

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

EL DELITO DE SECUESTRO EN LA JURISPRUDENCIA DEL LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra

TEMA I. SECUESTRO SIMPLE. Estructuración. Consentimiento aparente del sujeto pasivo. “El impúber arrebatado de su hogar es sujeto pasivo de secuestro simple, porque no está en capacidad de prestar su consentimiento en forma válida.

“Las normas sobre competencia por razón del territorio, tienen como pilar fundamental la contenida en el artículo 41 del Código de Procedimiento Penal, que señala como funcionario con vocación para conocer del asunto al del lugar en donde se haya cometido la infracción; solo en casos excepcionales, en los cuales no se haya podido determinar con precisión el sitio en que esto ocurrió, debe acudirse a las demás regulaciones al respecto.

“Para determinar el sitio donde se produjo la infracción, es preciso, no obstante, establecer con alguna precisión qué tipo de delito se está juzgando porque en ocasiones, como en el presente caso, el concurso delictual puede determinar diversas competencias territoriales. En tales eventos, ha de especificarse la configuración típica de varias conductas, y hecho esto, entrar a analizar cuál de ellas determina la competencia del juzgamiento, bien por haber sido realizada primero, bien por la entidad del delito, o aun por la calidad del procesado.

“En el caso que ocupa la atención de esta Sala, se ha centrado la discusión en la existencia de uno de los ilícitos investigados; a la par el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de ... pregona la no existencia del delito de secuestro simple, el funcionario de ... establece que la conducta mencionada tuvo cabal realización, y por ello gobierna el juzgamiento.

“Discutir sobre el restringido significado gramatical de los verbos rectores contenidos en el artículo 269 del Decreto 100 de 1980, puede permitir una interpretación exegética y equivocada de la norma que establece la conducta de secuestro simple. En efecto, de los autos aparece que la menor... al parecer consintió en abandonar su casa y a seguir en compañía del sindicado; otras afirmaciones del proceso presentan surgiendo de la niña la idea de abandonar su casa y emprender la fuga en compañía del procesado. Cualquiera que sea la hipótesis verdadera, sin embargo, no hace desaparecer por sí misma la figura del secuestro simple. Baste, para afirmar lo anterior, que la víctima del delito contaba para la época de los hechos con escasos nueve (9) años de edad y, por consiguiente, no era capaz de prestar su consentimiento en formas válida; su mente infantil no solamente no la hace responsable de sus acciones, sino que invalida incluso ante los ojos de la ley, aquellos actos realizados con la aparente conciencia de su trascendencia.

“El artículo 34 del Código Civil señala que impúber es el varón que no ha cumplido catorce (14) años y la mujer que no cumplido doce (12); El artículo 1504 de la misma obra determina que entre otros son absolutamente incapaces los impúberes; las normas antes citadas reafirman la aseveración anterior en el sentido que el consentimiento otorgado por una niña de nueve (9) años no tiene efectos jurídicos de ninguna naturaleza y por ello es factible pensar en la existencia de un secuestro simple. El procesado, por su parte es una persona mayor de edad, con capacidad para autodeterminarse y obrar en consecuencia con la comprensión de sus conductas, y además, de quien se puede exigir un comportamiento acorde con la ley y a quien se debe reprochar el aprovechamiento del aparente consentimiento prestado por su víctima.

“Al respecto conveniente resulta resaltar una posición anterior de la Corte, en auto de treinta (30) de noviembre de mil novecientos ochenta y tres (1983), cuando se pronunció acerca de la tipificación del delito de secuestro simple:

“Hoy no puede hablarse de secuestro consentido, pues tal como lo dijo la Comisión Redactora, los verbos que se emplean para tipificar este hecho punible denotan de suyo actitud violenta o engañosa. En otras palabras, el delito de secuestro se tipifica cuando se actúa contra la voluntad del sujeto pasivo por cuanto no ha prestado su

consentimiento o lo ha prestado en forma aparente (subraya la Sala).” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas, Acta No. 096, 30-09-86, Gaceta Judicial No. 2424, t. CLXXXV, p. 315).

COMENTARIOS

En el tipo de secuestro se exige que el agente proponga alguna de las siguientes finalidades específicas para que surja la tipicidad del hecho; en primer término 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; en segundo lugar 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; en tercer lugar que presente fines publicitarios de carácter político, vale decir, 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.

De otra parte el consentimiento del sujeto pasivo, causal de exclusión de la responsabilidad introducido por el nuevo Ordenamiento sustancial (Ley 599 de 2000) ha sido ubicada por la teoría de diversa manera: una corriente la reconoce como caso de atipicidad y otros autores la identifican como causal de justificación; la primera concepción se fundamenta en la incorporación de aspectos subjetivos en el ámbito de la tipicidad objetiva, concepción del finalismo ortodoxo, que ve la manifestación de voluntad del sujeto pasivo como elemento del tipo de injusto; a este propósito se mencionan casos particulares como la violación de domicilio, en los que el tipo estaría construido sobre la oposición del titular del derecho protegido - residente o morador- y el tipo de hurto que tendría como elemento estructural, el no consentimiento del apoderamiento por parte del titular del dominio sobre la cosa mueble; en tales eventos, se concluye, el consentimiento del sujeto pasivo generaría ausencia de acción.

La anterior distinción a nada conduce, pues la gran mayoría de los tipos de la parte especial tendrían la misma característica, sin que sea necesaria su

presencia -explícita o implícita- en la conformación típica objetiva, con lo que la deducción nada aportaría al examen de tipicidad objetiva y traería como consecuencia el descuido en el estudio del bien objeto de protección, cuando el consentimiento realmente no excluye la realización de los restantes elementos típicos, sino que, y es lo importante, fija el ámbito de protección del objeto de tutela; tal relación: consentimiento-objeto de protección, hace mas aconsejable tratar la presente causal como causa de justificación, en la mayor parte de los casos.

Algo bien diferente es la existencia de tipos penales en los que el consentimiento del sujeto pasivo hace imposible la realización del verbo determinador. Así el verbo “constreñir” núcleo del tipo de constreñimiento ilegal (arts. 276 C.P. de 1980 y 182 C.P de 2000), lleva en sí mismo, y por su propio significado, la no voluntariedad del sujeto pasivo, con lo cual si se presenta su consentimiento, no es posible que haya acción típica, vale decir es imposible que haya constreñimiento, caso en el que debemos concluir que tal consentimiento no es admisible como justificante, por imperativo de la propia estructura típica. Pero otra gama de tipos penales admiten la realización de la acción en tipicidad objetiva, con independencia del consentimiento del sujeto pasivo, casos en los que se presenta esa manifestación de voluntad y ella reúne los requisitos propios de la justificante, la conducta siendo típica, pasa a ser autorizada por el Ordenamiento.

No obstante y como desarrollo de los anteriores planteamientos, presentamos la reseña doctrinal sobre las vicisitudes que presenta la ubicación dogmática del consentimiento como causa de ausencia de responsabilidad.

El profesor REYES ECHANDÍA comprendió diversas hipótesis en relación con la posibilidad de estructuración plena de la causal, en primer término, en relación con la significación del verbo determinador concluyó: “... como el verbo rector encierra y comprende el contenido sustancial de la conducta típica, es necesario desentrañar su alcance para deducir si es jurídicamente posible, que el sujeto pasivo consienta o no en la realización de la conducta allí descrita; y de ese examen concluiremos que hay tipos respecto de los cuales tal consentimiento no es posible y otros que lo admiten.”

En segundo lugar y en referencia a los tipos que permiten el consentimiento el citado autor enseñó: “En los otros casos la conducta a que se refiere el

verbo rector, permite la posibilidad de que el sujeto pasivo pueda o no consentir; así sucede en el homicidio, en las lesiones personales, en el hurto o en el daño sobre cosa ajena.... trátase aquí de conductas que pueden ser realizadas por el actor, independientemente de que el sujeto pasivo consienta o no su ejecución; si no consiente, la conducta del agente será delictiva en la medida en que se den los requisitos propios de cualquier delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad); si consiente, es necesario examinar un nuevo problema: el de la validez o invalidez del consentimiento.”

En tercer término concluye que “... hemos de aceptar que el consentimiento del sujeto pasivo es causal de atipicidad cuando al describir la conducta el legislador ha utilizado un verbo rector cuyo contenido apunta hacia acción u omisión intrínsecamente inocuas, en cuyo caso al exigir que el comportamiento se realice sin consentimiento del titular del interés jurídico que se quiere proteger, se está evitando la eventual punición de conducta de suyo lícita o jurídicamente indiferente....”

Finalmente reseña: “otros casos en los que la conducta del agente se subsume plenamente en el tipo, a pesar del consentimiento del sujeto pasivo; en tales hipótesis, la manifestación de voluntad de este en el sentido de permitir la vulneración de su derecho, elimina el delito por falta de antijuridicidad en la conducta del sujeto activo.” (Antijuridicidad, ps. 258-260)

Desde otra perspectiva dogmática, BACIGALUPO reseña las dos posturas entorno a la ubicación de la causal, para optar por su manejo exclusivo como causa excluyente de la tipicidad: “La distinción entre un consentimiento que excluye la tipicidad y otro que excluiría la antijuridicidad es, sin embargo, cuestionada por un sector de la teoría (sobre todo: SCHMIDHAUSER, pp. 268 y ss.; ROXIN, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, p. 25, nota 57). Este punto de vista y el anterior se diferencian en realidad en la concepción del bien jurídico. Quienes distinguen entre el valor protegido y el sustrato material pueden admitir que hay ya lesión al bien jurídico cuando la acción recae sobre el sustrato material de este por ejemplo cuando se ha dañado una cosa ajena se habría realizado la acción típica, por lo que cabría preguntar a continuación por el consentimiento del titular de la cosa.” ... “Diversa es la postura de quienes entienden que, en realidad, en los bienes jurídicos disponibles, es decir, respecto de los que el consentimiento puede excluir la

responsabilidad, la acción solo realiza el tipo en la medida en que importe una lesión del ámbito de dominio autónomo del sujeto pasivo: la lesión de su voluntad respecto de la conservación del bien jurídico . Desde este ángulo la lesión del sustrato material del bien jurídico es irrelevante. En consecuencia, el consentimiento, si tiene relevancia (lo que depende del poder de decisión sobre el mantenimiento del bien que el orden jurídico otorgue al particular), excluirá en todos los casos el tipo penal.” (Manual de derecho penal, parte general, p. 132)

En doctrina que aceptamos los profesores MUÑOZ CONDE Y GARCIA ARÁN optan por tratar la presente casual como justificante: “En referencia al consentimiento en algunos tipos penales específicos hace que se la considere más como una causa de exclusión de la tipicidad, que como una causa de justificación. Sin embargo al delimitar el consentimiento el ámbito de realización de los demás elementos típicos y, con ello, la protección del bien jurídico, parece mas correcto tratarlo como causa de justificación, dándole también el mismo tratamiento en los casos de error sobre los presupuestos fácticos y sobre sus límites.” (Derecho penal, parte general, p. 312)

TEMA II. SECUESTRO SIMPLE Y NORMATIVIDAD DE EXCEPCIÓN. “No cabe duda que de un lado el artículo 269 del código penal se encuentra vigente, y de otro lado , que el secuestro simple tipificado en esa norma es de competencia, en primera instancia, del Juez del Circuito”.

“a) El Decreto 180 de enero de 1988 (vigente entonces para la época de los hechos materia del proceso) dispuso en su artículo 22:

“Secuestro. El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de quince (15) a veinte (20) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos mensuales”.

“Dada la redacción de tal precepto, de estructura típica exacta a la del artículo 269 del Código Penal, se pensó inicialmente que este ultimo artículo había sido suspendido por esa norma de excepción.

“Empero, luego de reflexionar sobre el punto, esta Sala, mediante sentencia de casación de 6 de junio de 1990 (Mag. Pte. Dr. Saavedra Rojas), precisó que únicamente era encajable en dicho artículo 22 el secuestro que, por fines, objeto o consecuencias, estuviera a tono con

los motivos por los cuales fue expedido el Decreto 180, no sin razón llamado estatuto “antiterrorista”, o para la defensa de la democracia.

“Si no se dan las circunstancias sociales y políticas necesarias para que la conducta objeto de juzgamiento sea ubicable dentro de las previsiones del Decreto 180 – dijo la Sala que la mencionada ocasión -, es necesario concluir entonces que la adecuación acertada es el artículo 269 del Código Penal...”

“Gracias a la hermenéutica, pues se llegó desde entonces a la conclusión de que el referido artículo 269 sobre secuestro simple, no había sido suspendido y estaba, por tanto, vigente.

“b) Posteriormente y con base en el mismo artículo 121 de la Carta anterior, se dictó el decreto 2790 de 20 de noviembre de 1990 (que empezó a regir el 16 de enero subsiguiente), estatuto análogo al Decreto 180 y denominado “para la defensa de la justicia”.

“De acuerdo con el numeral 1º del artículo 9º de ese Decreto, los Jueces de Orden Público conocen: “De los procesos por delito de secuestro en todas sus modalidades, con excepción de los que se atribuyen a los Juzgados Superiores en el artículo siguiente”, es decir el 10º, según el cual los Jueces Superiores conocen “de los procesos por delitos de secuestro simple definidos por el artículo 269 del citado estatuto (Código Penal), cuando la calidad, cargo o profesión de la víctima, o los fines, propósitos u objetivos sean diferentes a los enunciados en el artículo 6º de este Decreto.

“El artículo 6º nombrado calificaba a la víctima, y agregaba: “o se ejecute con fines terroristas; u obedezca a los propósitos descritos en el artículo 1º del Decreto 1631 de 1987 o persiga los objetivos enunciados en el artículo 268 del Código Penal...”

“El Decreto 99 de enero 14 de 1991 (mediante el cual se “adiciona, se modifica y complementa” el Decreto 2790), no varió en nada las citadas disposiciones.

“De ahí que con esa normatividad de modo expreso consta que el artículo 269 (o secuestro “simple”) continuaba vigente, sin poderse predicar que había sido suspendido.

“c) Esa normatividad de excepción fue sometida a estudio de la Comisión Especial Legislativa a fin de que la aprobara o improbara, de acuerdo con lo demandado por él artículo transitorio 8º de la nueva Constitución. La comisión no improbo esa legislación, procediendo entonces el Gobierno Nacional a convertirla en legislación permanente por medio del Decreto 2266 de 4 de octubre de 1991.

“Dicho último Decreto en su artículo 4º adoptó como legislación permanente varias disposiciones del Decreto 180, entre ellas el artículo 22, tipificante del secuestro, primeramente transcrito aquí.

“En el artículo 11 adoptó también como legislación permanente varias normas del Decreto 2790, entre ellas el artículo 6º, así mismo copiado en precedencia.

“De acuerdo al artículo 71-4 del nuevo Código de Procedimiento Penal, los Jueces Regionales conocen “de los delitos a que se refiere el Decreto 2266 de 1991”, entre los cuales, como se vio, no se encuentra el secuestro simple tipificado en el artículo 269 del Código Penal. Por su parte, el susodicho Código dispone en su artículo 72-1 que los Jueces del Circuito conocen, en primera instancia, “de los delitos cuyo juzgamiento no esté atribuido a otra autoridad”, que es el caso repítese, del mencionado secuestro simple.

“No cabe, pues, duda que de un lado, el artículo 269 del Código Penal se encuentra vigente, y, de otro, que dicho secuestro simple tipificado en esa norma es de competencia, en primera instancia, del Juez del Circuito, sentido en el cual se decidirá el presente conflicto” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz, Acta No. 138, 18-11-92, Gaceta Judicial No. 2460, t. CCXXI, p. 343).

COMENTARIOS

Reitera la Corte el criterio jurisprudencial según el cual la legislación excepcional no deroga ni suspende las normas ordinarias equivalentes o paralelas. En vigencia del Decreto 180 de 1988 o con referencia a sus normas incorporadas como legislación permanente por el Decreto Extraordinario 2266 de 1991, el alto Tribunal estimó que las descripciones típicas creadas por tal preceptividad se referían a comportamientos directamente relacionados con la situación de orden público, fuente y origen de la misma, lo cual le llevó a concluir

la plena vigencia de la normatividad ordinaria, y los hechos ajenos a la mencionada situación debían también ser sometidos a la justicia ordinaria por medio del procedimiento ordinario, y no de acuerdo a los mecanismos especiales de investigación y juzgamiento que la normatividad excepcional podría crear, pues tales hechos son ajenos al tratamiento que el Estado podía pretender dar a conductas que generaban conmoción social, poseían finalidades terroristas, fuentes y objetivos que fueron específicamente regulados por el otrora llamado “Estatuto de Defensa de la Democracia”.

TEMA III. SECUESTRO. HURTO CALIFICADO Y EXTORSIÓN. Análisis estructural e hipótesis de concurso. "Diferencias entre las dos formas de secuestro que contemplan los artículos 268 y 269 del Código Penal, como hechos punibles que lesionan el bien jurídico de la libertad individual".

“La Ley 49 de 1985, autorizo la concesión del indulto para los responsables de los delitos de rebelión, sedición y asonada, consumados con anterioridad a la vigencia de la ley y para los conexos con ellos, con excepción del secuestro, la extorsión, tráfico de estupefacientes y el homicidio calificado, consumado fuera de combate.

“Es innegable, que los hechos punibles que se investigan en este sumario, fueron consumados por un grupo rebelde denominado Movimiento 19 de Abril (M-19), alzado en armas contra el Gobierno Constitucional y que pretende derrocarlo. En consecuencia, sus integrantes han incurrido en delito de rebelión.

“En desarrollo de sus planes subversivos, el grupo rebelde se tomo la ciudad de Garzón, sitió a las autoridades de Policía, saqueó las oficinas de la Caja Social de Ahorros y se llevó como rehén al gerente de la Entidad, quien fuera puesto en libertad cuarenta y cinco minutos después a varios kilómetros de distancia de la ciudad.

“El Tribunal, al examinar la concesión del indulto, consideró que el delito de rebelión, así como los conexos con estos (homicidio en combate y lesiones personales), debían ser amparados por el indulto, exceptuando de dicho beneficio el apoderamiento de los caudales de la entidad crediticia que califico como extorsión y el secuestro del señor ...

“Debe, en consecuencia, examinar la Sala, si el atentado contra el patrimonio económico constituye el delito de extorsión no favorecido con el indulto como lo sostiene el Tribunal, o si como lo pretende el recurrente, tipifica un hurto calificado no excluido en dicha gracia.

“Hurto Calificado:

“Existe delito de hurto calificado, cuando el sujeto agente para apoderarse del bien mueble ajeno, ejercita violencia sobre las personas o las cosas. El legislador da a la palabra violencia no solamente el alcance de fuerza física que se ejerce sobre las personas, sino también la coacción o intimidación para apoderarse del bien o hacerlo entregar.

“Por eso ha dicho la Corte, “...que resulta indiferente que la violencia sea empleada por el actor contra el sujeto pasivo para arrebatarse las cosas que tiene en su poder, o para hacérsela entregar; en un caso el agente va hacia la cosa y la aprehende abruptamente; en el otro, la cosa viene hacia él por mano del sujeto pasivo; pero, en ambos supuestos es el elemento de la violencia esgrimido por el actor lo que decide el traspaso material de la cosa de una persona a otra. (Sentencia de septiembre 28 de 1982. Ponente: Doctor Alfonso Reyes Echandia).

“En la extorsión el actor constriñe, amenaza con un daño al sujeto pasivo para que se haga, tolere, se omita alguna cosa, conducta realizada por el agente con el propósito de obtener para sí o para un tercero un provecho ilícito.

“En el hurto, el apoderamiento o la entrega de la cosa es inmediata; en la extorsión, debe transcurrir un lapso por breve que sea, entre la amenaza y el acto que realiza el constreñido. En el hurto calificado por la violencia, la coacción es absoluta y el sujeto pasivo no tiene otra alternativa que la de dejarse despojar o entregar el bien. En la extorsión, al constreñido le queda la opción de entregar el bien o resistir a la amenaza o asumir el riesgo ante su posible cumplimiento.

“Consta en autos, que los guerrilleros en el caso que se examina, penetraron abruptamente a la Caja Social de Ahorros e intimidando y venciendo con el empleo de armas, la oposición de los empleados, se apoderaron de los caudales de la entidad, consumando en

consecuencia un delito de hurto calificado, por la violencia a las personas. En estas circunstancias, no puede negarse, que fue la violencia la que superó la oposición de la víctima y que fue la fuerza el medio empleado para obtener el apoderamiento del bien.

“Se trata entonces de un delito de hurto calificado conexo con el de rebelión y que debe ser favorecido con el indulto, por no estar excluido de dicho beneficio. Así lo declarará esta Corporación.

“Delito de Secuestro:

“Dos formas de secuestro contemplan los artículos 286 y 269 del Código Penal como hechos punibles que lesionan el bien jurídico de la libertad individual.

“Se trata del secuestro extorsivo y el secuestro simple, que tienen un elemento objetivo común como es la privación de la libertad de una persona o un grupo de personas, mediante una cualquiera de los comportamientos descritos en los verbos rectores de estos tipos penales: arrebatarse, sustraer, retener u ocultar.

“Se diferencian estas conductas en su elemento subjetivo. En el secuestro extorsivo, la conducta se realiza para exigir por la libertad del sujeto pasivo un provecho o utilidad. En el secuestro simple, es suficiente para configurar el tipo penal, que se prive de libertad a una persona, siendo indiferente el propósito o fin que se proponga el agente.

“Arrebatarse, es trasladar a una persona por cualquier medio, contra su voluntad, de un lugar a otro.

“En el caso sub examine, los delincuentes después de consumado el violento apoderamiento de los dineros de la entidad crediticia, mediante la fuerza, obligaron al gerente ... a seguir con ellos y viajar en un vehículo donde se le retuvo y se le hizo objeto de adoctrinamiento, por un lapso de cuarenta y cinco minutos, cuando se le dejó en libertad en un sitio alejado de la ciudad. Esta conducta tipifica un delito de secuestro simple, pues la víctima fue arrebatada de su lugar de trabajo, trasladado contra su voluntad a sitio diferente y retenida fuera de su mundo habitual, con detrimento de su libertad.

“Tanto el apoderado de los sindicatos como el Procurador Delegado, sin desconocer la existencia del secuestro, opinan que esta conducta se integra al hurto como la violencia ejecutada contra las personas para asegurar el producto del delito.

“No se desconoce que la violencia contra la persona como medio para llevar a cabo el apoderamiento, puede ser antecedente o concomitante con el apoderamiento, o subsiguiente si se pone en juego por el actor, luego de haber consumado el delito para asegurar su producto o procurar la impunidad.

“Pero si de esa violencia ejercida sobre la víctima, resultare su muerte o un grave daño en su salud, o se lesionare otro bien jurídico tutelado por la ley, se encontrara el juzgador en presencia de un concurso delictual.

“En el caso de estudio, el hecho de que los subversivos hubiesen privado ilícitamente de su libertad al ofendido, ya fuere para asegurar el producto del hurto, en nada desdibuja la existencia concursal de secuestro y hurto, pues con distintas acciones se lesionaran bienes jurídicos diferentes de diversos sujetos pasivos.

“Por otra parte, no puede aceptar la Corte, como lo insinúa la Procuraduría, que por contemplar el artículo 127 del Código Penal una exclusión de pena, para los hechos punibles consumados por los rebeldes o sediciosos en combate y que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo, deba otorgarse el indulto para el caso en estudio sólo puede otorgarse por los motivos, hechos punibles y tramites señalados en la Ley 49 de 1985.

“Determinar si los sindicatos por el secuestro del señor ... son acreedores a la gracia especial que contempla el artículo 127 del Código Penal, examinar si el hecho se realizo dentro de aquellos que la doctrina tiene entendido por el factor “combate”, que establece nuestro estatuto penal, son aspectos que escapan a la competencia de la Corte en esta instancia, por ser esa una función propia de distintos funcionarios y de otros momentos procesales.

“Como se encuentra la Corte ante un delito de secuestro, excluido expresamente por el artículo 1º -2 de la Ley 49 de 1985 de la gracia del indulto, en este punto se confirmará el auto recurrido. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Jorge

Carreño Luengas, Acta No. 49, 22-07-87, Gaceta Judicial No. 2428, t. CLXXXIX, p.70).

COMENTARIOS

Para efectos del análisis dogmático estructural de las diversas formas de secuestro, objetivo por el que transcribimos el anterior extracto jurisprudencial la Corte reitera la caracterización tipológica de esta conducta permanente; se trata de un tipo de resultado en cuanto para que la infracción se repunte perfeccionada, es necesaria la efectiva privación de la libertad del sujeto pasivo; mientras tal evento no se produzca, las acciones ejecutivas tan solo se podrán incriminar a título de tentativa; es de lesión porque exige o trae como necesaria consecuencia la vulneración efectiva del interés tutelado cual es la libertad individual del sujeto pasivo en todas sus esferas; es delito permanente ya que es necesario lógicamente que la privación de la libertad del sujeto pasivo se prolongue en el tiempo, sin interesar la magnitud del lapso; el tipo queda perfeccionado con la realización de alguna de las conductas alternativas descritas, pero no se agota con ellas, sino que este perdura en el tiempo mientras dure la materialización de la acción y finalmente se trata de un tipo pluritutelado pues con la realización de la acción múltiples pueden ser los intereses violados o puestos en peligro, tales como la integridad personal, la integridad moral, la vida. La Ley 599 de 2000, nuevo estatuto sustancial penal reitera integralmente la referida naturaleza.

TEMA IV. SECUESTRO. EXTORSIÓN. “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”.

“1. Aduciendo la “causal primera cuerpo primero”, del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, el actor afirma que se violó la ley sustancial por indebida aplicación del artículo 268 del Código Penal, que tipifica el delito de secuestro extorsivo y la falta de aplicación del artículo 22 ibidem, que consagra la tentativa.

“Sostiene el demandante que “el resultado no se logró” porque la misiva no llegó a manos de la mujer del secuestrado, y, además, una

suma tan grande de dinero “no hubiera podido reunirse”, aparte de que, finalmente, el patrón del secuestrado... no habría permitido el constreñimiento y habría acudido a las autoridades “sin dar dinero alguno”.

“Se apoya enseguida en jurisprudencia de esta Sala sobre el delito de extorsión y la cabida que tiene en él la modalidad de tentativa y argumenta:

“Aunque aparentemente iniciaron la ejecución del anterior hecho punible, el resultado no se logro por circunstancias ajenas a la voluntad de los sujetos activos, y como quiera que no hay formas de comprobarlo dentro del acervo probatorio, tendremos que decir: o bien porque no existía el dinero, o que no había formas de que se lo prestaran, o que simplemente el mensaje no llevo a salir de la finca El Paraíso, o porque cuando el mismo llegó ya las personas estaban a buen recaudo de las autoridades. Corolario de lo aquí expuesto, si el juzgador de segunda instancia hubiese tenido en cuenta que el hecho no se consumó (como indebidamente aplicó la disposición), la graduación de la pena seria muy inferior, al aplicar como consecuencia lógica el dispositivo amplificador consagrado en el artículo 22 del C.P.”.

“Pide por tanto, que se CASE el fallo parcialmente y se dicte el que debe reemplazarlo con la disminución de pena que corresponda.

“2. El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal recuerda que la jurisprudencia ha reiterado que el delito de secuestro extorsivo se perfecciona con la privación de libertad, unida a alguno de los fines previstos en el artículo 268 del Código Penal, sin que se requiera la obtención de provecho alguno. “Es evidente – acota – que desde el momento en que privaron de la libertad al administrador, su propósito fue obtener una elevada suma de dinero como rescate y así lo exteriorizaron a un amigo del secuestrado, lo que de por sí descarta la tentativa alegada”, concluyendo, por consiguiente, que el fallo no debe ser casado.

“3. La primera glosa que amerita la demanda es que se basa en planteamientos referidos a un delito diverso al de la condena impugnada. En efecto, las argumentaciones que proporciona el actor, y la jurisprudencia en que pretende afianzarlas, corresponde al delito de

extorsión, y no al de secuestro extorsivo por lo cual fue condenado su representado... . Y salta a la vista que las razones para afirmar la tentativa en el uno no pueden ser las mismas que para perseguir igual propósito en el otro, pues se trata de dos tipos penales de estructura diferente, y – de suma importancia aquí – con protección de bienes jurídicos igualmente distintos, ya que 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, razón por la cual la ausencia de un resultado de tal naturaleza (es decir, el hacer, omitir o tolerar algo, de connotación patrimonial, como dijo la Sala en casación de 8 de abril de 1986) deja la extorsión a nivel de tentativa.

“No ocurre lo mismo, repítese, en tratándose del delito de secuestro extorsivo, descrito así en el artículo 268 del Código Penal.

“Secuestro extorsivo. El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que haga u omita algo o con fines publicitarios de carácter público, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años”.

“Obsérvese que la norma solo exige como resultado el arrebato, la sustracción, retención u ocultación de una persona, bastando para la consumación del delito que esta conducta se realice con el “propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad”, de donde se desprende con absoluta claridad que no es necesaria la efectiva obtención del provecho o utilidad buscado por el secuestrador, ya que el texto legal no la exige, lo cual es apenas razonable, tratándose, como ya se anotó, de un delito que fundamentalmente atenta contra la libertad individual.

“Basta, pues, aparte de la privación de libertad, la existencia de alguno de los propósitos señalados en la norma, que vienen a conformar lo que la doctrina identifica como elementos subjetivos del tipo, y cuya no materialización deriva en el no agotamiento de la conducta, dejando intacta la consumación de la misma.

“En ese orden de ideas resulta de suma claridad que no hubo falta de aplicación del artículo 22 del Código Penal, ya que el delito de

secuestro extorsivo se consumó cuando ... y su hijo fueron privados de la libertad, con la exigencia de dinero realizada por los procesados, cuestión indiscutida y que descarta la tentativa propuesta por el casacionista. (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).

COMENTARIOS

La acción en el tipo de extorsión se determina por el verbo "constreñir". Expresión que 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; 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.

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.

El fin propuesto por el agente ha de ser el de obtener provecho ilícito para sí o para un tercero, tal beneficio debe tener connotación económica directa o indirecta, pues el objeto jurídico forma parte inmanente de la tipicidad. Como es sabido de acuerdo a la concepción dogmática práctica del complemento subjetivo, para la tipicidad del hecho, no interesa la efectiva obtención de la finalidad propuesta, de tal forma que la acción realizada, omitida o tolerada por el sujeto pasivo por causas ajenas y externas o por falta de control sobre ella, bien puede no producir el efecto deseado por el agente, no obstante lo cual la tipicidad surgirá de manera plena. El tipo en su ámbito pluriofensivo protege la afectación del interés económico-patrimonial y en forma secundaria la vulneración de la libre autodeterminación del sujeto pasivo.

Finalmente podemos diferenciar estructuralmente los tipos de extorsión y secuestro extorsivo de la siguiente manera. 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. 268 C.P.) o cualquier otra finalidad (art. 269 C.P.), mientras que en la extorsión tal complemento o finalidad propuesta es "el obtener provecho ilícito para sí o para un tercero".

TEMA V. 10 SECUESTRO. “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”.

20. SECUESTRO. “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”.

30. SECUESTRO. “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”.

“Dos formas de secuestro contempla nuestro Código Penal. El secuestro extorsivo y el secuestro simple. El primero de estos tipos penales se estructura cuando el sujeto agente, arrebatata, sustrae, retiene u oculta a una persona con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad o para que se haga u omita algo con fines publicitarios de carácter político (art. 268 del C.P.).

“El secuestro simple exige la misma forma de comportamiento para realizar la conducta, pero no demanda en el actor un propósito determinado, pues es indiferente para los fines de la justicia el objeto que se proponga con su acción el delincuente.

“El Decreto 180 del presente año, denominado Estatuto para la Defensa de la Democracia, involucra en un solo título penal el delito de secuestro, haciendo consistir la conducta en sustraer, arrebatarse o retener a una persona, convirtiendo los ingredientes subjetivos del secuestro extorsivo en meras circunstancias de agravación punitiva (art. 23).

“Es por tanto, indispensable, para que se tipifique el delito de secuestro, tanto en la legislación penal ordinaria como en el Decreto legislativo que haga presencia en la conducta del sujeto activo, una cualquiera de las formas verbales, a que se refieren las normas citadas como medio de ejecución para obtener el resultado ilícito, esto es, que se arrebatase, retenga u oculte al sujeto pasivo de la infracción.

“Estas conductas alternativas entrañan conceptos de presión, fuerza física o moral o engaño que descartan la conducta punible, cuando el sujeto pasivo ha prestado su consentimiento, porque el rapto consentido como delito que tutelaba el bien jurídico de la familia en el estatuto Penal de 1936 desapareció en la legislación punitiva de 1980, que sanciona únicamente la sustracción, arrebatamiento o retención de una persona como delito violento o engañoso, que no surge por tanto a la vida del derecho penal cuando el presuntamente sustraído o retenido ha prestado libremente su consentimiento.

“Sin embargo, el legislador tanto en el ramo penal como en el civil, ha considerado que a la autodeterminación de una persona requiere cierta madurez física y psíquica y por eso el Código Civil establece en su artículo 1503 que “toda persona es legalmente capaz excepto aquella que la ley declara incapaces”

“Los menores de dieciocho años, que no han obtenido habilitación de edad, son relativamente incapaces. No obstante, tanto la ley civil como la penal, los autoriza a consentir un acto que no sólo produce efectos jurídicos sino que además pueden ocasionar consecuencias de trascendental importancia en su vida futura. Así en el campo civil la mujer mayor de doce años y el varón mayor de catorce, pueden consentir para contraer matrimonio y a esa expresión de voluntad la ley le otorga plena validez.

“En el campo penal, la mujer puede disponer libremente de su cuerpo en materia sexual, por encima del límite de la edad tutelada por la ley, es decir, los catorce años sin que constituya abuso sexual el acceso carnal realizado con el consentimiento de ella.

“Pero existe en cambio, una interdicción absoluta en los menores impúberes a todo acto que pueda producir efectos jurídicos o lesionar los bienes tutelados por la ley penal como la autonomía individual, la libertad y el pudor sexuales.

“Por eso establece la Ley Civil en su artículo 1504 que “... son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos que no puedan darse a entender por escrito...” y agrega la norma: “Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales y no admiten caución...”

“De ahí que pueda afirmarse, que las personas relativamente incapaces, entre ellas las personas menores de 18 años pueden prestar consentimiento válido en ciertas circunstancias y bajo ciertos aspectos determinados por las leyes, mientras que las personas absolutamente incapaces como los impúberes (varón menor de catorce años y mujer menor de doce), no pueden dar ese consentimiento válidamente en ningún caso, y el que otorgaren meramente aparente, no puede producir efectos de ninguna naturaleza en materia penal o civil.

“Conclúyese de lo anterior, que los impúberes no tienen capacidad para consentir o autodeterminarse y que la sustracción que de ellos se haga de su domicilio o su retención aún con su aparente consentimiento, puede ser punible, porque el sujeto agente para realizar su propósito, se está aprovechando de la inmadurez, de las condiciones de inferioridad psíquica que deben pregonarse de las personas absolutamente incapaces.

“De ahí que si los impúberes son absolutamente incapaces y no pueden prestar su consentimiento válido, el hecho de que sean sustraídos de su hogar, retenidos fuera de él, con su consentimiento o incluso con su agrado, constituye una conducta punible que se subsume dentro del tipo penal del secuestro. Si el consentimiento del impúber no es válido, porque la ley no le otorga ningún efecto, no puede afirmarse que medie el consentimiento del sujeto pasivo para la sustracción o retención.

“Ya la Corte, en acertada y reciente decisión del 30 de septiembre de 1986 con ponencia del honorable Magistrado Edgar Saavedra, había considerado como constitutivo de delito de secuestro el hecho de sustraer a una menor de doce años, a pesar de que dicha menor había abandonado el hogar paterno.

“Se dijo entonces:

“...Discutir sobre el restringido significado gramatical de los verbos contenidos en el artículo 269 del Decreto 100 de 1980, puede permitir una interpretación exegética y equivocada de la norma que establece la conducta de secuestro simple. En efecto, de los autos aparece que la menor ... al parecer consintió en abandonar su casa y a seguir en compañía del sindicado; otras afirmaciones del proceso presentan surgiendo de la niña la idea de abandonar su casa y emprender la fuga en compañía del procesado. Cualquiera que sea la hipótesis verdadera, sin embargo, no hace desaparecer por si misma la figura del secuestro simple. Baste para afirmar lo anterior, que la víctima del delito contaba para la época de los hechos con escasos nueve (9) años de edad y, por consiguiente, no era capaz de prestar su consentimiento en forma válida; su mente infantil no solamente no la hace responsable de sus acciones, sino que invalida incluso ante los ojos de la ley, aquellos actos realizados con la aparente conciencia de su trascendencia.

“El artículo 34 del Código Civil señala, que impúber es el varón que no ha cumplido catorce (14) años y la mujer que no ha cumplido doce (12); y el artículo 1504 de la misma obra determina que entre otros son absolutamente incapaces los impúberes; las normas antes citadas reafirman la aseveración anterior en el sentido de que el consentimiento otorgado por una niña de nueve (9) años no tiene efectos jurídicos de ninguna naturaleza y por ello es factible pensar en la existencia de un secuestro simple. El procesado, por su parte, es persona mayor de edad, con capacidad para autodeterminarse y obrar en consecuencia con la comprensión de sus conductas, y además, de quien se puede exigir un comportamiento acorde con la ley y a quien se debe reprochar el aprovechamiento del aparente consentimiento prestado por la víctima.

“Este criterio de sana hermenéutica, se ratifica hoy, separándose la mayoría de la Sala de doctrinas anteriores (auto del 30 de noviembre de 1983), para afirmar que la sustracción o retención de una menor impúber constituye delito de secuestro aún mediando para la comisión del hecho la aquiescencia del menor porque a ese consentimiento no le otorga la ley validez y por tanto, no puede producir efectos jurídicos.

“No puede entenderse, que con este criterio se esté arbitrariamente fijando límites de edad para la realización de la conducta ilícita, modificando el tipo penal. Sencillamente, se está interpretando la norma penal a la luz de los preceptos civiles que regulan y tutelan los intereses, bienes y derechos del menor, en búsqueda de su verdadero alcance y sentido. (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).

COMENTARIOS

No obstante las grandes diferencias teóricas respecto de la ubicación dogmática del consentimiento del sujeto pasivo, las cuales dependen en el fondo del punto de partida conceptual, en relación a sus límites, requisitos y efectos hay prácticamente consenso doctrinal.

En primer término el consentimiento puede ser expreso o tásito, pero siempre ha de revestir las características de claro e inequívoco; en segundo lugar debe ser válido, es decir, que esté exento de vicio esencial de la voluntad de quien lo emite; el error, la coacción o el engaño lo invalidan como justificante. El error vicia el conocimiento de lo que se quiere hacer, para el caso de lo que se quiere que se haga, también el error vicia el conocimiento del alcance de la declaración de voluntad y de sus efectos o consecuencias, de igual forma puede recaer sobre la disponibilidad del derecho o sobre el objeto en el cual se concreta. La coacción ya sea física o síquica anulan la validez de la manifestación de voluntad. El engaño genera error en cualquiera de las connotaciones señaladas; “solo bajo esta condición el consentimiento es un acto autónomo y, por lo tanto, solo de esta manera elimina la lesión del bien jurídico”. (Bacigalupo, Manual de derecho penal, parte general, p. 133)

En segundo lugar, el consentimiento también entraña la capacidad del sujeto para consentir la disposición del bien jurídico que realiza, la cual en sentido general aborda las facultades intelectivas y volitivas necesarias para la comprensión del alcance y significado del propio acto. La capacidad de juicio y raciocinio, entendida en sentido genérico, es a este respecto la posición mas aceptada doctrinalmente (Cfr. MUÑOZ CONDE Y GARCIA ARÁN, Derecho penal parte general, p. 313). En nuestro medio REYES ECHANDIA se mostró partidario de exigir la capacidad jurídica emanada de la legislación civil (Cfr. Antijuridicidad, p. 263)

Como tercer requisito encontramos la necesaria disponibilidad del derecho respecto del cual se surte el consentimiento. Tradicionalmente se ha entendido que los bienes radicados en cabeza del Estado no son susceptibles de disposición por lo que respecto de ellos no será válida la aquiescencia. En relación con los intereses de que es titular la persona natural, la posibilidad de disposición radica en el interés colectivo o estatal preponderante que presente la respectiva protección positiva; por este aspecto no son susceptibles de disposición la vida y la integridad personal, se mencionan como disponibles el patrimonio económico, la libertad sexual, el honor y la libertad de locomoción.

Finalmente, también parece haber acuerdo doctrinal en exigir para la aceptación de esta justificante, que el consentimiento sea anterior o por lo menos concomitante a la realización del hecho, aceptándose la revocación del mismo realizada antes del perfeccionamiento típico. El consentimiento posterior solo tiene trascendencia como causa de excención de punibilidad o condición de procedibilidad para los delitos querellables, pero no tiene valor justificante, es decir no afecta la estructura óntica y jurídica del punible.

TEMA VI. SECUESTRO. “Si uno de los padres recurriendo a procedimientos ilícitos y ocultos se apodera del hijo, sin conocimiento ni autorización del otro quien lo tiene bajo su cuidado, puede cometer secuestro, que se convierte en extorsivo cuando se le utiliza para que éste proporcione un provecho ilícito”.

“Es totalmente cierto lo afirmado por el recurrente en el sentido de que la patria potestad era compartida por los padres del menor, porque no existe constancia de la existencia de providencia judicial que se la

hubiera otorgado a uno de ellos; pero es igualmente cierto que la patria potestad como un derecho y un deber de todos y cada uno de los padres “es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquella el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone” (artículo 19 Ley 75 de 1968); porque esos deberes que tienen los padres con relación a los hijos son formarlos y educarlos, velar por su salud, corregirlos y castigarlos moderadamente, siempre mirando hacia el beneficio final de la vida del menor de acuerdo con expresas previsiones de la ley civil; y por tanto no está dentro de los derechos de ninguno de los padres, así la patria potestad sea compartida, el utilizar a sus hijos para iniciarlos en prácticas viciosas, ni inducirlos en conductas que de cualquier manera pudieran significar mal ejemplo en su formación, y menos aún, y ello es todavía más evidente, el utilizar al menor como un medio en prácticas ilícitas de cualquier naturaleza y eso parece ser lo que pretende el recurrente, al sostener que la madre tenía derecho, por compartir la patria potestad, de tener a su hijo a su lado contra la voluntad del padre, puesto que fue separado de él contra su voluntad, para ser utilizado como medio extorsivo; es realmente insólita la pretensión del recurrente, cuando acepta de la existencia de una extorsión en grado de tentativa, en la cual participaba como coautora la madre del menor, en la que el medio utilizado, era precisamente su hijo, pues debe recordarse que la exigencia de la entrega de una elevada suma de dinero dependía la seguridad del menor.

“¿Podrá pretenderse por quien tenga un mínimo conocimiento del derecho, o mejor, de los conceptos culturales que naturalmente son conocidos por la mayoría de los asociados, que pueda entenderse como el ejercicio de un derecho, la utilización por parte de la madre de su menor hijo para, mediante amenazas obtener un provecho de carácter ilícito? Es evidente que no, el ejercicio de los derechos consagrados constitucional y legalmente no son ilimitados, sino que por el contrario ellos deben ejercerse dentro de los parámetros establecidos por la ley, porque cuando su ejercicio se lleva a aspectos no previstos en la norma es lógico concluir que quien así actúa no puede pretender ampararse bajo los efectos de esa ley que se está desconociendo, por la extralimitación de la conducta sobre las previsiones de la misma.

“Es cierto que no hay constancia de sentencia judicial que determine en cabeza de cual de los padres estaba radicada la patria potestad, pero es

evidente que se había establecido un acuerdo para que el hijo quedara en manos del padre en vista del estado de abandono en que lo había tenido la madre durante el tiempo que permaneció a su lado, y es también cierto que pasaba algunas temporadas con la madre con el consentimiento del padre; pero la existencia de estos acuerdos por fuera de decisión judicial entre los progenitores del menor, no puede facultar a ninguno de ellos, para que sin conocimiento y sin el consentimiento de quien lo tiene bajo su cuidado, el otro pueda sustraerlo, retenerlo, privarlo de la libertad, porque de hecho se estaría haciendo un ejercicio ilegítimo del derecho, porque si existía el acuerdo previo a que el menor pasara algunas temporadas con la madre, ¿cuál es la razón para que se lo arrebatara del lado del padre sin su consentimiento? Y aún en caso de que los padres del menor no se pusieran de acuerdo sobre la forma en que lo pudiera visitar y en cuanto a las temporadas que debe pasar con uno y con otro, no es por medio de procedimientos de facto que pueden solucionar este tipo de desacuerdos, pues lo lógico es que presentándose tales discrepancias sea el juez quien resuelva los conflictos.

“No está, ni puede estar justificado bajo ninguna perspectiva el que uno de los padres, actué sobre el menor, sin el conocimiento del padre quien lo tenga bajo su cuidado, porque tal proceder es ilegal.

“En el caso que se analiza, está demostrado, que con el consentimiento del padre el menor podía pasar algunas temporadas con su madre, y en tales circunstancias, cuando recurriendo a procedimientos ilícitos y ocultos se apodero del niño, sin previo conocimiento y autorización del padre, estaba actuando por fuera de la ley y en este caso concreto es evidente concluir que la madre si podía cometer secuestro, que se convierte en extorsivo en el mismo momento en que se utiliza la vía del menor como medio amenazante para obtener que el padre del mismo les proporcione un provecho ilícito.

“Es tan evidente el proceder ilícito de la procesada, que es el mismo recurrente, como lo destaca el agente del Ministerio Público, quien acepta la comisión de la extorsión, pero a pesar de este reconocimiento habla de la existencia de la patria potestad compartida por la madre para negar la configuración del secuestro, queriendo justificar el que en su ejercicio, pudiera la madre arrebatarse al menor que estaba bajo el

cuidado de su padre y sin su consentimiento, ni aprobación, para utilizarlo contra éste como medio extorsivo.

“El menor no es, ni puede ser un eje de disputas, ni un objeto colocado en el centro de las desavenencias de los padres, quienes no pueden en el ejercicio de la patria potestad realizar actividad que pudiera de manera directa o indirecta ocasionarle daño y si ello se llegara a producir, obviamente se ha de concluir que no se trata del ejercicio de este derecho, y que por el contrario se trata de proceder irregulares e ilegales, porque cuando uno de los padres tiene la guarda material del menor, en caso de desacuerdo, será necesaria e imperiosa la intervención del juez para que sea éste quien determine quien debe ser el encargado de la guarda del mismo.

“Es obvio y prácticamente sobra advertirlo que si la salud, moral, física o psíquica del menor esta en peligro, no solo el padre que no lo tiene bajo su cuidado sino cualquier ciudadano debe proceder a buscar su adecuada protección.

“La argumentación del recurrente, sosteniendo que el menor estaba libremente con su madre, porque cuando fue rescatado no tenía impedimentos materiales que lo retuvieran allí no son válidos, porque como bien lo dice el Procurador Delegado, se trata de un menor que fue hábilmente engañado por su propia madre y que no tenía porque conocer sus ilícitas finalidades. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas, Acta No. 35, 01-06-88, Gaceta Judicial No. 2432, t. CLXXV, p. 504).

COMENTARIOS

Con un sentido general informativo hemos definido las hipótesis de concreción de las conductas alternativas del delito de secuestro, así: arrebatar 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 si; y, ocultar es esconder al sujeto pasivo de tal forma que se ignore su paradero y situación. Encubrir a la vista.

TEMA VII. SECUESTRO EXTORSIVO. DELITO COMPLEJO Y CONCURSO CON 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."

"1. La interpretación más admitida en el ámbito nacional respecto de la figura delictiva consagrada en el artículo 1º, inciso 3º del Decreto número 1923/78 ("si por causa o con ocasión del secuestro se produce la muerte de la persona secuestrada o de terceros, la pena de presidio será de veinte a treinta años"), ha sido la de considerarla como la creación del llamado delito complejo en el cual el delito de "secuestro extorsivo" comprendía el delito de "homicidio", ya de la propia víctima, ya de terceras personas.

"Esta consideración, por sí, permite deducir que, por tratarse de "secuestro extorsivo", el delito de "homicidio" cometido en tales circunstancias y plenamente predicable de sus autores ("por causa o con ocasión"), desapareciera de la órbita de juzgamiento. De ahí que la Resolución número 095 de 31 de julio de 1980 (fl. 1069), mediante la cual se convocó el correspondiente consejo de guerra verbal, acertara en la mención de "los delitos de secuestro y homicidio que definen y sancionan el artículo 1º del Decreto número 1923 de 1978 y el Código Penal en su Libro 2º, Título XV, Capítulo I", notándose como la omisión de lo relacionado con el delito "robo", aspecto subsanado en la parte mas esencial de este procedimiento especial, vale decir, en la formulación del cuestionario numero 8.

"2. En estas circunstancias bien podía acatarse, tanto por el juzgador militar como por el ordinario, la tendencia del delito complejo (secuestro extorsivo) o recurrir a la forma concursal (secuestro extorsivo y homicidio), pues no falta quien explique, y con atendible

lógica, que los términos “por causa o con ocasión” destacan un aspecto causal accidental, secundario o coyuntural, el cual pierde esta conexidad y efecto cuando el homicidio constituye un fenómeno ajeno a estas circunstancias y readquiere su absoluta autonomía y prevalencia y se profundiza la relación de causalidad.

“Si el recurrente acudió a la violación directa de la ley sustancial, no podía, en estas condiciones, objetar el que tanto el juzgador de primera como de segunda instancia consideraran uno de los hechos como delito de homicidio, bien para constituir el delito complejo o para concluir en una forma concursal de los delitos de “secuestro extorsivo” y “homicidio”.

“El cambio de textos penales que el impugnador destaca, no tiene las consecuencias que le asigna y menos dentro del ámbito procesal en que actúa esa modificación. 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 bien como delito complejo, dependiendo una y otra alternativa del influjo que tenga en su aspecto punitivo el principio de favorabilidad.

“3. Cuando el Ministerio Público alude a la aparente favorabilidad de tomar las regulaciones del Código Penal de 1980, sobre los preceptos del Decreto número 1923/78, acierta pero por razones distintas de las que invoca como apoyo de sus tesis. Para el no existía tal benignidad porque, a la postre, en uno y otro sistema represor, la pena concreta fue de veintitrés años de prisión. Pero más que esta coincidencia lo que hay que mirar es la posibilidad abstracta de los máximos y los mínimos de la pena impunible. Y, en este punto, si hay un factor que define la cuestión a favor del Código Penal de 1980, señalado por el Tribunal: la doble previsión del artículo 28. Es así como en este estatuto no es dable superar, en caso alguno, el límite de treinta años de pena privativa de la libertad ni la pena podrá ser superior a la suma aritmética de las que corresponde a los respectivos hechos punibles. En cambio, en el precedente régimen penal y que regía para la época de comisión de los hechos, si era dable quebrantar una y otra restricción, aunque la última se mantenía no tanto por la letra de las disposiciones vigentes como si por las muy humanitarias orientaciones de la jurisprudencia.

“4. También esta en lo cierto la Procuraduría cuando destaca que el Tribunal dijo una cosa y aplico otra, equivocación que ha debido advertir el recurrente para abstenerse de impugnar su fallo, pues a expensas de la misma pudo señalarse una sanción igual a la fijada por el juzgador de la primera instancia, evitándose una intensificación de la pena, muy fácil de explicar y apoyar en las acciones cumplidas y en las normas pertinentes.

“Si el Tribunal, al reconocer la comisión de tres delitos (homicidio agravado – artículo 324 -, secuestro extorsivo – artículos 268 y 270 – y hurto agravado – artículo 350 -), evaluación que permitían las veredictiones emitidas y el cambio de legislación, hubiera partido del delito verdaderamente más grave (artículo 324: dieciséis a treinta años de prisión), la pena habría resultado mas alta, aun dentro de sus cálculos relacionados con los concursos y las agravantes tenidos en cuenta.

“No cree la Sala que haya interés jurídico por parte del recurrente en que se enmiende este yerro y de ahí que, demostrada la incorrección de sus planteamientos, sea mas el caso pasar por alto esta equivocación. Ni dentro de los preceptos del Decreto número 1923/78 ni de los del Código Penal actual, es dable aminorar la pena dispensada. Esta coincidencia lejos de destacar una desmedida severidad del Tribunal, evidencia el común rigor de uno y otro estatuto para sancionar esta clase de conductas, cuando se dan las especiales circunstancias que las acompañan.

“En relación con la naturaleza de la pena impuesta debe decirse que el fallador de la primera instancia, obediente a la norma que debía acatar cuando profirió su fallo, aplicó el presidio. El Tribunal, en la sección de consideraciones y como enmienda insoslayable por la forma como se redacta la forma resolutive (“...segundo: confirma la sentencia materia de apelación en todo lo demás, con las aclaraciones hechas en la parte motiva de esta providencia...”), dijo: “...todo lo cual arroja un total de veintitrés años de prisión. Como esta fue la pena principal que impuso el *a quo* en la sentencia materia de apelación se confirma pero con las aclaraciones que se acaban de hacer...” – subraya la Sala -.

“Por lo demás, la sustitución del presidio en prisión, es efecto que puede hacerse en cualquier momento y que aún puede omitirse en la esfera judicial, pues el artículo 377 del C.P., señala: “tránsito de

legislación. A partir de la vigencia del presente Código, quienes estén cumpliendo condena de presidio o de relegación a colonia agrícola continuaran descontadola como si se tratara de pena de prisión”. A este fin, no es necesario el remedio de la casación, máxime cuando el defecto censurado aparece inexistente.

“Por último, atendiéndose al cúmulo de pena impuesta y lo que podía determinarse para cada una de las infracciones, resalta que no se supero la suma aritmética de las sanciones inherentes a cada una de ellas. La solución concursal se utilizo adecuadamente. Nótese que el artículo 270 permite imponer prisión de 9 a 22 ½ años; y el artículo 350 de 2 a 8 años. La enunciación evita otros racionios”. (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).

COMENTARIO

El Código de 1980 consagraba como agravante del delito de secuestro el hecho de que por causa o con ocasión del mismo le sobrevinieran a la víctima la muerte o lesiones personales (art. 279 N° 11). sostuvimos que “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.” (Manual de derecho penal, partes general y especial, p. 514). Con total acierto el nuevo Estatuto sustancial eliminó esta causa de agravación pues en relidad se trtaba de un hipótesis de concuso simultáneo y heterogeneo; no obstante la previsión normativa existente obliga la elaboración de criterios interpretativos como los reseñados en la anterior providencia.

TEMA VIII. SECUESTRO. "Es de aquellos que la doctrina y el propio Código Penal (artículo numero 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."

DELITO. AUTORES." Todos están unidos en el criminal designio y actúan con conocimiento y voluntad para la producción del resultado comúnmente querido o por lo menos, aceptado como probable."

“Causal cuarta de casación. El actor planteó el cargo de nulidad por errada denominación jurídica de la infracción en las demandas que suscribió a nombre de los condenados ..., bajo la argumentación de que estos procesados no participaron en la privación de la libertad de los secuestrados y que, por tanto, no cometieron el delito de secuestro, de manera que solo se les puede imputar un delito de encubrimiento.

“Adviértese, en primer lugar, que este cargo es contradictorio, por lo menos en relación con otro cargo presentado al amparo de la causal primera de casación dentro de la demanda suscrita a nombre de ..., ya que allí el censor acepta la comisión del delito de secuestro para negar la existencia del hurto. En esa demanda dijo textualmente “... que mi defendido, si en realidad procedió con conocimiento y voluntad a contribuir a un delito, fue en lo referente al ilícito de secuestro pero en manera alguna a otra conducta delictuosa; quería únicamente esa infracción penal y su acuerdo anterior, el pacto en el cual prestó su voluntad fue única y exclusivamente para el secuestro”. En relación con el procesado ..., como adelante se vera, hay prueba de que participó en la aprehensión de los secuestrados, de manera que el cargo parte del desconocimiento de la realidad probatoria.

“Pero aún haciendo caso omiso de la indicada contradicción y de la falta de observación de la realidad probatoria mencionadas, carece de razón el recurrente cuando pretende desconocer la autoría de un delito de secuestro por la circunstancia de que un procesado no haya tomado parte en el acto de privación de la libertad, sino en actos posteriores a ella. En efecto el delito de secuestro 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. En esta clase de infracciones puede ocurrir que alguno de los partícipes no realice la conducta en su integridad, desde el momento en que comienza hasta que cesa, y sin embargo, tenga el carácter de autor de ese concreto comportamiento, pues lo que interesa de manera primordial es que tenga conocimiento de que esta realizando comportamiento punible y tome parte voluntariamente en cualquiera de las manifestaciones de esa conducta regulada penalmente.

“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 solo 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 arrebatata, 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.

“El procesado ... vigiló a uno de los secuestrados durante los días finales de su cautiverio, vale decir que lo retuvo y ocultó y, por lo tanto, realizó algunos de los comportamientos que tipifican el delito de secuestro, por lo tanto es correcta la calificación jurídica que en el auto de proceder se dio a los hechos. No existió el delito de encubrimiento, pues este atentado contra la administración de justicia, solo tiene ocurrencia cuando se tiene conocimiento del hecho punible cuando éste ya ha ocurrido y, sin concierto previo, se ayuda a eludir la acción de la autoridad o a entorpecer la investigación correspondiente. La participación en una conducta típica, supone lesión del correspondiente bien jurídicamente protegido, mientras que en el encubrimiento el bien que se agravia es la eficacia de la administración de justicia, por cuando con esta conducta se dificulta la acción del Estado en la investigación y represión de un delito ya consumado.

“Tampoco existe nulidad de ninguna especie, porque en la diligencia de reconocimiento en rueda de personas no se identificó al apoderado de ... con el número de su cédula de ciudadanía. Consta en dicha diligencia practicada por un juez de Instrucción Penal Militar que el mencionado procesado fue asistido por el señor subteniente ..., quien fue debidamente posesionado y en tal carácter suscribió en acta respectiva, lo que indica que es una persona real e identificada por el cargo que desempeña dentro de la organización militar. El hecho de que no se haya anotado el número de su cédula de ciudadanía es informalidad intrascendente, pero en manera algunas nulidad de carácter legal, ya que tal circunstancia no está erigida como tal por el ordenamiento procesal penal, ni representa nulidad constitucional, pues para ello habría sido necesario que la informalidad asumiera carácter relevante y que con ella se desconociera el derecho de defensa, cosa que en el caso

presente no ha ocurrido”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente Dr. Luis Enrique Aldana Rozo, Acta No. 20, 28 - 02 - 85, Gaceta Judicial No. 2420, t. CLXXXI, p.101).

COMENTARIOS

En los tipos penales permanentes 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 efectual 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 arrebatarse, 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 (art. 186 C.P.), la detención arbitraria (art. 272 C.P.)

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 -.

TEMA IX. SECUESTRO Y TERRORISMO. LEGISLACIÓN EXCEPCIONAL Y PARALELA. JURISDICCIÓN DE ORDEN PÚBLICO. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL Y LEGISLATIVA. "Si en la búsqueda de los propósitos de restablecimiento del orden público turbado se dictó el Decreto 180 de 1988, es natural que la nueva forma de secuestro debe tener finalidades terroristas o debe ser realizado sobre alguna de las personas enumeradas en el Decreto 474 de 1988, con pretensiones similares."

“Comparte la Sala la impugnación del censor, porque la verdad es que la puesta en vigencia del Decreto 180 de 1988, como legislación de Estado de Sitio dictada bajo las facultades del artículo 121 de la Constitución Nacional, produce las mas diversas consecuencias. Una de ellas es la creación de nuevos tipos penales que no aparecen en la codificación ordinaria; otra es que suspende todas aquellas disposiciones de la ley común – de derecho penal material o procesal – que le sean contrarias; pero ha de reconocerse que en relación con varios delitos se presenta un verdadero paralelismo, entendiendo esta expresión como la existencia de un mismo ilícito previsto simultáneamente en las normas ordinarias y de Estado de Sitio, en ocasiones con una mayor riqueza descriptiva en la segunda, pero en otras repitiendo la descripción de la conducta típica existente en la primera.

“En las condiciones anteriores el interprete debe ser especialmente cuidadoso para determinar con claridad cuáles con los preceptos ordinarios que han sido suspendidos y cuales rigen simultáneamente con los de Estado de Sitio y, de presentarse esta última hipótesis, cuándo y en qué circunstancias debe ser aplicada la disposición común o la de excepción.

“En el supuesto de la doble tipicidad en ordenamientos de origen y contenido políticos completamente diferentes se presentan los mas diversos fenómenos, tal el caso del homicidio que en la legislación para tiempos de paz contiene un tipo básico, con otros subordinados, agravados y privilegiados y desde la perspectiva de la culpabilidad la triple concepción, esto es, las modalidades dolosa, culposa y preterintencional. Por su parte, en la normatividad extraordinaria aparece un homicidio terrorista, que se concreta por la muerte de alguna de las personas específicamente enumeradas en la norma que lo consagra (art. 29 del Decreto 180 de 1988), es decir que se trata de un tipo con sujeto pasivo cualificado y con particulares circunstancias de agravación previstas en el artículo 30.

“Similar duplicación de tipos se presenta en las dos compilaciones legislativas en relación con el secuestro, pero con mayores complejidades de interpretación, que justifican el que esta Corporación con anterioridad haya hecho una determinada exégesis del fenómeno y ahora insista en una nueva versión hermenéutica del mismo problema, cuyas bases se sentaron en providencia de seis de junio del año en curso, a la cual se hará referencia en su oportunidad.

“Efectivamente en el artículo 268 del Código Penal aparece la descripción del secuestro extorsivo que no está tipificado bajo el nomen iuris en el artículo 22 del Decreto 180 de 1988 en donde se define la conducta, allí denominada simplemente “secuestro” y que no coincide con las expresiones utilizadas por el estatuto punitivo común en los artículos 268 (secuestro extorsivo) y 269 (secuestro simple), este último, en la medida en que en él que no aparece la expresión “con propósito distinto a los previstos en el artículo anterior”, lo que precisa, para determinar su adecuación, hacer el juicio correspondiente sobre los fines del agente, descartando los ya relacionados en el artículo que consagra el secuestro extorsivo, operación mental que por tanto no resultaría necesaria frente al tipo del artículo 22 del Estatuto para la defensa de la democracia.

“No obstante lo anterior, en la norma 23 del Decreto 180 se estipulan unas circunstancias de agravación punitiva, la última de las cuales (literal h) recoge dos de los elementos subjetivos que se incluyen en la legislación ordinaria como ingredientes del secuestro extorsivo del

artículo 268: “para hacer u omitir algo” y “fines publicitarios de carácter político”, si bien la redacción del primero de ellos es mas afortunada en la legislación ordinaria en donde aparece como “para que se haga u omita algo”, aludiendo más claramente al hecho de que la exigencia de acción u omisión se dirige a persona diversa del agente, en tanto que en la norma de excepción se utiliza el infinitivo “hacer u omitir”, que no brinda la misma claridad interpretativa.

“Y finalmente el artículo 1º del Decreto 474 de 1988, para efectos de señalar la competencia de los jueces de orden público, hace una enumeración de las personas sobre las cuales se podrían cometer varios de los ilícitos previstos en el Decreto 180 entre los cuales se incluye el secuestro. A pesar de tratarse de una norma procesal de señalamiento de competencia, es evidente que tiene repercusiones típicas en cuanto a la estructuración del delito de secuestro dentro de las modalidades del Decreto 180.

“Es claro para la Sala y ya haciendo referencia de manera específica al secuestro que es el problema jurídico que se demanda en casación, que tal delito dentro de la perspectiva del Código Penal puede ser, de acuerdo a sus modalidades, monotutelar o pluritutelar según que proteja uno a mas bienes jurídicos. Pero en relación con las modalidades previstas en el Decreto 180, es evidente que se agrega un nuevo bien jurídico que debe entenderse amparado por el tipo de secuestro, cual es la seguridad publica, la conservación del orden publico y su restauración, afirmando que no puede desconocerse porque si esas fueron las motivaciones políticas que llevaron a la Presidencia de la República a declarar en Estado de Sitio toda la Nación y si en la búsqueda de los propósitos de restablecimiento del orden público turbado se dictó el Decreto 180 de 1988 y en él se tipificó nuevamente el delito de secuestro con diferencias respecto de la legislación ordinaria que por ello mismo no resulta contraria a las especificaciones de la norma de excepción y por tanto no puede entenderse como suspendida, es natural concluir que la nueva forma de secuestro debe tener finalidades terroristas, así en su descripción no se haga expreso dicho elemento subjetivo, o el animo de causar perturbación publica o zozobra social; o debe ser realizado sobre una de las personas enumeradas en el artículo 1º del Decreto 474 de 1988 con finalidades similares. Y debe ser así, porque de otra forma no tendría sentido repetir normas pues si no se puede inferir la

suspensión de las disposiciones comunes, las nuevas deben necesariamente interpretarse y aplicarse dentro de los lineamientos de las circunstancias históricas y políticas que justificaron su nacimiento y de acuerdo con los parámetros de hermenéutica por medio de las cuales la Corte declaró su exequibilidad. Sólo de esta manera podría resolverse lo que en realidad constituye un concurso aparente de tipos.

“Para concluir es entonces necesario decir que para que pueda realizarse el proceso de adecuación de alguno de los comportamientos previstos en el Decreto 180 (arts. 22 y 23) es indispensable que el secuestro haya tenido una motivación terrorista por parte del sujeto activo de la infracción, o que se haya actuado con el propósito de crear zozobra entre la ciudadanía; o que por la cualificación del sujeto pasivo del hecho se advierta la intención de afectar o perturbar el orden público; o que por las circunstancias comportamentales de su realización que necesariamente lleven a la alteración del orden público, debiéndose en todos estos casos, al aplicar la ley, recordar las motivaciones que tuvo el Gobierno Nacional para declarar turbada la normalidad institucional en todo el territorio nacional mediante el Decreto 1038 de 1º de mayo de 1984, móviles que son importantes porque recuérdese que esta Corporación en sus decisiones de constitucionalidad ha venido exigiendo de manera reiterada, que el contenido de los decretos de Estado de Sitio deben tener conexidad con los motivos que tuvo el ejecutivo para declarar turbado el orden público y cuando no se ha establecido tal relación, se ha declarado la inexecutable por ausencia de la misma.

“En el pronunciamiento que hizo la Sala Plena sobre constitucionalidad parcial del Decreto 180 de 1988, dijo en relación con la conexidad:

“Como se advierte objetivamente, el Decreto 180 de 1988 se apoya en las motivaciones del Decreto 1038 de 1984 que declaró turbado el orden público y en Estado de Sitio toda la Nación, y además, agrega otras causas de perturbación de orden público que lo han agravado considerablemente en todo el territorio nacional, lo que viene a constituir las llamadas circunstancias o motivaciones sobrevinientes que la Corte ha aceptado en otras oportunidades como justificativas de nuevas regulaciones de orden público, sin que sea necesario producir ningún decreto que las fundamente.

“La validez constitucional de las normas objeto de examen depende, como lo ha dicho la jurisprudencia, de que las disposiciones suspensivas de leyes vigentes y las que establezcan las transitorias que las sustituyen, tenga conexión directa con los motivos de perturbación que se pretenden superar con su aplicación, así como de su conformidad con el artículo 121 y las demás disposiciones constitucionales. El estudio de constitucionalidad que se confía a la Corte debe atenderse por lo común previamente, de manera principal, al examen objetivo de la vinculación que exista entre las providencias decretadas por el Gobierno y las necesidades del orden público turbado (sentencia de mayo 14 de 1980. Gaceta Judicial. 2338 Bis de 1970, pag. 154)

“El Estado de Sitio, como lo ha dicho también en forma reiterada la jurisprudencia, es un régimen de excepción previsto en la Constitución, por eso mismo no puede implicar la sustitución de sus preceptos. En Estado de Sitio rige la Constitución con las restricciones en ella establecidas de manera expresa. Esa es la razón del control de constitucionalidad que compete a la Corte sobre el ejercicio de los poderes propios de aquel régimen. Para este efecto ha distinguido la jurisprudencia tres grupos de normas: las que rigen plenamente en tiempo de normalidad como de turbación, las que prevén limitaciones temporales por razón del Estado de Sitio, y aquellas que permiten suspender el ejercicio de algunos derechos y libertades por igual causa. Las dos clases mencionadas últimamente, es obvio, son excepcionales y de aplicación restrictiva y temporal. La Corte ha dicho que los criterios determinantes de este juicio de constitucionalidad son la conexidad entre el contenido de los decretos que se juzgan, con las causas que fundaron la declaración de turbación del orden público y el carácter sustitutivo, transitorio y restrictivo de las disposiciones frente al régimen legal de tiempo de paz.

“La Corte también ha precisado que `sólo en casos extremos en los que se viera de bulto la falta de conexidad material de un decreto legislativo con los motivos invocados por el gobierno para decretar el Estado de Sitio o su evidente inconducencia para lograr el fin propuesto estaría legitimada la Corte para declarar su inexequibilidad´ (sentencia de 16 de junio de 1987). También ha dicho la Corte en ese fallo que el examen de conexidad es de carácter formal `pues el juicio sobre sí, en el fondo, una medida conduce o no a superar la alteración del orden público y a

procurar su restablecimiento versa sobre cuestiones de hecho extrañas a este tipo de procesos amén de que implicaría pronunciarse sobre la conveniencia de las medidas adoptadas, que es asunto que debe ser decidido por el presidente de acuerdo con los elementos de juicio que se disponga.

“Por estos aspectos se concluye que existe en el Decreto 180 de 1988 la conexidad exigida por la reiterada jurisprudencia de la Corte en materia de decretos de Estado de Sitio”.

“Esta interpretación de la jurisprudencia constitucional de la Corporación es igualmente trascendente para el adecuado entendimiento del contenido de los decretos que pasaron el examen de constitucionalidad, porque es obvio que las previsiones de los mismos deben estar vinculadas con los motivos de perturbación que originaron la declaratoria de Estado de Sitio, tal como se dejó sentado para el caso que aquí ocupa la atención de la Sala en la revisión constitucional del Decreto 180 de 1988 ya transcrito.

“Soslayar los lineamientos trazados por la jurisprudencia constitucional constituiría en la realidad un verdadero desconocimiento de la fuerza erga omnes que tienen este tipo de decisiones, por lo menos de mera indirecta, porque para que la Corte le de viabilidad a esta clase de normas, es necesario que aparezca claro cuando menos por su aspecto objetivo que buscan el restablecimiento del orden público y como es apenas obvio, en su interpretación han de tenerse en cuenta cuáles fueron los motivos que originaron esta legislación extraordinaria y que finalidades políticas se le señalaron o eran buscadas por el Gobierno. Hacer lo contrario es desconocer la doctrina constitucional, porque en tales circunstancias de nada valdría que la Corte ejerciera dicho control, haciendo tales exigencias, cuando el interprete y aplicador de la ley estaría en libertad de señalarle a los preceptos que fueron declarados constitucionales por la Sala Plena, fines diversos o contrarios a los que justificaron su existencia.

“Si la finalidad del 180 es entonces luchar contra los grupos armados que amenazan la estabilidad constitucional, hacer frente a los narcotraficantes, combatir a los terroristas y garantizar la paz, sosiego y tranquilidad ciudadanos, es apenas lógico que las conductas que han de recibir el proceso de adecuación típica del Decreto 180 deben estar vinculadas así sea de manera indirecta con los objetivos políticos de

norma, no hacerlo así es desconocer la legislación extraordinaria y la interpretación que de ella ha hecho con fuerza de ley la Corte Suprema de Justicia como máximo juez de control constitucional.

“Dentro de tales lineamientos del pensamiento se resalta que la parte considerativa del Decreto 1038 de 1984 afirma entre otras cosas:

“Que en diversos lugares del país han venido operando reiteradamente grupos armados ... suscitando ostensible alarma en los habitantes...”

“Que el gobierno ha utilizado para el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales los medios que le atribuye la legislación ordinaria, sin que haya bastado su efecto para recobrar la normalidad”.

“Que por la acción persistente de grupos antisociales relacionados con el narcotráfico, viene perturbándose gravemente el normal funcionamiento de las instituciones en desafío criminal a la sociedad colombiana, con sus secuelas en la seguridad ciudadana, la tranquilidad...”

“Que recientemente ocurrieron actos terroristas en las ciudades de...”

“Que al anochecer del día de ayer fue asesinado el señor Ministro de Justicia...”

“Que en general, hechos de violencia provocados por las circunstancias antes mencionadas han ocasionado sensibles bajas del personal de las Fuerzas Militares..., lo mismo que víctimas en la población civil”.

“Que se hace necesario, ante la gravedad de la situación, adoptar las medidas de excepción contempladas en el artículo 121 de la Constitución Política”.

“Es entonces el Decreto 180 y en general todos los que se han dictado bajo las facultades que confiere el artículo 121 de la Carta a partir de entonces, el remedio extraordinario que el ejecutivo ha buscado ante el fracaso de las previsiones de la legislación ordinaria; y siendo esta la motivación política y social que justificó la declaratoria de Estado de Sitio es de absoluta necesidad concluir que existiendo normas paralelas sólo podrán ser aplicadas las de Estado de Sitio cuando las conductas

efectivamente afecten el orden publico que se pretende proteger de manera extraordinaria, porque cuando se trata de violaciones normales al orden jurídico, como consecuencia de lo que podría denominarse criminalidad convencional, es apenas natural que se recurra a la legislación ordinaria, porque proceder de otra manera seria desconocer el querer del legislador, que concibió tal legislación excepcional solo en razón de las consideraciones antecedentemente transcritas y se desconocería también de contera la jurisprudencia constitucional de la Corte de manera indirecta, en cuanto que se le estaría dando viabilidad jurídica a normas extraordinarias para solucionar o sancionar casos y conductas que nada tienen que ver con los motivos de perturbación y que no afectan en mayor grado el orden público, debiéndose entender este, dentro de la concepción política que de él tuvo el ejecutivo para justificar la expedición del Decreto 1038 de 1984. la Corte de manera reiterada ha venido realizando claras precisiones en cuanto a los alcances de la legislación de emergencia, no sólo por su jurisprudencia constitucional, sino por las decisiones de la Sala de Casación Penal que en varias ocasiones se ha pronunciado sobre el tema, especialmente en referencia al tantas veces mencionado Decreto 180.

“Como un puro criterio interpretativo y con el único propósito de unificar las pautas de aplicación de la ley, vemos la necesidad de transcribir apartes de algunas de dichas decisiones:

“En providencia de la Sala de Casación Penal del trece de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho se ejemplificó con el delito de homicidio, uno de los que aparece doblemente tipificado en el Código y en el Decreto 180, para demostrar como no todo homicidio cometido en la persona de quienes allí aparecen enumerados en el artículo 29, tenía que reputarse adecuado a tal estructura típica. Se dijo entonces:

“En el estatuto que se analiza, se debe afirmar que si el propósito del legislador es tomar medidas para contrarrestar una determinada forma de delincuencia, es necesario que en sus normas tiene que enfatizarse, cuales son las conductas que efectivamente, y de manera mas eficaz influyen en la perturbación del orden público y porque si se quiere crear un grupo de jueces con una competencia singular, denominada jurisdicción especial, es necesario delimitar su órbita de competencia, para que en un momento determinado, por falta de su precisa individualización, no se conviertan en realidad en jueces ordinarios regulados por las normas generales de competencia y dentro de tales

finalidades entonces era indispensable que se especificara el elemento subjetivo. Para clarificar el concepto tómesese por ejemplo el caso del homicidio, con el que no era posible pensar que todos los homicidios, cometidos por mil y un motivos, o incluso sin motivaciones especiales, fueran a quedar dentro de la competencia de estos jueces creados especialmente para combatir una forma específica de delincuencia, determinándose entonces que el homicidio para que fuera del conocimiento de la jurisdicción especial era necesario que se cometiera con finalidades terroristas y sobre alguno de los funcionarios que se mencionaron en el artículo 29 del estatuto comentado; es por ello entonces que el homicidio para que sea de competencia de la jurisdicción especial debe ser cometido con fines terroristas, y sobre determinadas personalidades y aún así, es preciso destacar que si se comete el homicidio sobre uno de los personajes allí enumerados pero con motivaciones diversas a las terroristas, las pasionales, por ejemplo, la competencia para conocer del proceso será la señalada en las reglas generales del Código de Procedimiento Penal” (M. P. Doctor Edgar Saavedra Rojas).

“En decisión del cuatro de octubre de mil novecientos noventa y ocho con ponencia del doctor Jorge Carreño Luengas y en referencia al delito de terrorismo tal como aparece tipificado en el Código Penal de 1980 y como fue adicionado y modificado en el Decreto 180, se sostuvo:

“Se entiende por terrorismo un delito de mera conducta que consiste en emplear medios de destrucción colectiva contra personas o cosas, con el propósito de crear un ambiente de zozobra o perturbar el orden público. El tipo penal tutela el bien jurídico de la seguridad pública y la conducta lesiona además al conglomerado social.

“El Código Penal de 1936 en el Título VIII, al tratar los delitos contra la salud e integridad colectivas, trata un tipo penal (art. 261) que sancionaba el lanzamiento contra personas o edificios, de explosivos o sustancias inflamables, gases o bombas, pero guardaba silencio sobre el elemento subjetivo que debía mover la conducta del agente.

“El Código Penal de 1980, subsanando la anterior omisión, sanciona con el nomen juris de terrorismo y como delito contra la seguridad pública, la conducta de un sujeto activo indeterminado que con el fin

de crear o mantener un ambiente de zozobra o de perturbar el orden público “...emplee contra personas o bienes, medios de destrucción colectiva...” (art. 187 del C. P.)

“Se trata de un hecho punible con un ingrediente subjetivo referido a los fines perseguidos por el infractor, de crear o mantener un estado de zozobra o perturbar el orden público, mediante el empleo de medios de destrucción colectiva contra personas o bienes. Es pues, un tipo que requiere la utilización de medios peligrosos, pero de mera conducta que no es necesario que las personas o cosas sufran el daño, es decir, que sean alcanzadas por los objetos peligrosos o inflamables.

“El Estado colombiano, teniendo en cuenta la grave situación de alteración del orden público que vive el país y ante la pérdida del sosiego para la ciudadanía por la constante ejecución de hechos violentos contra las personas y los bienes, promulgó en ejercicio de las facultades de Estado de Sitio (art. 121 de la Constitución Nacional) el Decreto 180 de enero 27 del presente año que introdujo fundamentales variaciones al tipo penal de terrorismo de nuestro Código Penal.

“En el decreto citado “Estatuto para la defensa de la democracia”, que empezó a regir a partir de la fecha de publicación, se establecen una serie de conductas constitutivas del delito, que adicionan y modifican transitoriamente la contemplada en el artículo 187 del Código Penal.

“En su normatividad el citado decreto crea un tipo básico y propio de terrorismo en su artículo 1º y describe en sus demás artículos diversas conductas que por atentar contra la seguridad pública al crear zozobra, terror en la población o a un sector de ella, son constitutivos de delito de terrorismo”.

“En decisión del veintiocho de febrero de mil novecientos ochenta y nueve, en relación con el delito de amenazas tipificado en el artículo 26 del Decreto 180, afirmó la Sala que no todas las que se profieran tenían adecuación en el mencionado artículo, porque en el caso concreto que allí se resolvió se consideró que las amenazas recibidas por la persona “...no revisten la seriedad y gravedad necesarias, como para sostener que deben ser investigadas por la jurisdicción de orden público, en razón a que actos como el denunciado, no fueron de aquellos que llamaran la atención del Estado en la creación del Estatuto para la

defensa de la democracia (Decreto 180 de 1988), pues es responsable, como lo sostuviera esta Sala en anterior oportunidad, "...a la estrategia del Estado de efectivizar la lucha contra el terrorismo y otros delitos que generan profunda conmoción social".

"Basta recordar que la sola conducta, consistente en la amenaza, no es suficiente para incriminar al agente, puesto que la estructura del tipo penal se deduce, que debe producirse efectivamente la alarma, la zozobra o el terror; al fin de cuentas, el tipo penal, es de resultado. Lo anterior para fundamentar el hecho, en el caso propuesto, de la falta de seriedad y gravedad que reclama el tipo penal de las amenazas personales o familiares, cuando ellas no responden en manera alguna, a la finalidad política o de orden público, esté contenida de manera expresa o tácitamente se deduzca de ella, del espíritu del legislador extraordinario, para la expedición del decreto mencionado.

"La amenaza a que se refiere el artículo 26 del Decreto 180 de 1988, si bien tutela la libertad individual como bien personalísimo, debe tener de todas maneras, una connotación política, lo que permite en principio, excluir de la normatividad relativa al orden público, aquellos comportamientos que apuntan fundamentalmente a la vulneración de intereses individuales, sin penetrar en el ámbito de lo colectivo y sin generar zozobra, terror o pánico en la comunidad.

"En anterior pronunciamiento, que se reitera en esta decisión, la Sala con referencia a las amenazas de que trata el artículo 26 del Estatuto mencionado, como uno de sus elementos estructurales, dijo:

"No obstante, del breve contenido de la queja, se puede deducir que no se trata de amenazas proferidas para atemorizar a uno o varios habitantes de una población o a clases o sectores determinados de la misma, con fines de carácter social o político, sembrar la zozobra o atentar contra la paz o la tranquilidad pública"

"Solo la amenaza revestida de los caracteres de seriedad, gravedad, transmitida por medio idóneo para difundir el pensamiento y con capacidad suficiente para infundir pánico y zozobra, alterar la paz y la tranquilidad de los ciudadanos, puede ser conducta subsumida en el tipo penal consagrado en el artículo 26 del Decreto 180 de 1988, teniendo en cuenta además las finalidades políticas y de orden público

que sirvieron de fundamento para la expedición del citado decreto (auto C. S. J. Diciembre 6 de 1988. M. P. Doctor Rodolfo Mantilla Jácome)”.

“En decisión de dieciocho de mayo de mil novecientos ochenta y nueve con ponencia del magistrado Guillermo Duque Ruiz haciéndose referencia nuevamente al delito de amenazas personales, hizo énfasis la Sala en los motivos que había tenido el ejecutivo para la expedición del Decreto 180, cuáles las finalidades perseguidas y teniendo en cuenta los criterios políticos del ejecutivo, cuál la forma de realizar la adecuación típica de las conductas que tengan que ver con las descritas en el Decreto 180. Dijo la Corte:

“El estatuto 180 que contiene ese artículo 26 fue expedido para contrarrestar la grave e inmensa alteración del orden público: dentro de esa realidad y a través de esa dinámica socio – política hay que examinar toda esa normatividad de excepción, y entonces, ahí si aparece explicable y acertado sostener, como lo ha hecho esta Sala (autos de 6 de diciembre de 1988 y 29 de marzo de 1989, entre otros) que únicamente encajan en el citado artículo 26 las amenazas que trascienden de algún modo la esfera meramente personal o privada, y, en ese desbordamiento, alcanzan a afectar intereses sociales o de mas amplitud, que pongan en peligro o perturben la vida en común o social, de los coasociados (pocos o muchos), y no de individualidades aisladas. En otras palabras, es con base en sus efectos y no solo en consideración a la persona o personas objeto de la amenaza, como se debe dilucidar la naturaleza de la misma, aunque obviamente la calidad que tenga el amenazado en ocasiones influye en los efectos de esta”.

“En auto del seis de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve con ponencia del doctor Jorge Carreño Luengas se precisó una vez más por la Sala que el delito de terrorismo exigía una especial motivación del sujeto activo del delito, puesto que es menester que exista “el propósito de provocar o mantener un estado zozobra o terror en la población o un sector de ella, para alterar la paz, la tranquilidad o el orden público”.

“En reciente decisión (julio 9 de 1990) en relación a la tenencia de armas trató de especificarse una vez más por la Sala, que si bien todos los tipos del 180 no tenían el elemento subjetivo de la intención terrorista, algunos como el porte de armas, constituían un verdadero

presupuesto para la creación de un estado de zozobra y perturbación del orden publico. Se sostuvo en esta ocasión:

“Así, en efecto, no todos los tipos penales del Decreto 180 de 1988 incluyen el elemento terrorista como parte de su descripción típica, tal como se dejó sentado ya en varias providencias de esta misma Sala; empero, la simple omisión de su expresión no puede tomarse como indicativo de que el legislador extraordinario haya deseado conservar inalteradas las normas pertinentes de la legislación ordinaria, en punto al porte de armas porque, como ya se vio, para el restablecimiento del orden público se hace menester entrar a tomar medidas que desarmen a los grupos que alteran la normalidad institucional y causan alarma en la población, a más que es compatible con el estado de sitio regular - así sea por la política penal del incremento punitivo - el comercio y tenencia de instrumentos que por si mismos tengan una especial potencialidad de contribuir al estado de zozobra que vive el país.

“La suspensión de las normas propias del Código Penal en asuntos de armas, y su regulación a través del Decreto 180 de 1988, revela esa estrategia antiterrorista que señala el defensor en su demanda, de donde surge que el tipo penal llamado a regular la situación que motiva este recurso es el contenido en el artículo 13 del decreto mencionado, y no las disposiciones establecidas para el tiempo de tranquilidad.

“Y es que si bien la tenencia de armas no es el único camino para la perpetración de atentados terroristas o para causar zozobra en la población, si es este uno de los presupuestos que con mayor frecuencia se presentan en esta clase de hechos, de ahí por qué se ha establecido el comercio, porte, suministro, fabricación, almacenamiento, reparación o transporte de tales implementos como un hecho de por sí especialmente peligroso para la vida comunitaria dentro de las condiciones materiales que vive la nación.

“No comparte, tampoco la Sala la posición del demandante en el sentido de que las normas de estado de sitio sean de carácter pluriofensivo (o pluritutelares), en la medida en que desarrollan una doble protección a los bienes jurídicos. No existe en ellas un interés originario y uno derivado, sino que su ampliación de la esfera protectora tiene fundamento en las condiciones de desestabilización institucional sin que pueda predicarse la existencia de dos órdenes

públicos diferentes: uno para los casos de normalidad y otro para las condiciones de anormalidad. El orden público, como fenómeno, es uno mismo y esta concretado en las garantías de seguridad, tranquilidad, salubridad, etc., que permitan una pacífica vida en comunidad. En ocasiones, estas condiciones no se consiguen con la actividad normal del Estado y por ello se hace necesario tomar medidas especialmente rígidas que hagan posible la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos y el cumplimiento de los deberes del Estado; de allí por qué la propia Constitución establezca algunas facultades extraordinarias para el ejecutivo permitiéndole solamente la suspensión de las leyes, y prohibiéndole su derogatoria; ellas, por su propia naturaleza están encaminadas a recobrar la normalidad, no a crear otro orden.

“Cierto es que durante los estados de perturbación se continúan cometiendo delitos no relacionados con las causas de perturbación, esto es, se persiste en la infracción a las normas llamadas a regir en las condiciones de normalidad; ello no quiere decir, sin embargo, que todas las conductas descritas en el Código Penal puedan continuar sancionándose de acuerdo con sus preceptos, porque carecería de sentido entonces expedir reglas adicionales o temporales que no tendrían efecto alguno. El terrorismo, las amenazas, el porte de armas, y muchos de los tipos penales de estado de sitio - quizás todos - se encuentran contemplados en la legislación ordinaria y cabría siempre el argumento de la favorabilidad, de aceptarse la sofisticada tesis del demandante y del Ministerio Público, para impedir la aplicación de la legislación especial.

“No es válida para la Sala la argumentación traída en la demanda de aplicar los mismos parámetros interpretativos al delito del porte de armas que al de amenazas personales. Y no lo es, puesto que una y otra figura son de por sí bien disímiles en tanto que no entrañan comportamientos equiparables para las instituciones.

“Aceptado se tiene por la jurisprudencia, de la cual hizo reseña el censor, que el delito de amenazas personales descrito en el Decreto 180 de 1988, si bien no tiene en su construcción gramatical la exigencia de ánimo terrorista, es este un elemento propio de él en la medida en que no todo comportamiento de esa naturaleza puede tener trascendencia en el orden público. Mas no sucede igual en torno al delito tipificado en el artículo 13 del mismo estatuto el cual, según se ha dicho, por su

propia naturaleza constituye un peligro para la seguridad ciudadana, de conformidad con las condiciones materiales por las que atraviesa el país, en donde la acción de grupos armados está causando significativas perturbaciones de la tranquilidad de los coasociados y permite en grado sumo la concreción de muertes a los particulares y a los funcionarios del Estado y la creación de condiciones propias para llevar a la gente común a la zozobra y al terror a más de que contribuye al clima de tensión, al aumento de los enfrentamientos entre particulares y de éstos con los agentes del orden y posibilita la formación de grupos de fuerza privados como los conocidos con el nombre de autodefensas” (M. p. Doctor Edgar Saavedra Rojas).

“Finalmente y refiriéndose con precisión al delito de secuestro, la Sala con ponencia del doctor Jorge Carreño Luengas expreso el 6 de junio de 1990:

“En el caso que se examina, no se trata de aplicación del principio de favorabilidad en un tránsito de legislaciones, sino que el juzgador en presencia de dos procedimientos especiales, ambos vigentes, dejó de aplicar el que correspondía al caso de estudio por mandato expreso de la ley, como es el de la Ley 2^o de 1984, para adelantar el juicio por los trámites más restrictivos y desfavorables como son los establecidos en el Decreto 180 de 1988, creado para comportamientos punibles diferentes al que es objeto de juzgamiento.

“En efecto:

“La Ley 2a. de 1984, creó en su artículo 1^o unos jueces especializados con categoría de jueces del Circuito a quienes atribuyó el conocimiento de los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo y señaló en su artículo 1^o y siguientes un procedimiento igualmente especial para su juzgamiento. Tal competencia se ratificó en el Decreto 2829 del mismo año.

“Con posterioridad el Gobierno en uso de facultades extraordinarias de estado de sitio, dictó el Decreto 180 de 1988, o estatuto antiterrorista, por el cual con el fin de restablecer el orden publico se modificaron algunas disposiciones del Código Penal, se tipificaron ciertas conductas ilícitas como antiterroristas y se creó un procedimiento especial breve y sumario para su juzgamiento.

“El Decreto 474 de 1988, al determinar la competencia de los jueces de orden público, creados por el Decreto 1631 de 1987, les atribuyó el conocimiento de los delitos contemplados en dicho estatuto, que serían juzgados por los trámites en él señalados y en su artículo 23 mantuvo la competencia de los jueces especializados para conocer de los siguientes delitos:

“a) De los señalados en los artículos 32, 33, 34 y 35 de la Ley 30 de 1986 y conexos.

“b) De los delitos de extorsión con excepción del referido en el artículo 25 del Decreto 180 de 1988.

“c) De los delitos de secuestro a que se refieren los artículos 268 (secuestro extorsivo) y 269 (secuestro simple) del Código Penal y el artículo 22 del Decreto 180 de 1988, con excepción del secuestro consagrado en el artículo 1º (debe entenderse 2º de dicho decreto).

“De acuerdo a esta normatividad, la ley mantuvo la competencia para conocer de los delitos de secuestro en los jueces especializados y sólo otorgó competencia al juez de orden público para el secuestro terrorista, es decir, el consumado en sujeto pasivo cualificado, como magistrado, juez, gobernador, intendente, alcalde miembro del Congreso, etc.

“De manera que, para los delitos de secuestro simple y secuestro extorsivo, la competencia la siguieron conservando los jueces especializados quienes debían adelantar el juzgamiento por las normas de la Ley 2º de 1984.

“En el caso que se examina, se trata de un delito de secuestro extorsivo en sujeto pasivo no cualificado ni realizado con fines terroristas, tipificado en el artículo 268 del Código Penal y por tanto, de competencia de los jueces especializados y juzgados por las normas de la precitada Ley 2º, pues los hechos ocurrieron el 24 de octubre de 1988, en vigencia de todas las normas citadas y analizadas anteriormente. Es entonces manifiesta la violación de las normas constitucionales y legales que garantizan la legalidad del juzgamiento”.

“En relación con el caso debatido y como ya se había anticipado con anterioridad, razón tiene el impugnante - representante del Ministerio

Público de la instancia -, porque claramente se encuentra demostrado que el delito de secuestro aquí investigado nada tiene que ver con los motivos de perturbación, puesto que se trata por el contrario, por lo menos en su motivación de finalidades nobles, esto es la situación de una mujer frustrada en sus ansias de maternidad, y para efectos de conservar la relación estable con el concubinario quien deseaba tener un hijo, decide secuestrar la niña y así conservar su estabilidad marital. Ni por su motivación, ni por la forma circunstancial en que se realizó, ni como se ejecutó en el tiempo, se puede pensar en una conducta, que de alguna forma perturbara el orden público, o que creara especiales motivos de inquietud o zozobra entre los miembros de la comunidad; pues debe recordarse que la dinámica criminal utilizada, fue la de buscar la amistad de la madre, frecuentarla durante varios meses en su casa y luego aprovechando tal amistad decirle que iba a comprar leche para la niña y llevarse a ésta sin que volviera a aparecer.

“Es evidente que el secuestro existió, pero que el proceso de adecuación típica no debe predicarse de las figuras previstas en el Decreto 180, puesto que en ningún momento, ni en la motivación del sujeto activo del mismo existió animo terrorista, ni en su ejecución, pues no se utilizaron medios que pudieran crear zozobra o una especial situación de inseguridad de los ciudadanos y tampoco en su desarrollo pues durante el tiempo que la menor permaneció en su poder fue cuidada como si realmente fuese la hija de la procesada y tampoco fue ejecutado sobre ninguna de las personas enumeradas en el artículo 1º del Decreto 474 de 1988.

“Si no se dan las circunstancias sociales y políticas necesarias para que la conducta objeto de juzgamiento sea ubicable dentro de las previsiones del Decreto 180, es necesario concluir entonces que la adecuación acertada es en el artículo 269 del Código Penal con las agravaciones previstas en el artículo 270, numerales 1 y 3 por haberse ejecutado en menor de 16 años y por haberse consumado en más de treinta (30) días.

“Es necesario resaltar, que la Sala con anterioridad había tomado decisiones contrarias a las que hoy se precisan con esta providencia de ampliación a la interpretación esbozada el 6 de junio de 1990 ya transcrita y como tal es indispensable recordar los fallos anteriores que se varían y explicar un poco más ampliamente las razones de la

aclaración jurisprudencial. Dijo la Corte, con ponencia del doctor Jorge Carreño Luengas:

“El artículo 22 del Decreto 180 de 1988, dice:

“Secuestro. El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de quince (15) a veinte (20) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos”

“Por virtud del inciso 2º del artículo 2º del Decreto 181 de 1988, el conocimiento de ese delito fue atribuido a la jurisdicción de orden público. Sin embargo, el 16 de marzo se expidió el Decreto 4747 (Por el cual se organiza la jurisdicción de orden público, se establecen nuevas competencias y se dictan otras disposiciones), cuyo artículo 23 es del siguiente tenor:

“Mientras subsista turbado el orden público los jueces especializados conocerán en primera instancia de los siguientes delitos:

“1. De los delitos establecidos en los artículos 32, 33, 34 y 35 de la Ley 30 de 1986 y conexos.

“2. De los delitos de secuestro a que se refieren los artículos 268 y 269 del Código Penal y el artículo 22 del Decreto 180 de 1988, con excepción del secuestro consagrado en el artículo 1º de este decreto.

“Cuál es el secuestro previsto en el artículo 2º (no artículo 1º como dice equivocadamente el texto) del Decreto 4747. El secuestro simple y el secuestro extorsivo cometidos en determinados sujetos pasivos, que el inciso 1º selecciona en atención al cargo que desempeñen, a su profesión, a su liderazgo político o sindical, o a sus ideas políticas. El secuestro que tenga por objeto alguna de estas personas es de competencia de los jueces de orden público, dice expresamente el citado artículo 2º del Decreto 474.

“Es decir que los secuestros que recaigan sobre sujetos no incluidos en el referido elenco, escapan a la jurisdicción de orden público, para caer en competencia de los juzgados especializados.

“Destaca la Sala que en relación con la vigencia de los artículos 268 y 269 del Código Penal, acierta el juzgado Treinta y Cinco de Instrucción Criminal al sostener que dicha vigencia está suspendida por los artículos 22 y 23 del Decreto 180 de 1988, que recogieron en su normatividad, con modificaciones e incrementos de pena, lo que ellos preveían.

“La referencia que aquellos textos (arts. 268 y 269 del Código Penal) se hace en el Decreto 474 de 1988, artículo 23-2, no puede interpretarse en el sentido de que el mismo legislador extraordinario los considere vigentes. Esta alusión se explica porque el Gobierno consideró conveniente mantener la competencia de los jueces especializados para conocer de los secuestros que se habían cometido con anterioridad a la vigencia del Decreto 180 de 1988, o sea de los contemplados en los artículos 268 y 269 del Código Penal, que no podían subsumirse en una norma posterior claramente desfavorable (arts. 22 y 23 del citado Decreto 180). En otros términos, lo que el texto que se comenta dispone es que los jueces especializados seguirán conociendo de los secuestros cometidos antes de entrar a regir el Decreto 180 de 1988, cuya tipicidad y pena consagran los artículos 268 y 269 del Código Penal, y que también conocerán de los secuestros que se cometan con posterioridad a la suspensión de la vigencia de tales normas, los cuales se encuentran tipificados y punidos en los artículos 22 y 23 del multicitado Decreto 180, normas estas que, se repite, suspendieron la vigencia de las correspondientes y ya referida del Código Penal. De esta competencia se excluye, como ya se anotó, el secuestro cometido en cualquiera de las personas o por los móviles o finalidades que se determinan en el artículo 2º del Decreto 474 de 1988, el cual es de competencia de la jurisdicción especial en orden público”.

“La anterior decisión fue reiterada el 12 de diciembre de 1988 con ponencia del doctor Guillermo Duque Ruiz y el catorce de febrero de mil novecientos ochenta y nueve con ponencia del doctor Gustavo Gómez Velázquez.

“En providencia de 24 de febrero de 1989, al decidir una colisión de competencias entre juez especializado y otro de orden público, la Sala sostuvo:

“En el caso presente, como se resaltaba atrás, se ha acreditado la calidad de miembro de una asociación profesional y de una agrupación presuntamente equiparable a un comité cívico, pero nada hay en el expediente que diga que ... era dirigente de esas dos o de alguna de las juntas profesionales, razón por la cual no puede considerarse como una de aquellas personas a que taxativa y especialmente hace referencia el artículo 2º del Decreto 474 de 1988, concluyéndose, por este aspecto, que la competencia para adelantar el juzgamiento no corresponde a los jueces de orden público sino a los funcionarios denominados jueces especializados en virtud de lo dispuesto en la Ley 2º de 1984.

“Debe advertir la Sala, además, que aún cuando esta calidad objetiva se hallara comprobada, en el caso particular sometido a estudio no se podría atribuir la competencia a los jueces de orden público. En efecto, si bien el artículo 2º del Decreto 474 de 1988 establece que a tales funcionarios corresponderá el conocimiento en primera instancia de los procesos por delitos de secuestro extorsivo y homicidio, entre otros, que se cometan contra un dirigente de comité cívico, a más de otros cargos o calidades, para que aquellos jueces pueden conservar la competencia de juzgamiento se requiere que el delito cometido con el sujeto pasivo calificado lo haya sido precisamente en razón a su investidura y no con base en cualquier otra motivación (como se evidencia en el presente caso) - excluido, claro está, el motivo de las creencias u opiniones políticas partidistas o no -, porque de otra forma perdería estructura la codificación que recoge tales comportamientos y se contraría la filosofía que inspiró la jurisdicción de orden público.

“Piénsese por un momento en el homicidio que se cometa en contra de un profesor universitario por razones de celos del esposo traicionado. En esta hipótesis, el homicidio no tiene relación alguna ni con el cargo del occiso ni con las creencias u opiniones políticas, partidistas o no, y por ello debería concluirse que la calidad del sujeto pasivo no puede ser factor determinante de la competencia de los jueces de orden público, quienes están llamados a reprimir la conducta que alteren en especial forma el orden público en razón a las situaciones de zozobra o terror en que pueda colocarse la totalidad de la población o parte de ella. La atribución de juzgamiento en el ejemplo que se analiza, estaría atribuida a los jueces de instrucción criminal durante la etapa del sumario, y a los jueces superiores en su fase del juicio, porque la víctima necesariamente debe ser considerada como un ciudadano

común y el delito como de aquellos que si bien perturban el orden público, no lo hacen dentro de las motivaciones que dieron origen a la expedición de los Decretos 180 y 474 de 1988 y demás que los complementan.

“Similar situación se presenta en el caso bajo estudio de la Sala. De aceptar, lo que no se ha comprobado, que el sujeto pasivo era dirigente de un comité cívico o gremial, nada existe en el expediente que haga siquiera pensar que por esa calidad y en razón a ella se cometieron contra la persona de ... las infracciones de secuestro extorsivo y homicidio. Muy por el contrario, de lo hasta ahora actuado parece abrirse paso como verdad procesal el hecho de que, aprovechando algunos gustos personalísimos de la víctima por sujetos de su mismo sexo, uno de sus amigos ideó la comisión de los delitos sin otra consideración que la obtener algunos pesos y eliminar el interfecto para borrar toda huella de su acción delictuosa. Así estructurados los hechos, como hasta el presente se acreditan, no puede atribuirse el juzgamiento a los jueces de orden público, sino que la competencia radica en los juzgados especializados” (M. p. doctor Edgar Saavedra Rojas).

“Si se tiene en cuenta las reflexiones que de manera reiterada a dado la Sala para captar a cabalidad el alcance de las normas previstas en el Decreto 180 y en razón de las motivaciones sociales y políticas que tuvo el ejecutivo para dictarlo es entonces claro concluir que cuando el numeral segundo del artículo 23 del Decreto 474 de 1988 hace relación a los artículos 268 y 269 del Código Penal es porque el legislador consideró que dichas normas continuaban vigentes de manera paralela a las previsiones que sobre el secuestro aparecen en los artículos 22 y 23 del Decreto 180 y el artículo 1º del Decreto 474 y no como se afirma en la jurisprudencia que se ha modificado, que es para indicar que la justicia ordinaria seguiría conociendo de los delitos de secuestro que se hubieren cometido con anterioridad a la vigencia del Estatuto para la defensa de la democracia.

“De aceptarse la tesis que en ocasiones venía sosteniendo la Sala, de la suspensión de los artículos 268 y 269 del Código Penal por las disposiciones del Decreto 180 de 1988, debería concluirse en la inexecutablez del decreto mencionado, puesto que en esta forma las previsiones de los artículos 22 y 23 no guardarían conexidad con los

motivos que tuvo el ejecutivo para declarar turbado el orden público en todo el territorio nacional, lo que resulta imposible debido al pronunciamiento que la Sala Plena de esta Corporación hizo con referencia a la citada legislación de excepción.

“Se entiende ahora que cuando se dictó el Decreto 180 que preveía el delito de secuestro con similar estructura típica a la del Código Penal (secuestro simple, art. 269), pudiera aceptarse esta interpretación, porque si se trataba de dos normas que prevén una misma conducta, pero una con mayor penalidad, era evidente concluir que la correspondiente a la legislación ordinaria, necesariamente estaba suspendida por decisión tácita del decreto de estado de sitio. Pero esta duda interpretativa que hubiera podido surgir inicialmente, se despeja para acoger la segunda interpretación, que ahora se reitera, porque si esa hubiese sido la intención del legislador, así lo hubiera manifestado expresamente, esto es, hubiera indicado que la competencia para acoger los jueces especializados en relación con los delitos de secuestro previstos en los artículos 268 y 269 del Código Penal, era en relación con los delitos cometidos antes de la vigencia de la legislación extraordinaria; pero como evidentemente esto no se afirma en la ley, no puede el exégeta darle alcances superiores a los contenidos en la propia norma.

“El compartir la jurisprudencia anterior implicaría desconocer una realidad procesal evidente en cuanto a las competencias para efectos de reconocer la subsistencia o vigencia de los artículos 268 y 269 del Código Penal porque dentro de tal criterio se podrían proponer varios interrogantes que no tendrían respuesta de perseverarse en la doctrina que ahora se precisa o que necesariamente llevarían a reconocer la vigencia de tales normas ordinarias.

“¿Los secuestros cometidos en personas diversas a las enumeradas en el artículo 1º del Decreto 474 de 1988 por qué funcionario serán conocidos?

“¿Cuáles serán los funcionarios competentes para conocer de los delitos de secuestro de las personas enumeradas en la norma antes citada, pero cuando las motivaciones de los agentes sean diversas a la de sus creencias u opiniones políticas, partidistas o no? ¿Cual el funcionario competente para conocer del delito de secuestro cuando no

tenga motivaciones terroristas, ni ánimos de crear zozobra o desasosiego social?

“Es evidente que los artículos 268 y 269 del Código Penal siguen vigentes, a pesar de la existencia del artículo 22 del Decreto 180 y del 1º del Decreto 474 de 1988.

“Es igualmente evidente que cuando el numeral 2º del artículo 23 del Decreto 474 de 1988 menciona los artículos 268 y 269, no es para conferirles competencia a los jueces especializados en los delitos de secuestro cometidos antes de la legislación de estado de sitio como se había afirmado, sino para señalar la facultad de juzgamiento en la justicia ordinaria de las otras formas de secuestro que por no quedar comprendidas en los artículos 22, 23 del 180 y 1º del 474, necesariamente lo están en los artículos 268 y 269 por ello y en relación con el caso concreto motivo de análisis, se ha de concluir que desde la perspectiva de la competencia el proceso estuvo bien fallado, en cuanto lo fue por un juzgado especializado y en segunda instancia por el Tribunal del Distrito Judicial de Cali. Pero lo que no acaba de entender la Sala es que siendo justicia ordinaria se haya aplicado una norma (art. 22 del Decreto 180 de 1988) que es competencia exclusiva de los funcionarios de orden público. Siendo coherentes o se ha debido declarar incompetente y remitirlo a los jueces de orden público, o si, como lo hizo se creía competente, ha debido dar aplicación al artículo 269 del Código Penal.

“En las condiciones anteriores ha de concluirse, que efectivamente se ha presentado una infracción directa a la ley penal, como acertadamente lo propone el censor, por aplicación indebida de los artículos 22 y 23 del Decreto 180 de 1989 y consecuentemente se ha de casar parcialmente la sentencia, en cuanto hace relación con el delito de secuestro y en tales condiciones tal como lo dispone el numeral 1º del artículo 229 del Código de Procedimiento Penal se procederá a dictar el fallo de remplazo.

COMENTARIOS

Agrega la Corte bajo la preceptividad analizada que el secuestro con fines terroristas lesiona de manera adicional o complementaria el bien jurídico de la seguridad pública. Hemos identificado este interés

materia de tutela penal en sentido general entendiendo que seguridad es antónimo de peligro, ambos conceptos juegan papel importante para la determinación; los comportamientos que lo amenazan o lesionan serán típicos en cuanto generan un peligro presunto para "el público", para la comunidad en sentido abstracto o para un número amplio e indeterminado de sus miembros. Estas conductas representan una virtualidad de daño o lesión de intereses jurídicos cuya titularidad se encuentra radicada en todos y cada uno de los miembros de la sociedad. La seguridad subjetiva: convicción íntima de cada asociado que no teme la producción de evento dañoso para sí; es la tranquilidad o desprevenición en el actuar social del individuo. Sentimiento y convicción que ve como lejana la posibilidad de ser víctima de un perjuicio.

La seguridad objetiva: estabilidad y control de las causas o factores que tienen la potencialidad de afectar el desenvolvimiento armónico y normal de la vida social. Se presenta como fruto inmediato de la actividad preventiva y represiva del Estado, que tiene su fuente en la obligación suprema de garantizar la vida, honra y bienes de todos los coasociados (art. 2 C.N.). En su aspecto axiológico la seguridad o inseguridad objetiva se presentan como un reflejo del grado de respeto que tienen en un determinado momento los valores primarios ético-culturales intrínsecos a la vida en sociedad. Clásicamente se considera que la seguridad -en sus aspectos objetivo y subjetivo- es una de las finalidades del pacto social; dentro de la concepción demoliberal el hombre entrega al Estado su soberanía para obtener seguridad.

TEMA X. SECUESTRO EXTORSIVO. SECUESTRO SIMPLE. “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”. 2º TORTURA. Definición. El legislador no define la tortura consagrada como tipo penal residual, ni como circunstancia específica de agravación punitiva”.

“Haciéndose consistir el cargo de aplicación indebida e inaplicación de los tipos de secuestro extorsivo y secuestro simple respectivamente, en que el primero consagra como ingrediente subjetivo el propósito de hacer una exigencia de utilidad o provecho ilícitos, no referido en el

segundo, y que de acuerdo a la demostración en el fallo se establece que el secuestro de ... obedeció a exigir de su padre el pago de una deuda a ..., lo cual, de acuerdo con los términos de la censura, es lícito o debido, no cabe duda que el no puede prosperar.

“La fundamentación en tales términos, parte de un supuesto confuso y falso. En relación con lo primero, como con todo acierto lo advierte el Procurador Delegado, se equivocan los conceptos de ingrediente o elemento subjetivo del tipo con el normativo, pues si la diferencia en la configuración de las disposiciones para el recurrente radica en la ilicitud de la exigencia misma y no al particular ánimo con que se obra, el cual, según se argumenta, sería de la estructura de las dos formas de secuestro en discusión.

“Empero, lo realmente fundamental en la apreciación del planteamiento del actor, es que la ilicitud de la utilidad o provecho a que se refiere como integrante del tipo de secuestro extorsivo, no la contempla la norma. Ella, en términos textuales, dispone que “el que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo o con fines publicitarios de carácter político, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años”, mientras el secuestro simple, según la respectiva disposición, lo realiza quien “... con propósito distinto a los previstos en el artículo anterior (el de secuestro extorsivo), arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años”.

“Como se puede ver, no contemplan estas preceptivas referencia alguna a la ilicitud de la exigencia, bastando en el secuestro extorsivo el ánimo o propósito de obtener utilidad cualquiera en la privación de la libertad de una persona para su estructuración, mientras en el secuestro simple, por exclusión, un propósito distinto.

“Así, pues, demostrado en el proceso que el secuestro de ... obedeció al propósito de exigir de su progenitor el pago de una deuda, indiscutible resulta que se buscaba la obtención de una utilidad que indiferente en su existencia y legitimidad, hace que el hecho corresponda al supuesto previsto en el tipo de secuestro extorsivo en el que fue subsumido por el sentenciador.

“Esto corresponde, por supuesto, a la lógica de un sistema fundado en la protección de bienes jurídicos previamente configurados. De acuerdo con ella, si a través del tipo de secuestro se pretende la tutela de la libertad, mal puede condicionarse ese objetivo a la presencia o ausencia de valoraciones que lo harían irrealizable, como se pretende en los planteamientos de la demanda. una exigencia de que la utilidad propuesta con el secuestro sea ilícita, implicaría la autorización de que puede privarse de la libertad a una persona para demandar el cumplimiento de prestaciones lícitas, con lo cual el tipo estaría paradójicamente, prohibiendo y permitiendo la conducta en postura verdaderamente absurda.

“No existiendo, entonces, error en la selección de la norma a la cual fue llevado el comportamiento del sentenciado ..., para su juzgamiento, ha de concluirse que el cargo no prospera.

“En cuanto a la indebida aplicación de la circunstancia de mayor punibilidad contemplada en el artículo 270.2 del Código Penal, por haberse sometido a la víctima a tortura física y moral que plantea la demanda y prohija al Delegado, encuentra la Corte como la tortura consagrada como tipo penal residual (art. 279 del C. P.) ora como circunstancia específica de agravación punitiva (art. 270.2 ibídem), no la define el legislador, quedando entonces a criterios razonables señalar cuando se está en presencia de tal modalidad que afecta la autonomía de las personas.

“La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes que ha iniciativa de las Naciones Unidas se realizó, incorporada al derecho interno en la Ley 70 de 1986, entiende por “tortura”: “Todo acto por el cual se inflija intencionalmente dolores o sufrimiento graves, ya sean físicos o mentales con el fin de ... intimidar coaccionar a esa persona o a otras... No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

“De este concepto se desprende la clasificación conocida en física, cuando el sufrimiento infringido es corporal y moral o psíquico, cuando se produce el dolor internamente así sea para infundirle miedo o simplemente, de hacerle sentir una expiación mas grave que el despojo de su libertad. Este tipo de tortura, no obstante tener muchas

particularidades, casi siempre se consuma con la simple advertencia de un mal con probabilidad de ocurrencia, pues lo que cuenta es que la amenaza logre un estado de desazón interior que afecte la normalidad psicológica de la víctima, como lo reconoce la mayoría de los doctrinantes.

“Con base en la perspectiva anterior, si bien la Corte halla razonables los argumentos que se exhiben para descartar la tortura física, no los comparte respecto a la psíquica o moral, cuya demostración no admite duda, pues al secuestrado siempre se le advirtió que sería muerto si su padre no pagaba “lo debido”, mal futuro con probabilidades de ocurrencia, dadas las circunstancias que mediaron en la ilícita aprehensión, y que su normalidad psicológica estaba afectada, no cabe duda dada la forma en que pidió auxilio una vez logró liberarse de sus ataduras. y no se diga, que amenaza de tal naturaleza es “elemento natural como suele cumplirse el secuestro”, pues lo abominable del delito es la sola pérdida de la libertad con fines innobles, no la amenaza latente de un mal mayor que genera miedo, desazón y angustia, más aún, cuando lo exigido no dependía del secuestrado satisfacerlo para evitar al menos la realización de la amenaza”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia, Acta No. 77, 30-10-91, t. CCXI, p. 477).

COMENTARIOS

A la luz de la legislación proveniente de 1980 hemos comprendido el tipo de tortura como de mera conducta, lesión, conducta permanente, pluri-ofensivo y subsidiario en atención a que su aplicación depende de que con la realización de la conducta no se configure tipo penal que prevea sanción más grave; esta característica elimina diversas posibilidades de concurso material. También hemos referenciado la conducta tipificada como atormentar, infligir suplicio, sufrimiento, castigo corporal o padecimiento síquico; tradicionalmente se ha utilizado como medio para la obtención de confesiones o declaraciones, dada su eficacia y como el domino o sometimiento de la voluntad del sujeto pasivo. La norma no exige ninguna finalidad especial de la acción esta puede ser simple complacencia sádica del agente, obtener provecho económico y obtener informaciones del sujeto pasivo. La finalidad propuesta por el agente, la forma de ejecución y las consecuencias de la conducta pueden determinar su adecuación a tipos penales diversos dado el carácter subsidiario de la

presente infracción, tal como se explicó anteriormente. El tormento realizado sobre el sujeto pasivo puede ser físico moral, será físico si se dirige a producir dolor muscular o alteraciones fisiológicas, será moral si se orienta a la esfera síquica de la víctima. La producción de dolor o sufrimiento y el avasallamiento de la voluntad constituyen la esencia del delito, que necesariamente se han de valorar en concreto respecto del sujeto pasivo; no es posible establecer parámetros que determinen cuando la intensidad del dolor producido genera el doblegamiento de la voluntad, ni cuando se pasa de la simple molestia o incomodidad al verdadero tormento.

TEMA XI. SECUESTRO EXTORSIVO. DELITO CONSUMADO. “No es elemento para la consumación del delito de secuestro extorsivo la obtención del provecho o utilidad”.

“1. Demanda presentada en nombre de ...:

“El error que se alega, consistente en haberse aplicado indebidamente el tipo de secuestro extorsivo, contemplado en el artículo 268 del Código Penal, por estimar que los hechos correspondían al delito consumado, cuando él en su desarrollo sólo alcanzó la forma tentada, lo cual condujo a dejar sin aplicación el artículo 22 ibidem, para el caso en estudio, no corresponde.

“Es, el delito de secuestro, en su modalidad de extorsivo, de aquellos denominados de resultado, el cual se expresa en su forma consumada al producirse la privación de la libertad de locomoción de la víctima, con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo con fines publicitarios de carácter político, sin que sea indispensable la obtención efectiva del provecho o utilidad en mención, los cuales de no producirse, como ya tuviera ocasión de precisarlo la Sala en Casación número 3032 de 17 de enero de 1989, Magistrado ponente doctor Duque Ruiz, harían que la conducta no se agotara, dejando intacta su consumación.

“En este último aspecto, precisamente, radica la confusión del impugnante en la formulación del cargo. Equipara las nociones de consumación y agotamiento del hecho, para hacer trascender la realización de los elementos del tipo - consumación - a la satisfacción material de toda clase de intención propuesta - agotamiento - lo que

permite plantear que en cuanto no se entregó el dinero exigido por los secuestradores, el hecho corresponde a su forma tentativa.

“Pero, como viene de verse, no siendo elemento para la consumación del delito en examen la obtención de los beneficios indicados en la norma, los cuales operan a manera de ingrediente subjetivo como propósito, motivo o finalidad en la conducta de privar de la libertad a otro, débese concluir la inexistencia de error en la selección del tipo de secuestro extorsivo consumado, para llevar a él la realidad factica acreditada en el proceso.

“En efecto; nadie discute y de hecho así acontece, que el 15 de septiembre de 1987, ... fue retenido ilegalmente por cuatro sujetos quienes lo mantuvieron en cautiverio desde aproximadamente las once de la mañana hasta las cinco de la tarde en que fue rescatado por una patrulla de la policía al mando del Teniente

“Del mismo modo, aparece acreditado con carácter indiscutible que por la liberación de ... sus captores exigieron un millón de pesos, de los cuales la mujer de éste, ..., sólo pudo conseguir doscientos noventa mil los que una vez llevó a los secuestradores le fueron rechazados y enviada a obtener una cantidad mayor, oportunidad en la que dio cuenta de los hechos a las autoridades.

“Esto significa, entonces, que desde el punto de vista de los elementos indicados en el tipo de secuestro extorsivo, en el artículo 268 del Código, la conducta aquí juzgada y por la cual se condenó al impugnante ..., corresponde en su totalidad a la forma perfecta o consumada allí recogida, razón por la cual su aplicación indebida y consecencial falta de aplicación de la forma de tentativa prevista en el artículo 22 del Código Penal que se alega no posee fundamento.

“Las citas jurisprudenciales que en apoyo de su tesis hace el recurrente, resultan inoportunas en cuanto hacen referencia al delito de extorsión y no al de secuestro extorsivo, razón por la que, como lo advierte la Corte en la decisión antes citada, los fundamentos para afirmar la tentativa en un caso no pueden ser los mismos para el otro, pues no solo se trata de tipos penales de estructura distinta, sino que a través de ellos se tutelan bienes jurídicos diferentes, como que mediante el secuestro se atenta contra la libertad individual, lo cual hace diferente

para su consumación el daño a otro bien jurídico, mientras que en la extorsión se atenta contra el patrimonio económico, motivo por el que la ausencia de un resultado de tal naturaleza, al hacer, omitir o tolerar algo de connotación patrimonial, como se dijo en casación de 8 de abril de 1986, deja la extorsión en su forma de tentativa.

“El cargo no prospera.

“2. La demanda en nombre de ...: Ciertamente, como lo plantea el Procurador Delegado en su concepto, incurre el casacionista en contradicción al formular los cargos en esta demanda. Sin embargo, esta contradicción no surge de la simple propuesta de la causal de nulidad y de violación de la ley sustancial, en cuanto entraña la afirmación y negación de la validez del proceso, lo cual, ha sido entendido por la Sala, es factible de ser propuesto, siempre que en ello se cumplan las prescripciones del artículo 224-3, inciso 2º, es decir, que cada una de las causales corresponda a fundamentos propios y sean expresadas en capítulos separados.

“El problema que ofrece la demanda en examen, es bien distinto.

“Aquí el casacionista utiliza un mismo fundamento, el cual niega y afirma en relación con cada uno de los cargos, Así, refiriéndose a la nulidad, denuncia la omisión en la práctica de una prueba de reconocimiento en fila de personas a su cliente, la que habría conducido a acreditar su inocencia en los hechos y que le fue negada con la razón de que resultaba superflua, entre otras cosas, porque el procesado ya aparecía identificado e individualizado a través del informe del folio 8 del cuaderno principal. No obstante esto, funda el cargo de violación indirecta de la ley sustancial, en que la diligencia de reconocimiento del folio 8, adolece de vicios de legalidad en su formación, motivo por el cual se incurrió en error de derecho al tenerse como única prueba para demostrar la responsabilidad de

“Alegación de tal factura, evidencia como sobre una misma circunstancia, el reconocimiento del procesado, se elaboran dos ataques al fallo de modo excluyente, pues no puede ser que se parte de la inexistencia de reconocimiento al procesado para pretender la invalidación del proceso y, así mismo, admitir su existencia, aunque con ilegalismos en su asunción, para, conforme a ella, atacar la

apreciación que de tal medio se hizo en cargo de violación indirecta de la ley sustancial.

“Al así proceder, se inobserva el principio lógico de no contradicción y por ende, se incurre en desacierto técnico en la elaboración de la demanda, comprometiendo muy seriamente el éxito del recurso.

“Ahora bien: Débese destacar que en relación con la proposición y desarrollo de la causal de nulidad, yerra el censor al no señalar las disposiciones que tutelan los derechos vulnerados de acuerdo con su planteamiento y como tal vulneración reportó consecuencias desfavorables al sentenciado, pues simplemente se limita a sostener que de haberse practicado el reconocimiento de su cliente habría acreditado su inocencia.

“En este sentido, no puede menos la Sala que identificarse con el razonamiento de la Procuraduría cuando sostiene que el recurrente no podía cumplir con una tal exigencia, ya que se basa en situaciones no existentes en el proceso, como que la prueba de reconocimiento se negó sobre la base de que resultaba superflua en cuanto no se necesitaba frente a la identificación e individualización del procesado por medio del informe suscrito por el Capitán ..., visible en el folio 8 del cuaderno principal.

“Y, si esto es así, la falta de la prueba echada de menos por el censor, no posee la virtualidad de modificar, en sentido opuesto al declarado en el fallo, la situación del procesado

“No prospera el cargo.

“El rechazo a la censura consistente en que se violó la ley sustancial por modo indirecto, al incurrirse en error de derecho por falso juicio de legalidad, debido a que se tuvo como prueba el “reconocimiento” al procesado ..., cuando él adolece de vicios en las formalidades para su validez, se impone desde la consideración del supuesto equivocado del cual parte el recurrente.

“Asume, en la proposición y desarrollo del cargo, que la diligencia del folio 8 del cuaderno principal, en el cual se señala a ... como uno de los agentes de hecho, es de reconocimiento en fila de personas y conforme

a los ritos que él debe reunir, según la ley, pretende demostrar ilegalidades en su producción. No obstante, como ya fuera advertido, con mucha anterioridad al fallo, precisamente para negar la práctica del reconocimiento solicitado por el defensor en que se funda la nulidad anteriormente descartada, se estableció que el reconocimiento en fila de personas no es el único medio para identificar una persona y que el procesado en mención ya estaba identificado mediante el “informe” del folio 8 del cuaderno principal.

“Con ese mismo carácter, fue tomado en el fallo, lo cual obliga al recurrente, si de atacarlo se trataba, a tener que aceptarlo con la naturaleza reconocida por el sentenciador, es decir, como informe, pues si lo toma como reconocimiento, sin duda se esta refiriendo a un dato probatorio distinto y no contemplado, frente al que no sería dable discutir si reúne o no las formalidades para su validez.

“Este desacierto, indefectiblemente hace fracasar el reproche, el cual, en su desarrollo, no corresponde a la formulación de una proposición jurídica completa, en cuanto se omite indicar las normas sustanciales que resultan infringidas a consecuencia de la violación medio de las normas probatorias señaladas”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia, Acta No. 050, 30-07-91, t. CCXI, p. 132).

COMENTARIOS

La clasificación de los tipos penales que los distingue como de daño o lesión y de peligro se fundamenta en el bien jurídico según sea lesionado por la acción, o simplemente se cree el peligro de esa lesión. Los delitos de peligro se dividen, a su vez, en delitos de peligro abstracto y de peligro concreto. Son delitos de peligro abstracto aquellos que la ley ha tipificado por su carácter, en general peligroso para los bienes jurídicos en los cuales no es necesario que la creación del peligro se encuentre efectivamente probada por su consumación. Desde el punto de vista de las exigencias típicas para la consumación del delito los delitos se dividen en formales o materiales, clasificación que se ha sustituido moderadamente por la de delitos de pura o predominante actividad y de resultado. En los primeros, la consumación típica del delito se produce con la simple conducta del agente sin ninguna otra exigencia. Son delitos materiales o de

resultado los que exigen para su consumación típica la producción de un acontecimiento material que se añade, como consecuencia, a la conducta del agente. El homicidio, por ejemplo, en todas sus formas, el hurto o el robo, etcétera.

Estos delitos, como los de peligro, admiten o no la tentativa si concretamente son unisubsistentes.

Finalmente, en los delitos bilaterales la acción típica requiere para su consumación la acción de dos personas distintas, tal. Los delitos de acción doble exigen dos acciones concurrentes.

Los diversos objetos jurídicos que el legislador ha decidido tutelar penalmente se enmarcan en nuestra disciplina de una manera jerárquica, determinándose con ello diversos grados o escalas de protección; no todos los bienes jurídicos consagrados positivamente en nuestro ordenamiento tienen protección penal así, el derecho a la educación, la libertad de enseñanza, la igualdad de acceso a la cultura, por ejemplo, son tutelados frente a eventuales vulneraciones o atentados mediante mecanismos diversos de la consagración típica y amenaza punitiva.

De la misma forma los derechos considerados dignos de tutela penal no adquieren protección integral, total o absoluta, ella se les brinda únicamente frente a conductas atentatorias o lesivas que han sido determinadas como de especial gravedad. Múltiples pueden ser los atentados contra la administración Pública, administración de Justicia, familia, patrimonio económico, que no han sido incriminados en nuestra normatividad penal. Pues bien, lo anterior nos lleva a concluir que los bienes jurídicos en un determinado ordenamiento tienen diversos grados de importancia, de acuerdo con la política legislativa adoptada. Una manera de observar empíricamente la referida gradación es el alcance de la protección al objeto jurídico que tienen los diversos tipos penales que lo tutelan. Así, los derechos considerados por el legislador de gran importancia y merecedores de especial valoración son protegidos penalmente antes de su efectiva vulneración mediante la tipificación de conductas que simplemente atentan contra ellos o los ponen en peligro; de la misma manera frente a otros intereses el legislador espera su efectiva violación y aún su aniquilamiento para proceder a incriminar la

respectiva conducta. Lo anterior ha llevado a elaborar la división de los tipos penales en tipos de peligro y tipos de lesión según el alcance de la protección que ellos brindan.

No obstante el anterior criterio general debemos hacer al respecto dos precisiones. En algunas ocasiones la forma típica de peligro o lesión es exigencia de la propia estructura del derecho protegido; así, bienes jurídicos objetivos y concretos suelen ser tutelados mediante tipos cuya configuración conlleva su vulneración -lesión- es el caso del derecho a la vida, al patrimonio, a la libertad individual; entre tanto bienes jurídicos de naturaleza abstracta y un tanto inmaterial poseen tipificaciones que incriminan el simple atentado o puesta en peligro, son los casos de intereses como la administración pública, la administración de justicia, la familia, la seguridad pública.

Consideramos que ambos criterios han de ser tenidos en cuenta a la hora de redactar, interpretar o aplicar, los tipos penales bajo las formas de peligro o lesión; de una parte la política legislativa debe realizar gradación sistemática del orden de importancia que va ha otorgar a los diversos objetos de tutela y la técnica legislativa debe también examinar y respetar la estructura y naturaleza de los diversos derechos a los cuales va a brindar protección penal.

Otra institución que coayuva a la determinación de los ordenes o grados de protección penal frente al bien jurídico, es la tentativa, cuyo estudio detallado reservamos para el próximo capítulo, ella al incriminar la ejecución delictual imperfecta, brinda lato senso, tutela al simple atentado que no ha alcanzado a producir el resultado lesivo exigido por los tipos que la admiten.

EL DELITO DE EXTORSIÓN

LA ACCIÓN, HIPÓTESIS DE CONCURSO Y DIFERENCIACIÓN

Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra.

I. LA ACCIÓN

En este tipo el verbo determinador es simple: constreñir. Expresión que 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.

1) Sentidos gramatical y ontológico

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 (TOCORA, Fernando, Derecho penal especial, p. 100 incurre en esta confusión); 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.

2) La violencia incorporada

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.

3) Características específicas

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". (PEREZ, Luis Carlos, Derecho Penal, t. V., p. 435)

4) Las finalidades y resultado del constreñimiento

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 consciente dirigido a la obtención de un resultado (FRIAS CABALLERO, Jorge, Teoría del delito, p. 84). 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. (Cfr. ANTOLISEI, Francesco, Manual de derecho penal, parte general p. 155)

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.(ESTRADA VELEZ, Federico, Derecho penal general, p. 91)

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.(Cfr. ESTRADA VELEZ, Federico, Derecho penal general p. 91)

La omisión no existe ontológicamente, no puede exteriorizarse por si 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.

II. HIPÓTESIS DE CONCURSO

En virtud el principio de la especialidad no es posible el concurso material con infracciones que incorporen el constreñimiento como determinador de la acción, en cuanto elemento especial confrontado frente a una norma presumiblemente general, respecto de la cual debe tener todos los elementos del tipo excluido y adicionar o cualificar alguno o algunos.

No es posible el concurso entre normas penales especiales y generales. Un tipo es especial cuando comprende la totalidad de la descripción general y agrega o especifica algún elemento cualificante. Así, una norma especial puede determinar los sujetos, el objeto material, o introducir elementos descriptivos, normativos o subjetivos de la conducta.

La aplicación en concurso de tipos penales generales y especiales da lugar a aberrante violación del principio *nobis in idem*, (no es posible juzgar dos veces un mismo delito).

La configuración del tipo especial hace inaplicable el tipo general. Entre los tipos en conflicto se debe observar dependencia de género a especie, de acuerdo a la clasificación que hemos ofrecido no es posible el concurso en adecuaciones típicas plúrimas cuando uno de los modelos relacionados es básico y el otro especial; este contine, por definición, todos sus elementos constitutivos y agrega otros específicos cualificantes sobre los cuales se monta adecuación autónoma o subordinada, según la referida acción básica se reitere normativamente o simplemente presente remisión expresa o tásita.

Se impone pues la aplicación del tipo especial que abarca tanto la acción genérica descrita en el tipo general, como los especiales elementos cualificantes con lo cual adquiere las categorías, *ad casum*, de excluyente y exclusivo.

El tipo especial prima no solo sobre el general sino sobre los tipos descriptores de circunstancias agravantes, en referencia directa a este. Por lo anterior concluimos que el principio de especialidad debe enunciarse también en relación con la autonomía que se observe en el proceso de subsunción de los varios modelos en conflicto, de tal forma

que prima el tipo especial autónomo sobre el tipos especial agravado que por si mismo tiene adecuación subordinada.

De esta forma se excluye el concurso con el constreñimiento ilegal pues al ser la extorsión una norma especial que cualifica el comportamiento, en razón del objeto jurídico prevalentemente protegido -patrimonio económico-, se considera que este atentado absorbe la agresión a la libertad, dentro de la concepción pluriofensiva que hemos reseñado.

La violencia sobre servidor público (art. 164 C.P. de 1980, art. 429 C.P. de 2000) incorpora como elementos especiales, la cualificación del sujeto pasivo, la específica finalidad del agente y el cambio de objeto jurídico, pues se protege en forma prevalente la Administración Pública. La ejecución del acto al cual se constriñe es incorporada en este tipo a manera de complemento subjetivo sin que interese a efectos típicos, la realización por parte del servidor público del acto. En esta ocasión se excluye el concurso en razón de la diferente composición estructural de los tipos.

El constreñimiento para delinquir (art. 277 C.P. de 1980, art. 184 C.P. de 2000) cualifica el acto al cual se constriñe que ha de ser un delito y no contiene protección patrimonial, sino ataque univalente a la libre autodeterminación, elemento este que se encuentra incluido como medio para la realización del ataque a la propiedad, razones por las cuales se excluye el concurso por diferenciación estructural de tipos.

Frente a la concusión (art. 140 C.P. de 1980, art. 404 c.P. de 2000) cambia el objeto jurídico prevalente, se cualifica al sujeto activo -servidor público- y se determina de manera especial la finalidad del agente; como ya lo advertimos, la concusión se podría denominar genéricamente como una extorsión cualificada, razón por la cual de esta se puede predicar especialidad, en razón a que incorpora posibilidades adicionales de acción: la inducción y la solicitud; los hechos del sujeto pasivo tambien difieren en cuanto para la concusión se trata de dar o prometer dinero o cualquier otra utilidad, con lo que están excluidos la tolerancia y la omisión. Ambos modelos comprenden una protección patrimonial, para la concusión dicha protección es potencial en orden al resultado pretendido, mientras que la tutela

patrimonial es prevalente y efectiva en el tipo de extorsión; en ambos modelos se incorpora secundariamente la protección a la libre autodeterminación de las personas.

Habrà concurso material frente a infracciones que surjen como consecuencia de la acción; así, puede concurrir con las lesiones personales (arts. 331 y ss. C.P. de 1980, arts. 111 y ss. C.P. de 2000), si la violencia ejercida sobre el sujeto pasivo produce alguno de los eventos incriminables. La extorsión solo comprende como resultado la ejecución, inejecución y tolerancia, pero no los eventos ulteriores de la acción que alcancen a perfeccionar tipos penales que no puedan considerarse inmersos en el modelo

II. DIFERENCIACIÓN ESTRUCTURAL FRENTE AL HURTO CALIFICADO POR LA VIOLENCIA Y AL SECUESTRO EXTORSIVO.

1. Con el hurto calificado

La doctrina mayoritaria considera como una de los varios elementos diferenciadores de la extorsión frente al hurto calificado por la violencia, el necesario espacio de tiempo que debe existir entre el acto violento y el apoderamiento o la acción pretendida, según el caso. En el hurto no hay solución de continuidad y el desapoderamiento se verifica de manera concomitante o inmediata al ejercicio de la violencia, mientras que en la extorsión siempre media un lapso, por breve que sea, entre el contrañomiento y la acción del sujeto pasivo, el cual adquiere carácter de necesario, pues se observan tres momentos lógicos: temor, reacción de la víctima y acto determinado.

Pero adicionalmente son múltiples las diferencias entre los dos reatos. La acción determinada es diferente en el hurto se trata de un apoderamiento mientras que en la extorsión observamos un constreñimiento que afecta intereses patrimoniales del sujeto pasivo, el hurto siempre debe recaer sobre bienes muebles, en la extorsión hay afectación patrimonial de cualquier género, pudiendo afectar tanto bienes muebles como inmuebles.

La violencia en el hurto agravado anula la voluntad del sujeto pasivo, mientras que en la extorsión hay un margen de opción para la víctima. En el primer caso el sujeto pasivo solo tiene la posibilidad de acceder al

desapoderamiento, mientras que en la extorsión tiene opciones tanto jurídicas como materiales para contrarrestar el constreñimiento.

"Quien exige para después, puede inclusive desintegrar sus pretensiones, abandonarlas, o inhibirse en el apoderamiento. Quien exige para el momento, es como si sustrajera él mismo la cosa de donde la lleva o la tiene depositada su dueño. La razón de tiempo, que marca los confines de una y otra infracción, cuando se trata de violencias o amenazas ejercidas sobre la víctima, no es, pues, una simple operación cronológica, sino también psicológica y se explica por los temores del agraviado, más fuertes en el hurto, más vencibles en la extorsión. (fallo, marzo 9 de 1970, "G. J.", t. CXXXIII, pág. 246)." (Cit. en PEREZ, Luis Carlos, Derecho penal, t. V, p. 434)

En síntesis el hurtador violento actúa de manera directa e inmediata para producir el despojo, en la extorsión hay un proceso comportamental más complejo: constreñir para que se haga, se omita o se tolere; el intervalo de tiempo no es puro y simple, sino pleno de manifestación comportamental, que no es incorporada al hurto calificado por la violencia.

2. Con el secuestro

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. 268 C.P.

de 1980, art. 169 C.P. de 2000) o cualquier otra finalidad (art. 269 C.P. de 1980, art. 168 de 2000), mientras que en la extorsión tal complemento o finalidad propuesta es "el obtener provecho ilícito para sí o para un tercero".

ANÁLISIS LEGISLATIVO

LA INIMPUTABILIDAD

Comentarios comparativos al Código Penal Vigente y a la Ley 599 de 2000

CÓDIGO DE 2000. Artículo 33. *Inimputabilidad.* Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares.

No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental.

Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil.

CÓDIGO DE 1980. Art. 31.- CONCEPTO. Es inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental.

CÓDIGO DE 1980. Art. 32.- TRASTORNO MENTAL PREORDENADO. Cuando el agente hubiere preordenado su trastorno mental responderá por el dolo o culpa en que se hallare respecto del hecho punible, en el momento de colocarse en tal situación.

CÓDIGO DE 1980. Art. 34.- MENORES. Modificado. Decr. 2727 de 1989, art. 165. Para todos los efectos, se considera penalmente inimputable al menor de dieciocho (18) años.

COMENTARIOS

DETERMINACIÓN GENERAL. Se conserva en el nuevo Código la estructura básica de la imputabilidad entendida como la idoneidad o aptitud jurídica de un sujeto para la realización plena de un hecho típico y antijurídico. La teoría finalista aceptó la diferenciación entre imputables e inimputables: es imputable todo aquel a quien se pueda hacer la imputación a título de culpabilidad, vale decir aquel que está en capacidad de comprender la ilicitud de su actuar y de determinarse de acuerdo con tal comprensión; por lo anterior para la concepción finalista el inimputable actúa sin culpabilidad y la inimputabilidad se introduce como incapacidad de culpabilidad.

El normativismo considera el fenómeno mas en su aspecto material, como conjunto de condiciones y circunstancias determinantes, de naturaleza sicosocial, que señalan quienes son considerados por la ley penal, como sujeto cuyos actos son plenamente imputables. Nuestra legislación por este aspecto no sufre variación, pues considera la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, lo que equivale a situarla como conjunto de condiciones del sujeto, como capacidad del sujeto, que ha actuado típica y antijurídicamente, de obrar culpablemente.

Se considera que es inimputable quien no puede comprender su actuación típica y antijurídica, por lo que no está en capacidad de orientar su comportamiento; la nueva normatividad reitera las dos causas o motivos que taxativamente enunciaba el Código de 1980, agregando con efecto clarificador la diversidad sociocultural y autorizando la aplicación analógica de cualquier "estado similar". Esta ampliación obedece sin duda a la complejidad que ha asumido en la estructura dogmática del delito el tema de la imputabilidad: este no es un problema que considere exclusivamente la posibilidad de autodeterminación, en cuanto actuar libre y voluntario, como lo explicó la doctrina clásica, con lo que la cuestión no se puede reducir a la consideración de las facultades intelectivas y volitivas del sujeto, sino que el entorno de las mismas incluye todo un conjunto de factores, que inciden directamente en el comportamiento, de naturaleza

síquica y sociocultural, que no pueden ser reducidos a una enunciación taxativa y detallada.

A nivel doctrinal y con afán didáctico y generalizador se clasifican tres fuentes de inimputabilidad: la inmadurez psicológica acápite que comprende el problema de la minoría de edad y la diversidad sociocultural; las alteraciones sicopatológicas, dentro de las cuales encontramos el trastorno mental transitorio y permanente; y, finalmente, las alteraciones psíquicas congénitas como la sordomudez.

UBICACIÓN DOGMÁTICA DE LA IMPUTABILIDAD. El contenido material de los anteriores planteamientos y su relevancia práctica, no puede hacer que omitamos algunos necesarios comentarios sobre la disímil ubicación que las diferentes tendencias dogmáticas dan al tema de la imputabilidad. La doctrina actual descarta el entendimiento del tema como capacidad de acción (Binding), así como capacidad jurídica de deber u obligación, así como capacidad de pena; esto último no obstante las claras incidencias materiales que por este aspecto trae la derivación de un estado de inimputabilidad. La primera concepción se descartó porque parece haber acuerdo en que la acción es el objeto de la imputación, mientras que la imputabilidad afecta el plano subjetivo del hecho típico; tampoco puede ser una capacidad de deber, jurídico pues tal criterio produce un inadmisibles desplazamiento del tema a la antijuridicidad; finalmente, si se une la capacidad de pena a criterios como la prevención general y la prevención especial, se refunde en la imputabilidad la utilidad que la pena tenga frente a la colectividad, que es objetivamente contradicha por la propia realización del delito.

Se llegó entonces al entendimiento de la imputabilidad como capacidad de culpabilidad, concepción dentro de la cual surgen dos grandes vertientes: la primera que la considera como simple presupuesto: “la responsabilidad del inimputable es una responsabilidad sin culpabilidad”; y la segunda que la ubica como elemento integrante de la culpabilidad.

Así, la concepción psicológica de la culpabilidad, fruto de la doctrina normativista causalista, que comprende agotado este elemento del punible bajo las formas de dolo, culpa o preterintención, concluye que la imputabilidad es simple presupuesto, pues no es posible realizar el juicio de reproche frente a la imposibilidad de comprensión y regulación del propio comportamiento. Pero la posición que parece mayoritaria en la doctrina

actual, adscribe la imputabilidad al juicio de culpabilidad; esta concepción maneja un concepto mas concreto del tema, es decir “haciendo inmediata y personal referencia al agente y al hecho, y de esa suerte debería ser tenida entonces como un elemento del reproche, desempeñando así mayor eficacia funcional y sistemática dentro de la teoría de la culpabilidad.” (COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTON, Derecho Penal parte general, p, 465).

Pues bien, la nueva preceptiva sustancial en nuestro medio parece haber adoptado integralmente esta concepción que es resumida acertadamente por MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN con las siguientes expresiones: “La culpabilidad se basa en que el autor de la infracción penal, del hecho típico y antijurídico, tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos. Al conjunto de estas facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico, se le llama imputabilidad o, más modernamente, capacidad de culpabilidad. Quien carece de esta capacidad, bien por no tener la madurez suficiente, bien por sufrir graves alteraciones psíquicas, no puede ser declarado culpable y, por consiguiente, no puede ser responsable penalmente de sus actos, por más que estos sean típicos y antijurídicos” (Derecho Penal parte general, p. 327).

LA DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL. Esta causa de inimputabilidad es introducida por el Código de 2000, en el afán de reconocer efectos penales a la pluralidad étnica y cultural consagrada como característica de nuestra nacionalidad en el artículo 7ª de la Carta. La nueva prescripción abarca la gama de minorías raciales que se encuentran dentro del Estado y que presentan formas peculiares de convivencia social de acuerdo con sus propias tradiciones, lengua y normas de cultura. El código de 1980 consideraba de manera indirecta la situación del indígena “inimputable por inmadurez psicológica” al cual de acuerdo con el artículo 96 inc. final se le aplica la medida de seguridad de “reintegración a su medio ambiente natural”; con lo anterior se mantuvo en nuestro ordenamiento el tratamiento del tema como un problema de inmadurez mental, que únicamente ponía en relación los patrones de comportamiento de esas minorías, con los referentes de la sociedad “civilizada”, para incluir el tema como un fenómeno de no adaptación social o de inmadurez cultural, en franco lenguaje segregacionista.

El problema debe ser abordado no como patología que afecte el desarrollo y ejercicio de las esferas afectiva, instintiva, emocional o sexual, tal como puede inferirse de la legislación proveniente de 1980; la raíz de esta causa de inimputabilidad la encontraremos en la distorsión que el agente tiene respecto de los patrones de comportamiento social a él exigidos por el ordenamiento penal, dentro de las precisas circunstancias de su actuación, que anulan la posibilidad de motivarse de acuerdo con las prohibiciones o mandatos normativos. Se trata pues del reconocimiento de la pluralidad cultural presente en nuestra Nación, del respeto por las costumbres ancestrales que guían el comportamiento de los miembros de una determinada comunidad, que bajo ciertas condiciones normativas son considerados como inimputables, pues les asiste la imposibilidad de comprender lo ilícito de sus actos. Finalmente es de resaltar el carácter relativo de la causal, pues no basta la simple pertenencia a una diversa cultura por parte del agente, es necesario que frente al caso concreto, se surta el examen de su situación personal y de las circunstancias del hecho, que establezca el nivel de conocimiento, asimilación y comprensión de la normatividad transgredida.

TRASTORNO MENTAL PREORDENADO. ACCIONES "LIBERAE IN CAUSA. El Código de 1980 establece que si el agente ha preordenado su trastorno mental, no se elimina la responsabilidad penal sino que esta se derivará por el dolo o la culpa en que se encuentre respecto del hecho punible y en el momento de colocarse en tal situación (art. 32 Id.). Este precepto asume integralmente la concepción tradicional de las acciones "liberae in causa", según la cual estas se presentan si el sujeto tiene capacidad de comprender la naturaleza del acto y de regularlo de acuerdo con dicha comprensión, es decir, es plenamente imputable, pero por propia voluntad se coloca en situación de inimputabilidad transitoria, ya sea de manera dolosa o culposa. El resultado, típico y antijurídico, según tal criterio, no elimina la responsabilidad, pero el juicio de reproche se retrotrae al momento de la causación voluntaria del estado de inimputabilidad; de acuerdo con el aforismo de origen causalista: "El que es causa de la causa es causa de lo causado"; en clara excepción al principio del derecho penal de acto, según el cual las categorías dogmáticas del punible siempre se han de derivar respecto del momento en que se ha realizado la acción típica.

Pero doctrinal y jurisprudencialmente se ha observado gran dificultad para la imputación de tales actos realizados en estado de inimputabilidad

preordenada, con lo cual se han dado movimientos legislativos que sancionan a título de dolo este género de acciones, tendencia a la que claramente se adscribe el Código de 2000; el razonamiento en política legislativa es sencillo: en estos eventos el agente se ha autoutilizado como instrumento para la comisión del delito, por lo que se configuraría una “verdadera autoría mediata de si mismo.” (Cfr. MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, Derecho penal parte general, p. 340 y 387 y ss.).

MINORÍA DE EDAD. En este tema también son claras la diferencias entre en Código proveniente de 1980 y el nuevo Estatuto sustancial. Mientras el primero asume un criterio objetivo de naturaleza socio-cronológica (todos los menores de 18 años son inimputables y estarán sujetos a jurisdicción y tratamiento especiales. (Código del Menor); el segundo no difiere expresamente tal situación jurídico-penal, sino que tan solo establece un sistema especial de responsabilidad.

Con lo anterior se infiere que con el nuevo Ordenamiento, el menor de 18 años que realiza conducta punible, está por fuera del derecho penal ordinario y que por tanto no puede ser sujeto de pena, sino de medidas de carácter correccional de muy diversa naturaleza, finalidad y efectos. Así, se introduce el acertado criterio criminológico, según el cual la delincuencia juvenil no puede ser manejada con criterios represores de carácter punitivo, ni siquiera dentro del margen de las circunstancias atenuantes, sino que se trata de un tema que exige una decidida actividad estatal de orden administrativo, con finalidades educacionales o terapéuticas y con claros objetivos preventivos y disuasores.

Finalmente, es establecimiento del parámetro objetivo-cronológico de 18 años, ha sido objeto de críticas, pues no hay razón para que quien tiene la edad de 17 años y 364 días en el momento de la realización del hecho, esté sometido a un régimen de responsabilidad y tratamiento correccional especial, mientras que quien ha sobrepasado el tope por un solo día, ingrese plenamente a la esfera represora del derecho penal ordinario. Tales planteamientos de innegable trascendencia práctica aconsejan que los criterios de determinación de la minoría de edad sean complementados con la exigencia del análisis pericial, que dictamine la real inmadurez psicológica del sujeto en referencia estricta al momento del hecho.

PROTECCIÓN JURÍDICO PENAL A LA VIDA HUMANA

- Aproximación crítica a las conductas punibles vertidas en el Título I de libro II del Nuevo Código Penal -*

INTRODUCCIÓN.

Desde el 24 de julio de 2.000 Colombia se halla frente a un dato normativo: la promulgación de la ley 599 de 2.000¹, nuevo Código Penal, la cual habrá de entrar a regir el 24 de julio del año 2.001². Este nuevo Código Penal en su Libro II, Título I,

* Las presentes notas introductorias hacen parte de un trabajo que se está realizando para el **INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS PENALES Y CRIMINOLÓGICOS**, por parte de **JOSÉ FERNANDO BOTERO BERNAL**. Abogado egresado de la Universidad Pontificia Bolivariana, Litigante en el área del Derecho Penal. Secretario Abogado del Tribunal de Ética Médica de Antioquia. Docente de la Universidad Pontificia Bolivariana y Universidad de Medellín. Subdirector del Centro Colombiano de Bioética (CECOLBE). Miembro del **INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS CRIMINOLÓGICOS Y PENALES**.

¹ No sobra advertir que las presentes notas tienen su fundamento en el artículo de BOTERO BERNAL, José Fernando: **“Consideraciones sobre la Tutela jurídico penal a la vida humana. Aproximación al sentido y alcance del párrafo contenido en el artículo 124 del nuevo Código Penal.”** 57p. Por lo que, por congruencia conceptual, se siguen muy de cerca la postura vertida en dicho escrito.

² Lo anterior como quiera que el artículo 476, último de la ley 599 de 2.000, preceptúa lo siguiente:

denominado <<Delitos Contra la vida y la Integridad personal>>, trae ocho (8) capítulos, de los cuales tres (3) son “nuevos” de cara al decreto 100 de 1.980, los que reúnen un total de 33 artículos. Dichos capítulos tienen la siguiente denominación jurídica: El primero << Del Genocidio³ >>

comprende del artículo 101 al 102, el segundo <<Del Homicidio>> y el cual va desde el artículo 103 hasta el 110, el tercero <<De las Lesiones Personales>> va desde el artículo 111 hasta el artículo 121, el cuarto <<Del aborto>> que abarca los artículos 122 al 124, el quinto, nuevo, <<De las Lesiones al Feto>> y que comprenden desde el artículo 125 hasta el artículo 126, el sexto llamado <<Del Abandono de Menores y Personas Desvalidas>> que va desde el artículo 127 hasta el artículo 130, el séptimo, nuevo, con la denominación <<De la omisión de socorro>> con un solo artículo, el 131, y por último el capítulo <<De la Manipulación Genética>>, nuevo, que comprende desde el artículo 132 al 134.

Así las cosas, mediante las presentes notas⁴ se buscará realizar un aproximación a esa serie de conductas punibles que se hallan vertidas en Título I.

En orden a evitar confusiones con lo que se desea expresar con las presentes notas, ello es, en su interpretación –sentido y alcance-, se hace necesario, por no decir obligatorio, realizar algunos y breves, en lo posible, prenotandos.

“ARTÍCULO 476. Vigencia.- Este Código entrará a regir un (1) año después de su promulgación.”

La ley en cita fue promulgada el día 24 de julio de 2.000 en el diario oficial número 44.097 de la misma fecha.

³ El Genocidio, como conducta delictiva, se halla vertido en el supuesto de hecho del artículo 322 A, artículo éste que adicionó el actual código pena. Dicha adición se realizó en atención a lo estipulado por el artículo 1º de la ley 589 de 2.000.

Ese artículo 322 A se halla al interior del Título XII <<delitos contra la integridad Moral>> del actual código penal por lo que bien puede y debe decirse que en la actualidad – e incluso en el futuro- es inaplicable jurídicamente por cuanto si bien pudiera existir alguna conducta que facticamente fuese representativa del supuesto de hecho que contempla en tantas veces mencionado artículo 322 A nunca podría lesionar, ni real ni potencialmente, el objeto de tutela del Título XII

Errores de esa magnitud corroboran lo afirmado por el doctor LUIS CARLOS PÉREZ:

“La previsión de una conducta, por lo mismo que trata de particularizarla, es propensa a la exageración o a los defectos. No todos los penalistas, y mucho menos las gentes levantadas a la inmerecida calidad de legisladores, tienen la ciencia, la experiencia y la técnica de FEUERBACH, a quien se tiene por artífice de normas represoras. Es más fácil instituir un tipo, ordinariamente dirigido a una misión inmediata, que darle un contenido distinto a la culpabilidad, por ejemplo. Los entrometidos en eso de legislar hoy ni siquiera redactan con relativa desenvoltura para infundirles capacidad actuante a sus proposiciones. Es, pues, ese alcance universal, definitivamente ideológico, el que defiende a la parte general de las constantes destrucciones o desfiguraciones. Y de allí que sea objeto de mayor dedicación y que congregue a tantos especialistas. No todos gustan consagrarse a una materia que de pronto va a ser maltratada, contrahecha o suspendida” (PÉREZ, Luis Carlos: “ Derecho Penal. Partes General y Especial. Tomo III. De los delitos en particular”, Colombia, Ed. Temis, 1.984, pág. 16 infra y 17 Supra.)

⁴ Se repite, el presente artículo es la parte introductiva sobre unas notas en las cuales se estudia, de manera crítica, las conductas punibles contenidas en el Título I << Delitos contra la vida y la integridad personal>> del Libro II de la ley 599 de 2.000.

Esos breves prenotandos habrán de partir de una afirmación del penalista español **CARLOS MARIA ROMEO CASABONA** de cara al nuevo Código penal español, aseveración que cobra gran vigencia en Colombia con la ley 599 de 2.000:

“En un momento como el que estamos atravesando en nuestro país, de una profunda reforma penal, que ha culminado con la aprobación y promulgación de un nuevo Código Penal de nueva factura, no es ocioso replantarse brevemente cuál es el sentido actual de la Ciencia del Derecho penal y, en concreto, las relaciones entre la dogmática, la Política criminal y la Criminología”⁵

En consecuencia antes de iniciar cualquier comentario, e incluso artículos, relativos a la ley penal no se puede – ni se debe – dejar pasar de lado la importante tarea, así ella sea somera, de adoptar una postura, clara y coherente, frente al sistema penal latinoamericano, entendiendo

por éste no solamente el derecho penal positivo sino igualmente, y con más propiedad, las actividades de todas y cada una de las personas e instituciones que intervienen, directa o indirectamente, en la creación, aplicación y ejecución de la ley penal, así como el resultado de cada una de esas instancias penales⁶.

Sin ahondar en el tema y con la simple pretensión de dejar unas bases para un repensar el sistema penal latinoamericano, bien puede partirse de la aserción según la cual el sistema penal, visto desde y para la margen Latinoamérica, es un conjunto de ideas jurídico penales deslegitimadas que, por un lado, no guardan coherencia interna⁷ por lo que pueden y tienen ser contradictorias entre si; y, por el otro lado, ellas, mucho menos, guardan relación –verdadera- con la realidad que buscan regular, cuando, no es, que la crean – lo que es la regla general-. En otras palabras, lo único verdadero del sistema penal latinoamericano es su consecuencia:

⁵ ROMEO CASABONA, Carlos María (Ed.): “Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución”, España, Centro de estudios Criminológicos, Universidad de Laguna, Tenerife, Canarias, 1.997, pág. 9.

⁶ SANDOVAL HUERTAS, Emiro: “Sistema penal y Criminología Crítica”, reimpresión, Colombia, Ed. Temis, Bogotá, 1.989, pág. 5 infra y 6 Supra.

“ Con la expresión “sistema penal” se hace referencia al conjunto de instituciones estatales y a sus actividades, que intervienen en la creación y aplicación de normas penales, concebidas estas en su sentido más extenso, valga decir, tanto disposiciones sustantivas como procedimentales y penitenciarias (o administrativas). Pero, además, hay que señalar que el análisis de dicho sistema debe tomar en consideración tanto su plano teórico, esto es, aquel en el cual está indicado cómo deben ser los procesos de creación y aplicación de las normas penales, como a su plano fáctico o práctico, es decir, cómo son tales procesos”

⁷ Vid., a título ilustrativo, MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario: “El delito de Genocidio. Comentarios a la reforma de la ley penal colombiana.”, En “Revista de Derecho Penal”, número 13, junio-julio, 1.999, Ed. Leyer, Colombia, Bogotá, pág. 87 a 107. Así mismo BOTERO BERNAL, José Fernando: “Consideraciones sobre la tutela jurídico penal a la vida humana-Aproximación al sentido y alcance del párrafo contenido en el artículo 124 del nuevo Código Penal-”, el cual fuera entregado a la “Revista de Derecho Penal”, Ed. Leyer, Colombia, Bogotá, 57pág. En prensa.

“Es bastante claro que, mientras el discurso jurídico penal racionaliza cada vez menos –por agotamiento de su arsenal de ficciones gastadas- las agencias del sistema penal ejercen su poder para controlar un marco social cuyo signo es la muerte masiva. Cálculos provenientes de fuentes insospechadas establecen que en nuestra región mueren anualmente alrededor de doscientos mil niños durante su primer año de vida por efecto de elementales carencias alimentarias o sanitarias; un número igual o mayor sobrevivirá, pero jamás alcanzará su completo desarrollo biopsíquico debido a las secuelas de las mismas carencias.

Los múltiples poderes que sustentan esta realidad letal se apoyan en buena medida en el ejercicio de poder de las agencias de nuestros sistemas penales que, en la mayoría de los países de la región, actúan con un nivel tan alto de violencia que causan más muertes que la totalidad de los homicidios dolosos entre desconocidos cometidos por particulares.”⁸

Por todo lo anterior, Esas ideas penales, como su funcionamiento pero sobre y ante todo sus consecuencias, terminan siendo utilizadas, consciente o inconscientemente, para producir y reproducir – si se quiere legitimar- un mismo <<estado de cosas>> - económicas, políticas, sociales entre otras – . Por ello, ni fortuita ni gratuitamente, se ha escrito:

“Hoy en día, con un Estado debidamente debilitado, para la mayoría de los políticos, es casi un sueño verse involucrados con la ley, particularmente con el derecho penal. La explicación probablemente resulte obvia en este punto: quedan muy pocos campos para el lucimiento a nivel nacional, para los políticos como figura política, y para la política de partido. Con la economía fuera de la política, sin el dinero de los impuestos para una reforma social, en una sociedad en la que el monopolio está solidamente establecido y donde incluso las políticas extranjeras militares carecen de interés, debido a la culminación de la guerra fría, en dicho sistema el delito se convierte en el principal escenario para lo que queda de la política.

...Lo que se define como control del delito, llega, por lo tanto, a cobrar una abrumadora importancia. Los encargados de los estados debidamente debilitados demuestran su mérito. El delito se torna indispensable para imprimirle legitimidad a ese estado débil.”⁹

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “En Busca de las Penas Perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal”, 2ª. Edición, Colombia, Ed. Temis, Bogotá, 1.990, pág. 4.

⁹ CHRISTIE, Nils: “El derecho penal y la sociedad civil peligrosas de la sobrecriminalización”, En Memorias de XX jornadas internacionales de Derecho Penal. Colombia, Universidad externado de Colombia, Departamento de Derecho penal, Bogotá, 1.998, pág. 51 a 52 Supra.

Ello quiere indicar que desde la margen latinoamericana se utiliza el derecho penal –el sistema penal–, así como a sus protagonistas: el delito, el delincuente, la víctima y quienes colaboran, directa e indirectamente, en la aplicación y ejecución de la construcción política antes mencionada, para legitimar cualquier sistema político imperante en un momento dado..

Siendo así las cosas, como se cree que son, pretender legitimar las ideas penales latinoamericanas – deslegitimadas (sistema penal), carentes de un valor de verdad- mediante la adopción de modelos jurídico penales –justificantes y por lo tanto legitimantes- provenientes de países centrales, a saber: (1) **El modelo minimalista** (Derecho penal Mínimo), sea en cualquiera de sus vertientes: (1.1) **ALESSANDRO BARATTA**¹⁰: derecho penal mínimo (como paso previo a su abolición) protector de Derechos Humanos o, más exactamente: <<*una progresiva reducción del derecho penal, con la perspectiva de una reorganización general de la respuesta institucional a los conflictos sociales, dentro de la cual el sistema de justicia penal hoy existente podría ser superado*>>¹¹. Ésta propuesta presentaría, por lo

menos, dos grandes críticas, por un lado, <<*...el sistema penal no podría violar los derechos humanos y al mismo tiempo garantizarlos. Por lo tanto la propuesta minimalista no haría más que relegitimar el sistema contra el cual anteriormente se había combatido*>>¹²; y, por otro lado acudiendo a lo manifestado por el, actual magistrado de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, doctor **ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN**¹³, no puede pensarse en una actitud, o al menos abogar por ella, consistente en desacriminar pero simultáneamente buscar la criminalización de una serie de conductas atentatorias contra intereses propios de un sector social débil y ello por cuanto que la criminalización o no de una conducta debe realizarse con total independencia de sus futuros autores así como de sus potenciales afectados.

(1.2.) **LUIGI FERRAJOLI**: quien expone un modelo de derecho penal mínimo, entendido como la ley del más débil¹⁴, es decir, <<*reconducir el problema de*

¹⁰ **BARATTA, ALESSANDRO**: “ Criminología Crítica y crítica del Derecho penal. Introducción a la sociología jurídico – penal”, México, Siglo veintiuno editores, Ciudad de México, 1.986, 258p., así mismo **BARATTA, ALESSANDRO**: “Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho Penal” En **BUSTOS RAMÍREZ, Juan** (director). “Prevención y Teoría de la pena”, Chile, Ed. Jurídica Cono Sur Ltda, Santiago de Chile, pág. 77 a 92

¹¹ **MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio**: “ ¿Qué pasa en la moderna criminología?”, Colombia, Ed. Temis, Bogotá, 1.990, pág. 4.

¹² *Ibidem*, pág. 4.

¹³ **PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando**: “Derecho penal mínimo y derecho penal de garantías”, En **CANCINO MORENO, José Antonio** (recopilador): “Pensamiento Penal Moderno”, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Colegio Mayor de nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1.991, pág. 148.

¹⁴ **FERRAJOLI, Luigi**: “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”, España, Ed. Trotta, Madrid, 1.995, 991p. **FERRAJOLI, Luigi**: “Derechos y garantías. La ley del más débil.”, España, Ed. Trotta, Madrid, 1.999, 180p. Así mismo **FERRAJOLI Luis**. “El derecho penal mínimo” En **BUSTOS RAMÍREZ, Juan** (director). “Prevención y Teoría de la pena”, Chile, Ed. Jurídica Cono Sur Ltda., Santiago de Chile, 1.995, pág. 25 a 48 *Supra*. **FERRAJOLI, Luigi**: “La pena en una sociedad democrática.” En

la justificación del derecho penal al sentido original que tenía en la época del Iluminismo>>¹⁵. Dicha postura minimalista, sin negar, porque no es posible, lo loable y valedero de ella, termina siendo una construcción normativa alejada de la realidad, del objeto de regulación pero muy en especial del contexto social y político que sustenta al sistema penal, bien se ha dicho:

“ f) Es cierto que el derecho penal y concretamente el juez penal son símbolos de garantía en cualquier Estado, frente a las exageraciones gubernativas o administrativas; es cierto que el juez trabaja y hace respetar las constituciones, los tratados y las normas sustanciales y procesales. Pero ello no es suficiente para concluir, como lo hace la teoría examinada, que aun en una sociedad perfecta del futuro se justificaría del sistema penal, primero porque el problema del sistema penal no está constituido exclusivamente por el juez penal sino por todo un andamiaje político-económico que lo crea y lo mantiene; y segundo, porque siendo un artificio de creación puramente política, en una mejor sociedad sobraría, toda vez que los disturbios tendrían que ser afrontados de otra forma, no necesariamente represiva y punitiva. Y es claro que en otro tipo de

sociedad los derechos y garantías tendrían que estar debidamente tutelados por mecanismos diferentes al derecho y al juez penal”¹⁶

(2) ***El modelo maximalista***, que halla su fundamento en los postulados del nuevo realismo de derecha, modelo éste que halla su materialización en el derecho penal Eficientista¹⁷ que puede ser definido, de manera didáctica, y criticado de la siguiente manera:

“Es un nuevo modelo de derecho penal, a través del cual, aquel deja ser concebido como última ratio, (sic) a ser utilizado como prima ratio: que tiene a ser movilizado con el propósito de resolver todo tipo de problemas económicos, sociales o políticos. En la praxis

MARTÍNEZ S., MAURICIO (Coautor y compilador): “**La Pena. Garantismo y democracia.**”, Colombia, Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBÁÑEZ, Santafé de Bogotá, 1.999, pág. 15 a 32.

¹⁵ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio: “ **¿Qué pasa en la moderna criminología?**”, Colombia, Ed. Temis, Bogotá, 1.990, pág. 4.

¹⁶ PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando: “**Derecho penal mínimo y derecho penal de garantías**”, En CANCINO MORENO, José Antonio (recopilador): “**Pensamiento Penal Moderno**”, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Colegio Mayor de nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1.991, pág. 153.

¹⁷ Entre otros, HASSEMER, Winfried: “ **Crítica al derecho Penal de hoy**” traducción de Patricia S. Ziffer, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, colección de estudios número 10, Bogotá, 1.998, pág. 45 a 62. Ver un detallado análisis y crítica la mismo en OROZCO ABAD, Iván y GÓMEZ ALBARELO, Juan Gabriel: “**Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal**”, 1ª. Edición, Colombia, Ministerio de Justicia y del Derecho y Universidad Nacional Instituto de estudios políticos y relaciones internacionales, Santafé de Bogotá, 1.997, pág. 35 a 121. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio: “ **La crisis de la justicia penal en Colombia. Promesas constitucionales incumplidas**”, Colombia, Ed. Temis, Santafé de Bogotá D.C., 1.999, pág. 41 a 113.

cotidiana tiende a convertirse en una amenaza sobre el conjunto de la sociedad, pues en la mayor parte de los casos, actúa en contravía de los derechos y garantías consagrados por la Constitución Política. Tiende, al mismo tiempo, a ser un modelo totalizante respecto no sólo del sistema derecho penal, sino del sistema del derecho en general”¹⁸

Asumir, el derecho penal latinoamericano, alguna de las anteriores posturas antes referidas sería, además de adoptar los errores propios de cada propuesta, aludidos en las críticas mencionadas en precedencia, transplantar modelos que han sido elaborados en y para otras latitudes con problemas diferentes a los que vive Latinoamérica¹⁹, y en última instancia,

equivaldría a propender al mantenimiento de un sistema penal cuya tarea es la de crear y reproducir violencia <<legalizada>>²⁰, por ello y no sin razón se ha indicado sobre él que:

“...él mismo reproduce la violencia, que es ilegítimo cuando actúa selectivamente, que funciona dejando en la impunidad la mayoría de los comportamientos que le son encargados -se agregaría para evitar malos entendidos: teniéndose frente a dichos comportamientos las pruebas necesarias para su sanción penal- o aquellos que pese a su

¹⁸ **DAVID APONTE, Alejandro:** “El Eficientismo Penal: Hacia una fundamentación teórica para su comprensión en el caso colombiano” En la revista “Jurídicas Memorias foro de política Criminal”, Colombia, Instituto de estudios Políticos de la Universidad Pontificia Javeriana y Fundación Konrad – Adenauer- Stiftung, Santafé de Bogotá, 1.998, pág. 155. Pueden verse un estudio muy amplio y crítico sobre el tema en **OROZCO ABAD, Iván y GÓMEZ ALBARELO, Juan Gabriel:** “Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal”, 1ª. Edición, Colombia, Ministerio de Justicia y del Derecho y Universidad Nacional Instituto de estudios políticos y relaciones internacionales, Santafé de Bogotá, 1.997, 486p. No es de menos indicar que cualquier teoría normativista, donde hago especial hincapié en el derecho penal del riesgo, termina en un Eficientismo, postura ésta que acudiendo a la necesidad de seguridad de la sociedad sacrifica los más caros principios del derecho penal.

¹⁹ “salvar nuestra dogmática penal, copiada del centro, a costa de negar una parte de la realidad, no parece razonable. Menos razonable parece nuestro <<sigamos así, aunque no sea cierto, porque es minimamente útil>>. Creemos que es llegada (sic) la hora de plantear la pregunta fundamental: si el ejercicio de poder del sistema penal se ha deslegitimado ¿no será posible salvar a la dogmática jurídico penal y elaborarla en (sic) base a un discurso que parta de la asunción de esta realidad?” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “Hacia un realismo Jurídico Penal”, Venezuela, Monte Ávila Editores Latinoamericana, Caracas, 1.993, pág. 20 Infra y 21 Supra)

²⁰ El doctor **MAURICIO MARTÍNEZ SÁNCHEZ** expresa lo siguiente – lo cual es obvio desde y para nuestra margen:-

“...él mismo – sistema de justicia penal- reproduce la violencia, que es ilegítimo porque actúa selectivamente, que funciona dejando en la impunidad la mayoría de los comportamientos que le son encargados o aquellos que pese a su gravedad no forman parte del sistema; en fin, que administra los ilegalismos, pero no los combate.” (“La crisis de la justicia penal en Colombia. Promesas constitucionales incumplidas”, Colombia, Ed. Temis, Santafé de Bogotá D.C., 1.999, pág. 2)

Si queda duda sobre la violencia que directa e indirectamente genera el sistema penal en la margen latinoamericana sólo baste leer **ZAFFARONI, Eugenio Raúl:** “Muertes anunciadas.” Colombia, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Ed. Temis, Bogotá, 1.993, págs. 10 a 17, 33 a 114 y 143 a 150.

gravedad no forman parte del sistema; en fin, que administra los ilegalismos, pero no los combate”²¹

Pero si quedara alguna duda sobre la violencia del sistema penal, como lo único verdadero del sistema penal latinoamericano única consecuencia baste ver el sistema penitenciario y cabe agregar, con mucho sentido y preocupación, que:

“¿tendrá sentido abrir las puertas de las primeras fases de la justicia penal si sabemos que en la última de ellas se reproduce con mayor oprobio la maldad ocasionada por los delitos? (sic) O como se sostiene desde el modelo garantista (FERRAJOLI, 1993, 344) ante la evidencia de (sic) que el costo de los medios, comprendida las prisiones, son superiores a los costos de las violencias y los delitos que proclama prevenir:

La seguridad y la libertad de cada uno están en efecto amenazadas no solo por los delitos, sino también, y a menudo en medida aún mayor, por las penas excesivas y despóticas, por los arrestos y procesos sumarios, por controles arbitrarios y omnipresentes de policía, en una palabra, por ese conjunto de intervenciones que se conocen por el nombre de “justicia penal” y (sic) que en la historia

de la humanidad quizá ha costado más dolores e injusticias que el conjunto de delitos cometidos.”²²

De cara a todo lo anterior, y teniendo siempre muy presente que:

“Nuestros sistemas penales implican un genocidio en marcha, en acto. El número de muertes que causan sus agencias en forma directa, sumado a las omisiones que cubre con su aparente capacidad de solución de conflictos y que ocultan fenómenos que superan en mucho las muertes que directamente provocan, además de los deterioros físicos y psíquicos de muchísimas personas –no sólo criminalizadas, sino también entre los operadores de sus propias

²¹ MARTÍNEZ, Mauricio: “Justicia Penal Colombiana y constitución política de 1991: cinco años después. La violación de los principios rectores y de los derechos fundamentales.”, En la revista “Jurídicas Memorias foro de política Criminal”, Colombia, Instituto de estudios Políticos de la Universidad Pontificia Javeriana y Fundación Konrad – Adenauer- Stiftung, Santafé de Bogotá, 1.998, pág. 198.

²² MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio: “La crisis de la justicia penal en Colombia. Promesas constitucionales incumplidas”, Colombia, Ed. Temis, Santafé de Bogotá D.C., 1.999, pág. 181 infra y 182 Supra.

agencias- arroja un saldo letal incalificable. Sin duda que un imperativo jushumanista nos obliga a una respuesta urgente...”²³

Es necesario, no obstante la realidad jurídico penal cotidiana no sea muy alentadora para el “laborador” jurídico penal latinoamericano²⁴, brindar si bien no una respuesta concluyente frente al sistema penal latinoamericano si presentar una serie de ideas, discutidas y discutibles, que busquen dar claridad para obtener esa respuesta: El qué, el porqué, el cómo y el para qué de todo el sistema penal latinoamericano. No sobra decir que dicha respuesta, en veces, parece perderse entre discusiones dogmáticas que, si bien es cierto son muy necesarias y valederas, también es lo es que hacen perder de vista el problema central: El qué, el por qué y el para qué de la legislación penal latinoamericana.

Para brindar esa respuesta puede seguirse, por lo menos, cualquiera de dos las siguientes vías, a saber: La primera, abogar por la abolición inmediata del sistema penal latinoamericano²⁵ como quiera que, entre otras cosas, no es posible, ni lo será, elaborar –bajo los modelos provenientes de otras latitudes- una dogmática jurídico penal que no busque la legitimación del sistema penal latinoamericano. La segunda, sin pretender en momento alguno la legitimación del sistema en comento, si propender a su racionalización, entendiendo por ésta un dique negativo a la arbitrariedad propia de todo acto político como lo es, en última instancia, el sistema penal – en especial su creación (textos positivos) y ejecución (el cual sigue siendo el lado oscuro del derecho Penal, como afirmara **EMIRO**

²³ **ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “Hacia un realismo Jurídico Penal”**, Venezuela, Monte Ávila Editores Latinoamericana, Caracas, 1.993, pág. 19 Y 20 Supra.

²⁴ El doctor **Eugenio Raúl Zaffaroni** propone un ejemplo, que debe hacer, por lo menos, reflexionar a quienes se hallen dispuestos a tan riesgosa tarea, el mismo es el siguiente:

“ Quien ocupa una función de operador de una de las agencias del sistema penal en América Latina y especialmente cuando esa agencia es la reproductora ideológica del sistema penal, esto es, la universidad, no puede menos que tomar conciencia de que esa posición es resultado de un milagro. En efecto: ser catedrático en América Latina implica haber sorteado tal cantidad de riesgos que, en el fondo, constituye la realización de una probabilidad remotísima. El operador de esa posición debe haber nacido (no haber sido abortado voluntaria o involuntariamente), haberlo hecho con su cerebro intacto (de una madre bien alimentada y con condiciones discretas de salud), haber sido alimentado adecuadamente y haber tenido asistencia sanitaria elemental o un organismo privilegiado o una gran suerte, haber sorteado las enfermedades infantiles con secuelas cerebrales irreversibles, haber logrado alfabetizarse y, más aún, tener acceso a la enseñanza media y superior, haber eludido en la vida adulta los peligros de la muerte en tránsito, por enfermedades endémicas, por suicidio, por violencia política y no política, no haber <<desaparecido>>, etc, es decir haber alcanzado esa posición extremadamente privilegiada frente a muchos otros que se quedaron en el camino.” (En“**Hacia un realismo Jurídico Penal**”, Venezuela, Monte Ávila Editores Latinoamericana, Caracas, 1.993, pág. 20)

Lo anterior debe obligar, minimamente, asumir una postura frente al sistema penal, no importa cual, pero asumir una postura y las consecuencias propias de esa postura, dejando, así, de lado una posición pasiva frente al sistema penal, postura ésta, que en última instancia quiérase o no, finaliza legitimando el actual sistema penal latinoamericano.

²⁵ Una visión crítica del modelo abolicionista para Latinoamérica en **MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio: “La abolición del sistema penal. Inconvenientes en Latinoamérica.”**, Colombia, Ed. Temis, 1.990, Bogotá, 124 p. Defensor crítico del abolicionismo ver las aseveraciones del pluricitado autor **ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “En Busca de las Penas Perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal”**, 2ª. Edición, Colombia, Ed. Temis, Bogotá, 1.990, pág. 80 a 88.

SANDOVAL HUERTAS²⁶)-, sin negar, en momento alguno, dentro de la presente vía, la posibilidad, así sea utópica, de abolir el sistema penal de la margen o periferia latinoamericana puesto que no se puede olvidar, siguiendo a **EDMUND HUSSERL**, <<las vestiduras de las ideas es lo que nos lleva a tomar por verdadero lo que sólo es un método>>²⁷, ello es, lo que recubre esos <<problemas>> y lo cual es llamado delito, y con el con el derecho penal no son otra cosa que simples para resolver aquel problema. A ésta segunda vía se le puede llamar, si se desea alguna denominación, propuesta de un derecho penal –sistema penal Latinoamericano- deslegitimado-limitado por un modelo realista – ontológico (realista-antropológico) si se quiere²⁸-

La anterior postura propuesta parte de la marga constatación que el derecho penal - el sistema penal – es un simple acto de poder que como tal nunca será, lamentablemente, erradicado, no

tanto porque no sea posible su abolición sino por el simple hecho de ser un acto de poder²⁹, por lo tanto sería incorrecto buscar legitimar ese acto de poder, antes bien

²⁶ SANDOVAL HUERTAS, Emiro: “La región más oscura y más transparente del poder estatal: a propósito de la regulación disciplinaria para las cárceles colombianas” En la revista Nuevo Foro Penal, número 25, julio-septiembre, 1.984, pág. 307: <<Todas las consideraciones precedentes muestran, más allá de cualquier duda, que la regulación carcelaria en materia de disciplina constituye el sector más oscuro del poder estatal y del derecho penal burgués>>. Así mismo del autor en cita: “Sistema penal y Criminología crítica”, Reimpresión, Colombia, Ed. Temis, Bogotá, 1.989, pág. 92 a 96. “Penología. Parte General”, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1.982, pág. 13 a 152. “Penología. Parte Especial”, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1.984, pág. 194 a 301 en donde indica: <<ya que algo mejor que la prisión no es alcanzable plenamente en un plazo próximo, tampoco podemos darnos por satisfechos con una mejor prisión, sino que hemos de procurar la aplicación de menos prisión>>, y agregaría, buscando así su abolición. MARTÍNEZ, Mauricio: “Justicia Penal y Derechos Fundamentales. Sistema Acusatorio número 5”, Colombia, Ediciones jurídicas GUSTAVO IBÁÑEZ, Santafé de Bogotá D.C., 1.996, pág. 87 a 144. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio: “La crisis de la justicia penal en Colombia. Promesas constitucionales incumplidas”, Colombia, Ed. Temis, Santafé de Bogotá D.C., 1.999, pág. 115 a 185. Son muy ilustrativas las palabras del doctor FRANCISCO JOSÉ FERREIRA DELGADO en el epílogo de su teoría General del Delito: <<Por ello no nos tomamos el enorme trabajo de escribir algo sobre la pena y su ejecución: porque resultaría demasiado mítico>> (“Teoría General del Delito”, Colombia, Ed. Temis, 1.988, Bogotá, pág. 418). Lo mítico es irrealidad, la pena es una irrealidad, como lo son las funciones asignadas a la instancia de ejecución penal, lo único real son las consecuencias de la pena: violencia.

²⁷ HUSSERL, Edmund: “Crisis de las ciencias Europeas y la fenomenología Trascendental”, Reimpresión, España, Madrid, 1.976, pág. 52.

²⁸ Sobre el realismo-antropológico que se propone ver un recuento histórico en BENGOA RUIZ DE ASÚA, Javier: “De HEIDEGGER A HABERMAS. Hermenéutica y fundamentación última en la filosofía contemporánea.”, Reimpresión, España, Ed. Herder, Barcelona, 1.997, 211p.. AGINSKY DE IRIBARNE, Esther: “Fenomenología y ontología jurídica”, Argentina, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1.971, 153p. Entre otros textos.

²⁹ Lo anterior ya venía siendo denunciado por el profesor argentino EUGENIO RAÚL ZAFFARONI de la siguiente manera: <<haciendo referencia al sistema penal) porque es un hecho de poder y, por más que se lo deslegitime discursivamente, los hechos de poder no desaparecen con escritos de los juristas, porque no es su legitimidad lo que los sostiene, sino su poder.>> (“En Busca de las Penas Perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal”, 2ª. Edición, Colombia, Ed. Temis, Bogotá, 1.990, pág. 158 infra) y en sentido parecido del autor en mención “Hacia un realismo Jurídico Penal”, Venezuela, Monte Ávila Editores Latinoamericana, Caracas, 1.993, pág. 26. No es de menos indicar que el libro citado en precedencia (En especial págs. 15 a 131) son las ideas centrales, como lo afirma el auto del mismo, de la primera obra citada en éste pie de pagina.

lo que se debe – tiene- que hacer, se repite, es realizar una propuesta deslegitimante limitativa de ese acto de poder, así como de las consecuencias que del mismo se derivan, siempre buscando, aunque ello sea una simple utopía, la abolición del sistema penal.

De conformidad a lo anterior, se cree que la vía correcta –tarea- que en éstos momentos puede emprender el estudiante de derecho, el jurista o cualquier otra persona que labore, directa o indirectamente, en y para el sistema penal latinoamericano, sin que ello implique un alejarse de la realidad y por lo tanto del objeto a regular, es adoptar y desarrollar la segunda vía, ello es, propender a la racionalización limitante del sistema penal – ideas jurídico penales- deslegitimado, siempre buscando, así no se logre, la abolición del sistema penal³⁰.

Dejado en claro cuál es la tarea del jurista – quien hace parte esencial del sistema penal- la pregunta es ¿cómo realizar dicha labor?.

La respuesta al anterior interrogante es, por un lado – nivel del deber ser-, la de elaborar e interpretar – operar- el sistema penal de una manera coherente, respondiendo a un mismo hilo conductor, para <<*hacer previsible y racional el ejercicio del poder de los juristas*>> o de cualquier otra persona que labore en o para el sistema penal latinoamericano. Ello implica asumir, en primera instancia, de manera consecuente un modelo filosófico que sirva de limitante racional al sistema penal deslegitimado –si se asume un modelo filosófico: realismo-antropológico, por ejemplo, no se puede pensar en la adopción de un concepto de acción diferente al que se da en la realidad, no es posible concebir bienes jurídicos que no tengan un referente en la realidad, así como tampoco supuestos de hecho que no guarden ninguna relación con el bien jurídico que los agrupa, ni en un concepto de culpabilidad alejado del contexto social cultural donde se mueve el sujeto agente-, el cual, se repite, no es otra cosa que un acto de poder en movimiento; y, por otro lado – nivel de ser-, buscar que la aplicación de ese sistema penal deslegitimado limitado guarde una relación de verdad con la realidad que pretende regular y quienes laboren en o para el sistema penal deslegitimado limitado respondan a las directrices señaladas por el modelo que se adoptó como limitante, así por ejemplo, el juez en sus decisiones no se aparte de la realidad, es decir, no la altere.

Así las cosas, se tiene que, de un lado, los conceptos que se indicarán en éstas consideraciones se formulan desde una perspectiva estrictamente jurídico penal, perspectiva entendida como se señaló anteriormente y por lo tanto imposible de ser desligada de la realidad que pretende regular, como quiera que dicha perspectiva

³⁰ El miedo al abolicionismo estriba, en última instancia, en nuestra incapacidad de originar “algo” diferente y mejor al derecho penal. Incapacidad, que deseo creer, halla su origen mas en condicionamientos sociales y culturales – sistema educativo, televisión, prensa etc- que son impuestos, sutilmente, que en la imposibilidad <<*de reemplazarlo por otro, frente a la necesidad de defender los derechos de algunas personas*>> (ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “En Busca de las Penas Perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal”, 2ª. Edición, Colombia, Ed. Temis, Bogotá, 1.990, pág. 5), entre las cuales nos encontramos los juristas de la periferia Latinoamericana.

jurídica, en sentir de quien escribe, debe inscribirse en un modelo empírico (realista si se quiere)³¹ – antropológico de carácter crítico.

Todo lo que hasta el momento se propone no significa otra cosa que la adhesión de las presentes notas a la propuesta que viene formulando el doctor **EUGENIO RAÚL ZAFFARONI**, penalista Argentino de la Universidad de Buenos Aires, de la siguiente manera:

“El “¿Qué?” del derecho penal no podrá resolverse sino mediante el “¿Qué?” de la sociedad, lo que implica el “¿Qué?” del Hombre, es decir, la pregunta antropológica.

La respuesta a las preguntas fundamentadoras no puede estar en la ley ni darse por respondidas con la ley porque la ley penal no puede crear al hombre, sino reconocerlo en mayor o menor medida como es. Si la ley penal quiere regular acciones del hombre, no puede “inventarse” al hombre. De allí que sea necesario, cuando de aplicar la ley penal se trata, fundamentar lo jurídico en lo antropológico en la tarea de explicitación (sic) para la aplicación – que es la dogmática -, pero carece de sentido buscar lo antropológico a partir del texto positivo.

En nuestra cultura el derecho penal es para el hombre y no el hombre para el derecho penal; el derecho penal es algo que le sirve al hombre para algo (que es significativo), y si no desentrañamos para

³¹ El Derecho, incluyendo de manera muy especial al Derecho Penal, no puede ni debe alterar su objeto de regulación de olvidarse lo anterior se estaría perdiendo su razón de ser: regular relaciones Interpersonales dentro de una sociedad con intereses disímiles, tensiones.

La anterior forma de pensamiento jurídico halla uno de sus mejores exponentes latinoamericanos en el Doctor **EUGENIO RAÚL ZAFFARONI**, penalista argentino de la Universidad de Buenos Aires, quien en sus no pocos textos busca desarrollar tal premisa, entre ellos valga citar: “**Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I.**”, Argentina, Buenos Aires, Ed. EDIAR, 1.987, pág. 27ss. “**Manual de Derecho Penal**”, México, Cárdenas, Editor y distribuidor, Ciudad de México D.F., 1.986 p. “**Criminología. Aproximación desde un margen.**”, Colombia, Ed. Temis, Bogotá, 1.988, 267p. (Donde busca establecer una serie de postulados para elaborar un pensar criminológico desde y para Latinoamérica). “**En Busca de las Penas Perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal**”, 2ª. Edición, Colombia, Ed. Temis, Bogotá, 1.990, 255p, “**Muertes anunciadas**”, Colombia, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Santafé de Bogotá, 1.993, 150p. “**Hacia un realismo jurídico Penal**” en donde afirma: << Si el derecho quiere actuar sobre un ámbito de la realidad, debe respetar la estructura óptica de ese ámbito y no inventarla, porque en tal caso regulará otra cosa u obtendrá otro resultado.>> (pág.36.) .

El modelo filosófico aquí señalado puede verse desarrollado en **BOTERO BERNAL, José Fernando: “Breves aproximaciones conceptuales sobre la eutanasia, ortotanasia y distanasia. Para una conceptualización Biojurídica del Homicidio pietístico.”** En la “**Revista Holística Jurídica**” número 1, 2.000, Colombia, Medellín, Universidad de San Buenaventura, Facultad de Derecho, págs. 11 a 26. Se manifiesta en dicho escrito que <<cualquier conceptualización jurídica desde nuestra “margen” debe tener a la realidad como elemento fundante de la susodicha conceptualización o al menos como elemento – limitante se agregaría- negativo, el cual no sea posible alterar, ni mucho menos crear, ora por el legislador ora por el doctrinante>> (pág. 11)

qué sirve (su significación), le quitaremos al derecho penal su característica de hecho humano.

Cabe preguntarse si la fundamentación antropológica nos lleva al jusnaturalismo. La respuesta a esta pregunta depende de qué se entienda por jusnaturalismo. Si se entiende por jusnaturalismo la afirmación de que hay un derecho superior al positivo, reconocible por alguna vía, que nos proporciona un modelo de cómo “debe ser” el derecho penal, y que nos permite afirmar que todo lo que no se adapte al modelo no es “derecho penal”, nuestra respuesta es negativa. Si, por el contrario, “jusnaturalismo” significa sólo que no todo lo que tiene forma de ley es derecho, que no toda “ley penal” es “derecho penal”, en tal sentido nuestra respuesta es positiva”³²

De otro lado, pero en íntima conexión con lo ya expuesto, no necesariamente las ideas que se habrán de exponer, así como las conclusiones que de ellas se deriven tienen y deben que coincidir con las que se formulen desde otros saberes y no por ello carecen de validez cognoscitiva o bien se les deba restar importancia.

Ahora, con sumo respeto de criterios diferentes, todo saber, incluyendo el Derecho y en especial el derecho penal, debe y tiene que tener un claro fundamento antropológico en la medida en que debe propender al bien del hombre, partiendo de éste y llegando a él. -formulación básica del modelo que se propone-

Debe quedar sumamente claro que la propuesta deslegitimante limitativa del derecho penal latinoamericano, desde la cual puede y debe elaborarse, pero sobre todo, interpretarse –estudiarse- el sistema penal, no significa que se deba renunciar a las garantías que otros modelos foráneos puedan brindar, lo que significa es que esas garantías deben ser filtradas

por las directrices del modelo propuesto para que las mismas no sean ajenas a la realidad latinoamericana y en consecuencia tengan utilidad y contenido no alejado

³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “ Manual de Derecho Penal”, México, Cárdenas, Editor y distribuidor, Ciudad de México D.F., 1.986, pág. 315 infra y 316 Supra.

En el texto citado en precedencia continua afirmado el doctor **EUGENIO RAÚL ZAFFARONI**:

“Para que el derecho penal tenga efectividad (Él entiende efectividad como la capacidad para desempeñar la función que le incumbe al derecho penal en éstos momentos desde nuestra cultura latinoamericana; Dicha función es <<la de garantía externa de un ámbito de autorrealización humana, es decir, la garantía de disponibilidad de lo que se considera pueda ser necesario para realizarse en co-existencia>> (pág. 316 Ibidem) será menester que respete la condición humana: que sirva al hombre a partir de un reconocimiento del ser hombre. Esto es la fundamentación antropológica. El derecho penal efectivo deberá estar antropológicamente fundamentado.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “ Manual de Derecho Penal”, México, Cárdenas, Editor y distribuidor, Ciudad de México D.F.1.986, pág. 316infra y 317 Supra. La aclaración es ajena del texto original)

Igual adhesión, en orden a buscar una coherencia en el pensar, se puede ver en **BOTERO BERNAL, José Fernando**: “Consideraciones sobre la Tutela jurídico penal a la vida humana. Aproximación al sentido y alcance del párrafo contenido en el artículo 124 del nuevo Código Penal.” pág. 3.

del plano del ser, el cual pretender tutelar. Se cree, igualmente, igualmente que esa tarea debe y tiene que asumirse frente a la internacionalización –globalización- del derecho penal.

A título de colofón del presente escrito, vale la pena resaltar dos ideas, a saber: La primera, las ideas que se habrán de señalar en éstas consideraciones se formularán de manera tal que lleguen no sólo a quien es ilustrado en el tema sino igualmente a quien se inicia en el tortuoso, pero no por ello no muy grato, saber jurídico penal. La segunda y la más importante, que los juristas críticos latinoamericanos, dedicados al saber penal, no debe, en momento alguno, propender a legitimar, vía dogmática penal, un derecho penal –sistema penal- que no es posible legitimar, por ser una simple expresión de poder, pero, se repite, como discursivamente no es posible abolir ese dato de poder su labor debe –tiene que- ser la de edificar una dogmática jurídico penal, fundada en un realismo-antropológico, limitante de ese poder. En otras palabras, es hacer acudir al realismo-antropológico como limitante negativo del sistema penal deslegitimado de la margen latinoamericana³³.

³³ No es de menos resaltar que dicha labor se realiza asumiendo una posición Holística del saber penal: Teniendo unas claras y sólidas bases criminológicas que se reflejen en propuestas político criminales coherentes que tiendan a ser materializadas en el derecho penal objetivo.