

Ficha de relatoría

1. Nombre: SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA-JUSTICIA Y PAZ
2. Juez o Tribunal: SALA DE JUSTICIA Y PAZ-TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN
3. Fecha: 7 DE JULIO DE 2015
4. Número del proceso: 110016000253 2009 83825
5. Identificación de las partes: Fiscalía Dirección de Justicia Transicional
6. Postulado: Uber Darío Yáñez Cabadías
7. Magistrado ponente: Dr. Juan Guillermo Cárdenas

**CONCIERTO PARA DELINQUIR- GARANTIZA LA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO DE LA SEGURIDAD PÚBLICA/ CONCIERTO PARA DELINQUIR-CONCEPTO/ CONCIERTO PARA DELINQUIR-ES UN TIPO PENAL DE MERA CONDUCTA/ CONCIERTO PARA DELINQUIR-DELITO BASE DENTRO DEL MARCO DEL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ/ CONCIERTO PARA DELINQUIR-ES UN DELITO AUTONOMO**

“ El tipo penal de concierto para delinquir, descrito en el artículo 340 del Código Penal<sup>1</sup>, garantiza la protección del bien jurídico de la seguridad pública, previéndose este legal y jurisprudencialmente como la asociación de varias personas que se conciertan (concertarse —significa asociarse con el propósito común de cometer una serie de conductas delictivas<sup>2</sup>) o reúnen con un fin criminal como actividad principal, concretándose este como un acto de mera conducta<sup>3</sup>, es decir, que es suficiente la asociación con el fin ilícito, tal como el mismo tipo lo dispone al prever: “ por esa sola conducta, es decir”, “ sin que sea necesaria la producción de un resultado y menos aún, la consumación de ilícito que concrete el designio de la asociación criminal<sup>4</sup>”

Es que “ el legislador consideró que el solo hecho de concertarse, pactar, acordar o convenir la comisión de delitos indeterminados es ya punible, pues por sí mismo atenta contra la seguridad pública y por ello extendió la protección penal hacia esa actividad, sin que sea necesario exigir un resultado específico para pregonar desvalor en tal conducta”<sup>5</sup>.

(...)

“ La Honorable Corte Constitucional, en sentencia C-241 del veinte (20) de mayo de 1997, con Ponencia del doctor Fabio

<sup>1</sup> ART. 340.—Modificado. L. 733/2002, art. 8º. Concierto para delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta veinte mil (20.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir

<sup>2</sup> CSJ. Sala Penal. Auto de 27 agosto de 1996, Rad. 11.771, M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar

<sup>3</sup> CSJ. Sala Penal. Auto de abril 4 de 1989, Rad. 3.716, M.P. Rodolfo Mantilla Jácome

<sup>4</sup> CSJ. Sala Penal. Sentencia 23 septiembre de 2003, Rad. 17.089, M.P. Edgar Lombana Trujillo; igualmente se dijo en dicha oportunidad: —El delito se consume por el simple acuerdo, y la reacción punitiva se da —por ese sólo hecho, como se expresa en la descripción típica, de suerte que el delito de concierto para delinquir concursa con las conductas punibles que sean perpetradas al materializarse el elemento subjetivo que lo estructura”

<sup>5</sup> CSJ. Sala Penal. Sentencia 23 septiembre de 2003, Rad. 17.089, M.P. Edgar Lombana Trujillo

Morón Díaz, ha definido la mencionada conducta delictual como:

“... El concierto para delinquir en términos generales se define como la celebración, por parte de dos o más personas de un convenio, de un pacto, cuya finalidad trasciende el mero acuerdo para la comisión de un determinado delito, se trata de la organización de dichas personas en una *societas sceleris*, con el objeto de asumir con proyección hacia el futuro la actividad delictiva como su negocio, como su empresa, la cual, valga aclararlo, dado su objeto ilícito se aparta de los postulados del artículo 333 de la Carta Política que la reivindica y protege; lo anterior significa que no existe acuerdo previo entre sus miembros sobre los delitos específicos que cometerán, como tampoco sobre el momento, el lugar o las personas o bienes que se afectarán, si sobre lo que será su actividad principal: delinquir...”

En el caso de las ACCU y de manera particular el Bloque Héroes de Tolová, por lógica en tratándose de una organización armada, cuenta con pluralidad de miembros integrantes ahora desmovilizados y postulados por el Gobierno Nacional para el procedimiento especial de la Ley 975 de 2005, modificada por su similar 1592 de 2012 y reglamentada por el Decreto 3011 de 2013, que se concertaron para delinquir bajo el fin de atacar la subversión, constituyéndose así como lo prevé la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, este delito en el que “permite activar el proceso judicial de naturaleza transicional”<sup>6</sup>.

Refirió al respecto la alta Corporación:

“ Desde su preámbulo, la ley de justicia y paz dispone que se aplicará a miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional. En consecuencia, se perfila como primer supuesto fáctico que el procesado por esta jurisdicción es un confeso infractor del delito, por lo menos, de concierto para delinquir agravado; de donde se sigue que, conforme a esa premisa jurídica y ontológica, los crímenes a confesar, imputar y por los que se habrá de acusar se ejecutaron y consumaron para y dentro de la organización delictiva.

El examen judicial no está referido a un acontecer delictivo individual, sino a los fenómenos propios de la criminalidad organizada, explicados desde distintas teorías y resueltos por la Sala en diversos pronunciamientos<sup>7</sup>.”

“ El solo delito de concierto para delinquir agravado, imputado y admitido por un integrante de un bloque de las autodefensas desmovilizado, revela que aquél se integró a la agrupación y desde esa condición se adhirió a sus fines, para el caso de estos grupos, la persecución de una serie de objetivos respecto de los cuales corresponde demostrar en cuántas oportunidades y en qué condiciones se realizaron y cuáles son imputables a ese postulado, según el presupuesto normativo que deberá considerarse para cada atribución delictiva adicional a la concertación: con ocasión y durante la militancia.

Si no se acompaña este ingrediente normativo a cada delito en cuestión, la conducta deja de ser objeto de la competencia de justicia y paz.”

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Autos del 17 de junio de 2009, radicados 31205 y 29560, reiterados en auto del 13 de julio de 2011, Rad. 36721

<sup>7</sup> Cfr. sentencias de casación 14851 del 8 de marzo de 2001, 22698 del 9 de noviembre de 2006 y 23825 del 7 de marzo de 2007, entre otras.

La importancia de la caracterización de esta especial conducta punible es de tal relevancia que la acusación proferida en el marco de la Ley 975 de 2005 hace especial énfasis en ella; así ocurre cuando, por ejemplo, exige completa precisión sobre la identificación del grupo armado desarrolló su militancia, o bien la fecha de ingreso a él del postulado, los daños colectivos ocasionados por el mencionado grupo, dentro del marco temporal y espacial -áreas, zonas, localidades o regiones- en donde el desmovilizado desarrolló su militancia, o bien la exposición de las razones por las que los hechos atribuidos pueden entenderse cometidos durante y con ocasión de la pertenencia del postulado a la asociación ilícita. (...) <sup>8</sup>

(...)

Se trata este de un delito autónomo, dado que es viable que en razón de esa asociación se cometan múltiples delitos (porte de armas, reclutamiento ilícito, torturas, desplazamiento, desapariciones entre otros), con los cuales concursaría de manera real y materialmente, tal y como lo viene corroborando la jurisprudencia:

Así por ejemplo, se previó en sentencia del 23 de septiembre de 2003, lo siguiente:

*“ Ahora si las personas concertadas deciden y ejecutan delitos concretos en circunstancias de modo, tiempo y lugar en los cuales se involucran víctimas, el concierto para delinquir como delito autónomo concurre con las demás conductas punibles que se llevan a cabo.*

*“ En otras palabras bien puede existir el concierto para delinquir sin necesidad de que se realicen otras conductas punibles, por ello su autonomía; o ejecutarse por quienes conforman el concierto otros delitos los cuales concurrirán con el primero. En uno y otro caso, la forma de intervención se estudiara respecto de cada delito” <sup>9</sup>*

En el punible por el que se procede

*“ La acción incriminada consiste en concertarse para cometer delitos, que se traduce en la existencia de un acuerdo de voluntades para la realización de actos delictivos indeterminados, que en manera alguna puede ser momentáneo u ocasional, esto es, debe ostentar continuidad y permanencia, entendidas no como una duración ilimitada de ese designio delictivo común, sino como la permanencia en el propósito contrario a derecho por parte de los concertados, que se proyecta y renueva en el tiempo mientras la asociación para delinquir persista” <sup>10</sup>* De otra parte, *“ La noción de permanencia de la sociedad delictiva no puede asumirse exclusivamente como un factor aislado, deducible del paso objetivo del tiempo en el reloj o el calendario, sino que, además, se precisa considerar la manera como dicho tiempo es empleado por los concertados para incidir en los bienes jurídicos que el legislador tutela, con el objetivo de lograr los fines que se proponen” <sup>11</sup>.*

<sup>8</sup> Cfr. sentencias de casación 37708 del 23 de noviembre de 2011, M.P. DR. JOSE LUIS BARCELÓ CAMACHO

<sup>9</sup> CSJ. Sala Penal. Sentencia de 23 septiembre de 2003, Rad. 19.712, M.P. Marina Pulido de Barón

<sup>10</sup> CSJ. Sala Penal. Sentencia 23 septiembre de 2003, Rad. 17.089, M.P. Edgar Lombana Trujillo; En otra oportunidad, se indicó:—Esto permite diferenciar la aludida conducta del concurso de personas en el delito, pues mientras en éste el acuerdo es meramente accidental según el tipo o tipos penales que los coautores se hayan propuesto realizar, de modo particular y concreto, el concierto para delinquir se caracteriza por una conjunción de voluntades dirigida a realizar pluralidad de delitos acorde con una multiplicidad de planes y con propósito de continuidad en el tiempo, CSJ. Sala Penal. Sentencia de 28 septiembre de 1999, Rad. 14.288, MM.PP. Fernando E. Arboleda Ripoll y Jorge Anibal Gómez Gallego

<sup>11</sup> CSJ. Sala Penal. Sentencia 23 septiembre de 2003, Rad. 17.089, M.P. Edgar Lombana Trujillo

## UTILIZACIÓN ILEGAL DE UNIFORMES E INSIGNIAS- TIENE COMO FIN LA PROTECCION DE LA SEGURIDAD PUBLICA/ UTILIZACIÓN ILEGAL DE UNIFORMES E INSIGNIAS- ALCANCE/ UTILIZACIÓN ILEGAL DE UNIFORMES E INSIGNIAS-ES UN TIPO PENAL DE PELIGRO/ UTILIZACIÓN ILEGAL DE UNIFORMES E INSIGNIAS-CONCEPTO

Contempla el estatuto penal en su artículo 346<sup>12</sup>, el delito de utilización ilegal de uniformes e insignias, que tiene como fin la protección de la seguridad pública, reprimiendo el actuar de aquel que en desarrollo de alguno de los verbos rectores previstos en el tipo penal, esto es por que importe, fabrique, transporte, almacene, distribuya, compre, venda, suministre, sustraiga, porte o utilice, vestimenta o uniformes, así como cualquier otro medio de identificación que contengan características similares a las utilizadas por las Fuerzas de seguridad del Estado o las utilizadas para el destino exclusivo de estos.

En el caso de las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá y en especial el Bloque Héroes de Tolová, es una conducta en la que incurren sus exmilitantes hoy desmovilizados, por el simple hecho de haber pertenecido a un grupo armado al margen de la ley, como quiera que en orden a la materialización de su objetivo criminal utilizan prendas, uniformes e insignias similares o semejantes a los de uso privativo de la Fuerza Pública que, por sus características, inducen al público a error, por concurrir en ellos todos los criterios de conexión con los originales o reales, descritos en los reglamentos de uniformes e insignias de las Fuerzas Armadas respectivas.

Este tipo penal, ha sido considerado como un —delito de peligro— que sanciona al portador de un objeto de uso privativo de las fuerzas de seguridad del Estado o de algún otro ostensiblemente similar o semejante como las insignias, que sea utilizado con el fin de encubrir su verdadera calidad o hacerse ver como de orden oficial o amparado por el Estado, cuyo desarrollo es instantáneo que *“ bien puede adquirir las características de los actos permanentes si la actividad va más allá del porte ilegal, y se ejercen actos de autoridad propios de la condición de miembros de la Fuerza Pública, caso en el cual se incurrirá también en otros delitos” <sup>13</sup>.*

En torno a este tipo, son pocas las propuestas doctrinales que se han realizado, no obstante se cuenta con algunas definiciones jurídicas al respecto, en las que se realizan las siguientes precisiones:

*“ ...Persona que usare pública e indebidamente traje o uniforme de una institución a la que no pertenezca, o insignias o condecoraciones que no estuviere autorizado para llevar”;* Conteniendo a su vez unos elementos:

*“ 1. Material: Se requiere: a) El uso público e indebido, o sea que deben existir los dos elementos. Si es público pero no indebido (aspecto subjetivo para el juzgador) no se tipifica el hecho. b) De trajes o uniformes. c) Que sean de una institución a la que no pertenezca. d) Que las insignias o condecoraciones quien las lleve, no esté autorizado para ello. “La insignia, el distintivo, la condecoración y el uniforme son señas exteriores y visibles de autoridad, mando, honor, dignidad, etc. de carácter oficial o particular y de origen nacional o extranjero, por los que se da a conocer públicamente cierta personalidad como propia del agente, no correspondiendo a ello la verdad. A los efectos penales no se comprenden entre los uniformes que no son señal de autoridad o mando, de honor o de dignidad... 2. Interno: La conciencia y voluntad de utilizar un uniforme o*

<sup>12</sup> *“ El que sin permiso de autoridad competente importe, fabrique, transporte, almacene, distribuya, compre, venda, suministre, sustraiga, porte o utilice prendas, uniformes, insignias o medios de identificación reales, similares o semejantes a los de uso privativo de la fuerza pública o de los organismos de seguridad del Estado, incurrirá en prisión de (...)”*

<sup>13</sup> [www.usergioarboleda.edu.co](http://www.usergioarboleda.edu.co)

insignia de los indicados en la ley, sabiendo que no corresponde al sujeto activo el usarlos (...)” (Monografía en derecho).

**FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES- COMPORTA VARIOS VERBOS RECTORES PARA EJECUCIÓN (IMPORTE, TRAFIQUE, FABRIQUE, REPARE, ALMACENE, CONSERVE, ADQUIERA, SUMINISTRE O PORTE/ FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES-LOS ORGANISMOS DEL ESTADO SON QUIENES PUEDEN REGULARMENTE EMPLEAR ARMAS DE FUEGO Y, SOLAMENTE EXCEPCIONALMENTE ESTA FACULTAD SE CONCEDE A LOS PARTICULARES**

Se trata este de un delito que comporta varios verbos rectores para ejecución (importe, trafique, fabrique, repare, almacene, conserve, adquiera, suministre o porte), siendo necesario en este caso, precisar que a diferencia del porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, se relaciona el verbo rector de conservar, que implica que el simple hecho de estar a su amparo guardado<sup>14</sup>, se incurre en la comisión de la conducta punible, aunado a las específicas del tipo de arma de que trata, esto es de uso privativo de las fuerzas armadas, que se encuentra definido en el artículo 8 del Decreto 2535 de 1993<sup>14</sup>, como aquellas, utilizadas para la defensa nacional, enlistadas de manera taxativa, además que como se enuncia en el tipo, posee una características especiales, en tanto son del monopolio exclusivo del Estado, quien tiene el permiso para utilizar y portar las mismas.

(...)

“ (...) En Colombia por regla general los organismos del Estado son quienes pueden regularmente emplear armas de fuego y, solamente excepcionalmente esta facultad se concede a los

<sup>14</sup> **Artículo 8º.-** Armas de guerra o de uso privativo de la Fuerza Pública. Son armas de guerra y por tanto de uso privativo de la Fuerza Pública, aquellas utilizadas con el objeto de defender la independencia, la soberanía nacional, mantener la integridad territorial, asegurar la convivencia pacífica, el ejercicio de los derechos y libertades públicas, el orden constitucional y el mantenimiento y restablecimiento del orden público, tales como:

- a. Pistolas y revólveres de calibre 9.652 mm. (.38 pulgadas) que no reúnan las características establecidas en el artículo 11 de este Decreto;
- b. Pistolas y revólveres de calibre superior a 9.652 mm. (.38 pulgadas);
- c. Fusiles y carabinas semiautomáticas de calibre superior a 22 L.R;
- d. Armas automáticas sin importar calibre;
- e. Los antitanques, cañones, morteros, obuses y misiles de tierra, mar y aire en todos los calibres;
- f. Lanzacohetes, bazucas, lanzagranadas en cualquier calibre;
- g. Cargas explosivas tales como bombas de mano, bombas de aviación, granadas de fragmentación, petardos, proyectiles y minas.
- h. Granadas de iluminación, fumígenas, perforantes o de instrucción de la Fuerza Pública;
- i. Armas que lleven dispositivos de tipo militar como miras infrarrojas, lásericas o accesorios como lanzagranadas y silenciadores;
- j. Las municiones correspondientes al tipo de arma enunciadas en lo literales anteriores.

**Parágrafo 1º.-** En material descrito en el literal g) podrá ser autorizado de manera excepcional, previo concepto favorable del Comité de Armas, de que trata el artículo 31 de este Decreto.

**Parágrafo 2º.-** El Gobierno Nacional por conducto del Ministerio de Defensa Nacional determinará las armas de uso privativo que puedan portar los miembros de los organismos nacionales de seguridad y otros cuerpos oficiales armados de carácter permanente creados o autorizados por la Ley

particulares... El Estado es quien vela por la vida y honra de los ciudadanos, entonces es a quien le corresponde el uso de la fuerza cuando esta es necesaria para garantizar nuestros derechos, es decir, el monopolio Constitucional del Estado sobre las armas de fuego se justifica porque el mismo Estado me protege (...)”<sup>15</sup> ”

**FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES DE DEFENSA PERSONAL-INGREDIENTE OBJETIVO DEL TIPO, “SIN PERMISO DE AUTORIDAD COMPETENTE “ PARA EFECTOS DE QUE SE CONFIGURE/ FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES DE DEFENSA PERSONAL-ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACION/ FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES DE DEFENSA PERSONAL-ES UN TIPO PENAL DE MERA CONDUCTA/ FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES DE DEFENSA PERSONAL-DENTRO DEL MARCO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL SE TRATA DE UNA CONDUCTA PROPIA DE LOS GRUPOS ORGANIZADOS AL MARGEN DE LA LEY/ FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES DE DEFENSA PERSONAL-SE SUBSUME EN EL TIPO PENAL DE CONCIERTO PARA DELINQUIR Y REBELION**

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, precisó<sup>16</sup>, que el punible de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y

<sup>15</sup> Monopolio Constitucional de las Armas de Fuego en Colombia. Ayerbe Arango Rodrigo, autor

<sup>16</sup> En sentencia de casación 2 de noviembre de 2011, radicación 36544, así lo precisó la Sala:

—El inciso 1º del artículo 365 del Código Penal [...] se compone de los siguientes elementos:

(i) Una pluralidad de acciones: importar, traficar, fabricar, transportar, almacenar, distribuir, vender, suministrar, reparar o portar.

(ii) Un objeto material, consistente en por lo menos un arma de fuego de defensa personal o en municiones de la misma índole.

Y (iii) un ingrediente, sin permiso de autoridad competente, que es normativo en la medida en que contempla una valoración de índole jurídica (autorización legal), pero que es más descriptivo en tanto alude a una situación o circunstancia predominantemente fáctica (no tener el salvoconducto).

En lo que a este último elemento se refiere, salta a la vista que para su corroboración es menester partir de unos datos o hechos de naturaleza objetiva, derivados de los medios probatorios recaudados durante la actuación. (Lo mismo puede predicarse con cualquier otro elemento del tipo, incluso de los subjetivos o eminentemente normativos.)

Lo anterior significa que, para demostrar en un asunto concreto la falta de autorización legal para comerciar, distribuir, llevar consigo, etc., un arma de fuego, deberá introducirse al juicio oral prueba (o, por lo menos, una estipulación de las partes en ese sentido) de la cual pueda colegirse, de manera razonable, que el comportamiento descrito en la ley no estaba amparado por el orden jurídico. Ello, claro está, sin perjuicio de la aplicación del principio de libertad probatoria (artículo 373 de la Ley 906 de 2004 [artículo 237 de la Ley 600 de 2000]) [...].

Sin embargo, si no se parte de una circunstancia o fundamento fáctico claro para decidir acerca de la configuración de tal ingrediente típico, es incuestionable que su existencia tampoco podrá presumirse, ni siquiera argumentativamente, pues de ser así se estaría ignorando la norma según la cual corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad, tal como lo prevé el inciso 2º del artículo 7 del Código Procesal Penal [inciso 2º del artículo 234 de la Ley 600 de 2000].

En este orden de ideas, [...] si un funcionario propone una máxima empírica sin contar con material probatorio del cual

municiones descrito en el artículo 365 del Código Penal<sup>17</sup>, contiene en el supuesto de hecho descrito por el legislador, un ingrediente objetivo del tipo, —sin permiso de autoridad competente, consistente en la carencia del sujeto activo del comportamiento de la licencia o autorización administrativa para portarlas.”

“Así mismo, la máxima corporación penal, en sentencia de casación número 38542 del veinticinco (25) de abril de 2012, con ponencia del Magistrado, Julio Enrique Socha Salamanca, expuso acerca de los elementos que componen el mencionado artículo, lo siguiente:

“...El inciso 1º del artículo 365 del Código Penal [...] se compone de los siguientes elementos:

(i) Una pluralidad de acciones: *importar, traficar, fabricar, transportar, almacenar, distribuir, vender, suministrar, reparar o portar*; (ii) Un objeto material, consistente en por lo menos un arma de fuego de defensa personal o en municiones de la misma índole y (iii) un ingrediente, sin permiso de autoridad competente, que es normativo en la medida en que contempla una valoración de índole jurídica (autorización legal), pero que es más descriptivo en tanto alude a una situación o circunstancia predominantemente fáctica (no tener el salvoconducto). En lo que a este último elemento se refiere, salta a la vista que para su corroboración es menester partir de unos datos o hechos de naturaleza objetiva, derivados de los medios probatorios recaudados durante la actuación...”

Ambos tipos penales, son delitos de mera conducta, en tanto se trata del simple acto físico de portarla u otro de los verbos rectores descritos en el tipo, sin necesidad de la acción de dispararla por ejemplo, es decir el delito se consuma cuando se produce la actividad, en tanto se trata de una conducta punible esencialmente dolosa y resulta fundamental el propósito, el ánimo, el móvil en su ejecución.

Ahora, es viable traer a colación que ante la implantación de la Justicia Transicional, se han previstos circunstancias especiales y precisas respecto a este tipo penal, que en el evento de las agrupaciones u organizaciones armadas al margen de la ley, se trata de una conducta propia de su actividad, lo que los hace incurso necesariamente, en la comisión de la conducta, bien sea de armas de uso privativo o de defensa personal, dependiendo de sus características, bajo la consumación de cualquiera de los verbos rectores descritos en el artículo que contiene la descripción típica.

Viene asegurando la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que los postulados vinculados al trámite de Justicia y Paz, quienes hicieron parte de un grupo ilegal armado, incurrir en la comisión del punible de tráfico, fabricación o porte de arma de fuego de defensa personal o de uso exclusivo de las fuerzas armadas, como quiera que el empleo de armas de fuego, se convierte en un elemento de los tipos penales imputables por la pertenencia a dicha organización y el *modus operandi* de ésta, surgiendo entonces, la teoría, de que tal conducta no puede ser acusada de forma aislada e independiente, pues ella se subsume dentro de aquellas que hicieron viable la vinculación al procedimiento de Justicia y Paz, como lo son el concierto para delinquir y la rebelión.

(...)

Por su parte, la sentencia 36125 del 31 de agosto de 2011, retomó las previsiones contenidas en la sentencia 36563 del 3 de agosto de ese mismo año y preciso al respecto:

---

*haya podido derivar el enunciado fáctico objeto de demostración, conculcará la presunción de inocencia si por esa vía declara demostrada una circunstancia relevante para la configuración del tipo objetivo.”*

<sup>17</sup> —Artículo 365. *Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones. El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare o porte armas de fuego de defensa personal, municiones o explosivos, incurrirá en prisión de...* (Destaca la Sala).

“El concierto para delinquir cargado en contra de los postulados al trámite y beneficios de la Ley 975 del 2004, parte del presupuesto necesario de la conformación o pertenencia a **grupos armados** ilegales.

Los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH, tienen como elemento estructurante indispensable que las conductas se realicen con ocasión y en desarrollo de conflicto armado’.

En esas condiciones, no admite discusión que la persona se encuentra vinculada al trámite de justicia y paz, en razón de que necesariamente hizo parte de un **grupo armado ilegal**. Por tanto, el empleo de armas de fuego se convierte en un elemento de los tipos penales imputables, desde donde surge que tal conducta no puede ser cargada de manera independiente, pues ella se subsume dentro de aquellas que hicieron viable la vinculación al procedimiento de la Ley 975 del 2005.

La conclusión se ratifica cuando la razón de ser de la Ley 975 precisamente comporta la militancia en un grupo armado ilegal. Así, el legislador, al momento de su expedición, motivó que se trata de la ley por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de grupos armados organizados al margen de la ley...; criterio que fue reiterado en sus artículos 1º, 2º, 5º, 6º, 7º, 9º (éste, incluso, define como desmovilización el acto de dejar las armas)’, 10, 11, 16, 17, 20, 25.

En relación con el delito de rebelión, la Corte se ha pronunciado en similares términos, los cuales resultan aplicables en este caso, en tanto, con la salvedad de su connotación de delito político, lo cierto es que la estructura de ese tipo penal, al igual que sucede con el de concierto para delinquir (en la modalidad de conformación de grupos armados ilegales), exige como elemento el empleo de armas de fuego, supuesto en el cual la última conducta (porte de armas), tampoco se pone a concursar con la rebelión.

El 26 de agosto de 2009 (radicado de extradición 31.106), la Sala expuso:

Sobre el particular, basta decir que la Corte ya se ha referido al punto en oportunidades anteriores, para indicar que el comportamiento delictivo definido en los Estados Unidos de América como Hostage taking’, no es equiparable al tipificado en la legislación colombiana como toma de rehenes en el artículo 148 del Código Penal, por no concurrir la exigencia típica consistente en que la privación de la libertad opere con ocasión o dentro del marco de un conflicto armado. En concreto, expresó:

En este punto cabe observar que el delito de Hostage taking’, traducido como toma de rehenes, no es asimilable al que denomina de esta última forma el artículo 148 del Código Penal colombiano, Ley 599 de 2000.

En esta figura típica, que atenta contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, se sanciona la conducta del que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, prive a una persona de su libertad condicionando ésta o su seguridad a la satisfacción de exigencias formuladas a la otra parte, o la utilice como defensa’...

**3.5. El delito de utilización de arma de fuego en un delito violento... encuentra en abstracto equivalencia típica en la legislación colombiana en el artículo 366 del Código Penal (Ley 599 de 2000)...**, que define la fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas... Sin embargo, dentro del contexto de los hechos juzgados, esta conducta, en el ordenamiento penal colombiano, se subsume en el delito de rebelión, tipificado en el artículo 467 del Código Penal (Ley 599 de 2000), que como se sabe es de índole política, pues no puede desconocerse que el Ejército de Liberación Nacional es una organización rebelde, ... que se ha planteado como objetivo derrocar al gobierno nacional y el

orden constitucional y legal vigente, a través de las armas, elementos que conforman su estructura típica...

De tal manera que si el uso de armas de fuego, además de convertirse en elemento de los tipos penales habilitantes del proceso de justicia y paz, se convierte en un presupuesto de procedibilidad que permite al postulado hacerse acreedor al trámite y beneficios de la Ley 975 del 2005, el mismo no puede ser cargado de manera independiente y concurrente con tales comportamientos, que, así, lo subsumen."

Acorde con lo anotado, la Corte, en el asunto que aquí se debate, ha de declarar que el delito de porte de armas de fuego debe subsumirse dentro de las conductas delictivas imputadas en el trámite de la Ley 975 de 2005. (...)"<sup>18</sup>

#### **TORTURA-CONCEPTO/TORTURA-ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACION/ TORTURA-ALCANCE/ TORTURA-MODALIDADES**

" El delito de tortura descrito en el artículo 178 del Código Penal, exige que la víctima sea sometida a dolores, padecimientos y sufrimientos físicos-psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información, revelación y confesión, en su defecto castigarla por un acto por ella cometido, o que se sospecha ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación.

El precepto normativo, fue constituido en nuestro ordenamiento jurídico en correspondencia con el contenido en distintas normas de carácter internacional, donde se exige la concurrencia de tres elementos: i) material consistente, en las acciones que constituyen el delito en sí, ii) la cualificación del sujeto activo como representante del poder del Estado (desde el punto de vista internacional, más no a nivel de nuestra legislación) y iii) elemento teleológico que exige una determinada finalidad para la configuración autónoma del delito

Se trata entonces, de que el sujeto pasivo, sea sometido a daño físico-psicológico ya sea por medio de máquinas y/o artefactos, como armas de fuego, corto punzantes o a través de la fuerza ejercidas por otro cuerpo, sin el consentimiento y en contra de la voluntad de la víctima de una forma desmedida, lo que vincula de manera principal el dolor, sufrimiento y tormento desmesurado de quien lo soporta, situación que para el evento de Colombia no proviene de un sujeto activo calificado.

En torno a ello se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia C-587 de 1992, donde explicó:

#### **"TORTURA-Alcance/DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL**

La conducta de tortura no sólo puede predicarse del Estado sino también de los particulares. Por ello, no solo debe sancionarse al Estado, sino también a los particulares, cuando quiera que la cometan. La tortura es una de las muchas formas como se puede vulnerar el derecho a la integridad personal. Los tratos y las penas crueles, inhumanas o degradantes son, por ejemplo, otras formas de vulnerar ese derecho.

#### **TORTURA-Modalidades/TORTURA-Sujeto indeterminado**

El delito de tortura puede presentarse bajo dos modalidades distintas: tortura física o tortura moral. En cualquiera de las dos modalidades, de todas maneras, el sujeto activo es indeterminado, lo que implica que puede ser cometido por cualquier persona, y también por funcionarios públicos. El artículo 279 del Código Penal, que consagra el tipo penal de tortura con sujeto activo indeterminado, se ajusta a la Constitución Nacional por cuanto la fuerza vinculante de los derechos constitucionales no limita su alcance a deberes de abstención por parte del Estado; por el contrario, esos derechos, entre los cuales está el derecho a no ser torturado, son susceptibles de violación por parte tanto del Estado como de los particulares. La redacción del tipo penal de tortura

<sup>18</sup> Sentencia 36125 del 31 de agosto de 2011, M.P Sigifredo Espinosa Pérez

tampoco vulnera el principio de tipicidad y el de legalidad consagrados en la Constitución. "

(...)

Posteriormente en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes del diez (10) de diciembre de 1984, aprobada en Colombia por la Ley 170 de 1986 se definió la tortura de la siguiente manera:

" Artículo 1... 1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflige intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas(...)"<sup>19</sup>.

#### **DESPLAZAMIENTO FORZADO-CONCEPTO/ DESPLAZAMIENTO FORZADO- CONCEPTO DE DESPLAZADO/ DESPLAZAMIENTO FORZADO-ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACION/ DESPLAZAMIENTO FORZADO-LA CONDICIÓN DE DESPLAZADO POR LA VIOLENCIA ES UNA CIRCUNSTANCIA DE CARÁCTER FÁCTICO/ DESPLAZAMIENTO FORZADO- PUEDE CONSTITUIR UN CRIMEN DE GUERRA Y UN CRIMEN DE LESA HUMANIDAD**

" El artículo 180 del Código Penal (Ley 599 de 2000) define el delito de desplazamiento forzado, como:

" ...el que de manera arbitraria, mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población, ocasione que uno o varios de sus miembros cambie el lugar de su residencia..."

A su turno, la Ley 387 de 1997 define la condición de desplazado, así:

"Del desplazado. Es desplazado toda persona que se haya visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alterar drásticamente el orden público."

Este punible para su materialización, comporta necesariamente el ejercicio de violencia o coacción arbitraria, sea física o moral sobre un número determinable e identificable de personas, con ejercicio de una fuerza tal, que someta la voluntad al punto de lograr el traslado de lugar de residencia."

(...)

" Tal como lo ha precisado la Corte Constitucional, la condición de desplazado por la violencia es una circunstancia de carácter fáctico, que se presenta cuando se ha ejercido cualquier forma de coacción para imponer el abandono del sitio habitual de morada o de trabajo, que obliga la movilización dentro de las fronteras del Estado, ello en sometimiento a una obediencia, en

<sup>19</sup> La tortura en el Derecho Internacional – Guía de Jurisprudencia. Association for the Prevention of Torture. 2008

orden a la preservación de la vida e integridad personal y familiar, ante el peligro que se derivan de las amenazas formuladas directamente o de la percepción generada en razón de los conflictos presenciados en los sitios de residencia de hechos que atenten contra la tranquilidad, la vida y la estabilidad de las personas, por lo que puede concluirse que no es sólo la violencia física y las amenazas directas, las que lo ocasionan, sino también el miedo dadas las condiciones particulares.

La jurisprudencia constitucional ha sido bastante amplia en sus pronunciamientos sobre el desplazamiento forzado y en especial, sobre los derechos de la población desplazada. “

(...)

En el Derecho Penal Internacional (DPI), a través del Estatuto de Roma, de la Corte Penal Internacional concibió el desplazamiento forzado como un crimen de guerra y como un crimen de lesa humanidad al precisar:

—*Artículo 7 Crímenes de lesa humanidad, numeral d) 1. (...) se entenderá por ‘crímenes de lesa humanidad’ cualquiera de los siguientes actos: cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dichos ataques (...) d) deportación o traslado forzoso de población.*

(...)

*Artículo 8 Crímenes de guerra 1. (...) se entiende por ‘crímenes de guerra’: (...) viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado*

Si bien este punible se encuentra descrito en el capítulo de delitos contra “ la libertad individual y otras garantías”, por el contenido internacional ha debido ser contemplada como un delito de lesa humanidad, al margen de los estándares internacionales, siendo por ende esta conducta aparejada por una de similar definición, la que se conoce como “ deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de la población civil, contenido en el artículo 159<sup>20</sup> del Código Penal, contenida en el capítulo de los delitos en contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario” , refiriendo ello a aun contexto específico del conflicto armado, que lo distingue del desplazamiento, pero cuyo fin es indistinto.

**DESPOJO EN EL CAMPO DE BATALLA-CONCEPTO/ DESPOJO EN EL CAMPO DE BATALLA- TAMBIÉN SE CONFIGURA, CUANDO SE COMETEN CIERTOS ATENTADOS CONTRA LA PROPIEDAD PRIVADA QUE PERJUDICAN Y CAUSAN UN DETRIMENTO EN LA SITUACIÓN MORAL Y MATERIAL DE LAS PERSONAS DESPOJO EN EL CAMPO DE BATALLA-ES EL PRODUCTO DE LAS PREVISIONES CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 8º DEL PROTOCOLO II ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA, RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS SIN CARÁCTER INTERNACIONAL DEL OCHO (8) DE JUNIO DE 1977**

“ Contempla el artículo 151 del Código Penal, contenido en el Título II, Capítulo Único de los delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, el despojo en el campo de batalla, descrito de la siguiente manera:

<sup>20</sup> Artículo 159. Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y sin que medie justificación militar, deporta, expulsa, traslade o desplace forzosamente de su sitio de asentamiento a la población civil, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años, multa de mil (1.000) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años.

*“Despojo en el campo de batalla. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, despoje de sus efectos a un cadáver o a persona protegida, incurrirá en prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de cien (100) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes”*

Se prevé esta conducta como la de hurtar, robar, rapiñar o saquear a una persona protegida en el campo de batalla o a un cadáver, situación que acorde con el artículo 53 del Cuarto Convenio de Ginebra, también se configura, cuando se cometen ciertos atentados contra la propiedad privada que perjudican y causan un detrimento en la situación moral y material de las personas.

Adicionalmente el artículo 33 de ese Convenio estipula —*la prohibición del saqueo, es decir, se prohíbe destruir los bienes muebles o inmuebles pertenecientes individual o colectivamente a personas particulares*<sup>21</sup>.

Esta conducta penal, es el producto de las previsiones contenidas en el artículo 8º del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional del ocho (8) de junio de 1977, el cual indica: —*Siempre que las circunstancias lo permitan, y en particular después de un combate, se tomarán sin demora todas las medidas posibles para buscar y recoger a los heridos, enfermos y náufragos a fin de protegerlos contra el pillaje*<sup>199</sup> y los malos tratos y asegurarles la asistencia necesaria, y para buscar a los muertos, impedir que sean despojados y dar destino decoroso a sus restos”.

“ El saqueo, también llamado pillaje, es la toma o el apoderamiento ilegítimo e indiscriminado de bienes ajenos: por la fuerza como parte de una victoria política o militar; en el transcurso de una catástrofe, o tumulto, como una guerra; o bien pacíficamente, aprovechando el descuido o la falta de vigilancia de bienes La palabra designaba originalmente al asalto de villas, pueblos y ciudades, no solamente en situación de conflicto, sino también por los mismos miembros de la comunidad...ll (Wikipedia enciclopedia libre).”

**TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES-CONCEPTO/ TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES-ALCANCE/ TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES/ TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES-DEFINICION DEL TIPO PENAL DE NARCOTRAFICO**

Esta conducta punible se encuentra definida, en el artículo 376<sup>22</sup> del Código Penal, en el capítulo de los delitos contra la salud pública, previéndose en ella un sujeto activo

<sup>21</sup> Así las cosas, en la interpretación de este tipo, es necesario tener en cuenta lo consagrado no sólo en nuestro ordenamiento penal nacional, sino también lo dispuesto en el Cuarto Convenio el cual hace parte del bloque de Constitucionalidad y por lo tanto sus preceptos tienen el rango de norma constitucional de obligatorio cumplimiento.

<sup>22</sup> Artículo 376. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. Modificado por el art. 11, Ley 1453 de 2011. El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a veinte (20) años y multa de (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de metacualona o droga sintética, la pena será de cuatro (4) a seis (6) años de prisión y multa de dos (2) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

indeterminado no calificado y singular, a quien se penalizan por ejecutar uno o varios de los modos como se materializa la conducta. En ese orden de ideas se introducen en la norma una amplia gama de verbos rectores que a juicio del legislador describen conductas potencialmente idóneas para afectar el bien jurídico que la norma protege: (i) introducir al país, así sea en tránsito; (ii) sacar del país; (iii) transportar; (iv) llevar consigo; (v) almacenar; (vi) conservar; (vii) elaborar; (viii) vender; (ix) ofrecer; (x) adquirir; (xi) financiar; o (xii) suministrar a cualquier título, siendo catalogado como un delito de peligro abstracto o presunto<sup>20</sup> esto es, se consuma sin necesidad de lesión, siendo suficiente con que concurra el simple peligro —o probabilidad de lesión— del bien jurídico. Las conductas contempladas en el Capítulo III del Título XVII del CP están dispensadas para proteger al colectivo social de un mal potencial, en tanto no tutelan un bien o derecho concreto sino la posibilidad de que la salud del mismo se vea menoscabada por cualquiera de las conductas tipificadas en su articulado.

(...)

Frente a este tópico, han sido múltiples los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, las cuales han sido enfáticas en determinar alcances de tipo normativo en este punible, aunado a los estudios en relación al tema del narcotráfico que se ha considerado como —(...) es un fenómeno de delincuencia organizada que actúa en forma similar a una empresa, entendemos por tal una actividad delictiva de connotación internacional que involucra fases y conductas ilícitas de muy distinta índole en el marco de una dimensión espacio-temporal. Tal gama de acciones: producción y fabricación de la droga, transporte, compra para reventa, comercio, actos de promoción del consumo, conforman la actividad ilícita del narcotráfico (...)»<sup>23</sup>

Siendo el narcotráfico una problemática nacional e internacional, se definió por la Jurisprudencia Española como: “delito de *peligro abstracto, de simple actividad y consumación anticipada*, en el que se ha optado por anticipar la consumación de la infracción criminal a un momento anterior al de la realidad del tráfico, estimando perfeccionado el acto punible por la mera tenencia de la droga, probado el ánimo de destinarla al consumo de otras personas; resultando de tal modo suficiente la coincidencia de los *dos elementos integrantes del delito*, como es el *corpus* (la tenencia o posesión de la droga) y el *animus* (el elemento tendencial de destinar la droga al tráfico... se protege este nivel general cuando el ataque se hace mediante conductas genéricas e inespecíficas (no tienen por objeto proteger la salud de persona o personas determinadas)...” < (Obra Legalización de producción, venta y consumo de marihuana en Perú – grupo investigativo –).

**CONSTREÑIMIENTO AL SUFRAGANTE-concepto/  
CONSTREÑIMIENTO AL SUFRAGANTE-alcance  
/ CONSTREÑIMIENTO AL SUFRAGANTE-PARA LA  
CONSUMACIÓN DEL HECHO PUNIBLE, NO ES  
REQUERIDO QUE SE LOGRE EL FIN PROPUESTO DE  
LOGRAR LA ABSTENCIÓN O LOGRAR EL VOTO POR EL  
CANDIDATO DE SU PREFERENCIA, BASTA CON LA  
INTIMACIÓN QUE SE CAUSA AL CIUDADANO, SIEMPRE Y  
CUANDO SE HAGA CON ESTE FIN**

“ Este tipo penal, tiene su descripción normativa en el Título XVI, en los delitos contra los mecanismos de participación democrática, capítulo único, artículo 387, de la siguiente manera:

“ Artículo 387. *Constreñimiento al sufragante. El que utilice las armas o amenace por cualquier medio a un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley, con el fin de obtener apoyo o*

*votación por determinado candidato o lista de candidatos, o voto en blanco, o por los mismos medios le impida el libre ejercicio del derecho al sufragio, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.*

*En igual pena incurrirá quien por los mismos medios pretenda obtener en plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato, apoyo o votación en determinado sentido, o impida el libre ejercicio del derecho al sufragio.*

*La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un servidor público.”*

Se trata este de un tipo con sujeto activo indeterminado, que ejerce una fuerza contra el sufragante sea física o moral, capaz de doblegar su voluntad, ante el miedo inminente que con ello se le provoca, obteniendo con ello una votación en el sentido que le interesa o a que se abstenga de ello.

Para la consumación del hecho punible, no es requerido que se logre el fin propuesto de lograr la abstención o lograr el voto por el candidato de su preferencia, basta con la intimación que se causa al ciudadano, siempre y cuando se haga con este fin, en tanto se sanciona de manera primigenia el acto que vicia la voluntad del elector, no es necesario verificar si el compelido por la fuerza sufragó o no, debe reprocharse y hace parte de la conducta de constreñimiento al sufragante, la conducción violenta, intimidante ejercida sobre la población.”

(...)

Así al respecto se pronunció la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de justicia:

“ A propósito del tema de la votación, destáquese que el delito de constreñimiento al sufragante previsto en el artículo 387 del Código Penal, atenta contra un mecanismo de participación democrática como lo es el sufragio, vale decir, la libertad de opción política en el marco de un sistema democrático.

Además, con la criminalización primaria de dicho comportamiento se busca garantizar que

“ la decisión contenida en el voto sea una genuina expresión de la voluntad individual y no el producto del ejercicio de poderes sobre la persona.”<sup>24</sup>

Y es que el despliegue de poderíos amenazadores no tiene que revelarse de manera imperiosa en los comicios propiamente dichos, en la medida en que el fin de protección de la norma se vería limitado al excluir del ámbito de reproche las intimidaciones previas a las votaciones que, por supuesto, pretenden consolidar el ingrediente subjetivo previsto en el tipo penal, vale decir, alterar y afectar la libertad de opción política mediante el —apoyo o votación por determinado candidato o lista de candidatos”

En torno a la infracción aludida, la Sala sostuvo, en sentencia del 16 de marzo de 2008<sup>25</sup>, que

“ La concepción del constreñimiento como figura típica es mucho más amplia, pues se trata de preservar tanto el ‘apoyo’ o la ‘votación’ por determinado candidato, en el marco de una conducta alternativa que se diferencia nitidamente de la destinada a ‘impedir por los mismos medios el derecho al sufragio’, que es una situación distinta.”<sup>26</sup>

En consecuencia, no es posible admitir que la abstención electoral desdibuje el constreñimiento al sufragante, pues, de cara a la configuración del injusto objetivo, bastaría con que un solo elector en un municipio con muchas personas aptas para

<sup>23</sup> Centro de Información Jurídica de Costa Rica ha definido el mismo como:

<sup>24</sup> Corte Constitucional, sentencia C – 142 de 2001.

<sup>25</sup> Proferida en el radicado 26470.

<sup>26</sup> Reiterado en la sentencia del 18 de marzo de 2010 proferida en el radicado 27032.

*elegir, ejerciera su derecho al voto en un ambiente intimidatorio configurado por una estructura armada ilegal. Aún más, la contención podría ser muestra y directa consecuencia, incluso no pretendida, del despliegue de coacción y amenazas contra los electores*<sup>27</sup>

#### **RECLUTAMIENTO ILÍCITO-CONCEPTO/ RECLUTAMIENTO ILÍCITO-INSTRUMENTOS JURÍDICOS A NIVEL NACIONAL E INTERNACIONAL, QUE PRETENDEN SANCIONAR CON SEVERIDAD ESTE TIPO DE CONDUCTAS**

“ Descrito y sancionado en el artículo 162<sup>28</sup> del Código Penal, dentro del título de los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, previéndolo como aquel que se materializa al interior o con ocasión del conflicto armado, con el fin de obligar a los menores de edad a participar en actos hostiles y acciones armadas.”

(...)

“Se han generado instrumentos jurídicos a nivel nacional e internacional, que pretenden sancionar con severidad este tipo de conductas. A nivel internacional, es importante mencionar los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra para humanizar y minimizar los efectos de la misma, así como la Declaración de los Derechos de los Niños de 1959, la cual insta a la sociedad y las autoridades locales y gubernamentales para que se creen mecanismos que promuevan la protección de los derechos y libertad de los menores de edad, asegurando que crezcan en un núcleo familiar y con estructuras sociales favorables.”

#### **DERECHO A LA REPARACION-TIPOLOGIAS/ DERECHO A LA REPARACION- DEBER PARA LOS POSTULADOS TENDIENTES A EFECTUAR LA ENTREGA DE TODOS Y CADA UNO DE LOS BIENES MUEBLES O INMUEBLES OBTENIDOS COMO PRODUCTO DE LA ACTIVIDAD ILÍCITA/ DERECHO A LA REPARACION-DEBE SER INTEGRAL/ DERECHO A LA REPARACION-INCIDENTE DE REPARACION INTEGRAL/ DERECHO A LA REPARACION- ES UNA TAREA QUE DEBE SER REALIZADA POR LA MAGISTRATURA DE JUSTICIA Y PAZ**

*“Las violaciones de los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario, son los comportamientos que con mayor intensidad desconocen la dignidad de las personas y más dolor provocan a las víctimas y a los perjudicados. Por ello son objeto de toda la protección del Estado, sancionando a sus autores y ordenando la reparación de los agravios sufridos, con medidas como las mencionadas de tiempo atrás por la Sala*<sup>29</sup>.

(i) *Restitución: devolver a la víctima a su statu quo anterior.*

(ii) *Indemnización: sufragar el valor material de los perjuicios morales, materiales y de la vida de relación irrogados.*

(iii) *Rehabilitación: recuperar a las víctimas de las secuelas físicas y psicológicas derivadas de los delitos cometidos.*

<sup>27</sup> Sentencia radicada 33053, del 27 de julio de 2011, con ponencia del Magistrado Javier Zapata Ortiz

<sup>28</sup> **Artículo 162.** Reclutamiento ilícito. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa de seiscientos (600) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

<sup>29</sup> Sentencia Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia, radicado 34547 del 27 de abril de 2011.

(iv) *Satisfacción: compensación moral orientada a restaurar la dignidad de la víctima y divulgar lo acontecido. “*

(v) *Garantía de irrepetibilidad: desmovilización, desarme, reinserción, desmonte de las organizaciones delictivas y prohibición, en todas sus formas y expresiones, de la conformación de grupos armados paraestatales y el diseño de estrategias paramilitares.*

(vi) *Reparación simbólica: aseguramiento de la memoria histórica, aceptación pública de la comisión de delitos, perdón difundido y restablecimiento de la dignidad de las víctimas, v. gr. la construcción de camposantos, de monumentos o la colocación de placas en sitios especiales.*

(vii) *Reparación colectiva: recuperación psicológica y social de las comunidades victimizadas.*

*A fin de lograr el resarcimiento de los daños ocasionados con el delito y como presupuesto de elegibilidad para acceder a la pena alternativa, la Ley de Justicia y Paz 367 ha exigido a los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley la entrega de los bienes producto de la actividad ilegal, los cuales serán puestos a disposición del Fondo para la Reparación de las Víctimas”*<sup>30</sup>

Coetáneamente con el derecho o prerrogativa que les asiste a las víctimas de ser reparados, por todos los daños que les hubieran causado a través de la comisión de conductas punibles, se activa un deber para los postulados tendientes a efectuar la entrega de todos y cada uno de los bienes muebles o inmuebles obtenidos como producto de la actividad ilícita desplegada durante los años en que pertenecieron a la agrupación armada ilegal, que deben ser ofrecidos a lo largo del proceso, para que respecto de los mismos sean proferidas las medidas cautelares necesarias para sacar el bien del comercio y posteriormente, en caso que no se hubiere peticionado su restitución (solicitud de devolución del bien por sus legítimos dueños, al haber sido despojados arbitraria y violentamente del mismo en la época del conflicto armado interno por los comandos paramilitares o por las agrupaciones guerrilleras según el caso), se procederá a la extinción del dominio, determinándose la pérdida de los derechos personales y reales que se tengan sobre dicho patrimonio.

Como quiera que ha quedado decantado, que la reparación en el trámite de Justicia Transicional se torna integral; esto es, debe abarcar un punto de vista económico y psicológico, que depende del acceso que tenga las víctimas a la verdad, componente al que ya hicimos alusión en precedencia; ahora bien económicamente hablando, debemos tener presente que tanto los afectados directos como los indirectos, tienen acceso a una serie de reconocimientos pecuniarios que se concretan en la existencia de unos perjuicios materiales, el daño moral y el daño de la vida en relación, dependiendo esas sumas de dinero que las víctimas a través de sus representantes judiciales contractuales o provistos por la defensoría pública, acrediten de manera contundente y veraz la existencia de esa afectación en el mundo fenomenológico con los diferentes medios probatorios en el incidente de reparación integral.

(...)

Con miras al efectivo resarcimiento de los perjuicios causados a las víctimas, la Ley 975 de 2005, consagró la realización del Incidente de Reparación Integral antes del proferimiento de la decisión que ponga fin a la instancia, en la que se disponía precisamente que se trataba de un trámite eminentemente judicial, donde los afectados se encargaban con fundamento en las pruebas aportadas de narrar los daños que les fueron infringidos y finalmente el fallador procedía a determinar la

<sup>30</sup> Sentencia H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Rad. 37.632 M.P. Javier Zapata Ortiz. 7 de marzo de 2012.

existencia del daño y el monto por la indemnización del mismo; sin embargo con la expedición de su similar 1592 de 2012, se modificó la normativa promulgada inicialmente y más aún en lo referente a la reparación de los afectados, se ordenó el adelantamiento de un incidente que fue denominado —de identificación de las afectaciones causadas a las víctimas—, dentro del mismo la función de la judicatura prácticamente se circunscribió a direccionarlo, recopilando el caudal probatorio, como las manifestaciones y los dichos de las víctimas, para finalmente remitir todo lo actuado a la UARIV, entidad que se encargaría de la respectiva tasación y reparación de los afectados, tornándose ya no en un ejercicio judicial sino administrativo; sin embargo, al conocer la H. Corte Constitucional la demanda de exequibilidad de los artículos 23, 24 y 25 del canon referido, declaró la inexistencia del novísimo incidente en las sentencias C-180 y C-286 de 2014, disponiendo que se debía realizar el incidente de reparación integral y que la reparación de los perjuicios no se trataba de una labor de carácter administrativo sino judicial.

No cabe la menor duda que la reparación como derrotero que cimienta la Ley de Justicia Transicional, es una tarea que debe ser realizada por la Magistratura, verificándose de forma rigurosa, judicialmente y con medios probatorios, la verdadera afectación o el daño causado a los reclamantes con miras a resarcir los perjuicios que les fueron ocasionados; debiendo para ello, acudir a criterios de equidad en lo atinente al otorgamiento de las respectivas indemnizaciones morales, ya que no podemos perder de vista que estamos ante un flagelo, como lo fue el conflicto armado interno, que golpeó millares de personas de nuestro territorio nacional, víctimas que pese a que han transcurrido más de 18 años desde que sufrieron el perjuicio, a la fecha no han recibido una respuesta de parte del ente estatal y mucho menos de los perpetradores; así, es que esa reparación no solamente se circunscribe al otorgamiento de una retribución económica, sino que debe propender por implementar medidas de rehabilitación, satisfacción entre otras, para que estas personas que lo perdieron todo en el desarrollo de la contienda bélica adquieran verdaderas oportunidades de empleo, educación trabajo, acompañamiento psico-social entre otros.”

#### COMPROMISO DE NO REPETICION-ALCANCE

“ Si bien es cierto, la no repetición podría ser entendida como una obligación que asume el postulado hacia futuro, esto es, con posterioridad a la emisión de la decisión que ponga fin a la instancia, se torna evidente que ello no es así, toda vez que este compromiso y/o deber, lo adquiere y acompaña al excombatiente desde el preciso instante en que toman la decisión libre y voluntaria de acogerse a las directrices que se encuentran contenidas en la Ley de Justicia y Paz con sus respectivas modificaciones y reglamentaciones posteriores.

Como es claro, al postulado le asiste un deber primordial de adecuar su comportamiento absteniéndose de ejecutar conductas catalogadas como delito en el Estatuto Penal Represor Colombiano y las diferentes normas internacionales, comprometiéndose a no delinquir nuevamente, aunado a no incurrir en violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario a través de conductas como las que protagonizaron durante el lapso en que se encontraba al servicio de estos aparatos organizados de poder ilegales, su deber es erradicar todo acto de barbarie y atrocidad que caracterizaron el ingreso del paramilitarismo a la contienda bélica en nuestro territorio nacional; y más específicamente, no incurrir en ninguna actuación delictiva, ya que incluso hacer caso omiso a la prohibición en el mismo trámite judicial, acarrea la terminación anticipada de la actuación y la posterior exclusión administrativa de la lista de postulados a Justicia y Paz con las respectivas consecuencias que ello trae; al respecto ha indicado el máximo Tribunal Constitucional:

“ Las garantías de no repetición que incluyen una serie de medidas para la prevención: —a) El ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad; b) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales

relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad; c) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial; d) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos; e) La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad; f) La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, el personal de servicios médicos, psicológicos, sociales y de las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales; g) La promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales; h) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan.”<sup>31</sup>

#### DERECHO A LA JUSTICIA-CONCEPTO/ DERECHO A LA JUSTICIA-APLICACIÓN DENTRO DEL MARCO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

La Justicia entendida como esa retribución o justo castigo al que debe ser sometida la persona que se encarga de contravenir el código represor, se erige como uno de los aspectos que genera mayor contradicción y controversia dentro del conglomerado en general y es que a la vista del ciudadano del común, no se puede hablar de justicia cuando una persona que comete una serie de delitos y crímenes que incluso pueden ser catalogados como de lesa humanidad o de guerra, al judicializarse la imposición de una pena alterna oscilaría entre los 5 y 8 años.

En este tipo de actuaciones judiciales, precisamente se debe abandonar esa concepción primaria que se ha tenido del valor justicia en el campo penal, donde pareciera que este se equipara con el castigo que la judicatura impone a determinado individuo por contravenir el ordenamiento jurídico penal, en atención a que el proceso de Justicia Transicional y su marco normativo tienen una finalidad primordial consistente en finiquitar la contienda armada interna y consecuente con ello, lograr establecer un camino férreo y firme hacia la paz; sin embargo para lograr la rendición de un grupo armado que se encuentra dentro del conflicto, no por las vías de las armas, sino por medio de la salida negociada es necesario que la justicia representada por la posibilidad de reprimir y condenar una serie de hechos delictivos, ceda su campo de acción en cuanto a la pena que debe purgar el desmovilizado; lo anterior debido a su voluntad de dejar las armas, por ser veraz en sus manifestaciones ante las autoridades judiciales, denunciar y entregar bienes producto de la actividad ilícita, pedir perdón a las víctimas y buscar de manera incesante ese proceso de reconciliación con las personas que afectaron con sus delitos.

embargo no se puede razonar que estos desmovilizados por el simple hecho de haber sido postulados administrativamente por el Gobierno Nacional y hacer parte de este proceso, ya se hagan acreedores a la concesión de la pena alternativa; y es que tal y como lo analizaremos más adelante, ese beneficio no es automático, toda vez que es necesario para su otorgamiento que los excombatientes ajusten sus patrones de conducta a la verificación y cumplimiento de una serie de deberes que han sido concretados, en i) manifestar de forma veraz lo acontecido durante el interregno en que estuvieron haciendo parte activa de los grupos paramilitares, ii) efectuar el ofrecimiento y entrega de los bienes con vocación reparadora, iii) abstenerse de incurrir en nuevas actividades delictivas; y en fin iv) mostrar un verdadero compromiso con la paz a través del ofrecimiento del perdón a las víctimas.

<sup>31</sup> Sentencia C 579/13 Corte Constitucional M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. 28 de agosto de 2013

**PENA ALTERNATIVA-CONCEPTO/ PENA ALTERNATIVA-PARA QUE SE PUEDA CONCEDER POSTULADO TIENE EL DEBER DE RESOCIALIZARSE MEDIANTE TRABAJO ENSEÑANZA O ESTUDIO DURANTE EL PERIODO EN QUE SE ENCUENTRE PRIVADO DE LA LIBERTAD/ PENA ALTERNATIVA-TIENE UNA DOBLE CONNOTACION**

“ La pena alternativa se encuentra reglada en el artículo 29 de la Ley 975 de 2005 así:

**“ARTÍCULO 29. PENA ALTERNATIVA.** *La Sala competente del Tribunal Superior de Distrito Judicial determinará la pena que corresponda por los delitos.*

*En caso que el condenado haya cumplido las condiciones previstas en esta ley, la Sala le impondrá una pena alternativa que consiste en privación de la libertad por un periodo mínimo de cinco (5) años y no superior a ocho (8) años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos.*

*Para tener derecho a la pena alternativa se requerirá que el beneficiario se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, estudio o enseñanza durante el tiempo que permanezca privado de la libertad, y a promover actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció.*

(...)

“ Desde este punto de vista la sanción alternativa adquiere una doble connotación enmarcada desde la dualidad pena-beneficio; en primer lugar constituye un castigo para los postulados a la Ley de Justicia y Paz en atención a que los hechos atroces que perpetraron con ocasión del conflicto armado recibirán una condena, la condigna pena por haber contravenido las normas represoras vigentes para la época de los hechos; y a su vez se erige como una recompensa para los excombatientes que optaron por tomar el camino de la paz y la reconciliación nacional enmarcando su conducta y su voluntad en dirección al perdón y a la reinserción social, que decidieron activamente contar la verdad de los vejámenes cometidos, reparando a las víctimas en forma integral y comprometiéndose a no volver a incurrir en este tipo de conductas que tanto dolor causaron al pueblo colombiano. “

**EXTINCION DE DOMINIO DENTRO DEL MARCO DEL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ-PARA ACCEDER A LOS BENEFICIOS QUE CONTEMPLA LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ POSTULADO TIENE EL DEBER DE ENTREGAR LA TOTALIDAD DE SUS BIENES PRODUCTO DE SU ACTIVIDAD ILEGAL PARA EFECTOS DE REPARAR A LAS VICTIMAS**

“ Como se indicó en acápites anteriores (requisitos de elegibilidad) es evidente que para que un postulado pueda acceder a los beneficios de la Ley 975 de 2005, es necesario que haga entrega total de aquellos bienes que fueron el producto de su actividad ilegal; (numeral 2º artículo 10 Ley 975 de 2005); por ende y en cumplimiento de la exigencia de reparación a las víctimas, prevista en los artículos 11 y 19 ibídem, es deber de los postulados, hacer una relación clara y detallada de los bienes propios, y de la organización independiente de si su origen es ilícito o lícito<sup>32</sup>, atendiendo que ambos deberán ser gravados con el fin de reparar las víctimas.

<sup>32</sup> En la sentencia C-370 de 2006 la Corte Constitucional expresó que en atención al principio de solidaridad, los postulados deben contribuir a la reparación de las víctimas con los bienes adquiridos lícita e ilícitamente.

(...)

“ Consecuente con lo antes referido, se torna evidente que los bienes susceptibles de extinción de dominio entre otros, son aquellos ofrecidos por los postulados al proceso de Justicia Transicional, sobre los que se predique una obtención ilegítima e ilegal o aquellos que hagan parte de su peculio personal, sumados a los que hubieran sido identificados por la Fiscalía General de la Nación en el curso del proceso y los denunciados por las víctimas<sup>391</sup>; y que se encuentran amparados bajo medida provisional en un fondo para reparar colectivamente los daños causados en razón del conflicto armado, como quiera que no puede permitirse un quebranto a las garantías de los perjudicados, admitiéndose que sólo pudieran ser indemnizadas con los bienes propios con los que cuente el agresor directo, máxime, cuando se conoce que en las estructuras armadas al margen de la ley, llámense paramilitares o subversión, en multiplicidad de ocasiones, los bienes radican bajo la titularidad de los jefes ya sea como propietario o administrador o en su defecto se utiliza la denominada figura del —testaferro.”

