pueblos Indígenas y Tribales (art. 6°).

³⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sent. C-577 de 6 agosto 2014. Sección 7.1.2

“[...] La ley *puede reglamentar* el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior [incluido el derecho a ser elegido], *exclusivamente por* razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal” (cursiva añadida).

Un análisis del artículo 23 permite concluir que si bien los Estados *pueden* reglamentar los derechos políticos, cualquier restricción a los derechos debe estar justificada en las causales establecidas en la norma. Esto significa que antes que prohibir la participación política de ciertas personas o grupos de ciudadanos, la convención *exige* justificar las restricciones a esta participación.

En el mismo sentido, el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que:

“Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2º, y *sin restricciones indebidas*, de los siguientes derechos y oportunidades: [...] b) Votar y *ser elegidos* en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país” (cursiva añadida).

La Observación General 25, citada también por la Corte Constitucional pero para otros efectos, establece que “[c]ualesquiera condiciones que se impongan al ejercicio de los derechos amparados por el artículo 25 *deberán basarse en criterios objetivos y razonables* [...]”³¹ y que “[I]os Estados Partes *deben indicar y explicar* las disposiciones legislativas en virtud de las cuales se puede privar a un grupo o categoría de personas de la posibilidad de desempeñar cargos electivos”³² (cursiva añadida).

Este análisis de las normas y desarrollos pertinentes del derecho internacional de los derechos humanos hubiera podido reforzar el argumento de la Corte Constitucional no sólo respecto del margen de apreciación de los Estados, sino respecto de las altas exigencias para los Estados en el sentido de justificar posibles restricciones al derecho a elegir. Sin embargo, aunque hubiera sido interesante este análisis más robusto, el que hizo la sentencia fue suficiente para demostrar la fuerza de la premisa mayor en la Constitución, tal como fue interpretada por la Corte.

³¹ Comité de Derechos Humanos: *Observación General 25*, 4.

³² Comité de Derechos Humanos: *Observación General 25*, 15.

c) *Conclusión frente a la premisa mayor*

Frente a la premisa mayor la Corte concluyó:

“[...] encuentra la Sala que un elemento definitorio/esencial/axial a la Constitución colombiana es: la participación política como principio fundante y transversal al régimen constitucional colombiano resulta esencial en la conformación, ejercicio y control del poder en un Estado democrático como el establecido a partir de la Constitución de 1991. Los límites que a la misma se establezcan *no podrán tener fundamento en condenas impuestas por la comisión de delitos políticos* o de aquellos que se consideren conexos a delitos políticos”.

Esta conclusión hace evidente la inversión que del argumento de la demanda hizo la corte: no solo no existen límites constitucionales a la participación en política por la comisión de delitos políticos o conexos con el político, sino que cualquier posible prohibición en este sentido sustituiría la Constitución³³. Esto le cierra la puerta al constituyente derivado para incluir reformas que limiten la participación en política a quienes hayan cometido delitos políticos o sus conexos. En últimas, la protección para esta participación quedó robustecida, antes que debilitada por la sentencia.

B) *La premisa menor: ¿qué dice y qué no dice el artículo transitorio 67?*

El segundo paso del juicio de sustitución es el análisis de la premisa menor. Para este caso, el análisis del contenido normativo del artículo transitorio 67 que el demandante alegó que eliminaría total o parcialmente un elemento esencial de la Constitución.

Antes de iniciar con los aspectos puntuales que analizó la sentencia frente a este artículo transitorio, vale la pena poner de presente una cuestión fundamental que no quedó consignada expresamente en la sentencia, pero que es de suma importancia para el debate. Si el artículo 67 hubiera sido declarado inexecutable, seguiría vigente la posibilidad de participación en política de excombatientes. Aún más, el legislador tendría un margen de discrecionalidad más amplio para definir los delitos conexos al delito político para efectos de participar en política, pues no habría restricciones

³³En el mismo sentido, Dejusticia afirmó ante la Corte que “[...] sustituiría la Constitución una modificación parcial, total o incluso transitoria que cambiara radicalmente las características básicas de este orden en Colombia, esto es, su carácter pluralista, expansivo y universal y excluyente de las formas violentas de acción política”: Dejusticia: *Intervención en audiencia del marco jurídico para la paz*.

constitucionales frente al tipo de delitos que pueden tener esta categoría *para efectos* de participar en política.

En otras palabras y a diferencia del imaginario de algunos, el artículo transitorio tiene como propósito único establecer dos restricciones que no existían antes de aprobarse la norma: primero, la necesidad de que la ley que defina los delitos conexos tenga naturaleza estatutaria³⁴; segundo, establecer que los delitos conexos no podrán tener la connotación de crímenes de lesa humanidad o genocidio cometidos de manera sistemática³⁵. Hecha esta aclaración, se procede a desarrollar los puntos principales que la Corte incluyó en su sección sobre la premisa menor.

a) *El verdadero alcance del artículo transitorio 67:
su excepcionalidad en el marco de la justicia transicional*

Para analizar el contenido de la premisa menor, la Corte puso de presente que esta norma se enmarca en un contexto particular: la adopción de medidas *excepcionales* en el marco de la justicia transicional para facilitar la terminación del conflicto armado interno y construir una paz estable y duradera. La Corte aclaró que esta excepcionalidad implica que las medidas no reemplazan el régimen constitucional existente y que las reglas para participar en política sólo tendrán efectos respecto de quienes se desmovilicen en el marco de un proceso de paz o siguiendo las condiciones previstas por el gobierno³⁶.

La Corte pasó luego a explicar la sustancia de los cuatro elementos centrales que integran el contenido normativo del artículo transitorio 67: primero, permitir que quienes alguna vez pertenecieron a un grupo armado se inscriban como candidatos a cargos de elección popular; segundo, establecer que la determinación de los delitos que se consideren

³⁴Esto implica que tendrá que pasar por un debate mucho más exigente en términos de números de debates y mayorías para su aprobación en el Congreso.

³⁵Esta última expresión “cometidos de manera sistemática”, resulta redundante, al menos en relación con los crímenes de lesa humanidad, y fue quizás un simple error de técnica legislativa, pues a diferencia de la misma expresión que fue incluida en el artículo 66 transitorio frente a los crímenes de guerra y que tenía un sentido muy importante, los crímenes de lesa humanidad siempre serán cometidos de manera sistemática. Y, en todo caso, como lo señala la Universidad Externado de Colombia: intervención en audiencia pública del MJP, 17: el haber incluido el elemento de sistematicidad frente al crimen de genocidio puede generar enormes problemas, por exigir la prueba de elementos adicionales para los crímenes.

³⁶Corte Constitucional de Colombia: Sent. C-577 de 6 agosto 2014. Sección 5.2.

conexos al político *para efectos* de participar en política, se realice por medio de una ley estatutaria; tercero, establecer por vía de restricción que las conductas que sean consideradas delitos conexos al delito político no podrán tener la connotación de crímenes de lesa humanidad o constituir genocidio, cuando éstos se hubieran cometido de forma sistemática y, cuarto, que no podrán participar en política quienes hayan sido “condenados y seleccionados”³⁷ por cometer estos delitos.

b) *Los delitos conexos al delito político para efectos de participar en política: ¿se aplican las mismas limitaciones del deber de investigar, juzgar y sancionar?*

Una de las discusiones centrales y más importantes en el debate constitucional y político, estuvo relacionada con la posibilidad de diferenciar las consecuencias de los delitos políticos y conexos con el político para efectos de determinar el alcance del deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar; y las consecuencias para efectos exclusivamente de participar en política. Varias intervenciones, incluida la del gobierno, abogaron fuertemente por la posibilidad de esta separación³⁸.

La Corte acogió parcialmente este argumento, porque en todo caso tomó una posición muy clara respecto de la relación que existe entre las medidas relacionadas con la participación en política y aquellas relacionadas con la investigación, juzgamiento y sanción. Según la Corte, se trata de una relación de complementariedad³⁹. La Corte afirmó que la participación política del artículo 67 “parte del punto en que termina el componente penal”⁴⁰, lo cual se traduce en una condición muy clara que se profundizará más adelante en el sentido que los condenados por delitos distintos a los crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática deberán cumplir su condena impuesta en virtud del artículo transitorio 66 de la Constitución, antes de poder participar en política, lo cual, por supuesto, resulta completamente razonable y proporcional.

³⁷ Aunque ésta es la expresión exacta del art. transitorio 67, sin duda el orden correcto sería “seleccionados y condenados”.

³⁸ Ver intervenciones de DAJER: *Intervención ante Corte Constitucional*, Dejusticia: *Intervención del marco jurídico para la paz* y de la Presidencia de la República de Colombia: *Intervención demanda de inconstitucionalidad*.

³⁹ Corte Constitucional de Colombia: Sent. C-577 de 6 agosto 2014, Sección 5.1.

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia: Sent. C-577 de 6 agosto 2014, sección 7.2.2.

C) *Síntesis del juicio de sustitución: el artículo transitorio 67 en cambio de violar el principio democrático participativo, lo desarrolla*

Para la síntesis del juicio de sustitución, la Corte cotejó la premisa mayor con la premisa menor, con el fin de analizar si la premisa menor sustituye un elemento esencial de la Constitución. Como lo resumió la Corte:

“En parecer del actor, estas conductas [graves violaciones a los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario, crímenes de guerra, narcotráfico y actos de terrorismo, así como de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de forma no sistemática] no son expresiones de participación en política y sobre ellas recae la exclusión de ser cobijadas por *amnistías e indultos* —artículo 122 de la Constitución—, con lo cual un elemento esencial a la Constitución sería el impedimento para que los responsables de estos delitos fueran candidatos a elección popular o ejercieran cargos públicos, dentro del ejercicio del derecho de participación en política”⁴¹.

El argumento de la demanda adoptó la postura —que fue rechazada por la Corte—, de que no es posible separar las consecuencias de los delitos políticos y sus conexos en relación con el deber de investigar, juzgar y sancionar, de las consecuencias para los precisos efectos de la participación política.

La Corte, con mucha claridad, invierte de nuevo por completo el argumento de la demanda al afirmar que el artículo transitorio 67 de la Constitución desarrolla, en vez de sustituir, un principio inmanente a la esencia de la Constitución: permitir la participación en política de quienes han sido condenados por delitos conexos a delitos políticos. La Corte lo resumió así:

“[...] para la Corte Constitucional, en el contexto de la justicia transicional que supone medidas excepcionales justificadas en la búsqueda de la paz, la participación en política de miembros de actores del conflicto en el escenario del postconflicto resulta herramienta útil para la consolidación de la democracia y del régimen constitucional vigente desde la Carta Política de 1991.

En armonía con lo anteriormente expresado, no será óbice para la posibilidad de participar en política que quienes se desmovilicen hayan

⁴¹ Corte Constitucional de Colombia: Sent. C-577 de 6 agosto 2014, sección 8.

sido condenados, siempre que las acciones por las cuales les fue impuesta la condena sean consideradas delitos conexos a delitos políticos.

Dicho fundamento, antes que contradictorio, es el desarrollo de un aspecto definitorio del orden constitucional vigente en el sistema jurídico colombiano: *la posibilidad de participar en política para quienes hayan sido condenados por delitos políticos*⁴².

En relación con el argumento del demandante, en el sentido de que la restricción que establece que artículo 67 no incluye los crímenes de guerra, los delitos transnacionales y el narcotráfico, la Corte respondió vehementemente que no existen límites ni constitucionales ni internacionales que limiten la competencia del legislador para la definición de cuáles son los delitos políticos y conexos con el político *para efectos de participar en política*. Y la Corte agregó:

“La razón es contundente: la participación en política de un delincuente político tiene unas consecuencias *absolutamente diferenciables* de aquellas surgidas a partir de amnistiarle o indultarle, o de impedir su extradición para que sea juzgado por los delitos cometidos” (cursiva añadida).

Y aclaró también, de manera muy acertada, que la participación en política no afecta de manera nuclear los derechos de las víctimas, cuestión que ya había sido anticipada por algunas de las intervenciones⁴³ incluida la de una de las coautoras del presente artículo en su intervención en la audiencia pública ante la Corte⁴⁴.

a) *Garantías de no repetición: el papel del artículo transitorio 67 en la reconciliación*

En la síntesis al juicio de sustitución, la Corte conectó la democracia y la participación política con el concepto de *reconciliación*. Sin duda, el concepto de reconciliación se hace sumamente relevante para la discusión, pues como lo afirma la Corte, el objetivo de la reconciliación en los procesos de justicia transicional “tiene como fundamento el reconocimiento como interlocutores políticos válidos a los antiguos actores

⁴² Corte Constitucional de Colombia: Sent. C-577 de 6 agosto 2014, sección 8.1.

⁴³ Ver, por ejemplo: Dejusticia: *Intervención del marco jurídico para la paz*. Al respecto señala que “este artículo no desconoce ningún estándar internacional en materia de los derechos de las víctimas y, al contrario, es una herramienta empleada en el mundo con el propósito de transitar hacia la paz”.

⁴⁴ LONDOÑO: *Intervención ante la Corte Constitucional*.

del conflicto, a efectos de restablecer y consolidar la democracia en una sociedad”⁴⁵. La Corte también afirmó que este proceso de recomposición de la comunidad “contribuye a cimentar garantías de no repetición, lo que aumenta las posibilidades de consolidar estructuras políticas que conduzcan a la paz, la esencia del componente de *reconciliación* en materia de justicia transicional”⁴⁶.

Al margen de posibles discusiones sobre la conceptualización y alcance del concepto de reconciliación y su relación con las garantías de no repetición —cuestión que excede el objeto de este artículo—, lo cierto es que el concepto de garantías de no repetición resultaba fundamental en el pronunciamiento de la Corte. Como se señaló en la intervención en la audiencia pública ante la Corte Constitucional, quienes abogaban por la inconstitucionalidad de la norma y quienes defendían su constitucionalidad, tenían como elemento común en sus argumentos las garantías de no repetición⁴⁷. En efecto, las garantías de no repetición tienen un peso muy importante no sólo en el orden interno para sopesar la conveniencia política de los mecanismos propuestos por el gobierno para adelantar el proceso de paz, sino que representan una garantía jurídica exigible en el plano internacional.

Desde esta última perspectiva, la evaluación que debía llevar a cabo el Alto Tribunal al determinar la constitucionalidad de la norma impugnada, exigía valorar al menos tres condiciones de la norma interna: (i) si su finalidad es prevenir nuevas violaciones a los DDHH; (ii) si las medidas adoptadas tienen la potencialidad de contrarrestar un problema de orden general y permanente en el nivel nacional, tipo falla estructural, y (iii) si su contenido se ajusta o, al menos, no resulta contrario a las prescripciones convencionales en materia de derechos humanos, obligatorias para el Estado⁴⁸.

El análisis que propone la Corte Constitucional sobre este punto resulta muy acertado porque logra deslindar dos tipos de obligaciones internacionales independientes y complementarias: por un lado, la obligación de reparación integral a las víctimas y, por otro, la obligación de prestar garantías de no repetición. Si bien es cierto que la práctica de la Corte

⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia: Sent. C-577 de 6 agosto 2014, sección 8.1.

⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia: Sent. C-577 de 6 agosto 2014, sección 8.3.

⁴⁷ LONDOÑO: *Intervención ante la Corte Constitucional*.

⁴⁸ Un análisis detallado sobre el concepto y criterios de identificación de las garantías de no repetición, puede verse en: LONDOÑO: *Garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana*, 103–105 y 195–199.

Interamericana ha generado cierta confusión sobre la naturaleza jurídica y alcance de unas y otras, puesto que suele denominarlas en sentido genérico como medidas de “reparación integral”, lo cierto es que es posible y necesario distinguir ambos tipos de obligaciones para garantizar en mejor medida su eficacia como salvaguardas de los derechos humanos.⁴⁹

Y como hemos señalado en otras oportunidades, así como Colombia tiene la obligación de investigar, juzgar y sancionar, “tiene también las obligaciones internacionales de prevenir violaciones; garantizar la no repetición; esclarecer la verdad; garantizar la seguridad, y propender por la reconciliación. *Estas obligaciones no se pueden interpretar aisladamente dado que son interdependientes*”⁵⁰ (cursiva añadida). Por eso, las fórmulas para alcanzar importantes garantías de no repetición que han sido señaladas por Naciones Unidas, tales como “la cesación de las violaciones existentes”⁵¹, y que “los grupos armados paraestatales o no oficiales [sean] desmovilizados y desmantelados”⁵² y en suma, para alcanzar la máxima garantía de no repetición que sería la terminación definitiva del conflicto armado en Colombia⁵³, resulta fundamental reconocer que es el Estado el mejor situado para diseñar e implementar los mecanismos de justicia transicional que sean necesarios para alcanzar este objetivo. Este es el papel que la Corte Constitucional le dio al “margen de apreciación”, otro de los aspectos que quisiéramos resaltar del fallo que se comenta, como se analizará a continuación.

b) *El papel del margen de apreciación de los Estados en procesos de paz*

Una de las cuestiones que más llama la atención de la sentencia de la Corte Constitucional, es la afirmación contundente de que el Estado cuenta con un margen de apreciación que le permite adaptar su ordenamiento a “las específicas necesidades que pueden surgir en los procesos

⁴⁹ Ibídem, para revisar un análisis crítico de la jurisprudencia interamericana en el sentido aludido y la necesidad de distinguir las obligaciones en comento.

⁵⁰ ACOSTA, *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos*, pág. 187.

⁵¹ ONU. *Derecho a obtener reparación/ garantías de que no se repitan las violaciones*. 2005.

⁵² ONU. *Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos*. 2005.

⁵³ Ver al respecto, Universidad Externado de Colombia: *Intervención ante la Corte Constitucional*, 9.

que en pos de un objetivo como la paz, requieran la adopción de marcos de justicia transicional [...]”⁵⁴. Y es interesante porque aunque la Corte normalmente habla del concepto de libertad de configuración legislativa, pocas veces lo hace en términos de “margen de apreciación”. De hecho, este es un concepto desarrollado en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, particularmente en el Sistema Europeo⁵⁵.

Por definición, la doctrina del “margen nacional de apreciación” se inscribe dentro de la historia de la jurisprudencia europea como una especie de autocontención judicial (*self-restraint*). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) cede ante las interpretaciones legítimas que haga el Estado de la norma internacional, permitiéndole fijar el contenido y alcance de ciertos derechos de acuerdo a las circunstancias jurídicas, sociales y culturales específicas que le circundan. En este sentido, se verifica un amplio grado de respeto por las decisiones que adoptan las autoridades nacionales, las cuales, si bien pueden suponer una restricción a los derechos contenidos en el Convenio, no constituyen en sí mismas violaciones a ese tratado⁵⁶. Para llegar a esa conclusión ordinariamente el TEDH ha acudido a dos argumentos: por un lado, que las limitaciones establecidas en el ámbito interno resultan razonables sopesados los bienes protegidos en el Convenio y los intereses nacionales⁵⁷; y, por otro, que debido a la ausencia de un consenso regional, se tiene la obligación de respetar aquellas medidas adoptadas en el orden nacional que no violen el contenido esencial del derecho convencional en juego⁵⁸.

⁵⁴ Corte Constitucional de Colombia: Sent. C-577 de 6 agosto 2014, sección 8.2.

⁵⁵ La doctrina del margen de apreciación en el Sistema Europeo de Derechos Humanos ha sido abundantemente revisada y comentada. En relación con sus orígenes en la Comisión Europea y su aplicación por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) pueden verse las siguientes referencias: CHRISTOFFERSEN, *Proportionality, subsidiarity and primarity in the European Convention on Human Rights*, 231; GREER, *The margin of appreciation*, 22-31; YOUROW, *The margin of appreciation doctrine*, 25-184; O'DONNELL, *The Margin of Appreciation standards*; LIESA y GARCÍA, *Revista española de derecho internacional*, 62, 2010, 364-366.

⁵⁶ Un análisis sintético de las razones que justifican ese *self-restrain* y cómo han sido operadas por el TEDH en casos concretos, puede verse en: SPIELMANN, *Margin of Appreciation and European Court of Human Rights*, 381-418.

⁵⁷ La razonabilidad de la medida adoptada por el gobierno local, en últimas dependerá de un juicio de proporcionalidad que lleva a cabo el tribunal internacional. Cfr. LIESA y GARCÍA, *Revista Española de Derecho Internacional*, 62, 2010, 89-93.

⁵⁸ Sobre la teoría del consenso europeo en el TEDH, su construcción jurisprudencial y percibidas contradicciones, véase: BENAVIDES, El estudio de la autora muestra que el TEDH ha acudido al uso del margen nacional de apreciación en aquellos casos en los

Así las cosas, se puede afirmar que la figura del margen nacional de apreciación es una especie de deferencia de los tribunales internacionales con los gobiernos locales, en procura de armonizar las funciones que a ambos competen, partiendo de la base de que los referentes internacionales no imponen necesariamente soluciones uniformes. Esto implica —en favor de las autoridades internas—, que los órganos internacionales les deben un amplio respeto a su capacidad de discreción, a su libertad para actuar en lo que les es propio: la creación y ejecución de sus leyes⁵⁹. Como contrapeso, por supuesto, ante un ejercicio abusivo o ineficiente del poder local, el órgano internacional se encuentra autorizado para intervenir, con el fin de remediar el derecho convencional ilegítimamente restringido por el Estado.

Así expuesto, puede verse que el margen nacional de apreciación es un principio amplio, por lo que admite diversas aplicaciones. En primer lugar, está claro que se trata de un principio hermenéutico usado por las cortes internacionales para determinar el alcance de las obligaciones convencionales y verificar su cumplimiento en el interior de los Estados parte. Desde esta perspectiva, el efecto práctico que se produce es el reconocimiento de un margen de libertad reservado a los Estados a la hora de determinar los medios para cumplir con las obligaciones internacionales. Esta ha sido hasta ahora la utilización más recurrente de la doctrina, pero no la única. Algunos, de hecho, han planteado un abanico de posibilidades útiles para aplicar la doctrina del margen nacional de apreciación, las cuales pueden resumirse del siguiente modo: (i) para determinar la necesidad de aplicación de medidas excepcionales en situaciones de emergencia; (ii) para limitar el ejercicio de algunos de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales con el objeto de resguardar otros derechos o los intereses de la comunidad; (iii) para definir el contenido de los derechos convencionales y determinar el modo como se garantizarán en el ordenamiento interno; (iv) para definir el sentido y alcance del Derecho nacional de manera articulada con el Derecho internacional y; (v) esta figura también resulta muy útil para definir el

que no existe un mínimo común europeo para entender de una determinada manera el contenido de un derecho. En ese escenario, como se anotó antes, el TEDH cede ante las interpretaciones legítimas que haga el Estado de la norma internacional, permitiéndole fijar el contenido y alcance de ciertos derechos de acuerdo a las circunstancias jurídicas, sociales y culturales específicas que le circundan.

⁵⁹ YOUROW, *The margin of appreciation doctrine*, 13.

modo en que se cumplirá una resolución de un órgano internacional de supervisión de un tratado⁶⁰.

Como puede observarse, los posibles usos del margen nacional de apreciación resultan pertinentes en el contexto de la justicia transicional, en el cual las muy diversas circunstancias históricas, políticas y sociales de cada conflicto exigen propuestas de solución particulares. Por lo tanto, consideramos que la Corte Constitucional ha acertado al introducir el concepto de margen de apreciación en el análisis del marco de justicia transicional y su articulación con las obligaciones internacionales del Estado⁶¹. Esto, incluso a pesar de que tal concepto ha sido, hasta el momento, poco abordado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y visto a veces con recelo⁶², probablemente por el tipo de derechos humanos en juego que prioritariamente han caracterizado el litigio interamericano desde finales de los años ochenta⁶³.

En cierta manera, podría pensarse que la Corte Constitucional también estaría invitando a la Corte Interamericana a que, en el momento que

⁶⁰ NÚÑEZ, *Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional*, 4-5.

⁶¹ La Corte Constitucional pone de manifiesto esta perspectiva en dos momentos específicos a lo largo de su sentencia: en el apartado 7.1.2. cuando afirma: “En este sentido, la participación política se encuentra consignada en el artículo 23 de la Convención Americana que consagra todo lo referente a los derechos políticos[139], lo cuales, de acuerdo con dicho instrumento internacional, se materializan en el derecho de todos los ciudadanos a (i) participar directamente o a través de representantes en la dirección de los asuntos públicos, (ii) a votar y ser elegidos, y (iii) a tener acceso a las funciones públicas. Adicionalmente, en el inciso segundo del artículo 23, *la Convención Americana le reconoce a los Estados Parte un margen de apreciación para reglamentar la forma como se ejercerán los derechos, antes mencionados, que componen la participación política*” (cursivas fuera de texto). Por su parte, en el apartado 8.2. en el que manifiesta que: “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*” (cursivas fuera de texto).

⁶² La Corte Interamericana ha sido históricamente reticente a aceptar los argumentos del Estado en favor del margen nacional de apreciación aunque, a nuestro modo de ver, no siempre ha podido sostener su posición con razones sólidas, como sucede en la sentencia: Corte IDH: Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, sentencia del 28 de noviembre de 2012, párr. 316.

⁶³ Ver, por ejemplo: ACOSTA, *Los casos colombianos ante el sistema interamericano y margen de apreciación*, 183-238.

deba decidir casos relacionados con los procesos de justicia transicional en Colombia, reconozca que existe ese margen de apreciación en esta materia. Pues tal como lo reconoce el tribunal nacional, estas regulaciones deben atender a la “particular historia, condiciones, contexto, actores involucrados y demás particularidades de quienes son objeto del proceso de justicia transicional”⁶⁴.

Así, como se manifestó en la audiencia pública ante la Corte:

“[...] si bien el Derecho Internacional no prevé una obligación que impida al Estado colombiano proponer la participación política de desmovilizados, tampoco es que el Derecho Internacional imponga el modelo que propone el gobierno en el acto legislativo demandado. *Estas dos premisas se desprenden del alto contenido político que una elección de este tipo supone* y el rol coadyuvante que le corresponde al Derecho Internacional”⁶⁵ (cursiva añadida).

De hecho, aunque la Corte Constitucional no se refirió al margen de apreciación en la sentencia C-579 de 2013 por medio de la cual se declaró la exequibilidad del artículo transitorio 66, en nuestra opinión este concepto aplica para toda la estrategia integral de justicia transicional, lo cual incluye no solamente las normas constitucionales que integran el llamado Marco Jurídico para la Paz, sino también las leyes estatutarias y demás normas de distinto rango que desarrollen dicho Marco.

3. EFECTOS REFLEJOS DE LA SENTENCIA C-577 DE 2014: LOS LÍMITES AL CONGRESO EN EL DISEÑO DE LEYES ESTATUTARIAS QUE DESARROLLEN EL MARCO JURÍDICO PARA LA PAZ

Al terminar su síntesis al juicio de sustitución, la Corte afirmó:

A juicio de la Sala, cabe observar que la existencia de una libertad de configuración normativa para el constituyente derivado, *no excluye la vinculación que respecto del legislador estatutario imponen los principios de razonabilidad y proporcionalidad* en el desarrollo de su labor de desarrollo del Marco Jurídico para la Paz. En este sentido, recuerda la Sala, que la determinación de cuáles son los delitos que se considerarán conexos al delito político para efectos de permitir la participación política, *debe responder a la esencia que identifica a esta categoría de delitos*. Lo contrario, implicaría establecer criterios que excederían el

⁶⁴ Corte Constitucional de Colombia: Sent. C-577 de 6 agosto 2014, sección 8.2.

⁶⁵ LONDOÑO: *Intervención ante la Corte Constitucional*.

margen de configuración que el principio de participación en política, tal y como fue definido en la premisa mayor de este juicio, abre para el legislador (cursiva añadida).

En desarrollo de los principios de razonabilidad y proporcionalidad⁶⁶, la Corte incluyó en su sentencia unos pocos condicionamientos para el legislador estatutario, que deberán ser tenidos en cuenta al momento de emprender la tarea de desarrollar el artículo transitorio 67. A continuación se presentará una breve reflexión crítica respecto de estos condicionamientos.

A) *Condicionamientos del artículo transitorio 67*

a) *El papel de las víctimas en la definición de los delitos conexos: exigencia al legislador de no reproducir las condiciones de afirmación humillante de poder*

En la vía de imponer ciertos criterios y límites al legislador estatutario, la Corte Constitucional incluyó una condición que resulta al menos problemática. Así, la Corte afirmó que:

“[...] en el marco de desarrollo el legislador estatutario [deberá] tomar precauciones para que la interacción entre los desmovilizados y las víctimas no «*reproduzca las condiciones de afirmación humillante de poder*»⁶⁷ que éstas últimas sufrieron en el pasado” (cursiva añadida, se mantienen citas dentro del texto).

Esta afirmación fue recogida por la Corte de la intervención en la audiencia pública del profesor IVÁN OROZCO. En dicha audiencia, el profesor OROZCO manifestó:

“[...] tenemos que ser cuidadosos, de manera que, por ejemplo, en aquellas zonas en las cuales tengan que convivir los desmovilizados y las víctimas de las organizaciones guerrilleras *se adopten medidas que garanticen que no se reproduzcan las condiciones de afirmación humillante de poder*, por parte de los guerreros, que las víctimas pudieron haber padecido en el pasado.

”Muy en particular, habría que garantizar que en aquellas zonas en que se desmovilicen las guerrillas y en las cuales éstas aspiren a hacer

⁶⁶ Sobre el contenido y alcance de estos principios puede verse los estudios de: BERNAL, *Proporcionalidad y derechos fundamentales*, 81 – 85; CIANCIARDO, *Razonabilidad y proporcionalidad*, 115 - 120.

⁶⁷ OROZCO, Intervención en la audiencia pública de 27 de mayo de 2014.

política local y regional, el Estado propicie el establecimiento de veedurías y demás dispositivos de control y vigilancia que aseguren *que quienes habían estado sujetos a una dominación por lo menos en parte coactiva por parte de los grupos armados, no se vean de nuevo coaccionados en sus libertades y en sus derechos políticos*. Organizaciones como la Misión Electoral de OEA en Colombia podrían aplicarse, en el postconflicto, a garantizar condiciones de libre competencia política y de transparencia en la distribución de los recursos públicos, en aquellas zonas en que los partidos y movimientos surgidos de las guerrillas desmovilizadas pretendan desarrollar sus actividades proselitistas y dado el caso, de gobierno”⁶⁸ (cursiva añadida).

Esta es la única referencia que se tuvo en todo el proceso constitucional al concepto de “reproducción de las condiciones humillantes de poder”. Llama la atención que hasta el momento el debate académico ha estado ausente frente a este concepto e incluso fue un condicionamiento invisibilizado por los medios de comunicación, a diferencia del relacionado con el cumplimiento previo de la condena. La excepción más notable es una nota de la Revista Semana en la cual se afirmó que la manera para poner en la práctica este condicionamiento sería a través de la participación de las víctimas en todo el proceso de elaboración de las normas que desarrollen el artículo transitorio⁶⁹.

El condicionamiento es problemático, al menos por dos razones. Primero, porque la fuente de dicho condicionamiento —la intervención del profesor OROZCO en la audiencia pública—, hace referencia a las condiciones que debe garantizar el Estado una vez desmovilizados los grupos y no propiamente a la labor del legislador estatutario. De hecho, el artículo transitorio 67 faculta al legislador exclusivamente a definir cuáles serán considerados delitos conexos con el político para efectos de la participación en política, y este condicionamiento implicaría que el legislador tuviera que entrar, además, a establecer deberes al Estado para garantizar condiciones materiales en el marco de la desmovilización.

Segundo, porque así se aceptara que efectivamente al legislador estatutario le corresponde establecer este tipo de deberes, su contenido dependerá en buena parte de la manera como se desarrollen los procesos electorales, los movimientos que efectivamente participen en la contienda política, las regiones en las que los resultados sean exitosos para los excombatientes, entre otros, después de la desmovilización. Así, todas estas

⁶⁸ *Idem., ibidem.*

⁶⁹ Revista Semana. *Horas decisivas en el proceso de paz.*

situaciones difícilmente pueden ser predichas por el legislador estatutario, pues la tarea de definición de los delitos conexos deberá adelantarse *antes* de la desmovilización.

En ese sentido, podría ocurrir que este condicionamiento se traduzca en un artículo de la ley estatutaria que le indique al gobierno que al momento de la desmovilización deberá tener cuidado de no reproducir las condiciones humillantes de poder que las víctimas hubieran podido padecer en el pasado, sin desarrollar más allá el concepto. Sin embargo, en nuestra opinión esta competencia que la Corte decidió delegar en el legislador estatutario excede aquella que pretende delegarle el artículo transitorio 67.

En todo caso, desde nuestro punto de vista el legislador estatutario no podrá hacer una lectura completa de este condicionamiento, sin tener en cuenta las discusiones que ya se llevaron a cabo en La Habana en relación con la participación política. Al respecto, el borrador conjunto publicado por el gobierno en relación con el punto 2 del Acuerdo General para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera, ya contiene varias disposiciones que parecen responder a la preocupación manifestada por el profesor OROZCO en la audiencia. Así, en los considerandos el documento establece que para la consolidación de la paz se requiere la “promoción de la convivencia, la tolerancia y no estigmatización”⁷⁰; asimismo, se establece que en un escenario de fin del conflicto se deben establecer las “máximas garantías posibles para el ejercicio de la política y así encauzar por los canales de la democracia la resolución de las diferencias y los conflictos, contribuyendo de manera decisiva a la creación de un clima de convivencia y reconciliación”⁷¹.

Pero quizás el punto más pertinente es el 2.2.4, a través del cual el gobierno se compromete a crear un “Consejo Nacional para la Reconciliación y la Convivencia”, el cual contará con una amplia participación de diversos actores⁷². Este Consejo, entre otros asuntos, deberá “diseñar

⁷⁰ Mesa de conversaciones del gobierno de Colombia y FARC: *Participación Política*

⁷¹ *Ibíd.*, 3 y 4.

⁷² Según el borrador conjunto, participarán en el Consejo representantes del gobierno, el Ministerio Público, designados de los partidos y movimientos políticos, incluido el que surja del tránsito de las FARC-EP a la actividad política legal, organizaciones y movimientos sociales, en particular mujeres, campesinos, gremios, minorías étnicas, las iglesias y el sector educativo, entre otros.

un programa de reconciliación, convivencia y prevención de la estigmatización, con la participación de las entidades territoriales”⁷³. También deberá “promover la reconciliación, la convivencia y la tolerancia, especialmente en las poblaciones más afectadas por el conflicto”⁷⁴. El borrador también afirma que se establecerán Consejos para la Reconciliación y la Convivencia en los niveles territoriales. Adicionalmente, le da un énfasis especial a las veedurías ciudadanas, herramienta citada por el profesor OROZCO en su intervención. Sin duda, una adecuada implementación de estas herramientas, en conjunto con las que seguramente se añadirán de manera complementaria en el próximo borrador conjunto sobre el punto de Víctimas, contribuirán a evitar la reproducción de las condiciones humillantes de poder. El legislador estatutario deberá tener en cuenta estos planteamientos, pues mal haría en establecer deberes para el gobierno que se alejen o desconozcan lo que se está discutiendo en el marco del proceso de paz. Cualquier reglamentación que desconozca estos acuerdos preliminares implicaría modificaciones posteriores, en caso de que se firme y refrende un Acuerdo Final con las FARC-EP, lo cual implica un desgaste político, deliberativo y administrativo innecesario e inconveniente.

b) *El cumplimiento de la condena impuesta en el marco de la justicia transicional para quienes hayan sido seleccionados como condición para participar en política*

Al incluir la condición del cumplimiento de la condena impuesta a quienes sean seleccionados en virtud del desarrollo del artículo 66 transitorio para poder participar en política, la Corte desarrolló su postura respecto de la *complementariedad* entre los artículos 66 y 67 transitorios. Aunque la Corte es clara en esta conclusión, resulta de la mayor relevancia analizar sus alcances, en especial para la labor que le corresponde al legislador estatutario.

Primero, resulta esencial poner de presente que la Corte aclara que la *condena impuesta* es aquella que resulte de la aplicación del artículo 66 transitorio, y por tanto responde a la lógica excepcional de los mecanismos de justicia transicional. Sobre este punto llama la atención que la Corte Constitucional, al definir este condicionamiento, incluyó la palabra

⁷³ Mesa de conversaciones del gobierno de Colombia y FARC: *Participación Política*

⁷⁴ *Ibidem*.

condenados en cursiva. La intención que uno puede inferir de la Corte en este punto es que la naturaleza, modo y alcance del concepto de *condena* en el marco del artículo 66 transitorio, dependerá del desarrollo que el legislador estatutario determine en su momento.

Esta precisión es clave porque, en nuestra opinión, este condicionamiento de la Corte no implica, en manera alguna, que la sentencia exija que la condena impuesta coincida necesariamente con una pena privativa de la libertad. Por supuesto, tampoco implica que no lo sea, sólo que esta discusión pertenece al legislador estatutario en el desarrollo del artículo transitorio 66. Entre otras razones que confirman este punto está que no era labor de la Corte Constitucional en esta sentencia pronunciarse sobre las condiciones de las condenas en virtud del artículo 66. Cualquier posible discusión sobre el punto, tendría que haber sido abordada en la sentencia C-579 de 2013 relativa a la primera parte del Marco Jurídico para la Paz. Para mayor abundamiento, la Corte expresamente señala que:

“Con tal objeto, deberá tenerse en cuenta que de acuerdo con el marco constitucional trazado en el citado artículo transitorio 66 y la regulación estatutaria que para el efecto expida el legislador, *existirán casos en los que proceda la suspensión de la ejecución de la pena o la aplicación de sanciones extrajudiciales, penas alternativas o modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena*”⁷⁵ (cursiva añadida).

Esta conclusión respecto del mayor margen respecto de la interpretación de la palabra *condena* también se refleja en el hecho de que la Corte consideró que, además de la condena impuesta, los seleccionados deberán cumplir con “las demás obligaciones”⁷⁶ que establece el artículo transitorio 66. Es decir, de nuevo en lógica de justicia transicional, la Corte considera que los mecanismos judiciales y extrajudiciales del artículo 66 son necesariamente complementarios y, en su conjunto, satisfacen al máximo los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

⁷⁵ Corte Constitucional, sent. C-577 de 6 agosto 2014, sección 8.4.

⁷⁶ Corte Constitucional, sent. C-577 de 6 agosto 2014. Las demás obligaciones se refieren a (i) no tener condenas penales pendientes; (ii) la dejación de las armas; (iii) el reconocimiento de responsabilidad; (iv) la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación de las víctimas; (v) la liberación de los secuestrados y (vi) la desvinculación de los menores de edad reclutados que se encontraran en poder del grupo armado que se desmoviliza.

B) *Visión crítica de la sentencia de la Corte Constitucional respecto de las amnistías y los indultos*

Al momento de explicar el concepto y ámbito de aplicación del delito político⁷⁷, la Corte dedica una sección completa⁷⁸ que incluye un recuento jurisprudencial en relación con las amnistías y los indultos, que más que pertenecer a la discusión sobre el artículo transitorio 67, pertenece a la discusión sobre el deber de investigar, juzgar y sancionar, propio del artículo transitorio 66.

Desde nuestro punto de vista fue desafortunado que la Corte incluyera en su sentencia este recuento jurisprudencial, por dos razones. Primero, porque este análisis no resultaba necesario para llegar a las conclusiones a las que llegó la Corte en la sentencia. En efecto, bastaba con la premisa que ya había quedado establecida, que diferencia con toda claridad los temas de participación política, de los temas de investigación, juzgamiento y sanción. De hecho, la Corte incluyó este recuento jurisprudencial sin precisar (i) las razones por las cuales resultaba necesario hacerlo, y (ii) las consecuencias de esta inclusión en su decisión.

Segundo, porque si bien algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional en la materia han sido acertados, otros le han hecho mucho daño al concepto de delitos políticos y sus conexos, al punto de vaciarlos de contenido o al menos reducirlos a su mínima expresión. El punto más crucial y grave de esta jurisprudencia se produjo con la sentencia C-456 de 1997, en donde la Corte llegó al punto de considerar que los homicidios cometidos *en combate* no pueden ser considerados conexos al político, para efectos de conceder amnistías e indultos⁷⁹. Esta jurisprudencia vacía por completo la posibilidad de conceder amnistías e indultos a los combatientes, sin importar su rango. De hecho, no existen precedentes nacionales ni internacionales que limiten hasta este grado la posibilidad de concesión de amnistías e indultos. Ni siquiera de la jurisprudencia

⁷⁷ Corte Constitucional de Colombia: Sent. C-577 de 6 agosto 2014, sección 6.

⁷⁸ Corte Constitucional de Colombia: Sent. C-577 de 6 agosto 2014, sección 6.2.1.

⁷⁹ Al hacer el recuento jurisprudencial la Corte recordó que “En 1997, a través de la sentencia C-456, la Corte declaró inconstitucional el artículo 127 del decreto 100 de 1980 (CP), señalando en esa oportunidad que el homicidio y las lesiones, así fueran producidas en combate, no podían ser considerados delitos conexos y tenían que ser sancionados como delitos ordinarios”: Corte Constitucional de Colombia: Sent. C-577 de 6 agosto 2014.

de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, interpretada de la manera más restrictiva posible, se puede derivar este límite⁸⁰.

En todo caso y en nuestra opinión, si la Corte ya había tomado la decisión de dedicarle una sección de su sentencia al análisis de su propia jurisprudencia sobre amnistías e indultos, no ha debido perder la oportunidad valiosa de matizar los alcances de esta jurisprudencia, o al menos contextualizarlos, en el mismo sentido que contextualizó las finalidades y los alcances del artículo 122 constitucional. Por lo demás, los graves problemas de esta jurisprudencia no fueron ajenos al debate ante la Corte. De hecho, ya habían sido anticipados por algunas de las intervenciones⁸¹.

Así, resultó desafortunado que la Corte dedicara una sección de su sentencia a reiterar esta jurisprudencia y que al tomar la decisión de hacerlo, hubiera perdido la oportunidad para matizar ciertos puntos muy relevantes para la actual discusión en Colombia. Sin embargo, dada la sección de la sentencia en la cual se incluyeron estas referencias, este recuento jurisprudencial debería tomarse como mero *obiter dictum*⁸² y no como verdadera reiteración de precedente que tenga el efecto negativo de considerar que estos precedentes aplican de manera tajante en caso de desmovilización de las guerrillas, o como límite a la labor del legislador estatutario al desarrollar el artículo transitorio 66.

Conclusiones

El juicio de sustitución desarrollado en la sentencia C-577 de 2014 refleja la intención de la Corte Constitucional de tomar partido por una visión de que la Constitución Política no puede ser leída sino a la luz

⁸⁰ En efecto, aunque existe mucha discusión frente a este punto, la CorteIDH ha limitado la concesión de amnistías e indultos a las graves violaciones a los derechos humanos (en contextos de transiciones de la dictadura a la democracia) y a los crímenes internacionales (en contextos de transición del conflicto armado hacia la paz). Ver, por ejemplo, ACOSTA, *La selección de casos a la luz de la jurisprudencia interamericana*.

⁸¹ Por ejemplo, APONTE, *Intervención sobre el Marco Jurídico para la Paz*, 14: “hoy, la muerte de un soldado, producida en combate por parte de un guerrillero, ya no solo no queda subsumida en el delito de rebelión, sino que, además, es concebida como un homicidio agravado por tratarse de un funcionario estatal. Es decir, cambió totalmente la constelación reseñada y, por ello, quedó prácticamente sin efectos reales el delito político”.

⁸² Esto es, una consideración subsidiaria e incidental del tribunal que, si bien complementa su argumentación de la decisión, no constituye la razón fundamental por la cual llega a la resolución. DE GOYTISOLO, *el razonamiento judicial*, 2009, 22.

de la ampliación de la democracia, la vigorización de la participación política y, más importante, de la reconciliación. Refleja también, sin duda, la intención de la Corte Constitucional de seguir apoyando los mecanismos de justicia transicional que están siendo diseñados para transitar del conflicto armado a la paz, garantizar la no repetición de los hechos violentos en Colombia e implícitamente, del principio general abordado en el Punto 2 de la Agenda de La Habana, que aboga por la necesidad de romper definitivamente el vínculo entre las armas y las urnas.

Estos objetivos motivaron a la Corte a invertir el argumento de la demanda y considerar que el elemento esencial alegado por el demandante —con algunos matices agregados por el tribunal—, no sólo no se sustituye con el artículo transitorio 67, sino que sólo es desarrollado plenamente a través del contenido de dicho artículo. En efecto, el tránsito del conflicto armado a la paz, y con ello el desarrollo del marco democrático participativo, no serán posibles si no se abren espacios para una democracia incluyente, con participación de todos, y en especial con la participación de aquellos que estén alzados en armas y decidan reincorporarse a la sociedad, a través de un proceso de paz.

La sentencia deja importantes retos en distintos niveles. Primero, desde una perspectiva de política criminal, envía un mensaje de respaldo (el segundo más importante después de la declaratoria de exequibilidad del artículo transitorio 66), al diseño de la estrategia de justicia transicional. Segundo, desde una perspectiva regulatoria, deja un amplio margen para la configuración legislativa en el desarrollo de la disposición acusada, aunque algunos de los condicionamientos deban ser discutidos más a profundidad. Tercero, desde una perspectiva internacional y de manera particular en relación con los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, infiere la existencia de un amplio margen nacional de apreciación para Colombia, que demanda de éstos la mayor *cautela* al decidir asuntos relacionados con la estrategia de justicia transicional. Cuarto, desde una perspectiva de participación ciudadana, aclara que la reconciliación sólo será posible en la medida en que reconozcamos que romper el vínculo entre las armas y las urnas implica aceptar la participación en política de los excombatientes. Por último, una lectura desde la guerrilla, requeriría asumir la perspectiva de que solo cuando se salde su deuda con la sociedad, a partir del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo transitorio 66, podrá existir una reincorporación real en la política.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, JUANA: “La selección de casos en el Marco Jurídico para la Paz en Colombia, a la luz de la obligación de investigar, juzgar y sancionar en la jurisprudencia interamericana”, en *Debate Global, blog de la Academia colombiana de Derecho Internacional*, “<https://debateglobal.wordpress.com/2014/06/04/la-seleccion-de-casos-en-el-marco-juridico-para-la-paz-en-colombia-a-la-luz-de-la-obligacion-de-investigar-juzgar-y-sancionar-en-la-jurisprudencia-interamericana/>” (29.5.2015).
- ACOSTA, PAOLA: “Los casos colombianos ante el Sistema Interamericano y el margen de apreciación ¿Ausencia justificada?” en Paola Acosta – Manuel Núñez, *el margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México D.F., Instituto de investigaciones jurídicas, 2012.
- APONTE, ALEJANDRO: *Intervención ciudadana. Expediente D-9808 – 9819 acumulado. Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 66 transitorio, inciso 4º, y el artículo 67 transitorio de la Constitución Política, creados por el acto legislativo 1 de 2012*, Bogotá, 5 de marzo de 2012.
- BENAVIDES, MARÍA ANGÉLICA: “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”, en *Ius et Praxis*, 15.1, Universidad de Talca, 2009.
- BENÍTEZ, VICENTE: *Constitución popular, no judicial : una teoría democrática del control de constitucionalidad de las reformas a la constitución en Colombia*, Bogotá: Edit. Temis, 2014.
- CAJAS, ALBERTO: “Acerca del control judicial de la reforma constitucional en Colombia”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 7, 2007.
- CHRISTOFFERSEN, JONAS: *Fair balance: proportionality, subsidiarity and primarity in the European Convention on Human Rights*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- CIANCIARDO, JUAN: *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2009.
- Comité de Derechos Humanos: *Observación General n.º 25, comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, artículo 25 – La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto*, 57º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 194, 1996.
- DE GOYTISOLO, JUAN: “El razonamiento judicial”, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Dykinson, vol. 39, Madrid, 2009.
- DAJER, DIANA: *Intervención ciudadana en el proceso de constitucionalidad del acto legislativo 1 de 2012. Expedientes D-9808 y D-9819*, Bogotá, 30 de enero de 2014.

- Dejusticia: *Intervención ciudadana en la acción de inconstitucionalidad contra el artículo 66 parcial y artículo 67 del acto legislativo 01 de 2012*. Expediente D-9819. Febrero 6 de 2014.
- GREER, STEVEN: “The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights”, en *Human rights files*, núm. 17, Council of Europe Press, Strasbourg, 2000.
- GUERRERO, DIEGO ARMANDO: *Pesos, contrapesos y juicio de sustitución: jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a los ajustes de ingeniería constitucional en Colombia*, Tesis de Maestría, Universidad Nacional de Colombia, 2014.
- LIESA, CARLOS & GARCÍA, J: “El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, en *Revista española de derecho internacional*, Madrid, 62,1, 2010.
- LONDOÑO, MARÍA CARMELINA y ACOSTA –LÓPEZ, JUANA: ¿Vulnera el Derecho Internacional de los derechos humanos la participación política de excombatientes?, en *Debate Global, blog de la Academia Colombiana de Derecho Internacional*, <https://debateglobal.wordpress.com/2014/06/05/vulnera-el-derecho-internacional-de-los-derechos-humanos-la-participacion-politica-de-excombatientes/> (29.5.2015).
- LONDOÑO, MARÍA CARMELINA: *Intervención ante la Corte Constitucional de Colombia: Demanda de inconstitucionalidad – Marco Jurídico para la paz*, Bogotá, 2014.
- *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana: Derecho internacional y cambios estructurales del Estado*, Tirant lo Blanch, Universidad de la Sabana, México D.F., 2014.
- Mesa de conversaciones gobierno de Colombia y FARC: “Borrador conjunto. Participación Política”, en *mesa de conversaciones*, <https://www.mesa-deconversaciones.com.co/comunicados/borrador-conjunto-participaci%C3%B3n-pol%C3%ADtica> (29.5.2015).
- NÚÑEZ, MANUEL: “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos”, en Paola Acosta – Manuel Núñez, *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México D.F., Instituto de investigaciones jurídicas, 2012.
- O’DONNELL, THOMAS: *Margin of Appreciation doctrine: Standards in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, The Hum. Rts, Q, 1982.
- Organización de las Naciones Unidas: *Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005.
- Organización de las Naciones Unidas: *Derecho a obtener reparación: garantías de que no se repitan las violaciones*, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005.

- OROZCO, IVÁN: *Intervención ante la Corte Constitucional en la acción pública de inconstitucionalidad de los artículos 66 y 67 transitorios*, Bogotá, 2015.
- Presidencia de la República de Colombia: “Intervención en el proceso de constitucionalidad del Acto Legislativo 1 de 2012 (expedientes acumulados D-9808 y D-9819)”, en *Konrad Adenauer Stiftung*, <http://www.kas.de/wf/doc/12088-1442-4-30.pdf> (29.5.2015).
- PULIDO, CARLOS: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed., Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007.
- QUINCHE, MANUEL: *Derecho constitucional colombiano: de la Carta de 1991 y sus reformas*, 5ª ed., Bogotá, Edit. Temis S.A., 2012.
- Revista Semana: “Horas decisivas en el proceso de paz”, en *semana.com*, “<http://www.semana.com/nacion/articulo/las-horas-decisivas-del-proceso-de-paz/398057-3>” (29.5.15).
- SPIELMANN, DEAN: “Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?”, en Catherine Barnard - Iyiola Solanke, *Cambridge yearbook of European legal studies*, 14.1, 2011.
- TOVAR, FERNANDO: “La teoría de la sustitución: ¿Un caso de mutación constitucional?”, en *Principia Iuris*, núm. 17, Tunja, Universidad Santo Tomás, 2012.
- Universidad Externado de Colombia: *Intervención en la acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo transitorio 66 y 67 del acto legislativo 1 de 2012*. Bogotá, 11 de febrero de 2014.
- VILLA, GONZALO: “La sentencia C-579 de 2013 y la doctrina de la sustitución de la Constitución”, en Kai Ambos, *Justicia de transición y constitución: Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Edit. Temis S.A., 2014.
- YOUNES MORENO, DIEGO: *Derecho constitucional colombiano*, 2ª ed., Bogotá, Legis, 2012.
- YOUROW, HOWARD: *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European human rights jurisprudence*, vol. 28, Martinus Nijhof Publishers, Boston, 1996.
- ZULUAGA, RICARDO: “¿Supremacía o reforma? Una aproximación a la constitución con especial referencia a Colombia”, en *Vniversitas*, núm. 116, 2008.

Referencias jurisprudenciales y legislativas

Constitución Política de Colombia, 1991: artículo 12 transitorio.

Constitución Política de Colombia, 1991: artículos transitorios 66 y 67.

Constitución Política de Colombia, 1991: artículo 241.1.

- Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-551 del 9 de julio de 2003, referencia CRF-001, magistrado Eduardo Montealegre.
- Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-970 del 7 de octubre 2004, referencia D-5032 y D-5041, magistrado Rodrigo Escobar.
- Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-971 del 7 de octubre de 2004, referencia D-5133, magistrado Manuel José Cepeda.
- Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-1040 del 19 de octubre de 2005, referencia D-5645, magistrados Manuel Cepeda, Rodrigo Escobar, Marco Monroy, Humberto Sierra, Álvaro Tafur y Clara Vargas.
- Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009, referencia D-7616, magistrado Gabriel Mendoza.
- Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-141 del 26 de febrero de 2010, referencia CRF – 003, magistrado Humberto Sierra.
- Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-303 del 28 de abril de 2010, referencia D- 7894, magistrado Luis Vargas.
- Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-574 del 22 de julio de 2011, referencia D – 8371, magistrado Juan Carlos Henao.
- Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-170 del 7 de marzo de 2012, referencia D- 8625, magistrado Jorge Palacio.
- Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-249 del 29 de marzo de 2012, referencia D- 8673, D- 8679 y D- 8680, magistrado Juan Carlos Henao.
- Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-288 del 18 de abril de 2012, referencia D- 8690, magistrado Luis Vargas.
- Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-577 del 6 de agosto de 2014, expediente D- 9819, magistrada Martha Sáchica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia de 6 de agosto de 2008, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, sentencia de 28 de noviembre de 2012, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

ANEXO: DECLARACIÓN SOBRE LA POSIBLE PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE EXCOMBATIENTES

Como conclusiones del Seminario “Análisis de la Sentencia C-577 de 2014”, el Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL), de la Georg-August-Universität Göttingen y el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Konrad-Adenauer-Stiftung, declaran lo siguiente:

Considerando:

Que el artículo 67 transitorio de la Constitución se suma a los esfuerzos para desarrollar una estrategia integral de justicia transicional para transitar del conflicto armado a la paz estable y duradera;

Que en la Sentencia C-577 de 2014, la Corte Constitucional ratificó que la Constitución debe ser leída a la luz de la ampliación de la democracia y la vigorización de la participación política;

Que el legislador estatutario tiene la responsabilidad de definir cuáles son los delitos conexos al delito político para efectos de regular la posibilidad que tendrán los excombatientes de participar en política.

Y teniendo en cuenta los debates realizados, hacemos las siguientes observaciones:

En la definición de los delitos conexos al delito político el legislador estatutario tiene un amplio margen de configuración. En esa labor, además de las consideraciones de la Corte Constitucional, deberá tener especialmente en cuenta:

1. Que existe un grupo de excombatientes que estarán interesados en participar en política y no serán seleccionados y condenados en virtud del artículo 66 transitorio. En ese sentido, el legislador no debe perder de vista la necesidad de regular su situación jurídica para definir las posibilidades de su participación política.

2. Que el legislador estatutario no debe desligar la interpretación sobre la condición del cumplimiento de la condena impuesta de los mecanismos judiciales y extrajudiciales contemplados en el artículo 66 transitorio. En ese sentido, lo que se entiende por condena impuesta puede contemplar penas alternativas y sanciones extrajudiciales.

3. Que a pesar de que el legislador estatutario puede incluir exclusiones adicionales a las establecidas en el artículo 67 transitorio, la intención de no excluir los crímenes de guerra debería ser respetada en el desarrollo legislativo de la norma constitucional.

4. Que debe tenerse cuidado con la judicialización de la criminalidad política. En la medida que se traslade esta carga a los órganos judiciales, se caerá en el riesgo de volver al modelo de investigación hecho por hecho, caso por caso, que ha sido superado por el artículo 66 transitorio. No obstante, frente a aquellos seleccionados, deberá implementarse un sistema claro de investigación de la criminalidad política, especialmente su configuración como delito base de los grupos armados al margen de la ley que se desmovilizarán.

5. Que el legislador estatutario deberá tener cuidado de no confundir la definición del delito político para efectos de participar en política (art. 67 transitorio) con su definición para el tratamiento brindado por las demás finalidades del delito político (concesión de amnistías e indultos y prohibición de extradición).

6. Que las condiciones de participación en política van más allá de la definición normativa del delito político. Se debe garantizar las condiciones materiales que posibilitarán una participación en política real y efectiva, canalizando las demandas ciudadanas a través de la vía democrática y descartando el uso de la violencia.

LISTA DE AUTORES

KAI AMBOS. Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Georg-August-Universität de Göttingen (Alemania). Juez del Tribunal Estadual (*Landgericht*), actualmente delegado al Tribunal Regional (*Oberlandesgericht*) de Braunschweig, y Director del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de Göttingen.

JUANA ACOSTA-LÓPEZ. Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana. Magíster en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia. LL.M en International Legal Studies de la New York University. Actualmente es Directora del Programa de Derecho de la Universidad de La Sabana; Presidente de la Academia Colombiana de Derecho Internacional y asesora externa de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. A manera de *disclaimer*, se aclara que la autora estuvo vinculada a la Oficina del Alto Comisionado para la Paz y que participó en la delegación del Gobierno en La Habana en la discusión del punto de participación política.

MARÍA CARMELINA LONDOÑO-LÁZARO. Abogada de la Universidad de La Sabana. LL.M de la Universidad de Queensland (Australia). Doctora en Derecho de la Universidad Austral (Argentina). Directora de la Maestría en Derecho Internacional y Co-Directora del Grupo de Investigación en Derecho Internacional y Derechos Humanos de la Universidad de La Sabana.

DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO. Abogado de la Universidad Santiago de Cali y Profesional en Estudios Políticos y Resolución de Conflictos de la Universidad del Valle. Magister Legum (LL.M.) y doctorando de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania). Profesor de la Universidad Santiago de Cali e investigador adscripto del CEDPAL.

JOHN E. ZULUAGA T. Abogado de la Universidad de Antioquia (Colombia); Magister Legum (LL.M.) y Doctorando en la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania); Becario del DAAD, miembro fundador e investigador adscripto del CEDPAL.

ÍNDICE DE AUTORES

— A —

Acosta-López, Juana: 85, 86, 103, 106, 114.
Ambos, Kai: 2, 3, 31, 35, 48, 49, 50, 52, 53, 55,
59, 61, 62, 65, 67, 68, 72, 74, 75.
Aponte, Alejandro: 10, 13, 14, 15, 31, 35, 39, 40,
114.

— B —

Barbosa Castillo, Gerardo: 64.
Barreto, Hernando: 14.
Benavides: 104.
Benítez: 87.
Bergsmo, Morten: 59, 62, 64, 72.
Bernal Pulido, Carlos: 64, 108.
Botero Marino, Catalina: 2.
Burghardt, Boris: 62.

— C —

Cajas: 87.
Camargo, Pedro: 26.
Cardenas Sarrias: 70.
Castro Ospina, Sandra: 14, 15
Christoffersen: 104.
Cianciardo: 108.
Cote, Gustavo: 35, 39, 48, 59, 66, 67, 68, 69.

— D —

Dajer: 99.
De Goytisolo: 114.
Del Villar Lara, Fernando: 5, 9.
Durán Puentes, Julián A.: 10, 16.

— F —

Fernández Carrasquilla, Juan: 15.
Ferrajoli, Luigi: 6.
Ferrari, Robert: 7.
Ferro, Juan Guillermo: 71.
Forer, Andreas: 53, 60, 66, 72.

— G —

García Amado, Juan Antonio: 11, 12, 48, 104.
Gómez, Eusebio: 8.

Gómez Isa, Felipe: 31.
Greer: 104.
Guariglia, Fabricio: 59.
Guerrero: 87.

— J —

Jiménez de Asúa, Luis: 6, 8.

— K —

Koessler, Manfredo: 69, 70

— L —

Lancheros, Juan Carlos: 47.
Liesa: 104.
Londoño-Lázaro, María Carmelina: 85, 86, 94,
101, 102, 107.
López Días, Claudia: 53, 60, 66, 72.
López Medina, Diego: 53.

— M —

Medina Arbeláez, Camila: 71.
Moncayo Cruz, Víctor M.: 14, 41.
Montelaegre Lynett, Eduardo: 53.
Montoro, Alberto: 6, 9, 10, 26.

— N —

Núñez: 106.
Nussio, Enzo: 71.

— O —

O'Donnell: 104.
Orozco Abad, Iván: 13, 18, 19, 110, 108.

— P —

Papacharalambous: 6, 8, 9.
Pérez, Luis Carlos: 7, 8.
Pizarro Leongómez, Eduardo: 41.
Posada Maya, Ricardo: 9, 14, 15, 23.

— Q —

Quinche: 89.

— R —

Restrepo Saldarriaga, Esteban: 2.

Romero, Mauricio: 2.

Rosler, Andrés: 6.

Ruiz-Funes, Mariano: 8.

— S —

Saffon: 62, 64, 72.

Sánchez, Giovanni: 21.

Sánchez, Luz: 32.

Sánchez, Nelson: 32.

Sánchez Triana, María M.: 13, 17, 18, 19, 23, 29.

Schneider, Hans: 7.

Seils, Paul: 49, 53, 69, 72.

Sluiter, Göran: 59.

Spielmann: 104.

Stahn, Carsten: 59.

Stegmiller, Ignaz: 55, 59, 62.

Steiner, C.: 6.

— T —

Tarapués Sandino, Diego Fernando: 1, 5, 7, 17,
11, 14, 18, 19, 20, 21, 27, 31, 34, 35, 39, 48,
59, 66, 67, 68, 69.

— U —

Uprimny, Rodrigo: 31, 32.

Uribe Ramón, Graciela: 71.

— V —

Van Zyl, Paul: 2.

Velásquez, Fernando: 11, 76.

Villa: 86.

Villarroel González, Oscar: 5.

— W —

Werle, Gerhard: 61, 62.

Willems, Helmut: 7.

— Y —

Younes: 89.

Yourow: 104, 105.

— Z —

Zuluaga Taborda, John E.: 3, 47, 48, 49, 50, 51,
53, 54, 55, 56, 59, 60, 64, 67, 68, 69, 70, 73,
74, 87.

ESTE LIBRO SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES DE NOMOS IMPRESORES,
EL DÍA VEINTIDOS DE AGOSTO DE DOS MIL QUINCE, ANIVERSARIO DEL NACIMIENTO
DE PHILLIP VON HEKK (n. 22, VIII, 1852 y m. 22, VI, 1943).

LABORE ET CONSTANTIA