

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

EL DELITO DE SECUESTRO

Elementos estructurales y circunstancias agravantes en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

TEMA I. SECUESTRO. Circunstancias de agravación.

Las mayores penas señaladas en este artículo, son la consecuencia de las circunstancias de agravación punitiva previstas en el mismo. Tales circunstancias indican o demuestran una peligrosidad mayor en el autor del delito, como es ostensible en las descritas en los numerales 1, 2, 4, 7 y 13; o más dañosas consecuencias del delito, por el aspecto social o por el particular de la víctima, como ocurre en aquellas a las cuales se refieren los numerales 3, 9, 10, 11 y 12, o, finalmente, un abuso de la condición de servidor del Estado que se tiene o se ha tenido, como sucede en la circunstancia prevista por el numeral 5to; o el delito tiene por víctima a alguien que presta sus servicios al Estado u ocupa una posición destacada en razón de sus servicios a la comunidad. (Corte Constitucional, Sentencia 28-04-94, Magistrado ponente: doctor Jorge Arango Mejía).

N.V.A. Art. 170 C.P.

COMENTARIOS

El Estatuto sustancial suprime acertadamente algunas de las causales de agravación comprendidas como tales en la legislación derogada. En primer término la agravación referente al sometimiento del sujeto pasivo a dolores o padecimientos físicos o morales, que revistan mayor perjuicio que la simple realización de la conducta (art. 270 N° 2 C.P. de 1980), con lo cual se deja plenamente vigente la posibilidad del concurso simultáneo y heterogéneo con el delito de tortura; la consagración de la agravante especial eliminaba dicha posibilidad concursal.

De igual forma la supresión del sometimiento de la víctima a violencia sexual, hace posible el concurso con toda la gama de delitos

atentatorios de la libertad, integridad y formación sexuales, incorporen o no dicho medio comisivo (arts. 205 a 212 C.P.).

Con el mismo acertado criterio se eliminó como causa de agravación específica la muerte o lesiones personales del secuestrado, producidas “por causa o con ocasión del secuestro” (art. 270 N° 11, C.P. de 1980), a este respecto manifestamos: “Si con ocasión del secuestro sobrevienen a la víctima la muerte o lesiones personales, la pena se agravará; es de entender que la agravante operará cuando la causa de la muerte o lesión no es la actividad del secuestrador, sino la misma circunstancia del secuestro, de lo contrario se estaría consagrando un tipo privilegiado de homicidio”; estas excepcionales exigencias dogmáticas hacían impracticable la figura, debiéndose, en recta interpretación, derivar siempre el concurso simultáneo y heterogéneo con los delitos de homicidio o lesiones personales, según el caso, amén de las peligrosas discusiones doctrinales y jurisprudenciales en las que se podía plantear la exclusión concursal y consiguiente aplicación agravada, en desarrollo de los principios non bis in idem y de favorabilidad, todos planteamientos que reafirman el acierto de la supresión.

Extraña e insólitamente, esta causa agravante se introdujo para el delito de desaparición forzada (art. 166 N° 8, C.P.), presentando los mismos problemas de técnica y aplicación que la disposición derogada en el delito el secuestro.

Bajo la correcta concepción de que se trata de un concurso material de delitos, fue suprimido el numeral 13 del artículo 270 (C.P. de 1980), que consagraba como agravación específica la utilización, para la consumación del secuestro de “orden de captura o detención falsificada o simulando tenerla”, lo cual significa que con el nuevo Estatuto será perfectamente posible la estructuración del concurso material entre el delito de secuestro y la falsedad material o ideológica sobre documento público, en sus formas simple y agravada (arts. 286, 287, 290, 291, C.P.) o con el tipo de falsedad personal descrito por el artículo 296 Idem.

TEMA II, SECUESTRO. Clases. Extorsivo. Simple, Con fines terroristas.

Secuestro extorsivo es aquel que se realiza con el propósito de obtener un provecho ilícito de carácter económico”.

“Secuestro con fines terroristas en el que el comportamiento del agente está guiado por el propósito terrorista, artículo 22 Decreto 180”.

“Secuestro Simple se estructura cuando se priva de la libertad a una persona teniendo como propósito o motivación cualquiera otra diversa a los beneficios o utilidades precisados en el artículo anterior, cuando no se actúa con finalidades de publicidad política”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas, Acta No. 138, 19-11-92, Gaceta Judicial No. 2460, t. CCXXI, p. 370).

N.V.A. Arts. 168, 169, 170 N° 6 y 7 C.P.

COMENTARIOS

El secuestro es el paradigma de las infracciones que afectan la libertad individual; coarta la libertad de locomoción y en general todas las facultades de autodeterminación de la persona. Doctrinalmente el secuestro se define como retención física injustificada de una persona, realizada por particulares en forma arbitraria. Se ha denominado también como "detención privada". El fin de la acción ha de ser injusto: aprovechamiento económico, moral o físico.

Tradicionalmente la regulación punitiva ha consagrado los delitos de secuestro simple y secuestro extorsivo, con sus respectivas circunstancias de agravación y atenuación. La dualidad de descripciones típicas se entiende como afán del legislador de ampliar la cobertura de posibilidades de comisión, al no exigir propósito específico del agente para la tipificación del secuestro simple.

Doctrinamente, según los principales móviles o fines del agente, esta infracción se clasifica en: Secuestro económico como aquel en el que el agente propone como finalidad del reato un beneficio económico o rescate, que puede ser exigido directamente a la víctima, a sus familiares o a asociaciones o grupos sociales determinados.

El secuestro político es aquel cometido por organizaciones subversivas o grupos alzados en armas cuya actuación es clandestina, al margen de las instituciones vigentes; en su acción subyace un ideal de cambio en la organización política y económica del Estado. En esta forma de secuestro el móvil no es esencialmente económico, sino que procura la difusión de ideas del respectivo movimiento, la creación de zozobra y caos sociales o la presión sobre decisiones políticas de los organismos estatales.

El denominado secuestro sexual, conocido doctrinalmente como raptó, es aquel en el que el agente propone como fin contraer matrimonio u obtener finalidades erótico-sexuales del sujeto pasivo. Finalmente el llamado secuestro por venganza se identifica con la práctica de ajuste de cuentas realizada generalmente por la delincuencia organizada.

TEMA III. SECUESTRO. Consentimiento del sujeto pasivo.

Cuando el sujeto pasivo del presunto delito de secuestro no es un menor impúber, absolutamente capaz de consentir, su voluntario abandono del hogar paterno convierte en atípica la conducta. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas, Acta No. 59, 04-10-88, Gaceta Judicial No. 2432, t. CLXXV, p. 376, con salvamento de voto de los doctores Gustavo Gómez Velásquez y Edgar Saavedra Rojas).

N.V.A. Arts. 32 N^o, 268, 169 C.P.

COMENTARIOS

La atipicidad objetiva del comportamiento, ausencia de acción, en casos de consentimiento válido del sujeto pasivo, puede ser admisible frente a algunos de los comportamientos alternativos descritos, que no implican en sí mismos ausencia de consentimiento o consentimiento viciado. Veamos. Arrebatarse es tomar con violencia y fuerza irresistible, implica el elemento antijurídico, pues es acción arbitraria y de hecho. Sustraer significa sacar o separar al sujeto pasivo de la órbita especial en la que desarrolla ordinariamente toda su actividad vital; puede implicar violencia moral (engaño, ardid, artificio), pero para la tipicidad del hecho no se exige necesariamente

la utilización de la violencia física para su ejecución. Retener es mantener -contra voluntad-, al sujeto pasivo en determinada órbita especial, implica obstrucción directa de los derechos de locomoción y autodeterminación. Estrictamente significa conservar, guardar para sí. Finalmente, ocultar traduce esconder al sujeto pasivo de tal forma que se ignore su paradero y situación. Encubrir a la vista.

TEMA IV. SECUESTRO. Consumación.

”...hay que rechazar el argumento de que el delito de secuestro se consuma cuando la víctima o alguno de sus allegados pagan el rescate. Pues es evidente que el delito, tal como esta descrito en el Código Penal, se consuma desde el momento en que se priva de la libertad a la persona, así no se exija ningún pago. Hay que recordar que existen secuestros por motivos que descartan el animo de lucro. (Corte Constitucional, Sentencia 442, 24-11-93, Magistrado ponente: doctor Jorge Arango Mejía)

N.V.A. Arts. 168, 169 C.P.

COMENTARIOS

La infracción queda consumada cuando se arrebatada, sustrae, retiene u oculta a una persona con alguno de los fines reseñadas, sin que sea necesario que tales finalidades alternativas se alcancen efectivamente. Como ya se advirtió, por ser tipo de conducta permanente, la presente infracción no se agota con su perfeccionamiento¹ perdura durante todo el tiempo en el que se materialice la acción. Los actos ejecutivos inequívocos se pueden realizar de manera gradual, por tanto admite la tentativa.

TEMA V. SECUESTRO. Delito atroz. Delito político.

El delito de secuestro puede considerarse como uno de los más graves que lesionan a la sociedad, así, en principio, sus víctimas directas sean uno o varios individuos en particular. El Estado de indefensión en que se coloca la víctima y el efecto de inestabilidad social que genera, sumados a la amplia gama de derechos fundamentales que se ven violados por la comisión de este delito, ameritan que se lo califique, con razón, como un delito atroz y crimen de lesa humanidad...

Siendo pues un delito atroz nada justifica que se lo pueda considerar como delito político, ni que sea excusado por motivación alguna, pues contra el hombre, como sujeto de derecho universal no pueda ver actos legitimizados. (Corte Constitucional, sentencia C-069 de 1994, Magistrado ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa)

N.V.A. Art. C.P.

COMENTARIOS

Criterio objetivo. Son delitos políticos los que atentan contra el régimen de organización política y, en general, contra la seguridad, estabilidad y orden interior de la nación. Para su determinación se ha de mirar únicamente el bien jurídico atacado.

Criterio subjetivo. El delito político se presenta cuando los móviles que han determinado el hecho son nobles y altruistas, generados por concepciones ideológicas sobre la forma de organización que debe asumir el Estado. Si el móvil es político el delito será político.

Concepción mixta. Un delito es político tanto por el bien jurídico atacado como por el fin que ha movido al agente, aspectos que han de ser analizados en forma independiente. Esta concepción considera como delitos políticos las conductas descritas en los Títulos XVII y XVIII del C.P. y los delitos conexos con dichas conductas.

El delito político se determina por los aspectos objetivo y subjetivo: el bien jurídico objeto de ataque es la organización del Estado los móviles han de ser políticos, es decir, el agente ha de actuar guiado por ideales de cambio de dicha organización estatal.

Concepción estructural. En el delito político se observan tres elementos estructurales: ataque al Estado, móvil noble o altruista y tratamiento punitivo benigno. Sobre esta base se define como "el atentado contra el Estado, en sus instituciones, origen y funcionamiento, previamente definido por la ley, cometido por una persona o grupo de personas y cuyo propósito es el mejoramiento de las condiciones de un determinado grupo social".

Concepto restringido. Doctrinalmente se entienden como políticos los delitos de rebelión, sedición y asonada. Se define como todo ataque armado y organizado que se dirige contra el régimen constitucional del Estado y que pretende cambiarlo por otro, considerado por el agente benéfico para el interés colectivo.

Nuestra doctrina acepta que el bien jurídico atacado ha de ser la organización del Estado y el móvil ha de ser político: mejoramiento o cambio del régimen imperante.

TEMA VI. SECUESTRO. Delito permanente.

Es de aquellos que la doctrina y el propio Código Penal (artículo número 83). conocen como de carácter permanente, esto es, delitos cuya ejecución se prolonga en el tiempo, de modo que el proceso consumativo permanece mientras no se pone fin a la conducta. (Corte Constitucional, Sentencia 442, 24-11-93, Magistrado ponente: doctor Jorge Arango Mejía)

N.V.A. Art. 168, 169 C.P.

COMENTARIOS

La conducta descrita, una vez realizada, perfecciona el tipo penal pero no lo agota, sino que este perdura en el tiempo mientras dure la materialización de la acción.

No es que la acción se prolongue en el término pues toda acción humana por naturaleza es instantánea, sino que el proceso de agotamiento del tipo perdura. La determinación del carácter permanente de un tipo se debe realizar de manera efectiva en cuanto los efectos materiales de la conducta típica ya perfeccionada se prolonguen en el tiempo sin que pueda predicarse que el hecho típico se encuentre agotado o extinguido.

Ejemplificando el delito de secuestro terminamos de explicar el anterior criterio; este es un tradicional caso de tipos de conducta permanente en el cual el acto inicial, que perfecciona el tipo, de arrebatar, sustraer, retener u ocultar al sujeto pasivo se verifica de manera instantánea, pero con él no se puede considerar agotado el

tipo, tal proceso perdura en el tiempo, mientras no se produzca la fuga, liberación, rescate o muerte del mencionado sujeto, así, al proceso de agotamiento típico hace referencia la categoría de tipo permanente.

Esta especie de tipos penales tampoco hace referencia a la vulneración o puesta en peligro del bien jurídico, pues si utilizáramos este elemento de examen todos los hechos típicos serían de carácter permanente, pues la vulneración o puesta en peligro de aquel, siempre perduran en el tiempo, en ocasiones adquieren un carácter indefinido y hasta infinito, pues ella solo se suspende con el resarcimiento voluntario o judicial. Por tanto esta clasificación hace directa y estricta referencia a la conducta en cuanto susceptible o no de agotamiento instantáneo. También podemos encontrar como ejemplos la asociación para delinquir, la detención arbitraria,

Finalmente hemos de aclarar que ni el perfeccionamiento del tipo, ni la consumación del punible, pueden adquirir carácter permanente, esas categorías coinciden ontológicamente y siempre se hunde verificar en un instante determinable y determinado a partir del cual la conducta típica cae en el dominio sustancial y procesal del derecho penal, pero el tipo una vez perfeccionado y consumado el punible puede quedar agotado - conducta instantánea - o continuar su proceso de extinción o agotamiento - conducta permanente -.

*Esta clasificación adquiere importancia para la determinación del momento consumativo del hecho punible y para el cómputo del término de prescripción de la acción penal. *8 Para la adscripción de competencia territorial, para el cómputo del término dentro del cual ha de presentarse la querrela en los delitos que la exigen y para la determinación de la ley aplicable en casos de sucesión temporal.*

TEMA VII. SECUESTRO. Pago de rescate. Estado de necesidad.

La víctima del secuestro se encuentra en peligro actual, y no sólo inminente, de perder su vida. Y ha perdido ya, así sea sólo transitoriamente, su libertad.

Tal peligro, en la mayoría de los casos, no es evitable de una manera diferente al pago del rescate a los delincuentes. Por desgracia, generalmente la acción de las autoridades no impide la comisión del delito, ni consigue la liberación de la víctima.

Tampoco puede decirse que el secuestrado, o sus parientes o amigos, hayan causado intencionalmente o por imprudencia, el peligro en que se encuentran. Ellos solamente han tenido la desgracia de ser elegidos por los criminales que asedian la comunidad inerme.

El secuestrado y sus allegados no tiene el deber jurídico de afrontar el peligro. No están en el caso, por ejemplo, de los miembros de la Fuerza Pública, a quienes la República ha entregado las armas para que las usen en defensa de las personas. Por eso, la obligación de obrar heroicamente recae sobre sus miembros y no sobre la población civil.

Es claro, en consecuencia, que quien emplea sus bienes para salvar la vida y recobrar la libertad, propias o ajenas, actúa conforme a derecho. Por ello, tiene a su favor la causal de justificación analizada. (Corte Constitucional, Sentencia 442, 24-11-93, Magistrado ponente: doctor Jorge Arango Mejía)

N.V.A. Arts. 32 N° 7, 168, 169 C.P.

TEMA VIII. SECUESTRO. Evolución normativa. Punibilidad.

En ese contexto, los artículos 22 y 23 del Decreto 180 de 1988, en la forma en que fueron recogidos por el 4° del 2.266 de 1991, no exigen la motivación terrorista porque ella no hace parte de su definición. De manera tal que por regular los mismos aspectos a que aludía el artículo 268 del Código Penal de 1980, aquellas deberían ser las de aplicación en el caso en estudio, toda vez que el Decreto 2.266-13 derogó las disposiciones que le fueran contrarias.”

Pero sucede que una norma posterior del mismo Decreto 2.266, su artículo 11, igualmente se ocupó del secuestro, luego los artículos del Código Penal (Decreto 100 de 1980) y del Decreto 180 de 1988 deben entenderse derogados en lo que se opongan a éste.”

“Ese artículo 11 adoptó como legislación permanente el 6° del Decreto

2.790 de 1990, que señala una pena de prisión de 20 a 25 años para cuando el secuestro se presente en cualquiera de las hipótesis allí señaladas, hipótesis que separa por medio de la conjunción disyuntiva “o”, que, a voces del diccionario, “denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas”, esto es, que aquella sanción debe aplicarse cuando ocurra una cualquiera de tales opciones.”

“Así, mal puede aceptarse la tesis del actor de que la pena señalada en la disposición no era de buen recibo en el caso en estudio por cuanto requería motivación terrorista en el agente activo, la que no existió. Ya precisó la Sala que esa finalidad sólo es presupuesto necesario en donde la disposición así lo señale. Además, entre las diversas alternativas reguladas se fijó la de que el plagio se cometiera sobre cualquiera de los sujetos pasivos calificados allí descritos “o se ejecute con fines terroristas ... o persiga los objetivos enunciados en el artículo 268 del Código Penal”. De manera tal que si de forma expresa, como uno de los eventos para imponer la sanción, se reguló ese móvil, es claro que en las restantes el mismo no es exigencia de tipicidad.”

“En estas condiciones, para el caso que se analiza, el artículo 6° del Decreto 2.790 de 1990, declarado permanente por el 11 del 2.266 de 1991 determina que “Siempre que el delito de secuestro persiga los objetivos enunciados en el artículo 268 del Código Penal, se sancionará con prisión de veinte (20) a veinticinco (25) años y multa de un mil a dos mil salarios mínimos legales mensuales”.

“Concluye la Sala que desde la vigencia del Decreto 2.266 de 1991, tratándose del delito de secuestro extorsivo su definición legal estaba dada por el artículo 268 del Código Penal de 1980 (Decreto 100), pero la pena imponible era la señalada por el artículo 6° del Decreto 2.790 de 1990, disposiciones que rigieron hasta la expedición de la Ley 40 de 1993.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN Y NILSON PINILLA PINILLA, Sentencia de Casación,09-04-02, Acta N°.38, Expediente N° 12119)

N.V.A. Art. 168, 169 C.P.

TEMA IX. SECUESTRO. Fundamentos de incriminación. Delito atroz.

El carácter atroz de esta conducta ilícita ha sido afirmado por la propia ley (art. 14 Ley 40 de 1993), y destacado por la Corte Constitucional en repetidos pronunciamientos de exequibilidad de normas relacionadas con ella, como puede ser apreciado en siguiente aparte de la Sentencia C-069/94: “el delito de secuestro puede considerarse como uno de los más graves que lesionan la sociedad, así, en principio sus víctimas sean uno o varios individuos en particular. El estado de indefensión en que se coloca la víctima y el efecto de inestabilidad social que genera, sumados a la amplia gama de derechos fundamentales que se ven violados con la comisión de este delito atroz y un crimen de lesa humanidad. En efecto, además de poner en peligro el más apreciado de los derechos humanos, el derecho a la vida y de atender contra el derecho a la libertad (arts. 12, 13, 28) y a la dignidad del hombre, el secuestro otros muchos derechos fundamentales, como lo son el derecho a la seguridad (art. 21), el derecho a la familia (arts. 5º y 42), el derecho a la intimidad (arts 15 y 42), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16), el derecho a la libre circulación (art. 24), el derecho al trabajo (art. 25), el derecho a la participación (art. 40) y toda una gama de derechos conexos con los anteriores. Siendo pues un delito atroz nada justifica que se lo pueda considerar como delito político, ni que sea excusado por motivación alguna, pues contra el hombre como sujeto de derecho universal no puede haber actos legitimizados”.

“El medio empleado en el delito de secuestro siempre será desproporcionado, así se alegue como pretexto para cometerlo un fin honesto. Y ello porque la acción directa afecta el bien esencial del hombre, junto con la vida, que es su libertad. Además, torna en condicional el derecho a la vida, y todos sus derivados jurídicos. Es, en definitiva, cosificar a la persona humana, fin esencial del Estado Social de Derecho (arts. 1º y 2º C. P.), todo el derecho pierde consistencia y se torna contingente, variable con las disposiciones de turno, con lo cual la objetividad necesaria del ordenamiento jurídica desaparecida. (Corte Suprema de Justicia,

Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación 2-12-98, Magistrado ponente doctor Fernando E. Arboleda Ripoll)

N.V.C. Arts. 1º, 2º, 12, 13, 16, 18, 21, 25 C.N.

COMENTARIOS

La ley 40 de 1993 contiene el Estatuto Nacional contra el secuestro que deroga y sustituye al capítulo I del Título X C.P. de 1980 (arts. 268 a 271); en referencia a las normas que conagran mandatos o prohibiciones penales, así como a las de contenido procesal penal de la referida ley han quedado subrogadas por los nuevos Códigos Penal y Procesal Penal (Leyes 599 y 600 de 2000).. Sinópticamente su estructura es la siguiente:

El Estatuto pretende ser arma eficaz contra el flagelo del secuestro en todas sus formas, conserva integralmente las descripciones típicas; tan sólo aumentó el "quantum" punitivo como mecanismo de disuasión y prevención general.

Se establecen más severas previsiones en cuanto a las circunstancias de agravación y atenuación punitiva como factor de intimidación general y particular; estructura reiterada por la Ley 599 de 2000.

Se incorporaron ocho tipos penales especiales que procuran desestimular la "industria" del secuestro impidiendo o dificultando el pago de rescates, procurando la colaboración ciudadana en la lucha contra este flagelo, reprimiendo drásticamente la conducta de colaboradores o favorecedores de secuestradores. Los nuevos tipos penales son: concierto para secuestrar (art. 5), enriquecimiento ilícito derivado del secuestro (art. 6), favorecimiento especial (art. 7), receptación especial (art. 8), omisión de informes (art. 9), omisión de aviso (art. 10), celebración indebida de contratos de seguro (art. 12) y prevaricato especial por omisión (art. 33).

La vida jurídica de los anteriores tipos penales especiales fue efímera y extremadamente controvertida: el Código de 2000 únicamente conserva el tipo de celebración indebida de contratos de seguro; los restantes comportamientos retornan a su tratamiento dentro de los géneros delictuales correspondientes, a lo sumo su relación con el

delito de secuestro se erige en circunstancia específica de agravación punitiva, como habremos de estudiarlo en cada oportunidad.

Las normas sobre vigilancia administrativa de bienes, sanciones a las entidades financieras que permitieran el retiro de dineros destinados al pago de rescates, la omisión de informes y el otorgamiento de créditos, fianzas o avales con dicha finalidad por parte de esas instituciones, fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia de 24 de noviembre de 1.993.

TEMA X. SECUESTRO. Fundamentos de la severización normativa.

En términos generales, puede decirse que el norte esencial de la referida ley -atendiendo a su contenido normativo y a su propósito-, ha sido neutralizar, debilitar y malograr la estructura logística y la capacidad operativa de la delincuencia organizada que ha hecho del secuestro una macabra industria ilícita, así como fortalecer los sistemas de protección y de garantía a los valores, principios fundacionales y derechos más caros al Estado social de derecho, en que por decisión del Constituyente se erige Colombia, como son los invaluable e inviolables dones de la vida y la libertad, tan seriamente amenazados por esta monstruosa modalidad criminal”.(Sentencia C-565, 7 de diciembre de 1993, M.P., doctor Hernando Herrera Vergara). (Corte Constitucional, Sentencia C-599, 20-11-97, Magistrado ponente doctor Jorge Arango Mejía).

N.V.A. Arts. 168, 169, 170 C.P.

COMENTARIOS

Los incrementos punitivos adoptados mediante la ley 890 de 2004 corresponden a la voluntad estatal que persiste en el criterio según el cual la elevación de penas –drástica amenaza punitiva para los coasociados- es instrumento adecuado y eficaz contra la criminalidad en aumento, cuando nuestra historia jurídica reciente registra los pobres resultados que ha arrojado dicha política; basta pensar en los pomposamente llamados “estatuto antisequestro”, ley 40 de 1993, y “estatuto anticorrupción”, ley 190 de 1995, en los cuales se verificó un dramático endurecimiento de penas y, sin embargo, el país continuó

viendo, impotente, como florecía la macabra “industria del secuestro” y como las siniestras redes de corrupción política y administrativa se enseñoreaban en todos los niveles de la actividad estatal.

De tiempo atrás se ha sostenido con razón que el endurecimiento de penas, visto erróneamente como el único o como el más importante instrumento para atacar la criminalidad, no produce sino el “encarecimiento” de la delincuencia, la “cotización” de las actividades al margen de la ley; al aumentar el riesgo del infractor debe aumentar el beneficio por él reportado, o por lo menos sus expectativas, todo lo cual se traduce en el refinamiento de los medios utilizados para delinquir, en la “profesionalización del delito”, pero nunca en una significativa reducción de los índices de criminalidad e impunidad. Sin el fortalecimiento, real, de los sistemas de investigación, acusación y juzgamiento, sin que se garantice, efectivamente, la probidad de la justicia, su independencia y rectitud, sin que se surta una profunda revisión del sistema de represión penal vigente, que pase por la revaloración de todos los mecanismos de prevención y control social, estéril es la simple implementación del aumento de penas, que tan solo producirá efectos publicitarios y de bandera política, transitorios y efímeros.

Así las cosas reiteramos que el endurecimiento punitivo prescrito en la ley 890 de 2004 no era exigencia del sistema acusatorio puro, adoptado para el nuevo proceso penal, sino que correspondió a la voluntad legislativa de elevar fuertemente las penas, como respuesta al avance actual de la criminalidad, tal como lo manifestó el proponente en la exposición de motivos del proyecto; todo lo anterior induce a pensar que estas modificaciones punitivas, no guardan relación con la adecuación del sistema sustancial penal a la nueva ley de enjuiciamiento, y el tema ha debido tramitarse legislativamente mediante otros proyectos de ley y no en el que tenía por objeto la referida armonización legal -en aspectos procesales- de acuerdo con los precisos límites que impuso el constituyente derivado en el Acto Legislativo N° 003 de 2002, los cuales significan una modificación específica de la libertad de configuración penal: el Congreso en desarrollo del mencionado mandato constitucional, no podía legislar sobre aspectos que no estuviesen íntimamente relacionados con la adecuación del código penal al sistema acusatorio.

TEMA XI. SECUESTRO. Homicidio. Bienes jurídicos. Incremento punitivo.

"... dentro de la Concepción del Estado Social de Derecho y con base en la importancia que a los derechos fundamentales otorga nuestra Carta Política, cuando se vulneran los derechos de la vida, a la libertad y a la dignidad a través de los delitos de homicidio y secuestro , se hace necesario por parte del Estado la imposición de una pena y ante todo un tratamiento punitivo aleccionador y ejemplarizante, atendiendo a bienes jurídicos cuyo amparo se persigue; es decir, que a tales hechos punibles se les debe aplicar las más rígidas sanciones con el objeto de que produzcan un impacto que se encuentre en consonancia con la magnitud del delito cometido y de los derechos vulnerados ".

“Como se desprende de la lectura anterior, es la importancia de los bienes jurídicos tutelados lo que hace aconsejable el incremento punitivo, pues la vida y la libertad son derechos fundamentales cuyo ataque a de ser severamente sancionado, independientemente de si el homicidio es conexo o no con el secuestro.

“Y precisamente sobre la importancia de los intereses protegidos, bien hizo el legislador al aumentar la pena para el delito de homicidio, pues no sería lógico que el atentado contra la libertad individual resultara devaluado como de mayor gravedad que el dirigido contra la vida, bien supremo sin el cual los demás derechos no tienen significación alguna ".(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación 17-07-98. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

N.V.A. Arts. 103, 104, 168, 169 C.P.

COMENTARIOS

La vida es el derecho fundamental por excelencia, es el supuesto para el ejercicio de las restantes libertades y garantías radicadas en todo ser humano, sin vida se pierde la capacidad para el goce de la libertad, la intimidad, la integridad moral, el patrimonio económico, etc.; en términos un tanto más radicales, podemos afirmar que todos los demás derechos poseen un valor accesorio frente al derecho a la

vida. La existencia del individuo es presupuesto para que pueda ejercer y defender las restantes facultades.

El carácter absoluto y primordial del derecho a la vida es de capital importancia cuando se examinan los bienes jurídicos que merecen protección penal; tal análisis se debe realizar en dos sentidos; en primer lugar, cuando se coloca en peligro o efectivamente se lesiona la existencia de un ser humano, simultánea y coetáneamente se están amenazando o violentando todas sus facultades intrínsecas; en otros términos, el atentado a la vida envuelve afrenta a la libertad, integridad, seguridad, disponibilidad sexual, patrimonio, etc., tanto en relación con la existencia misma del respectivo derecho, como en su aspecto dinámico, de goce y ejercicio; en segundo lugar, y como consecuencia inmediata de lo anterior, desde el punto de vista criminológico, la protección penal del derecho a la vida debe soportar la máxima intensidad, si en un determinado Ordenamiento se quiere elaborar una adecuada jerarquización de todos los órdenes de protección que ingresan a la cobertura penal.

Así, un código penal no sería consecuente con el carácter prevalente y esencial de la vida humana, si otorgara mayor severidad punitiva a las agresiones contra el patrimonio económico –hurto, por ejemplo- o contra la libertad individual –secuestro-, frente a la cegación de la vida –homicidio-. En conclusión, la intensidad, magnitud, severidad y alcance de la protección punitiva del derecho a la vida, marca el límite máximo de control al que el legislador puede llegar en un Ordenamiento jurídico garantista de los derechos humanos.

Con lo anterior no se está predicando un antropocentrismo a ultranza o individualismo en su mayor expresión. Las siguientes precisiones sobrarían de no ser por la presencia y promulgación de corrientes ideológicas totalitarias –que intermitentemente resurgen- con inusitada fuerza, propugnando por la relegación del individuo, pleno de dignidad y de destino, que debería ceder, hasta desaparecer, en aras del bien colectivo, que no es otro que el bien de la organización política y de la ideología que le sirve de fundamento. El razonamiento a este respecto debe ser inverso; en una organización jurídico-política, respetuosa de los derechos humanos, el Estado es tan solo una personificación jurídica, representante de la coasociación, y ésta no es más que la suma de vidas de humanas las

cuales, por consenso, en primer término colocan en manos del Estado su principal y más importante valor o derecho: la propia existencia; si aquel faltara a la obligación de protección, permitiendo que los hombres pudieran eliminarse impunemente, la razón de ser y el fundamento del Estado se pondría en peligro y sin duda dicha organización personificada desaparecería. De esta forma, la vida como valor y derecho individual es presupuesto de la existencia del Estado y, en cuanto bien jurídico protegido penalmente, no es un derecho estrictamente individual, sino que se constituye como primer interés de protección estatal.

Con la privación de la vida se impide entonces a la víctima el ejercicio de los demás derechos y libertades. En el sentido más radical el derecho a la vida es inherente a todos los seres humanos y a cada uno considerado como individualidad, de tal suerte que la protección de este derecho básico y esencial, debe alcanzar la mayor intensidad jurídica, pues, reiteramos, es presupuesto, soporte y fundamento para el ejercicio, goce y aplicación de todos los restantes derechos individuales y colectivos, ya sean de naturaleza económica, social y cultural.

TEMA XII. SECUESTRO. Pago de rescate. Fundamentos constitucionales.

Según el artículo 12 de la Constitución, nadie será sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Pues bien: la ley que prohíbe pagar para salvar la vida y recobrar la libertad de una persona, no somete acaso a esta, a su familia y a sus amigos, a trato cruel, inhumano v degradante?

Será, por desventura, humanitaria la norma que contradice los sentimientos del hombre, y le impide cumplir el deber de socorrer a su prójimo?

Quien paga para obtener la libertad de un secuestrado y salvar su vida, lo hace en cumplimiento de un deber que la Constitución le impone. (Corte Constitucional, Sentencia 442 24-11-93, Magistrado ponente doctor Jorge Arango Mejía)

N.V.C. Art. 12 C.N.

COMENTARIOS

No obstante la enunciación normativa de la justificación penal, el catálogo general de causales de ausencia de responsabilidad, no se puede considerar exhaustivo o limitativo; la juridicidad de la conducta remite a todo el contenido del ordenamiento, entendido como sistema, tan sólo utilizable a manera de instrumento por el derecho penal; por tanto, cualquier acto considerado lícito, desde un punto de vista positivo, por cualquier rama del derecho, civil, comercial, administrativo, etc, produce necesariamente la justificación en el ámbito penal. Los anteriores planteamientos conducen a aceptar la aplicación analógica en materia de justificación penal, dada la claridad del inciso 3^a del nuevo artículo 6^a : “La analogía solo se aplicará en materias permisivas.” Por tanto, la justificante generadora de la juridicidad de la conducta, puede tener su origen en cualquier disposición -ley, decreto o reglamento- de cuya aplicación se pueda concluir la autorización de la conducta típica.

TEMA XIII. SECUESTRO. Sujeto pasivo. Condición mental o física.

No es cierto que en la hipótesis delictiva del delito de secuestro simple (art. 269) la edad, la condición mental o física del sujeto pasivo sea un requisito típico y no es cierto que exista como presunción legal o de derecho un límite de edad o condición mental o física en los términos del Código Civil para la existencia del delito de secuestro”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas, Acta No. 59, 04-10-88, Gaceta Judicial No. 2432, t. CLXXV, p. 376, con salvamento de voto de los doctores Gustavo Gómez Velásquez y Edgar Saavedra Rojas).

N.V.A. Art. 168, 169 C.P.

COMENTARIOS

Sujeto pasivo, "Prima facie" es el titular del bien jurídico vulnerado con la acción -libertad individual-: ser de la especie humana vivo, imputable o inimputable, pues los intereses específicos salvaguardados por el presente tipo -autodeterminación, libertad de locomoción, dignidad- son objeto de protección en si mismos, como determinantes ontológicos de todo ser humano. Así, la conducta se puede perpetrar en contra de enajenado mental, menor recién nacido, ebrio en coma alcohólico, etc., pues aunque dichos sujetos no tienen capacidad de autodeterminación, el bien jurídico de la dignidad se protege "per se", como realidad ontológica intrínseca a todo ser humano.

Secundariamente se ha querido ver a los parientes y allegados del secuestrado como sujetos pasivos de la infracción, dado el estado de constreñimiento y amenaza que padecen durante el periodo de cautiverio; nos inclinamos a pensar que tales sujetos solo pueden asumir la calidad de víctimas o perjudicados, debido a la índole estrictamente personal e individual del derecho vulnerado con la conducta.

Al ser el objeto jurídico elemento de la tipicidad, el consentimiento pleno y válido del sujeto retenido, elimina el atentado contra la libertad individual por ausencia de tipicidad.

La invalidez, la enfermedad -física o síquica-, el estado de gravidez, la minoría de edad y la ancianidad son circunstancias que manifiestan indefensión e inferioridad del sujeto pasivo; su aprovechamiento refleja mayor cobardía en la acción y gran fuerza en la decisión criminosa; tales circunstancias generan por si mismas mayores riesgos para la integridad física o síquica de la víctima.

Las relaciones de parentesco, generan deberes de solidaridad que son palmariamente irrespetados con la ejecución de la conducta, todo lo cual revela mayor insensibilidad moral del delincuente. La afinidad o vínculo familiar se deriva de cualquier forma de matrimonio o unión libre.

TEMA XIV. SECUESTRO. Sujeto pasivo y verbos determinadores.

Cuando el legislador tipifica el delito a través de los verbos rectores “arrebatar”, “sustraer”, “retener” y “ocultar”, alude a víctimas que tienen plena capacidad de autodeterminación y de locomoción y es evidente que no puede predicarse de los incapaces absolutos o relativos”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas, Acta No. 59, 04-10-88, Gaceta Judicial No. 2432, t. CLXXV, p. 376, con salvamento de voto de los doctores Gustavo Gómez Velásquez y Edgar Saavedra Rojas).

N.V.A. Arts. 168, 169 C.P.

TEMA XV. SECUESTRO. Tipo objetivo y subjetivo.

Cuando las normas contienen expresiones afines tales como “perseguir objetivos”, o “con el propósito”, o “para”, o “con fines”, que corresponden a predicados de verbos rectores y denotan sólo finalidad y no necesariamente otra conducta concreta o realizada, con razón dice la dogmática jurídico-penal que tales manifestaciones se identifican como elementos subjetivos del tipo de secuestro extorsivo, distintos del dolo, que como tales no exigen su cristalización para que sea completa la tipicidad del delito. Desde luego que la adecuación típica del hecho punible de secuestro extorsivo sí exige un comportamiento externo y central de “arrebatar”, “sustraer”, “retener” u “ocultar” a una persona, pero no es necesario que se haya concretado, verbigracia, una exigencia económica, pues basta que el sujeto haya privado de la libertad a la víctima asistido de dicho propósito”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. HERMAN GALÁN CASTELLANOS, Sentencia de Casación, 26-11-01, Acta N° 169 (01-11-01), Expediente N°14685)

N.V.A. Arts. 10, 21, 22, 168, 169 C.P.

COMENTARIOS

El aspecto finalista, tipo subjetivo, de los delitos dolosos requiere en la mayoría de los casos únicamente el dolo en cuanto conocimiento de todos los presupuestos del tipo objetivo y la voluntad de su realización. En algunas oportunidades especiales para conformar el tipo subjetivo, se exige la presencia de adicionales elementos, que

denominamos complementos subjetivos del tipo, por precisamente adicionar o complementar la tipicidad en su faz subjetiva.

La incorporación del elemento finalístico dentro del concepto genérico de delito fue intuita por la escuela clásica; así CABRARA con un simple ejemplo lo enuncia de manera sugestiva : “el mismo hecho de derribar un árbol, con el resultado idéntico de echarlo a tierra, puede constituir ora el título de daño, ora el de hurto, ya el ejercicio arbitrario de pretendidos derechos propios, ya el de turbar la posesión, según el diverso fin del agente”. (CARRARA, Francesco, Programa, vol. I, p. 199.)

Fue la doctrina causalista –MEZGER- la que denominó a estos componentes del tipo de injusto como “elementos subjetivos de lo injusto”, comprendiéndolos como verdaderas excepciones a la conformación causal-objetiva de la acción. La crítica finalista encontró precisamente que la presencia de tales elementos en el tipo confirmaban que el tipo comprendía innegables aspectos subjetivos.

BELING por su parte, deslindió de manera estricta los conceptos de delito-tipo o tipo penal y delito o figura delictiva, esta comprendería de manera esencial el aspecto subjetivo (dolo, culpa y preterintención) mientras que aquel solo considera el hecho externo, objetivo y normativo, sin referencia a la multiplicidad de aspectos subjetivos que se puedan analizar en el despliegue comportamental del agente. Acepta la presencia de los elementos subjetivos por el hecho de que las normas penales contienen expresiones o palabras que denotan tanto aspectos objetivos como subjetivos de la conducta, en tales eventos pregona, como tarea para los juristas, encontrar expresiones simples que designaran el regulador común para los momentos objetivos y subjetivos del delito. (Cit. en REYES ECHANDÍA, Alfonso, Tipicidad, p. 98).

Pero los que denominamos como complementos subjetivos son conceptual y materialmente diversos del dolo, en cuanto expresan especiales tendencias, motivos o finalidades exigidos por el legislador en la contrucción, constitución y adecuación típica del comportamiento; así por ejemplo, el ánimo de aprovechamiento exigido para el delito de utilización indebida de información privilegiada (Art. 258 C.P.) o el fin de suspender o paralizar el

trabajo comprendido en el delito de sabotaje (Art 199 C.P.). Sin la presencia de tales complementos subjetivos no se conformará integralmente el tipo subjetivo, con lo que el juicio de tipicidad se frustrará.

Se llaman complementos subjetivos, aquellas expresiones que indican una determinada y específica finalidad que debe guiar al sujeto activo en la realización de la conducta típica, sin la presencia de dicha finalidad la conducta será irrelevante o se adecuará a otro tipo penal.

Los tipos con complemento subjetivo exigen "un determinado objetivo o estado de conciencia, voluntad o afectividad del autor". Son los llamados por la doctrina normativista causalista "elementos típicos subjetivos".

El complemento subjetivo puede encontrarse en la descripción de manera expresa o inferirse del propio contenido típico. Es un elemento esencialmente finalístico y siempre estará presente en aquellos tipos en los que el objetivo o propósito del agente se incluye en la determinación de la tipicidad del hecho.

TEMA XVI. SECUESTRO EXTORSIVO. Coautoría y complicidad.

Secuestro extorsivo. “Cree erróneamente el casacionista que quien no interviene en la sustracción del plagiado sino que cumple la labor de retenerlo, apenas es cómplice del reato, frente a lo acertadamente considerado por el Tribunal, el que siguiendo la doctrina de esta Sala, afirmó:

“El delito de secuestro es de carácter permanente porque su comisión se prolonga desde cuando una persona es privada de la libertad hasta el instante en que la recobra de manera que son autores de este ilícito no sólo quienes participan en el acto de la aprehensión sino todas las personas que cumplen con cualquiera de las formas de actuar a que apuntan los verbos rectores. Este atentado contra la libertad de locomoción se tipifica cuando se arrebatada, sustrae, retiene u oculta a una persona y como tipo de conducta alternativa que es, permite afirmar su comisión respecto de la persona que realiza uno, algunos o

todos los comportamientos indicados.”. (Sentencia, de febrero 28 de 1995)” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. JORGE E. CÓRDOBA POVEDA, Sentencia de Casación, 07/12/00, Acta N^o.206, Expediente N^o)

N.V.A. Art. 29, 30, 169 C.P.

COMENTARIOS

Un tercer criterio diferenciador que tiene como fuente la escuela finalista, es el denominado “dominio del acto”, concepción cada vez más aceptada, como uno de los aportes válidos de dicha escuela.

De acuerdo con esta concepción, será catalogado como autor quien posea el dominio de la realización delictual, es decir la capacidad de decisión respecto de la ejecución o inejecución material del delito. El criterio del dominio del hecho es herramienta útil para el manejo de la autoría mediata y para alcanzar una acertada distinción conceptual entre la coautoría y la complicidad.

No obstante también, por sí mismo, resulta insuficiente frente a los delitos culposos y de comisión por omisión, en los cuales la determinación de la autoría recurre a elementos complementarios tales como la infracción al deber de cuidado y las posiciones de garantía; en especial frente al delito imprudente, que como es sabido solo admite la autoría, el dominio del hecho se deriva de los criterios de causalidad, entre ellos la imputación objetiva, como determinantes de la producción del resultado.

La figura se presentará cuando la ejecución de un hecho típico es realizada, material y directamente por varios sujetos en acuerdo, sea que todos desarrollen integra y conjuntamente la acción descrita o que la realicen con división de trabajo. El concepto ha quedado plasmado positivamente en el inciso 2^a del artículo 29 C.P.

Se distingue entre coautoría propia e impropia, según cada uno de los varios actores realice en forma simultánea o sucesiva, aunque conjunta, la conducta típica.

La coautoría no puede restringirse exclusivamente a la llamada coejecución material, va mas allá, pues en frecuentes hipótesis la división de trabajo o “reparto de funciones” entre los intervinientes,

alguno o algunos de ellos ni siquiera se encuentran presentes en el momento de la consumación y, sin embargo, se debe predicar coautoría, con todos sus efectos en el campo de la punibilidad; el criterio del “dominio del acto” soporta la anterior conclusión, pues en la coautoría dicho dominio lo posee un número plural de sujetos, quienes en forma mancomunada ejercen diversos roles en determinación funcional, asumiendo cada uno de ellos la responsabilidad de la realización delictual final, vista como un todo.

El acuerdo común de que habla el inciso 2º artículo 29 C.P., que puede ser antecedente o concomitante con la acción, no es elemento único para que por el simple pacto se predique automáticamente la coautoría, es necesaria además la intervención para la realización del delito, más no necesariamente en su ejecución material, dicho aporte debe mirarse como una parte, más o menos importante, de toda la traza fáctica del actuar codeictivo.

La nueva norma exige la valoración de la intervención, en orden a la determinación de la coautoría, en tal virtud se precisa que la cooperación ha de ser necesaria o esencial; en cuanto sin ella puede concluirse que no se hubiera podido realizar el delito.

La índole del aporte debe ser tal intensidad para que pueda inferirse que el sujeto domina plenamente el hecho, aunque bien puede no ejecutarlo materialmente. Bajo el anterior criterio, quedan inmersos en la coautoría los jefes, directivos y organizadores, cuyo actuar se constituye en parte importante de la realización delictiva, a tal punto que pueda predicarse que sin el cabal desempeño de su rol o función, la empresa criminal no hubiera podido tener culminación.

TEMA XVII. SECUESTRO EXTORSIVO. Complemento subjetivo. Delito de tendencia.

Ahora bien, desde una perspectiva de interpretación jurídica del tipo de secuestro extorsivo, previsto en el artículo 268 del C.P. (modificado por el artículo 1 de la ley 40 de 1993), cabe decir que el mismo consagra un ingrediente subjetivo o ánimo especial caracterizado por las expresiones “propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político. Los vocablos “propósito” y “fines”, así como la preposición “para”, aunque tengan como referente algo valorativo como es el “provecho” o “utilidad, siempre denotan una

finalidad o tendencia del ánimo del sujeto activo, de tal manera que basta dicha inclinación utilitaria para la concreción del tipo, sin que sea menester su realización material, lo cual denota que se está en presencia de un ingrediente subjetivo de la tipicidad.

No es de novedosa la inquietud relacionada con la comprensión tácita de que el provecho o la utilidad pretendidos por el sujeto, conforme con el tipo de secuestro extorsivo, han de ser " ilícitos ". porque, si llegaren a ser " ilícitos ", se trataría de " propósitos distintos a los previstos en la norma antes señalada y, conforme con el artículo 2 de la ley 40 de 1993, daría lugar a un delito de secuestro simple y no extorsivo. Otros, en actitud aún más radical (como la del demandante), llegan a sostener que, ante tal eventualidad, se trataría de un delito de constreñimiento ilegal (art. 276 C.P.).

Si por vía de hipótesis se llegare a entender que el fin, provecho o utilidad son " ilícitos ", porque uno de los autores del secuestro trataba de cobrar una acreencia a la víctima, ello no alcanzaría a desvertebrar el tipo penal de secuestro extorsivo, dado que con razón el precepto se refiere a " cualquier utilidad " pues la anteposición del adjetivo " cualquier " al sustantivo " utilidad ", significa que es indiferente el género, la entidad o el valor del beneficio, que puede llegar a ser debido o indebido, en vista de que el rigor de la pena del secuestro extorsivo radica en la jerarquización, la equiparación social y el especial cuidado de bienes jurídicos fundamentales como los de la libertad y la vida, dispuesta en el ordenamiento jurídico - penal, particularmente en la ley 40 de 1993.

Ante el claro texto de la ley 40, ningún móvil, así sea político o por más noble que aparezca la concepción de un individuo respecto del rumbo de la sociedad, puede servir de pretexto para justificar la conducta de arrebatar, sustraer o retener a una persona, tampoco para degradar la imputación por secuestro extorsivo.

Sin embargo, desde el punto de vista político-criminal y teleológico, lo más determinante es que el fin pretendido no puede calificarse de " lícito " por su valoración aislada consistente en que solo se persigue cobrar una obligación a cargo de la víctima, sin sujeción al ámbito de relación y protección que representa el tipo penal del secuestro extorsivo, pues, de tal manera surge la necesidad de tutela de la

libertad y de la vida, que la racionalidad de los objetivos sociales perseguidos en el Derecho, como en la política, indica que el fin no justifica los medios. Así, por más patente que sea la obligación o la deuda a cargo de la víctima, el cobro de la misma como fin se deslegitima completamente cuando se acude al oprobioso medio de la privación de la libertad de movimiento del deudor, la cual siempre será arbitraria de una persona natural a otra, salvo situación notoriamente distinta que es la captura como resultado de una orden de autoridad judicial competente y por motivos previamente definidos en la ley (Const. Pol. Art. 28)". (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO, Sentencia de Casación, 25/05/00, Acta N°. 087, Expediente N° 12904)

N.V.A. Arts. 168, 169 C.P.

COMENTARIOS

No es posible incluir el complemento subjetivo dentro de la teoría de la culpabilidad; aquel es una formal referencia al propósito del agente, mientras que esta estudia integralmente la reprobabilidad de la conducta; de tal suerte que el juicio de tipicidad es previo al examen jurídico-valorativo de la conducta.

En el tipo de hurto (art. 239 C.P.), se observa la necesaria exigencia de que la acción se desarrolle con el propósito de obtener provecho para sí o para otro; pues bien, la acción puede ser desarrollada dentro de hipótesis de error en la prohibición o caso fortuito, por ejemplo, el bien mueble ajeno ha sido objeto de apoderamiento por parte del agente y este presentó la finalidad exigida en la norma, por tanto hay plena tipicidad de la acción, tanmto por el aspecto objetivo como subjetivo, pero ella no presentará la nota de culpabilidad por haberse realizado en una circunstancia de no exigibilidad del comportamiento, ante lo cual estaremos frente a un hecho típico pero realizado dentro de una causal de inculpabilidad.

Si un comportamiento humano en sí mismo considerado -objetiva y formalmente- no atenta ni lesiona alguno de los bienes jurídicos considerados por el legislador como dignos de tutela, pero si a tal comportamiento se une una especial finalidad propuesta por el agente, que automáticamente genera su ilicitud por corresponder al

fundamento de incriminación seleccionado, se observa con claridad la necesidad técnica y de política legislativa de incorporar, a la respectiva descripción, tal referencia de carácter subjetivo o interno del agente, todo lo cual ha de realizarse en el propio ámbito de la tipicidad.

En otros términos, la presencia de los complementos subjetivos se justifica dogmáticamente, cuando para proyectar la ilicitud del comportamiento no basta con la descripción simple de un acto externo, sino que tal proyección surge si el comportamiento objetivo formal que se ha pretendido normatizar, presenta en el orden subjetivo una finalidad antecedente o por lo menos concomitante, radicada en cabeza del agente.

Ya hemos anunciado que la identificación del elemento subjetivo depende de la tipicidad o atipicidad que genere su presencia ontológicamente considerada, si eliminado el complemento, la acción pasa a ser atípica o adecuable a tipo penal diverso, lo hemos determinado correctamente y podemos proceder a darle todo su valor y significación dogmáticos; por oposición, siempre hemos de excluir de la categoría, las antitécnicas referencias al dolo o a sus momentos cognoscitivo o volitivo, las cuales determinaremos si pese a su eliminación, la acción presenta idéntica tipicidad, vale decir no se torna atípica, adecuable a tipo penal diverso o sencillamente lícita o irrelevante penalmente. Así, la expresión “a sabiendas”, socorrida frecuentemente en legislaciones derogadas, el conocimiento exigido para un tipo penal determinado, no se refiere, ni enmarca la acción tipificada, condicionándola o calificándola, sino que tales referencias serían, en sentido estricto, directas al momento cognoscitivo del dolo.

En resumen, cuando el legislador menciona la finalidad que debe guiar a agente, tendremos un elemento de la tipicidad si eliminada la expresión, la conducta deja de ser delito o pasa a constituir otra conducta típica. Si se elimina la finalidad y la conducta continua presentando idéntica tipicidad, la expresión no será ingrediente subjetivo sino una repetición del dolo hecha con ánimo aclaratorio o por deficiencia en el técnica legislativa.

TEMA XVIII. SECUESTRO EXTORSIVO. Complemento subjetivo. Hipótesis.

“Si por vía de hipótesis se llegare a entender que el fin, provecho o utilidad son «lícitos», porque uno de los autores del secuestro trataba de cobrar una acreencia a la víctima, ello no alcanzaría a desvertebrar el tipo penal de secuestro extorsivo, dado que con razón el precepto se refiere a «cualquier utilidad», pues, la anteposición del adjetivo «cualquier» al sustantivo «utilidad», significa que es indiferente el género, la entidad o el valor del beneficio, que puede llegar a ser debido o indebido, en vista de que el rigor de la pena del secuestro extorsivo radica en la jerarquización, la equiparación social y el especial cuidado de bienes jurídicos fundamentales como los de la libertad y la vida (...).

“Ante el claro texto (...), ningún móvil, así sea político o por más noble que aparezca la concepción de un individuo respecto del rumbo de la sociedad, puede servir de pretexto para justificar la conducta de arrebatar, sustraer o retener a una persona, tampoco para degradar la imputación por secuestro extorsivo.

“Sin embargo, desde el punto de vista político-criminal y teleológico, lo más determinante es que el fin pretendido no puede calificarse de «lícito» o «ilícito» por su valoración aislada consistente en que sólo se persigue cobrar una obligación a cargo de la víctima, sin sujeción al ámbito de relación y protección que representa el tipo penal de secuestro extorsivo, pues, de tal manera surge la necesidad de tutela de la libertad y de la vida, que la racionalidad de los objetivos sociales perseguidos en el Derecho, como en la política, indica que el fin no justifica los medios. Así, por más patente que sea la obligación o la deuda a cargo de la víctima, el cobro de la misma como fin se deslegitima completamente cuando se acude al oprobioso medio de la privación de la libertad de movimiento del deudor, la cual siempre será arbitraria de una persona natural a otra, salvo situación notoriamente distinta que es la captura como resultado de una orden de autoridad judicial competente y por motivos previamente definidos en la ley (Const. Pol., art. 28). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 13-03-03, Magistrado ponente: Dr. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE)

N.V.C. Art. 28 C.N.

N.V.A. Art. 169 C.P

TEMA XIX. SECUESTRO EXTORSIVO. Delito complejo. Homicidio.

No puede pretenderse, que haciendo servir el homicidio a los fines del delito complejo, la variación legislativa haga desaparecer por completo esta actividad delictuosa. Subsiste su consideración bien como concurso o como delito complejo, dependiendo una y otra alternativa del influjo que tenga en su aspecto punitivo el principio de favorabilidad.". (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente Dr. Gustavo Gómez Velásquez ,Acta No.25,14-03-85,Gaceta Judicial No.2420, t. CLXXXI, p.130).

N.V.A. Arts. 103, 168, 169 C.P.

COMENTARIOS

Complemento subjetivo. El agente debe proponer alguna de las siguientes finalidades específicas para que surja la tipicidad del hecho:

Exigir por la liberación del sujeto pasivo provecho o cualquier utilidad: el agente persigue como fin de su acción, un beneficio que ha de determinarse en el proceso de adecuación típica; tal provecho puede ser de carácter económico, político, publicitario, judicial, etc.; obviamente para la tipicidad del hecho no se requiere la obtención efectiva de la finalidad propuesta.

Que se haga u omita algo: complemento subjetivo, previsto con afán amplificador del legislador, comprende todas las posibles finalidades antijurídicas que pueden guiar la acción.

Con fines publicitarios de carácter político: se especifica el complemento genérico incluido ya en las dos anteriores expresiones, aclarando que la finalidad puede ser dar propagada o difusión a un determinado partido, grupo o ideología política.

El artículo 268 inc. 2º C.P. de 1980 prescindía de los complementos subjetivos explicados, cuando la acción típica recaía sobre una personalidad de reconocida notoriedad en influencia política, aspecto introducido por la Ley 40 de 1993, que pretendía comprender todas las posibles finalidades propuestas frente a los estamentos más prestantes de la sociedad. No obstante la expresión era equívoca, pues exige valoración subjetiva de conceptos sociológicos que deben ser ajenos a las descripciones típicas, dado nuestro sistema penal dogmático; por las anteriores consideraciones el Código de 2000 suprimió tan eterea disposición.

TEMA XX. SECUESTRO EXTORSIVO Y SECUESTRO SIMPLE. Circunstancias de agravación.

La Ley ha señalado circunstancias específicas de agravación punitiva que son predicables tanto del secuestro extorsivo como del simple. Idéntico tratamiento reciben otros tipos penales, como por ejemplo el hurto, donde el artículo 351 del C. P. consagra circunstancias de agravación que son comunes al hurto simple y al calificado. En su sentido natural, obvio y de lógica jurídica, la letra "O" debe entenderse como una conjunción disyuntiva que diferencia y separa los dos conceptos del secuestro extorsivo y el del secuestro simple agravado por cualquiera de los motivos de que trata el artículo (...) (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas, Acta No 22, 03-03-94, Gaceta Judicial No 2469, t. CCXXX, p. 602).

N.V.A. Arts. 168, 169, 170 C.P.

TEMA XXI. SECUESTRO EXTORSIVO Y SECUESTRO SIMPLE. Diferenciación.

Basta en el secuestro extorsivo el ánimo de obtener utilidad y en el secuestro simple, por exclusión, un propósito distinto, sin que se contemple referencia alguna a la ilicitud de la exigencia. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia, Acta No. 77, 30-10-91, t. CCXI, p. 477).

N.V.A. Arts. 168, 169 C.P.

COMENTARIOS

Complemento subjetivo. En el llamado secuestro simpl, se amplía en forma ilimitada la comprensión de la conducta para abarcar todas las privaciones antijurídicas de la libertad, cualquiera que sea el fin perseguido por el agente. La conducta se adecuará a esta descripción cuando el fin propuesto sea diferente a los enunciados para el secuestro extorsivo y como lo advertimos oportunamente, para el delito de desaparición forzada.

TEMA XXII. SECUESTRO SIMPLE Y EXTORSIVO.

Diferencia. ¿Cuál es la diferencia principal entre uno y otro delito? La diferencia se encuentra en el elemento subjetivo, es decir, la finalidad del agente. En efecto, en el secuestro extorsivo, el sujeto activo tiene el propósito de exigir algo por la libertad de la víctima. En el secuestro simple, basta que se prive de la libertad a una persona para que se configure el delito. Y esta diferencia es la que ha hecho que el legislador imponga el delito de secuestro simple una pena sustancialmente menor que la señalada para el secuestro extorsivo. (Corte Constitucional, Sentencia C-599, 20-11-97, Magistrado ponente doctor Jorge Arango Mejía).

N.V.A. Arts. 168, 169 C.P.

TEMA XXIII. SECUESTRO SIMPLE Y EXTORSIVO.

Presupuesto. Objetivo. Medios de comisión.

Por consiguiente, el elemento objetivo común que comparten las dos modalidades de secuestro, consiste en que el hecho punible radica en la privación de la libertad de una o de varias personas, utilizando, para ello, la violencia o el engaño, en una cualquiera de las formas que describen los artículos: arrebatar, sustraer, retener u ocultar.

Para la comisión del delito de secuestro, la forma como éste suceda es indiferente. En efecto, puede ser mediante amenazas, fraude o violencia; puede consistir en sujetar físicamente a la víctima, con esposas, mordazas, cadenas, etc. Lo que importa es el resultado, es decir, que la víctima pierda físicamente la capacidad de moverse de acuerdo con su voluntad. Este punto es importante para distinguir el secuestro de otros delitos contra la autonomía personal, consagrados

en los artículos 276 y siguientes del Código Penal. (Corte Constitucional, Sentencia C-599, 20-11-97, Magistrado ponente doctor Jorge Arango Mejía).

N.V.A. Arts. 168, 169 C.P.

COMENTARIOS

Son tipos con descripción simple los que presentan la conducta en forma escueta, sin complementos que la determinen o especifiquen, caso del homicidio (art. 323 C.P.), "el que matare a otro", caso en el que se observa una descripción carente en absoluto de ingredientes descriptivos, subjetivos o normativos, sin reiteración de los elementos antijuridicidad o culpabilidad, lo cual lo propone como paradigma de lo que ha de ser una redacción técnica y sistemática de los preceptos penales.

Son tipos con descripción compleja los que presentan complementos que aclaran o determinan el comportamiento que ha de realizar el agente por ejemplo, "por medio de violencia", los medios utilizados para la realización del hecho han de ser la violencia, física o moral contra las personas, la violencia material sobre las cosas, o la maniobra engañosa que es una especie de violencia moral. La expresión "dentro de los ocho días siguientes al nacimiento". la conducta se ha de realizar durante el nacimiento, es decir, desde el momento en que comienza las primeras manifestaciones del parto -dolores intrauterinos prenatales fijados doctrinalmente como el comienzo de la vida autónoma, o dentro de los ocho días siguientes al desprendimiento de la criatura de la cavidad uterina.

Los tipos con descripción compleja pueden presentar complementos descriptivos o subjetivos de la conducta, o referir esta a especiales valoraciones normativas (ingredientes normativos), estos últimos se estudian como elementos especiales del tipo que pueden hacer referencia a los sujetos, a los objetos o a la conducta.

TEMA XXIV. SECUESTRO Y CONSTREÑIMIENTO ILEGAL.

Diferenciación. No es posible entonces el desplazamiento del juicio de tipicidad desde el secuestro extorsivo hacia el secuestro simple. Mucho menos puede hacerse el traslado conceptual del primero al

constreñimiento ilegal (art. 276 C.P.). pues los dos tipos penales tienen en común el elemento subjetivo especial consistente en que el sujeto activo con su conducta se propone que la víctima u otro " haga u omita algo " de su interés, pero se diferencian significativamente en los verbos rectores, pues, desde el punto de vista jurídico, " constreñir " ciertamente significa una limitación en la libertad de actuar, pero nunca puede alcanzar tal intensidad que comporte una supresión de la libertad ambulatoria, dado que en tal caso se configuraría el secuestro extorsivo por " arrebatamiento ", " sustracción ", " retención " u " ocultación " de la persona. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU, Sentencia de Casación, 25/05/00, Acta N°. 087, Expediente N° 12904)

N.V.A. Arts. 168, 169, 182 C.P.

COMENTARIOS

El tipo de secuestro esencialmente cualifica o determina, de manera expresa, la concreción del constreñimiento y la conducta posterior del sujeto pasivo; el primero se especifica como el arrebatarse, sustraer, retener u ocultar a una persona; el segundo implícitamente está contenido en la tolerancia de la privación de la libertad; el propósito o complemento subjetivo del tipo es la obtención a cambio de la libertad de un provecho o beneficio. Los tres mencionados aspectos se encuentran cualificados en el secuestro en relación con su descripción indeterminada observable en la extorsión.

La finalidad específica presente en la extorsión es la obtención de un provecho ilícito en afectación directa y prevalente de intereses económicos del sujeto pasivo; esta finalidad es ampliada en el secuestro extorsivo a "que se haga u omita algo o a la finalidad publicitaria o política y, generalizada en el secuestro simple a cualquier género de objetivos diversos. El complemento subjetivo del secuestro es el exigir por la libertad del sujeto pasivo un provecho (art. 168 C.P.) o cualquier otra finalidad (art. 169 C.P.), mientras que en la extorsión tal complemento o finalidad propuesta es "el obtener provecho ilícito para sí o para un tercero".

TEMA XXV. SECUESTRO Y CONSTREÑIMIENTO ILEGAL. Diferenciación estructural.

“No es posible entonces el desplazamiento del juicio de tipicidad desde el secuestro extorsivo hacia el secuestro simple. Mucho menos puede hacerse el traslado conceptual del primero al constreñimiento ilegal (art. 276 C. P.), pues los dos tipos penales tienen en común el elemento subjetivo especial consistente en que el sujeto activo con su conducta se propone que la víctima u otro «haga u omita algo» de su interés, pero se diferencian significativamente en los verbos rectores, pues, desde el punto de vista jurídico, «constreñir» ciertamente significa una limitación en la libertad de actuar, pero nunca puede alcanzar tal intensidad que comporte una supresión de la libertad ambulatoria, dado que en tal caso se configuraría el secuestro extorsivo por «arrebato», «sustracción», «retención» u «ocultación» de la persona.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 13-03-03, Magistrado ponente: Dr. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE)

N.V.A. Arts. 168, 169, 182 C.P.

TEMA XXVI. SECUESTRO Y EXTORSIÓN. Bienes jurídicos.

Mediante el secuestro se atenta contra la libertad individual (siendo indiferente para su consumación el daño a otro bien jurídico), mientras que el delito de extorsión ataca primordialmente el patrimonio económico. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz, Acta No. 02, 17-01-89, Gaceta Judicial No. 2438, t. CXCIX, p. 5).

N.V.A. Arts. 168, 169, 244 C. P.

TEMA XXVII. SECUESTRO Y EXTORSIÓN. Bienes jurídicos. Relación instrumental, temática y axiológica.

Por los bienes jurídicos protegidos, también existe una relación instrumental estrecha entre la extorsión y el secuestro. En efecto, en numerosas oportunidades las extorsiones se efectúan por medio de amenazas de secuestro de parte de los delincuentes, o los secuestros

son en sí mismos extorsivos, por lo cual, como ya lo había señalado esta Corporación, en muchas ocasiones quienes "cometen el delito de extorsión, son miembros de las mismas organizaciones criminales dedicadas al secuestro. La extorsión es una de las actividades delictuosas complementarias del secuestro" (Sentencia C-213/94. MP. Jorge Arango Mejía).

En ese orden de ideas, existe un vínculo axiológico, temático e instrumental muy estrecho entre estos tipos penales, por lo cual la Corte, reiterando los criterios adelantados en anteriores decisiones (ver sentencias C-069/94 y C-213/94), no encuentra ninguna objeción a que se penalicen conductas relacionadas con la extorsión en un estatuto que busca primariamente prevenir y sancionar eficazmente el delito de secuestro, por lo cual esta Corporación considera que no se violó la regla de la unidad de materia de todo proyecto (C.P. art. 158). Es más, una revisión de los antecedentes legislativos de la Ley 40 de 1993 muestra que la finalidad esencial de ese estatuto normativo es la de combatir el secuestro extorsivo, esto es, la privación de la libertad como medio para efectuar una extorsión, lo cual muestra el estrecho vínculo de la expresión acusada con el tema mismo de la ley. (Corte Constitucional, Sentencia C-248, 27-06-96, Magistrado ponente doctor Alejandro Martínez Caballero)

N.V.A. Arts. 168, 169, 244 C.P.

TEMA XXVIII. SECUESTRO Y EXTORSIÓN. Vínculos axiológicos.

La Corte no comparte ese argumento por cuando considera que existe - como bien lo señalan la Vista Fiscal y el ciudadano interviniente- un vínculo axiológico muy estrecho entre las conductas extorsivas y el secuestro pues, aun cuando estos tipos se encuentran en distintos capítulos y títulos del Código Penal, ambos delitos atentan potencialmente contra los mismos bienes jurídicos, esto es, contra la libertad personal y el patrimonio económico. En efecto, en muchas ocasiones el secuestro -que es primariamente un delito contra la libertad- se efectúa para obtener un provecho económico, mientras que la extorsión -que primariamente afecta el patrimonio- se lleva a cabo mediante el constreñimiento, esto es, por medio de la imposición de una conducta al sujeto pasivo del delito. La extorsión afecta

entonces no sólo el patrimonio sino también la libertad de la persona, tal y como lo ha señalado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando indicó que "la extorsión es un delito pluriofensivo, ya que menoscaba principalmente dos bienes jurídicos, la libertad de autodeterminación y el patrimonio económico" (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de abril de 1986. M.P. Lizandro Martínez Z. en Gaceta Judicial No. 2424, p. 89). Es más, a nivel de la dogmática penal, se considera que la única diferencia específica entre la extorsión y el constreñimiento ilegal - clásico delito contra la libertad personal y la autonomía individual- es la búsqueda de obtención de provecho económico, a tal punto que la extorsión puede ser definida como un constreñimiento ilegal con finalidad económica. (Corte Constitucional, Sentencia C-248, 27-06-96, Magistrado ponente doctor Alejandro Martínez Caballero)

N.V.A. Arts. 168, 169, 244 C.P.

COMENTARIOS

A propósito de las anteriores providencias examinemos la composición estructural del delito de extorsión. El verbo determinador es simple: constreñir. Expresión que como ya lo advertimos lleva implícita la violencia sea física o moral, y significa compeler o determinar a otro a realizar alguno de los comportamientos planteados hipotéticamente en la norma.

En sentido gramatical es obligar o compeler, precisar con la fuerza a algo. La comprensión jurídico penal del verbo coincide con su significado lato gramatical.

El constreñimiento no es una situación psicológica de la víctima o del sujeto pasivo, pues con tal comprensión estaremos confundiendo la acción típica que necesariamente debe desplegar el agente con su efecto (11); las acciones de constreñimiento determinan a la víctima a actuar, su estado síquico será el miedo o el temor, aspecto efectual y no perteneciente al hecho realizado.

Como lo hemos advertido ya en varias oportunidades el constreñimiento incorpora la violencia y ésta a su vez puede ser física o moral. La primera es energía muscular o material ejercida contra

la persona y que en orden al presente tipo produce anulación de su autonomía con efectos corporales relativos frente a su integridad personal.

A su turno la violencia moral se concretará en la amenaza o intimidación, dirigida hacia la persona pero que se manifiesta hipotéticamente frente a ella o a las cosas.

La doctrina también distingue entre el constreñimiento directo y el indirecto, el primero se verifica cuando por ejemplo se amenaza con un arma, bajo la manifestación de utilizarla si no se hace o se omite lo que se exige; y será indirecto el anuncio de un mal futuro potencialmente real y fundado.

Otro aspecto desmembrado de los anteriores planteamientos es la idoneidad del constreñimiento, la cual se concreta en su eficacia para conculcar la voluntad de la víctima, teniendo en cuenta consideraciones medias del comportamiento humano, lo cual debe ser relacionado con sus circunstancias concretas tales como edad, condiciones personales, nivel cultural y hasta la propia situación económica.

Una segunda característica del acto de constreñimiento realizado es que sea grave, sin interesar que sea justo o injusto, con lo cual una amenaza corriente, superable o supérflua no debe reunir esta característica.

Finalmente bástenos las siguientes enseñanzas del profesor Luis Carlos PEREZ, citando a SOLER, para culminar la caracterización de la acción de constreñimiento a efectos de la configuración del tipo de extorsión: "La intimidación es posible asimismo mediante la amenaza de realizar ciertos actos lícitos, como el de desaprobar ruidosamente un espectáculo, o aun obligatorio, como el de denunciar un delito. Lo que torna ilícito y extorsivo el hecho, observa SEBASTIÁN SOLER, es que con la amenaza de realizar ese acto, que puede ser una finalidad jurídica, se persigue un beneficio al cual no se tiene ningún derecho. Cualquiera puede denunciar un hecho. Pero no es lícito recibir dinero por la abstención, salvo que la exigencia misma esté justificada, como en el caso de una víctima de una estafa que exige la reparación. Cualquiera puede manifestar su

desaprobación en un teatro, pero no es lícito exigir un precio por el silencio".

De acuerdo con la expresión legal vigente, la acción de constreñimiento se realiza con la finalidad de que el sujeto pasivo o la víctima haga, tolere u omita algo y dicho objetivo debe alcanzarse.

Hacer es acción positiva que se concreta en un hecho material objetivo, como puede ser entregar, evitar, recibir, depositar, firmar, autenticar, etc. El hacer presenta como consecuencia ciertas manifestaciones objetivas, implica movimiento del sujeto pasivo que puede tener simples reflejos musculares o corporales o verdaderos cambios o efectos de orden naturalístico; como es sabido tales aspectos facilitan la prueba de la acción positiva.

La acción no es un procedimiento "ciego", sino un factor causal "inteligente" que se domina y dirige a un fin pretendido por el sujeto actuante.

El concepto de acción debe surgir de la realidad óptica en que se realiza, y no de movimientos naturales mecánicos.

El concepto de acción humana debe ser analizado con base en criterios de valor que incluyan el elemento finalista, y no se le puede definir como "movimiento muscular voluntario".

"Solo quien obra por fines conscientes cumple una acción en el verdadero sentido de la palabra".

La conducta en la ciencia penal se define como el comportamiento humano voluntario y conciente dirigido a la obtención de un resultado. La conducta humana siempre se dirige a un objetivo o finalidad que le da unidad e identidad: Una determinada conducta puede tener varios actos exteriores pero es una por el fin propuesto por el sujeto agente.

Tolerar es conducta negativa que se concreta en permitir pasivamente algo contra la propia voluntad. Consideramos que este verbo no es tautológico o sinonímico en la descripción; pues tiene algunas connotaciones particulares; tolerar es aceptar con

consentimiento viciado, contra la propia voluntad, se acepta o permite algo que no se piensa como correcto o justo o simplemente que no se desea.

Omitir es acción negativa, no entregar, no evitar, no pagar, no retirar, por ejemplo. En criterio unitario se afirma que la expresión comportamiento humano engloba los conceptos de acción u omisión; en los tipos que como el presente comprenden acciones de omisión no se tiene una acción, sino un comportamiento; en ellos puede no presentarse acción externa entendida como movimiento muscular, pero si se presenta un comportamiento que el derecho penal valora poniéndolo en relación con el mandato legal; este comportamiento se entiende como actitud frente al conjunto de fenómenos que rodean al agente.

Para fundamentar la omisión también se ha expuesto el criterio de la realidad ontológica según el cual ella sería una realidad susceptible de percepción sensorial. Tanto al hacer como el no hacer son datos de la naturaleza; preexistiría en el mundo natural a la valoración jurídica y a cualquier descripción normativa. "La constatación del non facere es observación de un dato de la naturaleza, tanto como lo es la constatación de un facere." Para que la omisión exista en la realidad es necesario el vínculo de causalidad entre esta y el evento ha producir.

También se cita el criterio fundamentador de la omisión por comisión, de acuerdo con él la omisión tiene existencia real en virtud de la acción positiva que el sujeto realiza, en sustitución de aquella a la que estaba obligado. La omisión no es una nada ya que el hombre siempre está en actividad, de él no se puede predicar la inercia total, si no hace la acción debida, ha de hacer otra necesariamente, este es el aspecto positivo de la omisión que siempre tiene reflejo exterior.

Adicionalmente encontramos el criterio de la realidad normativa para el que la omisión en materia penal se da en virtud de los deberes de actuación ordenados por una norma jurídica. La esencia de la omisión radica en el no obrar de un modo determinado, sin que interese la diversa conducta positiva ejecutada por el agente, esta puede ser irrelevante para el ordenamiento penal, quizás buena, pero sobre ella no se debe indagar.

La omisión no existe ontológicamente, no puede exteriorizarse por sí misma, ni puede ser objeto de percepción sensorial concreta. La omisión es el incumplimiento de una conducta ordenada como deber por un precepto jurídico. Es el no hacer lo que se debe.

Son indiferentes para la tipicidad del hecho las circunstancias y los medios de ejecución. Es sabido que en estas formas simples o no circunstanciadas de descripción, es irrelevante para la configuración típica que el hecho se realice de día o de noche, en tiempo de paz o conmoción, utilizando medios con contenido lícito o ilícito; para el primer caso una comunicación telefónica, para el segundo un arma blanca, por ejemplo. Tales circunstancias y especificaciones ópticas habrán de tenerse en cuenta al momento de fijar la pena, luego de la derivación integral del punible, en cuanto constituyan circunstancias de agravación o atenuación y dentro de los límites señalados por la ley (art. 61 C.P. de 1980 y arts. 60 y 61 C.P. de 2000).

TEMA XXIX. SECUESTRO Y HOMICIDIO. Autonomía.

Este criterio, a su vez, ha sido reiterado por la doctrina de esta Sala. Así en sentencias del 5 de noviembre de 1995.

Se expresó en la última: “...Por ello, debe entenderse que la mencionada ley conservando la misma descripción típica que de los delitos de homicidio, extorsión y secuestro traían el Código Penal y otras disposiciones especiales, aumentó sus consecuencias punitivas, precisamente por la necesidad de proteger con igual celo y severidad el derecho a la vida y el de la libertad, como que este último se debe al primero, pues al fin y al cabo los demás derechos de los cuales pueda disfrutar un ser humano por su calidad de tal se sustentan en ellos, razón por la cual el legislador, y así lo entendió la Corte Constitucional, la Ley Antisecuestro ubica en un mismo plano de igualdad a estos derechos que resultan seriamente lesionados con la comisión de esa clase de delitos, constituyendo las modalidades delictivas mas graves y desestabilizadoras en el marco de la criminalidad ordinaria, afectando otros derechos constitucionales tan importantes como la dignidad, la familia y la paz.)....

“...Implica lo anterior, que tanto el delito de secuestro como el de homicidio previstos en la Ley 40 de 14993 tienen la autonomía típica suficiente para que la aplicación de dicha ley, en relación con el delito de homicidio en concreto, no requiera además, la comisión de un secuestro, puesto que aparte de la clara y expresa advertencia de que allí se dictan unas normas sobre secuestro y “otras disposiciones” no significa, de manera alguna, que estuviera limitando su contenido a regulaciones estrictamente relacionadas con el secuestro...”. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación, 17-06-97, Magistrado ponente doctor Jorge E. Córdoba Poveda)

N.V.A. Arts. 103, 104, 168, 169, 170

COMENTARIOS

Aplicando la concepción dogmática al bien jurídico de la vida, hemos de inferir primeramente que la lesión o amenaza de derechos, verificada por la realización de acciones humanas, es del todo irrelevante para el derecho penal si ellas no han sido tipificadas por el legislador al considerar digna de protección una determinada concreción del respectivo derecho. En segundo lugar tenemos que todos los tipos penales, por serlo, protegen de una manera específica uno o varios bienes jurídicos, pero no todos los intereses identificables en una organización dada son protegidos en la órbita punitiva, ni aquellos que han alcanzado tal tutela son amparados de forma integral o genérica, de tal suerte sólo están conminados con pena determinados ataques al bien jurídico; así, no existe algún tipo penal que sancione todo o cualquier ataque a la vida, únicamente existen descripciones de comportamientos que sitúan bajo pena de homicidio la causación de muerte de otro, el aborto, el abandono, etc.

En el título I del código penal vigente, desde el punto de vista más general, se protege la vida humana, el derecho a la existencia, sin que interesen las condiciones en que cada ser se encuentre, ni el nivel o grado de desarrollo del mismo. Se trata entonces de comprender que se protege el derecho a la vida radicado en cabeza del ser vivo, sin que entre en consideración su capacidad para seguir viviendo, la calidad de vida que posea o las expectativas de vida que tenga. Lo anterior no significa que se proteja el derecho a la vida en abstracto,

sino que por el contrario la tutela hace referencia al derecho inalienable de cada individuo “hoy y ahora”, es decir de la forma más concreta y especificada posible. De esta forma se protege la vida del indigente, del más atroz criminal, del degenerado, del enfermo y, mas aun, del enfermo terminal; todo dentro de determinado grados de tutela punitiva, pero siempre se tratará de un valor absoluto, sin distingo de formas, calidades o circunstancias.

El alcance del derecho tutelado fue fijado tradicionalmente por la doctrina, de acuerdo a la amplitud tutelar asumida normativamente, comprendiendo desde la vida embrionaria y fetal, hasta la existencia independiente de toda persona, con lo que el ámbito tutelar, por mucho tiempo se inició con la concepción y culminó con la muerte; así se incorporan al presente título conductas atentatorias de la vida durante la gestación y desde la concepción (aborto) y las que atentaban o vulneraban la existencia autónoma de todo ser humano (homicidio, abandono), limitando la protección de la existencia independiente de la persona para el género delictual del homicidio, definido como la acción de matar a otro; supresión total aniquilamiento de una vida humana independiente.

La vida es el derecho fundamental por excelencia, es el supuesto para el ejercicio de las restantes libertades y garantías radicadas en todo ser humano, sin vida se pierde la capacidad para el goce de la libertad, la intimidad, la integridad moral, el patrimonio económico, etc.; en términos un tanto más radicales, podemos afirmar que todos los demás derechos poseen un valor accesorio frente al derecho a la vida. La existencia del individuo es presupuesto para que pueda ejercer y defender las restantes facultades.

El carácter absoluto y primordial del derecho a la vida es de capital importancia cuando se examinan los bienes jurídicos que merecen protección penal; tal análisis se debe realizar en dos sentidos; en primer lugar, cuando se coloca en peligro o efectivamente se lesiona la existencia de un ser humano, simultánea y coetáneamente se están amenazando o violentando todas sus facultades intrínsecas; en otros términos, el atentado a la vida envuelve afrenta a la libertad, integridad, seguridad, disponibilidad sexual, patrimonio, etc., tanto en relación con la existencia misma del respectivo derecho, como en su aspecto dinámico, de goce y ejercicio; en segundo lugar, y como

consecuencia inmediata de lo anterior, desde el punto de vista criminológico, la protección penal del derecho a la vida debe soportar la máxima intensidad, si en un determinado Ordenamiento se quiere elaborar una adecuada jerarquización de todos los órdenes de protección que ingresan a la cobertura penal.

En sentido genérico la libertad es la facultad del hombre de escoger su propia línea de comportamiento, sin ataduras exteriores o interiores. El concepto etimológico nos la presenta como una situación del hombre que no está sujeto a esclavitud. En sentido amplio el concepto de libertad genera el de responsabilidad; la responsabilidad es consecuencia del actuar libre, será responsable de sus actos solo el hombre que ha actuado con libertad, pues solo bajo este supuesto sus actos podrán ser predicados como obra suya.

Jurídicamente es el derecho garantizado por el ordenamiento a todo hombre de actuar según su propia autodeterminación, siempre que tal actuación no afecte los derechos de los demás, ni la convivencia social. Bajo una órbita normativista es la posibilidad que tiene el hombre de realizar todas las actividades que no estén prohibidas por la ley, y de no hacer los hechos que no están ordenados imperativamente en la misma. Es un derecho regulado y determinado normativamente.

Se trata entonces de un derecho personal -facultad y posibilidad- de todo ser humano para desarrollar sus actividades vitales, sociales y económicas, que tiene manifestaciones objetivas en su vida de interrelación; tales actividades constituyen el bien específicamente tutelado en el presente título. Así, la libertad individual es derecho humano fundamental garantizado constitucionalmente, que tan solo admite las expresas limitaciones normativas; trae como agregados múltiples derechos personales y libertades sociales.