

Ficha de relatoría

1. Nombre: SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA-JUSTICIA Y PAZ
2. Juez o Tribunal: SALA DE JUSTICIA Y PAZ-TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA
3. Fecha: 31 DE JULIO DEL 2015
4. Número del proceso: 11-001-60-00253-2007 82791 Y 11-001-60-00253-2007 82716
5. Identificación de las partes: Fiscalía Dirección de Justicia Transicional
6. Postulados: José Gregorio Mangonez Lugo y Omar Enrique Martínez Ossías
7. Magistrado ponente: Dr. Eduardo Castellanos Roso

CONCIERTO PARA DELINQUIR-CONCEPTO/ CONCIERTO PARA DELINQUIR-LA PERTENENCIA A UN GRUPO ARMADO AL MARGEN DE LA LEY, ES SUFICIENTE PARA SATISFACER EL ELEMENTO TÍPICO DE ESTE PUNIBLE/ CONCIERTO PARA DELINQUIR-NO ES POSIBLE DICTAR SENTENCIA SIN QUE AL POSTULADO SE LE HAYAN FORMULADO CARGOS POR EL DELITO DE CONCIERTO PARA DELINQUIR

El delito de concierto para delinquir consiste en:

“**Artículo 340.** Modificado por el art. 8, Ley 733 de 2002 , Modificado por el art. 19, Ley 1121 de 2006. 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, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión 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 mensuales legales vigentes.

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

El artículo 19 de la Ley 1121 de 2006, “por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones”, aumentó la pena de que trata el inciso segundo del art. 340 así:

“...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 Financiamiento del Terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, **la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2700) hasta treinta mil (30000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.**” (Negrilla fuera del texto)

Sobre el delito de concierto para delinquir, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha sido consistente en establecer que la pertenencia a un grupo armado al margen de la ley, es suficiente para satisfacer el elemento típico de este punible¹ y además que:

“... a) La sentencia que dentro de un proceso de justicia y paz se profiera debe identificar la actuación del desmovilizado al interior del grupo armado y del frente al que pertenecía, sus actividades, la estructura de poder interna, el modelo delictivo de ese grupo, las órdenes impartidas y los planes criminales trazados, para contextualizar los delitos por los que se condena dentro del ataque generalizado y sistemático a la población civil, tal como se precisará al momento de analizar la normativa aplicable a esta materia.

¹ Ver entre otras decisiones de la Corte Suprema de Justicia, la Sentencia del 28 de mayo de 2008, radicado 27.004, M.P. Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

b) **No es posible dictar sentencia sin que al postulado se le hayan formulado cargos por el delito de concierto para delinquir, pues aquella debe proferirse en primer lugar por esta conducta, en tanto que las demás son consecuencia de ésta.**² (Negrilla fuera de texto)

EL DELITO DE CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO SUBSUME LAS CONDUCTAS DE FÁBRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES Y LA DE FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS Y MUNICIONES DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS-REITERACION DE JURISPRUDENCIA

“El concierto para delinquir cargado en contra de los postulados al trámite y beneficios de la Ley 975 del 2004, (sic) 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.”³

Así las cosas, y bajo el entendido que “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 de 2005, el mismo no puede ser cargado de manera independiente y concurrente con tales comportamientos, que, así, los subsumen”, la Sala, en los delitos fueron formulados en contra del postulado JOSÉ GREGORIO MANGONES LUGO, aplicó la figura de la subsunción explicitada por la Corte Suprema de Justicia, en la decisión de control de legalidad. Igual situación se presentó para el postulado OMAR ENRIQUE MARTÍNEZ OSSÍAS. “

DE LA UTILIZACIÓN ILEGAL DE UNIFORMES E INSIGNIAS-CONCEPTO

“**ARTICULO 346. Utilización ilegal de uniformes e insignias.** 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 tres (3) a seis (6) años y multa de cincuenta (50) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”⁵

² CSJ, Sentencia de segunda instancia del 31 de julio de 2009, rad. 31539, M.P. Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

³ Segunda instancia rad. 36563 del 3 de agosto de 2011, M.P. Dr. José Luís Barceló Camacho.

⁴ Ibidem.

⁵ Pena que fue aumentada por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005, pero que atención al

Es tipo penal el artículo 366 del Código Penal consiste en importar, fabricar, transportar, almacenar, distribuir, comprar, vender, suministrar, sustraer, **portar o utilizar** 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, sin permiso de la autoridad competente, delito que fue formulado a MANGONES LUGO en el cargo 56, y al postulado MARTÍNEZ OSSÍAS en el hecho 46. “

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD FLEXIBLE DENTRO DEL MARCO DEL PROCESO DE JUSTICIA TRANSICIONAL-REITERACION DE JURISPRUDENCIA

“ Para la Fiscalía, en algunos casos, la tipicidad existía en el ámbito internacional y sólo hay que integrarla al nacional (por tratados y aprobación de los mismos). En un sentido general el principio de legalidad extendida consiste en aplicar las normas presentes en los tratados internacionales, pese a que en el momento de los hechos esta tipificación no fuera explícita en la ley nacional. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, a través de acciones de revisión, ha venido ordenando, que se declare nula en algunos procesos y se investigue y juzgue conforme a los parámetros internacionales, declarando que no se presenta retroactividad de la ley, pues las normas ya existían en el derecho internacional. Ha manifestado la Corte que las autoridades judiciales Colombianas deben observar no sólo la normatividad interna sino aquella integrada en el bloque de constitucionalidad y las decisiones proferidas por organismos internacionales, tales como el Comité de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶.

Bajo esos parámetros, la labor de la Fiscalía, no sólo en la etapa de investigación y verificación sino de adecuación típica de la conducta, debe estar orientada por esos principios y mandatos superiores, pues según la Corte Constitucional:

“El derecho internacional humanitario ha sido fruto esencialmente de unas prácticas consuetudinarias, que se entienden incorporadas al llamado derecho consuetudinario de los pueblos civilizados.”... “Esto explica que las normas humanitarias sean obligatorias para los Estados y las partes en conflicto, incluso si estos no han aprobado los tratados respectivos, por cuanto la imperatividad de esta normativa no deriva del consentimiento de los Estados sino de su carácter consuetudinario.”⁷

620. Por tanto, la Sala considerando viable la aplicación de la figura de la legalidad extendida, tal como se indicó en la decisión de control de legalidad de los cargos, analizará en ese contexto los delitos presentados por la Fiscalía, sin embargo, en tratándose de la consideración punitiva, se verificará la aplicación del principio de favorabilidad en cuanto a la aplicación de las menores condenas para los postulados.

HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA-CONCEPTO/ HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA-DISPOSICIONES DEL DIH BUSCAN PROTEGER A LA POBLACION CIVIL

El delito de homicidio en persona protegida está regulado en el artículo 135 de la Ley 599 de 2000, así:

principio de favorabilidad, se aplicará la norma vigente al momento de los hechos, por ser más benéfica la pena a imponer.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 31 de julio de 2009, Radicado No. 31539 M.P. Augusto Ibáñez; ver también: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 27 de enero de 2010, radicado No. 29753.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-255 de 1995.

“**Artículo 135.** El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia, incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años, multa de dos mil (2.000) a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.

Parágrafo. Para los efectos de este artículo y las demás normas del presente título se entiende por personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario:

1. Los integrantes de la población civil.
2. Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa.
3. Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate.
4. El personal sanitario o religioso.
5. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados.
6. Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga.
7. Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueron considerados como apátridas o refugiados.
8. Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse.”

En el presente asunto, encuentra la Sala que cada una de las víctimas de homicidio, relacionadas con los hechos criminales objeto del control de legalidad, eran parte de la población civil protegida por el Derecho Internacional Humanitario, toda vez que no participaban directa, ni indirectamente en las hostilidades; en consecuencia, no hay material fáctico y probatorio en el proceso que demuestre que las víctimas tenían la condición de combatientes, según los elementos establecidos en el artículo 13 y subsiguientes del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra. El citado artículo protocolar declara que la población civil⁸ gozará de protección general de los peligros procedentes de operaciones militares. Para hacer efectiva esta protección, se observarán en todas las circunstancias las siguientes normas:⁹

(i) No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.

(ii) Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.

⁸ Sobre el concepto de población civil, en el marco del derecho internacional humanitario, la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente: “Una población se considera como “población civil” si su naturaleza es predominantemente civil. La noción de “población civil” comprende a todas las personas civiles individualmente consideradas. La presencia entre la población civil de miembros de las fuerzas armadas o de grupos armados irregulares, de personas puestas fuera de combate, de personas activamente involucradas en el conflicto o de cualquier otra persona que no quede amparada por la definición de “civil”, no altera el carácter civil de dicha población. No es necesario que todos y cada uno de los miembros de esa población sean civiles – es suficiente con que sea de naturaleza predominantemente civil, y puede incluir, por ejemplo, individuos puestos fuera de combate.” Sentencia C-291 de 2007 Corte Constitucional).

⁹ Artículo 13, Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra.

Seguendo los argumentos expresados por la Corte constitucional, y para los efectos del principio de distinción en su aplicación a los conflictos armados internos, el término "civil" se refiere a las personas que reúnen dos condiciones:

(i) De no ser miembros de las fuerzas armadas u organizaciones armadas irregulares enfrentadas, y

(ii) De no tomar parte en las hostilidades, sea de manera individual como "personas civiles" o "individuos civiles" o de manera colectiva en tanto "población civil"¹⁰.

TENTATIVA-CONCEPTO/ TENTATIVA-ALCANCE

"La tentativa, como dispositivo amplificador del tipo, se encuentra regulada en el artículo 27 de la ley 599 de 2000, en los siguientes términos:

"**Artículo 27.**Tentativa. El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta 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 para alcanzar el comienzo de la ejecución del delito, sin conseguir la última etapa del mismo, que es su consumación y agotamiento, por circunstancias ajenas a la voluntad del actor¹¹.

(...)

" Pues bien, al estudiar el control formal y material de los cargos formulados en contra de JOSEÉ GREGORIO MANGONES LUGO, la Sala consideró que en los hechos 40, 68, 83, 98, 112, 120, 121, 129, 172, 183, 200, 292, 314, 339, 353, 355, 408, 420, 517, 518, 519 y 551, se configura una tentativa de homicidio en persona protegida, pues se realizaron actos inequívocamente dirigidos a la ejecución del punible, pero, por razones ajenas a la voluntad de los integrantes del grupo armado ilegal, el delito no se consumó. Igual situación se presentó en los hechos 6, 19, 38 y 55, que le fueron imputados al postulado MARTÍNEZ OSSÍAS. "

SECUESTRO SIMPLE-CONCEPTO/ SECUESTRO SIMPLE-BASTA CON PRIVAR DE LA LIBERTAD A UNA PERSONA PARA QUE SE CONFIGURE EL DELITO

"**Artículo 168.** Modificado. Ley 733 de 2002, art. 1. El que con propósitos distintos a los previstos en el artículo siguiente, arrebathe, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años y multa de seiscientos (600) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes."

637. El delito de secuestro simple consiste en arrebatar, sustraer, retener u ocultar a la víctima, afectando de forma grave su libertad individual. En consideración de la Corte, se trata de un crimen "(...) sin un ingrediente subjetivo característico, pues basta que se prive de la libertad a una persona para que se configure el delito (...)"¹².

¹⁰ Ibídem.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 8 de agosto de 2007, radicado 25974, M.P. Dra. María del rosario González de Lemos.

¹² CSJ Sentencia del 25 de mayo de 2005, radicado 17666, M.P. Dr. Édgar Lombana Trujillo. (Negrilla y cursiva agregadas).

TORTURA EN PERSONA PROTEGIDA-CONCEPTO/ TORTURA EN PERSONA PROTEGIDA/ PROHIBICIÓN DE INFLIGIR A CUALQUIER PERSONA TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES/ TORTURA EN PERSONA PROTEGIDA-ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACION

"**Artículo 137.** Tortura en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, físicos o síquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años, multa de quinientos (500) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años". **El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-148 de 2005.**

640. El artículo 12 de nuestra Constitución Política establece la prohibición de infligir a cualquier persona tratos crueles, inhumanos ó degradantes y proscribte toda forma de tortura. Ha dicho la Sala en anteriores decisiones que el delito de tortura exige unos elementos especiales; entre otros: (i) que se cometa con la finalidad de obtener de la víctima o de un tercero información o confesión; (ii) castigar a la víctima por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido; (iii) intimidar a la víctima o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación, (iv) que se cometa en medio de un conflicto armado.

EXACCIÓN O CONTRIBUCIONES ARBITRARIAS-CONCEPTO

"**Artículo 163.** Exacción o contribuciones arbitrarias. El que, con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado, imponga contribuciones arbitrarias incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años y multa de quinientos (500) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes."

De lo expuesto y probado por la Fiscalía, durante las sesiones de audiencia de control de legalidad, la Sala consideró que quedó ampliamente demostrado como el denominado "Frente William Rivas" impusieron arbitrariamente contribuciones económicas a los tenderos, vendedores ambulantes, ganaderos, agricultores y a todo aquel que se dedicara a alguna actividad comercial o productiva. En consecuencia, la Sala legalizó el cargo de exacciones o contribuciones arbitrarias en el hechos 122, 294, 323, 350, 406, 477 y 522, formulado en contra de MANGONES LUGO y en el hecho 35 de MARTÍNEZ OSSÍAS. "

ACTOS DE TERRORISMO-CONCEPTO/ ACTOS DE TERRORISMO-ALCANCE DE LA EXPRESION "TERRORISMO" /ACTOS DE TERRORISMO -LOS ACTOS TERRORISTAS COMPORTAN UN USO INDISCRIMINADO DE LA VIOLENCIA/ ACTOS DE TERRORISMO-DISTINCIÓN ENTRE LAS NOCIONES DE ACTOS TERRORISTAS Y HOSTILIDADES

"**Artículo 144.** 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 por esa sola conducta en prisión de quince (15) a veinticinco (25) años, multa de dos mil (2.000) a cuarenta mil (40.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas de quince (15) años.

643. El Tratado de Ginebra de 1937 sobre terrorismo definía la noción de terrorismo como "los hechos criminales dirigidos contra un Estado y cuyo fin o naturaleza es provocar el terror

en personas determinadas, grupo de personas o en el público”¹³. Por su parte son numerosas las resoluciones de la Organización de Naciones Unidas e instrumentos internacionales que definen la noción de terrorismo. Por ejemplo, el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo considera que la noción de terrorismo puede entenderse como:

“Artículo 2.1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serían utilizados, en todo o en parte, para cometer:

b) Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno a o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.”

En el escenario internacional, existen diversas definiciones sobre terrorismo, la Sala destaca algunos aspectos de consenso sobre este punto: (i) los actos terroristas comportan un uso indiscriminado de la violencia; (ii) dichos actos generan graves daños materiales o humanos, públicos o privados; (iii) tales actos tienen el propósito de crear miedo mediante la utilización de diversas formas de violencia contra la población civil. Ahora bien, para la Sala es relevante analizar las particularidades que tienen los elementos jurídicos del terrorismo y el derecho internacional humanitario cuando los actos terroristas son cometidos en un contexto con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado.

645. Para efectos de la presente sentencia la Sala esbozará las siguientes consideraciones sobre los actos terroristas y el derecho internacional humanitario en un contexto de conflicto armado:

(i) Hay una clara distinción entre las nociones de actos terroristas y hostilidades; de ahí que, sea determinante saber que los actos terroristas están específicamente destinados a producir pavor o zozobra a la población civil;

(ii) El derecho humanitario prohíbe los actos de terror contra la población civil; por tanto, es necesario precisar si esos actos se realizan por fuera o por dentro de las hostilidades del conflicto armado;

(iii) Los principios de limitación y proporcionalidad del derecho humanitario son los límites a los actos terroristas; tales actos son jurídicamente aceptados cuando se cometen contra quienes participan en las hostilidades y son proporcionados y limitados¹⁴, y

¹³ Valencia Villa, Alejandro, Derecho internacional humanitario, Oficina en Colombia del alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos Humanos, 2007.

¹⁴ **En virtud del principio de distinción** las partes en conflicto deben distinguir en todo momento entre la población y los combatientes; los ataques deben ser dirigidos únicamente contra los combatientes, no contra la población civil; se debe distinguir entre los bienes civiles y los objetivos militares, con el fin de no dirigir los ataques en contra de los bienes civiles. **El principio de limitación señala que no** es ilimitado el derecho de las partes en conflicto a elegir los medios y modos de combatir contra la parte adversa. De manera que existen medios (armas) lícitos e ilícitos y formas de emplearlos (modos) permitidos o contrarios al DIH. **Finalmente, mediante el principio de proporcionalidad** se prohíben las armas y los métodos que causen a las personas civiles y a sus bienes, daños excesivos con respecto a la ventaja militar concreta y directa prevista. Así, se prohíbe lanzar ataques cuando sea de

(iv) Los grupos armados irregulares en Colombia han recurrido a la comisión de actos terroristas como una manera de aislar al adversario de sus ciertas o eventuales bases de apoyo.

DAÑO EN BIEN AJENO-CONCEPTO/ DAÑO EN BIEN AJENO-ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACION

El artículo 265 del Código Penal dispone:

“**Artículo 265. Daño en bien ajeno.** El que destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe bien ajeno, mueble o inmueble incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años y multa de cinco (5) a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

La pena será de uno (1) a dos (2) años de prisión y multa hasta de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando el monto del daño no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si se resarciere el daño ocasionado al ofendido o perjudicado antes de proferirse sentencia de primera o única instancia, habrá lugar al proferimiento de resolución inhibitoria, preclusión de la investigación o cesación de procedimiento”

654. De acuerdo con la tipificación dada por el legislador, esta conducta consiste en destruir, inutilizar, hacer desaparecer o de cualquier otro modo dañar bien ajeno, mueble o inmueble, es decir, que la acción debe recaer en cosa ajena y en consecuencia la conducta puede consistir en cualquiera actividad u omisión que dañe el bien ajeno.

655. Para que se configure la comisión de este delito es indispensable que el comportamiento del agente sea intencional y que su finalidad no sea la obtención de un provecho económico:

“...en el daño, el resultado de destrucción, deterioro o desaparición del bien, deber ser el único fin perseguido por el agente. Si el daño juega como medio de una finalidad delictiva diferente sancionada con pena más grave, atendiendo que en este caso sería elemento del tipo penal distinto, se estará al delito fin.”¹⁵

INCENDIO-CONCEPTO/ INCENDIO-ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACION

El artículo 350 del Código Penal dispone:

“**Artículo 350. Incendio.** El que con peligro común prenda fuego en cosa mueble, incurrirá en prisión de uno (1) a ocho (8) años y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la conducta se realizare en inmueble o en objeto de interés científico, histórico, cultural, artístico o en bien de uso público o de utilidad social, la prisión será de dos (2) a diez (10) años y multa de cien (100) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena señalada en el inciso anterior se aumentará hasta en la mitad si la conducta se cometiere en edificio habitado o destinado a habitación o en inmueble público o destinado a este uso, o en establecimiento comercial, industrial o agrícola, o en terminal de transporte, o en depósito de mercancías, alimentos, o en materias o sustancias explosivas, corrosivas, inflamables, asfixiantes, tóxicas, infecciosas o similares, o en bosque, recurso florístico o en área de especial importancia ecológica”.

prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población

¹⁵ ARBOLEDA Vallejo, Mario. Manual de Derecho Penal, Parte General. Pág. 736 y ss.

Se define como incendio la destrucción de cosas mediante el fuego, con peligro para las personas o para la propiedad ajena. Se configura el delito porque las llamas producidas constituyen un medio poderoso de destrucción que genera peligro común o que puede ocasionar un grave perjuicio para la comunidad.

El objeto jurídico que busca proteger esta norma es la necesidad de preservar a la sociedad civil del peligro del fuego, independientemente del daño que se pueda ocasionar a una cosa mueble o inmueble. Así pues, lo que se castiga no es el daño de la cosa incendiada, sino el peligro que sufre la seguridad pública por el poder difuso del fuego. “

(...)

“ Es indiscutible que el prenderle fuego a unas instalaciones destinadas al almacenamiento de material reciclable, en este caso plástico, el cual contiene un alto poder volátil, generó un peligro común y aunque la intención era causar daño a la propiedad del señor Imbresh Rodríguez, el medio utilizado generó un peligro no sólo para el dueño del inmueble, sino también para el conglomerado que pudo resultar perjudicado con esta conducta, riesgo del cual eran conscientes los ejecutores del comportamiento. “

DESAPARICION FORZADA-CONCEPTO/ DESAPARICION FORZADA-ES UN TIPO PENAL DE EJECUCION PERMANENTE/ DESAPARICION FORZADA- EN DELITOS DE EJECUCIÓN PERMANENTE, COMO LO ES LO ES LA DESAPARICIÓN FORZADA, SE DEBE APLICAR LA NORMA QUE REGÍA CUANDO SE TERMINÓ DE EJECUTAR LA CONDUCTA

Mediante la Ley 589 de 2000, se tipificó el delito de desaparición forzada en Colombia, bajo el siguiente tenor:

“ARTICULO 268-A. Desaparición forzada. El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinticinco (25) a cuarenta (40) años, multa de quinientos (500) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años

(...)

“ De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en delitos de ejecución permanente, como lo es lo es la desaparición forzada, se debe aplicar la norma que regía cuando se terminó de ejecutar la conducta:

“De conformidad con lo expuesto, concluye la Sala en primer lugar, que cuando se trata de delitos permanentes iniciados en vigencia de una ley benévola pero que continúa cometiéndose bajo la égida de una ley posterior más gravosa, es ésta última la normativa aplicable, pues en tal caso no se dan los presupuestos para acoger el principio de favorabilidad, sino que opera la regla general, esto es, la ley rige para los hechos cometidos durante su vigencia.

En segundo término, si la situación es inversa, esto es, el delito permanente comienza bajo la vigencia de una ley más gravosa, pero posteriormente entra a regir una legislación más benévola, también se aplicará la nueva ley conforme con la anunciada regla, en cuanto expresión de la política criminal del Estado.”¹⁶

¹⁶ Ver entre otras decisiones, Sentencia del 24 de junio de 2009, radicado 31401, M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez;

(...)

“El delito de desaparición forzada “...debe considerarse como de ejecución continuada o permanente hasta que no se conozca el paradero de la víctima. Esta obligación resulta razonable si se tiene en cuenta que la falta de información acerca de la persona desaparecida impide a la víctima y a sus familiares el ejercicio de las garantías judiciales necesarias para la protección de sus derechos y para el esclarecimiento de la verdad...”¹⁷

(...)

“ Como ya se argumentó en párrafos anteriores, la descripción típica de la conducta exige que se someta a una persona a privación de su libertad, bien sea en forma legal o ilegal; que luego la víctima sea ocultada y sus familiares no puedan conocer su paradero; y que ocultada la víctima, el sujeto agente se abstenga de brindar información sobre su paradero sustrayéndola del amparo de la ley, imposibilitándola de esta manera para ejercer cualquiera de los recursos legales establecidos para su protección¹⁸”

DEPORTACIÓN, EXPULSIÓN, TRASLADO O DESPLAZAMIENTO FORZADO DE POBLACIÓN CIVIL- CONCEPTO/ DEPORTACIÓN, EXPULSIÓN, TRASLADO O DESPLAZAMIENTO FORZADO DE POBLACIÓN CIVIL-LA PROHIBICIÓN EN EL ORDENAMIENTO LEGAL COLOMBIANO SE REFIERE TANTO A LOS DESPLAZAMIENTOS COLECTIVOS COMO INDIVIDUALES DE LA POBLACIÓN CIVIL QUE SE COMENTEN DENTRO DEL TERRITORIO DEL PAÍS/ DEPORTACIÓN, EXPULSIÓN, TRASLADO O DESPLAZAMIENTO FORZADO DE POBLACIÓN CIVIL- DEPORTACIÓN, EXPULSIÓN, TRASLADO O DESPLAZAMIENTO FORZADO DE POBLACIÓN CIVIL-EVENTOS QUE NO CONSTITUYEN DELITO DE DESPLAZAMIENTO FORZADO DENTRO DEL MARCO DEL DIH

“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, deporte, expulse, 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.”

“ En opinión de la Sala, la prohibición en el ordenamiento legal colombiano se refiere tanto a los desplazamientos colectivos como individuales de la población civil que se comenten dentro del territorio del país. Es importante considerar que hay dos excepciones a esta prohibición: la seguridad de la población civil o razones militares urgentes. Sobre el particular, el artículo 17 del Protocolo II de 1977 prohíbe de manera expresa: “1. Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas; y 2. Forzar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto.”

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO- PRINCIPIO GENERAL DE PROTECCIÓN DE LA POBLACIÓN CIVIL/ DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-PRINCIPIO DE DISTINCION.DIFERENCIAS ENTRE CIVILES Y COMBATIENTES/DERECHO INTERNACIONAL

Casación 31407 del 25 de agosto de 2010, M.P. Dra. María del Rosario González de Lemos.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-580 del 31 de julio de 2002. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-317 de 2002.

HUMANITARIO -TANTO CIVILES COMO PERSONAS FUERA DE COMBATE SON PROTEGIDAS POR EL DIH, SIEMPRE Y CUANDO NO PARTICIPEN DIRECTAMENTE EN LAS HOSTILIDADES

“ El Protocolo Adicional II consagra el principio general de protección de la población civil en los siguientes términos:

“**Artículo 13:** Protección de la población civil: La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Para hacer efectiva esta protección, se observarán en todas las circunstancias las normas siguientes.

No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil. Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, **salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación**”. (Negrilla fuera del texto).

685. La Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad del artículo 135 de la Ley 599 de 2000, señaló que es indispensable distinguir entre civiles y combatientes, así:

(...) es un deber básico de las partes de todo conflicto armado no internacional, en el sentido de diferenciar en todo momento entre los civiles y los combatientes, para efectos de preservar a las personas civiles y sus bienes. En efecto, es obligación de las partes en un conflicto el esforzarse por distinguir entre objetivos militares y personas o bienes civiles.¹⁹ Esta norma está plasmada en tratados internacionales aplicables a conflictos armados internos y vinculantes para Colombia, forma parte del derecho internacional humanitario consuetudinario, y tiene en sí misma el rango de ius cogens²⁰.

De acuerdo con lo expuesto, el término “**combatientes**”, en su sentido genérico, “hace referencia a las personas que, por formar parte de las fuerzas armadas y los grupos armados irregulares, o tomar parte en las hostilidades, no gozan de las protecciones contra los ataques asignados a los civiles²¹”.

Así mismo y como ya se anotó en párrafos anteriores, “el término “**civil**” se refiere a las personas que reúnen las dos condiciones de (i) **no ser miembros de las fuerzas armadas u organizaciones armadas irregulares enfrentadas** y (ii) no tomar parte en las hostilidades, sea de manera individual como “personas civiles” o “individuos civiles”, o de manera colectiva en tanto “población civil²²”. (Negrilla fuera de texto)

“...La protección establecida por el principio de distinción cobija no solamente a las personas civiles, sino también, dentro de la categoría más amplia de “**no combatientes**”, a las **personas que habiendo participado en las hostilidades, han sido**

¹⁹ Así lo afirmó el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY): “Las partes en un conflicto están obligadas a esforzarse por distinguir entre objetivos militares y personas o bienes civiles” (Traducción informal: “The parties to the conflict are obliged to attempt to distinguish between military targets and civilian persons or property”). Caso del Fiscal vs. Tihomir Blaskic, sentencia del 3 de marzo del 2000.

²⁰ Corte Constitucional C-291 del 25 de abril de 2007, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

²¹ En sentido específico, el término “combatientes” se utiliza únicamente en el ámbito de los conflictos armados internacionales. C-291/2007.

²² “La definición de “personas civiles” y de “población civil” es similar para los distintos propósitos que tiene en el Derecho Internacional Humanitario en su aplicación a los conflictos armados internos – por ejemplo, se ha aplicado jurisprudencialmente la misma definición de “civil” para efectos de caracterizar una determinada conducta, en casos concretos, como un crimen de guerra o como un crimen de lesa humanidad”. C-291/2007.

puestas fuera de combate por (i) estar en poder de otro actor armado en el conflicto, (ii) no poder defenderse en razón de estar inconscientes, haber naufragado, estar heridas o estar enfermas, o (iii) haber expresado en forma clara su intención de rendirse, absteniéndose de actos hostiles y de intentos de evasión. La protección de las personas que fuera de combate está prevista en el Artículo 3 Común de las Convenciones de Ginebra y en el artículo 7 del Protocolo Adicional II²³, y además es una norma de derecho internacional consuetudinario²⁴ que ha sido aplicada en tanto tal por los Tribunales Penales para Ruanda y Yugoslavia, los cuales han explicado que en el marco de conflictos armados internos, la protección provista por el Artículo 3 Común a las Convenciones de Ginebra (que tiene carácter consuetudinario) ampara, en general, a las personas que por una razón u otra, incluyendo las que se acaban de enumerar, **ya no estaban directamente involucradas en los combates**.²⁵ ²⁶ (Negrilla fuera de texto)

²³ Artículo 7: “1. Todos los heridos, enfermos y náufragos, hayan o no tomado parte en el conflicto armado, serán respetados y protegidos. // 2. En toda circunstancia serán tratados humanamente y recibirán, en la medida de lo posible y en el plazo más breve, los cuidados médicos que exija su estado. No se hará entre ellos distinción alguna que no esté basada en criterios médicos.”

²⁴ En palabras del Tribunal, “el Artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra dispone que Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.” El que estas personas están protegidas durante los conflictos armados refleja un principio de derecho internacional consuetudinario [Traducción informal: “Common Article 3 of the Geneva Conventions provides that “Persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds, detention, or any other cause, shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria.” That these persons are protected in armed conflicts reflects a principle of customary international law”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Tihomir Blaskic, sentencia de la Sala de Apelaciones del 29 de junio de 2004.] En igual sentido, ver la Sistematización del CICR, Norma 47: “Queda prohibido atacar a una persona cuando se reconozca que está fuera de combate. Está fuera de combate toda persona: (a) que está en poder de una parte adversa; (b) que no puede defenderse porque está inconsciente, ha naufragado o está herida o enferma; o (c) que exprese claramente su intención de rendirse; siempre que se abstenga de todo acto hostil y no trate de evadirse.

²⁵ Esta regla fue sintetizada así por el TPIY en el caso Blaskic: “...el Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, cuya naturaleza consuetudinaria fue reconocida, en particular, por la Sala de Apelaciones en la decisión Tadic, protege no solamente a las personas que no toman parte activa en las hostilidades sino también a los miembros de las fuerzas armadas que han depuesto sus armas y a las personas puestas fuera de combate por enfermedad, heridas, captura o cualquier otra causa. Más aún, la Sala de Decisión I del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, que decidió sobre el caso Akayesu, se basó en esta disposición para clasificar como civiles en el sentido del Artículo 3 del Estatuto del Tribunal a personas que por una u otra razón ya no estaban involucradas directamente en los combates” [Traducción informal: “In this spirit, it is appropriate to state that Article 3 common to the Geneva Conventions, whose customary nature was recognised, in particular, by the Appeals Chamber in the Tadic Appeal Decision, protects not only persons taking no active part in the hostilities but also members of armed forces who have laid down their arms and persons placed hors de combat by

688. Es claro entonces, que tanto “civiles” como “personas fuera de combate” son protegidas por el DIH, siempre y cuando **no participen directamente en las hostilidades**, o como lo señaló el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), al decidir sobre el caso Akayesu, “...a personas que por una u otra razón ya no estaban involucradas directamente en los combates...”²⁷.

AUTORIA-CONCEPTO/AUTORIA MEDIATA-CONCEPTO

“ Es autor quien realiza por sí mismo el crimen o el hecho punible.²⁸ Es autor la persona que realiza la conducta punible, por sí mismo o utilizando a otro como instrumento. También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero si en la persona o ente colectivo representado.”²⁹

727. En la teoría del dominio de la acción, el autor es quien realiza todos los elementos del tipo objetivo; el que ejecuta por completo libremente y de propia mano. Por eso, el concepto de dominio del hecho sólo puede formularse de manera que comprenda estos casos en cualquier forma imaginable.³⁰ El doctrinante ROXIN afirma que:

“(...) quien sin estar coaccionado y sin depender de otro más allá de lo que socialmente es habitual realiza de propia mano todos los elementos del tipo es autor. Tiene en todos los casos imaginables el dominio del hecho. Se trata aquí del prototipo de la autoría, de la expresión más patente de la figura central (...) No se puede determinar un hecho de forma más clara que cuando uno mismo lo hace, no se puede tener las manos nada de una forma más libre que a través de la actuación de propia mano. El legislador al describir los diferentes tipos penales caracteriza al autor individual, de ésta manera sólo quien cumple todos los presupuestos del injusto allí establecidos es autor y lo es sin excepciones cuando los realiza”³¹

COAUTORIA-CONCEPTO/COAUTORIA-ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACION/ COAUTORIA-TIPOLOGIAS/ COAUTORIA-LA CONTRIBUCIÓN EN LA FASE EJECUTIVA SE VERIFICA CUANDO EL APOORTE HECHO EN LA

sickness, wounds, detention or any other cause. Moreover, Trial Chamber I of the ICTR which heard the Akayesu case relied on this provision to classify as civilians within the meaning of Article 3 of the ICTR Statute persons who for one reason or another were no longer directly involved in fighting”. TPIY, caso del Fiscal vs. Tihomir Blaskic, sentencia del 3 de marzo del 2000.

²⁶ C-291/2007

²⁷ PRIETO Sanjuán, Rafael. Grandes Fallos de la Justicia Penal Internacional, Tomo 2. Pág. 76 y ss.

²⁸ PÉREZ, Luís Carlos, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Editorial Temis, pág. 346 y ss. Para el tratadista es autor el que ejecuta solo, sin ayuda de nadie, la infracción. Coautor es el que la ejecuta asociado con otro u otros agentes, interviniendo directa y personalmente. Todos son materializadores del resultado criminoso, todos enderezan su conducta para realizarlo y efectivamente, lo realizan. El delito producido o tentado es propio en todas y cada uno de ellos.

²⁹ ARBOLEDA Vallejo, Mario, Manual de Derecho Penal, partes general y especial, Editorial Leyer, págs. 168 y ss.

³⁰ ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho, Madrid, Editorial Marcial Pons, 1998, página 150.

³¹ MÁRQUEZ, Álvaro Enrique. La autoría mediata en el derecho penal, Formas de instrumentalización, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2009, página 128.

PREPARACIÓN DEL PLAN, EFECTIVAMENTE SE REALIZA EN LA EJECUCIÓN DEL MISMO

“ La doctrina ha considerado que el coautor no tiene por sí solo el dominio total del hecho, pero tampoco ejerce sólo un dominio parcial, sino que el dominio completo reside en las manos de varios, de tal manera que estos sólo pueden actuar conjuntamente, teniendo así cada de ellos (sic) en sus manos el destino del hecho global.”³²

El dominio del que se habla es el conocido como dominio funcional del hecho y sus elementos son (i) el plan común; (ii) la esencialidad de la contribución; y (iii) la contribución en la fase ejecutiva³³ El plan común es el elemento subjetivo, que consiste en un acuerdo mínimo entre los coautores del punible (que puede ser expreso o tácito³⁴), cada uno de los cuales decide integrarse al plan criminal conjunto de manera consciente y voluntaria,³⁵ lo cual excluye los hechos aleatorios o cometidos por uno de los coautores fuera del plan acordado.³⁶ Esta figura ha sido denominada por la Corte Suprema de Justicia como coautoría propia, aseverando que en ella sólo importa determinar la existencia de un número plural de víctimas, pero no es necesario especificar su cantidad.³⁷ Entonces, la esencialidad de la contribución hace parte del elemento objetivo y se refiere a que el aporte de cada coautor sea fundamental para la concreción del plan común, es decir, que de no realizarse dicho aporte, el plan no se pueda llevar a cabo totalmente.³⁸

Finalmente, la contribución en la fase ejecutiva se verifica cuando el aporte hecho en la preparación del plan, efectivamente se realiza en la ejecución del mismo. Al respecto dijo la Corte que la contribución en la empresa criminal debe estar dirigida a “producir un resultado típico comúnmente querido o por lo menos más aceptado como probable”, sin necesidad de que cada uno de los responsables ejecute el supuesto fáctico penalizado en su totalidad.³⁹ Así, quien sólo ayuda a idear el plan, pero no contribuye a su realización en la práctica, no puede llamarse coautor por cuanto no domina el suceso, lo cual genera que el dominio dependa de la libertad y autonomía del autor material, quien en el último momento puede decidir no ejecutar el plan criminal previamente acordado.⁴⁰ Igualmente, la Corte ha dicho que para que se

³² ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Pág. 305 y ss, citado en SUÁREZ SÁNCHEZ Alberto. Autoría. 3ª edición, Ed. Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2007. Pág. 190

³³ *Ibíd.*

³⁴ VELÁSQUEZ Velásquez, Fernando. Manual de Derecho Penal, Parte General. Ed. Librería Jurídica COMLIBROS, Medellín, Colombia, 2007. Pág. 452

³⁵ SUÁREZ SÁNCHEZ Alberto. Autoría. 3ª edición, Ed. Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2007. Pág. 190

³⁶ De manera similar lo explica VELÁSQUEZ Velásquez, Fernando. Manual de Derecho Penal, Parte General. Ed. Librería Jurídica COMLIBROS, Medellín, Colombia, 2007. Pág. 452

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P.: María del Rosario González de Lemos, Sentencia del 8 de julio de 2009, Proceso No. 31085

³⁸ SUÁREZ SÁNCHEZ Alberto. Autoría. 3ª edición, Ed. Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2007. Pág. 193

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P.: María del Rosario González de Lemos, Sentencia del 8 de julio de 2009, Proceso No. 31085 (Negrilla y subrayado fuera de texto)

⁴⁰ ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Pág. 323, citado en SUÁREZ SÁNCHEZ Alberto. Autoría. 3ª edición, Ed. Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2007. Pág. 197. Igualmente es señalado en VELÁSQUEZ Velásquez, Fernando. Manual de Derecho Penal, Parte General. Ed. Librería Jurídica COMLIBROS, Medellín, Colombia, 2007. Pág. 452

configure la coautoría propia es necesario que todos actualicen el "verbo rector definido en el tipo."⁴¹

COAUTORIA IMPROPIA-CONCEPTO/ COAUTORIA IMPROPIA-REQUISITOS PARA SU CONFIGURACION

Frente a esta figura, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que:

"La coautoría impropia tiene lugar cuando entre las personas que concurren a la comisión del delito media división de trabajo, figura también denominada "empresa criminal", pues todos realizan una parte del delito (...)."⁴²

Según la Corte, para que pueda hablarse de esta figura, es necesaria la existencia de tres requisitos, a saber: (i) acuerdo común; (ii) división de tareas; y (iii) esencialidad del aporte.⁴³ "Acuerdo significa conformidad, asentimiento, reflexión y madurez de determinación. División quiere decir separación, repartición. Aportar, derivado de "puerto", equivale a llegar o presentarse a un lugar, hacer algo en pro de un fin común."⁴⁴ "El acuerdo común puede ser previo o concomitante y, a su vez, expreso o tácito."⁴⁵

El aspecto subjetivo de la coautoría significa que: (i) los comuneros se pongan de acuerdo, planifiquen la comisión del ilícito y, de consuno, decidan su perpetración; (ii) cada uno de los comprometidos sienta que formando parte de una colectividad con un propósito definido, el hecho es suyo, pero incluido dentro de una obra mayor global, es decir, perteneciente, imbricada, realizada por todos los concurrentes o, dicho con otras palabras, la persona debe sentir que cumple tareas en interdependencia funcional.⁴⁶

Con relación a la fase objetiva, la Corte ha sostenido que ésta comprende: (i) el co-dominio funcional del hecho, que se presenta cuando varios individuos, sin sometimiento, dependencia o subordinación de uno o unos de ellos a otro u otros de ellos, se dirijan a la misma finalidad con un comportamiento esencial, mirado no en términos absolutos sino relativos; (ii) aporte significativo, es decir que durante la ejecución del hecho haya un "servicio" importante de cada uno de los concurrentes en el acto delictivo. Esa contribución común en pro del mismo fin puede ser material o moral – "espiritual"–, por ejemplo cuando, en esta última hipótesis la presencia definida de uno de los comuneros refuerza o estimula el cumplimiento del plan trazado, presiona y multiplica las energías de los otros, apoya al resto, reduce las defensas de la víctima (...) etc.; (iii) el aporte durante la ejecución del hecho quiere decir que la prestación que la persona debe ocurrir, total o parcialmente, entre el momento en que se inicia la realización del verbo rector que guía la conducta criminal y el logro de la consumación. Además, la Corte sostiene que con la "pura ideación delictiva" no se configura la autoría."⁴⁷

DETERMINADOR-CONCEPTO/ DETERMINADOR-NO TIENE EL DOMINIO DEL HECHO/ DETERMINADOR-REQUISITOS

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P.: José Leonidas Bustos Martínez, Sentencia del 4 de mayo de 2011, Proceso No. 33551

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P.: María del Rosario González de Lemos, Sentencia del 8 de julio de 2009, Proceso No. 31085

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Sentencia del 21 de agosto de 2003, radicado 19213

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P.: María del Rosario González de Lemos, Sentencia del 8 de julio de 2009, Proceso No. 31085

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Sentencia del 21 de agosto de 2003, radicado 19213

PARA SU CONFIGURACION/ DETERMINADOR- SE HABLA DE UN AGENTE QUE TIENE LA CAPACIDAD PARA PROFERIR UNA ORDEN VINCULANTE

Según se establece en el artículo 30 del Código Penal, determinador es aquel que determina o instiga a otro a realizar la conducta punible concreta, sin que tenga el dominio del hecho. En la instigación "se establece una relación persona a persona a partir de una orden, consejo, acuerdo de voluntades, mandato o coacción superable entre el determinador y el determinado (autor material), dado que ambos conocen de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del comportamiento realizado, pero sólo éste tiene dominio del hecho, motivo por el cual, también ambos responden penalmente de la conducta hasta la fase en que se haya cometido".⁴⁸ Para que en una conducta punible pueda ser imputable bajo esta forma de participación criminal es necesario satisfacer cinco requisitos:⁴⁹(i) es necesario que exista un vínculo entre el hecho principal y la acción del inductor, es decir, la realización del delito debe ser consecuencia directa de la acción del inductor;(ii) el inductor debe actuar con dolo;(iii) la acción del inductor debe ocasionar la resolución de cometer el hecho en el autor principal (no se puede determinar a quien ya está decidido a cometer el delito); (iv) el hecho al que se induce debe consumarse o alcanzarse, al menos, el grado de tentativa punible; (v) el instigador debe carecer del dominio del hecho.

740. Cuando se habla de determinación se habla de un agente que tiene la capacidad para proferir una orden vinculante, como recuerda ROXIN, "el inductor debe tomar contacto con el potencial autor; captarlo para su plan y, dado el caso, vencer sus resistencias; el que da órdenes en la jerarquía de un aparato de poder se evita todo eso".⁵⁰

AUTORÍA MEDIATA EN APARATOS ORGANIZADOS DE PODER- TEORÍA APLICABLE EN MATERIA TRANSICIONAL DENTRO DEL CASO COLOMBIANO/ AUTORÍA MEDIATA EN APARATOS ORGANIZADOS DE PODER- ALCANCE

Al resolverse el recurso de alzada, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, modificó la decisión del Tribunal y manifestó que:

"2.1. La Sala considera:

2.1.1. El artículo 29 define el concepto de autor en el acto delictivo en los siguientes términos: "Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento. Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte. También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado" (Subraya fuera de texto).

2.1.2. A partir del texto resaltado se ha desarrollado el concepto de autor mediato como aquel que se vale de quien

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del nueve (9) de marzo de dos mil seis. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinoza Pérez. Proceso 22327. En el mismo sentido véase: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del siete (7) de marzo de dos mil siete. Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz. Casación 23825.

⁴⁹ VELÁSQUEZ VELÁZQUEZ, Fernando. (2007). Manual de derecho penal, parte general. 3era Edición. Bogotá: Comlibros. Pág. 443 y ss.

⁵⁰ ROXIN, Claus (1998b): —Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. En: Revista penal, Nº 2. Madrid: La ley. (Trad. Enrique Anarte) Pág. 64.

actúa atípica o justificadamente y su fundamento también se halla en la figura del determinador, pues el autor mantiene el dominio del hecho en el modo de dominio de la voluntad.

2.1.3. Adicionalmente, la doctrina internacional y la jurisprudencia colombiana ha avanzado en la figura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, como quiera que se trata de una institución penal aplicable a conflictos internos como el que padece nuestro territorio.

2.1.4. En efecto, la Sala ha sostenido que la teoría aplicable en materia transicional dentro del caso colombiano es la autoría meditada en aparatos organizados de poder.

Manifestó la Corte en su momento:

“... [e]n materia de justicia transicional, para el caso colombiano, es viable la aplicación de la teoría de “la concurrencia de personas en el delito y los aparatos organizados de poder”, “autoría mediata en aparatos organizados de poder con instrumento fungible pero responsable” o “autor detrás del autor”. Afirmó la Sala que el fenómeno de intervención plural de personas articuladas de manera jerárquica y subordinada a una organización criminal, que mediante división de tareas realizan conductas punibles, debe comprenderse a través de la metáfora de la cadena:

En este instrumento el que se constituye en un todo enlazado, los protagonistas que transmiten el mandato de principio a fin se relacionan a la manera de los eslabones de aquella. En esa medida, puede ocurrir que entre el dirigente máximo quien dio la orden inicial y quien finalmente la ejecuta no se conozcan.

Así como se presenta en la cadenetá, el primer anillo o cabeza de mando principal se constituye en el hombre de atrás, y su designio delictuoso lo termina realizando a través de un autor material que se halla articulado como subordinado (con jerarquía media o sin ella) a la organización que aquél dirige.

Dada la ausencia de contacto físico, verbal y de conocimiento entre el primer cabo ordenador y el último que consuma la conducta punible, sucede que el mandato o propósito se traslada de manera secuencial y descendente a través de otros dependientes. Estos como eslabones articulados conocen de manera inmediata a la persona antecedente de quien escucharon la orden y de forma subsiguiente a quien se la transmiten. Todos se convierten en anillos de una cadena en condiciones de plural coautoría.

Esta forma de intervención y concurrencia colectiva en conductas punibles es característica en organizaciones criminales claramente identificadas que consuman el delito de concierto para delinquir con fines especiales de que trata el artículo 340 inciso 2º de la ley 599 de 2000 o como puede ocurrir en grupos armados ilegales, independientemente de los postulados ideológicos que los convoquen pues en eventos incluso pueden carecer de ellos...”

2.1.5. En otra ocasión se explicaron las razones por las cuales es pertinente la aplicación de esta teoría frente a los grupos alzados en armas que participan en el proceso de justicia transicional. Se pronunció la Corte en este sentido:

“(…) para el caso colombiano esta teoría de “la concurrencia de personas en el delito y los aparatos organizados de poder”, “autoría mediata en aparatos organizados de poder con instrumento fungible pero responsable” o “autor tras el autor”, la doctrina más atendible la viabilizó:

En primer lugar, para garantizar la prevención general como función de la pena, pues la sociedad reprochará en mayor medida a los autores y no a los partícipes de las conductas punibles; segundo, porque al reprochar socialmente a la organización delictiva y a las diversas formas de participación que en ella se presenten, se desestimula la delincuencia y el dirigente se torna visible ante la sociedad; tercero, porque las diferentes formas de responsabilidad se justifican en razón al principio de proporcionalidad y a la función de retribución justa que significa reconocer el principio de accesoriedad, porque no es posible reprocharle a una persona su calidad de partícipe bien como instigador, determinador, cómplice o interviniente, sin haber reconocido previamente la identidad del autor; y, en cuarto lugar, porque en aras de garantizar el derecho a la

verdad, sólo es posible establecer las cadenas de mando bajo las cuales opera una organización delictiva, su estructura y su funcionamiento si se sabe quiénes conforman la cúpula, los mandos medios y los miembros rasos de esos aparatos o grupos organizados al margen de la ley. Además, de contera, se garantiza el derecho a la no repetición y se podrá aplicar a los miembros rasos, muy seguramente, el principio de oportunidad condicionado, siempre y cuando sus conductas delictivas no estén dentro del marco de los delitos de lesa humanidad o contra el DIH y colaboren efectivamente, en el desmantelamiento de dichos grupos”.

2.1.6. En el caso que nos ocupa, es necesario recordar que JOSÉ GREGORIO MANGONEZ LUGO actuó como comandante del frente ‘William Rivas’, grupo organizado de las A.U.C. cuyo accionar fue recurrente y uniforme en la región del Magdalena donde tuvo influencia.

2.1.7. Así mismo se acreditó que los crímenes cometidos por los integrantes del grupo ilegal, se realizaban según las instrucciones y precisiones de la comandancia, esto es, por orden expresa del postulado o de los máximos dirigentes de las Autodefensas Unidas de Colombia.

2.1.8. De acuerdo con lo expuesto, la Sala deberá reiterar su jurisprudencia y aclarar el apartado 589 de la decisión del a quo, en cuanto la responsabilidad de MANGONEZ LUGO en su condición de comandante del frente ‘William Rivas’ debe predicarse bajo la figura del autor mediato en aparatos organizados de poder con instrumento fungible pero responsable y no como responsabilidad del superior.

ACUMULACION JURIDICA DE PENAS-EVENTOS EN QUE ES PROCEDENTE/ACUMULACION JURIDICA DE PENAS-TIENE COMO FINALIDAD EFECTUAR UNA REDOSIFICACION PUNITIVA CUANDO SE PRESENTA PLURALIDAD DE CONDENAS, COMO CRITERIO FUNDAMENTAL DE GARANTIA, LIMITACION DE LA PUNIBILIDAD Y PREVENCION

El artículo 20 de la Ley 975 de 2005⁵¹ y el artículo 10 del Decreto 3391 de 2006⁵¹, permiten la acumulación jurídica de penas, siempre que los delitos por cuales fueron dictadas se hayan cometido durante y con ocasión de la pertenencia del desmovilizado a un grupo armado organizado al margen de la ley, evento en el cual se aplicará lo dispuesto por el Código de Procedimiento Penal⁵².

Al respecto, la Corte Constitucional, ha señalado que la acumulación jurídica de penas tiene como finalidad efectuar una redosificación punitiva cuando se presenta pluralidad de condenas, como criterio fundamental de garantía, limitación de la punibilidad y prevención⁵³.

⁵¹ “...Habiéndose acogido el desmovilizado a la ley 975 de 2005, de existir condenas previas en los términos del inciso 2 del artículo 20 de la misma, para la fijación de la pena ordinaria en la sentencia que profiera la Sala competente del Tribunal Superior de Distrito Judicial se tendrá en cuenta lo dispuesto en el Código Penal sobre acumulación jurídica de penas, de forma que aquellas se acumularán jurídicamente a la nueva condena que se llegare a imponer...”

⁵² Artículo 460 del Código de Procedimiento Penal.

⁵³ “La acumulación jurídica de penas constituye una metodología para la medición judicial de la pena cuando concurre el fenómeno del concurso de delitos, según la cual, una vez establecida la pena imponible a cada delito se aplica aquella correspondiente al delito más grave, aumentada en una determinada proporción. Esta institución es propia de los sistemas punitivos que se oponen a las penas perpetuas y fue adoptada por el legislador colombiano.

(...)

El legislador concibió la figura de la acumulación jurídica de penas bajo los siguientes criterios fundamentales: (i) Con un criterio de garantía y limitación de la punibilidad en eventos de

PENA ALTERNATIVA-CONCEPTO/ PENA ALTERNATIVA-ELEMENTOS

Como se ha dicho por parte de la Sala, en la distintas sentencias, la **alternatividad**, es un beneficio que incorpora una rebaja punitiva significativa, a la cual pueden acceder los miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley que se sometan a un proceso de reincorporación a la vida civil, y que hayan sido autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos; su concesión está condicionada al cumplimiento de unos requisitos, orientados a satisfacer a cabalidad los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición⁵⁴.

La Corte Constitucional tiene dicho que “la alternatividad penal es un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena ordinaria aplicable en virtud de las reglas generales del Código Penal, para que en lugar de cumplir esta pena ordinaria, el condenado cumpla una pena alternativa menor, de un mínimo de 5 años y de un máximo de 8 años. En la sentencia condenatoria, primero se fija la pena ordinaria (la principal y la accesoria) – labor ya desarrollada por la Sala – y, segundo, se reemplaza dicha pena, cuya ejecución es suspendida por ministerio de la ley, por la pena alternativa de 5 a 8 años, entre otras determinaciones que han de tomarse en la sentencia. En el concepto de alternatividad penal adoptado en la ley 975 de 2005 la pena ordinaria no desaparece, sino que es fijada en la sentencia. Lo que sucede es que el condenado que reúna los requisitos establecidos en dicha ley se beneficia con una pena alternativa inferior que también ha de ser fijada en la sentencia. Es esta pena alternativa la que efectivamente debe cumplir el condenado”⁵⁵.

Así, el instituto en mención es concebido por el legislador como un beneficio jurídico que alberga los siguientes elementos:

“El beneficio comporta la suspensión de la pena determinada en la respectiva sentencia. Esta pena es la que correspondería de conformidad con las reglas generales del Código Penal, es decir, la pena ordinaria (la principal y las accesorias) (Art.3°). Su reemplazo por una pena alternativa que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas, y su adecuada resocialización. (Art. 3°)”⁵⁶

EXTINCIÓN DEL DERECHO DE DOMINIO- CONCEPTO/ EXTINCIÓN DEL DERECHO DE DOMINIO – ES UNA ACCIÓN CONSTITUCIONAL PÚBLICA, JURISDICCIONAL, AUTÓNOMA, DIRECTA Y EXPRESAMENTE REGULADA POR EL CONSTITUYENTE Y RELACIONADA CON EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD/ EXTINCIÓN DEL DERECHO DE DOMINIO-DIFERENCIAS SUSTANCIALES CON LA EXTINCIÓN DEL DOMINIO PREVISTA EN LA LEY 975 DE 2005/ EXTINCIÓN DEL DERECHO DE DOMINIO-LOS BIENES QUE DEBEN INCLUIRSE EN EL TRÁMITE DE JUSTICIA Y PAZ SON LOS

pluralidad de condenas; (ii) bajo el criterio de la conexidad, que incorpora el derecho a la unidad del proceso, de donde se deriva que en tales eventos procede la acumulación jurídica de penas en cualquier tiempo, por tratarse de procesos que debieron ser juzgados conjuntamente; y (iii) bajo el criterio de la prevención en virtud del cual se excluyen del beneficio de la acumulación jurídica de penas aquellos eventos en que el condenado continúa delinquiriendo, es decir, cuando incurre en conductas delictivas luego de proferida la primera sentencia o hallándose en prisión.” Ver: Corte Constitucional, Sentencia C-1086 de 2008.

⁵⁴ Corte Constitucional C-370 del 18 de mayo de 2006.

⁵⁵ Corte Constitucional C-370 de 2006

⁵⁶ Ibidem.

SUSCEPTIBLES DE EXTINCIÓN DE DOMINIO, CUYA DECLARATORIA DEBE HACERSE EN LA SENTENCIA/ EXTINCIÓN DEL DERECHO DE DOMINIO-DENTRO DEL MARCO DEL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ PROCEDEN LAS MEDIDAS CAUTELARES DE EMBARGO, SECUESTRO O SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO DE DOMINIO

“ En cuanto hace referencia al concepto, naturaleza y características de la acción de extinción del derecho de dominio, resulta oportuno señalar que la Corte Constitucional precisó sobre el particular:

“15. El artículo 1° de la Ley 793 de 2002 contiene dos normas jurídicas. La primera señala el concepto de la acción de extinción de dominio y la segunda afirma la autonomía de tal acción. De acuerdo con la primera norma jurídica, “La extinción de dominio es la pérdida de este derecho a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación alguna para su titular”. Y de acuerdo con la segunda, “Esta acción es autónoma en los términos de la presente ley”.

(...)

16. ...la acción de extinción de dominio se dotó de una particular naturaleza, pues se trata de una acción constitucional pública, jurisdiccional, autónoma, directa y expresamente regulada por el constituyente y relacionada con el régimen constitucional del derecho de propiedad.

Es una acción constitucional porque no ha sido concebida ni por la legislación ni por la administración, sino que, al igual que otras como la acción de tutela, la acción de cumplimiento o las acciones populares, ha sido consagrada por el poder constituyente originario como primer nivel de juridicidad de nuestro sistema democrático.

Es una acción pública porque el ordenamiento jurídico colombiano sólo protege el dominio que es fruto del trabajo honesto y por ello el Estado, y la comunidad entera, alienta la expectativa de que se extinga el dominio adquirido mediante títulos ilegítimos, pues a través de tal extinción se tutelan intereses superiores del Estado como el patrimonio público, el Tesoro público y la moral social.

Es una acción judicial porque, dado que a través de su ejercicio se desvirtúa la legitimidad del dominio ejercido sobre unos bienes, corresponde a un típico acto jurisdiccional del Estado y, por lo mismo, la declaración de extinción del dominio está rodeada de garantías como la sujeción a la Constitución y a la ley y la autonomía, independencia e imparcialidad de la jurisdicción.

Es una acción autónoma e independiente tanto del ius puniendi del Estado como del derecho civil. Lo primero, porque no es una pena que se impone por la comisión de una conducta punible sino que procede independientemente del juicio de culpabilidad de que sea susceptible el afectado. Y lo segundo, porque es una acción que no está motivada por intereses patrimoniales sino por intereses superiores del Estado. Es decir, la extinción del dominio ilícitamente adquirido no es un instituto que se circunscribe a la órbita patrimonial del particular afectado con su ejercicio, pues, lejos de ello, se trata de una institución asistida por un legítimo interés público.

Es una acción directa porque su procedencia está supeditada únicamente a la demostración de uno de los supuestos consagrados por el constituyente: enriquecimiento ilícito, perjuicio del Tesoro público o grave deterioro de la moral social.

Finalmente, es una acción que está estrechamente relacionada con el régimen constitucional del derecho de propiedad, ya que a través de ella el constituyente estableció el efecto sobreviniente a la adquisición, solo aparente, de ese derecho por títulos ilegítimos. Esto es así, al punto que consagra varias fuentes para la acción de extinción de dominio y todas ellas remiten a un título ilícito. Entre ellas está el enriquecimiento ilícito, prescripción que resulta muy relevante, pues bien se sabe que el ámbito de lo ilícito es mucho más amplio que el ámbito de lo punible y en razón de ello, ya desde la Carta la acción de extinción de dominio se desliga de la comisión de conductas punibles y se consolida como una institución que desborda el marco del poder punitivo del Estado y que se

relaciona estrechamente con el régimen del derecho de propiedad⁵⁷

Las particularidades que vienen de señalarse en relación con la extinción de derecho de dominio y el contenido de la Ley 793 de 2002, permiten identificar sus diferencias con la extinción del dominio prevista en la Ley 975 de 2005, las cuales tendrán significativa relevancia como más adelante se observará.

En este sentido se tiene:

(i). Por el trámite, la acción de extinción del derecho de dominio consagrada en la Ley 793 de 2002 es autónoma (artículo 1º), mientras que la extinción del dominio prevista en la Ley 975 de 2005 depende del proceso de justicia transicional que es regido por ésta (artículo 24).

(ii). Por el objeto, en la Ley 793 de 2002 la extinción del derecho de dominio procede principalmente contra bienes ilícitos (artículo 2º), salvo en aquellos casos donde la propiedad, a pesar de ser adquirida legítimamente, su uso atenta contra los recursos naturales y el medio ambiente⁵⁸, mientras que en la Ley 975 de 2005 la extinción del dominio se dirige contra bienes ilícitos y lícitos (artículos 10.2 y 11.5 de la Ley 975 de 2005 y Sent. C-370 de 2006).

(iii). Por la causa, mientras que en la Ley 793 de 2002 se precisan las actividades ilícitas que dan lugar a la extinción del derecho de dominio, las cuales preferentemente tienen como común denominador la obtención de una utilidad económica ilegal, tales como delitos contra la administración pública, el patrimonio económico, contra la salud pública y contra la libertad individual; en la Ley 975 de 2005 no se hace mención taxativa a conductas punibles, pero es indiscutible que la extinción del dominio obedece a graves violaciones de los derechos humanos.

(iv). Por el fin, en la Ley 793 de 2002 la extinción del derecho de dominio persigue sustraerle el mismo a la persona en favor del Estado, en tanto que en la Ley 975 de 2005 la extinción del dominio tiene un propósito eminentemente reparador del daño causado a las víctimas.

(v). Por el destino de los bienes, en la Ley 793 de 2002 se ordena en la sentencia su tradición a favor de la Nación a

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-740 del 2003.

⁵⁸ En este sentido expresó la Corte Constitucional en sentencia C-740 de 2003: "En relación con la extinción de dominio por incumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad privada, hay que decir que el punto de partida para la acción estatal no está determinado por la adquisición sólo aparente del derecho en razón de la ilegitimidad implícita en el título, pues se está ante un derecho legítimamente adquirido y por lo mismo protegido por la Constitución y la ley. Lo que ocurre en este caso es que el derecho de propiedad, en el contexto, primero, de un Estado social y, luego, de un Estado constitucional, impone obligaciones al propietario. Éste tiene una facultad de disposición sobre sus bienes. No obstante, esta facultad tiene límites impuestos por la Constitución misma, límites que se orientan a que tales bienes sean aprovechados económicamente no sólo en beneficio del propietario, sino también de la sociedad de la que hace parte y a que ese provecho se logre sin ignorar el deber de preservar y restaurar los recursos naturales renovables. Ese es el sentido de la propiedad en cuanto función social y ecológica. De allí que cuando el propietario, pese a haber adquirido justamente su derecho, se desentiende de la obligación que le asiste de proyectar sus bienes a la producción de riqueza social y del deber de preservar y restaurar los recursos naturales renovables, incumpla una carga legítima impuesta por el Estado y que éste, de manera justificada, opte por declarar la extinción de ese derecho".

través del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado, mientras que en la Ley 975 de 2005 se dispone que hagan parte del Fondo para la Reparación de las Víctimas, ya para reparar a las mismas o serles restituidos debido a su previo despojo.

(vi). Por la competencia, la acción de extinción del derecho de dominio a que alude la Ley 793 de 2002 corresponde conocerla inicialmente a la Fiscalía General de la Nación y luego a los Jueces Penales del Circuito Especializados (artículo 11), en tanto que la extinción del dominio es del resorte de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior correspondiente (artículo 24).

Con el propósito de continuar el derrotero trazado en este acápite en orden a identificar los efectos derivados de la situación que plantea el sub iudice, se observa que tanto la Ley 793 de 2002 como la Ley 975 de 2005 prevén las mismas medidas cautelares, es decir, el embargo y secuestro y la suspensión del poder dispositivo.

En efecto, ello se desprende de los artículos 12⁵⁹ de la Ley 793 y 18⁶⁰ de la Ley 975. Además, los decretos reglamentarios de esta última ley igualmente aluden al respecto en los artículos 3 (parágrafo 1º)⁶¹ y 15⁶² del Decreto 4760 de 2005 y 5º (parágrafo 1º)⁶³ y 9 (inciso 1º)⁶⁴ del Decreto 3391 de 2006.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la oportunidad para imponer las referidas medidas cautelares en las Leyes 793 de 2002 y 975 de 2005 es muy amplia, pues proceden desde el inicio del trámite judicial en cada caso.

⁵⁹ 889 "Fase inicial... En el desarrollo de esta fase, el fiscal podrá decretar medidas cautelares, o solicitar al Juez competente, la adopción de las mismas, según corresponda, que comprenderán la suspensión del poder dispositivo, el embargo y el secuestro de los bienes...".

⁶⁰ "Formulación de imputación... En esta audiencia, el fiscal hará la imputación fáctica de los cargos investigados y solicitará al magistrado disponer la detención preventiva del imputado en el centro de reclusión que corresponda, según lo dispuesto en la presente ley. Igualmente solicitará la adopción de las medidas cautelares sobre los bienes de procedencia ilícita que hayan sido entregados [aparte inexecutable según Sentencia C-370 de 2006] para efectos de la reparación a las víctimas".

⁶¹ "Parágrafo 1º... Tratándose de entrega de bienes, tal situación se pondrá en conocimiento inmediato de la Fiscalía General de la Nación con el fin de que se adopten las medidas cautelares del caso y se dejen a disposición del Fondo para la Reparación de las Víctimas, de conformidad con lo dispuesto en el presente decreto".

⁶² "Medidas cautelares. Una vez indicados los bienes ilícitos [expresión inconstitucional según Sentencia C-370 de 2006], la Fiscalía Delegada, en Audiencia Preliminar, solicitará la adopción de medidas cautelares sobre los mismos, las cuales serán adoptadas de manera inmediata por el magistrado que ejerza el control de garantías y comprenderán entre otras la suspensión del poder dispositivo, el embargo y el secuestro de los bienes..." (subraya fuera de texto).

⁶³ "Parágrafo 1º. cuando la entrega de bienes se realice con anterioridad a la diligencia de versión libre o a la audiencia de formulación de imputación de que trata el artículo 18 de la Ley 975 de 2005, el Fondo para la Reparación de Víctimas procederá a su recibo, registrándolo mediante acta suscrita conjuntamente con un delegado de la Fiscalía General de la Nación, en la cual deberá señalarse el bloque y/o frente o miembros del mismo a quien se imputa tal entrega con destino a la reparación de las víctimas, procediendo sobre los mismos las medidas cautelares del caso y su extinción de dominio".

⁶⁴ "Confesión completa y veraz... Igualmente manifestará su fecha de ingreso al respectivo bloque o frente e indicará la totalidad de los bienes de origen ilícito, los cuales deberán ser entregados para reparar a las víctimas, sin perjuicio de las medidas cautelares y de las obligaciones con cargo a su patrimonio lícito que proceden en virtud de la declaratoria judicial de responsabilidad a que haya lugar".

En lo que hace relación a la Ley 793, aquellas operan desde la fase inicial, según está consagrado en su artículo 12, y si bien en la Ley 975, conforme se dispone en su artículo 18, es posible ordenarlas desde la formulación de imputación, esta Corporación, a partir de la decisión del 23 de agosto de 2007⁶⁵, concluyó que eran procedentes una vez iniciada la versión libre⁶⁶.

A su vez, es preciso añadir que tales medidas, en cuanto hace referencia a la Ley 793 de 2002, preferentemente proceden contra bienes ilícitos, aunque excepcionalmente operan en aquellos casos donde la propiedad, a pesar de ser adquirida legítimamente, su uso atenta contra los recursos naturales y el medio ambiente y en punto de la Ley 975 de 2005, operan tanto frente a bienes ilícitos como lícitos,...

(...)

Sobre el particular conviene agregar que con fundamento en este precedente se expidió el Decreto 3391 de 2006, disponiéndose en su artículo 9º que el postulado en la versión libre debe señalar "la totalidad de los bienes de origen ilícito, los cuales deberán ser entregados para reparar a las víctimas, sin perjuicio de las medidas cautelares y de las obligaciones con cargo a su patrimonio lícito que proceden en virtud de la declaratoria judicial de responsabilidad a que haya lugar".

Entonces, la referencia al concepto, la naturaleza y las características de la acción de extinción del derecho de dominio prevista en la Ley 793 de 2002, el señalamiento de sus diferencias con la extinción del dominio prevista en la ley 975 de 2005, el hecho de que en las citadas leyes se prevean las mismas medidas cautelares, que en la Ley de Justicia y Paz procedan indistintamente sobre bienes ilícitos y lícitos y, además, que éstas operen desde el inicio de cada una de las actuaciones que regulan dichas leyes, conforme se acaba de precisar, permite que en adelante tales aspectos contribuyan a identificar sus efectos de cara al caso concreto...⁶⁷

847. Con la expedición de la Ley 1592 de 2012, se introdujeron algunas modificaciones a la Ley 975 de 2005, una de ellas,

⁶⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, auto de segunda instancia, radicación N° 28040.

⁶⁶ Mediante providencia de segundo grado del 3 de octubre de 2008, dentro de la radicación N° 30442, la Corporación especificó esta oportunidad en los siguientes términos: "Así, entonces, se precisa y se da un nuevo enfoque a la señalada jurisprudencia [radicación 28040] en el sentido que tal afectación de bienes puede llevarse a cabo antes de la audiencia de imputación, desde luego bajo dos condiciones: que el desmovilizado esté rindiendo la versión libre en la cual haya confesado delitos que a futuro puedan ser cobijados por la pena alternativa y además, que tales bienes hayan sido ofrecidos voluntariamente por el desmovilizado con miras a la reparación. Se precisa aquí que la solución se está planteando a nivel del ofrecimiento del desmovilizado, porque es éste el caso del que se ocupa la Sala, pero una fórmula similar de comportamiento procesal tendrá cabida frente a la denuncia de bienes que llegaren a ofrecer las víctimas, el Ministerio Público o la Fiscalía, dado que serán (en ese hipotético evento) semejantes las razones de derecho que podrán ofrecerse, así como idéntico será el derecho a proteger.

En efecto, no se viola el debido proceso cuando antes de la formulación de imputación se decreta el embargo y secuestro o la suspensión del poder dispositivo de los bienes entregados por el desmovilizado, si con ello se persigue precisamente garantizar la finalidad primordial del proceso: la reparación".

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de segunda instancia 35370, del 25 de mayo de 2011, M.P. Dr. Fernando Alberto Castro Caballero.

consiste en definir los bienes que pueden y deben ingresar al proceso de Justicia y Paz, al respecto el artículo 17 A *ibidem* dispuso "Artículo 17A. **Bienes objeto de extinción de dominio.** Los bienes entregados, ofrecidos o denunciados por los postulados para contribuir a la reparación integral de las víctimas, así como aquellos identificados por la Fiscalía General de la Nación en el curso de las investigaciones, podrán ser cautelados de conformidad con el procedimiento dispuesto en el artículo 17B de la presente ley, para efectos de extinción de dominio.

Parágrafo 1º. Se podrá extinguir el derecho de dominio de los bienes, aunque sean objeto de sucesión por causa de muerte o su titularidad esté en cabeza de los herederos de los postulados.

Parágrafo 2º. La extinción de dominio recaerá sobre los derechos reales principales y accesorios que tengan bien, así como sobre sus frutos y rendimientos" (subrayas fuera de texto).

848. Quiere decir lo anterior, que los bienes que deben incluirse en el trámite de Justicia y Paz son los susceptibles de extinción de dominio, cuya declaratoria debe hacerse en la sentencia, tal como lo prevé el artículo 24 de la Ley 975 de 2005, modificado por la Ley 1592 de 2012. Están destinados a la extinción de dominio dentro del trámite de Justicia y Paz: i) Los bienes entregados, ofrecidos o denunciados por los postulados para contribuir a la reparación integral de las víctimas y, ii) Los bienes identificados por la Fiscalía General de la Nación en el curso de las investigaciones que tengan la vocación de contribuir a la reparación de las víctimas y puedan ser objeto de extinción de dominio en la sentencia de justicia transicional.

VOCACION REPARADORA DEL BIEN-CONCEPTO/ VOCACION REPARADORA DEL BIEN -AL FONDO DE REPARACIÓN DEBEN INGRESAR BIENES QUE OSTENTEN VIABILIDAD ECONÓMICA

"Además de lo anterior, constituye presupuesto para el ingreso al Fondo para la Reparación de Víctimas que los bienes tengan vocación reparadora, esto es, que contribuyan efectivamente al resarcimiento, pues si no ostentan dicha característica, el Magistrado de Control de Garantías debe negar su admisión, tal como lo ordena el artículo 11C,

"Artículo 11C. Vocación reparadora de los bienes entregados, ofrecidos o denunciados. Los bienes entregados, ofrecidos o denunciados para su entrega por los postulados de que trata la presente ley, deben tener vocación reparadora. Se entiende por vocación reparadora la aptitud que deben tener todos los bienes entregados, ofrecidos o denunciados por los postulados en el marco de la presente ley para reparar de manera efectiva a las víctimas.

Se entiende como bienes sin vocación reparadora los que no pueden ser identificados e individualizados, así como aquellos cuya administración o saneamiento resulte en perjuicio del derecho de las víctimas a la reparación integral. (...)".

Lo anterior porque al Fondo de Reparación deben ingresar bienes que ostenten viabilidad económica, esto es, que incrementen el patrimonio del mismo, **o que de alguna forma contribuyan a la reparación de las víctimas**, evitando la inclusión de aquellos cuyo estado de conservación, por ejemplo, lo debiliten sustancialmente porque no generan ninguna compensación pecuniaria, o los que no ofrecen utilidad para las víctimas individuales o colectivas.

Y aunque el aspecto económico constituye componente principal a considerar cuando de determinar la vocación reparadora de un bien se trata, no es el único factor a evaluar por cuanto otros aspectos pueden evidenciar esa condición, dado que elementos sin mayor valor pecuniario pueden prestar utilidad para una persona o comunidad, aspecto que deberá

ser tenido en cuenta al momento de establecerse su capacidad resarcitoria.

En ese sentido, el alistamiento de bienes, entendido como el diagnóstico de la situación física, jurídica y económica de los elementos ofrecidos, entregados o denunciados por el postulado o de los identificados por la Fiscalía, también debe considerar la utilidad que puedan ofrecer para las víctimas con independencia su avalúo⁶⁸.

Entonces, también debe ponderarse el estado de conservación, la funcionalidad, la capacidad de prestar el servicio para el cual está destinado, el valor simbólico que el objeto pueda tener para la comunidad, entre otros aspectos que se deberán analizarse en cada evento.⁶⁹

**VICTIMA DENTRO DEL MARCO DEL PROCESO DE JUSTTICA Y PAZ- QUIENES TIENEN DICHA CONDICION/
VICTIMA DENTRO DEL MARCO DEL PROCESO DE JUSTTICA Y PAZ-LA CALIDAD O CONDICIÓN DE VÍCTIMA ES UNA SITUACIÓN DE HECHO/ VICTIMA DENTRO DEL MARCO DEL PROCESO DE JUSTTICA Y PAZ -PODRÁ ASISTIR Y PARTICIPAR ACTIVAMENTE EN TODO EL PROCESO**

“ El pensamiento de la Sala en esta materia ha sido pacífico, en cuanto se le reconoce tomo tal, a aquellas personas que: (i) fueron víctimas de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH, producidas en el marco del conflicto armado colombiano; y (ii) hayan sido registradas, acreditadas y reconocidas en el sistema de Justicia y Paz, para que puedan participar en las diferentes etapas del proceso y especialmente en el incidente de reparación, y finalmente ser remitidas a la UARIV para que obtengan reparación integral. “

(...)

“ La calidad o condición de víctima es una situación de hecho. La Sala encuentra necesario precisar que, la calidad de víctima constituye una situación de hecho que surge de una circunstancia objetiva, es decir, la existencia de un daño ocurrido como consecuencia de unos hechos ilícitos; de ahí que, resulte forzoso distinguir, uno, entre la condición como tal y, dos, las exigencias o presupuestos para su reconocimiento, tal como lo ha entendido la Corte Constitucional en las sentencias C-253 A de 2012 y C-781 de 2012⁷⁰, entre otras. Esto dijo⁷¹:

“esta Corporación reitera su jurisprudencia en cuanto a la diferenciación entre la condición de víctima y los requisitos formales y exigencias de trámite para el acceso a los beneficios previstos por las leyes dirigidas a consagrar, reconocer y otorgar beneficios de protección para el goce efectivo de sus derechos. Sobre este tema, esta Corporación ha sostenido que **la condición de víctima es un hecho fáctico, que no depende de declaración o de reconocimiento administrativo alguno.**”⁷² (negrilla fuera de texto)

De tal manera, y con estricta sujeción al artículo 2º de la Ley 1592 de 2012, las personas que resultaron afectadas material, moral y socialmente por el accionar de los grupos armados

⁶⁸ Son responsables del alistamiento, de acuerdo con el artículo 58 del Decreto 3011 de 2013, el Fondo de Reparación de Víctimas y la Fiscalía General de la Nación.

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia, Auto del 2 de julio de 2014, radicado AP3586-2014, 43679 M.P. Dr. Luís Guillermo Salazar Otero.

⁷⁰ Ver: Corte Constitucional, Sentencias C-253 A de 2012, C-781 de 2012, C-715 de 2012 y C-099 de 2013.

⁷¹ C-715 de 2012.

⁷² Sentencia T-042 de 2009, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

organizados al margen de la ley, no pierden su condición (situación fáctica), lo que sucede es que el legislador alivió la carga probatoria de quienes acrediten situaciones o relaciones particulares, como el ser cónyuge, compañero o compañera permanente y familiar “en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a ésta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida”⁷³.

(...)

“ La víctima reconocida, de forma directa o por intermedio de su apoderado, podrá asistir y participar activamente en todo el proceso. La Fiscalía General de la Nación, a través de la Unidad de Justicia y Paz o quien haga sus veces, acreditará a las víctimas que hayan demostrado a través de prueba sumaria su calidad (situación de hecho), para que estas se presenten y participen en las diversas instancias judiciales del proceso de la Ley 975 de 2005. De la misma manera, la Fiscalía realizará el proceso de registro y migración de información a la UARIV, sin embargo, para el presente caso, será la Magistratura, la encargada de remitir la información relacionada con las víctimas con vocación reparadora en el marco de esta sentencia parcial en contra de los aquí postulados del frente William Rivas. Bloque norte de las AUC.”

REPARACION INTEGRAL-ES EL DERECHO QUE TIENEN LAS VÍCTIMAS DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS E INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO A RECLAMAR UN RESARCIMIENTO, RESTITUCIÓN O COMPENSACIÓN POR LOS DAÑOS SUFRIDOS/ REPARACION INTEGRAL-ALCANCE

“ El derecho a la reparación integral es aquel que tienen las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario a reclamar un resarcimiento, restitución o compensación por los daños sufridos. Implica un deber del Estado de reparar y de hacer cesar las consecuencias de la violación⁷⁴. La reparación tiene el propósito de hacer justicia mediante la eliminación o corrección, en lo posible, de las consecuencias de los actos ilícitos y la adopción de medidas preventivas y disuasorias respecto de las violaciones⁷⁵. “

DAÑO MATERIAL-CONCEPTO/DAÑO MATERIAL-LUCRO CESANTE Y DAÑO EMERGENTE

El daño material “supone la pérdida o detrimento de los ingresos de la víctima, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso subjudice”⁷⁶. Este comprende, a su vez, la pérdida de ingreso (lucro cesante) y el daño emergente. El primero, referido a los ingresos que ha dejado de recibir o la ganancia dejada de obtener y que hubiera recibido de no haberse producido el daño. Por su parte, el daño

⁷³ Artículo 5º de la Ley 975 de 2005.

⁷⁴ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 63, numeral 1.

⁷⁵ Principio 3 del Proyecto de Principios y Directrices Básicos (1993): Anexo del Informe definitivo presentado por el Relator Especial Sr. Theo van Boven, acerca del derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Presentado a la Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, 45º período de sesiones. 2 de julio de 1993. E/CN.4/Sub.2/1993/8. CIDH Sentencia Caesar vs. Trinidad y Tobago, de 11 de marzo de 2005, párrafo 123

⁷⁶ Corte IDH. Sentencia Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, párrafo 150

emergente es el que se sufre como resultado de haber realizado una prestación o inversión colateral. “

DAÑO INMATERIAL O MORAL-CONCEPTO/DAÑO INMATERIAL O MORAL-ALCANCE

“ El daño inmaterial o moral es concebido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como aquel que puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas, como las alteraciones de carácter no pecuniario en las condiciones de existencia de la víctima o su familia. La Corte, ha asociado el daño moral con el miedo, sufrimiento, ansiedad, humillación, degradación, y la inculcación de sentimientos de inferioridad, inseguridad, frustración, e impotencia⁷⁷. El daño moral o inmaterial también debe probarse, es decir, la relación de parentesco o afinidad debe estar materializada en el registro civil de nacimiento, de matrimonio, en la declaración de unión material de hecho, testimonios, etc., pues de esta manera, se establece el vínculo por el cual se presume el dolor o la aflicción de las víctimas.

⁷⁷ Corte DH Sentencia Caesar vs. Trinidad y Tobago, de 11 de marzo de 2005, párrafo 125.

