

Ficha de relatoría

1. Nombre: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA
2. Juez o Tribunal: SALA DE JUSTICIA Y PAZ TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
3. Fecha: 7 DE JULIO DEL 2016
4. Postulado: Uber Darío Yáñez Cavadiás
5. Radicación: 110016000253 2008 83825
6. Magistrados Ponentes: Drs. Juan Guillermo Cárdenas y Rubén Darío Cogollo

CONCIERTO PARA DELINQUIR- Garantiza la protección del bien jurídico de la seguridad pública/ CONCIERTO PARA DELINQUIR-es un tipo penal de mera conducta/ CONCIERTO PARA DELINQUIR- Frente al proceso de justicia y paz, este tipo de conductas punibles adquiere una relevancia especial, por cuanto los grupos armados ilegales se concertan para delinquir bajo la concurrencia de acuerdos de voluntad para la comisión, de forma sistemática y reiterada, de plurales conductas en perjuicio de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario de la población civil, constituyendo esta conducta delictiva el punible base por medio del cual los postulados pueden adquirir los beneficios de la ley de justicia y paz/ CONCIERTO PARA DELINQUIR-Definición/ CONCIERTO PARA DELINQUIR-es un delito autónomo dado que es viable que en razón de esa asociación se cometan múltiples delitos como por ejemplo porte de armas, reclutamiento ilícito, torturas, desplazamientos y desapariciones forzadas entre otros

“ El tipo penal de Concierto para delinquir, descrito en el artículo 340 del Código Penal¹, garantiza la protección del bien jurídico de la seguridad pública, previéndose este legal y jurisprudencialmente como la asociación de varias personas que se concertan (concertarse “significa asociarse con el propósito común de cometer una serie de conductas delictivas”²) o reúnen con un fin criminal como actividad principal, concretándose este como un acto de mera conducta³, es decir, que es suficiente la asociación con fines ilícitos, tal como el mismo tipo lo dispone al prever: “por esa sola conducta”, es decir, “sin que sea necesaria la producción de un resultado y menos aún, la consumación de ilícito que concrete el designio de la asociación criminal”⁴.

(...)

¹ ART. 340.—Modificado. L. 733/2002, art. 8º. *Concierto para delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años. Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta veinte mil (20.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

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

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

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

Frente al proceso de justicia y paz, este tipo de conductas punibles adquiere una relevancia especial, por cuanto los grupos armados ilegales se concertan para delinquir bajo la concurrencia de acuerdos de voluntad para la comisión, de forma sistemática y reiterada, de plurales conductas en perjuicio de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario de la población civil, constituyendo esta conducta delictiva el punible base por medio del cual los postulados pueden adquirir los beneficios de la Ley de Justicia y Paz.⁵ “

La Honorable Corte Constitucional, en sentencia C-241 del veinte (20) de mayo de 1997, con Ponencia del doctor Fabio Morón Díaz, ha definido la mencionada conducta delictual como:

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

(...)

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

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

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

“En otras palabras bien puede existir el concierto para delinquir sin necesidad de que se realicen otras conductas punibles, por ello su autonomía; o ejecutarse por quienes conforman el concierto otros delitos los cuales concurrirán con el primero. En uno y otro caso, la forma de intervención se estudiara respecto de cada delito”⁶.

En el punible por el que se procede “La acción inculpada consiste en concertarse para cometer delitos, que se traduce en la existencia de un acuerdo de voluntades para la realización de actos delictivos indeterminados, que en manera alguna puede ser momentáneo u ocasional, esto es, debe ostentar continuidad y permanencia, entendidas no como una

⁵ Así lo ha indicado la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 33659 del 28 de abril de 2010. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

⁶ CSJ. Sala Penal. Sentencia de 23 septiembre de 2003, Rad. 19.712, M.P. Marina Pulido de Barón

duración ilimitada de ese designio delictivo común, sino como la permanencia en el propósito contrario a derecho por parte de los concertados, que se proyecta y renueva en el tiempo mientras la asociación para delinquir persista⁷. De otra parte, "La noción de permanencia de la sociedad delictiva no puede asumirse exclusivamente como un factor aislado, deducible del paso objetivo del tiempo en el reloj o el calendario, sino que, además, se precisa considerar la manera como dicho tiempo es empleado por los concertados para incidir en los bienes jurídicos que el legislador tutela, con el objetivo de lograr los fines que se proponen"⁸.

UTILIZACIÓN ILEGAL DE UNIFORMES E INSIGNIAS- tiene como fin la protección de la seguridad pública/ UTILIZACIÓN ILEGAL DE UNIFORMES E INSIGNIAS-Es un tipo penal de peligro

" Contempla el estatuto penal en su artículo 346⁹, el delito de utilización ilegal de uniformes e insignias, que tiene como fin la protección de la seguridad pública, reprimiendo el actuar de aquel que en desarrollo de alguno de los verbos rectores previstos en el tipo penal, esto es por que importe, fabrique, transporte, almacene, distribuya, compre, venda, suministre, sustraiga, porte o utilice, vestimentas o uniformes, así como cualquier otro medio de identificación que contengan características similares a las utilizadas por las Fuerzas de seguridad del Estado o las utilizadas para el destino exclusivo de estos. "

(...)

" Este tipo penal, ha sido considerado como un "delito de peligro" que sanciona al portador de un objeto de uso privativo de las fuerzas de seguridad del Estado o de algún otro ostensiblemente similar o semejante como las insignias, que sea utilizado con el fin de encubrir su verdadera calidad o hacerse ver como de orden oficial o amparado por el Estado, cuyo desarrollo es instantáneo que "bien puede adquirir las características de los actos permanentes si la actividad va más allá del porte ilegal, y se ejercen actos de autoridad propios de la condición de miembros de la Fuerza Pública, caso en el cual se incurrirá también en otros delitos"¹⁰.

FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS Y MUNICIONES DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS- A diferencia del porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, se relaciona el verbo rector de conservar, que implica que el simple hecho de estar a su amparo 'guardado', se incurre en la comisión de la conducta punible/ FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS Y MUNICIONES DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS- Elementos bélicos restrictivos de las fuerzas armadas

⁷ CSJ. Sala Penal. Sentencia 23 septiembre de 2003, Rad. 17.089, M.P. Edgar Lombana Trujillo; En otra oportunidad, se indicó: "Esto permite diferenciar la aludida conducta del concurso de personas en el delito, pues mientras en éste el acuerdo es meramente accidental según el tipo o tipos penales que los coautores se hayan propuesto realizar, de modo particular y concreto, el concierto para delinquir se caracteriza por una conjunción de voluntades dirigida a realizar pluralidad de delitos acorde con una multiplicidad de planes y con propósito de continuidad en el tiempo", CSJ. Sala Penal, Sentencia de 28 septiembre de 1999, Rad. 14.288, MM.PP. Fernando E. Arboleda Ripoll y Jorge Aníbal Gómez Gallego

⁸ CSJ. Sala Penal. Sentencia 23 septiembre de 2003, Rad. 17.089, M.P. Edgar Lombana Trujillo.

⁹ 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 (...).
¹⁰ www.usergioarboleda.edu.co

" Se trata este de un delito que comporta varios verbos rectores para ejecución (importe, trafique, fabrique, repare, almacene, conserve, adquiera, suministre o porte), siendo necesario en este caso, precisar que a diferencia del porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, se relaciona el verbo rector de conservar, que implica que el simple hecho de estar a su amparo 'guardado', se incurre en la comisión de la conducta punible, aunado a las específicas del tipo de arma de que trata, esto es de uso privativo de las fuerzas armadas, que se encuentra definido en el artículo 8 del Decreto 2535 de 1993¹¹, como aquellas, utilizadas para la defensa nacional, enlistadas taxativamente, además que como se enuncia en el tipo, posee una características especiales, en tanto son del monopolio exclusivo del Estado.

Múltiples son las definiciones que al respecto se han suministrado, entre ellas las que advierte el Decreto enunciado, así como de tipo jurisprudencial, aunado al análisis inicial al Proyecto de Ley número 79 del 2002, sobre armas municiones y explosivos (Comisión Segunda Constitucional Permanente), donde respecto a los elementos bélicos restrictivos de las Fuerzas Armadas se indicó: "Son todas aquellas utilizadas por la Fuerza Pública, para el cumplimiento de la misión que la Constitución y la Ley le ha encomendado y se clasifican: - Armas de funcionamiento automático, - Las armas antitanques, cañones, morteros - Armas que se lleven o se les adicionen dispositivos, como miras infrarrojas, laséricas o accesorios como lanzagranadas, entre otras, - Las sub-ametralladoras - Cargas explosivas tales como bombas de mano de aviación, granadas de fragmentación, proyectiles y minas (...)"

Es claro que dichas armas sólo podrán ser utilizados por miembros de cuerpos estatales, de allí su restricción en el uso, tenencia y demás verbos rectores que refiere la norma; la Comisión de Seguridad Ciudadana, Combate y Prevención al

¹¹ **Artículo 8º.-** Armas de guerra o de uso privativo de la Fuerza Pública. Son armas de guerra y por tanto de uso privativo de la Fuerza Pública, aquellas utilizadas con el objeto de defender la independencia, la soberanía nacional, mantener la integridad territorial, asegurar la convivencia pacífica, el ejercicio de los derechos y libertades públicas, el orden constitucional y el mantenimiento y restablecimiento del orden público, tales como:

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

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

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

Narcotráfico, Terrorismo y Crimen Organizado del Parlamento Latinoamericano (PARLATINO), en un trabajo conjunto con la Coalición Latinoamericana para la Prevención de la Violencia Armada (CLAVE), identificaron quienes pueden portarlas, refiriéndose a las: "(...) *Personas autorizadas son las personas físicas o jurídicas a quien la Autoridad de Aplicación ha habilitado para requerir una o varias licencias para la realización de las actividades permitidas... con materiales controlados. Únicamente las Personas Autorizadas podrán realizar actividades con materiales controlados y obtener las licencias respectivas (...)*".

FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES DE 'DEFENSA PERSONAL- DEFINICION DE " ARMAS DE USO PERSONAL"'/ FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES DE 'DEFENSA PERSONAL- contiene en el supuesto de hecho descrito por el legislador, un ingrediente objetivo del tipo, "sin permiso de autoridad competente", consistente en la carencia del sujeto activo del comportamiento de la licencia o autorización administrativa para portarlas/ FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES DE 'DEFENSA PERSONAL-elementos del tipo penal para su configuración/ FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES DE 'DEFENSA PERSONAL-Tipo penal de mera conducta/ FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES DE 'DEFENSA PERSONAL- Se subsume en el tipo penal de concierto para delinquir. Reiteracion de jurisprudencia

" Respecto a las "armas de uso personal" que han sido definida igualmente en el Decreto 2535 de 1993, artículo 11¹², como las diseñadas para la defensa propia por su corto alcance, pudiendo ser portadas por los particulares siempre y cuando se cuente con el permiso respectivo para ello, como se prevé en la misma norma en el artículo 20, donde se advierte que el estado lo autoriza (...) con base en la potestad discrecional de la autoridad militar competente, a las personas naturales o jurídicas para tenencia o para el porte de armas (...)", por tanto quien las trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare o porte, sin dicha autorización vulnera de manera indudable el bien jurídicamente tutelado.

La Corte Suprema de Justicia, precisó¹³, que el punible de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones

¹² 208 **Artículo 11º.-Armas de defensa personal.** Son aquellas diseñadas para defensa individual a corta distancia. Se clasifican en esta categoría:

a. Revólveres y pistolas que reúnan la totalidad de las siguientes características:

- Calibre máximo 9.652 mm. (.38 pulgadas).
- Longitud máxima de cañón 15.24 cm. (6 pulgadas).
- En pistolas, funcionamiento por repetición o semiautomática.
- Capacidad en el proveedor, de la pistola no superior a 9 cartuchos, a excepción de las que originalmente sean del calibre 22, caso en el cual se amplía a 10 cartuchos.

a. Carabina calibre 22 S, 22 L, 22 L. R., no automáticas;
b. Las escopetas cuya longitud de cañón no sea superior a 22 pulgadas

¹³ 209 En sentencia de casación 2 de noviembre de 2011, radicación 36544, así lo precisó la Sala:

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

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

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

Y (iii) un ingrediente, 'sin permiso de autoridad competente', que es normativo en la medida en que contempla una

descrito en el artículo 365 del Código Penal¹⁴, contiene en el supuesto de hecho descrito por el legislador, un ingrediente objetivo del tipo, "sin permiso de autoridad competente", consistente en la carencia del sujeto activo del comportamiento de la licencia o autorización administrativa para portarlas,

Así mismo, la máxima corporación penal, en Sentencia de Casación número 38.542, de abril veinticinco (25) de 2012, con ponencia del Magistrado, Julio Enrique Socha Salamanca, expuso acerca de los elementos que lo componen:

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

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

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

Ambos tipos penales, son delitos de mera conducta, en tanto se trata del mismo acto físico de portarla u otro de los verbos

valoración de índole jurídica (autorización legal), pero que es más descriptivo en tanto alude a una situación o circunstancia predominantemente fáctica (no tener el salvoconducto).

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

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

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

En este orden de ideas, [...] si un funcionario propone una máxima empírica sin contar con material probatorio del cual haya podido derivar el enunciado fáctico objeto de demostración, conculcará la presunción de inocencia si por esa vía declara demostrada una circunstancia relevante para la configuración del tipo objetivo".

¹⁴ "Artículo 365. Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones. El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare o porte armas de fuego de defensa personal, municiones o explosivos, incurrirá en prisión de..."(Destaca la Sala).

rectores descritos en el tipo, sin necesidad de la acción de dispararla por ejemplo, es decir el delito se consuma cuando se produce la actividad, en tanto se trata de una conducta punible esencialmente dolosa y resulta fundamental el propósito, el ánimo, el móvil en su ejecución.”

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

TORTURA- EXIGE QUE LA VÍCTIMA SEA SOMETIDA A DOLORES, PADECIMIENTOS Y SUFRIMIENTOS FÍSICOS-PSÍQUICOS, CON EL FIN DE OBTENER DE ELLA O DE UN TERCERO INFORMACIÓN, REVELACIÓN Y CONFESIÓN EN SU DEFECTO CASTIGARLA, INTIMIDARLA O COACCIONARLA POR CUALQUIER RAZÓN QUE COMPORTE ALGÚN TIPO DE DISCRIMINACIÓN/ TORTURA-Elementos para su configuración/TORTURA-Modalidades/TORTURA-Sujeto indeterminado/TORTURA-Concepto

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

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

(...)

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

(...)

“ Es la protección de derechos inherentes al ser humano, traídos desde la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas, quien desde 1975, legisló sobre la Protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, señalando respecto la tortura en su artículo primero, que esta se entenderá, como, *“(…) todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (…)”*

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

“Artículo 1... 1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas(…)”¹⁵.

DESPLAZAMIENTO FORZADO- Concepto/ DESPLAZAMIENTO FORZADO-Definición de desplazado/

¹⁵ La tortura en el Derecho Internacional – Guía de Jurisprudencia. Association for the Prevention of Torture. 2008

DESPLAZAMIENTO FORZADO- Este punible para su materialización, comporta necesariamente el ejercicio de violencia o coacción arbitraria, sea física o moral sobre un número determinable e identificable de personas, con ejercicio de una fuerza tal, que someta la voluntad al punto de lograr el traslado de lugar de residencia/
DESPLAZAMIENTO FORZADO- La condición de desplazado por la violencia es una circunstancia de carácter fáctico/
DESPLAZAMIENTO FORZADO-Constituye un crimen de guerra y un crimen de lesa humanidad

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

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

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

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

(...)

Tal como se precisó por la Corte Constitucional, la condición de desplazado por la violencia es una circunstancia de carácter fáctico, que se presenta cuando se ha ejercido cualquier forma de coacción para imponer el abandono del sitio habitual de morada o de trabajo, que obliga la movilización dentro de las fronteras del Estado, ello en sometimiento a una obediencia, en orden a la preservación de la vida e integridad personal y familiar, ante el peligro que se derivan de las amenazas formuladas directamente o de la percepción generada en razón de los conflictos presenciados en los sitios de residencia de hechos que atenten contra la tranquilidad, la vida y la estabilidad de las personas, por lo que puede concluirse que no es sólo la violencia física y las amenazas directas, las que lo ocasionan, sino también el miedo dadas las condiciones particulares."

(...)

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

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

(...)

" Artículo 8 Crímenes de guerra 1. (...) se entiende por 'crímenes de guerra': (...)

viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares

imperativas. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado."

DESPOJO EN EL CAMPO DE BATALLA-Concepto/ DESPOJO EN EL CAMPO DE BATALLA-Alcance

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

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

Adicionalmente el artículo 33 de ese Convenio estipula *"la prohibición del saqueo, es decir, se prohíbe destruir los bienes muebles o inmuebles pertenecientes individual o colectivamente a personas particulares"*¹⁶.

Esta conducta penal, es el producto de las previsiones contenidas en el artículo 8º del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional del ocho (8) de junio de 1977, el cual indica: *"Siempre que las circunstancias lo permitan, y en particular después de un combate, se tomarán sin demora todas las medidas posibles para buscar y recoger a los heridos, enfermos y náufragos a fin de protegerlos contra el pillaje¹⁷ y los malos tratos y asegurarles la asistencia necesaria, y para buscar a los muertos, impedir que sean despojados y dar destino decoroso a sus restos".*

TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES-Alcance/ TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES-Tipo penal de delito

" Esta conducta punible se encuentra definida, en el artículo 376¹⁸ del Código Penal, en el capítulo de los delitos contra la

¹⁶ Así las cosas, en la interpretación de este tipo, es necesario tener en cuenta lo consagrado no sólo en nuestro ordenamiento penal nacional, sino también lo dispuesto en el Cuarto Convenio el cual hace parte del bloque de Constitucionalidad y por lo tanto sus preceptos tienen el rango de norma constitucional de obligatorio cumplimiento.

¹⁷ pillaje: "Robo que se hace con violencia; rapiña. Robo o destrucción... Hurto, rapiña. Saqueo no siempre implica apropiación indebida sino en todo caso abusiva o exagerada (...)" (Definición de The Free Dictionary by farlex).

¹⁸ Artículo 376. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. Modificado por el art. 11, Ley 1453 de 2011.

El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a veinte (20) años y multa de (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

Salud Pública, previéndose en ella un sujeto activo indeterminado no calificado, a quien se penalizan por ejecutar uno o varios de los modos como se materializa la conducta. En ese orden de ideas se introducen en la norma una amplia gama de verbos rectores que a juicio del legislador describen conductas potencialmente idóneas para afectar el bien jurídico que la norma protege: (i) introducir al país, así sea en tránsito; (ii) sacar del país; (iii) transportar; (iv) llevar consigo; (v) almacenar; (vi) conservar; (vii) elaborar; (viii) vender; (ix) ofrecer; (x) adquirir; (xi) financiar; o (xii) suministrar a cualquier título, siendo catalogado como un delito de peligro abstracto o presunto²⁶ esto es, se consuma sin necesidad de lesión, siendo suficiente con que concorra el simple peligro —o probabilidad de lesión— del bien jurídico. Las conductas contempladas en el Capítulo III del Título XVII del Código Penal están dispensadas para proteger al colectivo social de un mal potencial, en tanto no tutelan un bien o derecho concreto sino la posibilidad de que la salud del mismo se vea menoscabada por cualquiera de las conductas tipificadas en su articulado.”

CONSTREÑIMIENTO AL SUFRAGANTE-Concepto/ CONSTREÑIMIENTO AL SUFRAGANTE- Se trata este de un tipo con sujeto activo indeterminado, que ejerce una fuerza contra el sufragante sea física o moral, capaz de doblegar su voluntad, ante el miedo inminente que se le provoca, obteniendo el voto en el sentido que le interesa o a que se abstenga de sufragar/ **CONSTREÑIMIENTO AL SUFRAGANTE-Alcance**

“Tiene su descripción normativa, en el Título XVI, delitos contra los mecanismos de participación democrática, capítulo único, artículo 387:

“Artículo 387. Constreñimiento al sufragante. El que utilice las armas o amenace por cualquier medio a un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley, con el fin de obtener apoyo o votación por determinado candidato o lista de candidatos, o voto en blanco, o por los mismos medios le impida el libre ejercicio del derecho al sufragio, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años En igual pena incurrirá quien por los mismos medios pretenda obtener en plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato, apoyo o votación en determinado sentido, o impida el libre ejercicio del derecho al sufragio.

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

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

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

(10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de metacualona o droga sintética, la pena será de seis (6) a ocho (8) años de prisión y multa de cien (100) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En este caso el agente persigue un beneficio propio o para otro y tiene lugar en las elecciones que se hagan de orden administrativo o jurisdiccional.

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

“A propósito del tema de la votación, destáquese que el delito de constreñimiento al sufragante previsto en el artículo 387 del Código Penal, atenta contra un mecanismo de participación democrática como lo es el sufragio, vale decir, la libertad de opción política en el marco de un sistema democrático. Además, con la criminalización primaria de dicho comportamiento se busca garantizar que “la decisión contenida en el voto sea una genuina expresión de la voluntad individual y no el producto del ejercicio de poderes sobre la persona.”¹⁹

RECLUTAMIENTO ILICITO- Aquel que se materializa al interior o con ocasión del conflicto armado, con el fin de obligar a los menores de edad a participar en actos hostiles y acciones armadas/ **RECLUTAMIENTO ILICITO-** Instrumentos internacionales que consagran su prohibición/ **RECLUTAMIENTO ILICITO-** Esta conducta punible es una de las formas de explotación más detestables y crueles, cuya gravedad deviene del hecho de tratarse de un delito cometido contra un grupo de personas que se encuentra entre los más vulnerables y que merece especial protección e igualmente por la calidad de los daños causados a los mismos/ **RECLUTAMIENTO ILICITO-** Permitir que los menores hagan parte del conflicto armado, como combatientes, mensajeros, informantes, utileros, o de cualquier manera, constituye una afrenta contra el Derecho Internacional Humanitario/ **RECLUTAMIENTO ILICITO-** Ha indicado en su fallo la Corte Penal Internacional que es necesario que el delito de reclutamiento de menores haya sido cometido en el contexto de o asociado con un conflicto armado, toda vez que el objetivo principal de las prohibiciones contenidas en el DIH en este sentido se dirige a proteger a los menores de 15 años de los riesgos asociados con él y a asegurar su bienestar físico y psicológico

“ Descrito y sancionado en el artículo 162²⁰ del Estatuto Represivo, dentro del título de los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, previéndolo como aquel que se materializa al interior o con ocasión del conflicto armado, con el fin de obligar a los menores de edad a participar en actos hostiles y acciones armadas. “

(...)

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

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C – 142 de 2001.

²⁰ **Artículo 162.** Reclutamiento ilícito. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa de seiscientos (600) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La Corte Constitucional, y la Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, trayendo un recorrido de interpretación legal y jurisprudencial al respecto:

“Sobre el reclutamiento ilícito.

Comienza la Sala por reafirmar que esta conducta punible es una de las formas de explotación más detestables y crueles, cuya gravedad deviene del hecho de tratarse de un delito cometido contra un grupo de personas que se encuentra entre los más vulnerables y que merece especial protección²¹ e igualmente por la calidad de los daños causados a los mismos. Los menores de edad que son reclutados de manera ilegal y que son obligados a participar directa o indirectamente en las hostilidades, además de ser expuestos a una gran cantidad de riesgos, generados no solamente por las circunstancias que rodean un conflicto armado no internacional, sino por el cruel tratamiento que reciben por parte de los miembros de estos grupos, al dejar de ser considerados personas y pasar a ser “objetos de guerra” fungibles, sufren daños irremediables con consecuencias en el resto de sus vidas y no solamente durante el lapso transcurrido en los campos de combate.

La convivencia pacífica es un presupuesto empírico del Estado de derecho y por tanto el monopolio de las armas en su poder tiene como objetivo el mantenimiento del orden y la concordia social.

La paz es presentada por el artículo 22 de nuestro texto constitucional, como un derecho y a la vez como un deber de obligatorio cumplimiento en razón de la importancia que tiene para el cumplimiento de los cometidos estatales; y en tanto expresión de la razón su reinado depende de la evitación de la guerra. “

(...)

De manera enérgica se debe declarar que en nuestro territorio se respeta el derecho de la guerra, ya que la Ley 5ª de 1960 avaló la aplicación de los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, mediante la Ley 11 de 1992 se aprobó la aplicación del Protocolo Adicional I de 1977 y la Ley 171 de 1994 la del Protocolo Adicional II.

Permitir que los menores hagan parte del conflicto armado, como combatientes, mensajeros, informantes, útiles, o de cualquier manera, constituye una afrenta contra el Derecho Internacional Humanitario.

Se ordena en el Título II artículo 4º, numeral 2º del Protocolo II, que:

“c) Los niños menores de 15 años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades;

d) La protección especial prevista en este artículo para los niños menores de 15 años seguirá aplicándose a ellos sí, no obstante las disposiciones del apartado c), han participado directamente en las hostilidades y han sido capturados;”

Por tal razón el reclutamiento de menores, en principio con edad inferior a quince años, se convierte en un crimen de guerra, y de manera específica nuestro Código Penal en su artículo 162, inserto en el Título II dedicado a penalizar los “Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”, extiende dicha protección a los 18 años, intentando evitar que a los infantes les sea arrebatado su derecho a ser niños, advierte:

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

²¹ Al respecto ver: Convención sobre los Derechos del Niño. Art. 3. Interés superior del menor.

(...)

“ Ha indicado en su fallo la Corte Penal Internacional que es necesario que el delito de reclutamiento de menores haya sido cometido en el contexto de o asociado con un conflicto armado²², toda vez que el objetivo principal de las prohibiciones contenidas en el DIH en este sentido se dirige a proteger a los menores de 15 años de los riesgos asociados con él y a asegurar su bienestar físico y psicológico²³. Esto porque hay ciertos traumas serios que acompañan el reclutamiento (separación de sus familias, interrupción de su educación y exposición a un ambiente de violencia y miedo.”

DE LA PENA ALTERNATIVA- La sala competente del tribunal superior de distrito judicial determinará la pena que corresponda por los delitos de acuerdo con las reglas del código penal/ **DE LA PENA ALTERNATIVA-Requisitos para su aplicación dentro del marco del proceso de justicia y paz/ DE LA PENA ALTERNATIVA-** 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

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

“ARTÍCULO 29. PENA ALTERNATIVA. La Sala competente del Tribunal Superior de Distrito Judicial determinará la pena que corresponda por los delitos de acuerdo con las reglas del código penal.

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

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

Cumplida la pena alternativa y las condiciones impuestas en la sentencia se le concederá la libertad a prueba por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta, período durante el cual el beneficiado se compromete a no reincidir en delitos, a presentarse periódicamente ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial que corresponda y a informar. Cumplidas estas obligaciones y transcurrido el período de prueba, se declarará extinguida la pena principal. En caso contrario, se revocará la libertad a prueba y se deberá cumplir la pena inicialmente determinada, sin perjuicio de los subrogados previstos en el Código Penal que correspondan.

PARÁGRAFO. En ningún caso se aplicarán subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias a la pena alternativa”.

Sobre la pena alternativa tuvo oportunidad de hacer alusión la H. Corte Constitucional, en la sentencia C-370 de 2006 lo siguiente:

“6.2.1.4.1. En esencia, 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,

²² Corte Penal Internacional. Sentencia de primera instancia en contra de Thomas Lubanga Dyilo . ICC-01/04-01/06. 14 de marzo de 2012. Par. 531.

²³ Corte Penal Internacional. Sentencia de primera instancia en contra de Thomas Lubanga Dyilo . ICC-01/04-01/06. 14 de marzo de 2012. Par. 605.

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 las accesorias), 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.

6.2.1.4.2. De acuerdo con las disposiciones transcritas el instituto de la

alternatividad es concebido por el legislador como un beneficio jurídico en el que concurren los siguientes elementos:

a. 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°).

b. 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°).

c. La concesión del beneficio se otorga según las condiciones establecidas en la propia ley. (Art.3°). Compete a la Sala del Tribunal correspondiente evaluar el cumplimiento de los requisitos previstos en la ley para acceder a la pena alternativa. (Art. 24)

d. En la sentencia condenatoria se fijará la pena principal y las accesorias, de acuerdo con los criterios establecidos en la ley penal (Código Penal). (Art. 24).

e. Adicionalmente, en caso de que el condenado cumpla con las condiciones previstas en la ley, se incluirá la pena alternativa prevista en la misma, consistente en privación de la libertad por un período mínimo de cinco (5) años, y no superior a ocho (8) años. (Art. 29).

f. En la misma sentencia se impondrán los compromisos de comportamiento por el término que disponga el tribunal, las obligaciones de reparación moral y económica a las víctimas y la extinción del dominio de los bienes que se destinarán a la reparación. (Art.24).

g. Cumplida la pena alternativa y las condiciones impuestas en la sentencia se le concederá la libertad a prueba por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta, período durante el cual el beneficiario se compromete a no reincidir en los delitos por los cuales fue condenado en el marco de la presente ley, a presentarse periódicamente ante el respectivo tribunal y a informar cualquier cambio de residencia. (Art.29).

h. Cumplidas estas obligaciones y transcurrido el período de prueba se declarará extinguida la pena principal. En caso contrario se revocará la libertad a prueba y se deberá cumplir la pena inicialmente determinada, sin perjuicio de los subrogados previstos en el Código Penal. (Art. 29).

i. En ningún caso se aplicarán subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias a la pena alternativa. (Art.29).

j. Para efectos procesales, es factible la acumulación de procesos que se hallen en curso por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia del desmovilizado a un grupo armado al margen de la ley (Art. 20).

k. En ningún caso procederá la acumulación por conductas punibles cometida con anterioridad a la pertenencia del desmovilizado al grupo armado al margen de la ley (Art. 20).

l. Procede la acumulación jurídica de penas cuando el desmovilizado haya sido previamente condenado por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia a un grupo armado organizado al margen de la ley. Sin embargo establece la ley que "en ningún caso la pena alternativa podrá ser superior a la prevista en la presente ley". (art.20)

6.2.1.4.3. Advierte la Corte, a partir de la caracterización del instituto que la ley denomina alternatividad, que se trata en realidad de un beneficio que incorpora una rebaja punitiva significativa, al 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. La concesión del beneficio está condicionada al cumplimiento de unos requisitos establecidos en la ley, orientados a satisfacer a cabalidad los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. "

LA SALA DE CONOCIMIENTO NO SÓLO PUEDE MODIFICAR LOS CARGOS IMPUTADOS A LOS POSTULADOS, SI LA ADECUACIÓN TÍPICA HECHA POR EL FISCAL NO SE AJUSTA A LA LEY, SINO QUE PUEDE IMPUTAR OTROS DELITOS QUE SE DESPRENDAN DE LOS HECHOS CONFESADOS E IMPUTADOS O DE LAS PRUEBAS PRESENTADAS POR LAS VÍCTIMAS-Reiteración de jurisprudencia

" La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que, en ejercicio de ese control, la Sala de Conocimiento no sólo puede modificar los cargos imputados a los postulados, si la adecuación típica hecha por el fiscal no se ajusta a la ley, sino que puede imputar otros delitos que se desprendan de los hechos confesados e imputados o de las pruebas presentadas por las víctimas.

En efecto, desde el año 2009 tiene dicho que:

"De esta forma, la intervención de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, no puede limitarse a la de simple avalista de los cargos presentados por la fiscalía y aceptados por el postulado, pues, en esa construcción conjunta de la verdad está en la obligación de verificar, ya sea por iniciativa propia o en virtud de la controversia que planteen los intervinientes, en especial las víctimas y el Ministerio Público, no sólo que los estándares mínimos de verdad, dentro del contexto del grupo armado, se han respetado, sino que lo definido típicamente se corresponde con la realidad.... "Allí, luego de contrastar las diferentes ópticas, los magistrados de conocimiento deben hacer un pronunciamiento que confirme lo postulado por la Fiscalía u obligue de ella al correspondiente replanteamiento, pues, se repite, al fallo debe llegarse con absoluta claridad acerca de los hechos y sus efectos jurídicos. "No significa ello que se pretenda cambiar el rol de la fiscalía o se busque reemplazar su función, sino adecuar uno y otra a la forma de justicia transicional que obliga construir una verdad no solamente formal a partir de la intervención de todos los interesados, pues, huelga resaltar, no se trata aquí de que el Fiscal funja dueño de la acusación, en tanto, se reitera, el concepto de adversarialidad no signa la especial tramitación".²⁴

Esa jurisprudencia la reiteró en una decisión posterior, en la cual agregó que:

"¿Puede la Sala de Justicia y Paz, en sede de audiencia de legalización de los cargos -se preguntó la Corte Suprema-, modificar la formulación que hizo la fiscalía, teniendo en cuenta que a esa instancia procesal los cargos cuentan con el control

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de 21 de septiembre de 2009. Rdo. 32022. Ponente: H. Magistrado Sigifredo Espinosa Pérez.

*del juez de garantías? “Desde esta perspectiva, y no obstante las críticas que puedan surgir contra la eficacia de la Ley de Justicia y Paz, la respuesta clara al interrogante propuesto es que la Sala de conocimiento del Tribunal de Justicia y Paz en sede de audiencia de legalización de cargos ejerce un control formal y material a la imputación propuesta por la fiscalía, luego tiene facultad para modificarlos aunque la norma (inciso tercero del artículo 19 de la Ley 975 de 2005) no haga un pronunciamiento claro al respecto”.*²⁵

²⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 11 de marzo de 2.010. Rdo. 33.301.
Ponente: H. Magistrado Alfredo Gómez Quintero. Cfr., igualmente, autos del 12 de mayo, 31 de julio y 21 de septiembre de 2.009 y el 31 de agosto de 2.011. Rdo. 31.150, 31.539, 32.022 y 37.253, respectivamente.
Ponentes: HH. Magistrados Augusto Ibáñez Guzmán, Alfredo Gómez Quintero y Sigifredo Espinosa Pérez.

