



Región: Occidente
Autor: Andrés Felipe Restrepo G.
Título: Cargueros
Técnica: Acrílico sobre lienzo
Dimensiones: 80 x 40 cm

***DELITO POLÍTICO. AL HILO DE LA
SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA DE COLOMBIA DE
11 DE JULIO DE 2007***

Fecha de recepción: Septiembre 6 de 2007
Fecha de aprobación: Octubre 5 de 2007

DELITO POLÍTICO. AL HILO DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA DE 11 DE JULIO DE 2007

*Juan Antonio García Amado**

RESUMEN

Se analiza el origen histórico y la evolución de la idea de delito político y se señala la paradoja que introduce en los esquemas constitucionales del Estado de Derecho el reconocimiento de tal categoría. Se propugna una interpretación muy restrictiva de la noción de delito político, tal como hace la reciente Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

Palabras clave: delito político, Estado de Derecho, subversión, insurgencia, derechos fundamentales, relativismo, justicia de transición, paz.

POLITICAL CRIME. TO THE THREAD OF THE OPINION OF THE SUPREME COURT OF JUSTICE OF COLOMBIA OF JULY 11, 2007

ABSTRACT

The historic origin and the evolution of the idea of political crime is analyzed and also is indicated the paradox that introduces in the constitutional plans of the State of Law the recognition of such category. It supports a very restrictive interpretation of the notion of political crime, just as does the recent Opinion of the Supreme Court of Justice of Colombia.

Key words: Political crime, State of Law, subversion, insurgency, fundamental rights, relativism, transitional justice, peace.

• Doctor en Derecho de la Universidad de Oviedo, España. Profesor de la Universidad de León, España..

DELITO POLÍTICO. AL HILO DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA DE 11 DE JULIO DE 2007

1. PLANTEAMIENTO Y TESIS

En este trabajo nos hacemos una pregunta con dos dimensiones o aspectos: ¿qué sentido puede tener hoy en día el reconocimiento de la categoría de delito político, tanto a efectos de derecho interno de un Estado y del consiguiente tratamiento de sus propios delincuentes, como a efectos de las relaciones entre Estados y en lo que afecta fundamentalmente a derecho de asilo y extradición?

El replanteamiento de dicha categoría jurídico-penal, la del delito político, puede responder a dos propósitos contrapuestos: extender dicha consideración a más ilícitos penales de los que en nuestros días suelen admitirla o restringir o suprimir las ventajas que lleva asociadas para el delincuente así calificado, como delincuente político. Aquí nos inclinamos por la opción restrictiva y mantendremos dos tesis fuertemente ligadas. Una, que en el Estado constitucional y democrático de Derecho¹ carece de sentido el mantenimiento de dicha categoría para cualquier tipo de atentado penal que acontezca en su seno contra los más importantes derechos fundamentales, y más si dichos atentados constituyen incluso crímenes de lesa humanidad con arreglo a Derecho internacional; otra, que el uso de dicha categoría en el Derecho internacional y las relaciones interestatales ha de ser sumamente selectivo y unido a una definición material con fuerte carga moral y política, al menos mientras sean Estados de Derecho los que la empleen.

2. UN AURA ROMÁNTICA QUE SE DESVANECE

En la Edad Media y en el Estado absolutista el móvil político de un delito era razón de agravamiento y mayor crueldad del castigo. Esas tornas se invierten con los primeros pasos del Estado liberal moderno, que se muestra comprensivo con

¹ Siempre que aquí hablemos de Estado de Derecho nos estaremos refiriendo al Estado constitucional y democrático de Derecho.

el empleo de la fuerza para derribar los gobiernos que representaban el Antiguo Régimen. En palabras de Quintero Olivares, “(N)o es pues de extrañar que sea común en la literatura penal la idea de que el concepto de *delito político* es un concepto acuñado en el siglo XIX y que tuvo una primera configuración casi romántica: el delincuente político era el luchador contra la opresión absolutista, contra la tiranía, y por lo tanto, era merecedor del elogio de sus conciudadanos, que necesariamente lo tenían que ver como un héroe. Solamente los poderosos de turno podían considerarlo <<delincuente>>”². En paralelo, con esa evolución de lo que se llamará delito político, corre la práctica de la extradición. Los primeros acuerdos políticos entre Estados buscaban precisamente asegurar la entrega de los autores de delitos de signo político y alteradores de la paz pública. Así ocurría, por ejemplo, con el convenio de 1303 entre Francia e Inglaterra o el de 1376 entre Francia y el Ducado de Saboya. El mismo propósito tenían los convenios firmados por Carlos II de Inglaterra con Dinamarca, en 1661, y con Holanda, en 1662, para la entrega de los partidarios de Cromwell refugiados en dichos países. Bien representativo es igualmente el acuerdo del año 1777 entre Francia y Suiza, que estipula la obligación respectiva de entregar a los “*criminels d’Etats, assassins et perturbateurs du repos public*”. Será en la tercera década del siglo XIX cuando tales planteamientos se modifiquen y comiencen algunos Estados a introducir en su legislación cláusulas que impidan la extradición de delincuentes políticos. Francia y Bélgica serán los primeros. En los documentos políticos y legislativos de la época se trasluce la convicción de que la lucha ilegal y violenta es un instrumento inevitable para derribar el antiguo régimen e imponer los nuevos Estados liberales, un recurso válido y meritorio contra la tiranía³.

Seguramente subyace a tales enfoques iniciales la fe ilustrada en el progreso imparable de la humanidad hacia formas políticas liberales, como puro despliegue de una razón incontenible que asentaría universalmente el principio de libertad y la positiva consideración de la dignidad constitutiva de cada individuo, y todo ello en compatibilidad con el pleno respeto de la propiedad individual y en el marco de la benéfica acción de la mano invisible del mercado. Lo que en esos años no se alcanzaba aún a vislumbrar eran dos cosas, de las que se derivarán los problemas futuros del delito político. Una, que los regímenes políticos individualistas y de

² Quintero Olivares, Gonzalo, “La revisión del delito político: islamismo y otros problemas”, En: Cancio Meliá, Gómez-Jara Díez (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid: Edisofer, 2006, vol. 2, p. 689.

³ Sobre lo anterior vid. especialmente: Franke, Dietmar, *Politisches Delikt und Asylrecht*, Königstein/Ts, Athenäum, 1979, pp. 15ss.

libertad no llegarán a imponerse universalmente por la mera fuerza incontenible de la razón y por el dinamismo inevitable de la historia, con lo que las luchas políticas del futuro acontecerán, cruentamente, entre regímenes liberales y antiliberales, de corte totalitario y organicista, por ejemplo. Y, otra, que en los propios Estados liberales individualistas surgirán duros enfrentamientos para la instauración de sistemas políticos más justos, que no tomen como único valor el de la libertad, con su secuela de igualdad formal ante la ley, sino que añadan la consideración también de unos mínimos de igualdad material entre los ciudadanos, de satisfacción de elementales necesidades materiales para todos y de igualdad efectiva de oportunidades vitales entre todos, así como la conquista de más y mejores derechos políticos para cada ciudadano, sin distinción de rentas, sexo, raza, etc. De estas dos circunstancias se derivarán los problemas posteriores de uso del delito político: si puede dicha categoría aplicarse a quienes luchan por imponer regímenes políticos antidemocráticos y si cabe aplicarla a quienes, sin abominar de la libertad individual, pugnan ilegalmente para la implantación de regímenes de mayor contenido social.

Va comenzando de este modo lo que serán las implicaciones de la idea de delito político desde mediados del siglo XIX y a lo largo de todo el siglo XX, y con ello también las consiguientes dificultades para los respectivos Estados y en las relaciones entre Estados. El delito político, que por ahora podemos superficialmente definir como aquel ilícito penal que se comete con el fin de socavar las instituciones y las normas de un Estado tenido por radicalmente injusto y con el propósito de instaurar un sistema político más justo y acorde con el interés general de los ciudadanos, será objeto de una doble consideración favorable. Por un lado y por regla general, el delincuente político no será extraditado a otros Estados que lo reclamen para el enjuiciamiento de su acción conforme a sus leyes y a la competencia de sus tribunales penales. Por otro lado, al delincuente político se le hace beneficiario de un derecho que, en tanto que extranjero y frente al resto de los extranjeros, supone un privilegio: el derecho de asilo.

Si nos preguntamos cuál es la razón de ese doble trato de favor, la respuesta tiene una dimensión entre moral y romántica, por cuanto se considera que el demérito de la acción delictiva, con su ataque a importantes bienes jurídico-penalmente protegidos, es en todo o en parte contrapesado por el mérito que al delincuente corresponde, tanto por la pureza de sus ideales como por el riesgo que para su vida, su libertad y sus bienes asume al lanzarse a la lucha ilegal en pro de los ideales aquellos⁴.

⁴ El planteamiento habitual a este respecto queda bien reflejado en la siguiente cita: "Otro elemento que condiciona la evaluación social del delito político es la consideración del acusado político como un hombre con un elevado sentido moral que delinque por razones altruistas. Si bien pueda estar influido por errores

3. PROBLEMAS DE DEFINICIÓN Y APORÍAS DE LA PRÁCTICA

Fácilmente se puede apreciar que la figura lleva aparejados dos problemas de imprescindible resolución para su coherente puesta en práctica como modelo delictivo con efectos favorables al reo: su imprecisión conceptual y su ambivalencia moral.

La imprecisión del concepto se deriva del énfasis definitorio en el elemento intencional: ¿puede ser delito político cualquier acción delictiva realizada con el designio de afectar a la pervivencia o estabilidad del Estado o sólo pueden serlo aquéllos que de modo directo se dirijan, atenten, contra instituciones, órganos o autoridades del Estado –y, en su caso, cuáles-? Así pues, se van a enfrentar en la doctrina la concepción subjetiva y la objetiva del delito político, así como las nociones de delito político absoluto y delito político relativo⁵.

El problema moral del delito político se plantea del siguiente modo: si lo que define tal categoría, y el consiguiente trato de favor para el delincuente, es la mera intencionalidad subversiva y, en su caso, que el bien jurídico atacado sea el orden estatal establecido, el régimen jurídico-político vigente, cada Estado que en su legislación acoja dicha categoría se va a topar con el siguiente dilema: ¿tiene sentido que conceda ese tratamiento privilegiado a los que luchan contra él mismo o contra otros Estados de idéntico corte? La posible contradicción se hace más patente en el propio Estado constitucional de Derecho: ¿puede éste privilegiar al que lucha

o utopías de base, el transgresor político no puede ser considerado infractor desde el punto de vista moral, teniendo en cuenta que sus actos están orientados hacia el progreso y la evolución positiva de la sociedad. Los móviles del delincuente común son de carácter egoísta y antisocial, mientras que los del delincuente político son de índole altruista y presocial. Este carácter altruista estriba en la vocación de sacrificio al servicio del progreso sociopolítico (y, por lo tanto, moral) de la comunidad. Su conducta se orienta en pro del bien común. La delincuencia política se considera como delincuencia evolutiva, en el sentido de que sus actos están orientados más allá del momento presente y proyectados hacia un futuro supuestamente progresista. Dicho de otra manera, pretenden situar a la colectividad en un estadio evolutivo más elevado, trasladarla a un plano superior de progreso humano” (Alonso Salguero, Manuel, “Nuevo terrorismo y violencia ilimitada. Hacia un nuevo paradigma de la violencia extrema”, [[http://www.aecpa.es/congreso_07/archivos/area6/GT-27/ALONSO-SALGADO-Manuel\(UPV\).pdf](http://www.aecpa.es/congreso_07/archivos/area6/GT-27/ALONSO-SALGADO-Manuel(UPV).pdf)].

⁵ Para la concepción subjetiva o intencional del delito político, lo que define a éste es la finalidad política transformadora que mueve a su autor. Para la concepción objetiva o material, lo determinante es el objeto sobre el que se ejerce tal acción, debiendo estar dirigida de modo directo contra los poderes públicos o contra el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos. La teoría mixta exige la concurrencia de los dos elementos.

El delito político absoluto sería el que de modo directo y exclusivo se dirige contra los poderes estatales, atenta contra la pervivencia del Estado o contra su seguridad interna o externa. En el delito político relativo estaríamos ante un delito común realizado por razones predominantemente políticas (Cfr. Franke, Dietmar, *Politisches Delikt und Asylrecht*, cit. pp. 23ss).

contra los principios básicos que lo inspiran, al que mediante la acción delictiva trata de imponer, por ejemplo, una dictadura o un régimen totalitario⁶?

La salida de ese dilema se dará necesariamente por una doble vía. Por un lado, con la práctica de una clara selectividad a la hora de aplicar la idea de delito político, de modo que como delito político se calificará sólo aquel que vaya contra Estados con regímenes políticos diferentes a los del Estado que juzga de tal delito. De esta manera, en la definición de ese delito se introduce, expresa o tácitamente, un elemento material que determina la aplicación de dicha noción. Por otro lado, la consideración práctica del delito político se moraliza y se politiza, de manera que, quiérase o no, ya no se tomarán en cuenta meramente las intenciones del delincuente o la aptitud de su acción para socavar efectivamente las instituciones jurídico-políticas establecidas en el Estado en que la acción acontece, sino que resultará determinante la calidad moral del sistema político contra el que se atenta. Y el Estado constitucional de Derecho no podrá negar su propia legitimidad a base de reconocer superioridad o mérito moral al que delinque para echar por tierra y reemplazar sus principios constitutivos.

Vemos, pues, que el carácter formal de las definiciones doctrinales y legales del delito político o lo que en ellas aparece como ambigüedad o neutralidad político-moral se rellena en la práctica con consideraciones materiales atinentes a la índole y los fundamentos morales del respectivo tipo de Estado. Desde el principio la consideración de un delito como político se muestra condicionada por el juego de una doble perspectiva, la del Estado contra el que el delito se dirige y la del Estado que lo enjuicia, ya sea a efectos de sanción, de extradición o de asilo. En las relaciones entre Estados, el delito político por regla general tiende a ser considerado como tal solamente cuando se dé una asimetría o discrepancia notable entre el modelo de sistema político de uno y otro Estado. Es decir, los Estados constitucionales democráticos, de estirpe liberal, considerarán delito político sólo el dirigido a debilitar el sistema político de los Estados autoritarios o con graves deficiencias democráticas. Por su parte, y a la inversa, los Estados con regímenes

⁶ La situación puede llevar a notables paradojas. Así, cuando algunos Estados penalizan las acciones de incitación al odio racial o la negación del holocausto, pero, luego, reconocen la condición de delincuentes políticos a quienes incurren en tales conductas como miembros de grupos neonazis opuestos al modelo de Estado vigente y que operan así en pro de uno nazi, que consideran más justo. El ejemplo no es una pura hipótesis de escuela, puede verse en alguna sentencia belga; vuelve a mostrar la incoherencia de toda interpretación no restrictiva del delito político en el Estado de Derecho. Véase al respecto, S. van Drooghenbroeck, F. Tulkens, "La Constitution de la Belgique et l'incitation à la haine", XVIth Congreso of the International Academy of Comparative Law", Brisbane, 14th-20th July 2002 [<http://www.ddp.unipi.it/dipartimento/seminari/brisbane/Brisbane-Belgio.pdf>].

autoritarios tenderán a otorgar trato de favor al delito cometido contra Estados de carácter opuesto y con el propósito de instaurar uno de su tipo. Queda, así, patente el carácter sesgadamente político con que se suele proceder al aplicar la categoría de delito político.

A esa dualidad de perspectivas se agregará un tercer elemento, la índole de la acción delictiva que busca la consideración de delito político. Los Estados que asumieron la noción en sus ordenamientos jurídicos comenzaron pronto a introducir cláusulas con excepciones, para negar dicha condición a delitos que, pese a cumplir plenamente con los elementos definitorios, no debían recibir dicha etiqueta. Fue primeramente la cláusula de atentado y luego la cláusula de anarquismo. Conforme a la primera, que se insertó en Bélgica en 1856, “no será considerado delito político ni hecho vinculado a un delito semejante el atentado contra la persona de un jefe de gobierno extranjero o contra un miembro de su familia, cuando dicho atentado constituya un hecho de homicidio, de asesinato o de envenenamiento”. La base la dio la Corte de Casación belga a raíz del caso Jacquin, quien había intentado asesinar a Napoleón III y huyó luego a Bélgica, confiando en que, como autor de un delito político, no sería extraditado de este país. Declaró dicha Corte que el delito político que evita la extradición sólo comprende aquellas acciones “cuyo carácter radica en el ataque a la forma y al orden de una nación determinada y los hechos conexos, cuya apreciación desde el punto de vista de la criminalidad depende del carácter puramente político del hecho principal con el que se relacionan; pero que, en ningún caso, puede aplicarse esta disposición a causas que, cualquiera fuere el fin perseguido por su autor o la forma política de la Nación donde fueron cometidos, son reprimidos por la moral y deben caer bajo la represión de la ley penal en todos los tiempos y en todas las naciones”⁷.

En el texto jurisprudencial que acabamos de recoger queda de manifiesto un sutil desdoblamiento que suele darse en el razonamiento de los poderes públicos sobre el delito político. Por un lado, se apela al carácter reprobable de ciertos delitos, a su consustancial maldad, para sustraerlos de la consideración favorable que la idea de delito político supone. Pero, por otro, en el fondo predomina siempre un planteamiento político instrumental, a tenor del cual es el Estado que juzga el que asigna o no esa condición al delito, en función de un doble rasero combinado: los fundamentos de su propia legitimidad y los riesgos para su propia seguridad. Por lo primero, no se dará trato de delito político, como ya hemos dicho, al que pretenda

⁷ Cfr. Quintero Olivares, Gonzalo, “La revisión del delito político: islamismo y otros problemas”, cit., p. 691, n. 4.

liquidar un modelo de Estado basado en los mismos fundamentos legitimatorios del Estado que juzga. Por lo segundo, no se otorgará dicha condición en las ocasiones en que sea probable en los hechos que la situación pueda revertirse y un delito idéntico cometerse contra este Estado que juzga, siendo esta vez enjuiciado en el otro Estado⁸.

Esas tensiones entre el concepto y el trato del delito político explican las críticas que desde los orígenes la doctrina ha formulado a la configuración legal de dicha especie, pues, al atenerse sólo al diseño teórico formal de la figura, la doctrina ve profundas incoherencias en excepciones como la de la cláusula de atentado o magnicidio, mientras que no repara en que el tipo de “lógica” que le es propio es de cariz político y pragmático y tiene mucho más que ver con la “Realpolitik” que con órdenes ideales de valores. Así es como tiene todo su sentido teórico y muy poca penetración en los determinantes de la práctica una crítica como la de von Liszt a la cláusula de atentado, pues, en su opinión, no hay delito más político que el atentado contra la vida del jefe de Estado y quien admita el carácter político de delitos como la sedición no podrá negárselo al asesinato del rey⁹.

Ese peculiar desdoblamiento o esa falta de armonía entre la descripción teórica y la admisión práctica del delito político se aprecian aún mejor en otra cláusula de excepción que en muchos ordenamientos se introdujo a partir de finales del siglo XIX, la cláusula de anarquía. Conforme a la misma, no recibirán consideración de delito político los atentados anarquistas. Fue la asamblea del Instituto de Derecho Internacional celebrada en Ginebra en 1892 la que primeramente estableció que los autores de crímenes anarquistas no deberían gozar del derecho de asilo¹⁰. El paso siguiente consistió en que algunos ordenamientos jurídicos retiraron a tales delitos de anarquistas la calificación de delito político, a fin de permitir la extradición de sus autores. Repárese en que, por una parte, el delito anarquista es el más político de los delitos posibles, pues no pretende meramente cambiar este o aquel Estado, sino acabar con todos; pero, por otra, por eso mismo supone idéntico peligro para todos, pues el anarquista puro a todos los considera por igual enemigos y en todos

⁸ Naturalmente, cuando se trata de que el Derecho interno de un Estado dé la consideración de delito político al cometido contra él mismo y en su propio territorio, esas dos razones en contra se suman con mayor fuerza y coherencia: no puede un Estado premiar al que cuestiona sus propios fundamentos legitimatorios ni puede lanzar a su sociedad el mensaje de que ve con mejores ojos a quienes delinquen para destruirlo que a quienes lo aceptan. Volveremos sobre esto.

⁹ Cfr. Franke, Dietmar, *Politisches Delikt und Asylrecht*, cit., p. 35.

¹⁰ *Ibid.*, p. 38.

justificaba la violencia como medio para pasar a una convivencia mejor y más justa en una sociedad sin Estado.

En suma, vemos desde los inicios que la ambigüedad moral que caracteriza las definiciones del delito político, a tenor de las cuales lo que hace tal es o bien la intención política del delincuente o el tipo de bien jurídico por éste atacado, son resueltas en la práctica de los Estados sobre la base de una doble óptica. Por un lado, un cálculo de conveniencia en sus relaciones con los otros Estados y en lo relativo a la pervivencia del propio Estado, evitando fomentar o disculpar comportamientos delictivos que puedan fácilmente volverse en su contra; por otro, la afirmación de la superioridad moral del propio Estado, de su sistema de legitimidad, de modo que no quepa justificar ninguna forma de rebelión violenta contra dicho modelo tenido por el mejor y más justo. No estarán en consonancia con este enfoque común aquellos Estados que en sus relaciones internacionales admitan el delito político como ataque a otro Estado de su mismo tipo y con idéntica base legitimatoria, salvo que se justifique por la discrepancia entre las cláusulas constitucionales y la realidad efectiva operante en dicho Estado; y, sobre todo, no lo estarán aquellos Estados que en el plano de su Derecho interno y en lo relativo al juzgamiento en su seno de los delitos de sus ciudadanos, den trato de favor al delincuente político frente al delincuente común. Habría que estudiar con precisión caso por caso y la historia del respectivo país para conseguir explicación para tan paradójico fenómeno, pero seguramente se puede mantener, como hipótesis general, que tal ocurre, al menos en los tiempos recientes, sólo en los Estados que no han sido capaces de articular un vínculo suficiente entre su sistema político constitucional y democrático, las vivencias de su sociedad civil y las aspiraciones de su clase política. Estados en que la disputa política violenta entre grupos o facciones y en pro de uno u otro modelo de sociedad no se considera que haya sido o deba ser desterrada para siempre y donde la Constitución y el ordenamiento político democrático vigente se entienden como un mal menor, un armisticio provisional o una solución de compromiso antes de que unos u otros de los que no la quieren tengan fuerza suficiente -militar, económica...- para imponer su sistema alternativo. Bajo esa común coincidencia relativizadora del valor de la Constitución y del sistema de legitimidad política que ésta instaaura, los partidos y facciones se ponen de acuerdo para premiar desde la propia Constitución la pelea violenta contra ella misma, todos a la espera de justificar su acción anticonstitucional en esa misma prioridad que la Constitución da a la lucha política ilegal como moralmente meritoria, o, si vienen mal dadas, de poder beneficiarse de ese trato ventajoso que para el delincuente político la propia Constitución permite.

4. DELITO POLÍTICO Y ESTADO DE DERECHO

La evolución del delito político hasta nuestros días viene determinada por esa dinámica entre las conveniencias instrumentales de todos los Estados, cualquiera que sea su régimen político, y los intentos de afirmación que los Estados de Derecho hacen de su base moral como superior a cualquier otra posible. Aun si en nuestros días repasamos las posturas, vemos que la actitud ante la admisión o no del delito político, en qué casos y con qué consecuencias está determinada en cada autor por su sistema moral y su correspondiente juicio sobre la democracia de raigambre liberal y el Estado constitucional correspondiente. Desde la convicción de que el Estado constitucional de Derecho constituye el más justo de los sistemas políticos posibles, se tenderá a una apreciación muy restrictiva del delito político, que sólo podrá ser aquel que acontezca en pro de la imposición de dicho Estado y en un contexto autoritario y no respetuoso con los derechos humanos. No cabrá el reconocimiento favorable, como delincuentes políticos, de los que atenten contra las estructuras de dicho Estado con el fin de sustituirlo por un modelo diferente, no se reconocerá mérito moral digno de apreciación jurídica favorable al que en nombre de ideales anticonstitucionales delinca para socavar tal Estado. A la superioridad moral que para el Estado de Derecho se afirma, se añade la toma en cuenta de que tales órdenes constitucionales permiten la discrepancia y el planteamiento en libertad de políticas alternativas, con el único límite del respeto a los principios y estructuras sobre las que tal Estado se asienta y que en la Constitución se garantizan: los derechos fundamentales y los procedimientos democráticos. Fuera de esos límites intangibles, hasta la desobediencia se admite y hasta a ciertos comportamientos ilegales se les puede reconocer virtud moral y beneficio legal, bajo la forma de desobediencia civil. Pero el desobediente civil no es un delincuente político propiamente dicho, pues su propósito no es suprimir el sistema jurídico-político del Estado de Derecho, sino perfeccionarlo mediante una más depurada realización de sus derechos y principios cruciales, lo cual pone el límite “lógico” a la acción del desobediente civil, que no podrá atentar contra los derechos fundamentales constitucionalmente sancionados en nombre de cualquier concepción opuesta del orden social o de tales derechos.

Cuando, por contra, vemos posturas que o bien quieren introducir el trato favorable del delito político en el Estado de Derecho o bien demandan la aplicación de esa categoría a uno u otro de los bandos que pugnan con medios ilegales y gravemente atentatorios contra los derechos fundamentales de cualesquiera ciudadanos, nos hallamos ante ideologías que en el fondo discrepan de la superior condición moral

del Estado de Derecho como sistema político y simpatizan con alguna de sus alternativas de otro cariz. Desde la convicción de la mejor calidad política y moral de la convivencia en el Estado de Derecho, nadie defenderá un trato de favor para el que delinque en nombre de ideales políticos y sociales opuestos al mismo o que se quieren imponer en contravención de sus derechos primeros y sus procedimientos democráticos.

Son las mismas razones por las que el demócrata partidario del Estado de Derecho y del libre ejercicio de los derechos de los ciudadanos que en él son definitorios y constitutivos se negará también a regalar trato mejor a quien en aras de la defensa del Estado, incluso del mismo Estado de Derecho, vulnera gravemente la legalidad garantizadora de aquellos derechos, y rechazará toda manifestación de terrorismo de Estado, toda acción delictiva por razón de Estado y todo trato ilegal a los que se tengan por enemigos del Estado.

En consecuencia, en la práctica política del Estado de Derecho se superan aquellas ambigüedades con que el delito político se define en la teoría, se superan a base de hacer efectivas las pautas morales que forman el sustento de ese modelo de Estado. Esto se traduce en dos notas atinentes a la configuración moral del mismo: el Estado de Derecho no es relativista y el Estado de Derecho no es absolutista, por mucho que defienda un coto vedado de derechos que no pueden ser atacados bajo ninguna justificación política o moral.

Que no sea relativista significa que, por definición, no puede equiparar como igualmente dignas de respeto cualesquiera concepciones del ser humano y de la convivencia en sociedad y que no puede mantenerse neutral y tolerante ante cualesquiera medios que los ciudadanos empleen para sus fines políticos, ya consistan éstos en la formación de un sistema político alternativo, ya en la defensa del vigente. Bajo la perspectiva democrática y constitucional, el mérito moral lo tiene aquel ciudadano que encauza sus discrepancias con el orden establecido por la vía de la acción política constitucional y subordina sus afanes transformadores (o de defensa del Estado) al respeto de las reglas mínimas del juego establecido: respeto a los derechos más básicos de cada persona, incluidos los de los gobernantes (vida, integridad física, libertades...) y al procedimiento democrático como único camino admisible para toda innovación política y legal. Dentro de ese marco de juego, todos los credos e ideologías valen por igual y tienen idéntico derecho a expresarse y a imponerse por los cauces constitucionalmente sentados; fuera de él, no cabe homenaje ni privilegio y ninguna profunda convicción de nadie puede tenerse por atenuante de la vulneración de aquellos derechos y del proceder democrático.

Que el Estado de Derecho no profese un absolutismo moral quiere decir que no acoge ni defiende como único posible o loable un determinado ideal de vida y deja un amplio margen para las discrepancias individuales con el orden legal establecido, a base de reconocer y proteger derechos como la libertad de expresión, las libertades políticas, la objeción de conciencia o, incluso, para dar consideración benigna a los llamados delitos de conciencia, que son cosa distinta de los llamados delitos políticos¹¹.

Sentado lo anterior, en el tratamiento penal que en el Estado de Derecho se haga de la delincuencia movida por convicciones políticas pueden surgir dos paradojas o contradicciones internas. Una tiene que ver con el trato favorable de esos delitos, la otra con la tipificación como delito de ciertas acciones de propósito político, pero que no afectan a esos derechos básicos y a esas estructuras democráticas de tal Estado.

Resulta, en efecto, paradójico que en esos Estados constitucionales, que blindan frente a cualquier reforma las normas de su Constitución referidas a los derechos fundamentales o al procedimiento democrático o que someten esas reformas a procedimientos muy agravados y que acaban siempre en una consulta popular, privilegien a quien pretende cambiar esas reglas primeras mediante la acción violenta. Allí donde se ponen dificultades para el cambio de las reglas del juego mediante el ejercicio político ordinario, se muestra comprensión con la transformación violenta de las mismas, y todo en consideración a la presunta superioridad moral de quienes consideran que sus ideas o intereses valen más que la vida, la integridad o la libertad de los otros. El que se quiere a sí mismo tanto y se considera en posesión de verdad tan alta y evidente como para tratar a sus conciudadanos como

¹¹ Dice Claus Roxin, en paralelo con lo que aquí venimos defendiendo: “En los restantes casos en que el sujeto infringe la ley penal en una situación de conflicto ineludible por razones de conciencia, ante todo la existencia (independencia e integridad) del Estado, su seguridad y sus supremos principios constitucionales establecen límites inmanentes a la puesta en práctica de la libertad de conciencia. Por tanto, quien por razones de conciencia comete traición, pone en marcha una subversión interior o perpetra atentados terroristas para destruir el sistema no puede invocar el art. 4 GG. Pues la GG otorga la libertad de puesta en práctica de la conciencia sólo en el marco del Estado para el que está creada; *la hipótesis de que la GG hubiera preprogramado su propia derogación mediante la tolerancia de delitos contra la seguridad del Estado es absurda*” (el subrayado es mío, JAGA). Y añade: “El art. 4 GG topa con sus límites allí donde el hecho realizado por motivos de conciencia impediría u obstaculizaría el cumplimiento de funciones esenciales del Estado; de lo contrario el Estado se entorpecería o paralizaría a sí mismo” (Roxin, C., *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I (*Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*), Madrid: Civitas, 1997, p. 946 (trad. de D.M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal). El apartado 1 del artículo 4 de la Constitución alemana (GG) reza así: “La libertad de creencia y de conciencia y la libertad de confesión religiosa e ideológica son inviolables”.

puros instrumentos de sus personales designios, quien en nombre de su visión del hombre y la sociedad mata, tortura o secuestra a sus vecinos, no puede merecer ningún especial respeto de ese Estado cuya Constitución comienza por proclamar la intangibilidad de la vida, la integridad y la libertad de todos. Quien en el seno de un Estado de Derecho en nombre de ideales políticos mata, tortura o secuestra, no es merecedor de disculpas o atenuantes legales, sino al contrario, pues con su acción ataca en primer lugar dichos bienes básicos de los ciudadanos y, al tiempo y en segundo lugar, pretende desterrar precisamente el sistema político que hace de la defensa de tales derechos y bienes su seña de identidad. El que, por razón de su oposición política a la Constitución democrática, mata o secuestra a mi conciudadano no sólo atenta contra sus concretas víctimas, sino también, indirectamente, contra mí, pues me hace ver que mi valor como ser humano está sometido a sus ideas y es una pura herramienta de sus objetivos. Y lo mismo vale si tales delitos se cometen en nombre del Estado de Derecho y su defensa, lo cual es un imposible lógico y, en la práctica, un escarnio de sus ideales definitorios.

La segunda paradoja asoma cuando vemos a un Estado de Derecho tipificar penalmente y castigar conductas de finalidad política, pero que no suponen atentado directo contra los derechos fundamentales de los ciudadanos ni ponen en peligro los procedimientos democráticos, conductas como ultrajes a la nación, ofensas al Jefe del Estado, negación del holocausto, etc.¹². La conversión del Estado y de los que ocupan sus órganos supremos en una superpersona con derechos más altos que los del común de los ciudadanos y que justifican la represión del ejercicio de los de éstos equivale a una inversión del orden de las cosas que en un Estado constitucional de Derecho es congruente y se espera. Ni el Estado ni sus símbolos y dirigentes valen por sí ni merecen mayor protección que el ciudadano ordinario ni pueden ser titulares de derechos que primen sobre los de éste, al menos mientras se quiera obrar en congruencia con la filosofía que subyace a dicho Estado. Pero no es ése el tema de este escrito y lo dejamos aquí.

5. LOS LÍMITES MATERIALES DEL DELITO POLÍTICO

Por lo expuesto y, en consonancia con la doctrina dominante y los documentos internacionales, podemos suscribir las palabras de Quintero Olivares, según el cual

¹² Al respecto, véase, por ejemplo, Belloch Petit, Guillermo, "El Derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 54, enero 2001.

los llamados delitos políticos “no son concebibles en países configurados como Estados de Derecho democráticos; en cambio, son propios de países totalitarios”. Junto a los delitos políticos “se sitúan los delitos comunes (robos, secuestros, atentados, extorsiones) de <<finalidad política>>. Generalmente, la doctrina y la praxis penal europeas niegan a estos últimos el carácter de delitos políticos, criterio comprensible en relación con los países dotados de sistemas democráticos que permitan la expresión pacífica de cualquier discrepancia, sea cual fuere el alcance de ésta”¹³. Añade en consecuencia este autor que “el concepto *positivo* de delito político es funcional y, por consiguiente, *no puede ser aplicado a un hecho prescindiendo de las características del Estado en el que ha tenido lugar*”. Y hace inmediatamente después una última consideración de suma importancia: “Tenemos así un segundo criterio, que se suma al primero, que consiste en negar la condición de delito político a una serie de actos que internacionalmente han sido excluidos de esa condición”¹⁴.

Vemos de nuevo que, bajo el prisma del Derecho y la política comparados, el delito político tiene un componente fuertemente relativo, en consonancia con la diversidad de regímenes políticos que lo tratan, pero que, bajo la óptica del Estado de Derecho, el delito político posee, por razones de pura coherencia con los presupuestos valorativos de tal Estado, dos límites absolutos: no cabe el delito político cuando se atenta contra un Estado de Derecho mínimamente efectivo y, se atente contra el Estado que se atente, no pueden merecer dicha calificación ciertos delitos que suprimen los derechos más básicos de las personas, como la vida, la integridad física o la libertad. La lucha por los derechos humanos no puede recibir premio legal cuando vulnera los derechos humanos más importantes. Contempladas las cosas desde la filosofía inspiradora del Estado constitucional de Derecho, ningún orden político puede reputarse justo si se obtiene al precio del sacrificio de aquellos derechos más elementales. Si se nos permite la comparación, sería como pretender formar pianistas a base de amputar brazos, o como querer fomentar el libre ejercicio del celibato mediante la castración forzosa: una contradicción en los términos, una quimera teórica y un sinsentido práctico.

No podrá chocar, por tanto, que en el Derecho internacional se haga un uso cada vez más restrictivo del delito político y que de él queden claramente excluidos

¹³ Quintero Olivares, Gonzalo, “La revisión del delito político: islamismo y otros problemas”, cit., p. 692.

¹⁴ Ibid., p. 693.

los delitos de terrorismo¹⁵. Como muy bien ha señalado Martin Moucheron¹⁶ en su análisis de la situación en Bélgica, país cuna de la idea de delito político, las definiciones usuales de terrorismo encajarían en lo que tradicionalmente ha sido definido como delito político. Pero lo curioso es que, mientras el delito político era objeto de una consideración más benévola frente a los delitos comunes, los delitos de terrorismo reciben un trato agravado. Un vistazo a la discusión en la doctrina internacional nos muestra que esta evolución histórica puede merecer un juicio muy diverso. Para unos, la progresiva disolución del delito político y su no aplicación a delitos que caen bajo los términos de su definición tradicional, como los de terrorismo, da cuenta del progresivo alejamiento de los ideales humanistas propios del Estado liberal y de su tendencia a convertirse en Estado conservador y crecientemente represivo¹⁷; para otros, es precisamente el contenido radicalmente opuesto a cualquier sentido humanitario y su nula compatibilidad con los derechos humanos y los principios más elementales del Estado liberal moderno lo que justifica con creces el hecho de que al terrorismo no se le regale ningún beneficio legal¹⁸ o, incluso, que se agraven las penas para sus atroces atentados¹⁹.

¹⁵ Para un útil repaso de los intentos de la comunidad internacional para alcanzar una definición de terrorismo, y con especial atención al ámbito europeo, vid. García Rivas, Nicolás, “La tipificación <<europea>> del delito terrorista en la decisión marco de 2002: análisis y perspectivas”, *Revista General de Derecho Pena* (Ed. Iustel) I, n° 4, noviembre 2005 [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=8&id_noticia=404561&id_categoria=7220].

¹⁶ Moucheron, Martin, “Délit politique et terrorisme en Belgique: du noble au vil”, *Culture & Conflicts*, n° 61, 2006, pp. 77-100. Citamos por la versión electrónica [<http://www.conflicts.org/document2038.html>].

¹⁷ Un ejemplo bien significativo de esas posturas críticas nos lo ofrece Luca Bauccio desde Italia, país en el que también se recoge en la Constitución vigente la prohibición de extraditar por delitos políticos a ciudadanos italianos (art. 26) o extranjeros (art. 10). Vid. Bauccio, L., “Reato politico, reato di terrorismo ed estradizione”, en *Diritto&Diritti*, octubre de 2001 [<http://www.studiobauccio.it/index.cfm?fuseaction=bauccio.12682&lan=it>].

¹⁸ En la jurisprudencia europea puede verse, como ejemplo entre muchos, la actitud de la Corte Suprema Italiana: “el límite sentado por la Constitución a la extraditabilidad de los extranjeros sólo puede operar si en la base del motivo político se coloca el presupuesto fundamental del reconocimiento de las instituciones democráticas y de los derechos de libertad, lo cual es confirmado por el hecho de que la Constitución reconoce el derecho de asilo al extranjero al que le sea impedido en su país el ejercicio efectivo de los derechos de libertad. Queda, por tanto, excluida en línea de principio la prohibición de extradición para los delitos de terrorismo que impliquen dicha finalidad opuesta al espíritu de la Constitución italiana” (Corte Suprema di Cassazione, Sezione VI Penale, sentencia de 2 de julio de 2000 (http://www.diritto.it/osservatori/diritto_umani/n1_02.html)).

¹⁹ Asunto hasta cierto punto distinto es que el problema grave que el terrorismo supone para el Estado, las libertades y los derechos más básicos de los ciudadanos sirva como pretexto para meter en ese saco comportamientos que no deberían aparecer bajo esa etiqueta y para demonizar, como delitos graves, conductas que propiamente no lo son tanto, como delitos de opinión (asi, el de enaltecimiento o justificación del terrorismo -art. 578 del Código Penal español- o el de provocación al odio o la discriminación -art. 510.1 del Código

No es extraño que la solución en los documentos de Derecho internacional haya consistido en la práctica renuncia a la definición de los delitos de terrorismo y su reemplazo por una pura enumeración casuística de aquellos tipos de atentados que han de merecer tal consideración a efectos de la colaboración internacional para su persecución²⁰. Cualquier intento de definición genérica del terrorismo como delito habría de hacer hincapié tanto en el elemento subjetivo o intencional -propósito de combatir el sistema político establecido en algunos lugares- como objetivo o material -efectiva aptitud del hecho para provocar el debilitamiento, crisis o inestabilidad de tal sistema-, y de esa forma entraría en conflicto con la mención positiva que algunos ordenamientos aún hacen del delito político a efectos de sustraer a

Penal español-), etc. Respecto de estos últimos delitos que las legislaciones están asociando al terrorismo, pero que no forman parte, obviamente, del núcleo de éste que merece tal vez un esfuerzo represivo sin concesiones a filosofías románticas (aunque con todas las garantías propias del Estado de Derecho), puede decirse en verdad que se ha invertido la situación anterior: de primar las ideas y acciones de los que quieren un cambio de sistema político por razones de interés general, a reprimir incluso la defensa meramente teórica o propagandística de tales cambios.

En el extremo opuesto a la consideración positiva del delito político se hallaría el llamado “derecho penal del enemigo”, categoría forjada por Günther Jakobs. Hay una diferencia absolutamente sustancial entre la interpretación restrictiva que para el delito político en este trabajo proponemos y los planteamientos de Jakobs. Para nosotros, el terrorista y quien atenta contra los derechos fundamentales más esenciales no puede ser, en un Estado constitucional de Derecho, merecedor de ningún privilegio penal, pero rigen para él las garantías jurídicas generales que son propias y constitutivas de tal Estado. En cambio, para Jakobs el terrorista -entre otros “enemigos”- no amerita ni siquiera trato de persona y puede el Estado privarlo de tales garantías. Para una consideración más amplia sobre el particular por mi parte, García Amado, J.A., “El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs”, en Cancio Meliá, Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Madrid (Edisofer), Buenos Aires (Euros Editores), Montevideo (B de F), 2006, vol. 1, págs. 887-924. Entre la ingente literatura referida a la noción de “Derecho penal del enemigo” puede verse, además de los numerosos trabajos que figuran en el libro que acabamos de mencionar, las consideraciones de Alejandro Aponte en su importante obra *Guerra y Derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2006. De sumo interés también el artículo de Muñoz Conde, F., “Las reformas de la parte especial del Derecho penal español en el 2003: de la <<tolerancia cero>> al <<Derecho penal del enemigo>>”, *Revista General de Derecho Penal*, (Ed. Iustel), núm. 3, mayo 2005. [http://www.iustel.com/revistas/detalle_revista.asp?id_revistas=8]. Desde Colombia, además del referido libro de Aponte es muy recomendable: Velásquez V., Fernando, “El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana”, *Revista General de Derecho Penal* (Ed. Iustel), nº 3, mayo de 2005 [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=8&id_noticia=403857&id_categoria=7066].

Si empleamos la de “derecho penal de enemigo” como categoría puramente descriptiva para denominar la privación de garantías penales y procesales a ciertos delincuentes, tal vez cabría llamar “derecho penal de amigo” a determinados intentos de eximir de responsabilidad a algunos grupos criminales, cercanos al aparato estatal y que *supuestamente* defienden el orden establecido, pues en estos casos los privados de las garantías legales y constitucionales son los ciudadanos en general, y muy en particular las víctimas.

20

Así, ya la Convención Europea para la Represión de Terrorismo, aprobada en Estrasburgo el 12 de enero de 1977, artículo 1.

sus autores a la extradición, de brindarles asilo o de permitir el ejercicio con ellos de ciertas medidas de gracia²¹. Al realizar el elenco de los delitos que, por quedar calificados como terroristas, no pueden recibir ese trato de delitos políticos, el ordenamiento internacional está sacando para cada Estado constitucional de Derecho las conclusiones a que cada uno de ellos debería llegar por sí: que no puede mirarse con mayor simpatía que al delito común la acción delictiva de aquellos que, en su lucha contra la Constitución de tales Estados, desconocen por completo los más elementales derechos de los ciudadanos y hacen radical ostentación de su desprecio por los procedimientos democráticos como vía legítima para la acción política. La intención política noble que se atribuye al delincuente político pasa a contemplarse como una intención política particularmente vil.

La contradicción immanente a los ordenamientos que, por un lado, reconocen el delito político con efectos favorables y, por otro, inaplican tal categoría al delito posiblemente más “político” en muchos casos, el de terrorismo, sólo puede salvarse en la teoría reservando la consideración de “políticos” para los delitos de esa naturaleza que acontezcan contra sistemas políticos dictatoriales y desconocedores de los derechos humanos. Pero tal reserva resulta incompatible con la pretensión de apoyar internacionalmente, con alcance universal y al margen de los diferentes tipos de Estado, la persecución del terrorismo, por lo que, en términos prácticos, se asiste a un inevitable vaciamiento de la noción de delito político. Es el precio que pagan las democracias y los Estados constitucionales de Derecho por el mantenimiento de su superioridad moral. Este planteamiento, cuyo fundamento último parece aceptable, conlleva también un riesgo indudable: el que se comience por afirmar el régimen democrático y de derechos fundamentales como el más justo o el único justo, pero se acabe en contradicción interna a base de considerar atentado contra la democracia, y hasta delito terrorista, el puro delito de opinión o cualquier *pacífica* discrepancia con los fundamentos de tal sistema o con el estado de cosas vigente en un Estado democrático en un momento dado.

²¹ Como dice la Corte de Casación Belga, Sección Neerlandesa, 2ª Cámara, en su Sentencia de 11 de septiembre de 2004, un delito sólo es político « *si, eu égard à la nature même de l'infraction, il consiste en une atteinte portée directement à l'existence, à l'organisation ou au fonctionnement des institutions politiques ; ou s'il a été commis dans le but de porter une telle atteinte aux institutions politiques et que, vu les circonstances particulières de sa commission, le fait entraîne ou peut entraîner directement une telle atteinte [...]* ». Téngase en cuenta que esta misma Corte que define así el delito político aún en nuestros días es la misma que viene haciendo una interpretación sumamente restrictiva de su alcance actual en el ordenamiento belga y deslindándolo cuidadosamente del terrorismo.

Una sutil cuestión de medida es la que marca el límite entre la legítima y moralmente justificada defensa de la democracia y la paradójica conversión de la democracia en una nueva forma de autoritarismo. No se trata de que en democracia no se pueda criticar la democracia ni, menos aún, de que haya que equiparar Estado democrático con este o aquel gobierno del mismo, tildando de terrorista al que con su palabra o su comportamiento pacífico pretende o bien sustituir la democracia o bien hacerla evolucionar hacia más justas realizaciones. Es un asunto de medios y fines, y lo que en democracia no se puede tolerar ni debe recibir trato de favor, so pretexto de las laudables y sinceras intenciones del delincuente, es el atentado más grave (asesinato, tortura, secuestro) contra los derechos básicos de ciudadanos inocentes. Quien mata, tortura o secuestra para sus fines políticos es un canalla y como tal tiene que ser tratado en un Estado constitucional de Derecho. Fuera de ahí, la mayor tolerancia posible y la mejor consideración para el que por sus convicciones políticas discrepa o, incluso, vulnera la ley penal. O, expresado de otra manera, quizá menos equívoca: no se trata de defender frente a cualquier opositor el Estado constitucional de Derecho, como sistema moral y político abstracto; tampoco de amparar a este o aquel gobierno o, por ejemplo, el régimen económico vigente en un momento dado²². Se trata de no otorgar ni la más mínima ventaja, sino al contrario, a aquellos cuyo fanatismo político o absolutismo moral los lleva a valorar en más sus ideales y fines que la vida, la integridad física o la libertad de los ciudadanos. Simplemente. Siga aplicándose la noción de delito político, con su componente subjetivo y objetivo, pero siéntense claramente esas excepciones que lo excluyen y que tienen su base en las propias constituciones de los ordenamientos jurídicos que lo reconocen. Es la única manera de no convertir tales cláusulas constitucionales o legales en palmariamente inconstitucionales, en caballos de Troya insertos en los propios textos jurídicos fundamentales de las democracias.

Y una observación más, por las dudas. Cuando el terrorista es el aparato del Estado que, so pretexto de defender el orden constitucional y los derechos de los ciudadanos libres, violenta tal orden y tales derechos, suprime las más elementales garantías jurídicas y pretende reducir toda política posible a la política gubernamental, nos hayamos ante la más perversa y cínica inversión de la idea de delito político, pues en tales casos los aparatos estatales pretenden adueñarse en exclusiva tanto de la nobleza de propósitos del delincuente político como del contenido moral de las constituciones. Un ejemplo más de un tipo de delincuencia política, la estatal, que

²² Sobre el riesgo actual de tal utilización torcida de la noción de terrorismo y desde una defensa fuerte del mantenimiento del delito político, vid. Moucheron, M., op. cit.

no puede, bajo ningún concepto, recibir ninguna consideración favorable, sino bien al contrario. Cuando los que nos defienden frente al terrorismo se convierten en terroristas, nuestra indefensión, como ciudadanos, es máxima y ni la más nimia forma de impunidad podemos tolerar. Es más, posiblemente es ahí donde resurge algo más profundo incluso que el delito político: el derecho de resistencia de los ciudadanos. Pero, para evitar el diabólico círculo, debe quedar claro un límite: en la legítima lucha por la democracia y contra la opresión estatal sigue siendo esencial la valoración de medios y fines y jamás puede estar justificado el sacrificio de la vida, la integridad física o la libertad de inocentes.

El Estado de Derecho está ideológicamente ubicado en un muy inestable equilibrio. Por una parte, tiene una de sus raíces en la filosofía de la tolerancia y en la protección del pluralismo ideológico, con esmerada atención a la libertad de conciencia y a la consiguiente posibilidad de cada persona de profesar credos religiosos, morales o políticos distintos y de vivir y actuar en consonancia con ellos. Pero, por otra parte, hay un límite definitorio: esa posibilidad ha de ser real y efectiva para todos por igual, no reconociéndose a nadie el derecho a usar la fuerza para imponer sus ideales a los demás. Sin embargo, como las normas jurídicas en cada momento vigentes han de recoger, inevitablemente, elementos de la moral positiva de algún grupo, se recurre a la democracia, al régimen de mayorías, para que sean los menos los que tengan que doblar sus convicciones frente a la ley. El sistema se reequilibra con la protección de las minorías y con la posibilidad, que ha de estar siempre abierta, de que, mediante la acción política constitucionalmente habilitada, la minoría de hoy pueda ser mayoría mañana e imponer sus propias normas. Vemos ahí un primer matiz a la no “confesionalidad” moral del Estado de Derecho como tal, a su necesario carácter neutral frente a las plurales cosmovisiones de los ciudadanos. El segundo matiz deriva del hecho de que sólo puede funcionar tal Estado cuando opera en la sociedad un consenso básico sobre su superioridad moral frente a toda ideología de corte absolutista que quiera perpetuarse mediante los aparatos del Estado y al margen de los cauces constitucionales. Es decir, no hay posible Estado de Derecho constitucional y democrático allí donde la mayoría de la sociedad no piensa que existe algo mejor que las particulares convicciones de cada cual: el hecho, constitucionalmente garantizado, de que cada uno pueda mantener las suyas. Ese es el relativismo moral paradójico de las democracias: cada demócrata no se considera en posesión de la suprema y definitiva verdad moral, aplicada a sus credos particulares, pero los demócratas en su conjunto creen que hay una “metamoral” verdadera, la que garantiza que cada uno viva conforme a sus ideas, a tenor del sistema moral que prefiera, y que el contenido de las leyes se establezca por mayoría y no a tiros o a base de oprimir las libertades de nadie.

6. ¿JUSTICIAS DE TRANSICIÓN? CONSIDERACIONES MARGINALES SOBRE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, DE 11 DE JULIO DE 2007

En Colombia el delito político tiene consideración constitucional como diferente del delito común y merecedor de determinadas ventajas en su tratamiento jurídico. Así, el artículo 35 proscribía la extradición por delito político. El 150, en su apartado 17, permite que las Cámaras concedan amnistías e indultos generales por delitos políticos, si bien con mayoría necesaria de dos tercios en cada una de ellas. En este precepto se trasluce la contemplación resignadamente instrumental de tal medida, pues se puntualiza que cabe “por graves motivos de conveniencia pública”. El artículo 179 exime de la prohibición de ser congresistas a quienes hayan sido condenados a penas privativas de libertad por delitos políticos; el 201 faculta al gobierno para otorgar indultos por delitos políticos, con la obligación de informar al Congreso sobre el ejercicio de tal facultad; el 232 permite a los que hubieran sufrido condena privativa de libertad por delito político ser Magistrados de la Corte Constitucional, la Corte Suprema y el Consejo de Estado, a diferencia de lo que se establece para quienes hubieran padecido tal condena por delito doloso, y la misma excepción hace el artículo 299 para poder ser diputado departamental. Se entienden los motivos para tales “privilegios” en un país con semejante historia de sangrientas luchas fratricidas²³. Pero la cuestión estriba en qué alcance se puede dar a la noción para que tal concesión constitucional y el consiguiente debilitamiento del valor que la Constitución se concede a sí misma no desemboquen en un puro escarnio constitucional.

En ese sentido, la interpretación restrictiva que las altas Cortes colombianas realicen de dichas normas constitucionales sólo puede merecer el aplauso de este observador extranjero, y no sólo por consideraciones de mera apreciación moral y política, sino por las expuestas razones de coherencia del propio sistema constitucional de un Estado de Derecho que quiera serlo en la práctica y no sólo en los fríos textos. Ello no quita para que esa interpretación restrictiva aparezca acompañada en ocasiones de expresiones sorprendentemente comprensivas con el espíritu de los alzados en armas contra esa forma de Estado y su Constitución, como cuando la Corte Suprema, en

²³

Si no estoy mal informado, en la historia del constitucionalismo colombiano estas cláusulas son triunfos históricos de los liberales para protegerse de la persecución política de los conservadores que, por ejemplo, tuvo lugar durante los regímenes de las constituciones de 1843 y de 1886, antes de la reforma de 1936.

esta Sentencia de 11 de julio de 2007, profiere el siguiente párrafo: “Las sociedades democráticas se caracterizan por la búsqueda permanente del consenso social, el cual viene de la mano de postulados tales como la igualdad, la justicia y la libertad, entre otros, cuya materialización compete a todos los poderes públicos. *Una sociedad excluyente con graves déficits en el funcionamiento de la democracia, en la que no se respeta la dignidad humana ni los derechos fundamentales, frecuentemente cuenta con la presencia de graves conflictos, que en algunos casos llegan hasta niveles de confrontación violenta*” (subrayado de JAGA). ¿Se está refiriendo la Corte Suprema a Colombia? ¿Está admitiendo que pueda haber en realidad sociedades que merezcan el nombre de democráticas y en las que el alzamiento violento contra el orden constitucional democrático esté moralmente justificado? ¿Forma parte la lucha armada de la “búsqueda permanente del consenso” que es propia de las sociedades democráticas? No digo que el derecho de resistencia frente a la opresión no pueda tener justificación en más de un Estado ni que la rebelión violenta contra el orden establecido carezca siempre de fundamento moralmente aceptable, y no me pronuncio sobre Colombia a ese respecto. Sólo trato de resaltar la difícil tesitura en que se coloca uno de los máximos guardianes del orden constitucional de un Estado con una Constitución ejemplarmente democrática y protectora de los derechos fundamentales, cuando sus palabras pueden hacer pensar que los medios jurídicos que a los poderes públicos facultan y vinculan son por sí insuficientes para asegurar el mínimo respeto a ese orden.

Pero, más allá de disquisiciones puntuales y de la exégesis de afirmaciones que seguramente son fruto de toda una tradición política nacional que en el fondo mira con simpatía, consciente o no, a las acciones de lucha revolucionaria (o involucionaria) contra el Estado, el fallo de la Corte Suprema en esta Sentencia le resulta a este observador plenamente razonable y acorde con lo hasta aquí expuesto. Que crímenes absolutamente atroces y subsumibles en los estándares internacionales de genocidio y terrorismo no se consideren merecedores de los privilegios del delito político es digno de la máxima alabanza y expresa la mejor actitud de defensa de la Constitución y sus valores de fondo. Sea el grupo que sea el que cometa semejantes desmanes, por supuesto.

Sentado ese acuerdo de base con el fallo y con la fundamentación en su conjunto, quisiera solamente cuestionar una de las nociones que en la Sentencia se manejan, la de “justicia de transición”. Y ello con el mero fin de sostener que en posturas de firmeza constitucional, como la de la Corte Suprema en la Sentencia referida, la defensa de la Constitución y de los derechos y procedimientos que ésta consagra será tanto más efectiva cuantos menos resquicios deje a la duda y

cuanta mayor sea la coherencia con que las Cortes valoren los hechos desde su competencia de defensores de la Carta Constitucional, al menos mientras honestamente consideren que hay tal Constitución y que aún merece la pena resguardarla y hacerla efectiva.

Usa en varias ocasiones la Corte Suprema en esta Sentencia la expresión “justicia de transición”, siguiendo los precedentes de la Corte Constitucional al respecto. También se habla de “transición hacia una paz consensuada”. Pero esa transición viene representada por la Constitución misma, y permitir su debilitamiento mediante otras “transiciones”, para integrar a los que violentamente se oponen a la Constitución²⁴, equivale a afirmar una Constitución nueva y distinta, cuya norma suprema vendría a decir que por encima de las disposiciones de la Constitución escrita están las que sean capaces de imponer los que violentamente se le enfrentan.

¿Qué quiere decir “justicia de transición”? En este contexto sólo puede significar transición *constitucional*. Propiamente la justicia de transición sólo cabe entre un modelo anterior de inestabilidad constitucional y un modelo constitucional estable. En situaciones de guerra civil o profundo enfrentamiento social, se negocia y se acuerda una salida jurídica y política que dé mínima satisfacción a las partes en litigio y que fije para el futuro *nuevas* reglas de juego con vocación de estabilidad²⁵. Y la Constitución no es sino la norma que sienta las reglas básicas del juego jurídico-político hacia el futuro y con propósito de permanencia, una vez que se ha salido del enfrentamiento anterior y del consiguiente desorden. La justicia de transición puede darse entre dos sistemas políticos o dos constituciones, una anterior, que se ha tornado inefectiva o inconveniente, y una nueva, que se afirma como asentadora de ese nuevo orden estable.

²⁴ A la Constitución se opone todo el que extremadamente la desconoce y atenta contra los derechos fundamentales, aunque diga que lo hace para defenderla. En esto los extremos se tocan.

²⁵ En la doctrina colombiana, Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon, autores que mantienen una actitud reticente ante la aplicación de modelos de justicia transicional en Colombia, dejan claro, en su definición de la misma, que opera en contextos de salida de guerras civiles y transformaciones radicales del orden social. Así, cuando señalan que mediante los procesos transicionales “se llevan a cabo transformaciones fuertes de un orden social y político determinado, que enfrentan la necesidad de equilibrar las exigencias de paz y justicia”; o cuando explican que la justicia transicional “hace referencia a un problema muy antiguo, relativo a qué debe hacer una sociedad frente al legado de graves atentados contra la dignidad humana, cuando sale de una guerra civil o de un régimen tiránico”. Y aclaran que “es preciso recordar que el objetivo básico de toda transición consiste en la instauración de un nuevo orden político y social” (Uprimny, R., Saffon, M.P., “Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades”, en Angelika Rettberg (ed.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, cit. El trabajo citado puede consultarse en [http://www.idrc.ca/en/ev-84576-201-1-DO_TOPIC.html].

Lo que no tiene mayor sentido es la aplicación de la justicia de transición bajo una misma Constitución y con permanencia de ella²⁶. Tal cosa equivale a un permanente estado de excepción constitucional: cada vez que un grupo se alce eficazmente contra los fundamentos más elementales de la Constitución (derechos fundamentales, democracia parlamentaria...), al aplicar la justicia de transición con pretensiones de constitucionalidad se estará pretendiendo un imposible lógico y un sinsentido práctico. O hay anteriormente Constitución eficaz, y entonces no cabe en ella justicia de transición, pues supondría contradecir su valor normativo o reconocer palmariamente su ineficacia (equivalente a la inexistencia real de tal Constitución) o no la habría propiamente y lo que se busca en realidad es poner las bases para una nueva, que ya no podrá, si en verdad es Constitución, reconocer y amparar esa apertura permanente a la justicia de transición. Una Constitución vigente y eficaz no puede afirmarse y negarse al mismo tiempo. Lo cual equivale a decir que no puede ser la base normativa para una justicia de transición. Ahora bien, si la vigencia de

26

Salvo que la propia Constitución recoja normas para tales transiciones, normas que se puedan considerar de justicia transicional, con lo cual dichas cláusulas constitucionales, si suponen excepciones al principio general de respeto de los derechos humanos y el procedimiento democrático, deben interpretarse como cláusulas de excepción o como normas sobre la reforma de las normas constitucionales. En cualquier caso, cuando las medidas tomadas en pro de la “justicia de transición” rebasen esas previsiones constitucionales o, sobre todo, cuando supongan el “visto bueno” constitucional a acciones gravísimamente atentatorias contra los más básicos derechos humanos constitucionalmente reconocidos, estaríamos ante una reforma constitucional inconstitucional y, con ello, ante una Constitución nueva si en los hechos tales medidas logran imponerse. Ahí, que una alta Corte considerara semejantes medidas como constitucionales no significaría sino un manto más para el ocultamiento de que la Constitución anterior ha fenecido y ha surgido una nueva. Ningún artificio retórico, ninguna verborrea judicial pueden convertir lo negro en blanco.

De cómo la permanencia de una Constitución puede tener un carácter absolutamente ficticio y de mera tapadera de una realidad gobernada por otras normas, de imposible constitucionalidad acorde con aquel texto constitucional, nos da buena cuenta la historia constitucional argentina. La Constitución argentina de 1853 se mantuvo formalmente vigente a lo largo de tantos golpes militares escandalosamente inconstitucionales. Era la Corte Suprema Argentina la que cada vez declaraba que aquellas medidas de los golpistas en el poder, como el dejar en suspenso los derechos fundamentales principales, eran constitucionales porque se tomaban para salvar el Estado y, como sin Estado tampoco cabe Constitución, para salvar la propia Constitución. Era un Estado constitucional de inconstitucionalidad, podríamos decir. Sobre esa historia argentina puede verse el magnífico libro de Alejandro Carrió (con la colaboración de Alberto F. Garay), *La Corte Suprema Argentina y su independencia* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996). Tampoco los nazis derogaron nunca formalmente la Constitución de Weimar de 1919 y en los primeros años de gobierno hitleriano la doctrina afín, que era casi toda, proclamaba que la supresión de todas las garantías constitucionales y la misma alteración del orden territorial del Estado establecido por la Constitución respondían a un “estado de necesidad del Estado” y suponían una “revolución constitucional”: revolución por lo que de alteración del orden anterior contenía y “constitucional” porque su propósito era salvar la esencia del Estado y, con ello, la base primera de aquella Constitución. Los juristas de corte siempre recurren a la alquimia verbal para complacer a los tiranos y para dar apariencia de exquisita juridicidad al simple abuso radicalmente antijurídico. De eso viven; y bien, por cierto.

la Constitución existente es puramente nominal, aparente, superestructural, bien porque no es socialmente aceptada, bien porque el Estado no es capaz de hacerla valer frente a los que contra ella se levantan, es mejor, más honesto intelectualmente y más conveniente en la práctica, llamar a las cosas por su nombre y asumir dos hechos: que en el presente no hay Constitución que merezca con propiedad tal nombre y que con la llamada justicia de transición nos hallamos ante un proceder fáctico consistente en la negociación de la paz y de los acuerdos sociales básicos que desembocan en un proceso constituyente, confeso o no. Pero en ese caso es una pura ficción el mantener que la justicia de transición y las consiguientes medidas poseen una base constitucional. Su sustento es puramente fáctico y referido a la fuerza respectiva de los grupos enfrentados. Los términos de una Constitución vigente no pueden estirarse hasta el extremo de su propia contradicción²⁷, pues, así estirada, una Constitución se rompe y deja de ser tal, se convierte en tapadera, en puro simulacro, mediante el que retóricamente se puede justificar cualquier acción, hasta la más abruptamente inconstitucional.

Mantener que esas medidas de justicia de transición implican “transición hacia una paz consensuada” equivale a admitir soterradamente lo que se quiere negar de boca para afuera: que no hay paz ni consenso social mínimo, paz y consenso social mínimo sin los que no existe, hablando con propiedad jurídica y política, ni Constitución vigente ni, en realidad, Estado propiamente dicho, sino contingentes normatividades impuestas en cada parte del territorio por la facción que lo domina.

Podemos entender que cuando la Corte Suprema sienta límites a la “justicia de transición” está haciendo algo más que interpretación de ciertas leyes especiales o de los propios preceptos constitucionales, está afirmando la vigencia *in toto* de la Constitución como fuente de legitimidad de los poderes del Estado y sólo de ellos, y, así, de su propia competencia constitucionalmente legítima. Proceder de

²⁷

Por ejemplo, la posibilidad que la Constitución otorgue de dictar amnistías para los delitos políticos se vuelve contra la propia Constitución cuando esa medida se convierte en un subterfugio para convertir en impunes o prácticamente impunes los más graves atentados contra los derechos fundamentales de ciudadanos no beligerantes. Una Constitución que permitiera sanar de esa manera la revuelta contra sus más intocables pilares estaría negándose a sí misma, llevaría en su seno la semilla de su propia aniquilación. De ahí que resulte constitucionalmente forzosa la interpretación restrictiva de un precepto semejante. Una interpretación extensiva, por contra, supondría hacer tabla rasa de la Constitución, bien para dar cuenta de que en los hechos ya no rige tal Constitución, o bien para permitir la tácita erección de una Constitución de nuevo cuño y en la que los derechos fundamentales no serían ya el valor primero e indiscutible. Sería una Constitución nueva cuyo principio básico rezaría más o menos así: quien posee la fuerza para exterminar a partes importantes de la sociedad está legitimado para mantener sus conquistas y sentar sus propias normas con validez general, normas que formarían parte de un metafórico “bloque de constitucionalidad”.

otra manera supondría, en última instancia, no pretender para sí, para la propia Corte, más legitimidad que la propiamente fáctica y asumir que su poder jurídico sólo será efectivo en la medida en que complazca y dé la razón a los otros poderes del Estado, los cuales crecientemente se afirman más como poderes de hecho que jurídicos y constitucionales.

Lo contrario de la paz es la guerra. El delito no altera la paz, pues con su castigo se reafirman la paz y las normas que la hacen posible. La función primera y constitutiva del Estado es el mantenimiento de la paz interior, por la fuerza cuando es necesario, fuerza *sometida a las leyes y la Constitución*. Si el Estado no cumple ese cometido o si no lo cumple con tales límites legales y constitucionales, no hay paz, sino guerra. Y en guerra no rigen más normas que las del derecho de la guerra, que no son normas de derecho interno, pues en guerra civil no existe el derecho interno de un Estado, sino sólo las normas que con pretensión de juridicidad cada bando imponga en el territorio que domina. Las leyes de la guerra son normas de derecho internacional, rigen los enfrentamientos armados entre Estados o permiten juzgar internacionalmente ciertos atentados graves contra las mismas. De ahí que no existan en puridad más que dos caminos. Si no hay paz, sino guerra, carece de sentido invocar la Constitución de uno de los bandos para legitimar las concesiones al otro, pues el haber llegado a esa situación indica precisamente que tal Constitución no es efectiva porque el Estado no es capaz de imponerla, incluso por la fuerza (fuerza dentro de los límites legales y constitucionales). Invocar ahí la Constitución es tanto como admitir solapadamente o bien la derrota del Estado (y con él la Constitución que jurídicamente lo fundamenta), o bien que el aparato estatal no estaba en verdad defendiendo al Estado y su Constitución, sino en complicidad con alguno de esos bandos que tratan de forzar un nuevo orden. Si hay paz y de lo que se trata es de vencer a la delincuencia organizada con los instrumentos constitucionales del Estado de Derecho, lo que no tiene coherencia es disolver esa Constitución, base de la legitimidad del ejercicio estatal de la fuerza, para otorgar estatuto “constitucional” a los que contra el Estado y la Constitución se levantaron²⁸.

Pensar que, después de ser así obviada la eficacia y vigencia real de la Constitución, ésta pueda resucitar lozana, revivir y regir como si nada hubiera pasado, es una manifestación de profunda ingenuidad o un depurado ejercicio de cinismo. Esa Constitución en ningún caso sería la misma, por la razón ya expuesta, porque en ella se habría incrustado una nueva norma, la más alta de las suyas, que indica a la

²⁸ Y contra la Constitución se levantan no sólo los que expresamente quieren eliminarla, sino también los que, so pretexto de defenderla, la violentan hasta su más radical negación práctica.

sociedad que el orden constitucional puede alterarse por la fuerza sin que la Constitución perezca definitivamente; o que sus normas pueden modificarse sin respeto de los procedimientos formales de reforma constitucional. Y eso, nos guste o no, es tanto como privar a la Constitución de su esencial vocación de permanencia o teñirla de provisionalidad, de vigencia puramente virtual, convirtiéndola en simple pretexto para cualquier maniobra posible de los poderes fácticos. Y, de paso, implica la invitación a rebelarse contra la Constitución a cualquier grupo que no quiera hacer política por los cauces legales y pacíficos que la norma suprema prevé; o que quiera, simplemente, sacar tajada de su poder material. Es como pretender que la Constitución dice a tales grupos que, si están seguros de su fuerza con las armas, lo intenten, pues, si triunfan, lograrán establecer el orden alternativo que pretenden, y, si no llegan a culminar su empresa, obtendrán al menos impunidad y, posiblemente, sustanciosas ventajas para el futuro. Equivale a insertar en la Constitución un estado de excepción permanente y a asumir que la Constitución también puede legitimar la guerra contra ella misma. Un puro absurdo en lo político y un engaño sangrante en lo jurídico.

Pero no nos engañemos, o se está con la Constitución, sus valores, sus instituciones y sus legítimos medios, o se está en contra. No hay en esta tierra de nadie ni campo neutral. Un Estado está tocado de muerte y su Constitución agoniza²⁹ tanto cuando una buena parte de la sociedad se opone a que el Estado use legal y constitucionalmente su fuerza contra los que se alzan contra el orden constitucional, como cuando ese uso de la fuerza por el Estado prescinde de aquellos límites jurídicos y convierte a las instituciones en marionetas del poder y a las normas en papel mojado o puro disfraz de su actuar antijurídico. Tanto los que defienden en los libros y los periódicos esas prácticas inconstitucionales del Estado como los que se oponen a que el Estado emplee toda su fuerza legal y constitucional se convierten en puro aparato ideológico de uno de esos dos bandos que tienen en común idéntico designio anticonstitucional. Pueden esos “ideólogos”, esos “intelectuales orgánicos”, proceder así si así les parece justo, pero es un requisito de honestidad intelectual y política el pedirles que llamen a las cosas por su nombre. Deberían reconocer, en suma, que no es el respeto a la Constitución la primera de sus prioridades políticas y, sobre todo y ante todo, se les ha de exigir que no pretendan un imposible y cínico respaldo constitucional para esas acciones radicalmente antijurídicas y

²⁹

Cosa que cada cual considerará buena o mala en función de cuanto comulgue con o discrepe de ese orden constitucional vigente. Lo que no cabe, repito, es estar al mismo tiempo a favor de la Constitución y en su contra.

estrepitosamente opuestas a los derechos básicos y los valores de humanidad que la Constitución recoge en su mismísimo frontispicio.

Puestos a elegir entre el apoyo a un Estado que hace guerra sucia y vulnera él mismo los derechos humanos que ha de salvaguardar, y una “insurgencia” que busca amparo político para sus acciones de exterminio de inocentes, no queda más que la acción en pro de la tercera vía, que parece que pocos quieren transitar: la defensa del Estado constitucional con todos los medios rectamente constitucionales, pero sólo con éstos. Al menos mientras se piense que todavía queda algo de Estado y que no se vive en plena anarquía o en estado de naturaleza y que le resta a la Constitución vida suficiente, suficiente como para que tenga sentido intentar defenderla incluso frente a sus propios defensores falsos.