

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Magistrada Ponente

SP13290-2014

Radicación 40401

(Aprobado Acta No. 321).

Bogotá, D.C., octubre primero (1º) de dos mil catorce (2014).

VISTOS

Una vez recibido el concepto del Ministerio Público, resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de AURORA BENITEZ BARRAGÁN, contra el fallo de segundo grado proferido por el Tribunal Superior de Cartagena el 9 de julio de 2012, a través del cual revocó la sentencia absolutoria dictada el 22 de noviembre de 2010 por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad, para en su lugar condenarla como autora penalmente responsable de delito de terrorismo.

HECHOS

Los sucesos que dieron lugar a este averiguatorio fueron adecuadamente sintetizados por el Tribunal en el fallo de segundo grado así:

“Siendo aproximadamente las 10:30 horas del día 6 de octubre de 2005, en inmediaciones del kilómetro cero de la vía que une al corregimiento de Paiva con la vereda Tabacal, jurisdicción del municipio de Santa Rosa de Lima (Bolívar), unidades adscritas al subgrupo Armados Ilegales de la SIJIN, en asocio con policiales de Santa Rosa de Lima, que realizaban labores de verificación de información sobre la presencia de miembros de la insurgencia (Farc), luego de proceder a dar orden de pare a una motocicleta en la que se desplazaban AURORA BENITEZ BARRAGÁN y Alcides Espinosa Murillo, hallaron en su poder una bolsa plástica color negro que contenía una caja de cartón sellada, así como un bolso deportivo color negro, en cuyo interior fueron encontrados 30 detonadores ineléctricos en aluminio convertidos a eléctricos, con dos cables color blanco y amarillo cada uno, envueltos en una hoja de cuaderno cuadriculada con rótulo en cinta de enmascarar a nombre de ‘Julio Villa’, 30 baterías alcalinas de 9 voltios marca Duracell, 204 conectores para baterías de 9 voltios, 197 bombillos de 9 voltios con dos cables color amarillo cada uno, 4 pulsadores eléctricos, 4 amplificadores de corriente de referencia S106, 4 swiches de codillo, dos led, uno verde y uno rojo y 3 teléfonos celulares con sus respectivos cargadores, elementos que presuntamente serían utilizados con fines terroristas. Dentro del bolso deportivo se hallaron elementos personales y documentos pertenecientes a la capturada”.

ACTUACIÓN PROCESAL

La Fiscalía Seccional de Cartagena declaró abierta la instrucción, en cuyo desarrollo vinculó mediante indagatoria a AURORA BENITEZ BARRAGÁN y Alcides Espinosa Murillo, definiendo la situación jurídica de la primera con medida de aseguramiento de detención preventiva sin derecho a libertad provisional como posible coautora del delito de terrorismo, y absteniéndose de imponer tal medida al segundo, motivo por el cual fue ordenada su libertad.

Clausurada la fase instructiva, el mérito del sumario fue calificado el 5 de junio de 2006

con preclusión de la investigación en favor de los procesados, oportunidad en la cual se dispuso la libertad de AURORA BENITEZ.

Impugnada la anterior decisión por el Ministerio Público, la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cartagena la revocó el 28 de febrero de 2008, para en su lugar acusar a AURORA BENITEZ BARRAGÁN “por la conducta punible de TERRORISMO” y libró orden de captura.

Una vez surtida la fase del juicio, en la cual se produjo la captura de la acusada el 15 de mayo de 2009 (fol. 66 c.juicio), el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Cartagena profirió fallo el 22 de noviembre de 2010, a través del cual absolvió a la procesada y dispuso su libertad, proveído impugnado por el Procurador Judicial.

Al conocer de la referida apelación, el Tribunal de Cartagena decidió mediante sentencia del 9 de julio de 2012 revocar la absolución, para en su lugar condenar a AURORA BENITEZ a la pena principal de ciento veinte (120) meses de prisión y multa de mil (1000) salarios mínimos legales mensuales, y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por diez (10) años, como autora del delito de terrorismo.

En la misma providencia le fue negada tanto la condena de ejecución condicional como la prisión domiciliaria y se ordenó su captura.

Contra la sentencia del ad quem la defensa interpuso recurso extraordinario de casación y allegó la respectiva demanda que fue admitida mediante auto del 14 de diciembre de 2012 y el pasado 25 de julio se recibió concepto del Ministerio Público, en el cual solicita casar el fallo de condena, para absolver a la acusada por atipicidad de la conducta.

LA DEMANDA

Con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo primero, reglada en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000, el defensor propone un cargo por violación directa de la ley sustancial, pues considera que la conducta imputada a su asistida es atípica, de modo que se aplicó indebidamente el artículo 343 de la Ley 599 de 2000.

Luego de transcribir apartes del fallo cuestionado, manifiesta que tal como lo ha expresado en el curso de las instancias “tales elementos eléctricos por SÍ SOLOS no tienen la relevancia, fortaleza o capacidad de colocar o mantener en zozobra a la comunidad, población o parte de ella, pues carecen del poder intimidante que le proporcionaría el material o sustancias químicas explosivas que le permitan generar un explosivo”, al punto que los policías intervinientes en el procedimiento de capturas no tuvieron temor o miedo al encontrar tales objetos.

Cita apartes de una decisión de esta Colegiatura del 15 de febrero de 2006 (Rad. 21330), en la cual se dice que el delito de terrorismo debe estar conectado con la finalidad de provocar o mantener en estado de zozobra o terror a la población, amén de que sus actos deben poner en peligro la vida e integridad física de las personas.

Igualmente trae a colación otro pronunciamiento del 7 de mayo de 2010 (Rad. 31510) en el cual se indica que no basta la verificación del uso de armas de destrucción, en cuanto es necesario acreditar que el agente persigue provocar o mantener en estado de incertidumbre a la colectividad.

Considera que ninguno de los elementos enunciados está demostrado en el caso de su representada, pues no realizó conductas capaces de provocar o mantener en zozobra a la población, no puso en peligro la vida o la integridad de las personas, y los elementos incautados no tienen la potencialidad de causar daño, de manera que su comportamiento es atípico.

En punto de la trascendencia del yerro denunciado refiere que de no haber incurrido el Tribunal en el mencionado equívoco, se imponía absolver a su procurada, quien ha estado privada de la libertad, sin poderse ocupar del cuidado de su hijos.

Como normas violadas directamente relaciona los artículos 343 y 9º de la Ley 599 de 2000.

Con base en lo expuesto, el censor solicita a la Sala casar el fallo atacado, para en su lugar dictar sentencia absolutoria en favor de AURORA BENITEZ BARRAGÁN.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal considera que el cargo debe prosperar, toda vez que el delito de terrorismo protege el bien jurídico de la seguridad pública. Se trata de un punible de peligro, en el cual no es necesaria la lesión de la vida o integridad de las personas, pero si precisa de causar zozobra, miedo o pánico a la comunidad, a través de medios potencialmente dañosos de las personas, su integridad, su libertad, las edificaciones, medios de comunicación, transporte o procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, capaces de causar estragos.

Indica que, tal como lo afirma el demandante, el hecho imputado a AURORA BENITEZ no encaja dentro del supuesto de hecho descrito en la ley, pues lo máximo que podría manifestarse respecto de su conducta es que estaba en la esfera de los actos preparatorios del delito de terrorismo, los cuales son atípicos, a menos que se encuadren en la descripción de otro tipo penal, como en efecto ocurre en este asunto, pues se adecuan al artículo 345 del Código Penal, esto es, al delito de “financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada”.

Precisa que dicho tipo penal incluye el comportamiento de suministro de elementos para actos dañosos que provoquen terror, entre los cuales se incluirían los insumos para elaborar explosivos, como los encontrados en poder de la acusada, pero como no fue esa la conducta imputada, no era viable para los falladores mutar la calificación jurídica, en cuanto se trata de un delito con pena mayor a la dispuesta para el punible objeto de acusación.

Advera que en virtud del principio de estricta legalidad, no se efectuó un adecuado procedimiento de adecuación típica, y por tanto, se impone declarar la atipicidad del comportamiento, el cual, pese a adecuarse a lo dispuesto en el artículo 345 de la Ley 599 de 2000 no puede ser tenido en cuenta, pues comportaría una agravación de la situación de la procesada en desmedro del principio de interdicción de la reforma peyorativa.

Con base en lo expuesto, la Procuradora considera que el cargo propuesto por el defensor está llamado a prosperar, es decir, se debe casar el fallo del Tribunal, para en su lugar absolver a AURORA BENITEZ.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Dado que el cargo formulado por la defensa se circunscribe a denunciar la violación directa de la ley penal derivada de la indebida aplicación del artículo 343 de la Ley 599 de 2000, tal será la temática que corresponde ahora dilucidar, en cuyo marco jurídico se tiene:

1. El principio de tipicidad

Según la preceptiva contenida en el artículo 29 de la Constitución, “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”, disposición que consagra el principio de legalidad de los delitos y las penas, el cual desde

la época de la Revolución Francesa protege la libertad individual frente a la arbitrariedad de los funcionarios judiciales y garantiza a la postre tanto el principio de igualdad de las personas ante la ley, como el de seguridad jurídica.

Por tal razón se afirma de manera pacífica que una de las características esenciales de un Estado de derecho está constituida por la reglamentación exhaustiva de las facultades de sus servidores públicos, como se deriva del artículo 6º de la Carta Política, según el cual “los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” (subrayas fuera de texto).

A su vez, el artículo 121 del mismo ordenamiento dispone que “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley” y el artículo 122 establece que “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento”.

En cuanto se refiere a los funcionarios que administran justicia, además de las anteriores normas, sus facultades se rigen por lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución, precepto que establece el principio de imperio de la ley en las decisiones judiciales.

Ahora bien, el principio de legalidad se concreta en el ámbito penal en el principio de tipicidad objetiva, en virtud del cual los tipos penales deben ser definidos por el legislador de manera previa, clara, cierta, escrita, estricta, entendible, sin anfibologías, y por ello se excluye la analogía en cuanto pueda perjudicar al procesado (*in malam partem*), no así en la medida que le sea beneficiosa (*in bonam partem*).

Desde luego, si los particulares pueden hacer todo aquello no prohibido expresamente, es

claro que para adoptar la decisión de delinquir o de abstenerse de hacerlo, deben conocer y entender el tipo penal, circunstancia que tiene lugar en el marco de la presunción legal de conocimiento de la ley por parte de todos sus destinatarios, la cual admite prueba en contrario por no ser una presunción de derecho.

Según la preceptiva del artículo 9º de la Ley 599 de 2000 “para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable”, texto del cual se desprende que el hecho humano (activo u omisivo) debe pasar por el tamiz de las tres referidas categorías dogmáticas para que pueda tener la condición de delictivo (Cfr. Sentencia del 12 de octubre de 2006. Rad. 25465).

En virtud de la tipicidad, es necesario, de una parte, que la conducta se adecue a las exigencias materiales definidas en el respectivo precepto de la parte especial del estatuto penal (tipo objetivo), tales como el sujeto activo, la acción, el resultado, la causalidad, los medios y modalidades del comportamiento, y de otra, que cumpla con la especie de conducta (dolo, culpa o preterintención) establecida por el legislador en cada norma especial (tipo subjetivo), en el entendido que de conformidad con el artículo 21 del Código Penal, todos los tipos de la parte especial requieren de una conducta dolosa, salvo cuando se haya previsto expresamente que se trata de comportamientos culposos o preterintencionales.

No se aviene con dicho rigor, conquista de la Revolución Francesa y del advenimiento del Estado de derecho por oposición a la monarquía y el absolutismo, que en el proceso de adecuación típica los funcionarios judiciales olviden honrar tales exigencias de certeza y claridad, y como consecuencia de ello terminen realizando indebidas interpretaciones extensivas o analógicas, ajenas al texto de la ley.

2. El delito de terrorismo

El legislador tipificó el delito de terrorismo en el artículo 343 de la Ley 599 de

2000, en los siguientes términos:

“El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos, incurrirá en prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de mil (1.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con esta conducta.

“Si el estado de zozobra o terror es provocado mediante llamada telefónica, cinta magnetofónica, video, casete o escrito anónimo, la pena será de dos (2) a cinco (5) años y la multa de cien (100) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Sobre dicho punible ha señalado la jurisprudencia de esta Colegiatura (Cfr. CSJ AP, 14 ago. 2013. Rad. 40252 y CSJ AP, 26 sep. 2012. Rad. 38250, entre otras):

“Este delito, cuyo bien jurídico protegido es la seguridad pública, requiere para su estructuración típica que el sujeto -no cualificado- i) realice una de las conductas alternativas: provocar o mantener en zozobra o terror a la población o parte de ella, ii) lo cual debe lograr a través de actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, iii) utilizando para ese fin medios que tengan la capacidad de causar daños.

“Es así como esta conducta punible instantánea, de resultado objetivo, también es de peligro real, pues demanda el empleo de esos medios potencialmente dañinos a fin de obtener la finalidad propuesta, esta es, causar pánico en la comunidad, a condición de que los actos desplegados generen peligro a las personas o bienes mencionados en el tipo” (subrayas fuera de texto).

En otra oportunidad señaló la Corporación (CSJ SP, 7 may. 2010. Rad. 31510):

“La Sala se ha ocupado de precisar que en el juicio de adecuación típica no basta la verificación del uso de las armas de destrucción así como de su nítido carácter peligroso o dañino sobre los bienes subsidiarios protegidos -vida, libertad, integridad física o de las edificaciones, medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices-, sino que el elemento subjetivo del tipo debe aparecer consolidado, de tal forma que sea claro que el agente persigue provocar o fomentar un estado de incertidumbre colectiva frente a la garantía de gozar de la paz y tranquilidad pública propios del Estado Constitucional”.

De lo expuesto puede concluirse en el análisis dogmático del delito de terrorismo, que tiene un sujeto activo indeterminado, cuyo proceder se concreta en los verbos rectores alternativos de provocar o mantener en estado de zozobra o terror a la población o una parte de ella, mediante la realización de “actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas, las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices”, es decir, se trata de un delito de resultado, en cuanto requiere amedrentar o poner en estado de pánico e incertidumbre a la población o parte de ella.

Es pertinente recordar que la provocación o mantenimiento de la zozobra en la población se erigen en el artículo 343 de la Ley 599 de 2000, así como en legislaciones anteriores tales como el artículo 1º del Decreto Legislativo 180 de 1988 y el artículo 4º del Decreto 2266 de 1991 en verbos rectores del delito de terrorismo, a diferencia del artículo 187 de la original tipificación contenida en el Decreto Ley 100 de 1980, en el cual tenían la condición de ingredientes subjetivos, es decir, motivaciones, objetivos o móviles del autor, al disponer: “TERRORISMO. El que con el fin de crear o mantener un ambiente de zozobra, o de perturbar el orden público, emplee contra personas o bienes, medios de destrucción colectiva ...” (subrayas fuera de texto).

La zozobra corresponde a una situación de intranquilidad, inquietud, aflicción, angustia, desazón, incertidumbre o desasosiego, mientras que el terror alude al miedo, pánico, temor, pavor o susto; sobra señalar que sin la acreditación de tales circunstancias no podrá tenerse por configurada la tipicidad del delito en comento.

Hay una relación teleológica entre la realización de “actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices” y los verbos rectores de provocar o mantener “en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella”, para lo cual se exige además, la utilización de “medios capaces de causar estragos”, de modo que sin una tal articulación de aquellos actos, con los referidos medios y la consecución de la provocación o mantenimiento del estado de zozobra o terror en la población, no se configura el referido tipo penal.

Por ejemplo, cuando se crea una situación de zozobra generalizada derivada de una falsa información masiva sobre un supuesto envenenamiento de los tanques de suministro de agua potable de un municipio, pero no se está colocando en peligro alguno de los objetos materiales señalados en la ley, y tampoco se han utilizado “medios capaces de causar estragos”, tal conducta no se adecua al tipo de terrorismo, por lo menos en su primer inciso.

Como el bien jurídico, en cuanto interés objeto de protección definido por el legislador en los títulos de la parte especial del estatuto punitivo, se erige en un elemento delimitador de la interpretación de los preceptos pues permite desentrañar el ámbito protector de cada disposición, puede verificarse que si bien el terrorismo es un delito pluriofensivo, el legislador decidió ubicarlo entre los delitos contra el bien jurídico de la seguridad pública, especialmente referida a un orden de mínimo de condiciones de la sociedad para asegurar su desarrollo como ente social, así como el desenvolvimiento de las relaciones intersubjetivas y del libre desarrollo de la personalidad de cada uno de sus

miembros, libres de presiones, miedos o temores.

En la ponderación de la tipicidad del delito de terrorismo no es necesario constatar que “la vida, la integridad física o la libertad de las personas, las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices” hayan sufrido menoscabo o lesión, pero si es preciso establecer que fueron expuestos al peligro; además, si con ocasión del comportamiento terrorista resultaron dañados, se está en presencia de un concurso material efectivo de delitos de terrorismo y, por ejemplo, homicidio, lesiones personales, daño en bien ajeno, etc. (Cfr. CSJ SP, 7 may. 2010. Rad. 31510).

Aunque la exigencia legal de que se coloquen en peligro los anunciados objetos materiales pareciera comportar una reiteración de la antijuridicidad, lo cierto es que tal categoría dogmática estará circunscrita a verificar si se lesionó o puso en peligro de manera efectiva el bien jurídico de la seguridad pública, en tanto que en sede del tipo objetivo se impone verificar probatoriamente si corrió peligro “la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices”, siempre que se hayan utilizado “medios capaces de causar estragos”.

Se entiende por estrago un daño, asolación, destrucción o devastación importante, de grandes proporciones, pero, es pertinente aclararlo, no todo proceder que causa estragos se adecua al tipo penal de terrorismo, en cuanto es necesario, de una parte, que ponga en peligro los objetos materiales definidos por el legislador, y de otra, que cause zozobra o terror en la población o parte de ella; en tal sentido, si un conductor en estado de embriaguez choca aparatosamente su vehículo con otros causando varias muertes y lesiones, no hay duda que se trata de una conducta que produjo estragos, lesionó la vida y la integridad de las personas, pero no provoca o mantiene el estado de zozobra o terror que requiere el tipo penal analizado.

El tipo subjetivo es doloso, dado que como atrás se precisó, conforme a la regla definida en el artículo 21 de la Ley 599 de 2000, todos los delitos de la parte especial son dolosos, salvo los que sean culposos o preterintencionales, y respecto del delito analizado no se dispuso de las dos últimas modalidades de conducta.

También debe puntualizar la Corte que el delito de terrorismo contenido en el artículo 343 de la Ley 599 de 2000 no debe ser cometido “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado”, pues tal supuesto de hecho se encuentra expresamente reglado en el artículo 144 del mismo ordenamiento, así: “Actos de terrorismo. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice u ordene llevar a cabo ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla, incurrirá...”.

3. Fundamentos de la acusación y fallo de condena

Una vez puntualizado lo anterior, advierte la Sala en el asunto objeto de estudio que en la resolución de acusación de segunda instancia proferida por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cartagena, se imputó fácticamente a AURORA BENITEZ BARRAGÁN que el día 6 de octubre de 2005, “cuando transitaba de parrillera en la moto conducida por Espinosa Murillo, transportaba material bélico propio para hacer explosivos”.

A su vez, en la sentencia de condena dictada en segundo grado por el mencionado Tribunal se afirmó en algunos de sus apartes:

“Desde dicha óptica, se tiene que el actuar de la señora AURORA BENITEZ BARRAGÁN consistente en transportar elementos tales como detonadores, baterías, conectores de baterías, pulsadores eléctricos, amplificadores de corriente, swiches y diodos emisores de luz, en las conocidas circunstancias en que fue sorprendida, no puede observarse como un hecho aislado, sino como eslabones de una cadena causal propia de

estructuras criminales organizadas y previamente concertadas, precisamente para cometer delitos indeterminados con el propósito de causar estragos”.

“Para el caso de la especie la conducta desarrollada por BENITEZ BARRAGÁN se aviene al verbo ‘provocar’. Este de acuerdo al diccionario de la Real Academia de la Lengua significa ‘incitar, inducir a alguien a que ejecute algo’ y ‘hacer que una cosa produzca otra como reacción o respuesta a ella’, en tanto la amenaza era innegable y tenía la capacidad de inyectar en la población una sensación de terror colectivo, estimación que para nada comprende la aplicación de un derecho penal de autor ajeno a nuestra juridicidad”.

“No es de soslayar los antecedentes mediatos consignados en el informe No. 0579/DELES SIJIN DEBOL de 6 de octubre de 2005 que da cuenta de recientes acciones terroristas llevadas a cabo en los municipios de Villanueva y San Estanislao de Kotska entre los meses de agosto y septiembre de 2005, así como de los atentados ocurridos en Cartagena entre los años 2004 y 2005, circunstancia que para la fecha de los hechos hiciera mucho más sensible a la población con esta clase de acontecimientos, en vista de la delicada situación de orden público que se vivía para entonces, en especial con la presencia de grupos insurgentes armados y al margen de la ley que hacían presencia en la región y los cuales eran temidos por sus demenciales acciones criminales”.

“Tenemos entonces que para el presente caso, lo que se infiere del actuar de la señora AURORA BENITEZ BARRAGÁN es que su actividad estaba encaminada a proveer, con los dispositivos que le fueron incautados en su poder el día 6 de octubre de 2005, a grupos encargados de sembrar el pánico colectivo en esa parte del territorio patrio, adminículos estos con los cuales cometerían acciones en contra de la población civil, sus edificaciones y medios de transporte y comunicación, la infraestructura petrolera o contra las fuerzas encargadas de mantener el orden nacional, con el propósito de provocar o

mantener en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, proceder que se ha tornado consuetudinario para este tipo de organizaciones al margen de la ley”.

Y de manera conclusiva refirió:

“La valoración sistemática de los elementos de juicio precedentes llevan a la Sala a concluir que en el momento consumativo de la conducta punible AURORA BARRAGÁN (sic) era la persona encargada de hacer este tipo de encomiendas ilegales, de tal manera que su actividad constituía una eficaz colaboración para ayudar a la empresa delictiva insurgente, concretamente para el transporte de los elementos incautados en su poder el 6 de octubre de 2005 (...) elementos algunos de libre comercio y otros de tránsito controlado, que serían entregados a las Farc. En ese orden es autora penalmente responsable del delito de terrorismo” (subrayas fuera de texto).

4. Análisis del caso concreto

Ab initio debe manifestar la Sala que asiste mucho de razón al recurrente en su demanda y al Ministerio Público en su concepto, al deprecar la casación del fallo de condena, para en su lugar absolver a la procesada por atipicidad de la conducta por la cual fue acusada y condenada en las instancias.

En efecto, se advierte en el caso de la especie que desde la acusación la Fiscalía de segundo grado no se percató de los elementos estructurales del delito de terrorismo, pues le bastó imputar fácticamente a AURORA BENITEZ la conducta de transportar “material bélico propio para hacer explosivos”, sin explicar de qué manera se configuró alguno de los verbos rectores del delito de terrorismo, esto es, provocar o mantener en estado de zozobra o terror a la población o parte de ella; tanto menos señaló cuáles fueron los actos que pusieron “en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o

conducción de fluidos o fuerzas motrices”, y tampoco especificó la utilización de “medios capaces de causar estragos” por parte de la procesada.

A su vez, también la Sala de Decisión del Tribunal de Cartagena incurrió en incorrecciones similares sobre el particular.

Así pues, si bien el ad quem sustenta sus consideraciones en el instituto de la coautoría material impropia por división de trabajo, según el cual AURORA BENITEZ tenía la misión de transportar los elementos que le fueron incautados, los cuales servían como insumos para realizar artefactos explosivos, no se adentra a señalar de qué manera ese comportamiento, aún entendido en el marco de un tejido más amplio de actividades delictivas, tenía la capacidad de ajustarse a los verbos rectores de provocar o mantener en estado de zozobra o terror a la población o parte de ella.

Olvida el Tribunal que aún para sancionar la coautoría material impropia es indeclinable que el suceso, por lo menos, haya tenido comienzo de ejecución, esto es, que se haya configurado su entidad tentada, pues de lo contrario únicamente pueden ser sancionados aquellos actos de ideación o preparación que autónomamente por voluntad del legislador dentro de su libertad de configuración normativa hayan sido tenidos como delitos, como ocurre, por ejemplo, respectivamente, con el concierto para delinquir que sanciona la simple y llana concertación para cometer delitos, o el tráfico de sustancias para procesamiento de narcóticos que hace punible la importación o exportación ilegal, transporte o tenencia de elementos que sirvan para el procesamiento de cocaína o de cualquier otra droga que produzca dependencia, tales como éter etílico, acetona, amoníaco, permanganato de potasio, carbonato liviano, ácido clorhídrico, ácido sulfúrico, diluyentes, disolventes.

En este asunto se constata que el comportamiento de transportar los elementos incautados a la procesada, de una parte, no permite avizorar en concreto la división

de trabajo que advenga el ad quem como para proceder a verificar la posibilidad de un delito de terrorismo, siquiera en grado de tentativa y de otra, no comporta en sí mismo un acto preparatorio de aquellos que independientemente sanciona el legislador, es decir, no es punible el transporte de dispositivos como los encontrados en poder de AURORA BENITEZ.

En efecto, aún si se encontrara demostrada la división de trabajo inherente a un propósito común de cometer un delito de terrorismo, resulta incuestionable que la conducta bajo examen no había salido de la órbita de los actos preparatorios, de modo que no puede ser objeto de sanción, ni siquiera en grado de tentativa. Piénsese por ejemplo en el caso de varios hombres que armados con cuchillos se dirigen hacia un lugar ubicado al otro lado de la ciudad con el propósito de causar la muerte a otras personas y son sorprendidos por la policía, caso en el cual, el delito pretendido no ha trascendido de la esfera de la preparación y como portar cuchillos no es punible, tendrá que reconocerse la atipicidad de la conducta.

Como el artículo 29 de la Carta Política dispone que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa” (subrayas fuera de texto), de allí se ha reconocido que en Colombia, como Estado social y democrático de derecho sustentado en el valor supremo de la persona humana y su eminente dignidad, las personas responden por sus comportamientos (derecho penal de acto), y no por lo que son (derecho penal de autor), reconociendo entonces a la par que está proscrito el derecho penal de ánimo o de pensamiento, en cuanto no puede ser punible lo que los individuos piensen, por reprochable o potencialmente dañino que parezca, en la medida en que no hayan materializado su intención en actos, por lo menos ejecutivos para lograr siquiera la configuración del delito por vía del dispositivo amplificador del tipo de la tentativa.

Para una mejor comprensión del tema abordado es pertinente señalar que la tentativa se encuentra regulada en el artículo 27 de la Ley 599 de 2000 en los siguientes

términos:

“El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y esta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad...”.

La tentativa, entonces, supone un comportamiento doloso que ha superado las fases del iter criminis correspondientes a la ideación y a la preparación del delito y ha comenzado a ejecutarse, sin conseguir su consumación y, desde luego, tanto menos su agotamiento (Cfr. CSJ SP, 8 ago. 2007. Rad. 25974).

Por lo anterior, la doctrina insistentemente se ha ocupado de establecer criterios que permitan diferenciar entre los actos preparatorios – que salvo cuando autónomamente son considerados delitos por el legislador, resultan impunes – de los actos ejecutivos que, a la postre, resultan sancionables en aplicación del dispositivo amplificador que se estudia.

Es así como concluyó la Sala en la providencia citada, que es a partir de la ponderación del plan del autor y de los actos socialmente adecuados para poner en peligro el bien jurídico, que se impone analizar en cada caso concreto si se está en presencia de actos preparatorios o ejecutivos y, con ello, constatar si se presenta o no la figura de la tentativa.

En la labor de constatar si el proceder de AURORA BENITEZ siquiera corresponde al delito de tentativa de terrorismo, encuentra la Colegiatura que no hay acreditación cierta y concreta, no meramente especulativa, acerca de que los elementos hallados en su poder serían utilizados en un futuro inmediato en la elaboración de artefactos explosivos para atacar a las fuerzas del orden o a la población civil, como para reconocer un posible comienzo de ejecución de los verbos rectores de provocar o mantener en estado de zozobra o terror a la población, propios del terrorismo.

Este asunto difiere de uno similar abordado por la Corte (CSJ SP, 7 may. 2010. Rad. 31510), en el cual se reconoció la configuración de un delito de terrorismo al demostrarse la inminente utilización de los dispositivos, oportunidad en la cual se expresó:

“Ahora, si bien el censor se empeña en mostrar que su prohijado fue ajeno a ese designio criminal, por cuanto los elementos incautados en su residencia no son propiamente explosivos sino parte de ellos y en ese orden, no se evidenciaría la ejecución concreta de un acto terrorista, oportuno resulta precisar que (...) En el asunto que se examina, está probado que varios vehículos cargados de artefactos explosivos estaban próximos a ser detonados, luego la amenaza era cierta y tangible y tenían la capacidad de incitar en la población una sensación de terror colectivo, consideración que de forma alguna implica la aplicación del derecho penal de autor proscrito por el ordenamiento penal colombiano” (subrayas fuera de texto).

Ahora, si bien en el fallo del Tribunal se dice que la acusada realizó el verbo rector de “provocar”, “en tanto la amenaza era innegable y tenía la capacidad de inyectar en la población una sensación de terror colectivo”, encuentra la Corte que la argumentación ofrecida dista mucho de los alcances del tipo penal de terrorismo, pues lo requerido en sede de tipicidad, como atrás se explicó, no es que se obre con el ingrediente subjetivo de provocar o mantener en zozobra o terror a la población, según se disponía en el estatuto punitivo de 1980, sino en provocar o mantener efectivamente en dicho estado a la población, de manera que el ad quem no dijo, ni la Sala advierte de qué manera con el porte de una bolsa contentiva de los referidos elementos se provocó pánico o temor en los habitantes de la zona.

Es cierto que por la época de los hechos en municipios aledaños habían tenido ocurrencia actividades terroristas con explosivos, no obstante, ello no permite variar las reglas del proceso de adecuación típica en este caso para, pasando por encima del

principio de legalidad que se concreta en el principio de tipicidad objetiva, afirmar, sin más, que se cometió un delito de terrorismo.

Tampoco es de recibo la argumentación del Tribunal orientada a señalar que la conducta de AURORA BENITEZ “estaba encaminada a proveer, con los dispositivos que le fueron incautados en su poder el día 6 de octubre de 2005, a grupos encargados de sembrar el pánico colectivo en esa parte del territorio patrio, adminículos estos con los cuales cometerían acciones en contra de la población civil, sus edificaciones y medios de transporte y comunicación, la infraestructura petrolera o contra las fuerzas encargadas de mantener el orden nacional, con el propósito de provocar o mantener en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, proceder que se ha tornado consuetudinario para este tipo de organizaciones al margen de la ley”, pues en primer lugar, ello no pasa de ser una razón especulativa no demostrada efectivamente en el trámite, y de otra, aún si así fuera, como ya se dijo, no trascendió en el iter criminis el ámbito de los actos preparatorios, impunes conforme a las reglas que sancionan el delito tentado.

Si a manera de conclusión señaló el ad quem que la acusada “era la persona encargada de hacer este tipo de encomiendas ilegales, de tal manera que su actividad constituía una eficaz colaboración para ayudar a la empresa delictiva insurgente, concretamente para el transporte de los elementos incautados en su poder el 6 de octubre de 2005 (...) elementos algunos de libre comercio y otros de tránsito controlado, que serían entregados a las Farc. En ese orden es autora penalmente responsable del delito de terrorismo”, advierte sin dificultad la Colegiatura que discursivamente se varió de manera sustancial la imputación fáctica, al colocar a la procesada, no ya como coautora material impropia del delito de terrorismo, sino como quien colabora en la empresa delictiva insurgente, proceder que podría adecuarse al de cómplice en el delito de rebelión, no al de autora de terrorismo por el cual fue acusada en segunda instancia y finalmente condenada por el Tribunal.

Como en su concepto la Procuradora Delegada refiere que el proceder de AURORA BENITEZ ese subsume en el delito de financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada, al cual dice no se puede variar la calificación por tener una sanción más grave que el delito objeto de condena, encuentra la Corte que tal planteamiento no es acertado.

En primer término, el referido tipo penal se encuentra contenido en el artículo 16 de la Ley 1121 del 29 de diciembre de 2006, el cual modificó el artículo 345 de la Ley 599 de 2000, en consecuencia, si los hechos que motivaron este averiguatorio tuvieron ocurrencia el 6 de octubre de 2005, es evidente que aún no se encontraba vigente dicha norma, la cual no podría aplicarse con efecto retroactivo por ser desfavorable a la acusada.

En segundo lugar, el artículo 345 original de la Ley 599 de 2000 disponía:

“ARTICULO 345: Administración de recursos relacionados con actividades terroristas. El que administre dinero o bienes relacionados con actividades terroristas, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Como viene de verse, dicho precepto no recoge el proceder de AURORA BENITEZ, en cuanto su ámbito de protección se encontraba orientado a sancionar la administración de dinero o bienes, lo cual supone desarrollar conductas complejas y de importantes decisiones sobre tales objetos, pues comporta las actividades de administración de bienes de los grupos al margen de la ley, o de grupos terroristas nacionales o extranjeros, y comportamientos relacionados con su financiación, o la financiación de sus actividades o el apoyo económico de las personas que los integran, y no la mera entrega de algunos elementos necesarios para la explosión de artefactos, como

aquí ocurrió.

Conforme a las razones procedentes, encuentra la Sala que el cargo propuesto por la defensa debe prosperar, según también lo avaló el Ministerio Público en su concepto, y por ello, se dispondrá casar el fallo condenatorio de segundo grado proferido contra AURORA BENITEZ por el Tribunal de Cartagena como autora del delito de terrorismo, para en su lugar confirmar la sentencia absolutoria dictada en primera instancia por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad.

Cuestión final

Al dictarse el fallo absolutorio de primer grado la procesada accedió a su libertad provisional el 26 de noviembre de 2010, situación corroborada por el Director de la Cárcel de San Diego de Cartagena. En la sentencia condenatoria de segunda instancia del 9 de julio de 2012 se dispuso su captura, sin que obre en la actuación registro alguno sobre su materialización, motivo por el cual se dispone cancelar de inmediato dicha orden.

Compete al a quo cancelar los demás compromisos de la procesada en razón de este diligenciamiento.

Por lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. CASAR el fallo condenatorio proferido contra AURORA BENITEZ BARRAGÁN por el Tribunal de Cartagena como autora del delito de terrorismo, para en su lugar confirmar la sentencia absolutoria dictada en primera instancia, de acuerdo con las razones expuestas en las consideraciones precedentes.

2. CANCELAR la orden de captura dispuesta por el Tribunal Superior de Cartagena en el fallo de segundo grado.

3. SEÑALAR que corresponde al juez de primera instancia proceder a la cancelación de demás los compromisos adquiridos por AURORA BENITEZ en este diligenciamiento.

Notifíquese y cúmplase.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria