

¿DELITO POLÍTICO O DELITO COMÚN?

A propósito de la providencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de once de julio de 2007.

*Fernando Velásquez V.**

SUMARIO: § 1. *El asunto debatido.* § 2. *La noción de delito político.* § 3. *Algunas reflexiones sobre la providencia en cuestión.* § 4. *A manera de conclusión.*

1. EL ASUNTO DEBATIDO

Toda una tormenta política, con visos jurídicos, ha originado la providencia en comento dado que mediante ella la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia –al conocer en segunda instancia de una solicitud para que se cesara todo procedimiento, formulada por parte de un integrante de un grupo paramilitar desmovilizado, procesado por porte ilegal de armas y concierto para delinquir, a quien la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Antioquia, en primera instancia, negó esa petición–, se abstuvo de aplicar no sólo el artículo 24 de la Ley 782 de 2002 (que posibilita poner fin a la actuación en contra de delincuentes políticos desmovilizados cuando se den ciertos supuestos¹) sino también

*Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda, Miembro del Grupo de investigación en Ciencias penales y Criminológicas "Emiro Sandoval Huertas" de la misma casa de estudios.

¹ En el inciso 1º se dice: "Se podrán conceder también, según proceda, de acuerdo con el estado del respectivo proceso penal, la cesación de procedimiento, la resolución de preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria, a quienes confiesen y hayan sido o fueren denunciados o procesados por hechos constitutivos de los delitos a que se refiere este título y no hayan sido aún condenados mediante sentencia ejecutoriada".

² Dice así el inciso 1º del artículo 69: "Las personas que se hayan desmovilizado dentro del marco de la Ley 782 y que hayan sido certificadas por el Gobierno Nacional, podrán

los artículos 69² y 71 de la ley 975 de 2005 o "Ley de Justicia y Paz" que, antes de ser declarados inexecutable por la Corte Constitucional³, asimilaron la actividad de quienes se encontraban en la misma situación del petente a la propia de los que incurren en el delito de sedición⁴.

Desde luego, aquí se quiere examinar con una óptica propia del Derecho penal el debate, con miras a mostrar sus aciertos, desaciertos y consecuencias. A tales efectos, en primer lugar, se precisará la noción de delito político y sus alcances; en segundo lugar, se hará una reflexión crítica sobre la decisión en cuestión; finalmente, en tercer lugar, se plantearán algunas conclusiones para el debate.

ser beneficiarias de resolución inhibitoria, preclusión de la instrucción o cesación de procedimiento, según el caso, por los delitos de concierto para delinquir en los términos del inciso primero del artículo 340 del Código Penal; utilización ilegal de uniformes e insignias; instigación a delinquir en los términos del inciso primero del artículo 348 del Código Penal; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones".

³ Confróntese Sentencia C-370 de 18 de mayo 2006; las razones se resumieron por la propia Corte, así: "En suma, con el trámite impartido a los artículos 70 y 71 de la Ley 975/05 se desconoció el principio de consecutividad, ya que como resultado de la indebida tramitación de la apelación presentada en el Senado ante la decisión de negarlos adoptada por las Comisiones Primeras Constitucionales Permanentes, finalmente fueron remitidos a Comisiones Constitucionales que no eran competentes; y una vez aprobados por éstas últimas sin tener competencia para hacerlo, fueron introducidos de manera irregular en el segundo debate ante la plenaria del Senado, como si hubiesen sido aprobados por las Comisiones Constitucionales facultadas para ello... Así las cosas, ha de concluirse que los artículos 70 y 71 acusados son inexecutable por vicios de procedimiento en su formación y así se señalará en la parte resolutive de esta sentencia". No obstante, en la misma sentencia se advirtió que ella no tenía efectos retroactivos: "la Corte no concederá efectos retroactivos a estas decisiones... Por lo tanto, se aplican las reglas generales sobre efecto inmediato de las decisiones de la Corte Constitucional, de conformidad con su jurisprudencia"; parecía, pues, claro que el artículo 71 se podía invocar como norma más favorable.

⁴ Dice así: "Artículo 71. *Sedición*. Adiciónase al artículo 468 del Código Penal un inciso del siguiente tenor: "También incurrirán en el delito de sedición quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal. En este caso, la pena será la misma prevista para el delito de rebelión. /Mantendrá plena vigencia el numeral 10 del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, suscrito en Viena el 20 de diciembre de 1988 e incorporado a la legislación nacional mediante Ley 67 de 1993".

2. LA NOCIÓN DE DELITO POLÍTICO

2.1. Cuando se alude a este concepto se piensa, de forma automática, en la distinción entre él y la idea de delito común; como se recordará, antes de la Revolución francesa, esta clase de hecho punible era considerada de "lesa majestad" y solo con posterioridad se empieza a diferenciar entre ambas clases de delincuencia; aunque, a decir verdad, los códigos penales nunca han sido muy afortunados a la hora de separar uno y otro, como sucede por ejemplo con el Código penal francés de 1810 o con el colombiano de 2000 e incluso con la Constitución de 1991, a cuyos efectos se debe acudir a la doctrina y a la jurisprudencia.

2.2. Doctrinariamente⁵, se han acuñado diversas posturas al respecto: una *objetiva*, que reserva el calificativo de político solo a aquel comportamiento punible atentatorio contra la existencia y la seguridad del Estado; otra *subjetiva*, que no atiende al resultado material de la infracción sino al móvil del autor, a los motivos inspiradores de su acción, que son de naturaleza noble, altruista, al servicio del interés colectivo, esto es, de índole absolutamente social. Por supuesto, desde un punto de vista ideológico, la segunda concepción tiene visos de más liberalismo que la primera, pues cualquier infracción que esté inspirada en una finalidad política, puede ser calificada como tal.

Finalmente, puede optarse por un criterio mixto, similar al acogido por el legislador italiano de 1930: "para todos los efectos de la ley penal, se entiende por delito político todo aquel que ofende un interés político del Estado o un derecho político del ciudadano. También se puede considerar como delito político el delito común determinado, en todo o en parte, por motivos políticos" (artículo 8º, inciso 3º).

2.3. Frente a las diversas posiciones parece más afortunada la concepción mixta que suele ser aceptada sin resistencias por estudiosos y jueces aunque, a decir verdad, no siempre es tarea fácil calificar un hecho como político o común respecto de situaciones concretas; delitos complejos como el terrorismo, que tantos debates han suscitado, son un

⁵ Véase LUIS CARLOS PÉREZ: *Los Delitos políticos. Interpretación Jurídica del 9 de Abril*, Bogotá, Distribuidora Americana de Publicaciones Limitada, 1948, págs. 41 y ss.; también, el lúcido comentario de RICARDO POSADA MAYA: "Los actos delictivos realizados por paramilitares son delitos comunes", en *semanariovital@viva.org.co, Caja de Herramientas* N° 71, Bogotá, Julio de 2007, págs. 2 y ss.

buen ejemplo de tales dificultades⁶, lo mismo sucede con las infracciones conexas vinculadas causalmente con el delito político.

2.4. Ahora bien, en el derecho colombiano –pese a muchas elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales al respecto– el asunto no ha sido discutido con la hondura y la profundidad suficientes, pese a que se trata de una problemática de permanente actualidad; incluso, el legislador ha asumido posiciones poco claras al respecto⁷, muchas veces con la pretensión de desnaturalizar el delito político, cuando trata tales formas de delincuencia como si fueran comunes o al revés –fue, exactamente, lo que sucedió con el artículo 71 de la Ley 975 de 2005, que convirtió el concierto para delinquir en una de sus modalidades agravadas en "sedición"–, aunque la distinción tiene pleno asidero en la Constitución que, en diversas disposiciones, alude al *delito político* (confróntense artículos 35 inciso 3º modificado por el Acto legislativo 1 de 1997 en su artículo 1º, 150-17, 179-1, 201-2, 232-3, 299 penúltimo inciso, 18 num. 1º y 30 transitorio), para diferenciarlo del *delito común* (confróntese artículo 175-3) y del *delito atroz* (confróntese artículo 30 transitorio).

⁶ Al respecto, recuérdese, la Corte Constitucional ha rechazado la posibilidad de que el terrorismo sea tenido como un delito político. Confróntense Sentencias C-1055 de once noviembre 2003, por medio de la que se produjo la revisión constitucional de la Ley 804 de 2003 aprobatoria del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el quince de diciembre 1997; y C-037 de 27 enero 2004, por medio de la que se revisó la constitucionalidad de la Ley 808 de 2003, que incorporó al ordenamiento el Convenio Internacional para la represión y financiación del terrorismo, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999): "...en ninguno de los Acuerdos de derecho internacional y Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas en que se condena el terrorismo se considera como delito político su financiación, sino, porque *las conductas orientadas a este fin son incompatibles con el alcance y la delimitación conceptual, filosófica y jurídica de ese tipo de delito, en la medida en que sus autores no se inspiran en un móvil altruista*, sino que, al contrario, el terrorismo se dirige a crear una atmósfera de terror en la población".

⁷ El listado, como lo ha demostrado el Profesor BERNARDO GAITÁN MAHECHA (cfr. "Sobre el delito político y la actualidad", *El Tiempo*, 1º de agosto de 2007), es bastante largo y se ha fluctuado desde consideraciones subjetivas (el Decreto 1823 de 1954, expedido en la época de la dictadura), pasando por las objetivas (Ley 77 de 1989, artículo 3º y el Decreto 474 de 1982), hasta llegar a las mixtas (Decreto Legislativo 328 de 1958 y la Ley 13 de 1982 en su artículo 2º). Desde luego, como siempre, las elaboraciones académicas terminan sacrificadas por los actos de poder que atienden a las circunstancias del momento.

No obstante, si se tiene en cuenta el proceso vivido durante las últimas décadas, en virtud del que se ha propiciado la reincorporación a la vida civil de algunos grupos armados, se aprecia el predominio de criterios subjetivos (confróntense Constitución Política, artículos 12 y 13 transitorios) sobre los objetivos, aunque no faltan las posturas mixtas⁸.

2.5. En síntesis, pues, la noción de delito político es aquella que lo mira con pautas propias de la ciencia política y se entiende por tal todo comportamiento criminoso atentatorio contra los intereses del ente estatal, desde el punto de vista del manejo ideológico de este; o contra sus

⁸ Por las concepciones mixtas parece inclinarse la jurisprudencia: así la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencias de 26 mayo 1982, en *NFP*, núm. 15, Bogotá, Temis, 1982, pág. 887, aunque parecieran privar los criterios subjetivos; 22 octubre 1981, en *JD*, t. XI, pág. 224; 27 mayo 1986, en *JD*, t. XV, Bogotá, Legis, 1986, pág. 608; 26 noviembre 2003, radicado 21639 que, por lo demás, recuerda una vieja jurisprudencia: "...*el delito político tiene que serlo objetiva y subjetivamente: la expresión así lo indica, esto es, que el bien, interés o derecho jurídicamente tutelado en las ocurrencias en que acontece es lo político, vale decir, la organización del Estado, el buen funcionamiento del gobierno; y, además, los móviles que deben guiar al delincuente tienen que ser, consecencialmente, los de buscar el mejoramiento en la dirección de los intereses públicos. Tal es el sentido natural y obvio del vocablo.*

"Mas, también ese es el sentido obvio y natural de la expresión que la ley emplea para consagrar los delitos políticos, cuando requiere el propósito específico de derrocar al gobierno legítimo, o de cambiar en todo o en parte el régimen constitucional existente, o de impedir el funcionamiento normal del régimen constitucional o legal vigentes, o de turbar el pacífico desarrollo de las actividades sociales. Y eso es lo que en forma patente acredita también la circunstancia de que las infracciones comunes que se realicen durante un movimiento subversivo, tales como incendios, homicidios y lesiones causadas fuera de un combate y, en general, los actos de ferocidad y barbarie, se sancionen por separado, acumulando, por excepción, las penas". (auto del 25 abril 1950, M. P. Agustín Gómez Prada); sentencia de 24 noviembre 2004, radicado 22450: "Ni la Constitución ni la ley definen qué es delito político ni especifican cuáles son los conexos con éste; sin embargo, esta Corte tiene sentado que el primero es "aquella infracción penal cuya realización busca el cambio de las instituciones o sistemas de gobierno para implantar otros que el sujeto activo, generalmente caracterizado por su espíritu altruista y generoso, considere más justos", por lo que se califican como tales los de rebelión, sedición, conspiración y seducción, usurpación y retención ilegal de mando, es decir, los que atentan contra el régimen constitucional y legal"; Auto de 18 octubre 2005, radicado: 24222, que vuelve a citar la decisión de 25 abril 1950 ya referida.

También, el Tribunal Superior de Medellín en decisión de tres diciembre 1982, en *NFP*, núm. 20, Bogotá, Temis, 1983, págs. 521 y ss.; Corte Constitucional, sentencia C-009 de 17 enero 1995 (confróntese, *Gaceta de la Corte Constitucional*, t. I, Bogotá, Dík, 1996, pág. 37): "El delito político es aquel que, inspirado en un ideal de justicia, lleva a sus autores y copartícipes a actitudes prescritas del orden constitucional y legal, como

ciudadanos, siempre y cuando el agente persiga con su actuar la transformación de la sociedad y no obre inspirado por móviles egoístas, ajenos al querer colectivo. Por ello, ha dicho la doctrina nacional que "delito político es la acción que ataca directamente las instituciones del Estado, en su origen, mutación y funcionamiento, buscando el reemplazo de dichas instituciones por otras más perfectas o más ampliamente democráticas"⁹.

medio para realizar el fin que se persigue...". Sobre la distinción entre delito común y delito político –de nuevo en defensa de las posturas mixtas en esta materia– dijo la Corte Constitucional en sentencia C-171 de 1993, sin fecha (reiterada por la sentencia C-069 de 23 febrero 1994), lo siguiente: "El Estado no puede caer en el funesto error de confundir la delincuencia común con la política. El fin que persigue la delincuencia común organizada, particularmente a través de la violencia narcoterrorista, es el de colocar en situación de indefensión a la sociedad civil, bajo la amenaza de padecer males irreparables, si se opone a sus proditorios designios.

La acción delictiva de la criminalidad común no se dirige contra el Estado como tal, ni contra el sistema político vigente, buscando sustituirlo por otro distinto, ni persigue finalidades altruistas, sino que se dirige contra los asociados, que se constituyen así en víctimas indiscriminadas de esa delincuencia. Los hechos atroces en que incurre el narcoterrorismo, como son la colocación de carobombas en centros urbanos, las masacres, los secuestros, el sistemático asesinato de agentes del orden, de jueces, de profesionales, de funcionarios gubernamentales, de ciudadanos corrientes y hasta de niños indefensos, constituyen delito de lesa humanidad, que jamás podrán encubrirse con el ropaje de delitos políticos" (subrayas ajenas al texto)". También, en la sentencia C-456 de 23 septiembre 1997, que declaró exequible el antiguo artículo 127 del Código Penal de 1980, se dijo: "Al delito político se le otorga un tratamiento distinto del aplicable al delito común, en razón de los móviles de beneficio social que eventualmente pueden anidar en el alma de los rebeldes, pero nunca porque se juzgue apropiado el recurso a la violencia. De hecho en las sociedades democráticas que, como la colombiana, ofrecen canales múltiples para ventilar el disenso y buscar la transformación de las estructuras sociales, económicas y políticas, el ámbito del delito político no puede tener ya el mismo alcance que pudo tener en el pasado, lo que no quiere decir que esta modalidad delictiva haya desaparecido de los códigos y de la Constitución". Así mismo, en la sentencia C-928 de seis septiembre 2005, se señala: "En forma general, puede considerarse que el delito político es aquella infracción penal cuya realización busca el cambio de las instituciones o sistemas de gobierno para implantar otros que el sujeto activo, generalmente caracterizado por su espíritu altruista y generoso, considere más justos". Sin embargo, en las sentencias C-1055 de once noviembre 2003 y C-037 de 27 enero 2004, ya citadas, que recogen las pautas contenidas en normativa internacional sobre la materia, pareciera hacerse hincapié en las teorías subjetivas.

⁹ Véase PÉREZ: *Los Delitos políticos*, pág. 42.

No obstante, lo que deba entenderse por tal dependerá del momento histórico y de las reglas del juego, las que deben ser trazadas por el legislador, todo ello dentro de los marcos de una concepción liberal democrática del Estado que, desde este punto de vista, aparece como irrebutable.

3. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA PROVIDENCIA EN CUESTIÓN

3.1. Sin duda, el proveído judicial en comento distingue con precisión y de forma correcta las figuras del delito común y del delito político a partir de sus correspondientes elementos constitutivos, no sólo por razones sustanciales desde la Constitución y la Teoría del delito sino desde un plano formal; todo ello inscrito en el programa penal de la Constitución, esto es, "el conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar"¹⁰. Es más, no cabe duda en el sentido de que se asumen las posturas mixtas en la materia que nos ocupa (confróntese acápite V.1.2, de la providencia).

3.2. Así mismo, son válidas las críticas que dicha corporación formula al artículo 71 de la Ley 975 de 2005 que, como ya se señaló, tuvo una corta vida en el ordenamiento colombiano como que rigió en el lapso comprendido entre el 25 de julio de 2005 y el 18 de mayo de 2006, en cuanto asimilaba el delito de concierto para delinquir –en su modalidad de conformación de grupos armados al margen de la ley, antigua redacción del inciso 2º del artículo 340 del Código Penal– al delito de sedición, llevándose de calle toda la teoría del delito político largamente elaborada por la doctrina y la jurisprudencia nacionales y extranjeras. En torno a eso, obvio es reiterarlo, la providencia es plenamente compartible.

3.3. Incluso, son también admisibles las consideraciones en torno a la forma como la citada disposición podría llegar a desconocer los derechos de las víctimas, para el caso a la verdad, la justicia y la reparación.

3.4. Además, son ciertos los planteamientos que dicho organismo hace en relación con la ausencia de una verdadera Política criminal en Colombia, pues si algo está claro es que en estas materias la brújula se

¹⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y AA. VV.: *Curso de Derecho Penal*. Parte General, 1ª ed., Barcelona, Ediciones Experiencia, S. L., 2004, pág. 45.

extravió hace mucho y nada indica que los organismos encargados de poner a marchar esas necesarias directrices estén interesados en adoptar las cautelas que al respecto se requieren. Estamos, pues, librados a decisiones coyunturales en este ámbito que se toman al vaivén de los acontecimientos y dependiendo de la dirección hacia la que marchen los vientos; no es sino mirar el proceso de reformas a las leyes punitivas –el Código Penal de 2000 ha sido modificado en unas veinte oportunidades y la nueva ley procesal penal de 2004 ya empezó su propio calvario de reformas y contrarreformas– para verificarlo.

3.5. No obstante, los anteriores puntos de partida –se repite correctos, compartibles y plenamente defensables– se desvirtúan cuando, con base en ellos, el propio organismo que pretexto defender la Carta Fundamental y recuperar para la discusión el programa penal que ella contempla, de manera abrupta, decide cercenarle al peticionario **un derecho fundamental** contenido en el Título II de la Ley de Leyes, más concretamente en el artículo 29 inciso 3º a cuyo tenor: "**En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable**".

3.6. Por ello, de manera preocupante, se afirma –por la vía de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, que aquí no tiene cabida– que dicha normatividad "no puede seguir produciendo efecto alguno hacia el futuro en el mundo jurídico", cuando es evidente que la aplicación del principio de favorabilidad en esta materia no posibilita llegar a tal conclusión¹¹. Es más, aunque la Sala mayoritaria no lo dice expresamente, queda latente en el texto de la decisión el planteamiento formulado por el Magistrado que aclaró su voto, en el sentido de que dicha norma sería "inexistente"¹²; naturalmente, no se necesita ser un experto en materias jurídicas para concluir que una norma que rigió durante casi diez meses *existió*, eso lo sabe cualquier lego en estas materias.

¹¹ En contra, sin embargo, POSADA MAYA, *Caja de Herramientas*, op. cit., págs. 6 y ss.

¹² Así, el Magistrado YESID RAMÍREZ BASTIDAS, cuando afirma: "el artículo 71 de la Ley 975 de 2005 **es inexistente** porque en su trámite legislativo se incurrió en graves defectos..." (se subraya); pero como los malos ejemplos en materias que debieran ser pacíficas entre los estudiosos del Derecho cunden, ya reputados académicos afirman que "...la inconstitucionalidad del artículo 71 por vicios de procedimiento **tienen efectos *ex tunc***, o sea, de nulidad absoluta de la disposición normativa desde el momento mismo de su expedición irregular que, **para efectos prácticos** (?), **equivale a su inexistencia**" (Confróntese RODOLFO ARANGO: "Temis Vs. Ares", en semanario virtual@viva.org.co, *Caja de Herramientas*, N° 72, Bogotá, Julio de 2007, pág. 3).

Puede ser que al juez o al estudioso no les guste la asimilación que, en mala hora, hizo el legislador entre delito común y delito político, pero nada los habilita a negar algo que es elemental desde la perspectiva del Derecho penal y de la Carta Política: la aplicación de una ley penal declarada inexecutable como norma más favorable por ser más benigna, asunto pacífico para la doctrina y la jurisprudencia colombianas, sin que nadie hubiera osado llegar a los extremos que ahora se proponen en contravía del ordenamiento constitucional y legal.

3.7. En efecto, lo que genera fundado estupor pues se trata del organismo que tiene la misión de unificar la jurisprudencia, con anterioridad la propia Sala de Casación Penal –integrada casi por los mismos magistrados que ahora suscriben la decisión comentada– habían llegado a conclusiones completamente opuestas.

3.7.1. En efecto, en Auto del once de julio de 2006, radicado 25190, expedido pocos días después de la declaratoria de inconstitucionalidad del susodicho artículo 71, se dijo por parte de esa Corporación –con apoyo en la sentencia de once de noviembre de 1986 y con base en decisiones previas de la Corte Constitucional sobre la materia¹³–, lo siguiente:

*"Conviene señalar que la inexecutable por regla general se proyecta hacia el futuro, salvo el reconocimiento por favorabilidad de normas declaradas inconstitucionales, como la Sala lo tiene por aceptado... Si así es, y si los efectos de la sentencia recién proferida por la Corte Constitucional rigen hacia el futuro (ex nunc), **los beneficios del declarado inconstitucional artículo 71 de la ley 906 de 2004 (sic) se mantienen y no afectan situaciones consolidadas bajo su imperio"***
(cursivas, negrillas y subrayas añadidas).

Ningún magistrado, repárese, salvó su voto o afirmó que la equiparación entre el concierto para delinquir y la sedición que hacía el artículo 71, ofrecía reparo constitucional alguno.

Obviamente, no se necesitan muchos esfuerzos para ver cómo, de la mano de una lógica torcida y amañada, terminan identificados –"para efectos prácticos" (!!)– los conceptos de *nulidad e inexistencia* y cómo el artículo 29 de la Constitución culmina sepultado en el olvido. ¡No faltaba más!

¹³ Cita la sentencia T-401 de 1996.

3.7.2. Igualmente, mediante auto de ocho de agosto de 2006, radicado 25797¹⁴, sin ningún Salvamento de voto –aunque tres de los integrantes de la Sala lo aclararon para decir que no era necesario aludir al principio de favorabilidad, para evitar confusiones–, la Corporación fue categórica y perentoria al afirmar que procedía la aplicación del artículo 71 por vía de favorabilidad; y tampoco nadie lo cuestionó por vicios de contenido. Se dijo, entonces:

"Lo consignado hasta aquí conduce a ***predicar de manera categórica*** -tal como ya se había adelantado- ***que la inexequibilidad del artículo 71 de la Ley 975/05 declarada mediante la sentencia C-370 de mayo 18/06 sólo produce efectos hacia el futuro***, lo que comporta afirmar que ***todas aquellas conductas que fueron cometidas antes de la reseñada fecha*** (i) constitutivas para entonces de concierto para delinquir con fines de organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, siempre y cuando su accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal, o (ii) por quienes hayan conformado o hagan parte de grupos guerrilleros con similar accionar de interferencia, ***deberán ser tipificadas como sedición, a términos del precitado artículo 71, dado que tal calificación comporta efectos favorables para el sindicado o condenado***" (negrillas y subrayas añadidas).

Así mismo, en relación con el tema de la favorabilidad en punto a una norma declarada inexequible, se expresó:

"La inquietud que pudiera subsistir en torno a la supervivencia jurídica de la norma -al mediar el fallo de inexequibilidad en comento- queda resuelta con base en dos fundamentos, como son el efecto de la sentencia marcado por la Corte Constitucional, esto es, a futuro, así como también por el apoyo que en el propio marco constitucional encuentra el dispositivo en su aplicación extensiva en el tiempo respecto de situaciones consolidadas o de aquellas que durante el lapso de su vigencia hubieran satisfecho las exigencias impuestas por la disposición legal"¹⁵.

¹⁴ Con ponencia del Magistrado ALFREDO GÓMEZ QUINTERO, a la fecha de este escrito Presidente de la Sala de Casación Penal de la H. Corte.

¹⁵ A tal efecto, se fundó expresamente en la sentencia C-370 de 1996 en cuanto advirtió que esa decisión no tenía efectos retroactivos (véase nota 3) y citó como, precedentes de la propia Sala, los siguientes: pronunciamiento de once de noviembre de 1986; auto de única instancia de nueve de agosto 1995; casación de junio 20 de 2002, radicado 15827 –que se apoya en radicados 11619, 13591 y 14524 del 27 y 30 de marzo de 2000 y 6 de noviembre de 2001, con ponencia del Magistrado CARLOS GÁLVEZ ARGOTE–; hasta llegar al auto de once de julio 2006, radicado 25190 que, erradamente, cita como "sentencia de tutela".

3.7.3. Es más, el día dos de febrero de 2007, radicado 26717¹⁶, volvió la Sala a afirmar que el artículo 71 se debía aplicar como norma más favorable, a cuyo efecto transcribió lo que había afirmado el once de julio de 2006, radicado 25190. Tampoco, adviértase, hubo Salvamentos de voto ni se aseveró que el artículo 71 no producía efecto jurídico alguno; menos que no era aplicable como norma más favorable.

3.8. Adicionalmente, como para acabar de producir más perplejidad, tampoco puede pasar desapercibida la afirmación en el sentido de que el delito de **concierto para delinquir** en el que incurrió el peticionario es **agravado**, por lo que se le niega también la aplicación del artículo 69 de la Ley 975 que posibilita cesar el procedimiento a quien ha incurrido en un delito de concierto para delinquir simple a condición de que se den los presupuestos de la Ley 782 de 2002 (véase VIII), cuando es evidente que una vez expedida la Ley 1121 de 29 de diciembre de 2006, artículo 19, el inciso 2º del artículo 340 fue derogado para convertir el concierto para organizar, promover, o financiar grupos armados al margen de la ley en una modalidad genérica de esa figura, al tenor del inciso 1º.

Esta postura, obvio es decirlo, reitera lo que ya la propia Sala de Casación Penal había expresado en la desafortunada providencia del siete de marzo de 2007, radicado 26922, destinada a dirimir un conflicto negativo de competencias, en virtud de la que –esta vez de espaldas a la Constitución y a su programa penal– se dijo:

"Desde ya advierte la Sala que el legislador al expedir la Ley 1121 de 29 de diciembre de 2006, publicada al día siguiente en el Diario Oficial N° 46497, lo que quiso fue regular de una manera más técnica los comportamientos que tienen que ver con la financiación del terrorismo, con el fin de adaptarlos a las nuevas necesidades y requerimientos surgidos con ocasión de los compromisos internacionales adquiridos a través de la aprobación de tratados internacionales como el Convenio para la Represión de la Financiación del Terrorismo, aprobado mediante Ley 808 de 2003, operándose así un tránsito legislativo hacia nuevas disposiciones modificativas de las ya existentes, pero nunca una despenalización de alguna de las conductas consagradas en el citado apartado de la Ley 599 de 2000. ... Resumiendo, lo que antes se denominaba "Administración de recursos relacionadas con actividades terroristas", en la nueva normatividad pasó a denominarse "*Financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas*", para incluir en el tipo de una manera que resulte omnicomprensiva, otras conductas compatibles o relacionadas con la actividad del financiamiento de actos

¹⁶ Que contó con la ponencia del Magistrado YESID RAMÍREZ BASTIDAS.

terroristas que anteriormente no estaban descritas como delito autónomo, sino como circunstancias de agravación del concierto para delinquir". Y que **"En el marco de estas consideraciones resulta evidente que el concierto para organizar, promover, o financiar grupos armados al margen de la ley, no fue suprimido del catálogo de delitos que contempla la nueva ley; todo lo contrario, esa conducta fue readecuada como comportamiento punible autónomo en el citado artículo 345,** como con antelación se dijo, y su concierto, técnicamente calificado como circunstancia de agravación del concierto para delinquir en el artículo 19 de la Ley 1121 del 29 de diciembre 2006, con una pena mayor a la que señalaba el inciso 2º del artículo 340 de la Ley 599 de 2000, modificado por la Ley 733 de 2002".

A estos razonamientos, desde luego, hay que hacerles una objeción fundamental: **una cosa es** que esa Ley (la 1121 de 2006) castigue en el inciso 2º el concierto para el *financiamiento **del terrorismo*** y la *administración de recursos relacionados con **actividades terroristas*** y que, además, cree una figura específica en el artículo 345 para punir a quienes ejecutan esas actividades; y **otra, muy distinta**, es que la conducta de "...organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley...", que en el inciso 2º del artículo 340 original no estaba referida a esas actividades, de la noche a la mañana –así se utilicen algunos de esos verbos rectores–, se haya convertido en un concierto para el financiamiento del terrorismo y la administración de recursos relacionandos con esa actividad, amén de un delito especial. En fin, no es necesario ir más lejos para concluir que semejante razonamiento desconoce de manera franca el principio de legalidad de los delitos y de las penas (artículos 29 de la Constitución Política y 6 del Código Penal), amén de que confunde el concierto para delinquir (delitos que sólo existen *intencionalmente*) con los delitos que se ejecutan con motivo de un concierto (delitos *realmente* cometidos). Además, tampoco puede perderse de vista que con ese punto de partida el concepto de terrorismo se lleva hasta unos confines que, ni siquiera las posturas más retrógradas, imaginaron: ¡Todo se vuelve terrorismo según los intereses en juego!

4. A MANERA DE CONCLUSIÓN

4.1. Ha sido mucho el revuelo que ha causado en el país esta decisión; sin embargo, debe decirse que planteamientos muy similares se consignan en el Salvamento de Voto que presentó el Magistrado Alfredo Beltrán Sierra a la ya mencionada sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006, hace poco más de un año.

4.2. De todas maneras, más allá de los enfrentamientos verbales que se han producido entre el Gobierno y la Corte, que en un verdadero Estado de Derecho no tienen razón de ser, llama la atención el hecho de que esta decisión —que proclama a los cuatro vientos la necesidad de que la judicatura cumpla a cabalidad con sus deberes constitucionales— aparezca en un contexto en el cual, valga la pena recordarlo, el propio alto Tribunal se ha caracterizado por emitir pronunciamientos que tampoco dotan de plena coherencia su accionar y que, para acabar de ajustar, no se corresponden con el programa penal de la Constitución. El hecho de que en pocas semanas se produzca un cambio abrupto en una jurisprudencia pacífica y reiterada, sólo genera estupor y crea inseguridad jurídica.

4.3. En fin, lo que queda claro después de este proveído es que se hace necesario respetar en toda su dimensión la figura del delito político para que, por vía de la asimilación, los delitos comunes no terminen convertidos en atentados contra el régimen constitucional para desdibujar así todo el entorno demoliberal y libertario que se esconde detrás de esta construcción. Es más, lo dicho hasta ahora debe servir para reclamar —en contra de lo que ya sucedió en el pasado, cuando se cobijaron con el manto de la impunidad comportamientos atroces a raíz de otros procesos de paz con algunos grupos armados, que tampoco podían ser calificados como de políticos en un sentido estricto, por lo menos con un punto de partida mixto—, que en el futuro esta figura sólo sirva para cobijar conductas que objetiva y subjetivamente se correspondan con ella y no los crímenes de lesa humanidad que esos grupos cometen a diario contra la población de un país indefenso; el caso de los once diputados es tal vez el ejemplo más cercano, escabroso y doloroso que aquí se pueda recordar.

4.4. Obviamente, debe señalarse —en contra de lo que creen algunos medios de comunicación, que ahora se erigen en las máximas conciencias morales del país cuando no en los supremos legisladores o jueces— que la decisión emitida por la Sala de Casación Penal apenas si obliga en el caso concreto y ni siquiera, al tenor del artículo 10 de la Ley 153 de 1887, constituye *doctrina probable* como para pretender que tenga efectos vinculantes *erga omnes*, por la potísima razón de que en este caso dicha Corporación no actuó como tribunal de casación ni, por supuesto, ha emitido en tal condición tres decisiones reiteradas sobre un mismo punto de Derecho¹⁷,

¹⁷ Modificado por el artículo 4° de la Ley 169 de 1896: "Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, **como tribunal de casación**, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual

máxime que los precedentes apuntan a una dirección jurisprudencial totalmente contraria. Además, tampoco –que se sepa– a ese organismo ninguna norma le ha otorgado funciones legislativas como para pretender que él, a través de sus pronunciamientos, pueda modificar el ordenamiento jurídico patrio.

4.5. Sin duda, los fallos de ese alto tribunal son muy importantes y suelen ser acatados por los administradores de Justicia, pero de ahí a que sean vinculantes –máxime cuando se observan tan reiterados e infundados vaivenes en las líneas jurisprudenciales adoptadas– hay una distancia muy grande. Además, no se olvide, tampoco aquí ha terminado la discusión; por el contrario, como el Gobierno Nacional ha anunciado que va a presentar a consideración del Congreso de la República un texto similar al que fue declarado inexecutable por vicios de forma, todo hace presagiar que el debate va a continuar, máxime si logran cuajar los tortuosos procesos de paz con algunos grupos que apenas comienzan y los que, de seguro, se concretarán en un futuro, en un país urgido de un combate frontal contra la justicia privada y que necesita, a toda costa, aclimatar la paz.

4.6. El Derecho, pues, más allá de los conflictos y de las disputas, se tiene que afianzar como suprema herramienta para lograr la paz y asegurar la convivencia –un imperativo constitucional, al tenor del artículo 22 de la Carta–, porque ellas son el único camino para construir la democracia y posibilitar la seguridad jurídica; con razón, pues, pudo decir JOHN LOCKE en 1689, que "los conflictos entre los hombres se pueden resolver con dos criterios, o con el derecho o con la fuerza. Se trata de dos criterios que donde termina uno empieza el otro. No es asunto mío buscar hasta dónde se extienden, en cada uno de los pueblos, los derechos del Magistrado; yo solamente sé lo que ocurre cuando surge una controversia y falta el juez que la resuelva"¹⁸.

Bogotá, dos de agosto de 2007.

no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores".

¹⁸ Véase "Carta sobre la Tolerancia", en JOHN LOCKE: *Carta sobre la Tolerancia*, trad. de Román de Villafrechos, Madrid, Mestas Ediciones, 2001, pág. 65.