

Delitos contra la libertad individual y otras garantías

Pablo Elías González-Monguí

PENAL 17

Pablo Elías González-Monguí

Abogado egresado de la Universidad Libre, especializado en Derecho Penal, especializado en Criminología, especializado en Derecho Público, Doctor en Derecho de la U. Externado de Colombia, profesor universitario, docente investigador de la Universidad Católica de Colombia.

Algunos libros publicados: *Derecho Penal en las relaciones laborales públicas y privadas*, *La policía judicial en el sistema penal acusatorio*, *Manual de Policía Judicial para la Función Disciplinaria*, *Los procesos de Selección Penal Negativa*.

Cargos públicos desempeñados:

- Jefe de la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, 1989 a 1991.
- Director Nacional del Cuerpo Técnico de investigación de la Fiscalía General de la Nación, en propiedad (1997-1999).
- Director Nacional de Fiscalías (e), 1999.
- Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia (2000).
- Vicefiscal General de la Nación (2001).
- Fiscal General de la Nación encargado.

JUS-Penal es la colección que presenta los resultados de investigación, reflexión y análisis sobre las instituciones, doctrinas y prácticas relacionadas con la creación, interpretación y aplicación del derecho penal. Buscando esquemas más allá de los diseñados para interpretar la ley y teniendo como horizonte una mejor comprensión y desarrollo de la justicia penal colombiana e internacional, esta colección aporta elementos para el debate y la formación de un pensamiento penal crítico, tanto en la comunidad académica como en los profesionales que participan en el campo jurídico-penal.

Otros títulos de la Colección

JUS-Penal:

- Del populismo penal a la punitividad: la política penal en Colombia en el siglo XXI
- Los derechos humanos a debate. Perspectivas desde el derecho internacional
- Fundamentos semióticos para la investigación jurídica
- La política antidrogas. Nuevos horizontes de cambio en el control de la oferta y la demanda
- Reglas de producción de las pruebas y regla de exclusión en sede de casación penal
- El entramado penal, las políticas públicas y la seguridad
- La investigación penal en las sociedades posindustriales
- El futuro de la criminología crítica

Pablo Elías González-Monguí

Delitos contra la libertad individual y otras garantías

LIBRO
PENAL 17



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

González-Monguí, Pablo Elías
Delitos contra la libertad individual y otras garantías / Pablo Elías González-Monguí. — Bogotá : Universidad Católica de Colombia, 2017
382 páginas : 17 x 24 cm. —(Colección JUS Penal ; no. 17)
ISBN: 978-958-8934-84-6 (impreso)
978-958-8934-85-3 (digital)
I. Título. II. Serie
1. Delitos contra la persona 2. Libertad (derecho) 3. Derechos civiles

Dewey 323 SCDD ed. 21

Proceso de arbitraje

1er concepto

Evaluación: 01 de marzo de 2017

2do concepto

Evaluación: 20 de marzo de 2017

© Universidad Católica de Colombia

© Pablo Elías González-Monguí

Primera edición, Bogotá, D. C.

Marzo de 2017

Dirección Editorial

Stella Valbuena García

Coordinación Editorial

María Paula Godoy Casasbuenas

Corrección de estilo

Ángela Patricia Robles Laguna

Diseño de colección

Juanita Isaza

Diagramación

Andrés Mauricio Enciso Betancourt

Publicación digital

Hipertexto Ltda.

www.hipertexto.com.co

Bogotá, D. C., Colombia

Impresión

Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Bogotá, D. C., Colombia

Cómo citar esta obra

En APA:

González-Monguí, P. E. (2017). *Delitos contra la libertad individual y otras garantías*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.

En Chicago:

González-Monguí, Pablo Elías. *Delitos contra la libertad individual y otras garantías*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2017.

Facultad de Derecho

Carrera 13 N° 47-49

Bogotá, D. C.

derecho@ucatolica.edu.co

Editorial

Universidad Católica de Colombia

Av. Caracas 46-72 piso 5

Bogotá, D. C.

editorial@ucatolica.edu.co

www.ucatolica.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el depósito legal

© Derechos reservados

CONTENIDO

Presentación	11
Introducción	17
Capítulo I. El bien jurídico tutelado	21
La libertad individual como bien jurídico	24
Principio de legalidad y tipicidad frente al bien jurídico de la libertad individual	30
La libertad individual y los delitos de ejecución permanente	34
Libertad individual y crímenes de lesa humanidad	37
Capítulo II. Otros aspectos dogmáticos de los delitos contra la libertad individual	45
Los sujetos activos, autoría y participación	46
La posición de garante en el Código Penal colombiano y los delitos contra la libertad individual	49
Los tipos penales por acción (comisión).....	51
La conducta por omisión.....	51
Las situaciones constitutivas de posición de garante	52
La posición de garante en la conducta por acción (comisión)	57
La posición de garante y la fuerza pública.....	60
La posición de garante limitada a determinados bienes jurídicos.....	61
Síntesis	62
Las eximentes de antijuridicidad y la obediencia debida	63

La insuperable coacción ajena y el miedo insuperable	66
Capítulo III. Desaparición Forzada	71
Antecedentes	71
La desaparición forzada y la legislación internacional	74
La desaparición forzada y el crimen de lesa humanidad	79
La desaparición forzada en la legislación de países latinoamericanos	81
La desaparición forzada en la legislación colombiana	84
La clasificación del tipo penal	88
El tipo objetivo	91
El sujeto activo	91
Autoría y participación	93
El sujeto pasivo	96
La conducta	96
El perfeccionamiento de la conducta	98
La sustracción del sujeto pasivo del amparo de la ley	99
El objeto material personal	100
La posición de garante en la desaparición forzada	100
Las circunstancias específicas de agravación punitiva	103
Circunstancias de atenuación punitiva	108
La desaparición forzada en el Código Penal Militar	109
El tipo penal subjetivo	109
El curso de la desaparición forzada con otros delitos	110
De la prescripción de la acción y de la pena	112
Capítulo IV. El Secuestro	115
El secuestro en algunas legislaciones penales de otros países	118
Antecedentes normativos	121
La clasificación del tipo	124
El tipo objetivo	125
El sujeto activo	125
El sujeto pasivo	126
La conducta	128
El objeto material personal	130
Clases de secuestro	130
Causales de agravación del secuestro simple y del extorsivo	140
Transformación de tipos penales autónomos en elementos o agravantes de otras conductas punibles	151
Concierto para secuestrar	151

Enriquecimiento ilícito derivado del secuestro	151
Omisión de informes y omisión de aviso	153
Omisión de servidores públicos	153
Suministro de información.....	154
Provecho ilícito, por error ajeno, proveniente de secuestro o extorsión	154
Los concursos del secuestro con otras conductas punibles	154
Circunstancias de atenuación punitiva del secuestro	155
La celebración indebida de contratos de seguros	156
Eximentes de antijuridicidad	156
Diferencias del secuestro con la desaparición forzada.....	158
La simulación del secuestro o el autosecuestro.....	158
Capítulo V. Apoderamiento y desvío de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo.....	159
Legislación internacional y nacional.....	161
Derecho comparado.....	164
La clasificación del tipo.....	165
El tipo objetivo	166
Los sujetos activo y pasivo	166
La conducta	167
El objeto sobre el cual recae la acción (objeto material)	169
El agravante específico.....	170
El concurso con otros delitos.....	170
Capítulo VI. De la detención arbitraria	171
Privación ilegal de la libertad.....	173
La clasificación del tipo penal	173
El tipo objetivo.....	174
El concurso con otros delitos	179
La tentativa	179
El tipo subjetivo	179
Diferencias del delito de privación ilegal de la libertad con el delito de secuestro.....	180
Prolongación ilícita de la privación de la libertad.....	181
La clasificación del tipo penal	181
El tipo objetivo.....	181
El tipo subjetivo	184
La posición de garante en el delito de prolongación ilícita de la privación de la libertad	185
Detención arbitraria especial.....	185

Desconocimiento del hábeas corpus.....	187
Antecedentes	187
El hábeas corpus en la legislación internacional	190
El hábeas corpus en Colombia	192
¿Qué es el hábeas corpus?	193
La clasificación del tipo penal	197
El tipo objetivo	198
El tipo subjetivo	200
Capítulo VII. Delitos contra la autonomía personal	203
La tortura	204
La tortura después de su proscripción	206
La tortura en la legislación internacional de los Derechos Humanos y en el Derecho Comparado	207
La clasificación del tipo penal	211
El tipo objetivo	211
Eximentes de responsabilidad penal	216
El tipo subjetivo y los elementos subjetivos del tipo	216
El concurso de la tortura con otras conductas punibles	217
Las circunstancias específicas de agravación punitiva	218
Desplazamiento forzado	225
Normatividad internacional	226
La clasificación del tipo penal	228
El tipo objetivo	229
El tipo subjetivo	232
Las circunstancias de agravación punitiva	232
Las circunstancias de mayor punibilidad en el desplazamiento forzado en el marco de un conflicto armado interno	234
El concurso del desplazamiento forzado con otras conductas punibles	234
Constreñimiento ilegal	235
El tipo objetivo	235
El tipo subjetivo	238
Eximente de antijuridicidad	240
Los concursos	240
Las circunstancias específicas de agravación punitiva	241
Constreñimiento para delinquir	242
La clasificación del tipo penal	242
El tipo objetivo	243
La identidad de elementos con el constreñimiento ilegal	243

El tipo subjetivo	243
La insuperable coacción ajena	244
El constreñimiento para delinquir agravado	246
Fraudulenta internación en asilo, clínica o establecimiento similar.....	249
La clasificación del tipo penal	249
El tipo objetivo.....	250
El tipo subjetivo	253
Los agravantes específicos	254
El concurso con otras conductas punibles	254
Inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas	255
La clasificación del tipo penal	255
El tipo objetivo.....	256
El tipo subjetivo	260
Tráfico de migrantes.....	261
La clasificación del tipo penal	262
El tipo objetivo	263
El tipo subjetivo	267
El concurso de delitos	268
Trata de personas.....	270
La clasificación del tipo penal	271
El tipo objetivo	272
El tipo subjetivo	274
El consentimiento	279
Las circunstancias de agravación punitiva específicas y comunes	
para el tráfico de migrantes y la trata de personas	280
El concurso de conductas punibles	280
Tráfico de niñas, niños y adolescentes	281
La clasificación del tipo penal.....	283
El tipo objetivo	283
El tipo subjetivo	284
Las circunstancias específicas de agravación punitiva	285
Uso de menores de edad para la comisión de delitos.....	285
La clasificación del tipo penal	286
El tipo objetivo	287
El tipo subjetivo	289
El consentimiento	290
El concurso de delitos	290
Las circunstancias específicas de agravación punitiva	291

Capítulo VIII. Delitos contra la inviolabilidad de habitación o sitio de trabajo	293
Fundamentos de la protección	293
Excepciones a la inviolabilidad del domicilio	295
La clasificación del tipo penal	296
El tipo objetivo	297
Los sujetos	297
El objeto jurídico	298
El objeto material	298
La conducta	300
Los elementos normativos	301
El tipo subjetivo	302
El concurso de delitos	302
La ocupación del lugar de trabajo por tropas militares	303
Capítulo IX. De la violación a la intimidad, reserva e interceptación de comunicaciones	305
Violación ilícita de comunicaciones de carácter privado	312
La clasificación del tipo penal	313
El tipo objetivo	313
El tipo subjetivo	316
Las circunstancias específicas de agravación punitiva	316
El concurso de delitos	316
Violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial	317
Ofrecimiento, venta o compra de instrumento apto para interceptar comunicación privada	318
Divulgación y empleo de documentos reservados	320
Utilización ilícita de redes de comunicaciones	323
Acceso abusivo a un sistema informático	325
Capítulo X. De los delitos contra la libertad de trabajo y asociación	327
Violación de la libertad de trabajo	329
La clasificación del tipo penal	330
El tipo objetivo	330
Sabotaje	339
El concepto de sabotaje	340
La clasificación del tipo penal	340
El tipo objetivo	340
Violación de los derechos de reunión y asociación	345
La clasificación del tipo penal	346
El tipo objetivo	346

Las circunstancias específicas de agravación punitiva	352
El tipo subjetivo	353
El concurso de delitos	354
Capítulo XI. De los delitos contra el sentimiento religioso y el respeto a los difuntos.....	355
Violación a la libertad religiosa.....	355
Impedimento y perturbación de ceremonia religiosa	356
Daños o agravios a personas o a cosas destinadas al culto	357
Irrespeto a cadáveres	358
Referencias	361
Doctrina	361
Organizaciones	368
Jurisprudencia.....	372
Otros documentos.....	378

PRESENTACIÓN

Este libro nace del interés en investigar sobre los delitos que se cometen contra la libertad individual de miles de colombianos, bien jurídico muchas veces afectado por los actores del conflicto armado colombiano y, otras tantas, por la delincuencia común del narcotráfico o de bandas organizadas. Este es un proceso que lleva varios años y que continúa en construcción, teniendo como base la dogmática penal en un sentido crítico, por lo que no implica la adopción simple de una posición técnico-jurídica, sino que está matizado por aspectos socio-jurídicos que son necesarios en una reflexión sobre este tipo de delincuencia.

En este proceso fue imprescindible fijar el alcance del bien jurídico de la libertad individual en sus diferentes expresiones, no solamente como libertad física. Para ello se tuvieron en cuenta las diferentes formas contenidas en las descripciones típicas que expone el Código Penal colombiano: intimidad, autonomía de la voluntad, libertad de trabajo, entre otras.

También, un punto problemático importante que se tuvo en cuenta y que continuará siendo de actualidad, es la existencia de discusiones sobre el principio de legalidad frente a los delitos de ejecución permanente (desaparición forzada, secuestro, desplazamiento forzado) y el dilema de aplicación o no del principio de favorabilidad por los diferentes cambios normativos.

En el primer capítulo se abordará ampliamente, para una mejor comprensión, cómo se definen y entienden los crímenes de lesa humanidad, lo cual es

fundamental para el pasado reciente de la Ley de Justicia y Paz en Colombia. También, para su aplicación presente y futura, incluido el Proceso de Justicia Transicional de los acuerdos oficiales con las guerrillas izquierdistas.

En el segundo capítulo se tratarán algunos aspectos dogmáticos comunes a los diferentes tipos penales. En las distintas descripciones típicas aparecen sujetos activos cualificados –como los servidores públicos– y también los particulares –sin ninguna calidad especial–, razón por la cual fue necesario hacer distinciones en relación con la autoría y la participación. Como el artículo 25 del Código Penal colombiano hace referencia expresa a los delitos contra la libertad individual y las posiciones de garantía, se realizó un estudio sobre el particular para establecer su alcance y aplicación. Tampoco se podían dejar de examinar las posibles causales de justificación y las eximentes de culpabilidad en relación con este tipo de conductas.

En cada uno de los capítulos en que se estudian los diferentes delitos, se realizará un examen de la legislación internacional que ha adoptado Colombia, así como una comparación de la legislación nacional con el derecho penal extranjero, la doctrina y la jurisprudencia y un estudio dogmático de los tipos penales en el que se presentan algunas discusiones doctrinarias sobre el alcance de estos.

En el tercer capítulo se entrará precisamente en el análisis de los tipos penales, con el estudio sobre el delito de desaparición forzada de personas. Esta es la más sensible de las conductas punibles en Colombia, porque supera en número a las desapariciones producidas por las dictaduras del cono sur. Esto, en un país que se precia de ser democrático, pero en el que por causa del conflicto armado interno y de la delincuencia no asociada con el conflicto, se registra un gran número de desapariciones forzadas, en las que también han participado agentes del Estado.

En el cuarto capítulo se analizará el secuestro, otro de los flagelos que durante varias décadas ha azotado a Colombia, no solamente por el número de casos, sino también por la larga duración de los mismos –algunos de más de diez años–, así como por el carácter político y la finalidad económica de los mismos, o por ser producto del conflicto armado interno. Se profundizará en el secuestro simple y extorsivo, con atenuantes y con agravantes específicos, la diferencia con la desaparición forzada y el auto-secuestro, entre otros tópicos.

En el capítulo quinto se entrará a un tema que pareciera traído de las películas de ficción, pero que en Colombia en diferentes épocas se ha presentado

básicamente con finalidades políticas. No ha faltado tampoco el concurso con el secuestro y la extorsión, o la iniciativa de algún particular que pretende por esa vía reclamarle algo personal al Estado. Se trata del apoderamiento y desvío de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo, lo que comúnmente se conoce como piratería. Este será visto desde la legislación internacional, el Derecho Comparado y el obligatorio estudio dogmático con sus agravantes específicos y el concurso con otras conductas punibles.

En el capítulo sexto se indagará por la privación ilegal de la libertad personal, su ilícita prolongación y el desconocimiento del *hábeas corpus* por parte de servidores públicos. Esta adquiere la denominación genérica de detención arbitraria, respecto a la cual se establecerán la diferencias que tiene en relación con el delito de secuestro.

En el capítulo séptimo se abordarán tipos de delitos que hacen evidente el retroceso al que nos enfrentamos en materia de la autonomía de la voluntad, algunos de los cuales tienen como pretexto “la seguridad”. En pleno siglo XXI aún pensamos que los Derechos Humanos podrían ser una realidad en el mundo entero o que, por lo menos, podrían tener un avance significativo. Sin embargo, en Colombia se utiliza la tortura como fórmula de investigación. Esta práctica ilegal, tipificada como delito a partir de 1980, ha estado presente, por ejemplo, dentro de los abusos cometidos por agentes estatales que, bajo el amparo del Estatuto de Seguridad, la utilizaron contra opositores políticos, dirigentes sindicales y líderes populares. Como su práctica puede ocurrir eventualmente, se realizará el estudio de este tipo de conducta que no deja de ser una práctica inquisitorial.

También se estudiará, en este capítulo, el delito de desplazamiento forzado, que en nuestro contexto ha sucedido comúnmente con cifras alarmantes y muy preocupantes, porque el Estado no ha sido capaz de responder a la magnitud de la situación. De igual manera, y no menos importantes, se abordarán delitos como el constreñimiento ilegal, el constreñimiento para delinquir, la fraudulenta internación en asilo, clínica o establecimiento similar, la inseminación artificial o transferencia no consentida de óvulos fecundados y la utilización de menores de edad para cometer delitos. Entre estos, sobre todo, la trata de personas, el tráfico de niños, niñas y adolescentes y el tráfico de migrantes, ocupan un puesto especial en la criminalidad colombiana, adquiriendo las características de crímenes transnacionales, puesto que se han convertido en una industria delictiva internacional

de cuantiosos ingresos económicos, la cual ofende profundamente la dignidad humana e instrumentaliza y cosifica a las personas víctimas de estos delitos.

En el capítulo octavo serán objeto de estudio los derechos fundamentales a la intimidad y la tranquilidad, los cuales están ligados al análisis sobre los delitos contra la inviolabilidad de habitación o sitio de trabajo, lugares frente a los que ha existido una tendencia a eliminar la reserva judicial para efectuar procedimientos investigativos por parte del Estado. Preservar estos derechos es garantía de libertad y democracia.

El desarrollo dogmático de lo que conocemos coloquialmente como “chuzadas”, que son violaciones al derecho fundamental a la intimidad —cuando no son autorizadas por la Fiscalía o por un juez—, está en el capítulo noveno de este texto, junto a otras conductas como el acceso abusivo a medios informáticos. El Código Penal, en lo que concierne a la intimidad entendida como libertad individual, describe conductas sobre la violación de comunicaciones de carácter privado u oficial. Estos delitos, han sido realizados por parte de agentes estatales de inteligencia y seguridad que, prevalidos de su función, abusaron de la misma para efectos de controlar a líderes populares, defensores de Derechos Humanos, opositores políticos e incluso a funcionarios del mismo Estado.

En el capítulo décimo se desarrollará la libertad de trabajo, asociación y huelga, en términos tanto de libertad individual como colectiva. El estudio de la libertad de trabajo de empleadores y de trabajadores, así como los derechos de asociación, negociación y huelga como derechos laborales, permite establecer el ámbito de la protección penal, al igual que el límite de su ejercicio por conductas sancionables como el sabotaje.

En el capítulo undécimo se tratará la libertad de culto y el sentimiento religioso de las ceremonias y los lugares considerados sagrados, como también el respeto que nos merece la memoria de los difuntos y los sitios donde han sido inhumados sus cuerpos. Con este tema finaliza la investigación sobre los delitos contra la libertad individual, uno de los bienes jurídicos que en el mundo cada día es restringido por los Estados y vulnerado por particulares y servidores públicos. Obviamente el Estado debe garantizar la seguridad como bien colectivo de forma compatible con las libertades individuales, por lo cual debe perfeccionar cada día más su capacidad investigativa para evitar, en lo máximo posible, la intrusión innecesaria en los derechos fundamentales de la colectividad como consecuencia

•Presentación•

de las actuaciones delictivas de unos pocos. Se espera que las consideraciones jurídicas que se realizan a lo largo del texto sean de utilidad para quienes consulten esta obra.

INTRODUCCIÓN

La libertad individual es uno de los bienes jurídicos de mayor importancia protegidos por el Código Penal colombiano; de igual manera, es uno de los más afectados por las violaciones de las que es objeto en sus diferentes expresiones: libertad de locomoción, libertad física o corporal, privacidad del domicilio, intimidad, libertad de conciencia, libertad de cultos, libertad de trabajo, entre otras.

En Colombia se registran sorprendentes cifras en materia de delitos de desaparición forzada, secuestro, desplazamiento forzado, tortura y violaciones a la intimidad, fundamentalmente en un contexto de irrespeto a los Derechos Humanos y de intolerancia frente a las ideas de quienes muestran algún descontento o inconformidad con la situación política colombiana. Sin embargo, estas no son las únicas causas de este tipo de delitos.

Otras tienen que ver con intereses políticos de diferentes ideologías. También con ganancias económicas, por ejemplo en las relacionadas al secuestro como método para el enriquecimiento personal o para financiar la guerra. Ciertas causas están asociadas a asuntos como el liberarse de los opositores políticos o de los competidores en los negocios ilícitos. Así mismo, algunas aluden a la utilización de medios violentos y maniobras engañosas que vulneran y limitan, como en las situaciones en las que se afectan los derechos de asociación de los trabajadores; también, en las que se utiliza la detención arbitraria como una forma de afectación de la libertad de líderes, defensores de Derechos Humanos o activistas políticos para silenciarlos, violando además otros bienes jurídicos como el de la vida. Incluso existen

partidarios del restablecimiento de la tortura como un mecanismo de investigación para obtener confesiones de delitos o para prever los que posiblemente sucederán, en una falsa disyuntiva entre la seguridad de todos y la afectación de los Derechos Humanos de unos pocos.

La existencia de una abundante cantidad de delitos contra la libertad individual y la poca bibliografía nacional de estudios dogmático-penales sobre este tipo de conductas, constituye la principal justificación para realizar esta investigación. Va dirigida a los estudiantes de la carrera de Derecho y a la comunidad académica y profesional, sin tener la intención de ser un tratado acabado sobre la materia, sino más bien un punto de partida para una amplia y constante construcción que no agote el estudio y la discusión sobre las diferentes descripciones típicas. Seguramente habrán posiciones discrepantes sobre algunos aspectos, lo que es positivo porque incentiva el análisis y la discusión, así como también enriquece el debate académico. Bienvenidas las críticas, porque contribuyen a dinamizar la reflexión del Derecho Penal en quienes lo han adoptado desde lo profesional y en los estudiantes en cuya formación comienzan a interesarse en esta disciplina.

Es la libertad individual, en sus diferentes expresiones dogmáticas en el Código Penal colombiano, el objeto de estudio de la presente investigación. El criterio de partida es que la libertad individual no es absoluta, sino relativa, como también es un concepto complejo que tiene múltiples manifestaciones, cuyo alcance se debe fijar al estudiar cada tipo penal. La aspiración de este proyecto ha consistido en lograr un estudio interpretativo de la disposición penal a la luz de la realidad colombiana, para lo cual se utilizan el método dogmático jurídico-penal de carácter crítico y el método cualitativo. Siguiendo al profesor Enrique Gimbernat y, a riesgo de ser extenso en la cita, la dogmática jurídico-penal

averigua el contenido del Derecho Penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace posible -por consiguiente- al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho Penal, facilita el sustraerlo a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una

cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un Derecho Penal del que -por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico- se desconoce su alcance y su límite (Gimbernat, 1981, pp. 126-127).

Por otro lado, el profesor Francisco Muñoz Conde sintetiza la importante función de la dogmática jurídico-penal como una forma de “garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado que, aunque se encauce dentro de unos límites, necesita del control y la seguridad de esos límites” (Muñoz Conde & García Arán, 2015, p. 183).

Sin desconocer la tarea realizada por el legislador al producir la disposición legal, es ambicioso, por cierto, que el análisis realizado en este texto comprenda el alcance normativo de manera armónica con el contexto de la legislación internacional, la Constitución Política, la jurisprudencia y la doctrina extranjera y nacional. De igual manera, es importante que los aportes teóricos de este texto, los cuales provienen tanto de la experiencia docente, como de la adquirida como litigante o servidor público, no desconozcan la importancia de los debates que se suscitan a diario y a los cuales la realidad delincencial está constantemente actualizando.

En este libro, en cada análisis de las diferentes descripciones típicas, el lector encontrará aportes respecto a los antecedentes de la disposición vigente, al estudio de la legislación internacional que le sirve de referencia a cada una, a la comparación analítica de diferentes legislaciones y a la interpretación de los elementos de cada tipo penal con las diferentes problematizaciones y discusiones que se presentan en el campo dogmático jurídico-penal. Esta pretensión de interpretar y comprender la norma que es producto de las conductas humanas, ha permitido realizar una pregunta desde la teoría general sobre el bien jurídico relacionado con cada tipo penal: ¿qué es el bien jurídico de la libertad individual y cómo lo protege cada uno de los tipos penales del título III de la parte especial del Código Penal colombiano?

Las conductas que en este texto son objeto de estudio se encuentran descritas en el *Título III* de la parte especial del Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000) bajo la denominación de *Delitos contra la libertad individual y otras garantías* (artículos 165 a 204). Este contiene nueve capítulos que incluyen las reformas que

tutelan el bien jurídico de la libertad individual en sus diferentes manifestaciones. Los capítulos y artículos que se estudiarán son:

1. De la desaparición forzada (arts. 165 a 167).
2. Del secuestro (arts. 168 a 172).
3. Apoderamiento y desvío de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo (art. 173).
4. De la detención arbitraria (arts. 174 a 177).
5. De los delitos contra la autonomía personal (arts. 178 a 188D).
6. Delitos contra la inviolabilidad de habitación o sitio de trabajo (arts. 189 a 191).
7. De la violación a la intimidad, reserva e interceptación de comunicaciones (arts. 192 a 197).
8. De los delitos contra la libertad de trabajo y asociación (arts. 198 a 200).
9. De los delitos contra el sentimiento religioso y el respeto a los difuntos (arts. 201 a 204).

Como todo producto de investigación en el área del Derecho, este libro tiene como objetivo el aportar y ser útil académicamente. Por ello, la aspiración es que sea acogido críticamente y que su contenido contribuya a resolver las inquietudes del lector. Este texto ha sido posible gracias al auspicio y coordinación del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Facultad de Derecho – CISJUC– de la Universidad Católica de Colombia. Además, está inscrito en el grupo de investigación *Conflicto y criminalidad*, en la línea de investigación *Fundamentos y transformaciones del poder punitivo*, en el proyecto *Nueva criminalidad y control*.

Quiero presentarle mis agradecimientos especialmente a la Universidad Católica de Colombia; al decano de la Facultad de Derecho, Germán Silva García; al director del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Facultad, Jairo Andrés Becerra Ortíz; y, finalmente, al director del Grupo de Investigación, Misael Tirado Acero. Todos ellos estimulan la investigación y las publicaciones de los trabajos realizados por los docentes, por lo que sin su apoyo no hubiera sido posible que este libro saliera a la luz pública.

Pablo Elías González-Monguí

EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

1

La autoría del concepto de bien jurídico es atribuida al alemán Johann Michael Franz Birnbaum (1792-1877) y se fija su nacimiento en el año de 1834 (Roxin, 1997). Esta noción hace parte de una construcción del Derecho Penal liberal de carácter garantista, en la medida en que se establece como algo inherente a cada individuo y, por ello, como objeto de protección jurídica, incluida la de naturaleza penal. Aunque la doctrina se inclina mayoritariamente por la teoría del bien jurídico como fin principal de protección del Derecho Penal, durante más de dos siglos se ha esforzado por encontrar una definición consensual de este, sin que hasta el momento se haya logrado.

Posiblemente la definición más conocida y utilizada del término es la del alemán Franz von Liszt (1888), quien consideró que el “bien jurídico es el interés jurídicamente protegido” (Liszt, s.f., p. 6). Como promotor de la política criminal como disciplina y nuevo saber penal, Liszt precisó que

todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del derecho eleva el interés vital a bien jurídico. Esos intereses vitales resultan de las relaciones de la vida entre los mismos individuos o entre los particulares y la sociedad organizada en Estado, o viceversa (Liszt, s.f., p. 6).

Muchos años después, Hans Welzel (1956), expuso que “todo bien jurídico forma parte de la vida social” (p. 6), por lo que su significación no debe ser apreciada aisladamente, sino en una relación conjunta con la totalidad del orden

social. Así, el bien jurídico es “todo estado social deseado que el derecho quiere asegurar contra lesiones” (Welzel, 1956, p. 6).

Más cercano en tiempo, el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni (2002) atribuye la creación de bienes jurídicos a la Constitución, al Derecho Internacional y al resto de la legislación. Finalmente, es el Derecho Penal el que los recibe ya tutelados, para así anunciar las condenas a través de los tipos penales, correspondientes a ciertas formas particulares y aisladas de lesión a dichos bienes.

Durante las últimas décadas, la tendencia mayoritaria de la doctrina penal acude a los ordenamientos constitucionales como fuente del bien jurídico. El profesor Claus Roxin considera que, en efecto, ese es el punto de partida correcto en un Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, en el cual se deben marcar los límites de la potestad punitiva del Estado. Así mismo, considera que los bienes jurídicos deben atender a “circunstancias dadas y finalidades” en vez de a “intereses” de modo general. Dice que

los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema (Roxin, 1997, pp. 55-56).

En Colombia, la utilización del concepto de bien jurídico es relativamente reciente. En los Códigos Penales de 1837, 1873, 1890 y 1936 no se utiliza dicha expresión. Aunque, por la influencia de la Escuela Clásica Italiana y particularmente de Francesco Carrara, empezó a entenderse el delito como un ente jurídico, “porque su esencia debe consistir necesariamente en la violación de un derecho” (Carrara, 1956, p. 4). O sea, estaba implícito el concepto de daño y de lesión a un derecho que, en términos de hoy, se trata del bien jurídico.

En el Código Penal de 1980 se hizo la primera referencia al equivalente a bien jurídico –según la definición de Liszt–, al precisar que la existencia de la antijuridicidad depende de la realización de una conducta que, además de ser típica, debe lesionar o poner en peligro, sin justa causa, el “interés jurídico” tutelado por la ley (art. 4º). Recién expedido el Código Penal de 1980, el profesor Luis Carlos Pérez, siguiendo a Liszt, utilizó la expresión bien jurídico para referirse a “la libertad o la propiedad, agregando que en una sociedad organizada este contenido material de la antijuridicidad consiste igualmente en la lesión o el peligro de lesión de tales

•El bien jurídico tutelado•

bienes jurídicos” (Pérez, 1981, pp. 166-167), equiparando dicha expresión a la de “interés jurídico” utilizada por ese estatuto.

Sin embargo, se considera que la fuente actual del concepto se encuentra en el artículo 16 de la Constitución Política, en cuanto dispone que “todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico” (Const., 1991, art. 16). Y, es en el Código Penal del 2000 (Ley 599) que se incluye la expresión “bien jurídico” en varias normas que denotan definitivamente la orientación protectora de dicho estatuto como fin principal. En el artículo 11 se define la antijuridicidad como lesión o puesta efectiva en peligro, sin justa causa, del “bien jurídicamente” tutelado por la ley penal. En el numeral 4º del artículo 25 se relacionan las diferentes posiciones de garantía, cuando se hace referencia a “la creación precedente de una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico” (Código Penal, 2000) correspondiente. También en el numeral 2º del artículo 32, se señalan las causales de ausencia de responsabilidad y se establece como eximente el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del “bien jurídico”, en aquellos casos en que puede ser dispuesto. Como se puede ver, legislativamente se acepta que el fin principal del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, a diferencia de la finalidad que el profesor Günther Jakobs (1997) le otorga como restablecimiento de la vigencia segura de la norma.

La pluralidad de conceptos no ha sido obstáculo para que la teoría del bien jurídico haya evolucionado y constituya hoy un criterio rector para la limitación del *ius puniendi* del Estado, tanto en la producción de la norma como en su aplicación y ejecución. La creación de la norma penal, atendiendo a determinados “intereses jurídicos”, puede corresponder al consenso de una comunidad, como sucede con los delitos contra la vida, o puede responder a los intereses de grupos económica y/o políticamente dominantes. Esto último, como ha sucedido con el endurecimiento de las penas en relación al secuestro, antes de que aumentara potencialmente el número de personas secuestrables debido a las tácticas de la guerrilla colombiana en lo que se conoció como “pescas milagrosas”¹; o como sucede con la protección que reclaman ciertos gremios, por ejemplo respecto al hurto de hidrocarburos o a la llamada “piratería terrestre”. En esa misma línea, en

1 Secuestro de personas no adineradas, por parte de la guerrilla, que casualmente eran interceptadas en una carretera.

el proceso de formación de la ley penal no faltó la resistencia de sectores frente a la criminalización de conductas como el genocidio, las cuales pueden afectar la supervivencia de un grupo humano, así como frente a la desaparición forzada y al desplazamiento forzado, que vulneran el bien jurídico de la libertad individual.

Se le atribuye también como función a la teoría del bien jurídico la orientación para la interpretación de la ley penal, para determinar si una conducta lesiona o pone en peligro el interés jurídicamente tutelado, o si, por el contrario, excluye la antijuridicidad en la medida en la que la lesión es leve o insignificante. Obviamente, además de orientar al legislador para la creación de la norma penal, el concepto de bien jurídico limita al juez para establecer la tipicidad y la antijuridicidad, como también para determinar las sanciones de acuerdo con la gravedad de la conducta y el tipo del bien jurídico afectado.

En ese orden de ideas, los bienes jurídicos son los valores, definidos por cada sociedad, que deben ser protegidos jurídico-penalmente de forma individual o colectiva y según su importancia vital. Sin embargo, los legisladores, como representantes de la sociedad, no siempre captan con acierto los valores sociales, por lo que establecen los intereses de grupos sociales de poder como si fueran bienes jurídicos, para así favorecerlos. También ocurre que le otorgan la connotación de bien jurídico a circunstancias que no tienen dicha cualidad², o que a las que sí la tienen no las promulgan como tales para no perjudicar los intereses de ciertos grupos que quiebran reglas en perjuicio de la mayoría de la población.

La libertad individual como bien jurídico

El Código Penal del 2000, en su *Título III*, tiene como bien jurídico la “libertad individual” con idéntica denominación a la que exponían los Códigos Penales de 1936 y 1980, ya sea entendida como “interés jurídico”, como “circunstancia dada o finalidad”, o como “valor social”. Pero, sobre el concepto de libertad no existe unanimidad de criterio. Según la época y la sociedad en que se viva, se define la libertad. Desde un punto de vista genérico se permiten todo tipo de posiciones políticas, partidistas, religiosas, filosóficas o personales; lo que para alguien significa libertad para otra persona puede ser libertinaje o un concepto reducido

.....
2 Corte Constitucional. Sentencia C430 de 12 de septiembre de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-430-96.htm>. Esta sentencia declaró inexecutable el artículo 7º de la Ley 228 de 1995, en el que se establecía como contravención el porte injustificado de ganchúas y llaves maestras.

•El bien jurídico tutelado•

de ella. Cada sociedad tiene una noción de lo que debe entenderse por libertad. La sociedad en la que vivimos tiene su propio concepto, quizás un criterio evolucionado y en continua aproximación a lo que en un futuro se entenderá sobre ella. Por ello, aunque estemos ubicados en un contexto histórico y en un medio social determinado, no encontraremos uniformidad y consenso acerca de lo que entendemos por libertad.

Dicha noción se encuentra representada en lo cotidiano, en las vivencias de los grupos sociales y de los individuos, así como en las múltiples relaciones entre estos; también en las expresiones artísticas y culturales, en el sistema social y político, en la economía y en la producción. El concepto de libertad también lo encontramos en las instituciones jurídicas, en su afán de buscar una definición que de por sí está determinada por los intereses de los creadores de las normas y no por los de los destinatarios de ellas.

Desde el punto de vista legal, la libertad es definida en cada sociedad por normas que imponen determinado comportamiento o reglas de juego. Todo lo que transgreda esa normatividad se contrapone a lo que, bien o mal, ha sido establecido como libertad en sentido individual y colectivo.

Desde antes del nacimiento del Estado de Derecho de corte capitalista, la libertad fue una de las consignas revolucionarias en contra de los actos arbitrarios de la monarquía, lo que tuvo su primera concreción en la *Declaración de derechos del pueblo de Virginia*, aprobada por la Asamblea Constituyente el 12 de junio de 1776. En esta se dispuso que “todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos [como] el goce de la vida y de la libertad” (*Declaración de derechos del pueblo de Virginia*, 1776). Días más tarde, esos mismos derechos se establecieron en la *Declaración de Independencia de Estados Unidos*, el 4 de julio de 1776, en la que se afirmó que

todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados (National Archives, 2016).

Años más tarde, en 1789, el pueblo francés, inspirado en los ideales liberales y en el fragor de una revolución, profirió la *Declaración de los Derechos del*

Hombre y del Ciudadano, en la cual refulge el derecho a la libertad. En el artículo 4 de esta, se expone que este derecho

consiste en hacer todo lo que no haga daño a los otros. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguren a otros miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados sino por la ley (Rodríguez Rescia, 2008, p. 64).

Las revoluciones en Estados Unidos y Francia sirvieron de inspiración a los movimientos de independencia del resto de América. Entre estos estuvieron los del actual territorio colombiano, los cuales desembocaron en lo que conocemos como el Grito de Independencia. Dicho acontecimiento tuvo como fecha el 20 de julio de 1810, en Santa Fe, actual Bogotá, día en que se registró un Cabildo Extraordinario exigiéndose la formación de un Gobierno “sobre las bases de libertad e independencia” (Restrepo Piedrahita, 1995, p. 14).

Desde ese momento histórico en el que inicia el proceso de independencia hasta nuestros días, en las diferentes Constituciones la libertad ha sido uno de los fundamentos de la organización política en el país. En la última –1991– se establece que “la libertad es principio fundante y valor axial de nuestro Estado de Derecho” (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-581, 2001), y se le reconoce un triple carácter: como valor, principio y derecho (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-879/11, 2011). De los tres depende la importancia del bien jurídico de la libertad individual.

Como valor superior, la Carta Política, en su preámbulo, tiene como aspiración asegurar a los habitantes de Colombia, entre otros, la libertad como fundamento de la construcción política y jurídica del Estado Social de Derecho (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-879/11, 2011). El deber es alcanzar la libertad individual en su máxima expresión sin intromisión delictiva de los particulares o de los agentes del Estado.

En el artículo segundo de la Constitución Política se encuentra el fundamento de la libertad como principio, el cual establece que el Estado tiene como fin “asegurar la convivencia pacífica”, cuestión que le corresponde cumplir parcialmente al Derecho Penal. Lo dicho, sobre la base de que “las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades” (Const., 1991, art. 2).

Es de la libertad como principio general de donde se deriva la autorización a los particulares para que puedan realizar todas las actividades no prohibidas por la Constitución y las leyes, de tal manera que estos solamente son responsables cuando realizan las prohibiciones establecidas expresamente (Const., 1991, art. 6).

La libertad entendida como derecho (Const., 1991, art. 28) “constituye un presupuesto fundamental para la eficacia de los demás derechos y [es] el instrumento ‘primario’ del ser humano para vivir en sociedad” (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-176, 2007). Funciona además como un límite al ejercicio del poder del Estado, en la medida en que todo individuo es libre y por tanto no puede ser molestado en su persona o familia. Por esta razón, quien sea detenido debe ser informado sobre los motivos, de la misma manera que debe haber una razón definida previamente por la ley para que se le pueda privar de la libertad en virtud de un mandamiento escrito de autoridad judicial competente y con las formalidades legales establecidas.

Según el artículo 95, “el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades” (Const, 1991, art 95) frente al Estado, la sociedad y sus miembros. Al mismo tiempo surge el deber para toda persona de “respetar los derechos ajenos”. Los derechos no son ilimitados o absolutos, la propia Constitución señala cuáles son los límites que surgen del propio sentido que tiene cada derecho, “ya de su función, ya de las justas exigencias planteadas por el derecho ajeno, por el orden público y por el bien común” (Madrid-Malo, 1996, p. 16). La libertad, en su triple connotación (valor, principio y carácter), también constituye una prohibición para los particulares, que tiene que ver con no coartar, limitar o restringir las libertades de las demás personas bajo ningún pretexto.

La libertad individual, la que pertenece y es inherente a cada individuo de la especie humana, es el derecho que tiene toda persona de realizar acciones u omisiones que le permitan efectuar sus propias elecciones, desarrollar sus capacidades y aptitudes y determinar el curso de su vida; el único límite es que lo que haga no esté prohibido por la Constitución y las leyes y que no afecte los derechos de los demás. De manera recíproca, toda persona espera que los otros no amenacen o lesionen su propio derecho a la libertad mediante cualquier acto que la limite, como sería el caso de la coerción física o moral que restringe y suprime

la autonomía de la voluntad, o con cualquier conducta que la coarte, la someta, la reduzca, la oprima, la anule o la sojuzgue.

La Constitución Política colombiana establece tanto los derechos fundamentales de las personas, los derechos sociales, económicos y culturales, los derechos colectivos y del ambiente, así como también dispone nuestras obligaciones, lo que implica la definición y límite de lo que debemos entender por libertad individual y colectiva. Aunque Ralf Dahrendorf expone que “sólo hay una libertad, que es indivisible, y ésta no precisa de ningún epíteto” (Dahrendorf, 2009, p. 53), esto no quiere decir que no tenga varias manifestaciones, las cuales son reconocidas por la Constitución. Referirse a la libertad individual como bien jurídico protegido, debe hacerse en un sentido amplio, abarcando también la protección a la integridad, la dignidad y la intimidad, entre otras conglobadas por dicha noción (Basílico et al., 2011). Cada una de ellas conforma e integra dicho concepto en los delitos que se irán analizando en el transcurso del texto.

Entre las diferentes expresiones de la libertad individual están: la libertad de locomoción (art. 24); la libertad personal, física o corporal (arts. 28 y 30); la privacidad del domicilio (art. 28), como “una consecuencia necesaria de la libertad individual” (Corte Constitucional, Sentencia C-1024, 2002); el derecho a la intimidad (art. 15), entendido “como libertad, que se realiza en el derecho de toda persona a tomar las decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada” (Corte Constitucional, sentencia C-489, 1995); el libre desarrollo de la personalidad (art. 16); la libertad de conciencia (art. 18); la libertad de cultos (art. 19); la libertad de expresión y de información (art. 20); el derecho y libertad de trabajo (arts. 25 y 26); las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra (art. 27); la libertad de asociación (arts. 38 y 39); y la libertad económica de industria y comercio (art. 333).

La libertad de locomoción, reconocida como un derecho fundamental, es la posibilidad que tiene una persona “de transitar o desplazarse de un lugar a otro dentro del territorio del propio país, especialmente si se trata de las vías y los espacios públicos” (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia No. T-518, 1992)³. Dicha libertad tiene su fundamento en el artículo 24, el cual establece que “todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular

3 En igual sentido se reiteró esta posición en la sentencia C-741 de 6 de octubre de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz.

•El bien jurídico tutelado•

libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia” (Const., 1991, art. 24). En la legislación internacional es un derecho reconocido por el artículo 12 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*⁴ y por el artículo 22 de la *Convención Americana de Derechos Humanos*⁵.

Por otra parte, la libertad personal, también denominada física o corporal, tiene su base en el artículo 28 de la Constitución Política, en el cual se protege de manera simultánea la inviolabilidad de domicilio. También se encuentra en la legislación internacional, tanto en el artículo 7º de la *Convención Americana de Derechos Humanos*⁶, así como en el artículo 9º del *Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos*⁷. Por libertad personal, a nivel constitucional, se entiende

la ausencia de aprehensión, retención, captura, detención o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona. Y por inviolabilidad de domicilio se entiende en general el respeto a la casa de habitación de las personas, lo cual muestra que el concepto de domicilio a nivel constitucional no corresponde a su acepción en el derecho civil (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia No. C-024, 1994).

En el desarrollo de la Carta Política y de su concepción en torno al bien jurídico de la libertad individual, el legislador en materia penal estableció las conductas que consideró como desviadas (principio de legalidad) y merecedoras de un reproche penal. Junto a esto, implantó como consecuencia jurídica la imposición de una pena a quienes transgredan, relevantemente para el Derecho Penal, dicha libertad.

Cuando se invaden o lesionan los derechos de los demás, se atenta contra sus libertades individuales y colectivas. Por ejemplo, privar a una persona del derecho a la libre locomoción y expresión a través del secuestro o la desaparición forzada,

4 Para más información: ONU. Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966, en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>, aprobado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968. Ver el artículo 12.

5 Para más información: OEA. Convención Americana de Derechos Humanos, (Pacto de San José). San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969 en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf, aprobada en Colombia mediante la Ley 16 de 1972. Ver el artículo 22, sobre el derecho de circulación y residencia.

6 Para más información se recomienda leer el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sobre el derecho a la libertad personal, aprobada en Colombia mediante la Ley 16 de 1972, en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.

7 Para más información se recomienda leer el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968, en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.

vulnera el bien jurídico de la libertad individual. Esto también ocurre cuando se lesiona el derecho para desarrollar sus actividades fundamentales, económicas, sociales y de su intimidad. Es la violación de los derechos ajenos, en estos casos de los otros individuos, lo que ha obligado a la protección penal. Como afirma el profesor Alfonso Gómez Méndez (1998), “la existencia de estos ‘bienes jurídicos’ es el fundamento para la creación de los tipos legales” (p. 15).

Al incurrir en delitos como la desaparición forzada –Código Penal, arts. 165 a 167–, el secuestro –C.P. arts. 168 a 172– y la detención arbitraria –C.P. arts. 174 a 177–, se atenta contra la libertad individual. De igual manera, con el apoderamiento y desvío de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo –C.P. art. 173– y con los delitos contra la autonomía personal, tales como la tortura –C.P. art. 178–, el desplazamiento forzado –CP. art. 179–, el constreñimiento ilegal –C.P. art. 182–, la fraudulenta internación en asilo, clínica o establecimiento similar –C.P. art. 186– y la inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado de forma no consentida –CP. art. 187–. También ofende la libertad individual el que viola el domicilio ajeno o el lugar de trabajo –C.P. arts. 189 a 191–, el que viola la reserva e intercepta ilegalmente las comunicaciones atentando contra el derecho a la intimidad –C.P. arts. 192 a 197–, el que vulnera las libertades de trabajo, reunión y asociación –C.P. arts. 198 a 200– y el que ofende el sentimiento religioso y el respeto a los difuntos ignorando la libertad de cultos y conciencia –C.P. arts. 201 a 204–.

Aunque hay otros tipos penales que también se refieren a la libertad individual, por ejemplo las conductas vulneradoras de la libertad sexual, estas son abordadas especialmente y por separado en el Código Penal.

Principio de legalidad y tipicidad frente al bien jurídico de la libertad individual

La tipificación de los delitos y las correspondientes penas ha constituido un avance muy importante para limitar el poder del Estado en el ejercicio del *ius puniendi* y así garantizar a los ciudadanos, sometidos al imperio del Derecho Penal, que sus conductas solo pueden ser consideradas punibles cuando se encuentran definidas previamente por la ley en forma expresa, clara y precisa. Este es un principio inherente al Estado Democrático de Derecho, que limita el poder punitivo del

•El bien jurídico tutelado•

Estado, lo somete al imperio de la ley y lo obliga al cumplimiento de las exigencias de los derechos fundamentales.

Es innegable la constitucionalización del Derecho Penal a partir de la Carta Política de 1991, la cual, al incorporar valores y principios, particularmente en materia de derechos fundamentales, incide en todas las áreas del Derecho, orientando y determinando su alcance. El principio de legalidad penal que irradia las actuaciones judiciales es una garantía de seguridad jurídica para las personas, ya que les permite conocer previamente los motivos y casos en que pueden ser objeto de penas de prisión, multa o de otra índole. Con este también se busca evitar toda arbitrariedad o abuso por parte de las autoridades penales respectivas. Finalmente, intenta asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo del Estado.

Dicho principio está garantizado por instrumentos internacionales como la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (art. 11.2), el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* –PIDCP– (art. 9), y la *Convención Americana de Derechos Humanos* (art. 7.2). Estos establecen el principio de legalidad en términos idénticos: “Nadie será condenado por actos y omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos” (ONU, 1948; ONU, 1966; Ley 74, 1968; OEA, 1969). A su vez, la *Declaración Americana de Derechos Humanos* prohíbe la privación de la libertad por motivos y procedimientos “no establecidos por leyes pre-existentes” (OEA, 1948). Todos estos instrumentos están inspirados en el aforismo latino *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, que significa: ningún delito, ninguna pena sin ley previa. Al igual que estos instrumentos internacionales, la Constitución Política colombiana adoptó expresamente el principio de legalidad al establecer que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (art. 29), razón por la cual las leyes penales son irretroactivas, salvo cuando sean para favorecer al procesado o condenado.

Como parte del principio de legalidad, en materia sancionatoria y particularmente penal, uno de los fundamentos esenciales es el de la tipicidad, el cual exige que las conductas punibles deben estar descritas de manera completa, clara e inequívoca previamente en la ley, al igual que sus consecuencias jurídicas y las correspondientes sanciones penales. Esto permite que la labor del juez penal, en materia de tipicidad, se limite a verificar si una conducta ejecutada por determinada persona se adecúa a la descripción abstracta realizada por el legislador.

La Corte Suprema de Justicia modificó su postura tradicional respecto al principio de legalidad a la luz del Derecho Penal Interno y revisó su alcance y la irretroactividad de la ley penal en relación con las cuatro categorías de los llamados delitos internacionales: crímenes de genocidio, de agresión, de lesa humanidad y contra el Derecho Internacional Humanitario⁸. Además, al igual que la Corte Constitucional⁹, los consideró imprescriptibles¹⁰, bajo el argumento de que el Derecho Penal Internacional se puede aplicar en los Estados, y particularmente en Colombia, independientemente de que la normatividad internacional expedida haya sido incorporada y desarrollada por el Derecho Interno.

Para algunos casos, como los correspondientes a la desaparición forzada, la tipificación del delito ocurrió hasta el año 2000, por lo que previo a esta fecha, y en momentos específicos en que se cometió dicho delito, había una ausencia de legislación interna. Frente a esto, la jurisprudencia ha considerado que, por tratarse de un delito permanente, se aplique la nueva normatividad que estableció como conducta punible la desaparición forzada. Esto para los casos que sucedieron con anterioridad al 2000 y cuyo descubrimiento del paradero final de las personas afectadas se ha establecido tiempo después; así mismo para las situaciones en las que todavía subsiste la investigación y búsqueda. Para lo mencionado, la conducta continúa agotándose mientras subsista la situación antijurídica del desaparecimiento y no se esclarezca el paradero de la víctima.

Respecto a la desaparición forzada se ha aplicado el principio de legalidad internacional como dinámica que

permite, en aras de la protección de bienes jurídicos globales o comunes a todos los Estados, que dicho Derecho Penal Internacional se pueda aplicar en los Estados, independientemente de que dicha normatividad internacional haya sido incorporada

8 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de 16 de diciembre de 2010, radicado 33039, M.P. José Leónidas Bustos Martínez, en: www.procuraduria.gov.co/relatoria/.../87_CSJ-SP%20Proceso%2033039-2010.doc.

9 La Corte Constitucional señaló que son crímenes imprescriptibles, por lo tanto no se puede invocar el principio de obediencia debida, así como tampoco se les puede otorgar a los autores o partícipes el asilo ni tampoco se les puede conceder refugio (Corte Constitucional, Sentencia C-370, 2006).

10 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de 14 de marzo de 2011, radicado 33118, en: http://www.defensoriamilitar.org/_pdf/RADICADO_33118_de_2010_CONCIERTO_PARA_DELINQUIR.pdf. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 15 de mayo de 2013, radicado 33118, en: http://www.centrodehistoria.gov.co/descargas/sentencias/SentenciaExcongresistaCesarPerez15mayo2013_33118.pdf.

•El bien jurídico tutelado•

al Derecho Interno por el desarrollo de la legislación (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2014, p. 42).

Esta interpretación plantea tensiones con la forma tradicional de ver el principio de legalidad y la irretroactividad de las normas penales cuando no favorecen al procesado, de cara a los estándares internacionales de los Derechos Humanos.

Respecto al problema jurídico planteado, el profesor Fernando Velásquez se pronunció críticamente, a propósito de la decisión de la Corte Suprema de Justicia, del 16 de diciembre de 2010¹¹. Indicó como lamentable que, frente al tradicional culto a la Ley, hay quienes se han empeñado en demoler todo el edificio del Derecho para, en su lugar, construir un Derecho que decide caso por caso y se sustenta en el acto político del juez o fiscal de turno. Sobre la base de “un nuevo Derecho Penal con dimensión internacional”, se deja de lado la ley como fuente formal y se centra la atención en la costumbre, los principios generales del Derecho y la doctrina (Velásquez Velásquez, 2012).

Velásquez señala que en el pasado más reciente se han hecho consideraciones peligrosistas, propias del Derecho Penal de autor, en contravía del Derecho Penal de acto. A través de ellas se desconocen los principios elementales referidos a la valoración de los medios de prueba, se pisotea el debido proceso y,

tanto la Sala de Casación Penal¹² como la Corte Constitucional¹³ –y, por supuesto, la Fiscalía General de la Nación– proclaman el imperio de institutos tan odiosos como la imprescriptibilidad de la acción penal, la aplicación retroactiva de la misma en desfavor del reo, [...] la analogía *in malam partem*, la constitucionalidad de los tipos penales indeterminados, la conformidad con la Carta fundamental de penas privativas de la libertad de muy larga duración, la aplicación directa de los tratados internacionales sin que pasen por el tamiz del Congreso de la República ni sean desarrollados por las leyes (Velásquez Velásquez, 2012, pp. 101-102).

11 Ver: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de 16 de diciembre de 2010, Radicado 33039 M.P. José Leónidas Bustos Martínez..

12 Cita textual de pie de página de Velásquez: “Véase, por ejemplo, Auto del día trece de mayo de 2010, radicado 33118 que, por lo demás, se apoya en diversos pronunciamientos sobre la materia”.

13 Cita textual de pie de página de Velásquez: “Bien significativas, entre muchas otras decisiones, son las sentencias C-578 de 30 de julio 2002 y C-580 de 31 de julio 2002”.

La libertad individual y los delitos de ejecución permanente

Para el profesor Roxin, son agresiones permanentes “aquellos hechos en los que el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo” (Roxin, 1997, p. 329). De igual manera, en palabras de Hans-Heinrich Jescheck, “en los delitos permanentes el mantenimiento del estado antijurídico creado por la acción punible depende de la voluntad del autor, así que, en cierta manera, el hecho se renueva constantemente” (Jescheck, 1993, p. 237). En esta medida, en los delitos de ejecución permanente la situación antijurídica permanece en el tiempo hasta cuando por algún motivo desaparece. Ante esto, la Corte Suprema de Justicia precisa que

un comportamiento único que inicia la vulneración o puesta en riesgo del bien jurídico y, sin solución de continuidad, mantiene en el tiempo la ofensa a ese interés hasta cuando el autor, por voluntad propia, deja de lesionarlo, o hasta cuando por otra razón, por ejemplo, la muerte de la víctima, su huida, el arresto del agente o la clausura de la instrucción, desaparece el daño o el peligro al interés o valor tutelado (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia Proceso No 22813, 2006).

Varios de los delitos descritos por el Código Penal colombiano, y que tienen que ver con el bien jurídico de la libertad individual, son de conducta o ejecución permanente, como por ejemplo el secuestro, la desaparición forzada y el desplazamiento forzado. En lo que se refiere al secuestro, el hecho se consuma con la privación ilegal de la libertad, la cual, cuando va acompañada de ocultamiento, adquiere el carácter de desaparición forzada. Durante el tiempo que subsista dicho estado y se continúe vulnerando el bien jurídico, la conducta sigue siendo actual. Esto cambia cuando el autor decide poner en libertad a la víctima o termina el daño por cualquier otra razón, por ejemplo, por la liberación de la persona por acción de la autoridad.

En los delitos de ejecución instantánea no hay dificultad para determinar el momento consumativo, puesto que este se agota con la realización del acto. En los delitos de ejecución permanente la conducta se perfecciona en el proceso de la acción o de la omisión y por ello la situación antijurídica se prolonga en el tiempo. Por tal razón debe tenerse en cuenta el momento de la terminación de

•El bien jurídico tutelado•

dicho estado, para así poder establecer la fecha de prescripción en los delitos y que proceda la extinción de la acción y de la pena por esta figura.

De acuerdo con el principio de legalidad, el tipo penal aplicable a la conducta punible realizada por una persona es la preexistente a la misma. Es decir, la ley a la que se acude es la vigente en el momento de realización del delito (Constitución, 1991, art. 29)¹⁴. Según el artículo 26 del Código Penal, el tiempo de la conducta punible es el “de la ejecución de la acción o en aquél en que debió tener lugar la acción omitida, aun cuando sea otro el del resultado” (Código Penal, 2000). Se considera que el momento de realización de un delito es en el que este se ejecuta o cuando tuvo lugar la acción omitida, es decir, cuando el autor debió haber actuado. La misma disposición señala que puede ser otro el tiempo en que se produzca el resultado, lo que reitera la importancia de la ocasión en que se realiza la acción o en que se debió producir la omisión, para efecto de determinar cuál es la norma preexistente y, por tanto, aplicable a cada caso.

En relación con los delitos de ejecución instantánea no hay dificultad para determinar la ley preexistente. Por el contrario y siguiendo a Roxin, respecto a los delitos permanentes debe aplicarse la ley que está vigente en el momento de la terminación del hecho, para así no infringir la prohibición de retroactividad de la imposición de una pena (Roxin, 1997). En el caso de este tipo de delitos puede ocurrir que la ley vigente en el tiempo de la acción sufra una modificación durante el transcurso de la situación antijurídica, por ejemplo, que se aumenten las penas. Para este tipo de situaciones se aplica la ley que está vigente en el momento en que se agota la agresión al bien jurídico, o sea, cuando se termina la realización del delito.

La Corte Suprema de Justicia, en relación con la norma preexistente, señala que no es posible invocar el principio de favorabilidad por vía de la ultra-actividad de la norma vigente para cuando se inicia el comportamiento punible, debido a la continuación de la situación antijurídica bajo el imperio de una legislación más severa. Esto implica que el lapso en que se presenta el quebranto del bien jurídico es diferente, por lo que aplicar dicho principio significaría dejar impune ese

.....
14 También está presente en artículo 6 del Código Penal.

tramo de la realización del delito y habría un beneficio indebido¹⁵ (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 40559, 2013).

Resulta importante en los delitos de ejecución permanente diferenciar el momento de consumación frente al de agotamiento de la conducta, puesto que la primera no finaliza la ejecución del hecho punible. Con frecuencia, “la consumación formal se distancia del agotamiento natural, dando lugar a un período en que el delito está consumado pero no agotado” (Zaffaroni, 2002, p. 820). Tal como está expuesto en el Código Penal, la consumación se realiza cuando se ejecuta la acción, por ejemplo con la pérdida de la libertad de la víctima en el delito de secuestro, mientras que el agotamiento de la conducta se presenta cuando la persona adquiere la libertad, sea por decisión de los secuestradores o por cualquier otra causa.

Por otra parte, en los delitos de ejecución permanente, una vez consumada la conducta, siguen siendo posibles la coautoría y la complicidad durante todo el tiempo de su realización. Por ejemplo, en el caso del secuestro, si después de la consumación alguien participa manteniendo la privación ilegal de la libertad de otra persona, aun cuando el acuerdo sea posterior a la realización de la acción, se le considera cómplice o coautor del hecho (Roxin, 1997). En cambio, en los delitos de ejecución instantánea, si no hubo acuerdo previo, después de la consumación se aplica la figura del encubrimiento por favorecimiento o por receptación, según sea el caso (Código Penal, arts. 446 y 447).

.....
15 Para más información sobre la sentencia, ver: <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/wp-content/uploads/2015/04/Sentencia-Gian-Carlo-Gutierrez-Suarez-40559-17-abr-2013.pdf>. Dijo la Corte:

Tratándose de delitos de ejecución permanente cuya comisión comenzó en vigencia de una ley, pero se postergó hasta el advenimiento de una legislación posterior más gravosa, se impone aplicar esta última normatividad [...]:

(i) En los delitos de carácter permanente no es posible invocar el principio de favorabilidad por vía de la ultra-actividad de la norma vigente para cuando inició el comportamiento, pues el tramo cometido bajo el imperio de una legislación benévola, no es el mismo acaecido en vigencia de una nueva ley más gravosa, en cuanto difieren, por lo menos en el aspecto temporal, así se trate del mismo ámbito espacial, pues el tiempo durante el cual se ha lesionado el bien jurídico objeto de protección penal en vigencia de la nueva legislación más severa, es ontológicamente diferente del lapso de quebranto acaecido bajo el imperio de la anterior normatividad más benévola.

(ii) Si en materia de aplicación de las normas penales en el tiempo rigen los principios de legalidad e irretroactividad, es claro que si se aplicara la norma inicial más beneficiosa, se dejaría impune, sin más, el aparte de la comisión del delito que se desarrolló bajo la égida de la nueva legislación más gravosa.

(iii) Si quienes comenzaron el delito en vigencia de la ley anterior se les aplicara la ley benévola de manera ultra-activa con posterioridad a su derogatoria, obtendrían un beneficio indebido, pues si otras personas cometieran el mismo delito en vigencia de la nueva legislación se les impondría esa pena más grave (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 40559, 2013).

Libertad individual y crímenes de lesa humanidad

La construcción del concepto de crimen de lesa humanidad es relativamente reciente. Lo es como “muchos de los objetos de conocimiento a los que creíamos como realidades dadas, apriorísticas, inmutables, inscritas en la naturaleza humana [y que] en realidad son construcciones sociales, son invenciones” (Gómez Jaramillo & Silva García, 2015, p. 53), como ocurre con el delito, el delincuente, el sistema penal y el Derecho Penal, entre otros aspectos.

La denominación de delitos o crímenes de lesa humanidad, tal vez en su antecedente histórico más importante, tiene que ver con la finalización de la Segunda Guerra Mundial y el Acuerdo de Londres, firmado el 8 de agosto de 1945. Mediante este, los Estados aliados contra los Nazis (Estados Unidos, Reino Unido, Francia representada por un Gobierno Provisional y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas URSS) decidieron constituir un Tribunal Militar Internacional, encargado del juzgamiento de quienes cometieran delitos carentes de una ubicación geográfica determinada, ya fueran acusados tanto individualmente como en su calidad de miembros de grupos u organizaciones, o bajo ambas modalidades (Cruz Roja, 1945). Por otra parte, dispusieron que

los funcionarios alemanes y los hombres y miembros del partido Nazi que [hubieran] sido responsables de crímenes y atrocidades o [hubieran] participado en los mismos a través de su consentimiento, [serían] entregados a los países en los que cometieron sus abominables actos para que [pudieran] ser juzgados y condenados con arreglo a las leyes de esos países liberados y de los gobiernos libres que se [crearían] en dichos países (Cruz Roja, 1945).

Dicho Tribunal fue reglamentado mediante el *Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg*, adoptado el 6 de octubre de 1945. En el artículo 6º, se le dio la facultad para juzgar y condenar a aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo, cometieron crímenes contra la paz y la humanidad, así como crímenes de guerra¹⁶.

.....
16 Para ver más sobre el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg ir a: <http://www.ehu.es/ceinik/tratados/7TRATADOSRELATIVOSACRIMENESDEGUERRA/CG73ESP.pdf>. En este se encuentra que los crímenes contra la paz consisten en “planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados” (Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, 1945). Así mismo, que los crímenes de guerra se entienden como

La necesidad de regulación de los crímenes contra la humanidad, por parte del Derecho Internacional, ha venido fortaleciéndose en la medida en que hechos atroces y lamentables han estado ocurriendo en diferentes zonas del mundo. También, por una mayor consolidación de la concepción de los Derechos Humanos y de una mayor sensibilidad de los países y las comunidades en relación con estos derechos, así como de la gravedad de los atentados contra estos y la consecuente afectación de las poblaciones.

Con posterioridad al Tribunal de Núremberg, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas constituyó Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, para juzgar crímenes cometidos en conflictos específicos, como el de la ex Yugoslavia y el de Ruanda, cuyas competencias fueron restringidas a un periodo de tiempo y lugar determinados. Respecto al primer caso, el Consejo de Seguridad ordenó la creación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, con sede en La Haya, el cual fue establecido mediante la Resolución 827 del 25 de mayo de 1993 (ONU), para perseguir, entre otros, los crímenes contra la humanidad o de lesa humanidad. Así, a través de este se juzgaría a los responsables de las violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario, cometidas a partir del 1 de enero de 1991 y durante la desintegración de dicho Estado y en los conflictos posteriores a la misma. Esto permitió el procesamiento de Slobodan Milosevic (Presidente de Yugoslavia), quien fue detenido el 1 de abril del 2001 por los crímenes cometidos en la crisis de Kosovo en mayo de 1999. No se terminó su juzgamiento debido a que murió el 11 de marzo de 2006 (ONU, 2015).

Sobre el segundo caso, el Tribunal Penal Internacional de Ruanda fue constituido el 8 de noviembre de 1994, bajo la resolución 955, para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y otras

violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes (Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, 1945).

Finalmente, que los crímenes contra la humanidad, comprenden

el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron (Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, 1945).

•El bien jurídico tutelado•

violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, cometidas durante el transcurso de ese año, tanto en ese territorio como en Estados vecinos al mismo (ONU, 1994). Su labor judicial terminó en 2015 y el 31 de diciembre de ese año se cerró oficialmente bajo la resolución 2256, “con lo que se completó su transición al Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales” (ONU, 2015).

Otro organismo de juzgamiento *ad hoc* fue el Tribunal Especial para Sierra Leona, el cual fue promovido por Naciones Unidas ante el fracaso de los Acuerdos de Paz de Lomé del 7 de julio de 1999 y como respuesta al reinicio de hostilidades. Bajo el reconocimiento de que dicho conflicto suponía una amenaza para la paz y la seguridad internacional, el Consejo de Seguridad de la ONU, “profundamente preocupado ante los gravísimos crímenes cometidos en el territorio de Sierra Leona contra la población de Sierra Leona y el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, y por la situación de impunidad prevaleciente” (ONU, Consejo de Seguridad, Resolución 1315, 2000a), facultó al Secretario General para negociar con el gobierno de ese país. Finalmente, el Estatuto fue firmado el 16 de enero de 2002 por los representantes del gobierno de Sierra Leona y de las Naciones Unidas. Las últimas, a través de su organismo de composición nacional e internacional, establecen en su artículo segundo que los crímenes de lesa humanidad deben ser objeto de juzgamiento por parte de un tribunal especial.

Los crímenes de lesa humanidad se definen, de manera genérica, “como aquellas conductas que ofenden a la humanidad, que dañan o agreden la conciencia general de ésta y rompen las condiciones de vida pacífica y civilizada” (Kompass, 1999, párr. 5)¹⁷. La Corte Constitucional colombiana ha considerado que los delitos de lesa humanidad “son actos inhumanos cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, ya sea en tiempo de guerra externo, conflicto armado interno o paz” (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-578, 2002). De esta manera, la Corte rompe con el concepto que vinculaba ese tipo de delitos con la existencia de un conflicto armado y con la participación de agentes del Estado, al acoger los planteamientos contemporáneos

.....
17 Dice Kompass:

En el ámbito del derecho internacional, la noción de crimen contra la humanidad fue construyéndose en relación con ciertas prácticas, luego de guerras y lamentables episodios de nuestra historia universal, no sólo mediante tratados internacionales, sino también a través de otras manifestaciones -como resoluciones y declaraciones de organismos internacionales- tanto a nivel mundial como regional (Kompass, 1999, párr. 7).

progresistas del Derecho Penal Internacional, acerca de que los crímenes de lesa humanidad pueden ocurrir por dentro o por fuera de un conflicto armado y sin la participación de agentes estatales.

La Corte Penal Internacional –CPI–, la cual representa, por su carácter permanente, un gran avance en materia de justicia internacional, cuenta con el *Estatuto de Roma*¹⁸, instrumento adoptado desde 1998. En este se condensan los progresos normativos internacionales en materia de crímenes de lesa humanidad, recogiendo las experiencias depuradas del desarrollo de los Derechos Humanos. En el *Estatuto de Roma* no se definen este tipo de delitos, aunque sí se establecen sus características, identificables en torno a seis elementos presentes en el artículo:

1. Cuando se comete como parte de un ataque generalizado o sistemático. La Corte Constitucional colombiana identifica que estos dos aspectos son alternativos, no se requiere de su realización simultánea, por lo que basta con la ejecución de alguno de ellos. Ha precisado también que

el Estatuto utiliza las expresiones ‘ataque generalizado’ para designar ‘una línea de conducta que implique un alto número de víctimas’ y el término ‘sistemático’ para referirse al alto nivel de organización, ya sea mediante la existencia de un plan o una política¹⁹ (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-578, 2002).

18 Para ver más sobre el Estatuto ir a: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf). Este es el instrumento adoptado en Roma (Italia) por la "Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional", el 17 de julio de 1998, para ejercer jurisdicción sobre los responsables de los crímenes más graves y de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto: genocidio, delitos de lesa humanidad, de guerra y el crimen de agresión. Mediante la Ley 742 del 5 de junio de 2002, Colombia aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

19 La Corte Constitucional fijó además el alcance de lo que se debe entender por ataque generalizado y sistemático: Como se emplea el término disyuntivo ‘o’, tales condiciones no son acumulativas, por lo cual el homicidio de un solo civil puede constituir un crimen de lesa humanidad si se cometió dentro de un ataque sistemático. El ‘carácter sistemático o generalizado del ataque a la población civil’, ha sido interpretado por los Tribunales Internacionales Ad Hoc, por ejemplo, el Tribunal Internacional para Ruanda estableció en el caso Akayesu (sept. 2 de 1998) que: ‘El concepto de ‘generalizado’ puede ser definido como masivo, frecuente, acción en gran escala, llevada adelante en forma colectiva con seriedad considerable y dirigida contra una multiplicidad de víctimas. El concepto de ‘sistemático’ puede ser definido como bien organizado y siguiendo un plan regular sobre la base de una política concertada que involucre recursos sustanciales públicos y privados (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-578, 2002).

De forma similar, la Corte Suprema de Justicia, dijo que:

Se trata de eventos sistemáticos y generalizados -no aislados o esporádicos-, que representan una política deliberada del Estado ejecutada por sus agentes o una práctica inhumana, tolerada por el mismo, desplegada por actores no estatales. Que el ataque sea generalizado significa que puede ser un acto a gran escala o múltiples actos que involucran un número importante de víctimas. Por su parte, la sistematicidad resulta de que la conducta sea el resultado de una planificación metódica, inmersa en una política común (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicación 45.795, 15 de julio de 2015).

2. Contra una población civil. El concepto de población civil y de personas civiles “se refiere a todos aquellos que no participan directamente en las hostilidades (en conflictos armados no internacionales) y que no son combatientes (en conflictos armados internacionales)” (Hernández Martínez, 2007, p. 34). La anterior definición tiene fundamento, entre otros, en el artículo 13 del *Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra*. Allí se establece la protección general de la población civil contra los peligros y ataques procedentes de operaciones militares de cualquier actor. Por vía de excepción, se define a los civiles, en este tratado, como las personas a quienes se debe proteger en tanto no participen directamente en las hostilidades (ONU, 1977c). También, en el artículo 40 del *Protocolo I* se establece la protección a las personas que hayan dejado de participar de las hostilidades. Adicional a lo anterior, en el artículo 50, se señala que en caso de duda acerca de la condición de una persona se la considerará como civil y por tanto no podrá ser objetivo militar. Y se agrega que “la presencia entre la población civil de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil” (ONU, 1977b).
3. Con conocimiento de que dicho ataque es generalizado o sistemático. Esta exigencia se refleja en el artículo 30.1 del *Estatuto de Roma*, según el cual, salvo que se disponga de forma contraria: “una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte, únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen” (ONU, 1998a). Por conocimiento se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos (ONU, 1998a, art. 30.3).

Según el documento anexo al *Estatuto de Roma*, denominado *Elementos de los crímenes*, dicho conocimiento

no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización. En el caso de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que esté comenzando, la cláusula de intencionalidad del último elemento indica que ese elemento existe si el autor tenía la intención

de cometer un ataque de esa índole (Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2003, p. 106).

4. Los siguientes actos se consideran delitos de lesa humanidad dentro del contexto de un ataque:
 - a) asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación o traslado forzoso de población; e) encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) tortura; g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) desaparición forzada de personas; j) el crimen de apartheid; k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física (ONU, 1998a, art.7).

5. El ataque a una población civil se entenderá de conformidad con la política de un Estado o de una organización que promueva y aliente activamente agresiones de esa índole²⁰. Significa que puede ser realizado por agentes del Estado o por particulares organizados.

6. Un crimen de lesa humanidad puede ocurrir en cualquier tiempo, sea este de paz, de guerra internacional o de conflicto interno. En materia de justicia universal, a nivel internacional rigen los *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad*, como una garantía de juzgamiento a los autores de tales crímenes, por parte de cualquier país, independientemente del lugar en donde se cometan. En esa resolución de principios, las Naciones Unidas han establecido que:
 1. Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la

.....
 20 Para más información ver: Organización de Naciones Unidas, ONU. "Elementos de los Crímenes" en *Compilación de Derecho Penal Internacional* (2002b), p. 106.

•El bien jurídico tutelado•

comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas [...]

2. Todo Estado tiene el derecho de juzgar a sus propios nacionales por crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad (ONU, Resolución 3074, 1973).

La concreción de los tipos penales que describen los crímenes de lesa humanidad representa un gran avance en materia del principio de legalidad, pero al mismo tiempo entraña la dificultad de que la persecución de estas conductas ante organismos judiciales internacionales

resulte más difícil por la necesidad de probar toda una serie de nuevos requisitos [no tanto por la parte jurídica sino por] los intereses políticos de los distintos Estados que participaron en la negociación de estas definiciones, ya que fueron partes interesadas tanto en la persecución de estas conductas delictivas, como en su limitación práctica (Torres Pérez, 2008, p. 301).

Se podría pensar que en materia de Derechos Humanos existe neutralidad e imparcialidad por parte de los Estados, pero la realidad indica que no están libres de intereses de variado tipo.

Existen, en el Código Penal colombiano, tipos penales que contienen descripciones de comportamientos delictivos que, de reunir las características antes anotadas, pueden ser considerados como crímenes de lesa humanidad y/o crímenes de guerra. Por estos, han sido condenados en Colombia individuos pertenecientes a organizaciones al margen de la ley, en el marco de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005)²¹. Tales delitos son: la desaparición forzada (art. 165); el secuestro (art. 168); la privación ilegal de la libertad (art. 174); la tortura (art. 178); el desplazamiento forzado (art. 180); la trata de personas en formas diferentes, como la esclavitud laboral, la esclavitud sexual, la prostitución forzada (art. 188 A); el tráfico de niñas, niños y adolescentes (art. 188C); la inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida, bajo unas de las formas de la conducta denominada en el Derecho Penal Internacional como embarazo forzado (art. 187).

.....
21 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, M.P. Uldi Teresa Jiménez López, Radicación: 110016000253200680077 Postulados: Edwar Cobos Téllez y Uber Enrique Banquéz. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia contra Edward Cobos Tellez y Uber Enrique Banquéz, 27 de abril de 2011 (Segunda instancia). Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Sentencia contra Salvatore Mancuso Gómez, Edgar Ignacio Fierro Flores y otros, 20 de noviembre de 2014, en <http://www.justiciatransicional.gov.co/normatividad/justiciaypaz>.

OTROS ASPECTOS DOGMÁTICOS DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL

A continuación se abordarán algunos elementos comunes a los tipos penales en lo relacionado con los sujetos activos, los cuales son todos monosubjetivos y, en su mayoría, indeterminados. Sin embargo, independientemente de que las conductas sean singulares, son regularmente realizadas en concurso de varias personas, incluso de algunas que pertenecen a poderosas organizaciones criminales.

Por expresa disposición del artículo 25 del Código Penal, los delitos contra la libertad individual tienen que ver con las posiciones de garantes, particularmente como una política criminal que lleva un mensaje implícito de abstención por parte de los servidores públicos respecto a esas conductas. También implica para estos el cumplimiento de su deber, es decir, el no ser omisivos sino proactivos en la protección que le deben a los demás ciudadanos cuando son afectados por este tipo de delitos.

Finalmente, también se examinarán varias eximentes de responsabilidad penal que, hipotéticamente, pueden presentarse en los delitos contra la libertad individual. Al mismo tiempo se verá la prohibición de obediencia debida cuando se trata de los delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura. Este es un avance muy importante contra la arbitrariedad de los servidores públicos.

Los sujetos activos, autoría y participación

El sujeto activo en el tipo penal es la persona que hipotéticamente puede realizar la conducta descrita. En la mayoría de las conductas punibles no se exige calidad alguna del sujeto activo y se dice que es indeterminado. Regularmente está denominado como “el que”, “quien” o “el particular”. Sin embargo, hay tipos penales que para su realización exigen una calidad especial del sujeto activo, por ejemplo, en la privación ilegal de la libertad se requiere que este sea un servidor público –C.P. art. 174–. Otro caso es el del desconocimiento de *hábeas corpus*, en el cual se exige que el sujeto activo sea el juez –C.P. art. 177–. Estos ejemplos responden a la figura de sujeto activo calificado para la forma simple de realización de algunos delitos, como es el de detención arbitraria.

Así mismo, en cuanto a los delitos con agravación específica por la calidad del sujeto activo, se exige, por ejemplo, que este sea un servidor público, conforme lo define el Código Penal en su artículo 20 –C.P. art. 170, num. 5; art. 179, num. 2; art. 181, num. 1–. Otras condiciones de esta forma son: que el sujeto activo sea o haya sido miembro de las fuerzas de seguridad del Estado –C.P. art. 170, num. 5–; que sea una persona que ejerza autoridad o jurisdicción –C.P. art. 166, num. 1–; que sea pariente, cónyuge o compañero(a) permanente –art. 166, num. 5; art. 188B, num. 3–, así como integrante del grupo familiar de la víctima –art. 170, num. 4; art. 179, num. 1–; que sea un profesional de la salud –C.P. art. 187–; que preste servicios de salud o servicio doméstico y de guardería o tenga como función la protección y atención integral del niño, la niña o adolescente –C.P. art. 188C, num. 3 y 4–; que se trate del empleador –C.P. art. 200–.

Los supuestos de hecho de los tipos penales contra la libertad individual no exigen la intervención de un número plural de personas en la realización de cada conducta punible, por ello son casos donde el sujeto activo es singular, es decir, monosubjetivo. Cuando la acción de varios individuos se concreta en la abstracta descripción de cada tipo penal, se habla de concurso de personas en la conducta punible –C.P., art. 28– y de autores o partícipes según sea el caso –C.P. arts. 29 y 30–.

El concurso de personas se presenta en los delitos contra la libertad individual en los que basta la intervención de un solo sujeto activo, como en los de desaparición forzada, secuestro, detención ilegal, tortura, desplazamiento forzado, entre otros. Estos pueden ser realizados por una pluralidad de personas que se unen

•Otros aspectos dogmáticos de los delitos contra la libertad individual•

temporalmente o con vocación de permanencia bajo estos fines. En la experiencia colombiana, particularmente, son llevados a cabo por organizaciones armadas al margen de la ley, como paramilitares o guerrilleros, por agentes del Estado u organizaciones ilegales que se han entronizado dentro de organismos del Estado, por bandas criminales o de narcotraficantes.

En la doctrina internacional, en relación a la autoría y a la participación, existen dos puntos de vista diferentes según se opte por un concepto extensivo de autor o por uno restrictivo. El extensivo orienta las sanciones penales hacia la personalidad del autor y parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones en materia de causalidad. Es decir, entiende que todos los sujetos que aportan alguna intervención que afecta al hecho son igualmente causales del mismo, lo que impide hacer una distinción entre autores y partícipes y conduce a un idéntico tratamiento punitivo (Velásquez Velásquez, 1997; Mir Puig, 1998). En este sentido, se entiende que la concurrencia de varias personas en el delito debe ser considerada como un fenómeno unitario en el que importa el todo y no los papeles individuales (Cobo del Rosal & Vives Anton, 1996).

Esta perspectiva reconoce que la ley obliga a distinguir distintos grados de responsabilidad, para lo cual recurre al plano de lo subjetivo: “será autor quien obre con ánimo de autor (*animus auctoris*), será partícipe quien actúe sólo con ánimo de partícipe (*animus socii*)” (Mir Puig, 1998, p. 361). A esto se le conoce con el nombre de teoría subjetiva de la participación, la cual complementa el concepto extensivo de autor.

Por su parte, el segundo concepto, el restrictivo, a pesar de ser anterior a la noción extensiva de autor, ha tenido ciertos cambios que le han hecho flexible y aceptable para la mayoría de la doctrina. Este, parte del criterio

de que no todo el que es causa del delito es autor, porque no todo el que interpone una condición causal del hecho realiza el tipo. Causación no es igual a realización del delito. Para esta es preciso algo más que la causación (Mir Puig, 1998, p. 363).

Además, con frecuencia sucede que el delito no es obra de una sola persona, lo cual ha llevado a la dogmática penal a establecer, basándose en el principio de proporcionalidad, diferentes tipos de autoría y participación, para fijar la pena según la intervención de cada uno en la realización del tipo penal.

El concepto restrictivo de autor se ha desarrollado en tres direcciones diferentes: en la teoría objetivo-formal²², en la objetivo-material²³ y en la del dominio del hecho. Esta última, que es en la que nos concentraremos, es la que ha influenciado el actual Código Penal colombiano. El dominio del hecho tiene su origen en el finalismo y, a su vez, es tomado de la opinión dominante en la doctrina alemana actual. Para esta teoría, en la medida que el autor no reconozca una voluntad que domine la suya se convierte en dueño del suceso (señor del hecho) que conduce a la realización del tipo, en tanto que el partícipe –al abandonar en el autor la decisión en torno a si el hecho debe llegar a su consumación- carece de tal dominio. Señor del hecho, pues, es aquel que lo realiza en forma final en razón de su decisión volitiva, el que tiene las riendas del hecho; la conformación del hecho mediante la voluntad de realización que dirige en forma planificada es lo que transforma el autor en señor del hecho (Velásquez Velásquez, 2002).

De acuerdo con el profesor Roxin, una de las principales consecuencias de la teoría del dominio del hecho es que se define al autor bajo esta figura, es decir, como “quien en la realización del delito aparece como figura clave, como personaje central por su influencia determinante o decisiva en el acontecimiento” (Roxin, 2014, p. 75). El Código Penal colombiano se ajusta a este significado, según la clasificación doctrinaria entre autor inmediato, autor mediato y coautores. El primero es quien realiza la conducta punible por sí mismo, con dominio de la acción (hecho), al ejecutar todos los elementos del tipo penal. El segundo, también denominado el sujeto de atrás, es el

22 Alberto Hernandez Esquivel señala que la teoría objetivo-formal

nace como respuesta a las denominadas teorías unitaria y extensiva de autor; su defensor principal es Beling, seguido por ilustres penalistas alemanes como Liszt, Merkel, Hegler, Mezger, Dohna y Sauer, y españoles como Antón Oneca, Gimbernart y R. Mourullo entre otros. [...] Para Esta teoría será autor quien realiza la conducta rectora prevista en el tipo o uno de sus elementos, o lleva a cabo un comportamiento constitutivo de acto ejecutivo que por sí mismo pueda adecuarse al tipo penal [...] Tiene limitaciones indudables que no pudo superar, pues muchos de los tipos penales están descritos como simple resultado –el ejemplo más socorrido es el homicidio-: fuera de la relación causal entre conducta y muerte enunciada en la norma no hay más elementos, por lo cual sólo sería autor quien causara la muerte, [...] Tampoco la teoría es consistente para explicar fenómenos como la autoría mediata, en que el autor no ejecuta materialmente la conducta típica; o los denominados delitos de *propia manus* como el acceso carnal violento, donde es autor quien accede sexualmente y no puede serlo quien desarrolla uno de los elementos del tipo, como es la violencia mediante sujeción; o los delitos especiales, en los cuales sólo puede ser autor quien esté vinculado con el deber; o la coautoría denominada impropia, en las hipótesis en que uno o varios de los autores no realizan comportamientos que constituyan elementos del tipo o actos que por sí mismos se subsuman en la descripción del tipo (Hernandez Esquivel, 2002, p. 268).

23 Santiago Mir Puig sostiene que la teoría objetivo-material, “intentó evitar los defectos de la teoría objetivo-formal remitiendo a un criterio material más allá de la mera descripción típica: la importancia objetiva de la contribución. Sería autor el sujeto que aportase la contribución objetivamente más importante” (Mir Puig, 1998, 364).

•Otros aspectos dogmáticos de los delitos contra la libertad individual•

que utilizando a otro como instrumento, sin participar en el momento de la acción u omisión, o sin colaborar de otra manera, domina la voluntad del ejecutor; por ejemplo mediante la fuerza o el engaño del individuo instrumentalizado o mediante órdenes en virtud de aparatos organizados de poder. Los coautores son aquellos que “mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte” (Roxin, 2014, p. 75), cada uno de ellos con una función esencial para el éxito del hecho, dominio funcional que constituye la esencia de la coautoría.

Existen delitos en los que obra un “determinador” como partícipe –C.P. art. 30–, es decir, un agente que imagina y siembra la idea criminal, la transmite, la orienta y la fortalece y que logra persuadir o inducir a un sujeto determinado a que realice una conducta punible. Como es el “determinado” quien realiza personalmente dicha conducta, es a este al que se le considera como autor inmediato, puesto que es el que realmente tiene el dominio del hecho ilícito en cuanto lleva a cabo el delito. Es decir, es la persona que tiene la capacidad de decidir acerca de si realiza o no la acción, si desiste de ella o si, habiéndola comenzado, no la termina o la interrumpe. El sujeto determinado es el que decide si cumple con la orden, mandato, coacción, consejo o asociación del determinador, es en su voluntad que queda el dominio del hecho.

Si bien los tipos penales que son objeto de estudio en este texto solamente exigen un sujeto activo (singular o monosubjetivo), en la práctica y en varias de las conductas que describe el Código Penal, regularmente existe el concurso de personas para su realización, incluso vinculadas a organizaciones criminales. Para ello debemos atenernos a lo dispuesto por los artículos 29 y 30 del Código Penal, los cuales versan sobre autoría y participación.

La posición de garante en el Código Penal colombiano y los delitos contra la libertad individual

Aproximadamente en 1828, Paul Johann Anselm Feuerbach abordó el concepto de delitos de omisión. Este autor consideró que las personas tenían una obligación originaria de “no hacer”, fundamentada jurídicamente en la ley o el contrato²⁴. Este planteamiento es el punto de partida de la elaboración teórica alrededor

.....
24 Dijo Feuerbach: “Dado que siempre la omisión surge de una obligación originaria del ciudadano, el crimen omisivo siempre presupone un especial fundamento jurídico (ley o contrato), que da base a la obligatoriedad de la omisión. Sin esto no puede haber ningún crimen por omisión” (Feuerbach, 1989, p. 66).

de la noción de posición de garante, lo cual ha permitido resolver las discusiones en torno a los delitos de omisión, que han venido dándose desde el Siglo XIX. El Código Penal colombiano aborda el enfoque actual de la teoría de la posición de garante, por lo cual no se ahondará en su proceso evolutivo, sino en los conceptos que son clave para esta perspectiva, como el de conducta, acción y omisión, para luego tratar las situaciones constitutivas de las posiciones de garantía.

El Código Penal Colombiano (art. 9) adoptó la noción de conducta para referirse inequívocamente al carácter humano del comportamiento, con trascendencia externa y que produce, o potencialmente puede producir, efectos jurídicos. Este concepto es mucho más preciso que el término hecho, en el cual están involucrados tanto los acontecimientos de la naturaleza como los del comportamiento humano. Siguiendo a Roxin, la conducta, para efectos penales, debe entenderse como el comportamiento humano de naturaleza comisiva (acción) u omisiva que es significativo en el mundo exterior y que, dominado por la voluntad o susceptible de serlo, es dirigido a la afectación de bienes jurídicos protegidos (Roxin, 1997).

Se refiere al comportamiento humano, porque significa un actuar en sentido positivo o negativo, un despliegue de una actitud, una forma de ser, un hacer o un no hacer por parte de un individuo. Esto permite diferenciarlo de las actuaciones de las personas jurídicas o de los entes colectivos, que en Colombia no son destinatarios de la ley penal como sujetos activos de conductas punibles. Las conductas, para que sean relevantes para el Derecho Penal, deben trascender socialmente, es decir, al mundo exterior. Esto, sobre la base de la existencia de un Derecho Penal de acto, en el que las intenciones (los meros pensamientos o actitudes internas), lo que se queda en el mundo interior del individuo, no constituye una conducta relevante para efectos penales (Roxin, 1997). Así mismo, los actos involuntarios o accidentales no quedan cobijados bajo el Derecho Penal, puesto que no son controlados por la voluntad ni son susceptibles de serlo, “como p.ej. los movimientos reflejos o los ataques convulsivos –son sencillamente indomina- bles para la voluntad humana” (Roxin, 1997, p. 194).

Finalmente, el comportamiento debe ir dirigido a la afectación de bienes jurídicos, es decir, a los que son protegidos por la legislación penal. Las conductas que afecten otro tipo de bienes, que no están dentro de ese radio de acción, podrán constituir infracciones administrativas o ser irrelevantes para el Derecho Penal. Por otra parte, se admite legalmente en Colombia que la conducta punible puede

•Otros aspectos dogmáticos de los delitos contra la libertad individual.

ser realizada por acción o por omisión, conforme lo define el Código Penal en su artículo 25.

Los tipos penales por acción (comisión)

Describen una conducta que implica un hacer, lo que se refiere a “una prohibición que se infringe con la realización de la acción proscrita” (Andrade Castro, 2011, p. 473).

La conducta por omisión

La omisión se define, en forma genérica y para efectos penales, como el comportamiento humano pasivo de quien tiene un deber que, impuesto por el ordenamiento jurídico, le exige impedir un resultado perteneciente a una descripción típica que potencialmente puede afectar un bien jurídico o lesionarlo efectivamente. Es decir, que estando en la posibilidad de evitarlo, no lo hace. La doctrina ha clasificado estas conductas en las formas de omisión propia y omisión impropia.

a. Omisión propia. Esta modalidad de la omisión se refiere a aquellas conductas, establecidas expresamente por el Código Penal en la parte especial, que son realizables a título de dolo, aunque hipotéticamente también podrían presentarse en la modalidad de culpa. Por esto también reciben el nombre de conductas de omisión dolosa.

La parte externa del delito, es decir, su tipo objetivo, es lo que muestra la magnitud social del delito y, por tanto, lo que lo hace penalmente relevante (Günther, 1997, p. 223). En los de omisión propia, se tiene la respectiva descripción abstracta con los elementos correspondientes del tipo (sujeto, objeto, conducta).

Las conductas de omisión propia son, a su vez, llamadas como de mera actividad, de mera conducta o de pura acción, porque la descripción del tipo penal se agota con la omisión del sujeto activo, es decir, en el comportamiento pasivo, en el no hacer, en la no ejecución de la acción mandada estando obligado a hacerla. Un ejemplo de esto podría ser cuando el juez omite, sin justa causa, tramitar o decidir dentro de los términos legales una petición de *hábeas corpus* –C.P. art.177–. Por ser de mera conducta, los tipos de omisión propia, por norma general, no admiten tentativa.

El sujeto activo puede ser indeterminado, aunque es predicable una condición especial que se deriva del deber jurídico establecido por la ley. En otros casos es cualificado jurídicamente por la condición de servidor público.

b. Omisión impropia. Estas conductas, también llamadas de comisión por omisión, no se encuentran descritas específicamente por el legislador, sino de manera genérica en el artículo 25 del Código Penal. En este se advierte que el actor quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal, cuando “teniendo el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica, no lo llevaré a cabo, estando en la posibilidad de hacerlo” (Código Penal, 2000). Para su identificación y sanción, las conductas de omisión impropia se equiparan a las conductas comisivas que requieren un resultado.

Ante la ausencia del aspecto objetivo, esta inferencia (juicio de valor) la debe realizar el intérprete o el operador de justicia para completar el tipo penal respectivo en su modalidad omisiva. Dicho proceso ha generado críticas fundamentadas respecto a la violación de los principios de legalidad y taxatividad, sobre la base de que los tipos penales, además de claros y expresos, deben ser inequívocos y completos.

El sujeto activo de la omisión puede aparecer en el tipo penal como indeterminado, pero al mismo tiempo tener una calidad especial, porque es o asume una posición de garante. Este es definido como la persona que tiene el deber jurídico de vigilar, proteger y garantizar que uno o más bienes jurídicos pertenecientes a una o varias personas no sean puestos en peligro o sufran daño alguno.

A continuación solo se hará referencia a los delitos omisivos realizados a título de dolo, ante la ausencia de descripción alguna, por parte del legislador, de tipos penales omisivos culposos bajo el título de delitos contra la libertad individual.

Las situaciones constitutivas de posición de garante

La posición de garante es descrita en el artículo 25 del Código Penal²⁵ del 2000 y, en su desarrollo, la jurisprudencia la ha definido como

.....
25 Código Penal colombiano. *Artículo 25. Acción y omisión.* La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión. Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevaré a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido,

•Otros aspectos dogmáticos de los delitos contra la libertad individual.

la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable. Cuando quien tiene esa obligación la incumple, y con ello hace surgir un evento lesivo que podía ser impedido, abandona la posición de garante (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados 25536-26409, 2006-2009)²⁶.

En la primera parte del artículo 25 del Código Penal, la posición de garante está referida a todos los bienes jurídicos. La norma dice que esta posición existe cuando el agente tiene “a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley” (Código Penal, 2000). Esta referencia explícita a la Constitución involucra los artículos 1 y 95.2, los cuales construyen el principio de solidaridad y también exponen los deberes jurídicos que dimanan de la Carta Política, así como los establecidos por la ley, y que están dirigidos a todos los ciudadanos. En otras palabras, “existe posición de garante en todos aquellos eventos en los cuales, frente a cualquier bien jurídico, la persona tiene la obligación constitucional o legal de actuar y no lo hace, pudiendo y debiendo hacerlo” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados 25536-26409, 2006-2009). Además se refiere, en general, a los deberes jurídicos que se derivan de la Constitución y de la ley.

Hay posiciones de garante en las que el deber no radica en la protección sino en la vigilancia de fuentes de riesgo para que no lesionen bienes jurídicos o no sean utilizadas en ese sentido. Por ello, se entiende que no es el sujeto de la conducta quien crea la fuente de riesgo, sino que esta es preexistente, como ocurre con la planta nuclear, el control aéreo, las sustancias químicas, el cuidado de enfermos mentales peligrosos, las armas de fuego, los vehículos o la maquinaria,

o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones: 1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio. 2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas. 3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas. 4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

Parágrafo. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.

26 Ver también Corte Constitucional. Sentencia C-1184 de 3 de diciembre de 2008, M.P. Nilsón Pinilla Pinilla, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-1184-08.htm>

entre otros. Un ejemplo de ello es lo que sucede con las armas de fuego, que son usadas por menores de edad para lesionar a terceros o producirse autolesiones.

También hay posiciones de garante frente a los bienes jurídicos particularmente mencionados por el artículo 25 del Código Penal (la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales). Estas se presentan, primero, cuando la persona asume voluntariamente la protección real de otra o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio. Segundo, cuando existe una estrecha comunidad de vida con otras personas. Tercero, cuando se emprende la realización de una actividad riesgosa con otras personas. Cuarto, cuando se crea con antelación una situación antijurídica de riesgo cercano para el bien jurídico correspondiente.

El Código Penal colombiano sigue la posición tradicional y un sentido restringido de la posición de garante, en cuanto señala y expresa taxativamente los casos en que es predicable limitándolos a la omisión impropia. En los delitos contra la libertad individual, la conducta de naturaleza omisiva impropia teóricamente se puede presentar en todos los tipos penales y, por ende, en todas las posiciones de garantía antes descritas.

a. Asunción voluntaria de la protección real. Son dos las situaciones reguladas: la protección real de una persona y la protección de una fuente de riesgo. Ambas están dentro del propio ámbito de dominio, el cual se refiere al área de control en la que el garante puede ejercer la vigilancia o la protección.

1. Asunción voluntaria de protección real de una persona dentro del propio ámbito de dominio. El garante, de manera unilateral, por su propia determinación y voluntad, asume una posición de protección real de una persona, bien de manera gratuita o mediante un contrato (bilateral). La fuente de esta posición de garante es la voluntad del sujeto que la asume, bien en forma unilateral o en una relación bilateral contractual. En este último caso existe una relación material que se deriva de la asunción del garante con respecto a la protección de bienes jurídicos, en la que lo que importa es la voluntad de asumir la protección real, más que la relación formal entre el garante y la persona u objeto protegido por el vínculo mediante un contrato.

Son ejemplos de ello: la posición de garante que asume el profesor con los estudiantes que lleva a una excursión; el auxilio que se le presta al invidente, al anciano o al inválido para cruzar la calle; la protección que le debe la enfermera al

•Otros aspectos dogmáticos de los delitos contra la libertad individual.

postrado en cama, la niñera al infante, o la vecina que recibe al niño de su amiga en casa mientras la madre va a trabajar (Forero Ramírez, 2002)²⁷. En estos casos la posición de garante no se deriva del contrato, sino de la asunción voluntaria del cumplimiento de una labor de protección de los bienes jurídicos de esas personas, es decir, su vida e integridad personal, lo que los obliga a no dejarlos en situación de abandono o expuestos al azar o a la suerte. En situaciones como las del médico o el odontólogo, quienes asumen la atención de los pacientes, sea voluntariamente por contrato o por razones meramente circunstanciales, deben brindarles todo el cuidado médico, de acuerdo con su leal saber y entender, para una protección efectiva y no meramente formal.

2. *Asunción voluntaria de protección de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.* Las fuentes de riesgo se refieren a las que son o pueden ser generadoras de peligro para las personas. Entre ellas están algunos animales, como los salvajes y los perros bravos²⁸; también las personas en condición de enajenación mental y que tienen accesos de furia; la conducción de vehículos, entre otros. Cumplen con este carácter en la medida en la que se encuentren dentro del ámbito de dominio del garante (apartamento, casa, finca, vehículo, etc.). Los propietarios, dueños, poseedores o administradores, al asumir voluntariamente el peligro, tienen el deber de vigilar que una fuente de riesgo no cause daños a los bienes jurídicos de las demás personas.

.....
27 Forero Ramírez (2002) dice, acertadamente, que si la posición de garante se puede *asumir*, también se puede *delegar*. Por ejemplo, cuando los padres dejan a su hija menor con la niñera, ciertamente están delegando su posición de garante y custodia sobre la menor y, por tanto, la niñera no debe abandonar a su protegida.

28 Corte Constitucional. Sentencia C-692 de 12 de agosto de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-692-03.htm>. A propósito de la Ley 746 de 2002 sobre tenencia de perros potencialmente peligrosos, dijo la Corte:

Con base en el razonamiento anterior, para la Corte es claro que la responsabilidad jurídica derivada de los daños producidos por estos animales es tanto civil como penal. Civil, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2354 el Código Civil según el cual 'el daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga; y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído'. En el caso de la responsabilidad por el hecho de las cosas, la misma se funda, como lo sostiene la Corte Suprema de Justicia, "en los presuntos descuidos e imprevisión con que su propietario o poseedor las guarda o conserva. [...] Así mismo, la falta de cuidado o vigilancia sobre perros de alta peligrosidad podría llegar a comprometer la responsabilidad penal del propietario o poseedor del animal por virtud de su posición de garante en relación con este. El artículo 25 del Código Penal vigente —L. 599/2000— es la fuente de dicha responsabilidad al disponer que la posición de garante asignada por la Constitución o la ley impone al sujeto el deber jurídico de impedir la ocurrencia del resultado típico y lo hace responsable por su acaecimiento (Corte Constitucional, Sentencia C-692, 2003).

b. La estrecha comunidad de vida de las personas. Las personas, en tanto seres sociales, interactúan, comparten, se asocian y se relacionan. En medio de esto, para que exista una posición de garante, debe existir una vida en común “estrecha”, como dice la norma. Es decir, una relación muy próxima o cercana de la cual surgen deberes de protección en relación con los bienes jurídicos (Perdomo Torres, 2001). Este es el caso de las parejas formalmente unidas por el matrimonio, o que hacen vida en común, cualquiera sea la orientación sexual de ellas. Así mismo, de los padres hacia los hijos y viceversa, incluidos los adoptivos o los hijastros. También de quienes conviven bajo el mismo techo sin tener una relación de pareja, como los compañeros de cuarto (roommate).

Para efectos penales, y en cuanto a los bienes jurídicos de las personas, no priman los contratos o las relaciones formales, sino que lo que determina la posición de garantía es una vida en común. Es decir, que la materialidad de la relación sea estrecha, próxima o cercana. En ese sentido, la pareja ligada formalmente por matrimonio, pero que no tiene una vida en común desde hace muchos años, no cumple con la comunidad de vida estrecha, por lo que no se puede predicar la posición de garantía. Al contrario, la pareja no ligada formalmente por el matrimonio y que sí tiene comunidad de vida estrecha, por razón de la convivencia en común, genera posiciones de garantía recíprocas de las dos personas. Si bien es cierto que para efectos civiles el vínculo formal puede seguirse teniendo en cuenta hasta después de la muerte, para efectos penales, en relación con la posición de garantía, es requisito la estrecha comunidad de vida. Por ello, esta no se cumple en las parejas con separaciones de hecho, aun cuando no tengan legalmente formalizada la separación.

c. La comunidad de riesgo. Conforme al numeral 3° del artículo 25, se presenta cuando varias personas concurren en la realización de una actividad riesgosa, por ejemplo, al decidir hacer montañismo, alpinismo, paracaidismo y carreras en vehículos. En este sentido hay una comunidad de riesgo. Cada una de ellas asume una posición de garantía en relación con las otras, mutuamente.

d. El actuar precedente (injerencia). Esta posición de garantía se refiere a “cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente” (Código Penal, 2000). Tiene que ver con las situaciones en las que el sujeto crea una fuente de riesgo próximo para un bien jurídico, como cuando lleva a su oficina material explosivo. En este caso

•Otros aspectos dogmáticos de los delitos contra la libertad individual•

se convierte inmediatamente en garante, teniendo la obligación de evitar que ese elemento produzca lesiones a la vida o a la integridad de las personas. Lo que califica a este material como una fuente de riesgo tiene que ver con la potencialidad del daño que genera, así como con la conducta antijurídica y dolosa precedente, por lo que no es un elemento de libre comercio. Esto obliga a que el portador deba tener un manejo adecuado al empacar, transportarlo y/o almacenarlo.

El actuar precedente, que crea una relación de riesgo, puede provenir de una actuación típica y antijurídica, como la que surge a partir de la privación de la libertad de una persona con fines de secuestro o desaparición forzada. Toda persona tiene originalmente el deber jurídico de respetar la libertad individual de las demás. Sin embargo, si a pesar de esto priva de la libertad a alguien, con cualquiera de los fines enunciados, más allá de que se presente una conducta punible, el autor del delito ha creado también, con su conducta, un actuar precedente que genera un riesgo próximo, ya no a la libertad individual conculcada, sino a la vida y a la integridad personal. Esto sitúa al sujeto del delito en posición de garante de protección real del privado de la libertad, a quien le ha creado un estado de indefensión que no le permite valerse por sus propios medios, lo que da lugar al surgimiento correlativo de la obligación de proporcionarle alimentos y medicamentos, de garantizarle la vida y protegerlo de los riesgos que puedan afectar su integridad, entre otros.

La posición de garante en la conducta por acción (comisión)

La doctrina mayoritaria no involucra la posición de garante como base de la responsabilidad en las conductas por comisión. De hecho, no ha considerado que sea predicable en tal sentido ni que tenga fundamento legal. Sin embargo, varios autores han realizado estudios para abordar la relación entre estos dos ítems.

La posición de garante es una teoría en construcción que tradicionalmente se ha predicado respecto a los delitos de omisión impropia, pero en la actualidad, cuando se habla de las conductas por acción (comisión), la Corte Constitucional sostiene que en estas también es necesario reivindicarla como base de la

responsabilidad²⁹ (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-1184-01, 2001).

El profesor Jakobs considera que,

en definitiva, no sólo el autor de la omisión, sino también el de la comisión, debe ser garante si es que ha de responder de un delito de resultado mediante comisión; cierto que el autor de la comisión, en la mayoría de los supuestos que se discuten en la práctica, es garante ya por su comisión (incumbencia de organización), pero no por principio (Jakobs, 1997, p. 259).

Así mismo, expone que no se puede establecer

diferencia alguna respecto de su cualificación como delito y en particular ninguna diferencia cuyo contenido sea el de que para un delito de omisión necesitaría una posición de garante, mientras que en el delito comisivo tal posición en nada contribuiría a la responsabilidad (Jakobs, 1995, p. 15).

Tanto en los delitos omisivos como en los comisivos, el fundamento de la responsabilidad se encuentra en la lesión a las reglas del estatus general, las cuales obligan a realizar todas las actuaciones dentro del riesgo permitido y bajo el deber de evitar los prohibidos, de tal forma que los titulares de cualquier tipo de organización son garantes de la evitación de un *output* (resultado) que exceda el riesgo permitido (Jakobs, 1995, p. 15).

.....
29 La Corte dijo:

En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante [...]. Günther Jakobs ha demostrado que todos los problemas del delito de omisión son trasladables a la acción. Hay conductas activas, socialmente adecuadas, que se convierten en un riesgo jurídicamente desaprobado cuando la persona tiene una posición de garante. Ejemplo: es socialmente adecuado apagar la luz del portón de una casa (acción) aun cuando sea probable que un peatón puede tropezar en la oscuridad; pero se convierte en un comportamiento prohibido (apagar la luz) si el propietario ha realizado una construcción frente a ella, porque al crear una frente de peligro aparecen deberes de seguridad en el tráfico: alumbrar la obra para que nadie colisione con ella [...] Si una persona tiene dentro de su ámbito de competencia deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos, en el juicio de imputación es totalmente accesorio precisar si los quebrantó mediante una conducta activa —v. gr. facilitando el hecho mediante la apertura de la puerta para que ingrese el homicida— o mediante una omisión —v. gr. no colocando el seguro de la entrada principal. En una grave violación a los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población, es similar a la de aquél que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión. En virtud del principio de igualdad, cuando la acción y la omisión son estructural y axiológicamente idénticas, las consecuencias deben ser análogas: Si la conducta activa es ajena al servicio, también deberá serlo el comportamiento omisivo (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-1184-01, 2001).

•Otros aspectos dogmáticos de los delitos contra la libertad individual•

Siguiendo a Sánchez-Vera Gómez-Trellez, la posición de garante se requiere como presupuesto de responsabilidad en los delitos de comisión. De igual manera, el autor plantea que

afirmar que el suceso siempre incumbe al interviniente que actúa, mientras que solo ocasionalmente al que omite —cuando éste está en posición de garante—, se corresponde con un pensamiento naturalista, y por tanto ajeno al Derecho: en la ‘acción’ siempre se ‘organiza’ algo desde el punto de vista naturalista, pero no necesariamente según un criterio normativista, que, en todo caso, es el jurídico (Sánchez-Vera Gómez-Trellez, 1997, p. 79).

Desde el punto de vista doctrinario, es perfectamente posible abordar y compartir el estudio de los delitos por comisión, fundamentados en los eventos que se han desarrollado sobre la posición de garante. Esta, en el Derecho Penal colombiano, fue introducida para los delitos de omisión impropia en el Código Penal del 2000. Para los delitos por comisión, e independientemente de las limitaciones e imperfecciones que en su desarrollo legal esta tenga, su aplicación queda sujeta a los avances doctrinales o jurisprudenciales³⁰.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, en los delitos contra la libertad individual la posición de garante es predicable tanto en las conductas por acción (comisivas) como en las de naturaleza omisiva (comisión por omisión). Un ejemplo del primer caso es que un servidor público, en cuanto encargado de la protección de bienes jurídicos y en su facultad de capturar personas legalmente —sea por orden judicial legítima o en estado de flagrancia—, desaparezca a la persona a la que ha privado de la libertad o le someta a tortura. Es decir, que violando la norma constitucional que le obliga a proteger la vida, honra y bienes de otros individuos, cometa un delito por acción. En cuanto al segundo caso, ocurre, por ejemplo, cuando un servidor público es aquiescente con la desaparición forzada de una persona o prolonga ilícitamente la privación de la libertad, estando obligado a evitarla.

.....
30 La Corte colombiana participa del criterio de que la posición de garante también es predicable de los delitos por comisión. Dijo la Corte que

concretamente frente a la omisión impropia, impura, o comisión por omisión, —aunque también se podría admitir en materia de delitos activos—, el autor y/o el cómplice deben tener la obligación legal de impedir el resultado, es decir, tienen que ostentar una posición de garante o de garantía (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 12742, 2003).

La posición de garante y la fuerza pública

La Corte Constitucional se ha pronunciado, *in extenso*, sobre la posición de garante de la Fuerza Pública respecto a los bienes jurídicos de la vida y la integridad personal. Siguiendo los planteamientos de Günther Jakobs, la Corte considera que “un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal” (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU 1184-01, 2001). La Corte considera que la posición de garante procede para las conductas por comisión y por omisión, tanto dolosas como culposas.

Así mismo, reconoce que los peligros para esos bienes jurídicos pueden surgir de personas que se encuentran bajo la inmediata subordinación de otros, por razones de jerarquía, autoridad o mando. Cabe agregar que la libertad individual es un bien jurídico sobre el que se podría argumentar de forma similar. Por esto, la persona que ocupa el lugar de superior tiene el deber de tomar medidas especiales (deberes de seguridad en el tráfico) para evitar que quienes se encuentren bajo su efectivo control, realicen conductas que vulneren los derechos fundamentales. Por ejemplo, si un soldado comete una tortura, una ejecución extrajudicial, o un delito de lesa humanidad, al superior que está al mando se le imputa el resultado lesivo del inferior y no el simple incumplimiento a un deber funcional, por ser el garante y tener la obligación de evitar dichos delitos (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU 1184-01, 2001).

En el caso del Estado como garante (competencia institucional), debido a que este no puede responder directamente en el campo penal, el juicio recae sobre el titular de la función correspondiente. Por ende, para que un miembro de la Fuerza Pública sea garante, se requiere que en concreto recaiga, dentro de su ámbito de competencia (material, funcional y territorial), el deber específico de proteger los derechos constitucionales de las personas. Esa es la situación de quienes tienen dentro de su ámbito de responsabilidad el deber de resguardar, por ejemplo, un sector de la población amenazado por grupos al margen de la ley. Si frente a dichos grupos no se inicia una acción de salvación cuando se ostentan los medios materiales para hacerlo, se le imputan los resultados lesivos (las graves violaciones a los Derechos Humanos) que estos cometan en contra de dicho sector (Corte

•Otros aspectos dogmáticos de los delitos contra la libertad individual.

Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU 1184-01, 2001). De esta forma, la Corte equipara la omisión de la Fuerza Pública con la acción de los grupos armados al margen de la ley.

La Corte considera que no es suficiente que las Fuerzas Armadas simplemente se abstengan de violar los Derechos Constitucionales, incluidos los Derechos Humanos o los establecidos por el Derecho Internacional Humanitario. Más bien, deben enfrentar a los agresores colectivos o individuales de tales derechos (aún en los estados de excepción de los que habla el artículo 214 de la Constitución) y, por tanto, su labor es la de realizar las acciones necesarias para evitar dichos delitos, salvo que medie la imposibilidad jurídica o fáctica para hacerlo³¹ (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU 1184-01, 2001). En este sentido, es obligatorio el uso de la fuerza frente a quienes no respetan estos derechos, en la medida en la que sea conforme al ordenamiento jurídico, utilizándola de manera proporcional y en cuanto sea necesario, quedando prohibido el exceso de la misma. Puesto que las Fuerzas Armadas se han preparado para enfrentar los riesgos y proteger a la población, no hacerlo equivale a violar la posición de garante de las condiciones mínimas y básicas de la organización social y, por lo mismo, les enfrenta a una grave omisión que significa tanto como producir el delito y que nunca podrá considerarse como un acto relacionado con el servicio (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU 1184-01, 2001).

La posición de garante limitada a determinados bienes jurídicos

Las posiciones de garante descritas en el artículo 25 del Código Penal sólo fueron tenidas en cuenta, por expresa disposición del legislador, en relación con las conductas punibles que atentan contra los bienes jurídicos de la vida e integridad personal, la libertad individual y la libertad y formación sexuales. Esto constituye un evidente avance frente a las fórmulas abiertas que contradicen el principio de

.....
31 La Fuerza Pública debe realizar acciones de salvamento en caso de que ocurran hechos graves de violación de Derechos Humanos, en particular conductas calificables como crímenes de lesa humanidad:

1. Las violaciones a las prohibiciones fijadas en el protocolo II a los acuerdos de Ginebra —y en general al derecho internacional humanitario— o a los tratados sobre restricciones al uso de armas en la guerra (o en conflictos armados internos), 2. las acciones contra bienes culturales durante la guerra y los conflictos armados internos, 3. o los actos de barbarie durante la guerra y los conflictos armados internos —tales como la mutilación, tortura, asesinatos, violaciones, prostitución y desaparición forzada y otros tratos crueles e inhumanos, incompatibles con el sentimiento de humanidad (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU 1184-01, 2001).

legalidad, pero al mismo tiempo implican una limitante que no ha sido atendida en relación con la posición de garante frente a otros bienes jurídicos.

En esa medida, la norma tendría un papel restrictivo de punibilidad de acuerdo con el principio de *ultima ratio* (Gómez Pavajeau, 2005), sin embargo, la limitante nombrada no debería ser tan extrema, hasta el punto de dejar por fuera otros bienes jurídicos importantes, como los que son protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, la administración pública, la salud pública y el orden económico y social. Por ello, y pese a la restricción legal, la doctrina ha avanzado hasta predicar ampliamente la posición de garante, no solamente para los bienes jurídicos establecidos, sino frente a todos aquellos sobre los que se pueda inferir su existencia. De esta manera, dicha posición no queda como una fórmula abierta, pero tampoco como una restringida hasta el punto de que solamente una nueva reforma pueda ampliar nuevos eventos en torno a ella.

Síntesis

El Código Penal vigente –Ley 599 de 2000, art. 25–, en cuanto a la posición de garante, tiene en cuenta aspectos formales como la ley y el contrato. Así mismo, desde el punto de vista material, toma en cuenta la realidad de las relaciones de las personas involucradas en el proceso, por ejemplo las parejas con vínculos de hecho, no formalizadas por el matrimonio, o las del mismo sexo. En Colombia esta posición es predicable respecto a los delitos por omisión, así como en los crímenes por acción y, en la práctica, es viable aplicarla por vía doctrinaria.

Es importante anotar que respecto a los bienes jurídicos que aplican para la posición de garante, el legislador se quedó corto al restringirlos solo a tres, dejando por fuera otros tan importantes como los relativos a los tipos penales relacionados con el Derecho Internacional Humanitario (Título II parte especial) y a los de la administración pública. Precisamente, es fundamental revisar dicha perspectiva puesto que se puede considerar que siempre que exista el deber de protección de cualquier bien jurídico es procedente deducir la posición de garante.

Finalmente, dicha posición es aplicable a las conductas por acción y por omisión contra la libertad individual y a todos los sujetos activos que afecten ese bien jurídico, trátase de particulares o de servidores públicos, especialmente de los miembros de las Fuerzas Militares o de la policía.

Las eximentes de antijuridicidad y la obediencia debida

Atendiendo la definición de antijuridicidad establecida en el artículo 11 del Código Penal del 2000, para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado por la ley penal, en este caso, la libertad individual, lo cual se examinará principalmente a través del delito de desaparición forzada.

Toda privación de la libertad que no sea fundamentada en la ley y que no tenga como fin su cumplimiento, lesiona efectivamente el bien jurídico de la libertad individual (desvalor de acción) y, en principio, no hay motivo que justifique o torne como lícita la conducta (desvalor de resultado). Sólo de forma excepcional podría presentarse una exclusión de la antijuridicidad. Por ejemplo, la desaparición forzada, el secuestro o la detención arbitraria estarían justificadas objetivamente y por la motivación de su autor cuando, dado caso, la privación de la libertad fuese realizada en contra de la voluntad de una persona, para salvarle la vida en medio de la persecución por parte de alguien más. En ese sentido, la vida de alguien tendría que estar en peligro debido a una agresión injusta e inminente y, siendo necesaria la defensa, el autor (ex-ante), motivado por proteger a un tercero (*animus defendendi*), priva de la libertad y oculta al defendido para evitar que se ejecute un ataque contra su vida (legítima defensa).

La obediencia debida también es llamada obediencia jerárquica, en razón a que se dictamina a través de las órdenes provenientes de superiores. Esta es considerada como una especie dentro del cumplimiento del orden de legítima autoridad competente y es emitida con las formalidades legales (Código Penal, 2000, art. 32 num. 4). Teóricamente se le expone como otro de los supuestos que podría invocarse como eximente de responsabilidad penal. Tiene además dos connotaciones: la primera es la de la obediencia al mando a causa de la jerarquía y la segunda tiene que ver con la abstención de obedecer si la acción ordenada es antijurídica. Cuando el agente se ampara en la obediencia jerárquica se pueden cometer los llamados crímenes de obediencia, entendidos como las conductas punibles realizadas por un subalterno como consecuencia de una orden superior de un servidor público y en cumplimiento de ella.

Por lo regular, los subalternos involucrados en crímenes de obediencia alegan la legalidad de sus acciones por ser producto de la orden de un superior o por

no ser conscientes de la ilegalidad de dichas órdenes y del cumplimiento de las mismas, puesto que provienen de una autoridad debidamente nombrada y posesionada, en un ambiente en el que se supone implícitamente que el jefe procede conforme a la ley.

Al evaluar un caso que puede ser un crimen de obediencia, se debe analizar si el sujeto activo de la conducta sabía a ciencia cierta que la orden era ilegal o si cualquier persona de conocimientos medios y con capacidad de discernimiento promedio podía saber el carácter de dicho mandato. En ocasiones los subalternos reconocen que la orden es ilegal, pero se sienten obligados a cumplirla, por lo que la eximente de responsabilidad penal opera sólo en el caso de que la coacción ajena sea insuperable.

En lo militar hay consenso acerca de la regla general de responsabilidad absoluta que se le endilga al que imparte la orden. En torno a esta existen dos posiciones: una tesis que habla de la irresponsabilidad absoluta del subalterno que ejecuta la orden, sobre la base de que su deber profesional lo obliga a una obediencia igualmente absoluta e incondicional respecto a todos los mandatos de su superior, independientemente de que sean legales o ilegales. La segunda considera que la obediencia no puede ser ciega sino reflexiva y que, por tanto, la ausencia de responsabilidad del subalterno se puede predicar en aquellos casos en que no sea notoria la antijuridicidad de las órdenes militares impartidas, es decir, no vulneren manifiestamente el ordenamiento jurídico.

La doctrina se ha inclinado, mayoritariamente, no sólo en el ámbito del Derecho Común sino especialmente en el ámbito militar, por los límites al deber de obediencia y en contra de la irresponsabilidad absoluta del subalterno (Const., 1991, art. 91). Por lo general,

se reconoce que es difícil para los subordinados evaluar si una orden es legal o no, en especial dentro del ámbito militar, que incluye como poderoso componente el supuesto de que los subordinados deben cumplir órdenes. Por eso se tiende a aceptar la defensa basada en órdenes superiores, siempre y cuando los acusados tengan razones para alegar que no sabían que las órdenes eran ilegales (Kelman & Hamilton, 1990, p. 59).

Pero solo el argumento del cumplimiento de una orden no es suficiente para justificar la realización de una conducta punible. El artículo 91 de la Constitución Política estableció la exoneración de responsabilidad al militar que ejecuta una

•Otros aspectos dogmáticos de los delitos contra la libertad individual•

orden del servicio impartida por su superior, pero no lo hace de manera absoluta e incondicional (Const., 1991)³². Para que la obediencia debida se considere como una eximente de responsabilidad penal, debe cumplir con los siguientes requisitos:

Existencia de una relación de subordinación entre dos personas, en las cuales hay una jerarquía entre quien emite la orden y quien la recibe y ejecuta. La orden es vinculante cuando proviene del superior con poder de mando sobre el subalterno.

- Existencia de una orden como tal, es decir, una manifestación clara de la voluntad del superior encaminada a que el subalterno haga o deje de hacer algo.
- Que la orden sea legítima. Debe, además, ser emitida por el superior, de acuerdo con su competencia funcional y de conformidad con la Constitución y la ley. Tratándose de violación de Derechos Humanos no puede existir orden legítima. En lo que tiene que ver con desaparición forzada, secuestro o cualquier forma de privación de la libertad, no habrá legitimidad en la orden, porque ésta solo es potestativa de las autoridades competentes, previos procedimientos legales y sin ocultar a la persona de sus familiares y demás conocidos.
- Que el superior sea competente para impartir la orden al subordinado. El superior debe actuar dentro de su competencia,

pero como el subordinado carece por lo general de un poder de examen detallado, la doctrina no exige competencia concreta para emitir la orden, sino competencia abstracta, la cual se refiere a la facultad del superior para disponer la clase de actos que normalmente se comprenden dentro del objeto de las obligaciones del inferior³³ (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-578, 1995).

.....
32 Dice la Constitución:

En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.

Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden (Const., 1991, art. 91).

33 Sobre obediencia debida, la Corte Constitucional ha proferido otras sentencias: C-225 de mayo 18 de 1995; T-962 de julio 21 de 2000; SU 1184 de noviembre 13 de 2001; C-578 de julio 30 de 2002; T-803 de octubre 3 de 2002.

Ningún servidor público tiene competencia abstracta o en concreto para conculcar la libertad de una persona y privarla de sus derechos consustanciales mediante su ocultamiento.

- Que la orden esté revestida de las formalidades legales. En materia de desaparición forzada, una orden de privación de la libertad, por más que tenga las formalidades legales, de constar por escrito y de ser expedida por el funcionario que tiene la competencia para detener a una persona, será manifiestamente antijurídica si la orden apunta a la desaparición.
- Que exista la obligación de que el subordinado cumpla una orden. Si esta implica la violación de Derechos Humanos, el sujeto no está obligado a llevarla a cabo. En el caso de la desaparición forzada, por tratarse de un hecho manifiestamente antijurídico, no existe la obligación del subordinado de cumplir la orden y, en caso de que este la ejecute, su conducta además de típica será antijurídica, sin lugar a justificación por obediencia debida.

Siguiendo este derrotero, el Código Penal colombiano prohíbe expresamente reconocer la obediencia debida cuando se tipifican los delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura (Código Penal, 2000, art. 32 numeral 4). Por su parte, el *Estatuto de Roma*, en su artículo 33, incluye la eximente de responsabilidad por obediencia debida y cumplimiento de un deber legal (ONU, 1998a). Para dicho *Estatuto* la eximente se presenta solamente cuando se cumplen tres condiciones concurrentes: que el acusado deba estar obligado por ley a obedecer órdenes; que no sepa que la orden era ilegal; y, por último, que la orden no sea manifiestamente ilegal. Así mismo, este Tratado, en su numeral 2, en el artículo 33, dispone que las órdenes para cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son siempre manifiestamente ilícitas.

La insuperable coacción ajena y el miedo insuperable

No se descarta la posibilidad de que se utilice a una persona como instrumento para la comisión de delitos como la desaparición forzada, el secuestro, el desplazamiento forzado, la tortura y otras conductas punibles contra la libertad individual. Esto, en la medida en que se compruebe la utilización de un tipo de coacción

que no sea superable por parte de la persona que la sufre o cuando se ejercen contra la víctima mecanismos productores de miedo que le sean irresistibles.

La insuperable coacción ajena como causal eximente de responsabilidad está prevista por el artículo 32, numeral 8, de la Ley 599 del 2000 (antes causal de inculpabilidad de acuerdo con el art. 40 del Decreto 100/80). Esta se puede presentar cuando un tercero obliga a una persona, mediante violencia física o moral, a realizar una conducta contra la libertad individual de alguien más; el sujeto a quien se obliga no puede resistirse, oponerse o eludir la conducta que realiza ajeno a su voluntad, por temor a un daño.

Hay tres requisitos para que se considere insuperable la coacción ajena:

- La fuerza debe provenir de una o varias personas (terceros) que amenacen con causar un daño o un mal y que sean capaces de provocar miedo o temor a otro debido a lo injusto de esta conducta. Para predicar dicho estado emocional es necesario que la persona de la que se teme el mal esté en la posibilidad de causarlo.

El miedo generado por la insuperable coacción ajena debe lograr afectar síquicamente a quien es constreñido, sin excluir la voluntariedad de la acción, privándolo de la normalidad necesaria para que se le pueda atribuir alguna responsabilidad penal, puesto que está fuera de su dominio el control de la situación. Esto hace que dicha emoción supere la exigencia que se hace al sujeto de soportar males y peligros, quien finalmente se doblega ante la amenaza de un tercero de sufrir un mal contra bienes jurídicos propios o ajenos, por lo cual realiza determinada acción sin perder la consciencia de esta y del peligro que acarrea (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 21457, 2007).

- Debe ser actual. La fuerza realizada por el tercero debe ser actual, aunque la amenaza tenga que ver con infligir un mal cuyas consecuencias sean a futuro.
- Debe ser insuperable. Dicha fuerza debe ser irresistible, en donde no hay posibilidad de oponerse a ella o de eludirla, por lo que debe ser capaz de condicionar la voluntad del sujeto con el fin de que este realice una acción determinada. Aunque quien decide realizar el delito lo hace voluntariamente, es compelido por la coacción insuperable que no le deja otra opción.

Un caso que fue tipificado por la Corte Suprema de Justicia como insuperable coacción ajena y miedo (Código Penal, 2000, art. 32, num. 8 y 9) fue el de José Crisanto Gómez Tovar. Gómez es un campesino a quien la guerrilla de las FARC-EP, entre el 10 y el 15 de enero del 2005, hizo entrega del hijo de Clara Rojas, a quien tenían secuestrada. El niño había nacido el 16 de abril del 2004 y fue cuidado por Gómez hasta el 15 de junio del 2015, fecha en la que quedó bajo la custodia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Para la Corte, Gómez Tovar no tenía una alternativa distinta a obedecer cuando los guerrilleros fueron a su casa a entregarle el niño y dejarlo a su cuidado. Así, no se le podía exigir otro comportamiento, especialmente porque este grupo armado lo tenía “entre ojos” por haberse negado al adoctrinamiento de sus hijos (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 42099, 2013).

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, el miedo es la angustia que sufre una persona “por un riesgo o daño real o imaginario, [es el] recelo o aprensión que alguien tiene de que le suceda una cosa contraria a lo que se desea” (RAE, 2014). En Colombia, el miedo insuperable es otra de las causales de ausencia de responsabilidad penal por inculpabilidad de la conducta del autor y es prevista por el artículo 32, el numeral 9, de la Ley 599 del 2000. El fundamento de esta eximente de culpabilidad es la no exigibilidad de otra conducta al autor, puesto que se considera que este actúa en una situación motivacional fuera de lo normal en razón del miedo, ante lo que cualquier persona de nivel medio habría actuado de la misma manera. En estos casos la anormalidad no corresponde al sujeto sino a la situación que lo compele de tal forma que no le deja otra salida que ser instrumento del delito. Este tipo de comportamientos no son punibles, si se tiene en cuenta que el Derecho Penal no puede exigir conductas heroicas o que se respeten las leyes en sacrificio de los propios bienes jurídicos o los de la familia.

Si bien al individuo que se encuentra en la situación de miedo insuperable no le es exigible otra conducta, esto no significa que el comportamiento descrito en el tipo penal no esté prohibido y que realizarlo no sea típico y antijurídico, aunque sin culpabilidad. Es la fuerza, coacción o amenaza (violencia física o moral) que una persona ejerce contra otra, lo que reduce la voluntad del sujeto en la toma libre de decisiones, por lo que se le obliga, a través del miedo, a realizar acciones u omisiones típicas y antijurídicas que no realizaría en ausencia del constreñimiento.

•Otros aspectos dogmáticos de los delitos contra la libertad individual•

La Corte Suprema de Justicia ha señalado tradicionalmente los requisitos para que se cumpla la ausencia de responsabilidad penal en el miedo insuperable. Estos son:

- La existencia de profundo estado emocional en el sujeto por el temor al advenimiento de un mal.
- El miedo ha de ser insuperable, es decir sólo aquel que no deje al sujeto ninguna posibilidad de actuar como lo haría el común de los hombres.
- El miedo debe ser el resultado de una situación capaz de originar en el ánimo del procesado una situación emocional de tal intensidad que aunque no excluye totalmente la voluntariedad de la acción, sí enerva la fuerza compulsiva necesaria para autodeterminarse.
- El miedo debe ser producto de una serie de estímulos ciertos, graves, inminentes y no justificados (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 18983, 2002).

Ahora bien, no significa lo mismo el obrar “bajo una insuperable coacción ajena” que el obrar “impulsado por miedo insuperable”. La diferencia consiste en que en el primer caso se presenta el miedo en el coaccionado debido al comportamiento arbitrario e ilegal de otra persona, quien a través de una fuerza irresistible condiciona la voluntad del sujeto con el fin de que este realice una acción determinada. Mientras que en el segundo caso, el miedo surge en el ánimo del individuo sin que exista coacción o intimidación, aunque sí proviene de una alerta respecto a la posibilidad de peligros reales, imaginarios, instintivos, racionales o imaginativos (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 21457, 2007). De todas formas, aunque se habla del miedo con el modelo del individuo medio para tenerlo como patrón comparativo, debe tenerse en cuenta la facilidad con la que cada persona puede llegar a ese estado emocional y que seguramente habrán quienes no tienen tanta resistencia y entran en esa situación aún por debajo del nivel medio.

En Colombia, antes de que se estableciera la desaparición forzada de personas como un delito autónomo, desde el punto de vista penal, el servidor público o el particular que hubiere realizado ese tipo de conducta debía responder por el delito de secuestro. En caso de que se produjera la muerte de la víctima se presentaba un concurso de delitos entre secuestro y homicidio. En el Código Penal del 2000 se introdujo la desaparición forzada como delito autónomo, mediante el artículo 165, cuyo texto original parte de la Ley 589 del mismo año, el cual fue modificado en su punibilidad con el aumento de penas establecido en la Ley 890 del 2004³⁴.

Antecedentes

No existe una referencia clara acerca de los orígenes de la desaparición forzada, aunque en el ámbito internacional esta conducta se ubicó inicialmente como un típico crimen de Estado realizado por los servidores públicos y los particulares o grupos a su servicio. La desaparición forzada es una violación a los Derechos Humanos y ha sido utilizada como estrategia para eliminar a los que se considera como indeseables o para reprimir a los opositores políticos de un régimen dictatorial o con apariencia de democrático, en el marco de graves crisis políticas o en

.....
34 La Ley 890 del 2004, en su artículo 14, estableció, para los tipos penales contenidos en la parte especial del Código Penal, un aumento de penas de la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. Dicho aumento cobijó a todos los tipos penales de los delitos contra la libertad individual.

los conflictos armados internacionales o internos de un país. Cuando la desaparición forzada tiene un fondo político, en la mayoría de los casos es permanente, sistemática y generalizada como mecanismo represivo que genera terror, inseguridad y angustia.

Uno de los antecedentes más importantes respecto a esto es el del nazismo alemán, debido al incalculable número de desaparecidos producto de las políticas de Estado establecidas por Adolfo Hitler. Primero, de manera informal, se dio la orden militar conocida como “balance del terror”, la cual permitió reprimir con muertes y desapariciones a los miembros de la resistencia y a la población civil de cada país que había sido ocupado por los nazis en Europa para la década del 40 (Del Alcázar, 2003). Así mismo, y ya de manera formal e institucionalizada y como antecedente registrado normativamente, existe el Decreto *Nacht und Nebel* (Noche y Niebla) promulgado por Hitler, en Alemania, el 7 de diciembre de 1941. Con base en este se dio la instrucción de que los individuos sospechosos de poner en peligro la seguridad del Tercer Reich debían ser apresados en la noche y en secreto, trasladados desde otros países a los campos de concentración en Alemania, donde fueron torturados, asesinados y desaparecidos sin dejar rastro alguno. Sus familiares no tuvieron la posibilidad de obtener información sobre su paradero, quedando bajo la incertidumbre respecto al lugar y destino de sus seres queridos (Office of United States Chief of Counsel for Prosecution of Axis Criminality, 1946-1948).

Por otro lado, en América Latina los antecedentes de las desapariciones son múltiples. Se podría trazar una línea entre las ocurridas en El Salvador hacia los años 30 del siglo pasado, luego con las que sucedieron en Guatemala a partir de 1963, posteriormente con las presentes en la dictadura Chilena que se inició en 1973 bajo la doctrina de la “seguridad nacional” y la denominada “Operación Cóndor” para el cono sur (Martorell, 1999) y, finalmente, con las sucedidas bajo la dictadura militar en Argentina en 1976 y los años subsiguientes, momento desde el que comenzó a utilizarse la expresión “desaparecidos” y en el que empezó a concebirse esta política como un crimen de Estado. También, entre 1960 y 1990 muchas personas fueron víctimas de la aberrante práctica de las desapariciones en las dictaduras de Uruguay, Brasil, Honduras, Bolivia y Haití, así como en

•Desaparición forzada•

países con gobiernos electos democráticamente como México, Colombia y Perú³⁵ (Molina Theissen, 1996).

La desaparición de personas ha sido, en Colombia, uno de los delitos más crueles en el marco del conflicto armado interno, realizados por agentes del Estado, por los actores armados ilegales (guerrilla y paramilitares), pero también por bandas de narcotraficantes y de una reciente generación de paramilitares (neoparamilitares) denominados oficialmente como bandas criminales “Bacrim”. Los entes de control no coinciden en el número de desaparecidos en Colombia y, por tanto, a ciencia cierta no se sabe cuántas personas han sido víctimas de esta siniestra práctica. La Fiscalía General de la Nación informa de un universo de 117.646 y el Registro Único de Víctimas plantea que hay 45.515 desaparecidos por la guerra (El Espectador, 2015). Para Naciones Unidas resultaba preocupante que no existiera información estadística precisa sobre el número de personas desaparecidas y, más aún, respecto a los casos relacionados con agentes estatales (ONU, 2016). El último registro lo presentó el Centro Nacional de Memoria Histórica (2016), con un número de 60.630 desapariciones entre 1970 y 2015, de las cuales el 51.4% (31.183 personas) son producto de actores desconocidos y el restante 49.6% (29.447 personas) tienen la siguiente distribución según el perpetrador:

Tabla. Distribución de víctimas de desaparición forzada en el marco del conflicto armado según presunto perpetrador. Colombia 1970 - 2015

Actor	No. de personas	Porcentaje
Grupos paramilitares	13.562	46.1%
Guerrillas	5.849	19.9%
Grupos Paramilitares y agentes del Estado	4.686	15.9%
Grupo posdesmovilización	2.598	8.9%
Agentes del Estado	2.368	8 %
Grupo armado no identificado	222	0.8%

Nota. Se tomaron algunos datos de la tabla original recuperada de: *Hasta Encontrarlos. El drama de la desaparición forzada en Colombia*, del CNMH, 2016, página 83.

35 Para contexto colombiano, ver Corte Constitucional. Sentencia C-473 de 10 de mayo de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-473-05.htm>.

No obstante las diferencias entre los registros de desaparición forzada en Colombia, estas cifras superan considerablemente el número de las que fueron realizadas por las dictaduras militares del cono sur en los años 70 del siglo XX³⁶.

La desaparición forzada y la legislación internacional

La desaparición forzada de personas, como se le conoce actualmente, es un delito que ha sucedido en muchos países, pero su tipificación es relativamente reciente a nivel internacional y nacional, aunque de manera genérica se encuentra prohibida desde mucho antes de que se le diera esa denominación en los instrumentos internacionales. La *Declaración Universal de Derechos Humanos*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* del 16 de diciembre de 1966 y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* de 1969 (ONU, 2016), reconocen para todos los individuos el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de cada persona, entre otros, con la prohibición expresa de infligir tratos crueles, inhumanos o degradantes, de realizar detenciones arbitrarias y de destierro, con el reconocimiento del derecho a un tratamiento humano de detención, el derecho a un juicio imparcial y a ser reconocida su personalidad jurídica ante la ley.

El 9 de diciembre de 1975, ante la alarma que causaron las desapariciones forzadas que ocurrieron en Chile y Chipre, la ONU se pronunció respecto a los acontecimientos en los dos países. Respecto a Chile adoptó la Resolución 3448, en la que expresó su profundo malestar ante las constantes y flagrantes violaciones de los Derechos Humanos en la época de la dictadura de Augusto Pinochet, por la práctica institucionalizada “de la tortura, de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, detenciones, encarcelamientos y destierros arbitrarios” (ONU, 1975) e instó al gobierno de facto para que se adoptaran medidas para “aclarar la situación de los individuos cuya desaparición no se ha justificado” (ONU, 1975). En relación con las desapariciones en Chipre, Naciones Unidas adoptó la Resolución 3450, mediante la cual reafirmó la necesidad humana básica de las

36 Dice el Grupo de Memoria Histórica –GMH– en el informe *¡Basta ya! Colombia, memorias de guerra y dignidad*: Esta elevada magnitud solo puede comprenderse cuando se constata que tal delito rebasa lo ocurrido en las dictaduras militares del cono sur de América Latina: 485 desapariciones forzadas en Paraguay entre 1958 y 1988; 979 en Chile entre 1973 y 1990; y cerca de 9.000 en Argentina durante la dictadura militar entre 1976 y 1983. Pese a las dimensiones de la desaparición forzada en Colombia, el nivel de reconocimiento social y público de este delito es muy bajo si se lo compara con otras modalidades de violencia (CNMH, 2013, p. 58).

•Desaparición forzada.

familias de recibir información sobre los parientes desaparecidos por el régimen, en el marco del conflicto armado interno (ONU, 1975)³⁷.

La dramática situación en Chile continuó, no obstante la preocupación internacional por la violación masiva de Derechos Humanos, lo que obligó a Naciones Unidas a reaccionar directamente mediante la Resolución 31/124 del 16 de diciembre de 1976. Allí se expresa sobre la profunda indignación por las variadas formas de violación de Derechos Humanos, en particular por la desapariciones de personas por motivos políticos y sobre la obligatoria protección de derechos en dicho país (ONU, 1976).

Aunque este tipo de conductas no se conocían jurídicamente bajo la denominación de desaparición forzada de personas, por esa misma época, el 8 de junio de 1977, se estableció su prohibición de modo general en el artículo 75 del *Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra*, los cuales habían sido promulgados el 12 de agosto de 1949. Esta adición se hizo para la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y obliga a que

las personas que estén en poder de una Parte en conflicto y que no disfruten de un trato más favorable en virtud de los Convenios o del presente Protocolo serán tratadas en toda circunstancia con humanidad y se beneficiarán, como mínimo, de la protección prevista en el presente artículo, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión o las creencias, las opiniones políticas o de otro género, el origen nacional o social, la fortuna, el nacimiento u otra condición o cualesquiera otros criterios análogos (ONU, 1977b)³⁸.

De igual manera, en el *Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra*, respecto a los conflictos armados nacionales, la desaparición forzada, todavía no denominada así, fue prohibida por los artículos 2° y 4° bajo la figura de protección

37 El 16 de diciembre de 1977 la Asamblea General de Naciones Unidas expidió la Resolución 32/128 en la que expresó una vez más su preocupación por "la ausencia de progresos para recuperar el rastro y conocer el paradero de las personas desaparecidas en Chipre" (ONU, 1977a), en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/32/128&Lang=S>. En igual sentido Resolución 33/172 de 20 diciembre de 1978 (ONU), en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/33/172&Lang=S> y Resolución 36/164 de 16 de diciembre de 1981, en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/36/164&Lang=S>.

38 El *Protocolo I* fue aprobado en Colombia mediante la Ley 11 de 1992. En el artículo 33 del *Protocolo I* se establece, al finalizar las hostilidades, la obligación de buscar las personas cuya desaparición haya señalado una Parte adversa, a fin de facilitar tal búsqueda, esa Parte adversa comunicará todas las informaciones pertinentes sobre las personas de que se trate.

de las víctimas y de obligación de dispensar un trato humano³⁹. Un año después de esto, el 20 de diciembre de 1978, la Asamblea General de las Naciones Unidas urgió a la Comisión de Derechos Humanos para que examinaran las situaciones que se estaban presentando en varias partes del mundo y que tenían que ver con la

desaparición forzosa o involuntaria de personas a causa de excesos cometidos por autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, o encargadas de la seguridad, o por organizaciones análogas, a menudo mientras esas personas están sujetas a detención o prisión, así como a causa de actos ilícitos o de la violencia generalizada (ONU, 1978).

Dicha determinación de Naciones Unidas es histórica, porque le otorgó la denominación de “desaparición forzosa o involuntaria de personas” a tales actos realizados por organismos oficiales o agentes de cualquier nación que han estado involucrados en ese tipo de prácticas.

También en esos años, en Colombia se estaban presentando desapariciones forzadas realizadas por parte de agentes del Estado, amparados en el denominado Estatuto de Seguridad (Decreto 1923 de 1978), expedido por el Presidente Julio Cesar Turbay Ayala. A través de este se pretendía combatir a la guerrilla, pero fue usado también para perseguir penalmente a los líderes sindicales, populares e izquierdistas, con base en las facultades de estado de sitio (conmoción interior) establecidas por el artículo 121 de la Constitución Política de 1886. Las protestas populares fueron restringidas y se criminalizaron los conflictos laborales; fueron comunes los allanamientos a sedes sindicales y políticas; la detención de dirigentes y opositores llenó las cárceles del país; y una gran cantidad de personas fue torturada, asesinada, desaparecida y otra sometida a procesamiento mediante Consejos Verbales de Guerra realizados por el ejército oficial. Con base en el artículo 28 de la Constitución Nacional, los organismos de seguridad del Estado hicieron “retenciones administrativas” de miles de personas en cuarteles militares, los cuales fueron habilitados como centros de detención y tortura, en donde emplearon los más despiadados métodos de interrogación para obtener confesiones bajo presión (González-Monguí, 2013).

En la década de 1980, fue necesaria la intervención de las Naciones Unidas ante la gran cantidad de desapariciones forzadas en el mundo por motivos políticos.

.....
³⁹ *Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra* de 1949, Tratado de 8 de junio de 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, en <https://www.icrc.org/spa/assets/files/publications/icrc-003-0321.pdf>. En Colombia fue aprobado el Protocolo II por la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994.

Mediante la Resolución 20/36 de 1981 se ordenó la formación de un Grupo de Trabajo, por parte de la Comisión de Derechos Humanos, para examinar las cuestiones relativas a las “desapariciones forzadas o involuntarias de personas” (ONU, 1981). Por otra parte, en 1983, la Asamblea General de la OEA señaló que esta conducta punible representaba “una afrenta a la conciencia del hemisferio” y constituía “un crimen de lesa humanidad”, pronunciamiento que fue un avance importante al haberse realizado antes de que la normativa positiva así lo estableciera.

En Colombia, aún no se sabe con certeza cuántos fueron los desaparecidos bajo la vigencia del Estatuto de Seguridad. De hecho, como país se le incluyó, en 1985, dentro de un informe realizado por el Grupo de Trabajo, puesto que se consideró que se le debía prestar particular atención en dicha materia. Sin embargo, es en el informe de 1988 que se registraron 561 casos de desapariciones forzadas, de los cuales el 21% se habrían producido en los dos últimos años; así mismo, se indicó que la Procuraduría General de la Nación enumeraba 962 casos durante los últimos cinco años y que fuentes no gubernamentales del país señalaban que 500 era el mínimo de desapariciones seguras, mientras que 1.000 eran las probables. También se hizo evidente que, no obstante las desapariciones forzadas, los homicidios las superaban como método de represión (ONU, 1989). Fue en este contexto que

la desaparición forzada estuvo fuertemente asociada a la lógica de la lucha contra-insurgente, y estuvo ligada a la tortura como medio para obtener confesiones del enemigo. Las desapariciones forzadas sucedieron, en ese entonces, en el marco de las detenciones sin orden judicial realizadas por la Fuerza Pública dentro de la legislación de excepción (CNMH, 2013, p. 59).

Posteriormente, mediante la Resolución 47/133 de 1992, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, en la que calificó este tipo de conductas como un ultraje a la dignidad humana (art. 1). También señaló en el artículo 1.2 que “todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia” (ONU, 1992). De igual manera, en el artículo 17.1 dispuso que “todo acto de desaparición forzada será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando

la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos” (ONU, 1992)⁴⁰.

Por su parte, el 8 de julio de 1994, en Belem do Pará (Brasil), se realizó una Asamblea General de la Organización de Estados Americanos –OEA–, en la que participó Colombia. En esta, ante tantos hechos de desapariciones forzadas en América, se aprobó la *Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas*, en la que se consideró esta conducta como una grave ofensa a la dignidad intrínseca de las personas. Así mismo, se señaló cómo entraba en contradicción con los principios y propósitos consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, es decir, con el “régimen de libertad individual [...] fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. Finalmente, la calificó como delito permanente hasta el momento en el que se conoce el paradero de la víctima⁴¹ (OEA, 1994). Tanto en la Resolución 47/133 de 1992 como en la *Convención Interamericana*, la desaparición forzada de personas, como práctica sistemática o masiva, es calificada como crimen contra la humanidad.

Se necesitaron tres décadas de esfuerzos de activistas, juristas y diplomáticos, los cuales fueron limitados por “la lentitud del proceso de codificación frente al sufrimiento y esperanza de los familiares de las víctimas” (Decaux, 2014, p. 43), para que las Naciones Unidas adoptara la *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*. Dicho instrumento, elaborado en Nueva York el 20 de diciembre del 2006, definió, en el artículo 2, la desaparición forzada como

40 Según la Resolución 47/133, la desaparición forzada de personas se produce cuando se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna u otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndola así a la protección de la ley (ONU, 1992).

41 La desaparición forzada fue definida por la Convención Interamericana sobre desaparición forzada como la privación de la libertad a una o más personas cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de la libertad o de informar sobre el paradero de la persona con lo cual se impide el uso de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes (OEA, 1994).

Mediante la Ley 707 del 28 de noviembre del 2001, fue aprobada en Colombia la Convención, en manos del legislativo, cuyo control de constitucionalidad fue realizado mediante la sentencia C-580 del 31 de julio del 2002. Para ver: M.P. Rodrigo Escobar Gil, expedida por la Corte Constitucional, en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-580-02.htm>.

•Desaparición forzada•

el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley⁴² (ONU, 2006).

Lo expuesto deja clara la postura en el ámbito internacional respecto a la desaparición forzada, a la cual se le considera como un delito de Estado que se realiza mediante la ejecución directa de agentes del poder público, con su determinación o aquiescencia; también, cuando el Estado no ha tomado las previsiones para evitar su realización. Sin embargo, no sucede lo mismo en el ámbito nacional colombiano, en el que los particulares también pueden ser autores o partícipes del delito de desaparición forzada sin que se requiera vinculación alguna con el Estado o con algún servidor público.

La desaparición forzada y el crimen de lesa humanidad

En 1989, en la sentencia del caso Godínez contra Honduras, la Corte Interamericana de Derechos Humanos efectuó la primera descripción del crimen de desaparición forzada de personas, en un momento histórico en el que no existía ningún texto convencional en vigencia que empleara esta denominación, calificándolo además como un crimen de lesa humanidad. También estableció que su práctica era inadmisibles por parte de cualquier Estado, cuyo poder no podía ejercerse sin límite alguno, ni tampoco valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al Derecho y con desprecio de la dignidad humana. Esto, aun cuando se enfrenten a delincuentes cuyas acciones sean graves y por responsables que puedan ser los autores de determinados delitos.

Dijo la Corte que este delito constituye una violación múltiple y continuada de distintos derechos que han sido consagrados en la *Convención Americana de Derechos Humanos*. Uno de ellos es la vida, la cual es vulnerada cuando el desaparecido es ejecutado en secreto y su cadáver es ocultado con el objeto de borrar toda huella material del crimen, para así procurar la impunidad de quienes

.....
42 La Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas fue aprobada en Colombia mediante la Ley 1418 del 1º de diciembre del 2010. Así mismo, en el control automático de constitucionalidad, la Corte Constitucional la declaró exequible mediante sentencia C-620 del 18 de agosto del 2011. Para ver más: M.P. Juan Carlos Henao Pérez, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-620-11.htm>.

lo cometieron. También de la libertad, por su privación arbitraria. Del derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes, puesto que a las víctimas se les somete a aislamientos prolongados y a la incomunicación coactiva. Así mismo, ocasiona daños a la libertad psíquica y moral de las personas. Atenta contra la integridad física y el derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Por otra parte, la Corte expuso que

la existencia de esa práctica, además, supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado de modo que se garanticen los derechos reconocidos en la Convención [y] relaja las normas mínimas de conducta que deben regir los cuerpos de seguridad a los que asegura impunidad para violar esos derechos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1989).

En la conferencia de Roma, celebrada en julio de 1998, las Naciones Unidas adoptaron el *Estatuto de la Corte Penal Internacional* para el juzgamiento del genocidio, de los crímenes de guerra, de los de lesa humanidad y del crimen de agresión. Como se dijo anteriormente, se considera que un crimen es de lesa humanidad “cuando se comete como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque” (ONU, 1998a). Al respecto, las Naciones Unidas incluyeron a la desaparición forzada como parte de las conductas punibles catalogadas como de lesa humanidad. A través del artículo 7.2 del Estatuto de Roma, la definieron como

la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado (ONU, 1998a).

En el ámbito nacional, la Corte Constitucional también adoptó el criterio de crimen de lesa humanidad para la desaparición forzada, en cuanto reúna los requisitos explicados anteriormente,

pues se trata de un atentado múltiple contra derechos fundamentales del ser humano en cuanto supone la negación de un sinnúmero de actos de la vida jurídico-social del desaparecido, desde los más simples y personales hasta el de ser reconocida su muerte, situación que acarrea para los Estados el deber de adoptar medidas legislativas,

administrativas, y de política para prevenir y erradicar este crimen de lesa humanidad (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-317, 2012).

La desaparición forzada en la legislación de países latinoamericanos

Para las épocas en que se produjeron las desapariciones forzadas de personas en Argentina, Brasil, Chile, Perú y Uruguay, no existía en estos países legislación sobre dicha materia, sino que, al igual que en Colombia, el tipo penal aplicable era el de secuestro. Fueron los movimientos por los Derechos Humanos y la concreción de la lucha contra esta práctica inhumana en los instrumentos internacionales aprobados por la ONU, la OEA y el Estatuto de Roma, los que motivaron y obligaron a crear la normatividad interna, en los diferentes países, para combatir este delito.

La definición de desaparición forzada de personas, en los países que la han establecido internamente como delito, sigue estando muy cercana a la de la legislación internacional, en cuanto se considera que esta conducta es un crimen, por acción u omisión, relacionado con los agentes del Estado o los particulares con alguna vinculación al mismo. Fue Colombia la que, en razón de su realidad social, generó una excepción y fue un poco más allá de esta definición, al considerar que este delito puede ser cometido por servidores públicos y por particulares, tengan o no relación con el Estado o actúen individualmente o por pertenencia a cualquier tipo de organización al margen de la ley.

Argentina tuvo un gobierno militar de facto entre 1976 y 1983, época en la que se produjeron 8.960 desapariciones forzadas de personas (CONADEP, 1984). Para enero del 2007, la Ley 26.200 adoptó el Estatuto de Roma y en su artículo 2, dispuso que las conductas descritas en ese instrumento, es decir, todos aquellos delitos y crímenes que eran competencia de la Corte Penal Internacional, serían punibles para la República Argentina. Se estableció así que la desaparición forzada tendría una pena de prisión de 3 a 25 años. Y, si ocurriera la muerte, la pena sería de prisión perpetua, con imprescriptibilidad de la acción y de la condena. Siguiendo la misma orientación, mediante la Ley 26.679 del 9 de mayo del 2011,

fue incorporado en el Código Penal argentino el artículo 142 *ter* sobre desaparición forzada de personas⁴³.

En el Código Penal de Brasil no existe tipificación de la desaparición forzada de personas, aunque es un país suscriptor de diferentes pactos internacionales. Entre estos está la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*⁴⁴, a la cual se adhirió el 6 de diciembre del 2007 y el 1 de septiembre del 2010 aprobó su instrumento a través del Decreto Legislativo No. 661, para ser ratificado en noviembre de ese mismo año y, finalmente, en mayo del 2016 promulgar la *Convención* en el ámbito brasileño. También se suscribió al *Estatuto de Roma*⁴⁵, el cual fue aprobado por el Congreso Nacional en el 2002. Así mismo, hace parte de la *Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas*⁴⁶ desde el 10 de junio de 1994, la cual fue aprobada por el Congreso Nacional brasileño por medio del Decreto Legislativo N° 127 del 11 de abril del 2011, pero tan solo hasta el 2 de marzo del 2014 fue depositado el instrumento de ratificación ante la OEA y hasta el 11 de mayo del 2016 fue promulgada dicha *Convención* por la Presidente de la República. Este es el fundamento jurídico que le obliga a expedir la respectiva normatividad interna, particularmente en materia punitiva.

Por su parte, Chile, país en el que al acabar el régimen militar la cifra de personas desaparecidas forzosamente ascendía a 3.178, también ha ratificado

43 Dice el Código Penal Argentino. Art. 142 *ter*:

Se impondrá prisión de diez (10) a veinticinco (25) años e inhabilitación absoluta y perpetua para el ejercicio de cualquier función pública y para tareas de seguridad privada, al funcionario público o a la persona o miembro de un grupo de personas que, actuando con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, de cualquier forma, privare de la libertad a una o más personas, cuando este accionar fuera seguido de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona.

La pena será de prisión perpetua si resultare la muerte o si la víctima fuere una mujer embarazada, una persona menor de dieciocho (18) años, una persona mayor de setenta (70) años o una persona con discapacidad. La misma pena se impondrá cuando la víctima sea una persona nacida durante la desaparición forzada de su madre. La escala penal prevista en el presente artículo podrá reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los autores o partícipes que liberen con vida a la víctima o proporcionen información que permita su efectiva aparición con vida (Código Penal Argentina, 2011).

44 Para mayor información: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=270028&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>

45 El Congreso Nacional aprobó el texto mediante el Decreto Legislativo 112 de 6 de junio de 2002, el cual fue promulgado por el presidente Fernando Henrique Cardoso mediante el Decreto 4.388 de 25 de septiembre de 2002. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm.

46 Para mayor información: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8766.htm.

•Desaparición forzada•

los instrumentos internacionales antes mencionados. Además, mediante la Ley 20.357 del 18 de julio del 2009, tipificó en su artículo 6° la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad⁴⁷. Antes de ello el tipo penal existente era el de secuestro o privación ilegítima de la libertad.

Las desapariciones forzadas en México son generalizadas y la mayoría de ellas quedan impunes. No se sabe cuántas hay porque el Estado no ha proporcionado la cifra, pero según el Comité de Naciones Unidas contra la Desaparición Forzada son muchas y muy graves, como es el caso de los 43 estudiantes sometidos a dicho crimen en septiembre del 2014 en el Estado de Guerrero (ONU, 2015). Sin embargo, para noviembre del 2016, pese a los esfuerzos de las organizaciones de Derechos Humanos para que se tipifique esta conducta punible mediante una ley general, estos han sido objeto de dilaciones en el legislativo, aún bajo los requerimientos de las Naciones Unidas.

En Perú, entre 1980 y el 2000, se estima que sucedieron 4.414 casos de desapariciones forzadas atribuibles al Estado. En el 65% de ellos se desconoce el paradero final de las víctimas⁴⁸. La Ley No. 26.926 del 21 de febrero de 1998, mediante el artículo 1°, introdujo el artículo 320 al Código Penal sobre la desaparición forzada de personas como delito de lesa humanidad⁴⁹. En este, se considera que la desaparición forzada de personas solamente puede ser cometida por un funcionario público, entendido como aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene un vínculo contractual de cualquier naturaleza con las entidades del Estado (Vélez Fernández, 2004).

Entre 1968 y 1985, en Uruguay se produjeron aproximadamente 192 desapariciones de personas (República Oriental del Uruguay - Secretaría de Derechos

47 Chile. Ley 20.357 de 2009. Para ver más información: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1004297>. Dice el Artículo 6°:

Incurrirá en pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo calificado el que, concurriendo las circunstancias descritas en el artículo 1° [requisitos del delito de lesa humanidad] y con la intención de sustraer a una persona durante largo tiempo a la protección de la ley, la prive de cualquier modo de su libertad física, sin atender a la demanda de información sobre su suerte o paradero, negándola o proporcionando una información falsa (Ley 20.357, 2009).

48 Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación en Perú CVR, 1.2. Desaparición forzada de personas por agentes del Estado, T.VI., p. 74, en: <http://cverdad.org.pe/ifinal/>.

49 Código Penal de Perú. Dice el Artículo 320: "El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años e inhabilitación". Esto, conforme al Artículo 36° incisos 1 y 2, los cuales se pueden ver en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/I_20080616_75.pdf.

Humanos, 2015) en manos de agentes del Estado. Esto, principalmente durante el régimen dictatorial que existió entre 1973 y 1984. Para el momento no existía normatividad penal sobre la desaparición forzada de personas, sino que fue a raíz de los instrumentos internacionales ratificados por ese país y en cumplimiento de los mismos que se expidió la Ley 18.026 del 25 de septiembre del 2006, la cual tipificó, en su artículo 21, la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad, de ejecución permanente y como delito imprescriptible⁵⁰ (Ley 18.026, 2006).

En relación con los tipos penales establecidos en la legislación de Argentina y Chile, las descripciones típicas exigen unos elementos de contexto que tienen directa vinculación con el crimen de lesa humanidad⁵¹. Este es definido, por el artículo 7º del Estatuto de Roma, como una serie de hechos sucedidos en el marco de un ataque generalizado o sistemático que se realiza con la participación o tolerancia del poder público y que es dirigido contra una población civil. No sucede lo mismo con la normatividad interna de Perú, Uruguay y Colombia, en la que no se hace mención alguna a los elementos de contexto (Ambos & Böhm, 2009). De manera que la legislación penal de estos países no exige, además de los elementos propios del delito, los elementos de contexto. Es decir, se tipifica el delito de desaparición forzada sin estos elementos, pero puede cometerse también como crimen de lesa humanidad si se reúnen los requisitos exigidos para ello.

La desaparición forzada en la legislación colombiana

La desaparición forzada de personas en Colombia es una conducta que tiene como antecedentes las desapariciones que fueron realizadas en la época de la violencia

.....
50 Ley 18.026 de 2006, con Cooperación de La Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad. Para ver más información ver: <http://relapt.usta.edu.co/images/2006-ley-18026-cooperacion-con-la-corte-penal-internacional.pdf>.

En el artículo 21.1, se establece que,

el que de cualquier manera y por cualquier motivo, siendo agente del Estado o sin serlo contando con la autorización, apoyo o de uno o más agentes del Estado, procediere a privar de libertad a una persona, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o el paradero o la suerte de la persona privada de libertad; o que omita y se niegue a brindar información sobre el hecho de la privación de libertad de una persona desaparecida, su paradero o suerte, será castigado con dos a veinticinco años de penitenciaría (Ley 18.026, 2006).

51 Dice Ambos que el encabezado del artículo 7º del Estatuto de Roma establece el elemento de contexto, o sea, "las condiciones bajo las cuales la comisión de algún acto por parte de una persona constituye un delito de lesa humanidad" (Ambos, 2012, p. 6).

liberal-conservadora (1948-1958), por motivos de diferencia partidista, así como las practicadas a partir de la década del 70 del siglo pasado como mecanismo para reprimir la expansión y el auge de la guerrilla, al igual que para perseguir a los líderes sindicales, sociales y defensores de Derechos Humanos.

Pese al gran número de personas desaparecidas, en mayor medida por agentes del Estado, así como por grupos narcotraficantes, paramilitares y guerrilleros, los gobiernos de la época de los antecedentes nombrados, no promovieron la tipificación de la desaparición forzada como delito. Por ello, su regulación se mantuvo bajo el amparo del delito de secuestro, aunque con muy poca efectividad en las investigaciones y resultados por parte de los organismos competentes para ello.

A raíz de la desmovilización de varios grupos guerrilleros, principalmente del Movimiento 19 de Abril –M-19–, la cual se produjo en el proceso acordado con el gobierno del presidente Cesar Gaviria y con base en las facultades de estado de sitio (Const. 1886, art. 121), se promovió la realización de una Constituyente para efectuar una reforma en la Carta Magna, a manera de nuevo pacto social para garantizar la paz y la convivencia de los colombianos. La reforma efectivamente representó un gran avance normativo en materia de Derechos Fundamentales y, particularmente, recogió la preocupación de algunos sectores de izquierda que vieron la posibilidad de incluir en ella la prohibición de la desaparición forzada de personas, la tortura y los tratos inhumanos y degradantes.

No obstante las divergencias ideológicas existentes al seno de la constituyente, las diferentes corrientes políticas aceptaron la fórmula general de que “nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (Const., 1991, art. 12). Este fue un texto general acorde con lo establecido en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* y en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (1969), aunque estos estatutos, en el momento de su creación, no establecieron expresamente la desaparición forzada como conducta violatoria de los Derechos Humanos.

En el desarrollo de la norma constitucional, el legislador colombiano trató de incorporar en el Código Penal el delito de desaparición forzada, para lo cual tramitó el proyecto de Ley 152 de 1992 (Senado de la República) y el 331 de 1993 (Cámara de Representantes), en el que se incluyó como sujetos activos, además de los agentes del Estado, a los particulares

como es el caso de la guerrilla cuando hace desaparecer personas por conflictos internos o por tener deserciones o por problemas de mando y seguridad; el narcotráfico cuando utiliza este sistema para saldar cuentas o vengar anteriores ofensas de excolaboradores en el negocio; y los paramilitares que tampoco han sido ajenos a esta abominable práctica (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-317, 2002).

Sin embargo, el 6 de julio de 1994, el entonces Presidente Cesar Gaviria Trujillo objetó dichos proyectos de Ley en los que se tipificaba “como delito de lesa humanidad la desaparición forzada de personas y se desarrollan los artículos 12 y 14 de la Constitución Política” (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-317, 2002). A criterio del Gobierno, estas disposiciones eran contrarias a los artículos 91 y 221 de la Constitución Política. Así, los reproches del Ejecutivo se dirigieron contra el artículo 8° del proyecto, en sus incisos tercero y cuarto, los cuales prescribían que

en ningún caso podrá aducirse que las conductas previstas en la presente ley han sido cometidas en relación con el servicio, cuando se atribuyan a miembros de la fuerza pública en servicio activo [y que] tampoco podrá alegarse como eximente de responsabilidad la obediencia debida. En todo caso quien recibiera la orden podría incurrir en alguna de las conductas previstas en la presente ley, teniendo el derecho y el deber de no obedecerla (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-317, 2002).

Antes de que se estableciera la desaparición forzada como delito autónomo, el Consejo de Estado, en sus sentencias administrativas, siguiendo la normativa constitucional, condenó al Estado imponiendo indemnizaciones por dicha conducta punible. Sostuvo esta Corporación

que cuando las autoridades en ejercicio de sus funciones retienen a un ciudadano, adquieren la obligación para con él, de una parte, de velar por su seguridad e integridad personal [posición de garante], y de otra, la de regresarlo al seno de su familia en similares condiciones a las que se encontraba al momento de ser privado de la libertad, todo lo cual implica tratarlo dignamente por su mera condición de persona sin que valga alegar excusa alguna como puede ser el hecho de sus antecedentes delictuales para vulnerar sin temor a la ley sus derechos fundamentales (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 11600, 1997)⁵².

52 Ver también: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 2 de diciembre de 1996, C. P. Daniel Suárez Hernández, expediente No. 11798, Actor: María Inés Castiblanco Torres. Demandado: La Nación, Mindefensa, Policía Nacional y Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia. En el mismo sentido: Sentencia de 28 de enero de 1999, C. P. Ricardo Hoyos Duque, Expediente Nro. 12623, Actor: María Del

•Desaparición forzada•

Igualmente, estableció como obligaciones de la fuerza pública, respecto a los delincuentes que son sorprendidos en flagrancia, el deber de brindarles protección, de preservar su integridad personal y de no aplicar justicia por la propia mano del servidor, por cuanto le

corresponde a los jueces naturales determinar luego de adelantar la respectiva investigación, si es del caso absolver o condenar a la respectiva pena al infractor del ordenamiento jurídico vigente, en otras palabras, la fuerza pública no está autorizada para juzgar ni para sancionar al infractor capturado en flagrancia o en otros eventos (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 11600, 1997).

Así mismo, señaló que la fuerza pública no puede desconocer, bajo ningún pretexto, los Derechos Fundamentales de quienes obran al margen de la ley, ni siquiera en el ánimo de conservar o restablecer el orden público o en el cumplimiento de otras tareas afines a sus funciones:

en un Estado de Derecho nada autoriza ni justifica que individuo alguno sea sometido a desaparición forzada pues es merecedor de todo respeto por su mera condición de persona sea que el sujeto actúe por fuera de la ley o ceñido a ella (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 11600, 1997).

La Constitución Política de 1991 prohibió la desaparición forzada de personas, sin embargo, la conducta no fue tipificada inmediatamente como delito en el Código Penal, aunque constituyó un importante avance normativo. Desafortunadamente, esto no detuvo la realización de dicha conducta en Colombia. Lo que sí se puede entender como algo positivo respecto a este suceso, es que se adelantó a las legislaciones internacionales de las Naciones Unidas y de la OEA, las cuales se produjeron años más tarde; de hecho, incluso hoy sigue siendo de mayor alcance jurídico. Finalmente, la legislación penal se ocupó y fue el fundamento para que en la reforma del año 2000 (Ley 589 y Ley 599, art. 165) se incluyera como conducta punible, con base en la cual se han producido varias condenas importantes en el país (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-317, 2002)⁵³.

Pilar Navarrete y otros, Demandado: Nación-Ministerio de Defensa - Policía Nacional, Denominación del caso "Toma y retoma del Palacio de Justicia - Desaparición Forzada Beltrán Fuentes".

53 La Corte Constitucional registró la creación de la Ley 589 del 2000 de la siguiente forma:

En 1997 los Ministros de Relaciones Exteriores y de Justicia y del Derecho presentaron ante el Senado de la República el Proyecto de Ley No. 129 de 1997, Senado, 222 de 1998, Cámara, *'por medio de la cual se*

Finalmente, para la Corte Constitucional la desaparición forzada es un fenómeno de carácter universal, que

puede afectar a quienes desarrollan una labor política, social o cultural a favor o en contra de los gobiernos, lo cual pone de presente que constituye un método de control político y social acompañado de impunidad y absoluta transgresión de las leyes más elementales de convivencia humana (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-317, 2002).

La clasificación del tipo penal

El artículo 165 del Código Penal⁵⁴ es un tipo de resultado objetivo. De acuerdo con la descripción típica exige la privación de la libertad del sujeto pasivo de manera efectiva, sea lícita o ilícitamente, seguida de su ocultamiento. El sujeto agente puede estar facultado lícitamente mediante orden judicial, o por el estado de flagrancia, para privar de la libertad a una persona y aprovechar tal circunstancia para desaparecerla. Las acciones ejecutivas que no logran tal privación de la libertad se pueden inculpar a título de tentativa.

Por otra parte, es un tipo penal de lesión, porque con la conducta se vulnera efectivamente la libertad individual en todas sus manifestaciones: física, de locomoción, de expresión, de trabajo, de intimidad, de asociación, entre otras.

tipifica la desaparición forzada de persona y genocidio, se modifica y aumenta la pena para el delito de tortura y se dictan otras disposiciones. El 14 de abril de 1998 el Gobierno Nacional solicitó al Congreso que le diera al proyecto trámite de urgencia.

El 30 de diciembre de 1999 el Gobierno objetó el proyecto. El 22 de marzo el Senado de la República aceptó las objeciones presidenciales y la Cámara terminó por acoger el texto aprobado por el Senado, convirtiéndose el proyecto en la Ley 589 de 2000 *'por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desaparecimiento y la tortura; y se dictan otras disposiciones'* (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-317, 2002).

54 En el Código Penal de 2000, bajo la Ley 599, se establece lo siguiente:

Artículo 165. Desaparición forzada. El particular que (perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley) someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de trescientos veinte (320) a quinientos cuarenta (540) meses, multa de mil trescientos treinta y tres punto treinta y tres (1333.33) a cuatro mil quinientos (4500) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de ciento sesenta (160) a trescientos sesenta (360) meses.

A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior (Código Penal, 2000).

La frase "perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley", fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-317 de 2 de mayo de 2002.

•Desaparición forzada•

Debido a que la privación de la libertad es una situación antijurídica que se mantiene en el tiempo por voluntad del autor, el tipo penal es de ejecución permanente. La acción de privación legal o ilegal de la libertad y el posterior ocultamiento implican la consumación de dicha conducta punible. De esta forma, el delito se sigue realizando y continúa agotándose, sin importar su duración, hasta cuando se abandona la situación antijurídica en las siguientes situaciones: por liberación voluntaria o por intervención de la autoridad; por escape de la víctima; por deceso de la persona desaparecida.

Dado caso que la persona muera en cautiverio o le sea causada la muerte después de la privación de su libertad de locomoción, la situación antijurídica termina cuando se conoce el paradero de la víctima y se establece su identificación. Dice la Corte Suprema de Justicia que,

sólo cuando efectivamente se conoce la suerte de la persona –para el caso su muerte en determinado momento y lugar- cesan esos efectos dañosos del delito que han venido prolongándose en el tiempo y es posible, allí sí, señalar que el delito permanente ha cesado (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 40733, 2013).

Es decir, la situación antijurídica termina cuando el desaparecido ya no permanece oculto o escondido,

no porque haya culminado la situación privativa de su libertad, sino porque cesa el deber de información. Desde luego, para el efecto indicado, no basta con que aparezca el cuerpo de una persona, como ocurre con los NN, sino que se tenga certidumbre acerca de que el cadáver hallado corresponde al individuo desaparecido, pues mientras no haya una identificación adecuada de los despojos mortales, la incógnita acerca del paradero de la víctima continúa y la infracción al deber de información por parte de los perpetradores también se prolonga (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 40733, 2014).

De igual forma, el tipo penal es pluriofensivo⁵⁵, ya que, como ha dicho la Corte Suprema de Justicia,

.....
55 La Corte Interamericana de Derechos Humanos, pronunciándose respecto al Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sentenció que

la desaparición forzada o involuntaria constituye una violación múltiple y continuada de varios derechos de la Convención, pues no sólo produce una privación arbitraria de la libertad, sino que pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida del detenido. Además, coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreado otros delitos conexos" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia 25 de noviembre del 2000).

existe consenso en que la referida conducta delictiva no sólo pretende la desaparición momentánea o permanente de determinados individuos, sino también un estado generalizado de angustia, inseguridad y temor, y por ello resultan vulnerados, entre otros, los derechos a la vida, la dignidad humana, el reconocimiento de la personalidad jurídica, la libertad, la seguridad, y no ser objeto de torturas ni de otras penas o tratos crueles inhumanos o degradantes (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 40733, 2014).

En efecto, la desaparición forzada implica lesiones tanto colectivas como individuales. Primero, y en relación con los intereses colectivos, se afectan los derechos de la familia, como la dignidad, la convivencia y el derecho de los hijos a no ser separados de sus padres. También de la sociedad, al afectar la seguridad y la tranquilidad públicas.

Segundo, y primordialmente en relación con los intereses personales, al momento de la realización de la acción, ultraja la libertad individual como derecho fundamental. Así mismo, en su ejecución ofende la dignidad humana y el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, contemplado en el artículo 6° de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, en el que se estipula el reconocimiento de una persona como tal, como sujeto de derechos, por el hecho de existir; también el derecho a la seguridad (Const. 1991, art. 21) y el derecho a no ser objeto de torturas ni de otras penas o tratos crueles e inhumanos y degradantes; el derecho a la familia (Const. 1991, arts. 5° y 42); el derecho a la intimidad (Const. 1991, arts. 15 y 42); el derecho al libre desarrollo de la personalidad (Const. 1991, art. 16); el derecho a la libre circulación (Const. 1991, art. 24); el derecho al trabajo (Const. 1991, art. 25); el derecho a la participación (Const. 1991, art. 40); el acceso a la administración de justicia y el debido proceso (Const. 1991, arts. 229 y 29); y, finalmente, puede concurrir con la lesión del derecho a la vida, cuando la muerte es utilizada como medio para que no aparezcan ni el cuerpo ni sus restos. De igual manera, puede significar la violación al derecho a la integridad personal o la afectación de otros derechos afines a los anteriores.

De igual manera, se pronunció la CIDH en el caso *Gómez Palomino vs. Perú*, en la sentencia del 22 de noviembre del 2005. Para más información, ver el párrafo 92, en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_136_esp.pdf.

El tipo objetivo

La conducta típica debe contener los siguientes elementos:

- Sujeto activo: el particular o el servidor público.
- La conducta debe reunir tres requisitos:
 - Someter a otra persona a la privación de su libertad, cualquiera que sea la forma.
 - Conducta posterior: ocultamiento y negativa a reconocer dicha privación, así como a dar información sobre su paradero.
 - Sustracción del amparo de la ley.

El sujeto activo

En este tipo penal sobre la desaparición forzada de personas, la legislación colombiana fue más allá de la legislación internacional, puesto que su cobertura no se quedó solamente en los servidores públicos como sujetos activos, sino que también abarcó a los particulares, actuaran o no en nombre del Estado. Se puede decir que legislativamente se recogió la realidad del país, en el sentido de que un mecanismo como el de la desaparición forzada no solamente ha sido empleado por agentes del Estado, sino también por particulares en ejercicio delictivo propio o perteneciendo a organizaciones al margen de la ley que no tienen, necesariamente, vínculos o relaciones con el Estado.

Por tanto, se diferencia del artículo 320 del Código Penal peruano, en el cual se exige calificación para el sujeto activo, es decir, este debe ser funcionario o servidor público. Igualmente, con el artículo 21.1 del Código Penal de Uruguay, que exige la calidad de “agente del Estado o sin serlo contando con la autorización, apoyo o aquiescencia de uno o más agentes del Estado” (Senado y Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, Ley N° 18.026, 2006). También se diferencia de la legislación internacional, particularmente del Estatuto de Roma, en el cual los sujetos activos del delito son los agentes de un Estado (servidores públicos), los miembros de una organización política, o individuos con su autorización, apoyo y aquiescencia.

Sin embargo, una de las preocupaciones del *Comité contra la desaparición forzada* de la ONU, radica en que “uno de los elementos esenciales de la definición de desaparición forzada es justamente la intervención, directa o indirecta, de

agentes estatales en la conducta delictiva” (ONU, 2016). Por lo tanto, considera que

incluir a actores no estatales en la definición del delito de desaparición forzada diluye la responsabilidad del Estado y que la definición amplia de desaparición forzada del artículo 165 del Código Penal podría tener consecuencias en otros planos, como por ejemplo la falta de claridad en las estadísticas o deficiencias en las búsquedas de personas desaparecidas e investigaciones penales que requieren métodos y estrategias diferenciados (ONU, 2016).

Cabe decir que, evidentemente, en Colombia no son muy claras las cifras sobre esta conducta punible y que, de alguna manera, la responsabilidad de los agentes del Estado ha quedado encubierta por la de los particulares.

En el país, en el tipo penal original de desaparición forzada, antes del control constitucional de la Corte, el sujeto activo era doblemente calificado, en cuanto debía ser un particular, que además perteneciera a un grupo armado al margen de la ley. Los potenciales sujetos activos de esta conducta eran los guerrilleros, los paramilitares, los grupos de “limpieza social”, la delincuencia común y los narcotraficantes, es decir, personas pertenecientes a organizaciones delictivas que son autores de innumerables desapariciones. La Corte Constitucional consideró que el hecho de que el particular debiera pertenecer a un grupo armado al margen de la ley era inconstitucional, porque reducía significativamente el sentido y alcance de la protección general contenida en el artículo 12 de la Carta Política. En efecto, este tipo de sujeto activo excluía a otros actores que potencialmente también pueden realizar el supuesto fáctico penalizado en la norma. Como señala la Corte Constitucional (2002), estos serían:

- Particulares que no pertenezcan a ningún grupo. Es decir, que realizan el hecho punible individualmente o *motu proprio*.
- Particulares que pertenezcan a un grupo, pero que éste no sea armado.
- Particulares que pertenezcan a un grupo armado, pero que no se encuentre al margen de la ley⁵⁶.

56 Dijo la Corte:

Además, según lo ha señalado la jurisprudencia, en el Estado social de derecho, donde la dignidad humana ocupa un lugar de privilegio, la facultad de señalar el sujeto activo en relación con los delitos que atenten contra derechos y garantías fundamentales se sustrae del amplio margen de libertad legislativa para la configuración del ordenamiento penal, de manera que sólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento.

•Desaparición forzada•

El pronunciamiento de la Corte deja claro que el delito de desaparición forzada de personas puede ser cometido por cualquier particular sin ninguna calificación, pertenezca o no a un grupo armado, lo realice individual u organizadamente, con aquiescencia o no del Estado. Respecto a esta última expresión, aquiescencia, es utilizada como conducta predicable del servidor público (sujeto activo) bajo la modalidad de comisión por omisión. Este servidor es quien, sin haber participado en la privación de la libertad de la persona, conoce y consiente el hecho, expresa o tácitamente. También es quien acepta la decisión tomada, por un particular o por otro servidor público, de desaparecer a una persona.

Se trata de una omisión en que el servidor público infringe el deber de protección del bien jurídico tutelado, es decir, elude las responsabilidades de su cargo y su competencia funcional de impedir la lesión de los derechos de otras personas. Esto, en la medida en la que tenga posición de garante, como se expresó anteriormente al hablar de dicha figura. Pero si el servidor público no tiene dicha posición y tiene conocimiento de la comisión del delito de desaparición forzada, igualmente está obligado a denunciarlo. En el caso de que no lo haga, su omisión constituye un delito a la luz del artículo 417 del Código Penal colombiano, con una pena benigna de multa y pérdida del empleo. Si quien omite la denuncia es un particular, la pena es de tres a ocho años por disposición del artículo 441 del mismo estatuto.

Autoría y participación

La descripción típica de la desaparición forzada no exige pluralidad de personas en la realización de esta conducta punible, por lo que el sujeto activo puede ser singular (monosubjetivo). Cuando un individuo realiza, por sí solo, todos los elementos del tipo penal, se le califica como autor.

Es pues evidente que la tipificación del delito de desaparición forzada en la norma impugnada, como instrumento para hacer efectiva la garantía consagrada en el artículo 12 Fundamental, resulta ser insuficiente en cuanto al sujeto activo pues primero del artículo 165 del Código Penal sólo penaliza al particular que pertenece a un grupo armado al margen de la ley, excluyendo injustificadamente de tipificación la conducta de otras personas que potencialmente pueden cometer dicho ilícito.

Por todo lo anterior, es claro que la calificación del sujeto activo que está consignada en el inciso primero de la norma bajo revisión para el delito de la desaparición forzada resulta a todas luces inconstitucional, y en consecuencia, la Corte procederá a declarar la inconstitucionalidad de las expresiones 'perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-317, 2002).

Aunque comúnmente este delito es cometido por un grupo de personas que se une temporalmente o con vocación de permanencia para esos fines, también puede suceder que un solo autor lo realice. En la experiencia colombiana, en su mayoría, las desapariciones forzadas son realizadas por organizaciones armadas al margen de la ley, como paramilitares o guerrilleros, por agentes del Estado y por organizaciones ilegales que se han entronizado dentro de organismos del Estado para la comisión de este tipo de delitos o de otros más. Cuando es un grupo el que interviene en esta conducta punible, se presenta un concurso de personas que comprende tanto la autoría como la participación criminal.

Por norma general (Código Penal, 2000, art. 29) y por el tipo especial (Código Penal, 2000, art. 165), existe la posibilidad de que el servidor público actúe como autor o como partícipe. A continuación las modalidades:

- a. El servidor público puede actuar como autor inmediato o directo cuando realiza por sí mismo la conducta punible. En este caso es quien ejecuta por su propia mano todos los elementos del tipo penal y es el único causante de la desaparición de otras personas. Se prevé un verdadero dominio del hecho por acción en el que hay una relación de pertenencia y, por ello, no existe la posibilidad de atribuírsela a otra persona.
- b. El servidor público puede actuar como autor mediato, es decir, utilizando a otro sujeto como instrumento para la comisión de la desaparición forzada; este puede ser otro servidor público o un particular (Código Penal, 2000, art. 29). En este caso, el servidor público es la persona que está detrás del ejecutor material, por lo que es denominado sujeto de atrás, es decir, es quien ejerce el influjo o el dominio de la voluntad sobre la persona a la que utiliza como instrumento. La característica fundamental de la autoría mediata, para diferenciarla de la determinación, reside en que el ejecutor actúa de manera “atípica, justificada o sin culpabilidad” (Hernández Esquivel, 2002, p. 274), porque está subordinado al sujeto de atrás por coacción, error, orden legítima de autoridad competente o incapacidad de culpabilidad, en el caso de la utilización de inimputables. La coacción se puede dar cuando el servidor público, prevalido a través de violencia física o moral, por ejemplo al tener bajo amenaza de muerte al instrumento o a algún miembro de su familia, la obliga a privar de la libertad a alguna persona, seguido esto del ocultamiento y la negativa a

reconocer dicha privación o de dar información sobre el paradero de la víctima, sustrayéndola del amparo de la ley. En este caso el servidor público se adueña y coarta la voluntad de otra persona hasta el punto en que resulta insuperable para el coaccionado y, por ello, le obliga a la realización de la conducta punible. Existe, entonces, un dominio de la voluntad por parte del sujeto de atrás, que no le deja otra alternativa al instrumento, sino la de ejecutar materialmente la desaparición forzada de la víctima.

- c. El servidor público puede ser partícipe en calidad de determinador⁵⁷, también llamado instigador, es decir, puede inducir, persuadir, convencer o provocar dolosamente a otra persona para tomar la resolución de realizar la conducta punible de desaparición forzada.

Un ejemplo de ello puede ser que mediante la persuasión por identidad ideológica o por una remuneración económica, el servidor público hace que alguien más tome la decisión de ejecutar la conducta punible o le induce a desaparecer forzosamente a la víctima. El particular o servidor público que ejecuta la acción, responde como autor y el servidor público que realiza el influjo responde como determinador. Los dos son sometidos a la misma pena, por disposición especial del artículo 165 del Código Penal y de la norma general consagrada en el artículo 30, que a su letra dice: “quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción” (Código Penal, 2000).

- d. El servidor público aquiescente es el que autoriza, acepta, aprueba o consiente la desaparición forzada (comisión por omisión), razón por la cual responde penalmente debido a que es garante de Derechos Fundamentales.
- e. También se puede presentar la coautoría, cuando mediando un acuerdo en común, dos o más personas actúan con división del trabajo criminal para la desaparición forzada.

57 Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que

en la determinación que se presenta en los casos del mandato, asociación, consejo, orden no vinculante, coacción superable, se requiere la presencia de una comunicación entre determinador y determinado, de manera que entre ellos se establezca una relación en virtud de la cual el determinador sabe que está llevando al determinado a la realización de conducta punible y éste actúa con conciencia de lo que está haciendo y de la determinación (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de junio 3 de 1983). Para Mir Puig “Inducción es la causación objetiva y subjetivamente imputable, mediante un influjo psíquico en otro, de la resolución y realización por parte de éste de *un tipo de autoría doloso o imprudente*. (Mir Puig, 1998, p. 400)

De hecho, el particular también puede desempeñar cualquier papel: puede actuar como autor inmediato o directo, autor mediato (sujeto de atrás), coautor, determinador o cómplice. Por otra parte, el *Comité contra la desaparición forzada* llamó la atención por la ausencia de una disposición penal específica acerca de la responsabilidad del superior jerárquico (ONU, 2016).

El sujeto pasivo

Conforme lo describe la norma, es la persona titular del bien jurídico protegido por el tipo penal, el cual es hipotéticamente puesto en peligro o lesionado por la conducta del sujeto activo. El sujeto pasivo puede ser indeterminado, cuando el tipo penal no le exige ninguna calidad especial, o puede ser determinado, cuando sí se la exige, como es el caso de la desaparición forzada agravada, la cual debe recaer sobre servidores públicos, periodistas, comunicadores, defensores de los Derechos Humanos, entre otros (Código Penal, 2000, art. 166).

Como titular del bien jurídico de la libertad individual, el sujeto pasivo puede ser cualquier persona que se encuentre viva en el momento de la acción, independientemente de su condición personal, edad, sexo, raza, origen nacional o familiar, posición social, religiosa, filosófica, ideológica o política, imputable o inimputable. Sea consciente o no de su libertad individual o de la pérdida de la misma, por ser este bien jurídico inherente a todo ser humano, la desaparición forzada puede recaer sobre el niño, el adolescente, el demente y el embriagado por el alcohol o por la utilización de cualquier sustancia que altere la capacidad de comprensión. También pueden ser sujetos pasivos de esta conducta las personas sospechosas de haber cometido un delito o quienes efectivamente lo hayan realizado, sin que la condición de delincuente justifique, social o penalmente, la desaparición forzada.

La conducta

Todo tipo penal está influido por uno o varios verbos rectores o determinadores, los cuales definen el comportamiento del sujeto agente, es decir, de quien realiza la acción o la omisión.

El tipo penal de desaparición forzada de personas está determinado por el verbo rector simple: someter. Este significa sujetar, subyugar, coaccionar, dominar,

•Desaparición forzada•

vencer, reducir, subordinar, supeditar, avasallar o sustraer a otra persona. Se trata de una conducta que es “forzada”, es decir, que es ejecutada contra la voluntad de la víctima, tanto en el momento de la realización del verbo someter, así como cuando se ejecuta su ocultamiento.

Para ello se puede utilizar la violencia física o moral (dominio físico y psíquico de la persona), o el engaño⁵⁸. Este último implica la sustracción mediante un ardid o artificio, que inhabilita temporal y psicológicamente a la persona, quien no puede comprender la pérdida de su libertad. Dicha situación también entraña una acción arbitraria e injustificable, aunque en ese momento la víctima no tenga conciencia de la violación de su bien jurídico.

Sin embargo, puede suceder que inicialmente la privación de la libertad de la persona por parte de la autoridad sea legal y en el transcurso se torne ilegal. Por ejemplo, si en el caso de comisión de un delito en flagrancia, el autor es privado de la libertad, pero luego es desaparecido, sin que se le dé noticia a la familia sobre su paradero, se tipifica objetivamente la desaparición forzada.

El tipo penal de desaparición forzada señala que la privación de la libertad de una persona puede darse “cualquiera sea la forma”. Esto permite deducir que son indiferentes los procedimientos y medios que se utilicen para obtener dicha restricción, es decir, que puede ser legal o ilegal; con violencia o sin ella; con engaño o mediante el ejercicio de un procedimiento legal; aprovechándose de cualquier situación de indefensión o colocando a la víctima en condición de inferioridad. Todo esto da lugar a la sustracción material y jurídica de la persona.

La sustracción material se realiza con la privación física de la libertad del sujeto pasivo. La sustracción jurídica

se manifiesta con la negativa a informar el paradero o la situación jurídica del sujeto.

[Esto] no requiere que en el caso en concreto se logre entorpecer, dificultar o impedir la imposición de recursos legales o de garantías procesales en favor del sujeto (v. gr., habeas corpus) (Meini, 2009, p. 121).

.....
58 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de marzo del 2014, Radicado 40733, M.P. María del Rosario González. En otra providencia dice la Corte sobre el engaño:

Puede precisarse igualmente que dentro de tales procederes restrictivos de la libertad también está el engaño o ardid sobre la víctima, pues al ser inducida en error se coarta la posibilidad de decidir libremente como ser dotado de razón en su condición de persona, con mayor razón si el artificio las más de las veces la conducen a su ulterior desaparecimiento y muerte (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 39703, 2013).

El perfeccionamiento de la conducta

Las preguntas son: ¿en qué momento se le considera a una persona desaparecida forzosamente? ¿Cuál es el momento de perfeccionamiento del delito?

El tipo penal de desaparición forzada de personas es de doble resultado, porque exige la privación efectiva de la libertad y además la ocultación física de la persona. Si el sujeto agente no logra ocultar a la víctima, siendo esta su finalidad, se tipifica como tentativa de delito. En cambio, el perfeccionamiento o consumación del delito se logra, primero, con el sometimiento que se realiza mediante la privación efectiva de la libertad; segundo, logrando el ocultamiento de la persona; y, tercero, al negarse “a reconocer dicha privación o [a] dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley”⁵⁹ (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 40733, 2014), como lo indica el tipo penal.

Para el perfeccionamiento de la conducta debe existir el ocultamiento físico de la víctima, aunque se niegue el reconocimiento de la privación de la libertad o no se suministre información, sea porque nadie preguntó o porque el actor no lo exteriorizó. Ocultar es situar a una persona en un lugar en donde no pueda ser vista, con el objetivo de que no se pueda saber su paradero y situación. Es esconderla utilizando cualquier medio o mecanismo como el disfraz, la modificación de sus rasgos físicos o el camuflaje. El ocultamiento también puede ser moral, cuando no se reconoce la privación de la libertad o no se da información sobre el paradero de la víctima.

Es cierto que los servidores públicos están obligados a dar información sobre la privación de la libertad de una persona, así como de su paradero. Pero los sujetos activos que son particulares no tienen dicha obligación constitucional o legal, ni tampoco la de autoincriminarse (López Díaz, 2009). Como afirma Claudia López (2009), no por ello el delito de desaparición forzada se convierte en secuestro. La Corte Constitucional ha dicho que

debe entenderse que la conjunción ‘y’ no exige que para cometer la infracción el particular deba ser requerido, sino que basta solamente la falta de información o de

.....
59 Dice la Corte:

el delito de desaparición forzada de personas es permanente, no porque se cometa mientras la víctima se encuentre privada de su libertad, sino porque sigue consumándose durante todo el tiempo en el que sus captores no den razón de ella (su paradero con vida o la ubicación de su cadáver), nieguen su privación de libertad, o den información equívoca (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 4073, 2014).

•Desaparición forzada.

la negativa a reconocer la privación de la libertad, por cuanto según el artículo 33 superior los particulares no están obligados a autoincriminarse (Corte Constitucional, Sentencia C-317, 2002).

Igualmente, se debe tener en cuenta que la Corte condicionó la exequibilidad del inciso primero del artículo 165 del Código Penal, bajo el “entendido que no es necesario el requerimiento para dar información o [...] la negativa a reconocer la privación de la libertad, sino que basta la falta de información sobre el paradero de la persona” (Corte Constitucional, Sentencia C-317, 2002). También, es suficiente con que se suministre información equívoca sobre la ubicación de quien ha sido privado de la libertad. El servidor público que detiene a una persona está en la obligación de dar a conocer dicha situación al sistema penal, de darle la oportunidad al capturado para que le informe a su familia acerca de su captura y de nombrar un abogado para su defensa. El solo hecho de no hacerlo o de no permitir el ejercicio de los derechos del capturado tipifica “la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayendo [a la persona] del amparo de la ley” (Corte Constitucional, Sentencia C-317, 2002).

La sustracción del sujeto pasivo del amparo de la ley

Toda persona está en la obligación de respetar la libertad de las demás y, sumado a esto, los servidores públicos están en la obligación de proteger esa libertad por mandato de los instrumentos internacionales y de la Constitución Política, los cuales establecen y amparan este derecho universalmente reconocido.

La sustracción es un elemento normativo del tipo penal de desaparición forzada, que se refiere al apartamiento de la víctima de la protección de la ley. Sustraer significa separar a la persona privada de la libertad del espacio u órbita en donde desarrolla normalmente sus actividades. Realmente el elemento de sustracción del amparo de la ley sobra en el tipo penal, porque la conducta de privación de la libertad, desde el momento en que sea arbitraria, entraña de por sí una violación a la ley y tiene el correlativo de desprotección legal. Es una forma reiterativa de la ilicitud de la conducta. De hecho, en todos los tipos penales, está implícito hablar de la sustracción del amparo de la ley. Por ejemplo, al atacarse el bien jurídico de la vida, el sujeto activo sustrae a la víctima del amparo legal de la vida; cuando se comete un hurto, se sustrae el bien tanto del amparo legal de la propiedad, así

como de su poseedor o tenedor de su disfrute; cuando se secuestra, se sustrae al individuo del amparo legal de la libertad física, de locomoción y de otras libertades individuales.

El elemento normativo “sustracción del amparo de la ley”, contenido en el tipo penal de desaparición forzada del Código Penal colombiano y que fue copiado de la legislación internacional, implica que se le impide a la persona o a sus familiares el obtener debida protección judicial o el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes (ONU, 2009). Este elemento se puede considerar como una ratificación del derecho que tienen las personas privadas de la libertad, por parte de las autoridades del Estado, a poder acceder a la administración de justicia. En el supuesto de hecho se introduce un elemento de la antijuridicidad que indica la contrariedad de la acción con el Derecho, que de suyo está incito en todo tipo penal.

Ya que la libertad es un derecho consustancial a toda persona, el amparo de la ley debe cobijar también a los que no actúan dentro del marco de la legalidad. Por ello, los delincuentes solamente pueden ser privados de la libertad por virtud de orden judicial o en caso de flagrancia, pero no pueden ser ocultados de sus familiares y deben tener las garantías de una investigación y un juicio en los que se permita el derecho a la defensa y al debido proceso.

El objeto material personal

El objeto de la acción u objeto material es de naturaleza personal. Es decir, la acción recae sobre la persona sometida a la privación de su libertad y a la posterior ocultación. En este tipo penal el sujeto pasivo (titular del bien jurídico) y el objeto material coinciden en la persona sobre quien recae la acción.

La posición de garante en la desaparición forzada

A partir de la formulación realizada por el profesor Roxin, en la dogmática moderna existe una distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción del deber. En los primeros se incumplen uno o varios mandatos generales por cualquier persona, mientras que en los segundos son grupos especiales los que incumplen mandatos específicos. Un ejemplo de estos grupos son los servidores públicos, quienes al infringir el deber pretípico que les incumbe contribuyen al delito por

•Desaparición forzada.

acción u omisión, sin que importe la magnitud de la participación externa en el resultado o en el dominio del hecho (Roxin, 2014). Esta distinción trae consecuencias en relación con la autoría y la participación en la desaparición forzada, cuando el servidor público es aquiescente y es otra persona la que realiza directamente la conducta (servidor público o particular), por infracción al deber jurídico de protección.

El servidor público es aquiescente (comisión por omisión) cuando consiente en forma expresa o tácita la realización de la desaparición forzada por parte de un particular o de otro servidor público. Para esto debe conocer o inferir, previa o concomitantemente que se va a realizar la desaparición forzada de una persona y que existe una situación de peligro para el bien jurídico de la libertad individual.

Generalmente, en los delitos de comisión por omisión, el sujeto activo no aparece explícitamente determinado. En el tipo de desaparición forzada, la conducta omisiva (aquiescencia simple) se le atribuye expresamente al servidor público, puesto que al infringir dolosamente su deber adquiere el título de autor. Esta forma expresa no se convierte en omisión propia, porque se está frente a un tipo penal de resultado y no de mera conducta, lo cual admite la tentativa.

Las omisiones impropias pueden también estar explícitamente descritas, “pues no es posible hablar de tipificaciones no expresas y, en cualquier caso, afirmar que no se hallan tipificadas, implica estimar que en su punición inciden consideraciones de analogía contra reo, lo que no resulta admisible” (Silva Sánchez, 1986, p. 323). Además, no existe un buen grado de determinación o concreción de la conducta (buen grado de precisión), lo que obliga a

acudir a una norma de la parte general (cláusula general, entre nosotros artículo 25) para formar el tipo penal correspondiente. Esta cláusula general se le conoce como un tercer dispositivo amplificador del tipo (al lado de la tentativa y la participación)” (Forero, 2002, p. 29).

Partiendo de lo anterior, en cuanto al servidor público se deben hacer dos distinciones. Por una parte, están los servidores públicos que tienen el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica. Cuando no lo llevan a cabo, estando en la posibilidad de hacerlo, concurren en la realización del hecho por la connivencia con el sujeto activo del delito (Código Penal, 2000, art. 25), caso en el cual su participación se concibe a título de autoría de comisión

por omisión (omisión impropia). En ese caso los servidores públicos son garantes frente a una determinada fuente de riesgo dentro de su ámbito de dominio. Al no cumplir con su deber responden como si hubieren causado el resultado y quedan sujetos a la pena contemplada en la respectiva norma penal.

En segundo lugar, está el caso de los servidores públicos que no tienen el deber jurídico de impedir la desaparición forzada (no tienen la competencia). Cuando conocen que se va a afectar de esa manera la libertad individual de una persona y no están en la posibilidad de evitarlo, tienen el deber de informar inmediatamente a la autoridad correspondiente. Si cumplen con esto no concurren en la realización del tipo de desaparición forzada. Si faltan a esto, incurrir en omisión propia de la denuncia, como se indicó anteriormente (Código Penal, 2000, art. 417)⁶⁰.

En lo que se refiere al secuestro, por su similitud con la desaparición forzada, cuando una persona que tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable y no lo hace, tiene posición de garante de acuerdo con el artículo 25 del Código Penal. De hecho, para la Corte Constitucional (Sentencia SU-1184, 2001), en lo que concierne a delitos de lesa humanidad (entre los que caben el secuestro y la desaparición forzada), o a aquellos que impliquen graves violaciones a los Derechos Humanos, se aplica la posición de garante. Esto, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación) o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación).

Las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado. Es decir, estas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal o porque no alcance a la consumación del hecho⁶¹. No obstante, se debe tener en cuenta que si es una organización criminal o cualquier particular el que

60 En concordancia con el art. 441, modificado por el artículo 17 de la Ley 1121 del 2006.

61 Dice la Corte Constitucional:

En efecto: i) el autor y el partícipe intervienen en un hecho único, porque el destinatario de la imputación es el colectivo que lo realiza; el cómplice y el determinador no realizan un injusto autónomo, porque el delito efectuado les pertenece a todos en conjunto. La diferencia entre autoría y participación es cuantitativa y no cualitativa; ii) en la tentativa por omisión —el garante retarda dolosamente la acción de salvamento o ésta no hubiera evitado la producción del resultado— el injusto del hecho sólo se diferencia de la consumación cuantitativamente —por el grado de desarrollo de la infracción de la norma— porque también exige los elementos de la imputación del delito consumado: la creación del riesgo jurídicamente desaprobado y la realización del riesgo y, iii) el conocimiento del riesgo (que sirve para deslindar el dolo de la imprudencia) no modifica la naturaleza

•Desaparición forzada•

priva de la libertad a una persona y la traslada al territorio bajo su control, o la mantiene en él, al cual el Estado no tiene acceso y por tanto sus recursos se ven bloqueados, la estructura típica será de comisión y no de incumplimiento del deber (Ambos & Böhm, 2009, p. 247).

Las circunstancias específicas de agravación punitiva

El tipo penal (Código Penal, 2000, art. 166) fija un aumento en las penas principales de prisión, multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas (privativa de otro derecho) cuando se tipifica alguna de las circunstancias específicas de agravación de la conducta⁶².

de la conducta realizada (la grave violación a los derechos humanos). Es decir, en todos los casos mencionados hay unidad del título de imputación.

Lo anterior no implica desde luego que verificada la posición de garante se estructure inmediatamente la responsabilidad, porque ésta presupone la reunión de todos los elementos del delito, a saber: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Bien puede acontecer que el garante (a quien se le imputa un delito de lesa humanidad) no sea responsable penalmente por ausencia de dolo (no conocía el riesgo concreto para los bienes jurídicos) o imprudencia (el riesgo para los derechos fundamentales no le era cognoscible), o que exista un estado de necesidad justificante por colisión de deberes (frente a dos agresiones simultáneas a sectores de la población, sólo podía proteger una sola), etc. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-1184, 2001).

62 Circunstancias de agravación punitiva, penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 del 2004, a partir del 1 de enero del 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:

La pena prevista en el artículo anterior será de cuatrocientos ochenta (480) a seiscientos (600) meses de prisión, multa de dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2666.66) a siete mil quinientos (7500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1. Cuando la conducta se cometa por quien ejerza autoridad o jurisdicción.
2. Cuando la conducta se cometa en persona con discapacidad que lo impida valerse por sí misma.
3. Cuando la conducta se ejecute en menor de dieciocho (18) años, mayor de sesenta (60) o mujer embarazada.
4. [Numeral modificado por el artículo 3 de la Ley 1309 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:] Cuando la conducta se cometa, por razón de sus calidades, contra las siguientes personas: servidores públicos, comunicadores, defensores de derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes o miembros de una organización sindical (legalmente reconocida), políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos de conductas punibles o disciplinarias, juez de paz, o contra cualquier otra persona por sus creencias u opiniones políticas o por motivo que implique alguna forma de discriminación o intolerancia. [La frase "legalmente reconocida" fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional. Sentencia C-472 de 23 de julio de 2013].
5. Cuando la conducta se cometa por razón y contra los parientes de las personas mencionadas en el numeral anterior, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.
6. Cuando se cometa utilizando bienes del Estado.
7. Si se somete a la víctima a tratos crueles, inhumanos o degradantes durante el tiempo en que permanezca desaparecida, siempre y cuando la conducta no configure otro delito.
8. Cuando por causa o con ocasión de la desaparición forzada le sobrevenga a la víctima la muerte o sufra lesiones físicas o psíquicas.

Dichas circunstancias se pueden agrupar bajo los siguientes aspectos:

- Por la calidad especial del servidor público como sujeto activo que ejerce autoridad o jurisdicción.
- Por el estado, condición o calidad del sujeto pasivo.
- Por el vínculo de parentesco, de cónyuge o compañero(a), con el sujeto pasivo calificado.
- Por el móvil del sujeto activo.
- Por la propiedad del Estado sobre los medios utilizados.
- Por los tratos realizados sobre la víctima o su cadáver.
- Por las consecuencias de la desaparición forzada.

a. La conducta la realiza el servidor público que ejerce autoridad o jurisdicción. Cuando el servidor público ejerce autoridad o jurisdicción, el comportamiento se agrava en razón de la mayor facilidad que tiene para actuar prevalido de cualquier orden, para someter, engañar o reducir la voluntad de la víctima y perpetrar la desaparición (Código Penal, 2000, art. 166).

Por autoridad se debe entender que el servidor público, además de su cargo oficial, está investido del poder real y legítimo otorgado por el Estado, para ejercer facultades decisorias que entrañan dirección, mando, jerarquía y, a su vez, subordinación. Por ejemplo, las facultades que puede ejercer sobre la policía con el objeto de garantizar el cumplimiento de la ley, la vigilancia y la protección de los bienes jurídicos de las personas, sin embargo, el servidor utiliza el poder que le ha sido otorgado para desaparecer a una persona.

Por jurisdicción (término derivado de la expresión latina *judicare* o *jurisdictione*), se entiende el poder juzgar y aplicar las leyes, así como la facultad de mandar y de ejercer la coacción y la coerción que dimana del Estado en determinado ámbito o territorio. Joaquín Escriche lo define como “el poder o la autoridad que tiene alguno para gobernar y poner en ejecución las leyes; y especialmente, la potestad de que se hallan revestidos los jueces para administrar justicia” (Escriche, 1991b, p. 558) dentro de determinado ámbito del Derecho o de naturaleza territorial. Lo que agrava la conducta es que ese poder sea utilizado de manera arbitraria para realizar la desaparición forzada de una persona.

9. Cuando se cometa cualquier acción sobre el cadáver de la víctima para evitar su identificación posterior, o para causar daños a terceros (Código Penal, 2000, art. 166).

b. Por el estado, condición o calidad del sujeto pasivo. La conducta se agrava cuando el sujeto pasivo está en una condición o estado que lo coloca en circunstancias de inferioridad o indefensión frente al sujeto activo. Estas pueden ser la discapacidad, la edad (menor de edad o adulto mayor) y el embarazo. También hace referencia a ciertas calidades del sujeto pasivo, como que sea periodista o sindicalista y que estas sean el motivo para que el agente cometa el delito de desaparición forzada.

1. *Cuando la conducta se comete contra una persona con una discapacidad que le impide valerse por sí misma (Código Penal, 2000, art. 166, num. 2°).* Se refiere a las personas que tienen alguna limitación física o mental, que no les permite satisfacer por sí mismas cualquiera de sus necesidades físicas y/o materiales, tales como trasladarse de un lugar a otro por sus propios medios, comer sin ayuda de otra persona o realizar sus necesidades fisiológicas sin intervención de nadie. Si no tienen la capacidad para valerse por sí mismas, mucho menos podrán ejercer resistencia frente a la privación de su libertad, así como tampoco podrán defenderse de la agresión de la que son objeto.

2. *Por la edad de la persona o porque está en estado de embarazo (Código Penal, 2000, art. 166, num. 3°).* La conducta del actor se agrava cuando se ejecuta sobre un menor de dieciocho años, un mayor de sesenta años o una mujer en estado de embarazo. Esta consideración la hizo el legislador porque en estas personas se genera un mayor riesgo, sumado a que el sujeto activo se aprovecha del estado de indefensión de la víctima.

3. *Cuando la conducta se comete en razón de la calidad del sujeto pasivo (Código Penal, 2000, art. 166, num. 4° y 5°).* Como lo plantea la norma, en estos casos la desaparición forzada de una persona ha sido motivada por sus calidades, por ejemplo, la de defensor de Derechos Humanos. Es decir, esta condición es la razón de que el actor cometa el delito. Si el agente no está motivado por la calidad del sujeto pasivo, no se tipifica el agravante. Según la modificación introducida por el artículo 3 de la Ley 1309 del 2009, la calidad especial exigida es en relación con las siguientes personas: servidores públicos, comunicadores, defensores de Derechos Humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes o miembros de una organización sindical (legalmente reconocida⁶³), polí-

63 La frase "legalmente reconocida" fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional. Sentencia C-472 de 23 de julio de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-472-13>.

ticos o religiosos, quienes hayan sido testigos de conductas punibles o disciplinarias y los jueces de paz. Para efecto de este agravante es tan amplia la relación de los sujetos pasivos, que las posibilidades de que se tipifique la desaparición forzada simple se reducen considerablemente a quienes por descarte no tengan alguna de estas calidades.

En el 2009 se introdujo, a través del artículo 3° de la Ley 1309 de ese año, una modificación al numeral 4 del artículo 166 de la Ley 599 del 2000. Esta respondía a un cambio en la expresión “dirigente sindical”, la cual fue sustituida por “dirigentes o miembros de una organización sindical legalmente reconocida”. Dicha modificación llevó a plantear si la expresión “legalmente reconocida” significaba que la protección de los dirigentes sindicales, contra la desaparición forzada, debía tenerse en cuenta únicamente cuando el delito afectase a miembros de organizaciones sindicales legalmente inscritas, excluyendo a los dirigentes de las que estaban en proceso de reconocimiento y cuya personería jurídica no había sido otorgada. Frente a esto, la Corte Constitucional decidió que la expresión “legalmente reconocida” es “ambigua –lo que afecta el principio de taxatividad en materia penal- y puede dar lugar a interpretaciones de diferente tipo, algunas contrarias al derecho de asociación sindical” (Corte Constitucional, Sentencia C-472, 2013) y por tanto declaró su inexequibilidad.

c. Por el vínculo de parentesco, de cónyuge o compañero(a), con el sujeto pasivo calificado. El parentesco es otra de las causales que agrava la desaparición forzada de personas. Esto, cuando la conducta se comete contra los parientes de las personas con ciertas calidades especiales, las cuales están relacionadas en el numeral 4° del artículo 166 del Código Penal. Ocurre hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

El legislador omitió al cónyuge o a la cónyuge y al compañero o a la compañera permanente, quienes no son parientes entre sí, pero tienen “fuertes y estrechos vínculos jurídicos y afectivos”, lo que constituye el fundamento para agravar la conducta. Por ello, no existe “razón suficiente para ignorar el hecho evidente, reconocido por el artículo 42 Superior [que] cumplen un papel fundamental y determinante en la conformación de la familia” (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-100, 2011). Como consecuencia, la Corte Constitucional consideró

que dicha omisión legislativa era relativa y a todas luces inconstitucional y que con el objetivo tanto de preservar los derechos constitucionales omitidos con la disposición, así como para eliminar la discriminación que genera, declaró la exequibilidad condicionada del numeral 5° del artículo 166 de la Ley 599 del 2000. Así, concluyó que

la circunstancia de agravación punitiva allí contemplada se extiende cuando la víctima de desaparición forzada es el o la cónyuge o el compañero o la compañera permanente de las personas aludidas en el numeral 4° de la citada disposición legal (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-100, 2011).

d. Por el móvil del sujeto activo (Código Penal, 2000, art. 166, num. 4°).

El legislador incluyó como causal específica de agravación, algunos motivos del sujeto activo al realizar la desaparición forzada de una persona. Estos tienen que ver con las creencias u opiniones políticas (ideología política o credo religioso, militancia en una organización política o partidista) y cualquier forma de discriminación o intolerancia por raza, nacionalidad, identidad de género y sexualidad.

e. Por la propiedad del Estado sobre los medios utilizados (Código Penal, 2000, art. 166, num. 6°). Si los medios, en general muebles (armas, vehículos...) o inmuebles, utilizados para la ejecución de la desaparición forzada de una persona son propiedad del Estado, la conducta se agrava, porque los bienes estatales deben estar en función del bienestar de la sociedad y de las personas en particular y no deben ser usados para atentar contra los bienes jurídicos o facilitar la comisión de delitos.

f. Por los tratos contra la víctima o su cadáver (Código Penal, 2000, art. 166, num. 7° y 9°). La creación de una situación antijurídica precedente no exime al actor de la conducta de la posición de garantía y, por tanto, es su deber el no someter a la víctima a tratos crueles, inhumanos o degradantes durante el tiempo que dure la situación contra-Derecho. De esta manera, la conducta no configuraría otro delito. Pero, si se inflige al sujeto pasivo algún trato violatorio de los Derechos Humanos que autónomamente constituya un delito, por ejemplo, si se le tortura, si se le lesiona o si se viola su libertad sexual, este concurrirá materialmente con la desaparición forzada de personas.

Cualquier acción sobre el cadáver de la víctima, con el fin de evitar su identificación o de causarle daño a terceros, es un agravante de la desaparición forzada.

Por ejemplo, algunos delincuentes han recurrido, para evitar el reconocimiento de los cadáveres, a prácticas como la desfiguración facial –utilizando ácidos o fuego–, al descuartizamiento y a la amputación de las manos.

g. Por las consecuencias de la desaparición forzada: muerte o lesiones sobrevinientes. A la víctima en cautiverio le pueden sobrevenir lesiones físicas o psíquicas, así como la muerte, a causa o con ocasión de las condiciones de la desaparición forzada. Si esto ocurre, producto de las circunstancias de la realización del delito y no como consecuencia de la acción u omisión directa del sujeto agente, es un agravante de la desaparición. Pero, si proviene de la acción directa de los victimarios, la conducta no es agravada sino en concurso material con el homicidio o lesiones personales.

Circunstancias de atenuación punitiva

La disminución de la pena depende de si la víctima esté viva o muerta y de las particularidades de cada situación. Según el Código Penal (2000), específicamente en el artículo 167, si la víctima está viva, la atenuación procede en las siguientes circunstancias:

Privación temporal de la libertad y similares condiciones físicas y psíquicas. Procede la atenuación punitiva entre la mitad (1/2) y las cinco sextas (5/6) partes de la condena, cuando los autores o partícipes liberan a la persona en un término no superior a quince días. Para la disminución entre una tercera parte (1/3) y la mitad (1/2), se da un rango entre quince y treinta días. Para esto, la víctima debe estar en similares condiciones físicas y psíquicas a las que se encontraba en el momento de ser privada de la libertad. Ocurre de igual manera cuando los captores suministran información que conduce a la recuperación inmediata del sujeto pasivo en condiciones similares a las previas al delito. Si el deterioro físico por enfermedad o las condiciones psíquicas degradadas de la víctima son la causa de la liberación, la atenuación punitiva no procede.

Voluntariedad. La reducción de la pena se aplica al autor o partícipe que, en los dos casos anteriores, libere voluntariamente a la víctima o suministre la información que permita su recuperación. La fuga de la víctima o la liberación realizada por el Estado o un tercero no permiten reducir pena alguna.

•Desaparición forzada•

En relación con la víctima que durante el cautiverio muere por acción directa de sus captores⁶⁴ o por causa de la desaparición forzada, la pena se puede disminuir hasta en una octava (1/8) parte cuando el autor o partícipe suministra información que permite la recuperación del cadáver de la persona desaparecida.

La desaparición forzada en el Código Penal Militar

Conforme a la Constitución Política (art. 221)⁶⁵, la jurisdicción penal militar conoce de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo. Sin embargo, el delito de desaparición forzada no puede ser juzgado por jurisdicciones especiales o por la jurisdicción penal militar. Para efectos del juzgamiento de los miembros de las fuerzas armadas

en ningún caso podrán relacionarse con el servicio los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, ni las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio (Ley 1407, 2010, art. 3).

El tipo penal subjetivo

La desaparición forzada de personas es una conducta que solo puede ser realizada dolosamente y la única clase de dolo que admite es el directo o de primer grado, porque el agente persigue el resultado previsto en el tipo, es decir, privar de la libertad a una persona y ocultarla de los demás. El dolo se presenta tanto en la acción directa como en la omisión –aquiescencia del servidor público–.

En el caso del autor directo, no es posible que la conducta se realice a título de dolo eventual o dolo directo de segundo grado, también llamado indirecto o de consecuencias necesarias, porque el resultado siempre es previsible y la desaparición forzada es la meta de la conducta. Aquí el resultado no queda librado al azar (dolo

64 En caso de que la víctima haya muerto por acción directa de sus captores no se trata de agravante sino de concurso con el delito de homicidio.

65 Modificado por el Acto Legislativo No. 01 de 2015, artículo 1°.

eventual), como tampoco se presenta simplemente como inevitable, desagradable o indeseado (dolo indirecto), sino que es perseguido directamente con la acción.

Como ha sucedido en el caso colombiano, cuando el servidor público es aquiescente, teniendo posición de garante, permite que un grupo armado al margen de la ley realice acciones ilícitas indeterminadas contra una población civil, es previsible que realice desapariciones forzadas. En esas circunstancias la conducta podría ser a título de dolo eventual, porque deja librado al azar el resultado.

Según Ambos y Böhm (2009), además del dolo se requiere de una intencionalidad especial, que es distinta a este, y que tiene que ver con dejar por fuera del amparo de la ley a la persona privada de la libertad, lo que hace del elemento volitivo del dolo uno más intenso.

Al contrario de lo que piensan estos autores, la desaparición forzada no requiere de un elemento subjetivo adicional. Basta con someter a la persona, privándola de la libertad y ocultándola, para desaparecerla temporal o definitivamente. Ya de suyo, esto implica sustraer a la persona del amparo de la ley, aspecto que es consustancial a este tipo de delito, como se explicó con anterioridad, y en cuya descripción típica no se requiere este complemento.

El concurso de la desaparición forzada con otros delitos

La desaparición forzada de personas puede concurrir con los delitos contra la vida y la integridad personal; con los delitos contra la libertad sexual; con la tortura y el desplazamiento forzado; entre otros. La Corte Suprema de Justicia colombiana ha dicho que

si la persona es privada de su libertad de locomoción, luego de lo cual se le causa la muerte, no genera incertidumbre la comisión de dos conductas diferenciables que, por tanto, concurren, en tanto se presentan dos momentos, uno de retención y otro de muerte, pero es evidente que la primera deja de consumarse cuando se causa el homicidio. Pero la fijación de un momento cierto en el cual termina la consumación no descarta la existencia de la desaparición (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 40733, 2014).

Por ejemplo, en el concurso del homicidio con el delito de desaparición forzada, llama especialmente la atención la realización, por parte de agentes del Estado, de miles de homicidios (aproximadamente 5.000) entre los años 2002

•Desaparición forzada•

y 2010, los cuales han sido denominados eufemísticamente como falsos positivos. Estos crímenes se conocen, en el lenguaje internacional de los Derechos Humanos, como ejecuciones extrajudiciales.

La Fiscalía de la Corte Penal Internacional ha reunido información sobre esos crímenes, a los cuales define como homicidios y desapariciones forzadas, que presuntamente han sido cometidos por miembros de la Fuerza Pública de Colombia. A través de la revisión y el análisis de un gran número de sentencias dictadas por los diferentes Tribunales de Colombia contra los miembros de mediano y bajo nivel de dirección, sin que se hayan tocado los niveles superiores de la jerarquía militar, la Fiscalía de la CPI concluyó que hubo una presión constante sobre varias brigadas (brigadas 4 y 11; brigada móvil 15) para “producir resultados”. Los autores siguieron un *modus operandi* similar, para satisfacer las demandas de presión, así como para obtener beneficios personales⁶⁶.

En este caso existe concurso de delitos, porque las personas que aparecieron muertas presuntamente en combate (entre guerrilla o paramilitares y Fuerza Pública), fueron engañadas para que acompañaran a algún agente del Estado bajo tretas como el ofrecimiento de trabajo. Luego, fueron privadas de la libertad ilegalmente, porque el procedimiento de retención se hizo sin orden judicial. Posteriormente, fueron uniformadas con prendas militares para ser ejecutadas y mostradas públicamente como pertenecientes a la guerrilla, muchas de ellas presentadas sin identidad.

Entre los verbos del tipo penal de desaparición forzada está el ocultar a la persona, sea física o moralmente. En los casos de los mal llamados falsos positivos, el ocultamiento fue de tipo moral, porque no se dio a conocer a sus familiares y a la sociedad en general la privación de la libertad de estas personas. La identidad de los muertos sólo fue conocida tras un proceso de identificación que se tomó un tiempo largo.

.....
66 Para ver más información al respecto: Office of the Prosecutor OTP of the International Criminal Court ICC. *Report on Preliminary Examination Activities*, 12 November 2015, en <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-PE-rep-2015-Eng.pdf>.

De la prescripción de la acción y de la pena

De conformidad con el artículo 83 del Código Penal colombiano⁶⁷, la acción y la pena son imprescriptibles en cuanto la desaparición forzada pueda ser considerada un delito de lesa humanidad. De no ser así, la prescripción es de treinta años. Frente a esto, la Corte Constitucional consideró que la regla de imprescriptibilidad de la acción penal por el delito de desaparición forzada, contenida en el inciso primero del artículo 7° de la *Convención Americana de Derechos Humanos*, no es contraria a la Carta Política de 1991. Pero, “si el delito está consumado, los términos de prescripción de la acción empezarán a correr una vez el acusado haya sido vinculado al proceso” (Corte Constitucional, Sentencia C-580, 2002). En relación con la imprescriptibilidad de la pena, dijo la Corte que “deberá aplicarse el inciso segundo [del art. 7° de la Convención] que dispone que la prescripción de la pena será igual a la del delito más grave previsto en la legislación interna” (Corte Constitucional, Sentencia C-580, 2002).

Para llegar a esa conclusión, la Corte Constitucional realizó una ponderación que le permitiera determinar la idoneidad y la necesidad de una medida como la de la imprescriptibilidad, para lograr los objetivos que con ella se pretenden. Así, sopesó, “por un lado, si [era] adecuada para proteger los bienes jurídicos prevalentes y, por otro, si no [existía] una medida igual de efectiva, que [afectara] menos los derechos de las personas inculpadas” (Corte Constitucional, Sentencia C-580, 2002). Concluyó que aunque le consideraba un medio poco eficaz, debía tenerse en cuenta que el paso del tiempo y la dificultad para acceder a las pruebas necesarias para determinar lo ocurrido y establecer la identidad de los responsables, podían hacerla idónea para el fin propuesto del esclarecimiento de la verdad (Corte Constitucional, Sentencia C-580, 2002). No obstante,

resultaría difícil establecer un criterio definitivo para determinar en qué momento la acción penal y el interés en proteger los derechos a la verdad y a identificar a los responsables debe ceder frente a la dificultad que ello plantea. Por otra parte, aunque

67 Código Penal colombiano. Artículo 83. <Inciso modificado por el artículo 16 de la Ley 1719 de 2014>:

El término de prescripción para las conductas punibles de desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical, homicidio de defensor de Derechos Humanos, homicidio de periodista y desplazamiento forzado será de treinta (30) años. En las conductas punibles de ejecución permanente el término de prescripción comenzará a correr desde la perpetración del último acto. La acción penal para los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra será imprescriptible (Código Penal, 2000, art. 83).

•Desaparición forzada•

la dificultad de conocer la verdad sea una realidad en la mayoría de los casos, no es necesariamente así en todo ellos. No se puede aceptar la dificultad para proteger los derechos individuales en la mayoría de los casos como argumento para negar absolutamente su protección (Corte Constitucional, Sentencia C-580, 2002).

Teniendo en cuenta lo anterior, para la Corte,

la eficacia variable de la acción penal en el tiempo no significa que su imprescriptibilidad sea inadecuada para proteger el interés general y los derechos individuales a conocer la verdad y los individuos e instituciones responsables, [razón por la que la] imprescriptibilidad es un mecanismo que en determinadas circunstancias puede resultar necesario para establecer la verdad de los hechos y para atribuir responsabilidades individuales e institucionales” (Corte Constitucional, Sentencia C-580, 2002).

En relación con la imprescriptibilidad de la acción penal, la Corte llegó a la conclusión de que es el medio más eficaz para la protección de “los intereses en juego” y frente a la alternativa de la acción administrativa de reparación directa. Por lo tanto, “frente a la garantía de seguridad jurídica y de recibir pronta justicia, es necesario entonces concluir que prevalecen el interés en erradicar el delito de desaparición forzada y en reparar a las víctimas” (Corte Constitucional, Sentencia C-580, 2002). En síntesis, la Corte Constitucional consideró que la disposición acerca de la no prescripción de la acción penal no vulnera el artículo 28 de la Constitución, por cuanto lo que prohíbe este precepto es la imprescriptibilidad de la pena, más no de las acciones.

El secuestro no es un delito contemporáneo sino una práctica que ha estado presente desde tiempos lejanos de la historia. Son innumerables los casos de secuestros de príncipes y princesas, así como de personas de diferentes castas sociales, con el propósito de fijar condiciones de guerra o de obtener beneficios económicos o en especie. El profesor Luis Carlos Pérez afirma que

cuando los caudillos y jefes militares se convencieron de que el hombre no solo constituía una pequeña máquina de guerra contra los enemigos sino que también era utilizable para otros fines, como los de impulsar el trabajo en las tierras propias, desapareció la costumbre de eliminar a los prisioneros y en cambio se les redujo a la esclavitud (Pérez, 1985, pp. 374-375).

Así, la capacidad militar que determinaba la superioridad de unos grupos sobre otros, trajo como consecuencia no solamente el “derecho” a apropiarse de ciertos territorios, sino también de las personas derrotadas. Entonces, el secuestro comenzó a ser usado como una forma de sometimiento y de comercio de personas. Comenta el profesor italiano Francesco Carrara, que en la época de la esclavitud en Europa era frecuente el “robo” de personas para venderlas como esclavas. En efecto,

el plagio (nombre que en su origen significó precisamente el acto de esconder o de suprimir un esclavo en perjuicio de su dueño, o también el acto de robarse un hombre libre para venderlo como esclavo) fue muy frecuente en la antigüedad, bien se

le robara al dueño un hombre ya hecho esclavo, bien se robara un hombre libre para apoderarse de él y especular con su cuerpo (Carrara, 1973, p. 490).

De hecho, en Roma el secuestro fue denominado como plagio, el cual fue considerado un delito cuya tipificación penal tenía por objeto “poner coto a los robos de hombres y de esclavos, que a la sazón eran corrientes, y a cuya comisión se dedicaban, según parece, verdaderas compañías y empresas” (Mommsen, 1999, p. 482).

El secuestro también ha sido la inspiración de algunas obras literarias. Por ejemplo, Homero relata en la *Iliada* el famoso rapto que París hace de Helena, lo que provocó la guerra de Troya, que duró doce años. Menelao, esposo de Helena, persiguió a París con todo su ejército para lograr que su esposa retornara a su lado (Homero, trad. en 2005).

Igualmente en libros sagrados, como la Biblia, hay relatos sobre el secuestro. Es el caso de José, hijo de Jacob, que por ser el preferido de su padre es vendido a los egipcios. Sin embargo, mucho tiempo después y debido a sus capacidades, José fue liberado de la esclavitud, luego de lo que ocupó varios cargos sobresalientes entre los egipcios (Génesis, 22:36).

Por otra parte, en América, uno de los primeros secuestros de los que se tiene noticia sucedió en la época de la “conquista española”. Esto ocurrió en 1537, en la zona de Hunza, actual Tunja (Boyacá), cuando Gonzalo Jiménez de Quesada privó de la libertad al Zaque Quemuenchatocha. A cambio de su liberación, le exigió a los súbditos del Zaque la entrega de sus tesoros. No obstante haber recibido cantidades de oro y esmeraldas, los soldados de Jiménez de Quesada torturaron al Zaque hasta darle muerte (Llorens & Moreno, 2008; Mosquera Mesa & Guevelly, 2008).

Otra versión señala que en la tarde del 20 de agosto de 1537, en Hunza, durante el gobierno del Zaque, Quesada ingresó a la mansión de este, trabándose un combate allí. Habiendo resultado vencedores, los españoles se ocuparon de recoger los tesoros del Zaque, “abundante el botín que alcanzó a saciar la codicia de los expedicionarios” (Ibáñez, 1892, p. 30). Luego, en los primeros días de septiembre de 1537, Quesada partió hacia Suamós, hoy Sogamoso, “dejando en Tunja una guardia para que custodiase al Zaque” (Ibáñez, 1892, p. 31). Después de recoger el oro y algunas esmeraldas en esta región, retornó a Hunza y allí decidió seguir su camino hacia las tierras del Zipa de Bogotá, resolviendo concederle la libertad al Zaque (Ibáñez, 1892, p. 31). En uno y otro relato se infiere la privación de la

•El secuestro•

libertad del Zaque, sin que hubiera legitimidad alguna por parte del “conquistador” Gonzalo Jiménez de Quezada.

Más reciente a los casos anteriores, en Colombia, fue el secuestro de Elisa Eder, una niña de tres años, hija del famoso industrial Harold Eder, gerente del ingenio azucarero *La Manuelita*. El suceso ocurrió el 31 de enero de 1933 en Aguacatal (Valle). Por la liberación de Elisa su padre pagó 50.000 pesos, que para la época era una suma de dinero bastante significativa (Llorens & Moreno, 2008). Años después, el 20 de marzo de 1965, Harold Eder, industrial y exministro de Colombia, fue secuestrado en la Hacienda Santa Helena de Corinto (Cauca). Oliverio Lara Borrero, también fue privado de la libertad el 26 de abril del mismo año. Los dos fueron asesinados en cautiverio (Cardona Alzate, 2007; Cardona Alzate, 2014; Lara, 1982). Después de esto han sido miles los secuestros que se han realizado, con fines económicos, publicitarios o políticos, de algunas personas no tan conocidas y de otras que han sido destacadas personalidades en la vida nacional. Este es el caso de José Raquel Mercado (1976), líder sindical y Presidente de la Confederación de Trabajadores de Colombia (CTC) y el de Álvaro Gómez Hurtado (1988), dirigente del Partido Conservador. De hecho, muchos líderes políticos, de derecha y de izquierda, periodistas, empresarios, defensores de Derechos Humanos y servidores públicos, han sido víctimas de este delito, tanto así que de nombrarlos la lista sería casi interminable.

En los últimos sesenta años en Colombia, en el marco del conflicto armado interno, una de las armas de guerra utilizada en este ha sido el secuestro, el cual le ha servido a la guerrilla como fuente de financiación y como estrategia política para generar golpes de opinión. También lo han utilizado los grupos paramilitares –denominados de autodefensa–, de orientación ideológica de extrema derecha y los organizados en torno a la delincuencia común y el narcotráfico. De igual forma, ha sido usado por agentes del Estado. El secuestro se ha ejercido independientemente de la ideología que se profese y con diferentes propósitos, algunas veces con apariencia de altruismo, sin que por esto deje de ser un crimen execrable, más aún cuando las víctimas son niños o ancianos.

Este delito, al igual que la desaparición forzada, son las dos conductas punibles que más afectan la libertad individual, puesto que restringen la libertad de locomoción, de expresión y de autodeterminación en general, es decir, comprometen la libertad física de la persona. En particular,

el delito de secuestro puede considerarse como uno de los más graves que lesiona a la sociedad, así, en principio, sus víctimas directas sean uno o varios individuos en particular. El estado de indefensión en que se coloca a la víctima y el efecto de inestabilidad social que genera, sumados a la amplia gama de derechos fundamentales que se ven violados por la comisión de este delito, ameritan que se lo califique, con razón, como un delito atroz y un crimen de lesa humanidad (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-069, 1994).

En Colombia solamente se investiga el 57,30% de los secuestros conocidos por la policía; a su vez, en el 10,62% de estos recae sentencia y ésta cobra ejecutoria; lo dicho representa únicamente el 6,08% de este delito. Sumado a esto, apenas en el 4,35% recae sentencia condenatoria, en tanto que en el 1,31% de los casos la sentencia es absolutoria. Finalmente, en el 0,41% de los casos se ordena cesar el procedimiento (Corte Constitucional, Sentencia C-565, 1993). Debido a los bajos resultados contra este tipo de delitos, el Estado ha adoptado una política criminal de aumento continuo y considerable de la pena de prisión, sin que esto haya sido efectivo para disuadir a los delincuentes y reducir la criminalidad. Al mismo tiempo, la delincuencia se ha venido sofisticando en la realización de secuestros, en el procedimiento para el cobro de rescates y en el ocultamiento de los secuestrados en áreas rurales, lo que dificulta la ubicación de las víctimas para efecto de las operaciones de rescate.

El secuestro en algunas legislaciones penales de otros países

En las diferentes legislaciones de Iberoamérica se encuentra tipificado el delito de secuestro en dos modalidades: una básica y otra con agravantes específicos. Por ejemplo, el Código Penal de Argentina lo denomina privación ilegal de la libertad de una persona, delito al que corresponde una pena de prisión entre seis meses y tres años (Código Penal Argentina, 1985, art. 141). Este aumenta la reclusión entre dos y seis años, cuando la privación de la libertad ilegal concurre con alguna de estas circunstancias: la ejecución de violencias o amenazas; cuando hay fines religiosos o de venganza; cuando se realiza contra un ascendiente, hermano o individuo a quien se deba respeto particular; si se produce grave daño a la persona, a su salud o a sus negocios; si el hecho se cometiere simulando autoridad pública u orden de autoridad pública; si la privación de la libertad durare más de un mes (Código Penal Argentina, 1985, art. 142). Otras circunstancias, como que

•El secuestro•

la víctima sea una mujer embarazada, un menor de 18 años o un mayor de 70, o un servidor público, se consideran agravantes y la pena puede ser tasada de diez a veinticinco años (Código Penal Argentina, 1985, art. 142 bis).

Por su parte, el Código Penal de Chile, en su artículo 141, denomina y define el delito de secuestro como el comportamiento realizado por una persona que, sin derecho, encierre o detenga a otra, privándole de su libertad. También para quien proporcione el lugar de ejecución del delito. El secuestro se agrava cuando se ejecuta para obtener un rescate o imponer exigencias o arrancar decisiones; cuando se prolonga por más de quince días; o si de ello resulta un daño grave en la persona o en sus intereses. La pena podría ser hasta de presidio perpetuo calificado si el secuestro recae sobre un menor de 18 años; si con motivo u ocasión del secuestro se cometiere además homicidio, violación, violación sodomítica; si se ocasionaran algunas lesiones como castración o mutilación de un miembro importante, que deje al paciente en la imposibilidad de valerse por sí mismo o de ejecutar las funciones naturales que antes ejecutaba; o si la víctima queda demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme (Código Penal de Chile, 1874, art. 141)⁶⁸.

En el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador del 2014, en los artículos 161 y 162, el secuestro tiene una pena de prisión de cinco a siete años. Al presentarse circunstancias especiales, por ejemplo, cuando la privación de la libertad se prolonga por más de ocho días o si se comete con apoderamiento de nave o aeronave, vehículos o cualquier otro transporte, entre otros, tendrá una pena de diez a trece años. En caso de que por causa del secuestro la víctima muera, la pena se incrementa y se establece entre veintidós y veintiséis años.

El Código Penal de España define como secuestro que un sujeto encierre o detenga a otra persona, privándole de su libertad. Así mismo, y para efectos de la pena, diferencia dos clases de sujetos activos del secuestro: el particular y la autoridad o funcionario público. Para el primero establece una pena de prisión de cuatro a seis años (Código Penal de España, 1995, art. 163). Sin embargo, si el particular exige alguna condición para poner en libertad a la víctima, la pena de prisión podrá ser de seis a diez años (Código Penal España, 1995, art. 164). Para el segundo establece que será castigado con las penas respectivamente

.....
68 Modificado por el artículo 1° de la Ley 18222 de 1983 y por el artículo 1° de la Ley 19241 de 1993.

previstas en éstos, en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado (Código Penal España, 1995, art. 167). Coincide con el Código Penal de Chile en el uso de idénticos verbos rectores para definir el secuestro.

Las penas más altas contra el secuestro se encuentran en México, por la situación particular que vive ese país, el cual ha sido azotado, a partir de la década del 2000, por un incremento en este delito, así como en las desapariciones forzadas y el narcotráfico. En la *Ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro de México*, adoptada el 30 de noviembre del 2010 y cuya última reforma fue realizada el 17 de junio del 2016, se contemplan penas altas contra el delito de secuestro, las cuales se agravan bajo determinadas circunstancias.

Por ejemplo, se condena con pena de cincuenta a noventa años de prisión el secuestro que tenga uno o varios de los siguientes agravantes: que se realice en camino público o en lugares desprotegidos o solitarios; cuando hay coparticipación criminal; cuando se hace con violencia; cuando la víctima es una mujer que se encuentra en estado de gravidez; cuando la víctima es menor de dieciocho años o mayor de sesenta años de edad; cuando la víctima no tiene capacidad para comprender el significado del hecho o capacidad para resistirlo (Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, 2010, art. 10).

De igual manera, se condena con pena de cincuenta a cien años de prisión el que en la privación de la libertad concurren circunstancias como las siguientes: que los autores sean o hayan sido integrantes de alguna institución de seguridad pública, de procuración o administración de justicia, de las Fuerzas Armadas Mexicanas, o se ostenten como tales sin serlo; que el o los autores tengan vínculos de parentesco, amistad, gratitud, confianza y relación laboral con la víctima o con personas relacionadas con ésta; que en contra de la víctima se hayan ejercido actos de tortura o violencia sexual; entre otros (Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, 2010, art. 10). Finalmente, la pena será de ochenta a ciento cuarenta años cuando la víctima del secuestro es privada de la vida por los autores o partícipes del secuestro.

Esta Ley establece que el ejercicio de la acción penal y la ejecución de las sanciones por el delito de secuestro son imprescriptibles (Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, 2010, art. 5) y que tampoco procederá el archivo temporal de la investigación, aun cuando de las diligencias practicadas no resulten elementos suficientes para el ejercicio de la acción penal y

•El secuestro•

no aparezca que se puedan practicar otras (Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, 2010, art. 6)⁶⁹.

Antecedentes normativos

En Colombia el secuestro ha sido tradicionalmente considerado como delito. En el Código Penal de la Nueva Granada de 1837 se denominó “detención privada”, e incurría en dicho delito quien, como señala Pulido Barrantes (2008), “de propia autoridad y sin ejercer alguna pública arrestare o prendiere a alguna persona para oprimirla, mortificarla o detenerla en custodia privada” (Caballero, 2009, párr. 16). Con esa misma redacción y manteniendo exactamente la descripción típica mostrada anteriormente, fue descrito en el artículo 719 del Código Penal de 1837, en el artículo 532 del Código de 1873 (Pérez, 1985) y, finalmente, en el artículo 700 de la Ley 19 del 18 de octubre de 1890 (Código Penal, 1890).

Fue en el Código Penal de 1936 (Ley 95), bajo el título de los *Delitos contra la libertad individual y otras garantías*, que el legislador introdujo un capítulo con la denominación de secuestro. En el artículo 294 describió la conducta con el verbo rector secuestrar y tipificó como finalidades específicas de la misma el propósito de obtener para sí o para otro un provecho o utilidad ilícitos (doctrinariamente definido como secuestro extorsivo). Además, se le fijó una pena de uno a siete años de presidio y, en el artículo 295, se estableció que cuando es realizada por un sujeto indeterminado (doctrinariamente definido como secuestro simple) le corresponde una pena entre seis meses y tres años (Ley 95, 1936)⁷⁰. A partir de ese Código, progresivamente y hasta la actualidad, se ha aumentado la descripción típica para cobijar todos los eventos posibles de secuestro, como también el quantum punitivo y, paulatinamente, se han establecido un buen número de agravantes específicos.

Los artículos del Código Penal de 1936 que fueron referidos, tuvieron modificaciones a través de la Ley 16 de 1969 (arts. 14 y 15), del Decreto 1988 de 1971

.....
69 Reformado DOF el 17-06-2016

70 En el Artículo 294 de la Ley 95 de 1936 se establece:

Al que secuestre a una persona con el propósito de conseguir para sí o para otro un provecho o utilidad ilícitos, se le impondrá presidio de uno a siete años”. Y en el Artículo 295: “Al que injustamente prive a otro de su libertad, fuera del caso previsto en el artículo anterior, se le impondrá prisión de seis meses a tres años (Ley 95, 1936).

(arts. 3 y 4) y de la Ley 21 del 3 de diciembre de 1973. La primera reforma consistió en el establecimiento de una pena de presidio de cinco a diez años para el secuestro extorsivo y de dos a seis años para el secuestro simple. Posteriormente, y mediante el Decreto 1988, se aumentaron las penas de presidio de seis a doce años para el secuestro extorsivo y de tres a seis años para el secuestro simple. Dos años después, fue expedida la Ley 21 de 1973, la cual adiciona causales específicas de atenuación y agravación del secuestro, manteniendo su descripción típica.

Con base en las facultades de Estado de Sitio, el Presidente Julio Cesar Turbay Ayala expidió el llamado *Estatuto de Seguridad* (Decreto 1923 de 1978), uno de los instrumentos más represivos que ha tenido Colombia y el cual facilitó que agentes del Estado cometieran masivamente violaciones a los Derechos Humanos. Una vez más se tomó la medida de aumentar las penas para el delito de secuestro⁷¹.

El Código Penal de 1980 (Decreto 100) fue expedido por el Presidente de la República con base en las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso para ese efecto. En los artículos 268 y 269 se amplió la descripción típica que, hasta ese momento, estaba definida por el verbo rector secuestrar, al cual se reemplazó por los verbos: arrebatar, sustraer, retener u ocultar a una persona. Esto, para las dos modalidades de secuestro: tanto para el secuestro simple⁷² como para el extorsivo⁷³, este segundo caracterizado por la finalidad del sujeto agente de exigir, a cambio de

71 Decreto 1923 de 1978. Artículo 1o.

Al que con el propósito de obtener para sí o para otro un provecho o utilidad ilícitos, o con fines puramente políticos o de publicidad, prive a otro de su libertad, planee, organice o coordine tales actos se le impondrá pena de presidio de ocho a doce años.

Quien o quienes secuestren a las personas y para realizar el delito o en el curso de su ejecución o consumación, les causen lesiones o las sometan a torturas, o las obliguen a actuar contra su voluntad y exijan dinero u otras condiciones para darles libertad, incurrirán en presidio de diez a veinte años.

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 (Decreto 1923, 1978).

El Decreto también contiene una parte que será declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, mediante la Sentencia del 30 de octubre de 1978, la cual hace referencia a que “los sindicatos o condenados por el delito de secuestro no les será aplicable en ningún caso, la suspensión de la detención preventiva o de la pena”. Para ver la sentencia de la Corte ir a: https://www.minjusticia.gov.co/portals/0/MJD/docs/decreto_1923_1978.htm.

72 Dice el Decreto 100 de 1980: “*Secuestro simple*. El que con propósito distinto a los previstos en el artículo anterior, arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años” (Decreto 100, 1980, art. 269).

73 Dice el Decreto 100 de 1980:

Secuestro extorsivo. El que arrebate, substraiga, 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 o de carácter político, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años (Decreto 100, 1980, art. 268).

la libertad de la víctima, un provecho o cualquier utilidad, o la de hacer u omitir con fines publicitarios o de carácter político. En el secuestro simple el propósito debía ser diferente al exigido para el extorsivo (Código Penal, 1980, art. 269). Para la modalidad simple se estableció una pena de prisión de seis meses a tres años y para la extorsiva una pena de seis a quince años.

En el artículo 270 de este Código fueron relacionadas las causales específicas de agravación punitiva y en el artículo 271 las de atenuación punitiva. Estas segundas se refieren a la disminución de la pena de prisión hasta en la mitad, si dentro de los quince días siguientes al secuestro la víctima fuere dejada voluntariamente en libertad, sin que se hubiere obtenido ninguno de los resultados previstos en el artículo 268.

Con base en la declaratoria de Estado de Sitio, y en ejercicio de las facultades que le otorgaba dicho estado de conmoción interior, el Presidente de la República expidió varias disposiciones relativas al secuestro: mediante el Decreto 2829 del 21 de noviembre de 1984 (art. 7) criminalizó la intermediación que, para efectos de lograr la entrega de la exigencia económica, fuese hecha entre los familiares, allegados o amigos de la persona secuestrada y los secuestradores; luego, fue expedido el llamado *Estatuto para la Defensa de la Democracia o Estatuto Antiterrorista* (Decreto 180 del 27 de enero 1988), el cual aumentó la pena del secuestro simple de quince a veinte años, así como las penas para el secuestro agravado y también definió otras circunstancias específicas de agravación punitiva.

De igual manera y con un aumento punitivo considerable, la Ley 40 de 1993, denominada *Estatuto Antisecuestro*, reformó el Código Penal de 1980, fijándole al secuestro simple una pena de 6 a 25 años y una multa entre 100 y 200 salarios mínimos mensuales. Para el secuestro extorsivo se estableció una pena de 25 a 40 años y una multa entre 100 y 500 salarios mínimos mensuales. Al mismo tiempo, aumentó e introdujo otras modificaciones a las causales de agravación punitiva.

Años después, mediante la Ley 599 del 24 de julio del 2000, se expidió el Código Penal que rige en la actualidad. Este contempla, en los artículos del 168 al 172, la regulación relativa al delito de secuestro, el cual conservó esencialmente los lineamientos de los Códigos Penales de 1936 y 1980, al describir dos modalidades de secuestro. Sin embargo estas también han sido objeto de posteriores reformas, sobre las cuales se ahondará a continuación.

La clasificación del tipo

El tipo penal de secuestro es de resultado, en cuanto requiere que se produzca efectivamente la privación de la libertad de la víctima. También es de lesión, porque con la retención ilegal se vulnera efectivamente el bien jurídico de la libertad individual. De igual manera, es de conducta permanente, porque la prolongación en el tiempo de la situación antijurídica reviste importancia para los efectos de la prescripción; sólo comienza a contarse a partir del último acto de privación de la libertad, y se termina cuando la víctima recobra su libertad personal y de locomoción.

La Corte Constitucional, en relación con la ofensa a uno o a varios bienes jurídicos, compara el secuestro con la desaparición forzada, diciendo que el primero es una conducta mono-ofensiva (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-317-02, 2002) que solo implica el bien jurídico de la libertad y la autonomía personal, mientras que la segunda es una conducta que implica la violación múltiple y continuada de numerosos Derechos Humanos, por lo que constituye una afrenta a la conciencia de la humanidad, así como un delito que puede ser de lesa humanidad.

Frente a esto se considera que la posición de la Corte no es correcta y que ambos delitos son pluriofensivos. En el secuestro se afecta principalmente la libertad individual, pero también con esa conducta se pone en peligro el derecho a la vida y a la integridad personal, se lesiona la dignidad humana y otros derechos fundamentales consagrados en la Carta Política, como lo dijo con anterioridad la misma Corte Constitucional, tales como “el derecho a la seguridad (art. 21), el derecho a la familia (arts. 5º y 42), el derecho a la intimidad (arts. 15 y 42), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16), el derecho a la libre circulación (art. 24), el derecho al trabajo (art. 25), el derecho a la participación (art. 40)” (Corte Constitucional, Sentencia C-069, 1994) y otros derechos conexos con los anteriores.

De igual manera, el secuestro afecta a la familia del secuestrado. De forma mediata, también afecta a la sociedad en general e impacta la economía del país, en cuanto las personas naturales y las empresas locales y extranjeras invierten menos cuando son atacadas directamente y son puestas en riesgo la libertad, la vida, la seguridad y la propiedad. Colombia ha ofrecido un entorno particularmente

•El secuestro•

útil para estudiar las consecuencias de este delito, porque ha experimentado altos niveles respecto al mismo. La combinación de guerrillas, paramilitares y narcotráfico ha dado a Colombia la mayor tasa de homicidios y secuestros en el mundo desde principios de los años noventa del siglo pasado. El número de secuestros casi se triplicó entre 1996 y 2000 (Pshisva & Suárez, 2006). Y esto se explica, en cuanto la inversión hace más visibles a los capitales y a quienes están en la dirección y gobierno de ellos.

El tipo objetivo

En el artículo 168 del Código Penal del 2000 se establece que para la realización del tipo penal se requiere:

- Un sujeto activo indeterminado.
- La conducta de arrebatar, sustraer, retener u ocultar a una persona.
- En el secuestro simple: la finalidad debe ser distinta (cualquier otra) a lo previsto para el secuestro extorsivo (elemento subjetivo).
- En el secuestro extorsivo: el propósito debe ser el de exigir por la libertad de la víctima un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político (elemento subjetivo).

El sujeto activo

La conducta de secuestro puede ser ejecutada por una sola persona (monosubjetivo) a la que el tipo penal no exige ninguna calidad especial; por lo tanto, el sujeto activo es indeterminado y singular. En la experiencia colombiana el secuestro es regularmente realizado por organizaciones delictivas en las que intervienen una pluralidad de individuos. En estos casos aplican las normas relativas al concurso de personas establecidas para los autores y partícipes (Código Penal, 2000, arts. 28-30), según el rol que desempeñen en la realización de la acción o durante el tiempo que permanezca la persona secuestrada.

En el delito de secuestro el autor no es solamente quien sustrae o arrebató, sino también el que retiene u oculta. Los sujetos que no participan en la acción de arrebatar a una persona pueden intervenir en el delito de otras formas, por ejemplo, suministrando la alimentación al secuestrado o custodiándolo a partir del día en que llega al lugar de privación de la libertad. Estas actividades, que

son comunes en este tipo de empresas criminales, es propia de coautores, aunque no hayan intervenido en la acción inicial de privar injustamente de la libertad a la víctima, porque las acciones van más allá del encubrimiento y la complicidad (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia S-9335-96, 1996).

Este delito es de carácter permanente y de conducta alternativa. Su ejecución comienza en el momento en que la persona es privada arbitrariamente de su libertad y se continúa cometiendo mientras el retenido sea mantenido en esa situación. Basta la realización de cualquiera de los verbos rectores del tipo para que se realice la conducta punible, aunque la intervención sea posterior.

El sujeto pasivo

El titular del bien jurídico de la libertad individual es toda persona natural, consciente, o no, de ese derecho fundamental, el cual se considera inherente a todo ser humano, por lo que se le protege jurídicamente de manera independiente a que el individuo tenga o no la capacidad de comprender la situación de privación de la libertad o tenga el conocimiento de la importancia de la misma. De acuerdo con la norma, cualquier persona puede ser sujeto pasivo del delito de secuestro, sin embargo, es conveniente realizar algunas precisiones respecto a su realización en el marco de un conflicto armado, cuando recae sobre civiles y cuando se trata de policías o militares.

En un conflicto armado interno, son titulares del bien jurídico de la libertad individual tanto los civiles ajenos al conflicto, así como los militares y policías que intervienen como representantes legítimos del Estado. Según la Corte Suprema de Justicia, en vigencia del artículo 127 del Código Penal de 1980, la retención de unos u otros no se justifica, aún en actos de combate. De igual manera, no puede perderse de vista el carácter atroz de esta conducta punible, connotación que no desaparece en la circunstancia de haber recaído sobre un miembro de la fuerza pública en situación de enfrentamiento armado (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, No 11346, 1998).

Aparte del secuestro –Código Penal, Ley 599 del 2000, arts. 168 y 169– y respecto al bien jurídico de la libertad individual, tipifica otras conductas punibles,

•El secuestro•

como la toma de rehenes (Código Penal, 2000, art. 148), la cual⁷⁴ hace parte de los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. En estas conductas debe presentarse “la privación ilegal de la libertad de una persona para efectos de exigir por su liberación un determinado beneficio” (Corte Constitucional, Sentencia C-291, 2007). La toma de rehenes y el secuestro se desemejan en que la primera debe realizarse con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado y que, a diferencia del secuestro, el sujeto pasivo debe ser un civil, aun cuando aparece como indeterminado.

Para el DIH, los policías y militares que caen en poder de la guerrilla no tienen la condición de civiles, por tanto no son rehenes, aunque su privación de la libertad pueda estar relacionada con el conflicto armado interno. Por tanto, se les considera como secuestrados, privación de la libertad que es punible a la luz del artículo 169 del Código Penal.

Antes de la sentencia C-291 del 25 de abril del 2007, a través de la cual se declara inexecutable un fragmento del artículo 148 del Código Penal, el cual versa sobre la toma de rehenes, existía una limitación que podía hacer pensar que dentro de dicha conducta punible cabían, al igual que civiles, también policías y militares. La expresión declarada como inconstitucional fue “a la otra parte” y se debía entender como las exigencias realizadas a la contraparte del conflicto que, en el caso colombiano, era el Estado. Por ello, la Corte Constitucional la consideró “contraria a los artículos 93 y 94 de la Constitución así como al artículo 28 Superior, que consagra el derecho fundamental a la libertad personal, el cual se ve protegido directamente por esta garantía fundamental del principio humanitario” (Corte Constitucional, Sentencia C-291, 2007). Esto, en cuanto reducía el ámbito de protección del tipo penal, cuestión que no se veía compensada en otros preceptos penales previstos en la legislación interna.

Así, la Corte Constitucional indicó que la toma de rehenes no requiere,

en el ordenamiento penal colombiano, que las exigencias formuladas para la liberación o la preservación de la seguridad del rehén se dirijan a la contraparte en el conflicto armado – tales exigencias podrán ser dirigidas a un tercero, que puede ser un Estado, una organización internacional, una persona natural o jurídica o un grupo de

.....
74 Según el Código Penal del 2000, quien incurra en esta conducta tendrá una pena de prisión de 320 a 540 meses, una multa entre 2.666.66 y 6000 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 36 a 240 meses.

personas, sin que por ello se desnaturalice el delito en cuestión (Corte Constitucional, Sentencia C-291, 2007).

No obstante la claridad anterior, comúnmente se dice que los militares o policías que han sido privados de la libertad por la guerrilla son prisioneros de guerra. En el tercer Convenio de Ginebra, del año 1949, se establece el *Estatuto del prisionero de guerra*, a través del cual se regula lo relativo a esta forma de privación de la libertad de la que son víctimas, por lo regular, miembros de las Fuerzas Armadas de una de las partes en conflicto, quienes son retenidos por su adversario. Esto es aplicable solamente en conflictos armados internacionales (ONU, 1949), por lo que jurídicamente no es posible dicha condición en conflictos armados internos.

Al respecto, el *Protocolo II* adicional de 1977, que es relativo a conflictos armados no internacionales, en su artículo 5º, no se refiere a prisioneros de guerra sino a “personas privadas de la libertad” por motivos relacionados con las hostilidades militares (ONU, 1977c, art. 4). Esa privación de la libertad, por parte de la organización al margen de la ley, vista desde la legislación del Estado colombiano es tipificada como secuestro.

La conducta

A diferencia de otras legislaciones, la colombiana contiene una mayor descripción de la conducta al utilizar varios verbos rectores alternativos. Esto le da un carácter compuesto-alternativo, es decir, que se perfecciona con la realización de cualquiera de ellos: arrebatar, sustraer, retener y ocultar. El primero de ellos, arrebatar, significa tomar a una persona con violencia o fuerza para privarla de su libertad. Es decir, es la acción del autor directo de llevarla consigo con fuerza irresistible, lo que implica una conducta contra la voluntad de la víctima.

El segundo, sustraer, significa apartar, separar o extraer, en este caso, a la víctima, privándola del espacio u órbita en donde desarrolla normalmente sus actividades. La sustracción “puede implicar violencia moral (engaño, ardid, artificio), pero para la tipicidad del hecho no se exige necesariamente la utilización de la violencia física” (Pabón Parra, 1996, p. 579).

•El secuestro•

El tercero, retener, se refiere a impedirle a una persona, contra su voluntad, que salga o se mueva de un lugar, es decir, obligarla a que permanezca en determinado sitio al que llegó por sus propios medios. Implica coartarle a la víctima el derecho de locomoción, inmovilizándola y limitándole la auto-regulación a partir de un momento y espacio determinado, en el cual ésta se encuentra por su propia voluntad. Sucede, por ejemplo, cuando las organizaciones guerrilleras o paramilitares citan a algunos funcionarios a que rindan cuentas sobre sus actividades y en razón de la “insatisfacción” de las explicaciones deciden dejarlos retenidos. Retener equivale a detener a una persona, privarla de su libertad, independientemente del motivo o finalidad y puede tratarse de una acción que inicialmente es legal y que se torna ilegal.

El cuarto, ocultar, es esconder físicamente a la víctima de secuestro, sin que se sepa su paradero o situación. Es esconderla de los ojos de los demás, es impedir que sea vista por otras personas interesadas en su paradero. Es guardarla, taparla, disimularla o disfrazarla para que no sea reconocida.

Aunque algunos autores señalan que habría bastado con los verbos rectores sustraer y retener, argumentando que la sustracción se puede realizar con violencia y con engaño y que la ocultación es consecuencia de la retención (Arenas, 1991; Ferro, 1987), el legislador actual decidió conservar los mismos verbos rectores del Código Penal de 1980. Esto, porque se quiso mantener una mayor riqueza descriptiva respecto a la conducta, de tal forma que no se escapara, por vía de interpretación semántica o jurídica, ninguna de las formas o medios utilizados en el secuestro. Además, no se debe olvidar que el sujeto pasivo puede no estar consciente de su limitación de la libertad de locomoción, por lo que basta la simple ocultación, sin que necesariamente equivalga a una retención.

Por otra parte, la forma como se realiza la privación de la libertad de la persona es indiferente para los efectos punitivos establecidos por los tipos penales. Esta

puede consistir en sujetar físicamente a la víctima con esposas, mordazas, cadenas, etc. Lo que importa es el resultado, es decir, que la víctima pierda físicamente la capacidad de moverse de acuerdo con su voluntad. Este punto es importante para distinguir el secuestro de otros delitos contra la autonomía personal (Corte Constitucional, Sentencia C-599, 1997).

Para la Corte Constitucional, cualquiera que sea el medio,

el delito de secuestro siempre será desproporcionado, así se alegue como pretexto para cometerlo un fin honesto. Y ello porque la acción directa afecta el bien más esencial del hombre, junto con la vida, que es su libertad. Además, torna en condicional el derecho a la vida, y todos sus derivados jurídicos. Es, en definitiva, cosificar a la persona humana, lo que, a todas luces, constituye un atentado contra su dignidad y el orden jurídico total. Si se relativiza la dignidad humana, fin esencial del Estado social de derecho (arts. 1º y 2º C.P.), todo el derecho pierde consistencia, y se torna en contingente, variable con las disposiciones de turno, con lo cual la objetividad necesaria del ordenamiento jurídico desaparecería (Corte Constitucional, Sentencia C-069, 1994).

El medio empleado puede ser cualquiera que tenga idoneidad para la realización de alguno de los verbos rectores, bien sea a través de violencia física o moral, del engaño, o de la utilización de una forma inicialmente legal. Un ejemplo de este último podría ser la detención en flagrancia o con una orden de captura legítimamente producida, la cual después se convierte en una retención ilegal de una persona con alguna finalidad ilícita.

El objeto material personal

El objeto de la acción es de carácter personal y la conducta recae sobre el individuo que es arrebatado, sustraído, retenido u ocultado. El objeto material coincide con el sujeto pasivo.

Clases de secuestro

Son dos las modalidades de secuestro: el simple y el extorsivo. Respecto al secuestro simple, fue incluido en el Código Penal de 1980 a través del artículo 269, el cual fue reformado por el artículo 2 de la Ley 40 de 1993. Esta Ley introdujo un considerable aumento punitivo y la figura del rapto⁷⁵, la cual había desaparecido con la norma original de dicho Código; también se definió como secuestro simple a la privación de la libertad de una persona cuando el propósito del agente es “contraer matrimonio y obtener una finalidad erótico-sexual” (Ley 40 de 1993, artículo 2).

75 En la legislación actual (Código Penal, 2000, art. 168) la figura del rapto se considera por vía doctrinaria un secuestro extorsivo.

•El secuestro•

Para ello se estableció una pena de prisión entre uno y tres años. Además, para propósitos diferentes al anterior, se fijó una pena de prisión de seis a veinticinco años y una multa entre cien y doscientos salarios mínimos mensuales (Ley 40 de 1993, artículo 2).

Posteriormente, en el Código Penal del 2000 (Ley 599), quedó tipificado el secuestro simple con una pena mínima de diez a veinte años (art. 168). Luego, mediante el artículo 1º de la Ley 733 del 2002 se incrementó el mínimo de pena, quedando este en doce años de prisión y manteniéndose el máximo de veinte años. Posteriormente, y con el aumento de las penas establecidas por el artículo 14 de la Ley 890 del 2004, a partir del 1º de enero del 2005, la pena de prisión fue fijada entre ciento noventa y dos y trescientos sesenta meses y una multa entre ochocientos y mil quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (Código Penal, 2000, art. 168). Con la reforma del 2000 y de la de la Ley 733 del 2002, se retornó la definición original del artículo 269 del Código Penal de 1980, con un considerable incremento punitivo.

En las investigaciones relacionadas con el secuestro simple se debe establecer el móvil que tuvo el sujeto agente, para así determinar si su propósito es diferente a los descritos para el secuestro extorsivo, ya que el secuestro simple exige elementos subjetivos distintos, a los cuales se describe como “propósitos diferentes a los previstos” en el secuestro extorsivo.

Si al examinarse cuál fue la motivación del sujeto activo, no existe en esta el propósito de exigir por el secuestrado un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político, la conducta se tipificará como secuestro simple. Esta modalidad de secuestro es indeterminada y residual (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 32003, 2010) y

basta que se prive de la libertad a una persona para que se configure el delito. Y esta diferencia es la que ha hecho que el legislador imponga al delito de secuestro simple una pena sustancialmente menor que la señalada para el secuestro extorsivo (Corte Constitucional, Sentencia C-599, 1997).

Respecto a la segunda modalidad del secuestro, es decir, cuando se cataloga como extorsivo, se encuentra definida actualmente en el Código Penal del 2000 de la siguiente manera:

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 o de carácter político, incurrirá en prisión de trescientos veinte (320) a quinientos cuatro (504) meses y multa de dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2.666.66) a seis mil (6.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes (Código Penal, 2000, art. 169).

En el artículo 268 del Código Penal de 1980 se describía la conducta de secuestro extorsivo con un elemento subjetivo que decía “con fines publicitarios de carácter político”. Con la modificación realizada mediante el artículo 1° de la Ley 40 de 1993, se amplió el contenido del elemento subjetivo del tipo y se le otorgó un alcance alternativo a los propósitos del secuestro, al describir que la conducta puede realizarse “con fines publicitarios o de carácter político”.

Sobre la graduación punitiva, en la exposición de motivos del proyecto del Código Penal del 2000 se propuso la disminución de la pena para el secuestro extorsivo, atendiendo a principios de razonabilidad y proporcionalidad, amén de que esta debe ser inferior a la señalada para el ilícito denominado “toma de rehenes” (Fiscalía General de la Nación, 1998, p. 44). Esta conducta se encuentra descrita actualmente en el Título II, que consagra los delitos que atentan contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. Por el contrario, la sanción de multa para el secuestro extorsivo se incrementó tanto en su mínimo como en su máximo punitivo.

Por otra parte, se eliminó el inciso último del artículo, en cuanto calificaba otro tipo de sujeto pasivo cuando la acción recaía sobre “una personalidad de reconocida notoriedad o influencia pública” (Fiscalía General de la Nación, 1998, p. 44), en razón a que se tipificaba como secuestro extorsivo un comportamiento que no respondía a una concreta finalidad o elemento subjetivo que es lo que caracteriza a este ilícito.

En el 2008 se realiza una nueva reforma, la cual es introducida por el artículo 1° de la Ley 1200 del 2008, la cual adicionó el siguiente enunciado: “Igual pena se aplicará cuando la conducta se realice temporalmente en medio de transporte con el propósito de obtener provecho económico bajo amenaza” (Ley 1200, 2008).

En cuanto a la clasificación del tipo, los sujetos, el objeto material y la conducta se debe remitir a lo explicado anteriormente sobre el secuestro simple.

Los elementos subjetivos del secuestro extorsivo. A diferencia del secuestro simple, el tipo penal de secuestro extorsivo exige particularmente varios motivos, sin que sea necesario que para el perfeccionamiento de la conducta el agente obtenga la finalidad buscada. El comportamiento del autor o partícipe debe tener cualquiera de las siguientes intencionalidades:

- Exigir por la libertad del sujeto pasivo un provecho o cualquier utilidad.
- Exigir que el secuestrado o un tercero haga u omita algo.
- Realizar el secuestro con fines de carácter publicitario.
- Realizar el secuestro con fines de carácter político.
- Obtener provecho económico bajo amenaza.

a. Exigir por la libertad del sujeto pasivo un provecho o cualquier utilidad. El provecho es cualquier beneficio, no solamente de naturaleza económica, buscado por el actor. Siguiendo al profesor Luis Carlos Pérez, él define el provecho como

una utilidad o rendimiento de orden moral, no reducible a valores patrimoniales, ni cifras económicas, ni estadísticas. Dentro de este concepto sería delito de secuestro la sustracción o el arrebato que una mujer hiciera de su amante o novio, tratando de tenerlo consigo, aún sin realizar actos eróticos. La satisfacción por ese medio del amor ideal sería elemento psicológico constitutivo del secuestro extorsivo (Pérez, 1985, p. 380).

En cuanto a la utilidad, esta es usada como sinónimo de provecho, refiriéndose al interés o fruto que se saca del secuestro. El agente debe perseguir la obtención de algún beneficio, ventaja, ganancia, lucro o satisfacción, el cual puede ser de naturaleza económica, personal, política, publicitaria, sexual, judicial, de satisfacción personal o de cumplimiento de un deseo. Para el perfeccionamiento de la conducta no se requiere la obtención del provecho o utilidad sino que basta su exigencia.

En el caso de que el actor del delito despoje a la víctima del dinero que lleva consigo, debe cumplirse el requisito de permanencia de la privación de la libertad para que sea tipificado como secuestro, de lo contrario se considera que la conducta ataca el patrimonio económico (Pérez, 1985).

El provecho o utilidad perseguido por el agente puede exigirse de la persona secuestrada o de otra, en tiempo posterior o simultáneo al acto inicial. Sumado a esto, la finalidad de obtener un provecho o cualquier utilidad, que es establecida en el tipo penal de secuestro extorsivo, al igual que la de hacer u omitir algo,

vuelve prácticamente inaplicable el tipo de secuestro simple, porque cualquier “propósito distinto” se subsumiría en exigir cualquier “provecho o utilidad”, no necesariamente económico, a la víctima o a sus allegados para satisfacción moral o espiritual del actor del delito: bailar, tocar el piano, cantar o posar desnuda.

Para efectos penales es indiferente que el provecho o utilidad que se persigue sea lícito o ilícito. Por ejemplo, en el caso del cobro de una deuda, aunque este tenga un origen lícito, no convierte en atípica la conducta, en primer lugar, porque las deudas no dan lugar a la privación de la libertad y, en segundo lugar, porque el mecanismo establecido por la ley para su cobro es a través de los jueces, en consideración al monopolio de la justicia por parte del Estado y a la prohibición de ejercer justicia por mano propia.

Respecto a la ilicitud de la exigencia, el tipo penal no contempla referencia alguna. Por tanto,

una exigencia de que la utilidad propuesta con el secuestro sea [exclusivamente] 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 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 8389, 1994)⁷⁶.

Por ello se estableció, en el elemento subjetivo del secuestro extorsivo, que basta el ánimo o el propósito de obtener provecho o utilidad cualquiera con la privación de la libertad de una persona, independientemente de que la fuente de lo que se persigue sea lícita o ilícita, por ejemplo, una deuda proveniente de una obligación civil por la compra de un inmueble o deudas del narcotráfico.

Por otra parte, en el artículo 349 del Código Penal de 1936, se tipificó el rapto como un delito contra la familia, dirigido a quien “mediante violencia física o moral o de maniobras engañosas de cualquier género, arrebate, sustraiga o retenga a una mujer, con el propósito de satisfacer algún deseo erótico-sexual o de casarse con ella” (Código Penal, 1936, art. 349). En casos que involucraban mujeres menores de 16 años, la conducta también se tipificaba, aun cuando existiera su consentimiento. Sin embargo, se excluía la punibilidad cuando el sujeto activo contraía “matrimonio con la mujer ofendida”.

76 En igual sentido: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 14 de abril de 2000, Radicado 13384, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

•El secuestro•

En los Códigos Penales de 1980 y del 2000, dentro del elemento subjetivo del tipo de secuestro extorsivo, quedó comprendida la conducta de raptó, el cual es definido como una forma de secuestro con fines sexuales o de matrimonio. Así, por tratarse de un delito contra la libertad individual, no quedó establecida fórmula alguna que excluya la responsabilidad en razón del matrimonio que se contraiga con la víctima.

La ley 40 de 1993, en su artículo 2°, a diferencia del Código Penal de 1980, introdujo el raptó como una modalidad del secuestro simple. De cara a esto, en la exposición de motivos del Código Penal del 2000, se precisó que “frente al secuestro simple se eliminó el inciso segundo –raptó– al resultar sin justificación atendible la distinción en él contemplada, en tanto que sea cual fuese la finalidad de la retención, se está frente a un delito de secuestro” (Fiscalía General de la Nación, 1998, p. 44), por lo que la figura del raptó se consideró como un secuestro extorsivo.

El profesor Antonio Vicente Arenas fue partidario de que se conservara la figura de raptó, esgrimiendo las siguientes razones:

la importancia del elemento subjetivo (o dolo específico). Si el propósito de obtener provecho o utilidad es razón suficiente para tipificar el secuestro extorsivo, también debe serlo el propósito sexual para especificar esta violación de la libertad individual, como raptó. En segundo lugar las circunstancias de la edad y el estado civil tienen mayor trascendencia en el raptó que en las demás formas de secuestro. En tercer lugar es indiscutible significación el matrimonio entre el raptor y la persona raptada. En cuarto lugar el raptó es delito que lesiona no solo la libertad, sino también la familia, el pudor, etc. Y por eso debe tener vida jurídica propia aunque para efectos de clasificación debe figurar entre las infracciones contra la libertad por ser este el bien jurídico prevaleciente (Arenas, 1991, pp. 282-283).

La precisión habría sido importante para efectos de evitar cualquier discusión doctrinaria, pero eso no implicaba que no se debiera tipificar como secuestro extorsivo. De hecho, respecto al raptó propio –no consensual–, se le considera como una figura a la que se le debe tratar como un delito contra la libertad individual, sin ninguna connotación especial, porque siempre que haya una persona privada de su libertad contra su voluntad se tipifica la conducta punible de secuestro. Esto, aunque la finalidad sea la de obtener un provecho sexual o erótico o la finalidad del matrimonio.

Como ha manifestado la Corte Suprema de Justicia,

hoy no puede hablarse de secuestro consentido, pues tal como lo dijo la comisión redactora⁷⁷ 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 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto, 1983).

Cuando a una persona que ha sido privada de la libertad o a sus familiares se les hace alguna exigencia o se les hace saber que la retención está por fuera de los parámetros de lo legal, una conducta que ha podido empezar siendo lícita se torna ilícita. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se detiene a un sujeto en comisión de un delito en flagrancia y el carácter de la privación de la libertad cambia.

La Corte Suprema de Justicia ha establecido que el secuestro es una conducta “que no se estructura cuando el supuesto afectado actúa por la voluntaria y válida determinación, pues los verbos rectores empleados no se refieren a la conducta de quien espontáneamente abandona su familia” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto, 1983). Por ello, cuando se trata del rapto impropio o consensual, o sea, cuando la persona “raptada” ha consentido válidamente, se está frente a una conducta atípica tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo, porque la presunta víctima aceptó acompañar voluntariamente a la otra persona, independientemente de los fines sexuales o de simple compañía.

Cuando se trata del rapto de un menor de catorce años, aunque el sujeto pasivo preste su consentimiento, la legislación penal considera que la persona aún no tiene la madurez psicológica suficiente ni la capacidad de autodeterminación para prestarlo en materia sexual. Así, y según los artículos del 208 al 210 del Código Penal del 2000, la persona no tiene la capacidad de autodeterminación en asuntos sexuales. Por ello, puede concurrir la conducta de acceso carnal o acto sexual abusivo con un menor de edad con el secuestro, si se tiene en cuenta que uno de los verbos rectores de este tipo penal es el de sustraer, lo cual no requiere de violencia física para que se produzca la conducta, sino que se puede recurrir al engaño, ardid o artificio como medio para lograr el aparente consentimiento de la víctima.

.....
77 Se refiere a la Comisión Redactora del Código Penal de 1980.

b. Exigir que el secuestrado o un tercero haga u omite algo. Este es un elemento subjetivo que abarca cualquier finalidad antijurídica que motive al sujeto activo, por lo que los complementos subjetivos descritos anteriormente quedan comprendidos dentro de éste. Un ejemplo de esta finalidad es que se retenga contra su voluntad a una persona para que firme un documento de traspaso de una propiedad.

El profesor José Guillermo Eduardo Ferro se lamenta de que se haya

desvirtuado la '*ratio legis*' del llamado plagio, definido por Carrara como la 'sustracción violenta o fraudulenta de un hombre con fines de lucro o de venganza', porque en concordancia con lo expuesto, el secuestro con fines de retaliación, no cabe dentro del objetivo de que haga u omite algo, tampoco el verificado para que los familiares del sujeto pasivo sufran, por ejemplo. Formas éstas que se nos antojan mucho más graves que el rapto. Además el desencadenamiento de una emoción o pasión, o estado psicológico, no son 'exigibles' a terceros para que haya lugar a hablar del primero de los ingredientes subjetivos enunciados (Ferro, 1987, p. 309).

En Argentina se encuentra tipificada la venganza como una circunstancia que aumenta la pena en relación con el secuestro simple (Código Penal Argentina, 1985, art. 142). Por otra parte, en Colombia, la finalidad pura y simple de venganza o de sufrimiento para los familiares del secuestrado se subsume en el tipo penal de secuestro simple, por no existir disposición expresa que lo califique como extorsivo o agravado.

c. Realizar el secuestro con fines publicitarios o de carácter político. El secuestro puede ser de naturaleza política cuando la privación de la libertad obedece, por una parte, a la calidad de la persona retenida, es decir, cuando se trata de una personalidad pública, alguien que se mueve en el mundo de la política, es militar o de la policía. Por otra parte, a la instrumentalización del secuestro sin tener una finalidad económica, por ejemplo, cuando se exige un intercambio humanitario, con fines publicitarios o de humillación al que el agente considera su enemigo.

Los fines de carácter político tienen que ver con una determinada organización o partido con inspiración política, sea legal o ilegal, independientemente de la ideología que profese. Puede tener fines publicitarios de carácter político o busca ejercer presión de naturaleza política aún en el ámbito privado de una o varias personas, como cuando se secuestra a alguien para lograr el retiro de su nombre o el de algún familiar de la contienda electoral. No obstante, la finalidad publicitaria puede ser de

cualquier tipo, no necesariamente de carácter político. La propaganda o publicidad que se pretenda realizar puede ser, por ejemplo, con fines religiosos o simplemente personales.

d. Obtener provecho económico bajo amenaza. Esta adición al tipo del Código Penal del 2000 fue introducida por el artículo 1° de la Ley 1200 del 2008, que establece el secuestro como delito medio con el propósito de obtener provecho económico (delito fin), aunque no se requiere para el perfeccionamiento del secuestro que se logre el cometido.

La Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal, Radicado 20326, 2006) consideró este tipo de conducta como secuestro en concurso con hurto. En efecto, cuando el actor del delito logra la finalidad de la conducta, que es el apoderamiento de bienes patrimoniales, hay un concurso de conductas punibles entre el secuestro y el delito de hurto. El medio en que se produce la privación temporal de la libertad de la persona es en un automotor bajo amenaza, que se exterioriza en forma de violencia física o moral para reducir o neutralizar la voluntad de la víctima.

De esta forma quedó tipificado, sin lugar a discusión, el llamado coloquialmente “paseo millonario”, que es una privación ilegal de la libertad de corta duración (secuestro). Se realiza en un vehículo automotor que puede ser de alquiler (taxi) o propio, que es abordado voluntaria o involuntariamente por la víctima; en algunos casos el vehículo es interceptado por los actores del delito. Regularmente, varias personas inmovilizan al sujeto pasivo utilizando armas cortopunzantes o de fuego y le obligan a decir las claves de sus tarjetas débito o de crédito con la finalidad de obtener todo el dinero que sea posible de los dispensadores automáticos que tienen los bancos (cajeros electrónicos o automáticos). También pueden realizar cuantiosas compras con las tarjetas de la víctima.

El problema jurídico que se presentaba para tipificar esta conducta radicaba en que, por un lado, se le podría considerar como adecuado solamente en el tipo de hurto calificado, por la violencia ejercida contra la víctima; mientras que, por otra parte, se podría considerar que el delito de hurto actúa en concurso con el delito de secuestro. La violencia propia del delito contra el patrimonio económico es muy distinta de la que inspira y mueve un secuestro. En el delito de hurto calificado hay constreñimiento contra la persona para afectar su patrimonio económico, mientras que en el secuestro hay privación física de la libertad de la

persona (arrebatar, sustraer, retener u ocultar la persona). Estas dos conductas son diferentes y separables fácticamente.

En el caso del “paseo millonario”, en el que se priva de la libertad a una persona y se le pasea por toda la ciudad para hacer retiros de dinero de varios cajeros automáticos, es indudable que se está afectando primero que todo la libertad personal, conducta que es autónoma y se adecúa en el tipo penal de secuestro. Si además se logran hacer los retiros de dinero, estamos frente al delito de hurto calificado, por la violencia ejercida sobre la víctima y porque se le constriñe adicionalmente a que entregue su tarjeta de crédito o de débito y diga su clave de acceso. Debido a esto el secuestrado accede a las exigencias de los autores, ante la posibilidad de que se concrete alguna afectación contra su vida o su integridad personal. De esta forma los hechos son separables fáctica y jurídicamente y, por tanto, se adecúan en los dos tipos penales, con la calificación de la violencia para el delito de hurto.

Tipificar al paseo millonario solamente como hurto calificado por la violencia, es tanto como “identificar una circunstancia modal que es predicado de la acción básica (apoderarse), con lo principal de una acción básica descrita en otro tipo (privar de libertad física) que obviamente no es predicado de otro fenómeno” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 8389, 1994). Por ello, no se debe confundir la

violencia sobre las personas que es fuerza ejercida sobre ellas, con la privación de libertad de locomoción física que aun puede producirse sin necesidad de fuerza alguna como cuando se toma a un niño recién nacido y se lo retiene en poder de su captor (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 8389, 1994).

La privación de la libertad física, utilizada como medio para la comisión del delito de hurto, no es un simple *modus operandi* que se pueda subsumir en el delito de hurto calificado, porque esta no tiene la connotación de un mero constreñimiento, sino de una conducta autónoma que afecta el bien jurídico de la libertad individual, el cual es diferente y de mayor trascendencia social que el del patrimonio económico.

Esta modalidad de delito es conocida legalmente en México como secuestro exprés. Lo comete el que, para ejecutar los delitos de robo o extorsión y desde el mismo momento de su realización, prive de la libertad a otro (Ley general para

prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, 2010, art. 9, literal d). La pena establecida para este tipo penal es de cuarenta a ochenta años de prisión.

Causales de agravación del secuestro simple y del extorsivo

Las circunstancias agravantes son comunes para las dos modalidades de secuestro. Dicha tipificación se encuentra en el artículo 170 del Código Penal colombiano, según el cual se agrava específicamente el secuestro simple cuando concurre alguna de las circunstancias establecidas en dicho artículo, excepto la enunciada en el numeral 11. Para esto se aplica el aumento de las penas establecido en el artículo 168, que es de una tercera parte a la mitad. Aplicando los parámetros para la determinación de los mínimos y máximos del artículo 60, si la pena se aumenta en dos proporciones, la menor se aplicará al mínimo y la mayor al máximo de la infracción básica; por tanto, el juzgador debe moverse entre 256 meses, que sería el mínimo, y 540 meses de prisión, que corresponde al máximo. Lo dicho, conforme a la movilidad punitiva prevista en la ley para los cuartos (Código Penal, 2000, art. 61).

Originalmente en el artículo 170 del Código Penal del 2000, tanto el secuestro simple como el extorsivo tenían un aumento de la tercera parte a la mitad de la pena de prisión cuando concurría alguna de las circunstancias de agravación. Con las reformas introducidas por el artículo 3° de la Ley 733 del 2002 y la Ley 890 del 2004, el legislador aumentó las penas del secuestro extorsivo agravado y, además, adicionó las causales de agravación y modificó, en algunos aspectos, las modalidades de esta conducta⁷⁸ (Código Penal, 2000, art. 170). De tal forma, se pueden estudiar las circunstancias de agravación de acuerdo a la siguiente clasificación:

a. Por la calidad de servidor público del sujeto activo (Código Penal, 2000, art. 170, numeral 5). La calidad del sujeto activo, en este caso de servidor público “o que sea o haya sido miembro de las fuerzas de seguridad del Estado” (Código Penal, 2000), de conformidad con el alcance que le da el artículo 20 del Código Penal, es un agravante del delito de secuestro. La razón de esto son los compromisos asumidos por el servidor público, de respetar la Constitución y la

78 Para conocer las circunstancias de agravación punitiva se recomienda revisar el artículo 170 del Código Penal, en el cual se encuentran descritas. Algunas de ellas son: que se realice contra una persona discapacitada, si hay tortura, si la privación de la libertad dura más de 15 días, etc.

ley, así como de proteger a las personas en su vida, honra y bienes. Aunque no era necesario incluir el segundo agregado en el agravante, ya que está comprendido dentro del género servidor público, el legislador seguramente lo señaló por política criminal y como una forma de prevención especial que envía un mensaje directo a los miembros activos o retirados de las fuerzas de seguridad del Estado.

El problema radica en que no existe una definición o norma que indique qué son las fuerzas de seguridad del Estado. En el Código Penal existen otros artículos (185, 342, 346, 349) que se refieren a organismos de seguridad del Estado, pero tampoco son identificados por norma alguna.

La Constitución Política tiene dos referencias parecidas. Una, en el inciso 2º del artículo 127⁷⁹, en el que se prohibió “a los empleados del Estado que se desempeñen en la rama judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad” (Const., 1991, art. 127) tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. La otra, en el artículo 233, el cual estableció el monopolio de las armas y de las municiones de guerra y explosivos y autorizó a

los miembros de los organismos nacionales de seguridad y otros cuerpos oficiales armados, de carácter permanente, creados o autorizados por la ley [para que porten armas] bajo el control del Gobierno, de conformidad con los principios y procedimientos que aquella señale (Const., 1991, art. 233).

Así, se concluye que los organismos nacionales de seguridad son: la Fuerza Pública, integrada por la Policía Nacional y las Fuerzas Militares (ejército, fuerza aérea, la armada); la Dirección Nacional de Inteligencia, que fue creada en el 2011 tras la disolución del Departamento Administrativo de Seguridad –DAS– y a la cual pertenece también la Unidad de Información y Análisis Financiero –UIAF–; y la Unidad Nacional de Protección, la cual tiene su base en el artículo 1.2.1.4. del Decreto 1066 del 2015.

La agravación de la pena se da conforme la ponderación del daño que genera el hecho de que la conducta sea realizada por un servidor público. Cuando una persona tiene una posición especial en la sociedad, por pertenecer o haber pertenecido, por ejemplo, a las fuerzas de seguridad del Estado, la pena imponible

.....
79 Modificado por el acto Legislativo 2 del 2004, art. 1º.

puede ser mayor, ya que la sociedad espera que estas personas observen la ley y el respeto al orden jurídico.

b. Por la calidad o condición del sujeto pasivo. El legislador consideró que determinadas personas, por su condición o el estado de indefensión en el que se encuentran, son más vulnerables y por tanto son más fácilmente víctimas del delito de secuestro. Debido a ello y en razón de la calidad o cualificación especial que tienen como sujetos pasivos, se les debe proporcionar una mayor protección penal.

1. *Por la indefensión o vulnerabilidad del sujeto pasivo (Código Penal, 2000, art. 170, numeral 1).* La indefensión o vulnerabilidad de una persona se refiere a su situación o estado de carencia y disminución en la posibilidad de defenderse. Esto le hace débil frente a cualquier agresión, el riesgo de afectación de sus bienes jurídicos es más amplio y puede ser atacada con mayor facilidad, razón por la cual requiere de una protección especial.

El numeral 1° del artículo 170 del Código Penal describe los siguientes estados: que una persona no pueda valerse por sí misma o que padezca una enfermedad grave; la minoría de edad o ser mayor de 65 años; que no tenga la plena capacidad de autodeterminación; o que sea mujer embarazada. Las anteriores son circunstancias de indefensión inherentes a las víctimas, es decir, que se encuentran presentes en ellas, las cuales las hacen más vulnerables y más fáciles de dominar en razón de su fragilidad y de la ausencia o disminuida posibilidad de defensa. De esto se aprovecha el sujeto agente para la comisión del delito de secuestro, lo que refleja una mayor gravedad de la acción y un riesgo más intenso para la libertad individual e incluso para la vida e integridad de estas personas.

2. *El sujeto pasivo es calificado por el parentesco o cualquier forma de unión o integración permanente (Código Penal, 2000, art. 170, numeral 4).* Los lazos de parentesco que califican para este agravante son: hasta cuarto grado de consanguinidad; hasta cuarto de afinidad derivados de cualquier forma de matrimonio o de unión libre; primero civil; y una relación de pareja del mismo o de diferente sexo (Corte Constitucional, Sentencia C-029, 2009), es decir, cónyuge, compañera o compañero permanente. Es deber en estas relaciones una mayor solidaridad familiar y protección mutua, precisamente por la cercanía y pertenencia a un grupo que demanda unidad y armonía y no afectación mediante conductas vulneradoras de los derechos fundamentales de sus integrantes. Por esta razón,

•El secuestro•

cuando el secuestro es producido por alguien cercano, se refleja una mayor insensibilidad frente a los vínculos morales y afectivos de la consanguinidad, el parentesco y las relaciones de pareja. Los integrantes de una familia tienen obligaciones entre ellos y en conjunto deben procurar la armonía de todo el núcleo, sobre la base del respeto y la dignidad humana que a cada uno le corresponde.

Atendiendo a los reclamos de la doctrina, el legislador incluyó como causal de agravación del secuestro la violación a los deberes propios de una relación sentimental firme sostenida por la víctima, derivada de cualquier matrimonio, así este no se encuentre formalizado legalmente, como es el caso de la unión de hecho o libre entre compañero y compañera permanente.

Por ello, no es el vínculo formal el que agrava la conducta, sino la convivencia, la cercanía y la proximidad que demandan solidaridad entre quienes tienen una vida en común. De esta opinión es el profesor Alfonso Gómez Méndez, quien considera que

resulta mucho más grave dar muerte [o secuestrar] a una persona con quien se convive maritalmente que aquella con quien el sujeto activo se encuentra legalmente unido, pero mediando una prolongada separación, pues en este último caso [...] puede haber desaparecido todo vestigio de vida en común, de afecto, respeto mutuo o solidaridad entre los sujetos (Gómez Méndez, 1998, p. 90).

Como parte del agravante específico se contemplan legalmente otras relaciones de cercanía o proximidad y se les da el mismo trato, en razón de la convivencia en el mismo espacio, para poder brindar una protección similar. Así, es un agravante que el secuestro se realice “contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica” (Código Penal, 2000, art. 170). De esta manera, el ámbito de protección del tipo penal no se limita a la familia en su modelo clásico: padre, madre e hijos, sino que tiene en cuenta otras realidades, como la de las relaciones entre hijastros y padrastro o madrastra; también la de los hijos de crianza, cuya adopción se registra de hecho y no en derecho; la de las parejas homosexuales⁸⁰ y los hijos de cada uno de ellos o ellas en relación con la pareja de su padre o madre; al igual que las obligaciones de

80 La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-029-09 del 28 de enero del 2009, declaró la exequibilidad condicionada del numeral, “en el entendido de que sus previsiones también comprenden a los integrantes de las parejas del mismo sexo”.

solidaridad y protección que surgen de los hijos de crianza o hijastros frente a quienes han desempeñado el rol de padres o de madres.

3. *Por la calidad y actividad del sujeto pasivo (Código Penal, 2000, art. 170, numeral 11)*. Se agrava el secuestro si este se comete “en persona que sea o haya sido periodista, dirigente comunitario, defensor de Derechos Humanos, miembro de una organización sindical, política, étnica o religiosa o en razón de ello” (Código Penal, 2000, art. 170).

En este caso se exige una relación de determinación entre la acción del secuestro –y su realización– y la calidad, actual o pasada, del sujeto pasivo. El agravante tiene lugar si el secuestro se realiza en razón de la función periodística, de la condición de dirigente o de integrante de una comunidad sindical, política étnica o religiosa, o de la actividad en defensa de los Derechos Humanos. De esta forma, a este secuestro se le considera como de carácter extorsivo agravado, en razón de que el sujeto agente lo realiza en conocimiento y consideración de la calidad de la víctima.

Por expresa excepción, esta causal no es agravante para el secuestro simple (Código Penal, 2000, art. 170).

4. *Cuando recae sobre una persona internacionalmente protegida (Código Penal, 2000, art. 170, numeral 16)*. La conducta se agrava cuando se realiza contra una “persona internacionalmente protegida diferente o no en el Derecho Internacional Humanitario y agentes diplomáticos, de las señaladas en los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia” (Código Penal, 2000, art. 170).

El párrafo del artículo 135 del Código Penal, en el que se relacionan las personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario, así como la Ley 169 de 1994, permiten la comprensión sobre a quiénes corresponde la calidad de persona internacionalmente protegida. El Código Penal del 2000 establece, en el artículo 135, que son: integrantes de la población civil; personas que no participen en hostilidades; heridos, enfermos o náufragos fuera de combate; personal sanitario y religioso; periodistas o corresponsales de guerra acreditados; combatientes que hayan depuesto armas; apátridas o refugiados; personas con condición de protección internacional dada por los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977.

•El secuestro•

Por otra parte, la Ley 169 de 1994 aprobó la *Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos Contra Personas Internacionalmente Protegidas*, inclusive los Agentes Diplomáticos, suscrita en Nueva York, el 14 de diciembre de 1973. Es precisamente en el artículo 1º de esta, que se define que son sujetos de dicha protección los jefes de Estado o de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores (así como sus correspondientes familiares que les acompañen) que se encuentren en un Estado extranjero; y, los representantes, funcionarios o personalidades oficiales de un Estado o de organizaciones intergubernamentales que tengan derecho a protección especial, conforme al Derecho Internacional. Sumado a esto, el concepto de persona internacionalmente protegida en el Derecho Internacional Humanitario debe tener una relación de causalidad con la existencia de un conflicto armado interno o internacional.

De conformidad con el artículo 2º de la Convención, cada Estado Parte debe calificar como delitos, en su legislación interna y cuando se realicen intencionalmente, la comisión de un homicidio, secuestro u otro atentado contra la integridad física o la libertad de una persona internacionalmente protegida.

De igual manera, Colombia ha suscrito varios convenios con Estados Unidos por medio de los cuales extiende a personal militar y a civiles contratistas la calidad de diplomáticos. Por voluntad de las partes, estas personas quedaron cobijadas con inmunidad diplomática y están internacionalmente protegidas (González-Monguí, 2013). Los cuatro convenios son: El *Acuerdo de Asistencia Militar*; suscrito el 17 de abril de 1952⁸¹ (Colectivo de Abogados, 2005); el *Convenio general para ayuda económica, técnica y afín entre el Gobierno de Colombia y el Gobierno de Estados Unidos de América*, suscrito el 23 de julio de 1962, en el cual se incluyó la protección del personal de Estados Unidos (Colectivo de Abogados, 2005)⁸²; Acuerdo del 7 de octubre de 1974, relativo a una misión de las Fuerzas Militares (ejército, naval y aérea) de Estados Unidos de América en la República de Colombia, en el que también se estableció la

81 Acuerdo suscrito por Gonzalo Restrepo Jaramillo, ministro de Relaciones Exteriores de Colombia y Capus M. Waynick, embajador extraordinario y plenipotenciario de los Estados Unidos. Para ver más información sobre el Acuerdo, ver en: <http://colectivodeabogados.org/Acuerdo-de-asistencia-militar-entre-la-Republica-de-Colombia-y-los-Estados>

82 Para ver el Convenio: <http://colectivodeabogados.org/Convenio-general-para-ayuda>

inmunidad para el personal militar y sus familias⁸³; Acuerdo del 17 de septiembre del 2003, complementario al de 1962, en el que se ratifica la inmunidad del personal de Estados Unidos y se le excluye de la posibilidad de juzgamiento por parte de la Corte Penal Internacional.

Como personas protegidas internacionalmente, diferentes a las señaladas por el Derecho Internacional Humanitario, también se pueden considerar las que están en situación de refugio o asilo político.

c. Según los medios utilizados. Los medios que agravan la conducta de secuestro tienen que ver con recurrir a una orden de captura o de detención falsificada, o simulando tenerla, para facilitar la realización del delito; también con obrar, en el desarrollo del secuestro, a través de la tortura o la violencia sexual; también, con amenazar de muerte o con lesiones a la víctima si esta no accede a los pedimentos de los secuestradores.

1. *Mediante orden de captura o detención falsificada o simulando tenerla (Código Penal, 2000, art. 170, numeral 12).* En este caso se recurre al engaño, para facilitar la perpetración del delito, mediante la utilización de una orden de captura falsa o simulando tenerla, caso en el cual la conducta contra la fe pública queda subsumida en el agravante. Cuando el secuestro es agravado de esta manera, puede concurrir con la conducta descrita en el artículo 426 sobre la simulación de investidura o de cargo.

2. *Con tortura o violencia sexual durante el tiempo del secuestro (Código Penal, 2000, art. 170, numeral 2).* La tortura o la violencia sexual son agravantes específicos del delito de secuestro y, por lo tanto, no se consideran como delitos autónomos en concurso. La tortura y sus diferentes manifestaciones son estudiadas más adelante como delito autónomo, cuyas características son aplicables para este agravante. Respecto a la violencia sexual como agravante, se refiere a la realización de cualquier acto de acceso carnal –según está definido en el artículo 212 del Código Penal–, ejercido con violencia –en los términos del artículo 212A⁸⁴–. También a cualquier acto sexual, diferente al acceso carnal, realizado con

83 Para más información sobre el Acuerdo: <http://colectivodeabogados.org/Acuerdo-relativo-a-una-mision-de>

84 Por violencia, según el Código Penal del 2000, se entiende:

el uso de la fuerza; la amenaza del uso de la fuerza; la coacción física o psicológica, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación; la detención ilegal; la opresión psicológica; el abuso de poder; la utilización de entornos de coacción y circunstancias similares que impidan a la víctima dar su libre consentimiento (Código Penal, 2000, art. 212A).

violencia contra la persona secuestrada o cuando ésta ha sido puesta en incapacidad de resistir.

Como lo definió la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal, Radicado 39392, 2014), el delito de secuestro concurre con los delitos de tortura y acceso carnal violento en una persona protegida, cuando se presenta en el marco de un conflicto armado interno (Código Penal, 2000, arts. 137 y 138). En el caso de las “personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”, el bien jurídico protegido es diferente. Sin embargo, no se puede deducir el agravante específico del numeral 2 del artículo 170 del Código Penal y al mismo tiempo el concurso con los tipos penales referidos (Código Penal, 2000, arts. 137 y 138), porque constituiría una violación al principio del *non bis in ídem*.

3. *Con amenaza de muerte, de lesión, o de ejecutar un acto que implique grave peligro común o grave perjuicio a la comunidad o a la salud pública* (Código Penal, 2000, art. 170, numeral 6). La Corte Suprema de Justicia ha precisado que con la amenaza se inflige miedo y se ocasiona un sufrimiento moral o psíquico. La amenaza se consuma con la simple advertencia de un mal con probabilidad de ocurrencia, pues lo que cuenta es que esta logre un estado de desazón interior que afecte la normalidad psicológica de la víctima, como lo reconoce la mayoría de los doctrinantes (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 5458, 1991). A través de este medio se busca doblegar la voluntad de la víctima o de terceros (como los familiares), procurando un mayor sometimiento y una ampliación de las posibilidades de alcanzar el fin propuesto (Pabón Parra, 1996). Este agravante se refiere al medio moral utilizado para presionar la entrega o verificación de lo exigido.

Este agravante hace alusión a las manifestaciones, expresas o tácitas, con las que el actor del delito da a entender que quiere realizar algún mal contra el secuestrado, consistente en la muerte, en lesiones o en ejecutar algún acto que implique un grave peligro común o un grave perjuicio para la comunidad o la salud pública. En estos casos, aunque el agravante no remite expresamente a la normatividad existente sobre el particular, se deben tener en cuenta, como marco normativo típico, las conductas de peligro común, previstas en los artículos 350 a 367B⁸⁵, o contra la salud pública, señaladas en el Título XIII del Código Penal

85 Capítulo II del Título XII del Código Penal del 2000: *Delitos contra la seguridad pública*.

del 2000. Esto no solamente es aplicable para efecto del agravante, sino también en caso de que las amenazas se cumplan, lo cual implicaría el concurso material entre el delito de secuestro agravado y el delito de peligro común o contra la salud pública.

El agravante exige, además, que las amenazas respecto a crear un peligro común o un perjuicio a la comunidad o a la salud pública deben ser graves, es decir, que la coerción moral sea tan seria –o más–, a la producida por la amenaza de lesión o muerte y debe generar igual o mayor temor en la víctima o tercero. En todo caso, el perfeccionamiento del agravante se tipifica con la sola exteriorización, por parte del sujeto agente, de la amenaza grave.

d. Según la finalidad perseguida. De acuerdo a esto se han agrupado dos agravantes: cuando hay fines terroristas y cuando se obtiene el provecho o utilidad perseguidas.

1. *Cuando se comete con fines terroristas (Código Penal, 2000, art. 170, numeral 7).* Se agrava específicamente el delito de secuestro cuando este se comete con el objetivo de crear o mantener en estado de zozobra, alarma o terror a la población o a parte de ella, aunque no se logre, efectivamente, el resultado buscado. La Corte Suprema de Justicia ha indicado que “la zozobra corresponde a una situación de intranquilidad, inquietud, aflicción, angustia, desazón, incertidumbre o desasosiego, mientras que el terror alude al miedo, pánico, temor, pavor o susto” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 40401, 2014).

Para que se configure el agravante debe haber, además, una relación entre la realización de los actos que afectan la libertad de las personas y la utilización de los medios capaces de causar estragos (daño, destrucción o devastación) en grandes proporciones. Estos medios, unidos al secuestro, provocan y mantienen el estado de zozobra o terror en la población.

2. *Cuando se obtiene la utilidad, el provecho o la finalidad perseguidos por los autores o partícipes (Código Penal, 2000, art. 170, numeral 8).* Si el secuestrador logra la obtención de alguno de sus propósitos, por ejemplo, de tipo económico, publicitario, político o de venganza, la conducta se tipifica dentro del agravante. En caso de que el secuestro fuera realizado con fines económicos, en el momento en el que el sujeto agente obtiene el dinero o el bien económicamente

•El secuestro•

representativo, se tipifica la conducta como secuestro extorsivo agravado, sin que concurran por separado los delitos de secuestro y extorsión.

e. Según las consecuencias generadas por el secuestro. El secuestro puede producir consecuencias que afectan a la víctima tanto en sus bienes, como en sus actividades, en su vida o en su integridad personal.

1. *Cuando se afectan gravemente los bienes o la actividad profesional o económica de la víctima (Código Penal, 2000, art. 170, numeral 9).* Para que se configure el agravante, el secuestro debe ocasionar inestabilidad económica, profesional o en los bienes de la víctima, con lo cual se afecte gravemente su subsistencia. También, cuando se generan desbarajustes o dificultades graves en la administración de sus bienes o patrimonio.

2. *La muerte o las lesiones personales sobrevinientes en la víctima (Código Penal, 2000, art. 170, numeral 10).* La conducta se agrava cuando por causa o en ocasión del secuestro a la víctima le sobreviene la muerte o lesiones personales. Si estas son producidas dolosamente por los victimarios la conducta no se agrava, sino que se produce el concurso de conductas punibles con el secuestro.

f. Según las circunstancias de modo, tiempo y lugar. La prolongación del cautiverio es una circunstancia de tiempo; la confianza depositada por la víctima es una circunstancia de modo, al igual que el traficar con la persona secuestrada durante el tiempo de privación de su libertad; la realización del delito desde un sitio de privación de la libertad es una circunstancia de lugar, al igual que la comisión parcial en el extranjero.

1. *Por la prolongación del cautiverio (Código Penal, 2000, art. 170, numeral 3).* El legislador ha considerado que una prolongación del cautiverio que sea superior a los quince días agrava la conducta, debido a que denota una mayor decisión y persistencia en el secuestro, sin que este sea detenido ante el sufrimiento físico y moral de la víctima.

2. *Por la confianza depositada por la víctima (Código Penal, 2000, art. 170, numeral 4).* El aprovechamiento de la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno de los partícipes del secuestro es un factor de modo que agrava el delito. El fundamento para la mayor punibilidad en estos casos reside tanto en la solidaridad como en la lealtad que demanda la confianza depositada en otra persona, en razón de su amistad o por cualquier otro motivo que puede ser de naturaleza profesional o de carácter laboral. La confianza es la esperanza

firme que se tiene en una persona y que implica incluso el poner en las manos del otro la propia libertad individual. Configura este agravante, el aprovechamiento de la confianza que se da al compartir o al concurrir a una cita que termina siendo utilizada para la privación de la libertad, sea por la fuerza o mediante el engaño.

4. *Cuando la conducta se comete total o parcialmente desde un lugar de privación de la libertad (Código Penal, 2000, art. 170, numeral 13)*. Esta modalidad se realiza particularmente a través de llamadas extorsivas con una finalidad económica. Estos secuestros se realizan desde las cárceles del país o incluso se pueden cometer desde la prisión domiciliaria. Debió haberse agravado por la ejecución de la conducta en un lugar de privación de la libertad, en razón a que en algunas cárceles del país se realizan secuestros exprés contra los mismos reclusos, a quienes no se les deja atender las visitas de sus familiares los fines de semana, exigiéndoles a cambio alguna prestación de naturaleza económica.

5. *Cuando el secuestro se comete parcialmente en el extranjero (Código Penal, 2000, art. 170, numeral 14)*. En este caso debe cometerse el secuestro parcialmente en Colombia y parcialmente en el extranjero, sea que se origine en otro país o en territorio patrio o que se mantenga a la persona en uno de los dos países.

6. *Cuando se trafica con la persona secuestrada durante el tiempo de privación de la libertad (Código Penal, 2000, art. 170, numeral 15)*. Una modalidad de común ocurrencia en nuestro país es la realización del secuestro de una persona, por parte de una organización criminal, para “vendérsela” a otra. Este agravante puede presentarse en cualquier momento del cautiverio del secuestrado.

Transformación de tipos penales autónomos en elementos o agravantes de otras conductas punibles

En la Ley 40 de 1993 se describieron como tipos penales autónomos varias modalidades delictivas que fueron contempladas, en el Código Penal del 2000, básicamente como elementos enriquecedores de otros tipos penales o como circunstancias de agravación punitiva de los correspondientes tipos. Así sucedió con el concierto para secuestrar, el enriquecimiento ilícito derivado del secuestro, la omisión de informes, la omisión de aviso, la omisión de servidores públicos, el suministro de información y el provecho ilícito por error ajeno proveniente del delito de secuestro.

•El secuestro•

*Concierto para secuestrar*⁸⁶

Es un agravante del concierto para delinquir, conforme lo estableció el artículo 340 del Código Penal del 2000, modificado por el artículo 8 de la Ley 733 del 2000 y luego por el artículo 19 de la Ley 1121 de 2006. Cuando el concierto sea para cometer el delito de secuestro extorsivo, la pena por esa sola conducta es de prisión de seis a doce años.

Enriquecimiento ilícito derivado del secuestro

La descripción de este tipo: “el que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito” (Ley 40, 1993, art. 6), quedó íntegramente recogida por el artículo 327 del Código Penal del 2000. Este tipo describe el punible de enriquecimiento ilícito de particular⁸⁷, derivado, en forma genérica, de cualquier actividad delictiva, lo que permite involucrar el delito de secuestro extorsivo.

Como antecedente, la Ley 40 de 1993 –en su artículo 6º–, exigía dos condiciones para que se tipificara la conducta punible: primero, que el incremento patrimonial no justificado, como efecto económico, debía derivarse del delito de secuestro, de manera directa o indirecta. La Corte Constitucional encontró razonable esa disposición, debido a la coherencia causa-efecto que traía. Si se consideraba que la causa era punible, por ser ilícita, también lo serían sus efectos patrimoniales propios, fueran ellos directos o indirectos”. La Corte dijo que “sería un contrasentido penalizar el secuestro y, al mismo tiempo, permitir sus efectos, directos o indirectos (Corte Constitucional, Sentencia C-069, 1994).

Segundo, como se trataba de un tipo penal subsidiario, se exigía que el enriquecimiento ilícito del particular no constituyera otro delito. Pero el artículo

86 n la Ley 40 de 1993, en el art. 5º, que fue subrogado por la Ley 365 de 1997 en su art. 26, se define que el concierto para secuestras se da

cuando varias personas se concierten con el fin de cometer un delito de secuestro, cada una de ellas será penada, por ese solo hecho, con prisión de cinco (5) a diez (10) años. La pena se aumentará hasta en una cuarta parte para quienes promuevan, encabecen o dirijan el concierto (Ley 40, 1993).

87 En el artículo 327 del Código Penal del 2000 se establece, sobre el enriquecimiento ilícito de particulares, que el que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes (Código Penal, 2000, art. 327).

327 del Código Penal del 2000 modificó dicho aspecto. Por lo tanto, ahora es un tipo penal autónomo que no supedita su aplicación a que los hechos allí descritos no estén en otro tipo penal o no estén sancionados en otra disposición con pena mayor.

El reproche al enriquecimiento ilícito se encuentra incorporado en la Constitución Política⁸⁸. Aunque parece exótico que ese tipo de conducta se incluya como norma superior, “no debe olvidarse que las Constituciones –y en general cualquier norma-, deben amoldarse a las exigencias que plantean las realidades sociales, políticas, económicas o culturales de una determinada sociedad, atendiendo a las circunstancias cambiantes de los tiempos” (Corte Constitucional, Sentencia C-319, 1996).

Como se desprende de la norma Constitucional⁸⁹, y aunque se encuentra contenido dentro del título que protege el orden económico y social, el bien jurídico protegido es el de la moral pública o social. De hecho, el motivo que tuvo el constituyente de 1991 fue el

grave proceso de deterioro de la moral pública y de los valores éticos que ha venido padeciendo nuestra sociedad en las últimas décadas [...] que se ha traducido en una desenfadada corrupción, no sólo a nivel de la administración pública en general sino también de los particulares (Corte Constitucional, Sentencia C-319, 1996).

Este tipo penal es especial y autónomo y describe un comportamiento al que puede adecuarse la conducta del actor de manera directa e inmediata, sin necesidad de recurrir a otro tipo penal. En cuanto al sujeto activo, este es indeterminado, porque la conducta puede ser cometida por cualquier persona sin calidades especiales.

El tipo penal exige que exista un incremento patrimonial no justificado. Esta parte implicó discusiones, ya que una minoría de la doctrina consideró que se estaba invirtiendo la carga de la prueba. Sin embargo, la mayoría consideró que las explicaciones que debía rendir el implicado hacían parte del ejercicio del derecho

.....
88 Dice la Constitución, en el artículo 34: “No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social” (Const, 1991, art. 34).

89 Const. Pol. Artículo 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social.

•El secuestro•

de defensa, sin que esto quisiera decir que el Estado no estaba obligado a demostrar tanto el enriquecimiento como el origen ilícito del incremento patrimonial.

También dispone que el incremento patrimonial no justificado debe provenir de actividades delictivas. En cuanto a este elemento normativo, no se refiere a que deba provenir de un sujeto condenado previamente por el delito de narcotráfico o cualquier otro delito; si fuese así, habría sido estipulado expresamente. Lo que quiso el legislador,

fue respetar el ámbito de competencia del juez, para que fuera él quien estableciera, de conformidad con los medios de prueba y frente a cada caso concreto, la ilicitud de la actividad y el grado de compromiso que tuviese con la ley el sujeto activo del delito (Corte Constitucional, Sentencia C-319, 1996).

Omisión de informes y omisión de aviso⁹⁰

Estas conductas fueron recogidas en el tipo penal denominado “omisión de denuncia de particular” (Código Penal, 2000, art. 441), dentro del título de *Delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia*. Se hace referencia expresa al delito de secuestro, en las modalidades de simple y extorsivo. La protección de identidad del informante o testigo se rige por lo dispuesto en la Ley 906 del 2004, en el artículo 114, numeral 6 y en el artículo 221.

Omisión de servidores públicos

Si en relación con el delito de secuestro⁹¹ se omite, retarda, rehúsa o deniega un acto propio de las funciones de un servidor público, se presenta esta conducta

.....
90 El artículo 9 de la Ley 40 de 1993 obligaba a cualquier persona a informar los planes o actividades encaminados a la ejecución de un delito de secuestro, mediante el aviso oportuno a las autoridades o la denuncia del secuestro de cuyos autores o partícipes tuviera conocimiento, so pena de uno a cinco años de prisión (Ley 40, 1993, art. 9, omisión de informes). En el siguiente artículo, el 10, se definió la omisión de aviso, que podía ser cometida por cualquier persona que no diere aviso a las autoridades de un secuestro o desaparición, de cuya ocurrencia tuviere conocimiento directo, so pena de seis meses a un año de prisión. El que diere aviso podía quedar amparado por el Fiscal General de la Nación, quien dispondría lo pertinente para que quedara en secreto su identidad.

91 Dice la Ley 40 de 1993, art. 33:

Empleados oficiales. El empleado oficial que omita, rehuse, retarde o deniegue un acto propio de sus funciones en relación con la prevención, investigación o juzgamiento de una extorsión o un secuestro, incurrirá en prisión de dos (2) a diez (10) años e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término (Ley 40, 1993, art.33).

como una circunstancia de agravación punitiva del delito de prevaricato por omisión (Código Penal, 2000, art. 415).

Suministro de información

Se refiere a la obligación, por parte de los operadores de telecomunicaciones –incluidos los concesionarios y licenciarios del servicio de telefonía móvil celular–, de suministrar información en las investigaciones por los delitos de extorsión y secuestro (Ley 289, 1996, art. 19). En caso de renuencia, como se dijo en la exposición de motivos del proyecto del Código Penal, por tratarse de una verdadera coparticipación criminal, se regula a través del correspondiente dispositivo amplificador del tipo (Código Penal, 2000, arts. 28-30).

Provecho ilícito, por error ajeno, proveniente de secuestro o extorsión

Esta conducta que originalmente estaba en el artículo 12 de la Ley 282 de 1996, se incluyó como agravante del delito de estafa cuando “el provecho ilícito se obtenga por quien sin ser partícipe de un delito de secuestro o extorsión, con ocasión del mismo, induzca o mantenga a otro en error” (Código Penal, 2000, art. 247, numeral 2º).

Los concursos del secuestro con otras conductas punibles

Los agravantes del secuestro extorsivo, contemplados en los numerales 2, 11 y 13 del artículo 270 del Código Penal de 1980⁹² (tortura física o moral, violencia sexual, muerte o lesiones personales, falsificación de orden de captura), fueron eliminados en el Código Penal del 2000, “pues se [trataba] de verdaderos concursos materiales de delitos” (Fiscalía General de la Nación, 1998, p. 44). Sin embargo, mediante la Ley 733 del 2002 fueron revividas esas causales como agravantes del delito de secuestro.

El delito de secuestro puede concurrir con otras conductas, igualmente tipificadas como delitos en nuestra legislación penal colombiana, como el homicidio o las lesiones personales –cuando son iniciativa de los secuestradores–, el concierto

.....
92 Código Penal de 1980. Artículo 270, subrogado por el artículo 3º de la Ley 40 de 1993. Circunstancias de agravación punitiva.

•El secuestro•

para delinquir, entre otros. Así ocurre respecto a las acciones subversivas, para las cuales el secuestro de personas no es una actividad propia, ni tampoco es un elemento integrante del delito de rebelión, razón por la cual no puede considerarse como subsumido dentro de este tipo penal (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 11346, 1998). El secuestro puede concurrir con el delito de rebelión, por tratarse de tipos penales cuya protección está dirigida a diferentes bienes jurídicos (el primero protege la libertad individual y el otro el régimen constitucional y legal), cada uno de ellos autónomo, separables fáctica y jurídicamente, así como es posible su adecuación en disposiciones diferentes.

Circunstancias de atenuación punitiva del secuestro

Para que proceda la atenuación punitiva del secuestro extorsivo, consistente en una disminución hasta de la mitad de la pena de prisión, el artículo 171 del Código Penal del 2000 exige que deben cumplirse las siguientes condiciones:

1. Que la liberación del secuestrado ocurra dentro de los quince días siguientes a su retención.
2. Que la liberación sea voluntaria.
3. Que los plagiarios no hayan obtenido alguno de los fines previstos para el secuestro extorsivo.

La Corte Suprema de Justicia consideró, durante varios años, que para que procediera la atenuación de penas en el secuestro simple bastaba con el cumplimiento de las dos primeras condiciones, o sea, de la liberación voluntaria dentro de los quince días siguientes a la retención. Sin embargo, la Corte ha cambiado de posición al considerar que, para dicha modalidad de secuestro, deben aplicarse las tres condiciones que se requieren también para el secuestro extorsivo, pues de lo contrario se desnaturalizarían

la teleología del precepto y las motivaciones de política criminal que lo inspiraban, porque lo que se busca con esta rebaja es estimular al secuestrador para que renuncie a la realización del propósito perseguido, no para que precipite su accionar delictivo con el fin de lograr el objetivo buscado en el menor tiempo posible (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 32003, 2015).

Este cambio de posición fue desatinado y viola el principio de legalidad, si se tiene en cuenta que el secuestro simple no requiere de que se establezca algún

móvil, sino que se descarten fines extorsivos. Por esta razón, y para efectos de la atenuación punitiva, solamente se requeriría el cumplimiento de la circunstancia temporal de la liberación y la voluntariedad de la misma. Además, el inciso segundo del artículo 171 lo limita en ese sentido y no exige la tercera circunstancia, porque esta corresponde al secuestro extorsivo. Dice la norma: “En los eventos del secuestro simple habrá lugar a igual disminución de la pena si el secuestrado, dentro del mismo término, fuere dejado voluntariamente en libertad” (Código Penal, 2000, art. 171).

La celebración indebida de contratos de seguros

El Código Penal del 2000, en su artículo 172, estableció el tipo penal sobre celebración indebida de contrato de seguros⁹³, que fue derogado por el artículo 15 de la Ley 733 del 2002. Según la exposición de motivos del proyecto de ley del Código Penal, se buscaba prohibir “que las compañías aseguradoras obtengan beneficios originados en la generalización del delito de secuestro”, a través de la celebración indebida de contratos de seguro. De igual manera, se hizo la salvedad de que

cuando el agente actúa en alguna de las circunstancias de justificación de la conducta prevista en éste Código⁹³, constituye una causal de ausencia de responsabilidad contemplada en la Parte General para todos los delitos, por eso se hace innecesaria su inclusión (Fiscalía General de la Nación, 1998, p. 45).

Eximentes de antijuridicidad

Para que la conducta típica del secuestro sea punible, se requiere que lesione efectivamente, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado de la libertad individual. La posibilidad de privación de la libertad de una persona solamente le es conferida al Estado, por las razones previamente consignadas en la ley y por autoridad competente. A los particulares no les es permitido, por norma general, privar de la libertad a una persona. No obstante y excepcionalmente, un particular

.....
93 Sobre la celebración indebida de contratos de seguros:

Quien intervenga en la celebración de un contrato que asegure el pago del rescate de un posible secuestro, o en la negociación o intermediación del rescate pedido por un secuestrado, por razones diferentes a las humanitarias, incurrirá en prisión de dos (2) a tres (3) años y multa de mil (1.000) a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes (Código Penal, 2000, art. 172).

podría recurrir a retener transitoriamente a otra persona mientras la autoridad interviene, cuando existe flagrancia en el delito o se busca preservar la propia vida de quien pretende quitarla. Así mismo, respecto a los bienes jurídicos de los demás, como cuando una persona con problemas mentales arremete contra la gente o bienes que encuentra a su paso. En estos casos, la conducta se justificaría según las circunstancias, cuando ocurre por legítima defensa o estado de necesidad.

Existe un antecedente en la jurisprudencia penal, sobre el estado de necesidad, en el artículo 12 de la Ley 40 de 1993, en el cual se tipificó como delito el pagar para obtener la liberación de una persona secuestrada⁹⁴. La Corte Constitucional, al examinar dicha Ley, en relación con la causal de justificación del estado de necesidad, consideró que la víctima del secuestro se encuentra en peligro actual e inminente de perder la vida, por lo que, en la mayoría de casos, no es evitable de una manera diferente al pago del rescate a los delincuentes.

Así mismo, la Corte señaló que no puede decirse que el secuestrado, o sus parientes o amigos, han causado intencionalmente o por imprudencia el peligro en el que se encuentran. De igual manera, que ni el secuestrado ni sus allegados tienen el deber jurídico de afrontar el peligro. Por tanto, estableció que quien actúa en esas circunstancias para salvar la vida y recobrar la libertad propia o ajena, actúa conforme al Derecho (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-542, 1993). En consecuencia, “el supuesto de permitir el pago por un secuestro, se hace en virtud de una medida proporcionada al derecho-deber de conservar la vida humana ante un peligro grave e inminente de perder la vida” (Corte Constitucional, Sentencia C-069, 1994).

De lo contrario, se colocaría un impedimento a las familias, con el que se pondría en peligro la vida del secuestrado. Sumado a esto, en caso de no atender la normativa, tanto la familia como los amigos que intervengan en el pago del rescate sufrirían la revictimización por parte del Estado al tener que enfrentar un proceso penal. Además, sería imponer un impedimento cuando el Estado ni siquiera logra reprimir a los autores del secuestro.

94 En el Código Penal del 2000 no existen disposiciones similares.

Diferencias del secuestro con la desaparición forzada

La privación de la libertad es un elemento común en el secuestro (simple y extorsivo) y en la desaparición forzada, lo que dificulta en algunas ocasiones su tipificación, particularmente cuando se trata del verbo ocultar, que también es común para ambos delitos.

La privación de la libertad de una persona en el secuestro tiene como característica, independientemente de su finalidad, que es transitoria. En este, la detención es “un medio para conseguir un fin diverso” y, por lo tanto, al autor le interesa que se conozca su acto, pues ese es el primer paso con miras a la realización de las exigencias que tiene en mente” (Corte Constitucional, Sentencia C-317, 2012). La privación de la libertad en la desaparición forzada está seguida del ocultamiento y del no dar información sobre el paradero de la víctima. No busca ninguna exigencia, ni da a conocer la situación de la persona, ni tiene un propósito diferente al de mantenerla oculta, así como al destino que le ha sido dado a ella por parte de quienes intervinieron en el delito.

La simulación del secuestro o el autosecuestro

Cuando una persona simula un secuestro, que en el argot de los periodistas es un autosecuestro, con el objeto de obtener, por ejemplo, un beneficio económico, en realidad no se afecta el bien jurídico de la libertad individual. Por lo tanto, no se adecúa la conducta en los tipos penales que regulan el secuestro.

El proceso de adecuación típica apunta a otro delito, pues la solicitud de dinero se hace con la finalidad de dejar en libertad al presunto secuestrado, caso en el que se está generando un engaño que produce angustia a los familiares que reúnen el dinero para pagar el “rescate”. Como de igual manera hay violencia moral, es decir, constreñimiento contra las personas a quienes se les asegura que existe el secuestro, pero no existe afectación real de la libertad individual, se tipifica como extorsión (Código Penal, 2000, art. 244).

En el *Código Orgánico Integral Penal de Ecuador* del 2014, la sola simulación del secuestro es un delito autónomo sancionado con pena privativa de la libertad entre seis meses y dos años (Código Penal de Ecuador, 2014, art. 163).

APODERAMIENTO Y DESVÍO DE AERONAVES, NAVES O MEDIOS DE TRANSPORTE COLECTIVO

Este tipo penal fue ubicado en el Código Penal de 1980 dentro de los delitos contra la autonomía personal. Después, en el Código Penal del 2000, fue colocado en un capítulo autónomo de los delitos contra la libertad individual, “pues si bien no responde a la descripción de la conducta de secuestro propiamente dicha, sí comporta una retención ilegal de personas y por ello se hace conveniente ubicarlo en el capítulo inmediatamente posterior al que regula el secuestro” (Fiscalía General de la Nación, 1998, p. 45). Posterior a esto, solo ha tenido una modificación por el aumento de penas mediante la Ley 890 del 2004⁹⁵.

En Colombia, el apoderamiento de aeronaves ha estado asociado fundamentalmente a la guerrilla. El primero sucedió el 6 de agosto de 1967, varios minutos después del despegue del avión de Aerocondor, que partía desde Barranquilla rumbo a San Andrés y que fue desviado para Cuba. Con posterioridad a este suceso se han presentado varios apoderamientos, pero fundamentalmente en años más recientes.

95 Dice el artículo 173 del Código Penal del 2000, sobre el aumento de penas en el tipo penal de apoderamiento de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo:

El que mediante violencia, amenazas o maniobras engañosas, se apodere de nave, aeronave, o de cualquier otro medio de transporte colectivo, o altere su itinerario, o ejerza su control, incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de ciento sesenta (160) a doscientos setenta (270) meses y multa de mil trescientos treinta y tres punto treinta y tres (1333.33) a cuatro mil quinientos (4.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes, cuando no se permita la salida de los pasajeros en la primera oportunidad (Código Penal, 2000, art. 173).

El 12 de abril de 1999 se presentó otro caso llamativo, el del avión Fokker, de la empresa Avianca, del cual se apoderó el Ejército de Liberación Nacional –ELN–. Esta aeronave partía de la ciudad de Bucaramanga hacia Bogotá con 43 personas a bordo, incluida la tripulación. Transcurridos diez minutos del despegue del avión, un grupo de aproximadamente cinco hombres que habían ingresado como pasajeros, cubrieron sus rostros con pasamontañas y tras sacar armas de fuego, intimidaron a los demás pasajeros y a la tripulación,

conminándolos a que permanecieran con la cabeza agachada y puesto el cinturón de seguridad, obligaron a desviar la ruta del avión haciéndolo aterrizar en la pista conocida como ‘Los Sábalos’, ubicada en el sitio el Piñal, jurisdicción del municipio de Vijagual, en el sur de Bolívar (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 23796, 2006)⁹⁶.

Algunos de los pasajeros, por su edad o estado de salud, fueron liberados días después del apoderamiento de la aeronave, pero la mayoría de ellos permanecieron secuestrados por más de un año. Finalmente, varios guerrilleros fueron condenados por los delitos de rebelión, secuestro extorsivo y apoderamiento y desvío de aeronave (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 23796, 2006).

Posteriormente, entre 1999 y el 2002, se produjeron tres apoderamientos de aeronaves comerciales, realizados por las FARC. El de mayor trascendencia sucedió el 20 de febrero del 2002 y fue sobre un avión de la empresa Aires que cubría la ruta Bogotá-Neiva. Esta acción les permitió secuestrar al senador Jorge Eduardo Géchem Turbay, lo que dio lugar a que el gobierno nacional terminara los diálogos que adelantaba con esta guerrilla, en el municipio de San Vicente del Caguán (Semana, 20 de febrero de 2016).

El último apoderamiento de una aeronave en territorio colombiano fue realizado el 12 de septiembre del 2005 por parte de Porfirio Ramírez Aldana, quien retuvo un avión de la empresa Aires que viajaba en la ruta Florencia-Bogotá. Ramírez estaba en un estado particular de desesperación y pretendió, por esta vía, llamar la atención del Estado para que este le reconociera una indemnización por las consecuencias que tuvo sobre su cuerpo un tiroteo de la policía, en el

96 En igual sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 8 de octubre de 2008, Radicado 26489, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

•Apoderamiento y desvío de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo.

cual resultó afectado por dos proyectiles, los cuales lo dejaron paralítico (Silva Romero, 10 de marzo de 2012).

No obstante los dramas que ha vivido la aeronáutica colombiana por los apoderamientos de aeronaves, no hay ningún hecho que supere lo sucedido el 11 de septiembre del 2011. Este día, dos Aviones de la empresa American Airlines y dos de United Airlines fueron utilizados como proyectiles contra sitios emblemáticos de Estados Unidos, con el resultado del concurso de delitos de apoderamiento de aeronaves con secuestro de los pasajeros, terrorismo, numerosos homicidios, lesiones personales y daños en bienes ajenos. Todo esto, sin respetar las normas del Derecho Internacional Humanitario, en un ataque atroz contra la población civil, incluidos los pasajeros que viajaban en esas aeronaves.

Por otra parte, en relación con el transporte colectivo marítimo, se comprende bajo la denominación genérica de piratería, no solamente el apoderamiento de naves, sino también el hurto de carga y el secuestro de pasajeros. A veces se piensa que este es un asunto del pasado y que hoy en día no sucede, pero estas modalidades delictivas se han incrementado y se presentan especialmente en los mares aledaños a Somalia, Indonesia, Malasia o Vietnam. También en Colombia, tanto en el territorio nacional como en aguas internacionales⁹⁷ (Navarro, 30 de julio del 2015). Así mismo, la llamada piratería terrestre es otro de los flagelos que son realizados principalmente contra los operadores y los vehículos de carga.

Legislación internacional y nacional

Existe abundante regulación en materia del transporte colectivo de personas, en lo que tiene que ver con la aeronavegación, el transporte marítimo y fluvial, así como en relación con el terrestre. El apoderamiento de naves o aeronaves es un delito internacional que afecta los intereses de los diferentes países y que ha llevado a establecer una legislación que regula las operaciones a nivel internacional.

.....
97 Según la periodista Diana Navarro,

Estos piratas suelen subir a las embarcaciones pesqueras o barcos comerciales armados con fusiles de asalto AK 47, de fabricación rusa, y dicen los reportajes, usualmente con acento colombiano, roban a la tripulación de sus víveres, gasolina y a veces hasta les quitan la vida. Todo esto para utilizar a las embarcaciones para transportar drogas ilícitas, recuperarse en ellas, o delinquir desde estas. Según la Interpol, los '(...)' piratas reciben rescates de millones de dólares, que presuntamente se reparten entre ellos mismos, sus cabecillas y las personas que financian las operaciones (...) (Navarro, 30 de julio del 2015).

En lo que se refiere al transporte aéreo, varios autores coinciden en señalar que las regulaciones normativas son tan viejas como la aviación misma y que uno de sus pioneros es Paul Fuachille, quien propuso, en 1901, establecer un régimen jurídico para las operaciones aéreas, en un artículo que publicó en la *Revuegenerale de droitaerien* bajo el célebre título de *Ledomaineaerien et le régimejuridique des aérostats* (Awner & Rivas, 1998; Marks, 1971). A partir de allí se han realizado importantes esfuerzos por constituir cuerpos normativos, a nivel internacional, que sean la guía para las operaciones aéreas.

Específicamente en materia de aeronaves y aeronáutica existen cuatro convenios internacionales que se han desarrollado para la represión de los actos ilícitos contra la aviación civil, los cuales obligan a los países suscriptores a contemplar, en la legislación interna, normas para la persecución de este delito. Los convenios son:

- El *Convenio sobre Infracciones y otros actos cometidos a bordo de aeronaves*, concluido en Tokio el 14 de Septiembre de 1963. Más conocido como el *Convenio de Tokio*, contempla, en su artículo 11, el apoderamiento ilícito de aeronaves. En este se especifica que frente a dichos actos, los Estados Contratantes deben tomar las medidas necesarias para que quien dirige la aeronave conserve y/o recupere el control de la misma. De igual manera, que el Estado en el que aterrice la nave genere las condiciones para que los pasajeros y la tripulación continúen su viaje y que la aeronave y su carga sean devueltas a sus propietarios (ONU, 1963)⁹⁸.
- *Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves*, adoptado por la Conferencia de la Haya el 16 de diciembre de 1970. El artículo 1 de este convenio señala que comete este delito toda persona que a bordo de una aeronave amenace, se apodere o ejerza ilícitamente el control del vehículo (ONU, 1970)⁹⁹.
- El *Protocolo para la Represión de Actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional*,

98 En Colombia fue aprobado mediante Ley 14 de 1972 y ratificado el 6 de julio de 1973. Entró a regir en el país el 4 de octubre de 1973. Para ver más sobre el Artículo 11 visitar: https://www.unodc.org/tldb/es/1963_Convention_On%20Board%20Aircraft.html

99 Fue aprobado en Colombia mediante Ley 14 de 1972 y ratificado el 3 de julio de 1973. Comenzó a regir en el país a partir del 3 de agosto de 1973. Para ver más sobre este convenio, visitar: http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conv_repre_apodera_il%20C3%ADcito_aeronaves.pdf

•Apoderamiento y desvío de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo.

*complementario del convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, del 23 de septiembre de 1971*¹⁰⁰ (ONU, 1988), suscrito en Montreal el 24 de febrero de 1988, fue aprobado en Colombia mediante la Ley 764 del 2002 y ratificado el 14 de enero del 2004. Entró en vigencia en el país el 13 de febrero del 2004.

- El último es el *Convenio para la represión de actos ilícitos relacionados con la aviación civil internacional*, que fue hecho en Beijing, el 10 de septiembre del 2010 y que cuenta con un Protocolo Complementario. Este convenio no ha sido ratificado por Colombia (ONU, 2010a)¹⁰¹.

En general, los principios y los criterios que sirven de fundamento para la regulación y reglamentación del transporte colectivo, aéreo, marítimo, fluvial, férreo, masivo y terrestre, así como su operación en el territorio nacional, se encuentran en las leyes 105 de 1993 y 336 de 1996 y en las normas que las han reformado.

Por una parte, en Colombia el transporte aéreo es un servicio público esencial, que se rige por las normas del *Código de Comercio* (Libro Quinto, Capítulo Preliminar y Segunda Parte), por el *Manual de Reglamentos Aeronáuticos* que dicte la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y por los tratados, convenios, acuerdos y prácticas internacionales debidamente adoptadas o aplicadas por Colombia (Ley 336 de 1996, artículo 68).

Por otra parte, el transporte colectivo terrestre es un servicio público esencial y sigue los lineamientos establecidos por las Leyes 105 de 1993 y 336 de 1996, así como por el Decreto reglamentario 170 del 2001.

En lo que respecta al apoderamiento de las naves en el mar, tradicionalmente se le ha denominado como piratería, término que también se ha extendido cuando los objetos de la acción son las aeronaves. A pesar de que la piratería es uno de los delitos más antiguos, pues existe desde que nació la navegación, los primeros intentos de establecer una legislación internacional al respecto fueron entre 1926 y 1932. En estos proyectos se basaron los redactores de la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Alta Mar*, firmada en Ginebra en 1958, la cual sirvió, a su vez, para la redacción de la *Convención de las Naciones Unidas sobre*

100 Para ver más sobre este convenio: <http://www.un.org/es/sc/ctc/docs/conventions/conv7.pdf>.

101 Para ver más información sobre el convenio: http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Beijing_Conv_ES.pdf.

*el Derecho del Mar*¹⁰² –CONVEMAR– (ONU, 2014). Esta última, suscrita en Montego Bay en 1982, dispuso en su artículo 101 lo que se debe entender por piratería¹⁰³, definición que involucra el apoderamiento como detención de un buque o contra las personas a bordo.

A nivel nacional se aplican las normas del Código de Comercio –arts. 1578 a 1596–; la Ley 17 de 1991, por medio de la cual se aprobó el Convenio para facilitar el Tráfico Marítimo Internacional; y las Leyes 105 de 1993 y 336 de 1996, así como las normas que las han reformado. En cuanto al transporte colectivo fluvial, es regulado por la Ley 1242 del 2008.

Derecho comparado

El delito de apoderamiento de naves, aeronaves o del transporte colectivo de pasajeros, es tratado de diferentes formas en la legislación penal de otros países y por algunos ha sido denominado tradicionalmente como piratería o secuestro.

Los Códigos Penales de España y de México denominan piratería a este tipo de delitos. El Código Penal español ubica esta conducta como un delito contra la comunidad internacional y contra el derecho de gentes, castigándolo con una pena de prisión de diez a quince años (Código Penal España, 1995, art. 616)¹⁰⁴. Sin embargo, los códigos de los demás países lo califican regularmente como un delito que protege el bien jurídico de la libertad individual.

El Código Penal Federal de México considera la piratería como un delito contra el Derecho Internacional. En su artículo 146 utiliza el verbo rector apresar, que significa “tomar por la fuerza alguna nave, apoderarse de ella” (RAE, 2014). Por tanto, son considerados piratas “los que, perteneciendo a la tripulación de una nave mercante mexicana, de otra nación, o sin nacionalidad, apresen a mano

102 Para ver más sobre esta convención, que fue suscrita por Colombia el 10 de diciembre de 1982, ir a: http://www.un.org/Depts/los/reference_files/status2010.pdf. Vale aclarar que no ha sido aprobada por el Congreso, ni ratificada por el gobierno nacional, al parecer por el conflicto con Nicaragua.

103 Para más información sobre esta Convención: http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/convemar_es.pdf.

104 Código Penal de España. En: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l2t24.html

Artículo 616 ter. El que con violencia, intimidación o engaño, se apodere, dañe o destruya una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, o bien atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de las mismas, será castigado como reo del delito de piratería con la pena de prisión de diez a quince años (Código Penal España, 1995, art. 616).

•Apoderamiento y desvío de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo.

armada alguna embarcación, o cometan depredaciones en ella, o hagan violencia a las personas que se hallen a bordo” (Código Penal Federal de México, 1931, art. 146).

Bajo la protección del bien jurídico de la libertad de las personas, el Código Penal Francés denomina como secuestro de aeronaves, buques o de cualquier otro medio de transporte,

el hecho de apoderarse o tomar el control con violencia o amenaza de violencia de una aeronave, un buque o de cualquier otro medio de transporte con viajeros a bordo, así como de una plataforma fija situada en la plataforma continental, será castigado con veinte años de reclusión criminal [o con una pena de] reclusión criminal a perpetuidad cuando vaya acompañada de torturas o de actos de barbarie o si de ella resulta la muerte de una o varias personas (Code Pénal France, 1992, art. 224.7 – 224.8).

A los casos de violencia contra la libertad de decisión del conductor de un vehículo se les considera, en el Código Penal Alemán, como “hechos de peligro público” (Código Penal Alemán, 1999, art. 316a). De igual manera, se denominan como ataques al transporte aéreo y marítimo los actos en los que se emplee violencia o se dirijan contra la libertad de decisión de una persona, con el objetivo de dominar e influir en el manejo de una aeronave civil que se encuentre en vuelo o sobre un barco de transporte marítimo civil (Código Penal Alemán, 1999, art. 316a). Las penas para estos casos pueden oscilar entre cinco años y la pena privativa de la libertad de por vida, cuando se produce temerariamente la muerte de una persona.

En el Código Penal de Ecuador el “apoderamiento de nave o aeronave, vehículos o cualquier otro transporte”, no es un delito autónomo, sino una causal de agravación del delito de secuestro extorsivo (Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, 2014, art. 162, num. 4). Dicho tipo penal hace parte de los “Delitos contra la libertad personal”.

La clasificación del tipo

El artículo 173 del Código Penal colombiano es un tipo penal de resultado objetivo, porque exige el efectivo apoderamiento de la nave o aeronave o medio de transporte colectivo. También es de lesión, porque con el apoderamiento se violenta efectivamente la libertad individual de las personas que van como pasajeros o tripulantes. Finalmente, es de conducta instantánea, porque se perfecciona en

un solo momento, es decir, cuando se realiza el apoderamiento, a partir de lo que se convierte en permanente por el tiempo que dure el mismo.

De igual manera, es un tipo penal pluriofensivo, porque se lesionan no solamente la libertad individual, sino también otros derechos: el de la vida e integridad personal de quienes viajan como pasajeros o hacen parte de la tripulación, los cuales son puestos en peligro o afectados en el concurso de delitos; también afecta el patrimonio económico, puesto que los actores disponen de un bien (nave o aeronave o medio de transporte colectivo) que no les pertenece; atenta contra la tranquilidad y seguridad en el transporte colectivo de todas las personas o, como lo señalan otros códigos, afecta a la comunidad internacional. De conformidad con la Ley 105 de 1993: “la seguridad de las personas constituye una prioridad del Sistema y del Sector Transporte” (Ley 105, 1993, art. 2, literal e).

El tipo objetivo

Para que se perfeccione la conducta descrita en el artículo 173 del Código Penal del 2000, se requiere:

- Un sujeto activo que puede ser cualquier persona, sin una calidad especial.
- Un sujeto pasivo que puede ser una o varias personas que hagan parte de la tripulación o de los pasajeros afectadas en su libertad individual.
- Que la conducta esté regida por alguno de los verbos rectores: apoderar, alterar o ejercer el control sobre el objeto material.
- Que la conducta recaiga sobre nave, aeronave, o cualquier otro medio de transporte colectivo (objeto material).
- Que la alteración sea sobre el itinerario de cualquiera de los vehículos antes mencionados.
- Que la acción se realice con violencia, amenazas o maniobras engañosas.

Los sujetos activo y pasivo

El sujeto activo es singular e indeterminado, aunque usualmente la conducta es realizada por un número plural de personas, caso en el cual se rige por las normas sobre participación criminal (Código Penal, 2000, arts. 28 - 30).

El sujeto pasivo puede ser singular y para que se tipifique como delito contra la libertad individual, la nave, aeronave o medio de transporte colectivo debe

•Apoderamiento y desvío de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo.

estar ocupada por lo menos por una persona, como titular del derecho de autodeterminación y de locomoción. Sin embargo, usualmente sucede que las acciones de apoderamiento de aeronaves son realizadas con la retención de un gran número de personas a bordo. Si en el medio de transporte colectivo no se encuentra ninguna persona como pasajero, conductor o miembro de la tripulación, la conducta no lesiona la libertad individual, sino el patrimonio económico y, por lo tanto, el tipo penal aplicable es el de hurto.

La conducta

La conducta está regida por los verbos alternativos apoderar, alterar o ejercer. El verbo apoderar consiste en la acción de despojo que le permite al sujeto activo obtener el dominio material o el control de la nave o aeronave o medio de transporte colectivo. Implica sustracción, dominio, ocupación, usurpación o separación de la órbita de custodia y disposición del objeto material. Este verbo rector también se encuentra en el tipo penal de hurto y es un elemento determinante de la conducta, sin embargo, la diferencia radica en que en el hurto solo se afecta el patrimonio económico, mientras que en el apoderamiento de una nave, aeronave o medio de transporte colectivo se debe afectar la libertad individual para que la conducta se tipifique.

De conformidad con los convenios internacionales que se han desarrollado para la represión de los actos ilícitos contra la aviación civil, el apoderamiento, en el caso de las aeronaves, se debe presentar en el vuelo. Aunque como el Código Penal colombiano no hace distinción en este sentido, para estos vehículos el apoderamiento puede realizarse en tierra o en aire. De igual manera, para los buques o barcos puede ser cuando se encuentran atracados en puerto o en navegación. También, tratándose de cualquier otro tipo de transporte colectivo (tren, subway, metro, tranvía, bus), puede realizarse cuando el vehículo está en movimiento o en el respectivo terminal o paradero.

En cuanto al verbo alterar el itinerario, significa desviar o cambiar la ruta o rumbo de la nave, aeronave o medio de transporte colectivo o alterar su horario de partida o de circulación. El cambio de ruta de las aeronaves se da cuando están en vuelo y el de las naves marítimas o fluviales cuando están navegando. Si se

trata de alteración de los horarios, esta puede realizarse cuando las naves están en puerto o en tierra.

En cuanto al verbo ejercer el control de la nave o aeronave, es una acción que se encuentra dentro del concepto de apoderamiento, es decir, es consecuencia de éste. Realmente no se puede ejercer el control de la aeronave si previamente no se ha realizado su apoderamiento. Se ejerce el control de cualquier medio de transporte colectivo en forma directa o a través de otra persona, que puede ser el piloto, el conductor o quien lo dirija.

La conducta de apoderamiento o de alteración del itinerario o de control, debe realizarse con violencia, amenazas o maniobras engañosas. Siguiendo al tratadista Vincenzo Manzini, la violencia es

el ejercicio de una energía física excesiva (propia o no de la persona de quien la pone en obra) sobre una persona o una cosa, de modo que de ello se siga una coacción personal física, absoluta o relativa, positiva o negativa, o la modificación de una cosa en contraste con los derechos ajenos sobre esa misma cosa, o que produzca impedimento al ejercicio o al goce de otros derechos subjetivos ajenos (Manzini, 1957, p. 233).

Es decir, la violencia es toda agresión o vía de hecho contra las personas o las cosas para vencer la resistencia del sujeto pasivo y puede ser física o moral. Es física cuando se emplea la fuerza muscular (golpes, reducción física) o cualquier tipo de armas, constrañendo al sujeto pasivo a la realización de la conducta descrita. Es moral cuando se compele síquicamente a la víctima, mediante amenazas o actos idóneos contra las personas o las cosas, que anulan su voluntad, que restringen su libertad síquica, obligándola a realizar algo o a dejar de hacerlo (González Monguí, 2001).

Respecto a la amenaza, como se dijo anteriormente al tratar el tema del secuestro, se inflige miedo, se advierte la realización de un mal futuro con probabilidad de ocurrencia y se busca doblegar la voluntad de la víctima, procurando un mayor sometimiento para generar mayores posibilidades de alcanzar el fin propuesto.

La maniobra engañosa tiene que ver con todo ardid, treta, artificio, trampa, maquinación o artimaña utilizados por el sujeto agente para lograr el apoderamiento de la nave, aeronave o medio de transporte colectivo. Aunque una maniobra es, literalmente, toda operación que se ejecuta con las manos, para efectos

•Apoderamiento y desvío de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo.

de la interpretación de este tipo penal también es todo engaño, astucia, ingenio o habilidad que proviene de la mente del sujeto activo.

El objeto sobre el cual recae la acción (objeto material)

Es de naturaleza personal y real. Recae, primero, sobre las personas que se encuentran en el medio de transporte colectivo, quienes son las titulares del bien jurídico de la libertad individual. Segundo, recae también sobre los medios de transporte que son objeto del apoderamiento que afecta la libertad individual de los pasajeros y de la tripulación.

Entre los vehículos que son objeto del apoderamiento están las aeronaves (avión, helicóptero, cohete, transbordador espacial) que, como su nombre lo indica, son destinadas a la navegación aérea. Por otra parte, para la navegación marítima o fluvial están las naves, entre las cuales cuentan los barcos y los buques.

Los demás medios utilizados para el desplazamiento de pasajeros (autobús¹⁰⁵, tren, metro, tren subterráneo, tranvía, lancha, barcaza y ferri) son definidos como medios de transporte colectivo. A este se le entiende como todo modo mecanizado de movilización que tenga la capacidad para trasladar un número plural de pasajeros, sea público u oficial, es decir, operado por el Estado, o privado, es decir, accionado por los particulares. También puede ser de acceso abierto a cualquier persona o de acceso restringido. En este último caso, hay un grupo de personas que se identifican por una actividad, servicio, vínculo o cualquier afinidad, por ejemplo, el transporte en el bus escolar o el que presta el servicio a los trabajadores de una empresa.

El apoderamiento de una nave o aeronave, según los convenios internacionales antes referidos, se considera un acto de piratería cuando el vehículo es privado, lo que implica que quedan excluidos los de uso militar. En efecto,

sólo los buques o aeronaves privados pueden, por tanto, cometer actos de piratería.

Al cometer un acto de piratería, el buque o la aeronave pirata, y los piratas mismos, pierden la protección del país cuyo pabellón, en otras circunstancias, tendrían derecho a enarbolar (Sobrino Heredia, 2008, p. 105).

.....
105 La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 22 de febrero de 2000, no casó la condena contra varios sujetos que se apoderaron por cuatro horas de un autobús de servicio público con cuarenta pasajeros en la ciudad de Bogotá, por considerar que se trataba de un transporte colectivo y por afectar la autonomía personal colectiva (Sala de Casación Penal, Radicado 14120, 2000).

En el caso colombiano, el tipo penal tiene que ver con apenas un aspecto de la piratería, como es el apoderamiento de una nave o aeronave o cualquier otro transporte colectivo. En esta norma no se hace distinción alguna sobre el carácter del vehículo (privado, oficial o militar) y solamente se exige la condición de transporte colectivo. Es decir, el Código Penal no establece que la conducta solamente deba recaer sobre naves privadas, por lo que no puede reducirse el ámbito de protección penal. Los atentados contra la vida, la libertad individual y el patrimonio económico son conductas que, como actos de piratería, entran en concurso con el de apoderamiento de la nave, aeronave o cualquier clase de transporte colectivo.

El agravante específico

La conducta se agrava cuando en la primera oportunidad, por ejemplo, la aeronave aterriza en el aeropuerto al que fue desviada y el sujeto agente no permite la salida de los pasajeros. En este caso, según el inciso segundo del artículo 173, el secuestro simple de los pasajeros se considera un agravante que da lugar al aumento de la pena de prisión de la mitad a las tres cuartas partes.

El concurso con otros delitos

La conducta de apoderamiento y desvío de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo, puede concurrir con la de secuestro extorsivo, por ejemplo, cuando se realiza con fines económicos o políticos en relación con la libertad de las personas (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 23796, 2006). Por otro lado, si un recluso, para lograr la evasión, cambia la ruta por la cual es transportado, concurre con la fuga de presos. Finalmente, si el apoderamiento de la nave se realiza sin que haya persona alguna dentro de esta, se tipifica un delito contra el patrimonio económico (hurto) que podría concurrir con el de extorsión, si se exige dinero por su devolución.

El artículo 28 del Decreto 180 de 1988, que modificó la norma original del Código Penal de 1980, estableció una mayor pena –de 15 a 20 años– cuando se ocasiona daño a la integridad personal de la tripulación o a sus ocupantes, pero esta norma se eliminó en el Código Penal del 2000, “pues se trata de un verdadero concurso de delitos” (Fiscalía General de la Nación, 1998, p. 45).

En este capítulo serán objeto de análisis dogmático cuatro tipos penales que tienen que ver con la prohibición de la detención arbitraria de las personas, que son: la privación ilegal de la libertad, la prolongación ilícita de la libertad, la detención arbitraria especial y el desconocimiento de *hábeas corpus*¹⁰⁶.

La legislación internacional suscrita por Colombia establece que ninguna persona puede ser privada de la libertad de manera arbitraria. Así lo disponen la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948, art. 9) y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, ratificado mediante la Ley 74 de 1968: “Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias” (ONU, 1966). Por su parte, la *Convención Americana de Derechos Humanos*, ratificada por la Ley 16 de 1972, establece que “nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados o por las leyes dictadas conforme a ellas” (OEA, 1969). Igualmente, en la legislación internacional tiene fundamento el *hábeas corpus*, que como acción y derecho fundamental garantiza la protección de la libertad individual contra las detenciones arbitrarias.

En el sistema penal colombiano la libertad de toda persona constituye la norma general y la restricción a la misma tiene una serie de límites. Toda persona es libre, aunque se reconoce que esta situación puede ser afectada con la pérdida de la libertad bajo determinadas condiciones. De hecho, para la privación de la

106 Estos tipos penales corresponden a los artículos 174, 175, 176 y 177, en el orden en que fueron nombrados.

libertad de una persona, primero se debe atender el principio de la reserva judicial (Const., 1991, arts. 28, 30, 32), debido a que la pérdida de la libertad solo puede ser ordenada, por escrito, por la autoridad competente (juez de control de garantías), con las formalidades legales y por motivos razonablemente fundados. Estos le permiten inferir al juez si la persona contra quien se pide librar la orden de captura es probablemente o no el autor o partícipe del delito que se investiga y si es necesaria la privación de la libertad, según la petición hecha por el respectivo fiscal (Código Procedimiento Penal, 2004, art. 297).

Igualmente, para imponer la privación de la libertad como medida de aseguramiento (detención preventiva), esta debe ser dispuesta por el juez de control de garantías (Código Procedimiento Penal, 2004, arts. 306 - 308) o, en el caso de una sentencia condenatoria, por un juez de conocimiento (Código Procedimiento Penal, 2004, arts. 450 y 451). En algunas situaciones se presentan excepciones frente a quién puede imponer dicha privación. Una de ellas es la captura en flagrancia, que puede ser realizada por cualquier autoridad o persona particular (Código Procedimiento Penal, 2004, art. 301, 302). La otra corresponde a la captura excepcional, dispuesta por la Fiscalía General de la Nación con el arreglo al artículo 300 del Código de Procedimiento Penal.

La flagrancia, como excepción a la reserva judicial, tiene su fundamento en la proximidad de ocurrencia del delito, en su actualidad y en la identificación o individualización del autor. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dicho que la flagrancia corresponde a

una situación actual que torna imperiosa la actuación inmediata de las autoridades [o de los particulares], cuya respuesta pronta y urgente impide la obtención previa de la orden judicial para allanar y la concurrencia del fiscal a quien, en las circunstancias anotadas, no podría exigírsele que esté presente, ya que de tenerse su presencia por obligatoria el aviso que debería cursársele impediría actuar con la celeridad e inmediatez que las situaciones de flagrancia requieren, permitiendo, de ese modo, la reprochable culminación de una conducta delictiva que pudo haber sido suspendida merced a la penetración oportuna de la autoridad al lugar en donde se desarrollaba (Corte Constitucional, Sentencia C-239, 2012).

Aparte del principio de reserva judicial existe el de la reserva legal (Const., 1991, arts. 28, 29), que implica que la restricción de la libertad solo puede ser autorizada por los motivos establecidos previamente en la ley. Para los casos

•De la detención arbitraria•

regulados por la Ley 906 del 2004, toda privación de la libertad debe ser sometida a control judicial de inmediato y a más tardar dentro de las treinta y seis horas siguientes a que se haya retenido a la persona.

Por otra parte, la ley establece términos procesales perentorios para la investigación y el juzgamiento de las personas, los cuales pretenden garantizar la efectividad de los derechos del procesado (Corte Constitucional, Sentencia C-390, 2014), entre ellos, el derecho a que no ocurra durante el proceso la privación ilegal de la libertad o la prolongación ilícita de la misma.

Privación ilegal de la libertad

La privación ilegal de la libertad está tipificada, en el artículo 174 del Código Penal del 2000, con una pena de prisión de cuarenta y ocho a noventa meses. El supuesto de hecho es similar a los contenidos en los Códigos Penales de 1936 (artículo 295) y de 1980 (artículo 272), con la diferencia de que éste último contemplaba una pena de prisión entre uno y cinco años, así como establecía, como pena principal, la pérdida del empleo (Código Penal, 1980, art. 272).

Para que el supuesto de hecho se perfeccione, se requiere:

- Que la calidad del sujeto activo sea la de servidor público en cualquiera de las ramas del poder y de sus dependencias o entidades.
- Que el hecho sea el de privar a una persona de su libertad personal.
- Que tal privación de la libertad se ejerza con abuso de la funciones públicas, esto es, sin el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales.

La clasificación del tipo penal

Es un tipo de resultado, porque se requiere efectivamente la privación material de la libertad. Es también un tipo de lesión, porque vulnera la libertad individual. De igual forma es un tipo de conducta permanente, porque la antijuridicidad se prolonga por el tiempo que dure la privación de la libertad. Finalmente, es pluriofensivo, porque no solamente afecta la libertad individual, sino también a la familia, a la dignidad humana, entre otros bienes jurídicos.

El tipo objetivo

a. Los sujetos y el objeto material. El sujeto activo es singular y está cualificado por el vínculo con el Estado, conforme a la definición y alcance que le da el artículo 20 del Código Penal. Para este caso el servidor público debe tener competencia funcional, es decir, facultad para privar de la libertad a las personas, pero lo hace abusando de sus funciones.

Este delito, aunque está cualificado en el sujeto activo, admite la intervención de particulares como partícipes (Código Penal, 2000, art. 30). De igual manera, por tratarse de un delito permanente en el que se mantiene la situación antijurídica de privación de la libertad, se pueden dar la autoría y participación después de haberse concretado el acto de retención. Por otra parte, el sujeto pasivo puede ser cualquier persona susceptible de ser destinataria de una medida privativa de la libertad. En este caso, el sujeto pasivo y el objeto material son la misma persona, que es el titular del bien jurídico de la libertad individual y sobre la cual recae la acción de la privación de la libertad.

b. La conducta. El tipo penal emplea un solo verbo rector (simple), privar a otro de la libertad. Viene del latín *privare*, que significa quitar, despojar o suprimir (RAE, 2014) la libertad de locomoción de la persona. De esto se deduce, entonces, que es una conducta que sólo se puede cometer por acción.

Por principio constitucional, como se ha dicho, nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, sino en virtud de mandamiento escrito por parte de una autoridad judicial competente, con las formalidades legales requeridas y por motivo previamente definido en la ley (Const., 1991, art. 28). Por ello, la conducta de privación ilegal de la libertad viola el artículo 28 de la Carta Política, en cuanto el servidor público actúa de forma contraria a la protección de la libertad, conforme lo exige dicha norma, y las limitaciones que expresamente establece para restringir un derecho fundamental como es la libertad individual.

Las personas pueden ser privadas de la libertad, con violación de las garantías constitucionales o legales, en varios casos. Uno de ellos se puede presentar, como ha dicho la Corte Constitucional, cuando

una autoridad priva de la libertad a una persona en lugar diferente al sitio destinado de manera oficial para la detención de personas, o lo hace sin mandamiento escrito

•De la detención arbitraria•

de autoridad judicial competente, o lo realiza sin el cumplimiento de las formalidades previstas en la ley, o por un motivo que no esté definido en ésta¹⁰⁷ (Corte Constitucional, Sentencia C-187, 2006).

También puede suceder “que sea la propia autoridad judicial, la que al disponer sobre la privación de la libertad de una persona, lo haga sin las formalidades legales o por un motivo no definido en la ley” (Corte Constitucional, Sentencia C-187, 2006).

c. El elemento normativo: abuso de las funciones. El Código Penal del 2000, al igual que el de 1980, tiene un elemento normativo que exige la privación de la libertad por el abuso de las funciones del servidor público, es decir, dentro de su órbita de competencia funcional establecida en la ley, pero de manera ilegal o arbitraria, porque el sujeto activo no la ordena por motivos razonablemente fundados o de acuerdo con las formalidades legales.

El servidor público que realiza la conducta debe tener la competencia funcional para privar de la libertad a una persona, acción que efectúa arbitrariamente, es decir, sin el cumplimiento de los presupuestos constitucionales y legales que le deben servir de fundamento. De igual manera, puede ejecutar esto sin las formalidades legales o sin que la norma jurídica autorice la captura, es decir, de manera ilegal. Si el servidor público no tiene dichas funciones o no las ejerce en el momento de la realización de la conducta, no se considera que abuse de ellas. Por tanto, si priva de la libertad a una persona sin tener la competencia funcional para ello, incurre en el delito de secuestro.

La privación de la libertad puede ser producto de una decisión caprichosa o arbitraria del servidor público, aun cuando este sea el fiscal competente para realizar la investigación y actúe en ejercicio del artículo 300 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), el cual faculta a la Fiscalía para ordenar la captura excepcional. Así mismo, es arbitraria cuando es el juez el que autoriza tomar esa determinación sin que existan motivos razonablemente fundados o la necesidad para

.....
107 Dice la Corte Constitucional:

En el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del año de 1979 sobre el caso Argentino, esta Comisión recomendó que para evitar que se produzcan nuevos casos de desaparición, crear un registro central de detenidos que permita a los familiares de éstos y a otros interesados conocer, en breve plazo, las detenciones practicadas; ordenar que éstas detenciones sean llevadas a cabo por agentes debidamente identificados e impartir instrucciones a fin de que los detenidos sean trasladados sin demora a lugares específicamente destinados al objeto (Corte Constitucional, Sentencia C-187, 2006).

ello. La privación ilegal también se puede presentar en aquellos procesos que están regulados por la Ley 600 del 2000, cuando el fiscal la ordena y no se cumplen los requisitos para afectar la libertad de una persona con el objeto de recibirle indagatoria o para imponerle la detención preventiva.

También los policías, con base en las atribuciones del anterior Código Nacional de Policía (Decreto 1355 de 1970), privaban ilegalmente la libertad de las personas. Un ejemplo de ello es que la Policía Nacional realizaba retenciones transitorias de la libertad hasta por 24 horas contra personas que no tenían orden judicial en ese sentido y no se encontraban en situación de flagrancia en la comisión de un delito. Esto, prevalidos de lo dispuesto por el artículo 207 del Código Nacional de Policía (Decreto 1355 de 1970), que establecía como contravención deambular en estado de embriaguez y no consentir en ser acompañado al domicilio y encontrarse en estado grave de excitación que implicara que se pudiera cometer una inminente infracción a la ley penal.

Estas disposiciones le concedían amplias facultades a los policías para valorar a las personas en su estado de “embriaguez” o de “excitación” y así aplicarles la medida privativa de la libertad, como también daba lugar a abusos policiales. Recurriendo a esta norma, encubrían la privación de la libertad que ejercían sobre ciudadanos del común, trabajadores sexuales¹⁰⁸, estudiantes, vendedores ambulantes, población LGBTI¹⁰⁹, drogodependientes y personas pobres¹¹⁰, a las cuales, en contra de las garantías establecidas por la Carta Política, se les violaba también su derecho a la intimidad “en la medida en que durante la privación de la libertad son vigiladas y observadas” (Lalinde Ordóñez, 2015, p. 77).

Aunquela Corte Constitucional consideró que el artículo 207 facilitaba la aplicación de “sanciones disfrazadas”, prefirió conminar al legislador para que expidiera una nueva normatividad que garantizara los derechos, en vez de declarar inexecutable la norma, argumentando que no se debía privar a la policía de un mecanismo destinado, supuestamente, a garantizar la protección de las personas y a prevenir

108 Para ver más al respecto, visitar [Elespectador.com](http://www.elespectador.com), el artículo: *Así maltratan a las trabajadoras sexuales en Bogotá*, en <http://www.elespectador.com/noticias/bogota/asi-maltratan-trabajadoras-sexuales-bogota-articulo-670304>.

109 Para ver más al respecto, visitar [Colombiadiversa.org](http://colombiadiversa.org), el artículo escrito por Catalina Lleras Cruz (2008-2009): *Abuso policial: autoritarismo en la arbitrariedad legal*, en <http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/documentos/informes-dh/colombia-diversa-informe-dh-2008-2009-capitulo-3.pdf>.

110 Para ver más al respecto visitar [Elespectador.com](http://www.elespectador.com), el artículo de Mauricio Albarracín: *UPJ: la cárcel de los jóvenes pobres*, en <http://www.elespectador.com/opinion/upj-carcel-de-los-jovenes-pobres>.

•De la detención arbitraria•

posibles conductas delictivas¹¹¹ (Corte Constitucional, Sentencia C-199, 1998). El plazo dado al legislador se venció el 20 de junio del 2008 sin haber expedido norma alguna.

La decisión tomada por la Corte Constitucional fue realmente contradictoria, porque si ya aceptaba que la norma facilitaba los abusos policiales, so pretexto de la protección de las personas en estado de embriaguez o de grave excitación, la debió haber declarado inexecutable para así no permitir que continuaran presentándose esos casos de abuso policial y de real violación de la libertad individual de las personas que a posteriori fueran retenidas.

Finalmente fue expedida la Ley 1801 del 2016 (Código Nacional de Policía y convivencia)¹¹², la cual rige a partir del 29 de enero del 2017. De esta se espera

.....
111 Dijo la Corte, respecto al artículo 207, que la intervención de la Policía debía tener como finalidad la protección de la persona y la prevención, para así salvaguardar valores constitucionales como la vida o la integridad personal. Se argumentó que una persona en estado momentáneo de debilidad podía llegar a afectar los intereses de terceros. Así mismo, que era un hecho ineludible que el consumo de alcohol y los estados de intensas emociones, en un elevado número de personas, "ocasionan el relajamiento de lazos inhibitorios y la consiguiente exteriorización de actitudes violentas" (Corte Constitucional, Sentencia C-199, 1998). Además, que esta medida también protegía al sujeto sobre el cual recaía, porque en un estado transitorio de incompetencia para tomar decisiones libres él mismo podría atentar contra su vida o su salud o provocar a otros para que lo hicieran.

De esta manera, puede considerársele como una medida correctiva eficaz, en razón del estado de incompetencia transitoria del sujeto, que es el supuesto fáctico en el que se funda y justifica esta medida de protección. En caso de embriaguez, la policía debe intentar acompañar a la persona a su lugar de residencia, pero ante su renuencia, no les queda otro camino que conducirla a la estación.

Sin embargo, cabe advertir que en la apreciación de las circunstancias que la motivan, las autoridades de policía, como autoridades administrativas, no pueden excederse en el ejercicio de sus funciones en relación con los objetivos perseguidos por la norma, pues con el argumento de que una persona se encuentra embriagada o en estado de grave excitación, no puede eliminarse el ejercicio legítimo de sus derechos. Por ello, la autoridad de policía, al ejercer esta función preventiva, debe justificar la retención con motivos fundados, objetivos y ciertos.

Por otra parte, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-720 del 2007, dijo que la retención transitoria sólo podrá aplicarse cuando sea estrictamente necesaria y respetando las siguientes garantías constitucionales:

- i) se deberá rendir inmediatamente informe motivado al Ministerio Público, copia del cual se le entregará inmediatamente al retenido; ii) se le permitirá al retenido comunicarse en todo momento con la persona que pueda asistirlo; iii) el retenido no podrá ser ubicado en el mismo lugar destinado a los capturados por infracción de la ley penal y deberá ser separado en razón de su género; iv) la retención cesará cuando el retenido supere el estado de excitación o embriaguez, o cuando una persona responsable pueda asumir la protección requerida, y en ningún caso podrá superar el plazo de 24 horas; v) los menores deberán ser protegidos de conformidad con el Código de la Infancia y la Adolescencia; vi) los sujetos de especial protección constitucional sólo podrán ser conducidos a lugares donde se atienda a su condición (Corte Constitucional, Sentencia C-720, 2007).

112 Dice el artículo 155 del Código Nacional de Policía, que la protección a la persona será realizada por la policía cuando esta deambule en estado de indefensión o de grave alteración del estado de conciencia, debido a aspectos de orden mental y bajo efectos del consumo de bebidas alcohólicas o sustancias psicoactivas o tóxicas. Dice que la policía debe entregar la persona a un allegado o pariente que asuma la protección. Cuando el traslado sea el único medio disponible para evitar el riesgo a la vida o a la integridad de la persona y de la de terceros, se llevará a la persona a un centro asistencial o de protección, de salud u hospital o a un lugar especialmente destinado por

que a través de la utilización de los procedimientos establecidos en el artículo 155, se logre garantizar tanto el respeto a la libertad individual como una real protección de las personas, especialmente cuando su vida e integridad estén en riesgo o peligro. Si el motivo de retención no es fundado y constituye una arbitrariedad, el funcionario comete el delito de privación ilegal de la libertad y tanto el retenido, como cualquier otra persona, podrán interponer, en cualquier momento, la acción de *habeas corpus*.

Por otra parte, el Ejército colombiano incurre en detenciones arbitrarias, prohibidas por la Constitución Política, en las jornadas de reclutamiento que realiza, desconociendo el debido proceso, el cual ha sido establecido por la Ley 48 de 1993. Mediante dichas jornadas, numerosos jóvenes de sexo masculino que llegan a la mayoría de edad, son detenidos y llevados a batallones militares para efecto de la prestación del servicio militar obligatorio (Corte Constitucional, Sentencia C-879, 2011).

El artículo 14 de la Ley 48 de 1993 faculta a las autoridades militares para compeler al hombre que llegue a la mayoría de edad, sin haber dado cumplimiento a la obligación de inscribirse, para efecto de cumplir con el servicio militar obligatorio. El verbo compeler es muy ambiguo “y presenta serios problemas constitucionales en su aplicación, pues da lugar a que sea interpretada en el sentido que autoriza detenciones arbitrarias que vulneran la reserva judicial prevista en el artículo 28 constitucional” (Corte Constitucional, Sentencia C-879, 2011). La Corte advierte que la retención solo puede ser momentánea y para efecto de verificar o realizar la respectiva inscripción, en ningún caso con el propósito de someterlo a exámenes o de incorporarlo a las filas.

la administración municipal para tal fin. Según sea necesario o en cuanto sea posible, se le intentará llevar a su domicilio. En ningún caso se harán traslados a sitios destinados a la privación de la libertad y la duración de estos no podrá ser mayor a doce horas. En todo caso, se agrega que la policía deberá obrar por motivos fundados y con base en los principios de razonabilidad, proporcionalidad, necesidad y legalidad.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-281-17, condicionó este artículo

en el entendido de que (i) el traslado de protección “a un lugar destinado para tal fin” solo se podrá aplicar en los municipios que cuenten con los lugares adecuados de atención y protección de personas trasladadas. (ii) en el informe escrito exigido por el parágrafo 3° del artículo 155 de la Ley 1801 de 2016 se deberá incluir, además de la causal invocada, los hechos que dieron lugar al traslado y las razones por las cuales se considera que esos hechos caben dentro de la causal, y (iii) la persona sujeta al traslado podrá solicitar la cesación del mismo al superior jerárquico que haya recibido el informe (Corte Constitucional, Sentencia C-281, 2017).

El concurso con otros delitos

Este se produce cuando la privación ilegal de la libertad es delito medio para la comisión de otro delito fin, por ejemplo la concusión (Código Penal, 2000, art. 404), en el que aquella tiene como objetivo constreñir al capturado a dar o prometer dinero o cualquier utilidad. También ocurre en concurso con el cohecho (art. 405) o la falsificación de documentos, para obtener que se prive ilegalmente de la libertad a una persona.

La descripción típica de la privación ilegal de la libertad no concurre con el abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto (Código Penal, 2000, art. 416), pues este quedaría subsumido dentro de la primera, por tratarse de un abuso de autoridad consignado en un tipo penal especial.

La tentativa

Como se trata de un tipo penal de resultado, que exige la efectiva privación de la libertad para que se perfeccione la conducta, este admite el grado de tentativa. Todos los actos ejecutivos realizados para la privación de la libertad, conforme lo dispone el artículo 27, sin que esta sea consumada, se tendrán como tentativa, por ejemplo, cuando se libra la orden de captura ilegal pero esta no se logra llevar a cabo.

El tipo subjetivo

La conducta debe realizarse a título de dolo, lo cual supone que el sujeto agente actúe con conocimiento y voluntad (Código Penal, 2000, art. 22), por lo que debe tener claro cuáles son los elementos del hecho punible. Así, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que una de las características del tipo penal es

la indubitable consciencia de que al privar de la locomoción a una persona, estaría contrariando el ordenamiento legal, en tanto no se cumplen los presupuestos legales para ello. Por otro lado se integra como elemento la voluntad, pues a pesar de la claridad que se tiene de la ilegalidad que comporta privar a la persona de la libertad, se opta por realizar dicho comportamiento de manera libre y autónoma (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 39109, 2012).

Los errores invencibles excluyen la responsabilidad. Por no estar descrita expresamente una conducta culposa, solamente es sancionable al sujeto agente cuando la ha realizado con dolo.

Diferencias del delito de privación ilegal de la libertad con el delito de secuestro

Ambos tipos penales tienen en común que, para su tipificación, se requiere que se prive de la libertad a una persona y por ende se afecte efectivamente el bien jurídico de la libertad individual. Sin embargo, es fundamental entender las diferencias entre estos delitos.

Si bien el tipo penal del secuestro es de sujeto activo indeterminado, este puede ser realizado no solamente por el particular, sino también por el servidor público, e incluso su condición puede ser un agravante cuando se trata del secuestro extorsivo (Código Penal, 2000, art. 170). Respecto a esto, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que la conducta del servidor público debe calificarse como secuestro cuando no actúa prevalido de la competencia funcional para privar de la libertad a una persona, sino que se aprovecha de su condición de servidor público para lograr, con alguna facilidad, la retención, sin que la conducta tenga relación alguna con la función misma. Por ejemplo, los casos en que los actores, aprovechando su condición de miembros de la policía judicial, “privaron de la libertad a varias personas, no con el fin de dejarlas a disposición de las autoridades competentes, pues no existía orden judicial ni mediaba situación de flagrancia, sino con un propósito distinto” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 42510, 2015), que pudo ser el de exigir una elevada suma de dinero.

La Corte Suprema de Justicia ha hecho la siguiente distinción: cuando es un particular quien priva a una persona de la libertad, el tipo penal aplicable es el de secuestro y en igual situación estaría el servidor público que actúa como un particular, sin identificarse, con proceder ajeno a sus funciones, sin ejercitar autoridad y sin que esta se concrete, al menos, aparentemente, en acto propio de los que son inherentes a su cargo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 15 de febrero de 1972); en cambio, en la privación ilegal de la libertad, el servidor público debe actuar en razón de sus funciones, pero con abuso de éstas, como se explicó anteriormente.

Prolongación ilícita de la privación de la libertad

Esta conducta¹¹³ se encuentra descrita en el artículo 175 del Código Penal del 2000, cuyo supuesto de hecho es igual al del artículo 273 del Código Penal de 1980, con la diferencia de que en la parte punitiva cambió la pena de arresto por prisión e incrementó el número de meses de la pena.

La clasificación del tipo penal

Este tipo penal es de resultado, no obstante que la privación de la libertad ya se ejecutó y basta la acción o la omisión del servidor público para prolongarla. El hecho de permanecer más tiempo con esa afectación es un efecto perceptible y una vía de hecho contra un derecho fundamental. También es un tipo penal de lesión, de conducta permanente y pluriofensivo.

El tipo objetivo

La descripción típica, para su perfeccionamiento, requiere los siguientes elementos:

- Un sujeto activo con la calidad de servidor público.
- Un sujeto pasivo que puede ser cualquier persona sin ninguna calidad especial.
- Que se prolongue ilícitamente la privación de la libertad del sujeto pasivo.

a. Los sujetos y el objeto material. El sujeto activo es cualificado, es decir, debe ser un servidor público que, de acuerdo con sus funciones, tiene bajo su cargo, orden o custodia a la persona privada de la libertad. En razón de su competencia funcional, la disposición jurídica o material de la libertad de la persona depende del servidor público. Esta conducta la pueden cometer los fiscales y jueces, como también los directores de establecimientos carcelarios. Por ejemplo, un fiscal puede realizar este delito cuando la policía judicial le pone a su disposición una persona por un presunto delito que, de acuerdo con el Código

.....
113 A través del artículo 14 de la Ley 890 del 2004, se aumentan las penas estipuladas en el artículo 175 del Código Penal del 2000, las cuales competen a la prolongación ilícita de la privación de la libertad. En este artículo dice que: "el servidor público que prolongue ilícitamente la privación de libertad de una persona, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses y pérdida del empleo o cargo público" (Código Penal, 2000, art. 175).

de Procedimiento Penal, no amerita medida de aseguramiento y, sin embargo, lo mantiene privado de la libertad.

El sujeto pasivo es la persona privada materialmente de la libertad –legal o ilícitamente– y que, de acuerdo con la ley, debe ser liberada. Este es, al mismo tiempo, objeto material personal, al recaer sobre él la conducta del sujeto agente.

b. La conducta. El tipo penal es de verbo rector simple, prolongar con ilicitud la privación de la libertad de una persona. El verbo prolongar tiene que ver con aumentar o alargar la duración de la privación de la libertad. La conducta puede ser realizada por acción, mediante decisiones o vías de hecho que permiten prorrogar, diferir o dilatar la recuperación de la libertad. También puede darse de manera omisiva, simplemente aplazando o retardando la decisión de liberación de una persona privada de la libertad.

Hay dos posiciones doctrinarias en relación con la licitud del acto de privación de la libertad. La primera sostiene que la tipicidad de la conducta depende de que el acto que la ordena debe ser lícito, tanto en lo formal como en lo sustancial, porque si el acto es ilícito la conducta se adecúa a la privación ilegal de la libertad (Pérez, 1985). El profesor Antonio Vicente Arenas (1991) señalaba que “la detención es legal por todos sus aspectos, menos por el de su duración, pues lo abusivo y arbitrario no es la detención misma sino la indebida prolongación de esa medida, inicialmente legítima” (p. 289).

La segunda posición sostiene que el acto de privación de la libertad puede ser lícito o ilícito, ajustado a derecho o arbitrario, pero debe tener apariencia de legalidad en su aspecto formal, porque, de lo contrario, estaríamos frente al delito de secuestro. Basta la situación de detención del sujeto pasivo y la prolongación ilícita de tal situación para que se genere la infracción (Pabón Parra, 1996). Siguiendo a Pabón Parra (1996):

- No cabe duda de que si el funcionario que prolonga ilícitamente la privación de la libertad es el mismo que, abusando de sus funciones, la ordenó originalmente, su conducta se adecúa plenamente al artículo 174 del Código Penal del 2000, el cual describe la privación ilegal de la libertad.
- Si el funcionario que prolonga ilícitamente la privación de la libertad es el mismo que en forma lícita la ordenó, la conducta se adecuará a la contenida en el artículo 175 del Código Penal del 2000.

- Si el servidor que ilícitamente ha privado de la libertad es diferente al que prolonga ilícitamente dicha situación, las conductas de cada uno son autónomas y el primero responde por el artículo 174 y el segundo por el artículo 175 del Código Penal del 2000.

Conforme al artículo 174 del Código Penal, cuando una o varias personas son aprehendidas por la policía judicial, sin que se presente una situación de flagrancia y sin orden del juez de control de garantías, la captura es ilegal. Si, además, el fiscal enterado de la captura persiste en la privación de la libertad y pone a los capturados a disposición de la autoridad judicial, la cual a pesar de lo ilícito de la captura mantiene la situación, tanto el fiscal como el juez incurren en la violación del artículo 175 del Código Penal. En efecto, ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

si a pesar de descubrir que la captura no se ciñe a los motivos ni a la competencia que autorizan su ejecución por las autoridades de Policía, el funcionario judicial la formaliza, no cabe duda que con ese actuar desconoce los derechos de los aprehendidos y [...] no al delito de prevaricato como en su momento lo propone el Ministerio Público, pues mediante un abuso de poder habrá prolongado ilícitamente los efectos del también exceso funcional en que incurrieron quienes realizaron indebidamente la aprehensión. [Además], absolutamente inaceptable resulta por ejemplo, el pretender que una captura realizada con violación de las garantías individuales puede adquirir legalidad por la sola y errada formalización que de ella haga un juez a posteriori, pues bajo esa modalidad pronto se llegarían a hacer inoperantes tanto el derecho que se debía proteger, como el precepto mismo del [...] Código de Procedimiento Penal (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 6560, 1992).

Como lo prevé el artículo 295 de la Ley 906 del 2004, la privación o restricción de la libertad del imputado tiene carácter excepcional, es decir, solo puede ser interpretada restrictivamente y, por tanto, se debe disponer la libertad inmediata cuando la captura se produce o prolonga con violación de las garantías constitucionales o legales, o cuando la persona es aprehendida en flagrancia por conducta punible que no comporta detención preventiva (Código Penal, 2000, art. 302). En estos casos el aprehendido o capturado será liberado por la Fiscalía, imponiéndosele bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario.

La Corte Constitucional trae, por vía de ejemplo, las siguientes hipótesis sobre la prolongación ilegal de la libertad:

En cuanto a la prolongación ilegal de la privación de la libertad también pueden considerarse diversas hipótesis, como aquella en la cual se detiene en flagrancia a una persona (C. Pol. art. 32) y no se le pone a disposición de la autoridad judicial competente dentro de las 36 horas siguientes; también puede ocurrir que la autoridad pública mantenga privada de la libertad a una persona después de que se ha ordenado legalmente por la autoridad judicial que le sea concedida la libertad. Otra hipótesis puede ser aquella en la cual, las detenciones legales pueden volverse ilegales, como cuando la propia autoridad judicial prolonga la detención por un lapso superior al permitido por la Constitución y la ley, u omite resolver dentro de los términos legales la solicitud de libertad provisional presentada por quien tiene derecho (Corte Constitucional, Sentencia C-187, 2006).

c. El elemento normativo: ilicitud de la prolongación de la privación de la libertad. La modalidad adverbial que utilizaba el artículo 296 del Código Penal de 1936 era el término “indebidamente” y en los Códigos Penales de 1980 y el 2000 se utiliza la expresión “ilícitamente”. Es decir, el servidor público competente, prolonga la privación de la libertad del detenido de manera contraria a derecho, sin que exista justificación o causa legal o jurídicamente atendible para hacerlo. Se refiere a que la conducta no debe tener fundamento legal sustancial o procedimental para prolongar la privación de la libertad más allá de los términos legales o judiciales, conociendo el servidor público que debe hacer efectiva la libertad.

El tipo subjetivo

La conducta debe realizarse a título de dolo, el cual se concreta

en el conocimiento que tiene el servidor público de la manifiesta ilegalidad de la prolongación de la detención originariamente legítima de una persona, sin justificación legal, y la conciencia de que con tal determinación se vulnera sin derecho el bien jurídico de la libertad, sin que sea menester demostrar el móvil que guió la acción del funcionario (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 21050, 2004).

Por ejemplo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en un caso del 2012, absolvió a una jueza de instrucción militar que mantuvo detenido ilegalmente a un procesado de las Fuerzas Militares. La Corte indicó que en este caso se demostraba la negligencia de la funcionaria, pero no su voluntad de mantener detenido al militar sindicado con el fin de afectarle su libertad, es decir, que obró

•De la detención arbitraria•

con culpa, debido a la violación objetiva del deber de cuidado y no con dolo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 33149, 2012).

Debido a este tipo de casos, se le reclama al legislador el no haber establecido la modalidad culposa de esta conducta, es decir, cuando el servidor público, con la violación del deber objetivo de cuidado, prolonga indebidamente la privación de la libertad de una persona, por ejemplo por simple olvido, caso en el que el acto culposo o negligente del funcionario encargado de decidir sobre la libertad del privado de la libertad, actualmente es atípico.

La posición de garante en el delito de prolongación ilícita de la privación de la libertad

Esta conducta (Código Penal, 2000, art. 175) puede ser cometida por acción o por omisión de liberar a la persona detenida.

En cuanto a la primera forma, se da cuando el servidor público ha recibido a la persona privada de la libertad o ha dispuesto la privación de esta. Desde el momento de la captura, sobre el detenido se ejerce todo el poder, capacidad de regulación y control absoluto del Estado. En esa medida, se le aleja de su entorno natural, laboral y social, perdiéndose su intimidad y disminuyéndose, radicalmente, sus posibilidades de autoprotección. En consecuencia, el servidor público asume la posición de garante, no solamente en relación con los derechos fundamentales de la vida y la integridad personal, sino también en relación con su libertad individual

En cuanto a la segunda forma, teniendo en cuenta que el servidor público tiene posición de garante, si omite darle cumplimiento a la ley y prolonga ilícitamente la privación de la libertad del detenido, su conducta omisiva constituye el fundamento de su responsabilidad.

Detención arbitraria especial

Se trata de un tipo de resultado, de lesión, de conducta instantánea y que es pluriofensivo. Ha sido establecido por el artículo 176 del Código Penal del 2000, el cual conserva la redacción del supuesto de hecho del artículo 274 del Código Penal de 1980, con la diferencia, en materia punitiva, del cambio de pena de arresto por la de prisión y el aumento de la cantidad a imponer. En el del 2000

queda dispuesta la pena de prisión de cuarenta y ocho a noventa meses y la pérdida del empleo (Código Penal, 2000, art. 176).

El sujeto activo es cualificado jurídicamente, es decir, debe ser un servidor público que debe tener la competencia funcional de recibir personas para privarlas de la libertad o mantenerlas bajo medidas de seguridad. La conducta tiene que ver con la acción establecida en el verbo recibir, que para este caso significa admitir el ingreso de una persona, contra quien recae la privación de la libertad, con efectivo internamiento en un establecimiento carcelario o psiquiátrico, en una clínica, casa de estudio, trabajo o institución de carácter oficial o privado, para efecto del cumplimiento de una medida de seguridad (Código Penal, 2000, art. 69).

Potencialmente pueden ser sujetos activos de esta conducta: los directores y empleados de cárceles, clínicas, establecimientos psiquiátricos, dependencias de reclusión transitorias de policía judicial, cuarteles de policía o militares y demás establecimientos de carácter oficial que se habiliten como lugares de reclusión, es decir, sitios a los que las autoridades remiten algunos procesados o condenados que requieren una protección especial. También pueden ser sujetos activos los particulares que se encuentren comprendidos dentro de la definición de servidores públicos del artículo 20 del Código Penal del 2000, quienes estén encargados de labores de recibir personas, para efectos de la privación de la libertad o para mantenerlas bajo medidas de seguridad.

En este tipo penal el sujeto pasivo es la persona titular del bien jurídico de la libertad individual, que es, a su vez, sobre quien recae la orden de privación de la libertad o la aplicación de la medida de seguridad. Por tanto, también es objeto material personal afectado por la acción delictiva.

El tipo penal tiene un elemento normativo que se refiere a la realización de la conducta con la inobservancia de los requisitos legales para admitir e internar a una persona en los establecimientos antes referidos, o sea, los requerimientos establecidos en el estatuto procesal o en el Código Penitenciario. Lo más importante que debe tener en cuenta el sujeto activo al recibir a una persona que ha sido privada de la libertad, es que la orden provenga de una autoridad competente.

Finalmente, y en lo subjetivo, la conducta debe realizarse con dolo y no admite la modalidad culposa, por no haber sido establecida expresamente por el legislador.

Desconocimiento del *habeas corpus*

La expresión *habeas corpus* proviene del latín “*habeas corpus [ad subiiciendum]* cuyo significado literal es ‘que tengas tu cuerpo [para exponer]’” (RAE, 2014). También se puede entender como *habeas*, del latín *habere* (tener), en el sentido de “cuerpo presente”.

Antecedentes

Aunque propiamente no existió como institución en Roma, por el origen latino de las palabras *habeas corpus*, se le atribuye el vínculo y su más remoto antecedente al Digesto (Libro XLIII, título XXIX) de los romanos, que bajo la denominación de *Homine libero exhibendo*, fue instituido para proteger la libertad personal y obligaba a exhibir al hombre libre que había sido retenido con dolo malo, sacándolo al público para que se le viera y se le tocara (Betancourt, 2007). Sin embargo, esta figura jurídica era una acción posesoria que correspondía al derecho privado de carácter civil, ejercida por quien con dolo malo se pretendía asumir como amo de un hombre libre, privándolo de su libertad, esclavizándolo (Lazzarini, 1967), caso en el cual el sometido podía solicitar a las autoridades la aplicación del *Homine libero exhibendo*. Esta protección realmente no tiene una relación directa con el *habeas corpus*, pues fue concebida para proteger la libertad de los hombres libres frente a los abusos de los particulares y no de los del monarca y demás autoridades.

El otro antecedente se le adjudica a los ingleses, cuando fue suscrita la *Magna Carta Libertatum* (Carta Magna de las libertades), el 15 de junio de 1215 por el Rey Juan Sin Tierra, quien finalmente, y por razón de un movimiento encabezado por los nobles y el clero, se vio precisado a expedirla. Este documento es muy importante, ya que contiene una declaración primigenia de los derechos a la libertad, igualdad y asociación de los hombres libres. Además, estableció límites al ejercicio del *ius puniendi*. Dicha Carta, dirigida entre otros a los jueces, realmente estableció la reserva legal y la reserva judicial en relación con la privación de la libertad de los hombres libres¹¹⁴ (Magna Carta, 1215), como una obligación de

.....
114 Dice la Carta que

ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra

presentarlos físicamente ante un tribunal. No obstante, no estaba ligada, como se conoce hoy, a la recuperación de la libertad, pero en su momento constituyó un avance muy significativo del cual se derivaría, siglos más tarde, el *habeas corpus*, aun cuando para esa época esta figura no se estableció expresamente bajo esa denominación.

A pesar de esto y, para frustración del movimiento, el mismo Juan sin Tierra burló el acuerdo y logró obtener una bula del Papa Inocencio III, anulando así la Magna Carta y eximiéndolo de su cumplimiento, con el argumento de haber sido arrancada por la fuerza y ser atentatoria contra los derechos de la soberanía. Sin embargo, algunos de los sucesores de este Rey sí la pusieron en práctica, como Enrique III, quien la ratificó tres veces y Eduardo I, quien lo hizo once veces (Hernández y Gómez, 1861).

Algunos años después, en 1287, en el reino de Aragón, hoy perteneciente a España, existió un Privilegio que se extendía solamente a los señores feudales, que se ocupaba de la libertad de los hombres ricos, hacendados, caballeros, procuradores y afines (Molina Mesa, 2008). Se dice también que los españoles, durante el reinado de Alfonso V (en 1428) y mediante el Fuero de las Cortes de Teruel –conocido como Fuero de Aragón–, adoptaron bajo la denominación de “recurso de manifestación de personas”, una figura similar al *habeas corpus*.

La manifestación era un proceso presentado ante la justicia o alguno de sus lugartenientes, con el objetivo de que se dictase una orden o mandamiento contra algún juez, autoridad judicial o cualquier otra persona que tuviera detenida o presa a otra, para que se la entregase a quien realizara la petición. Tenía como finalidad primordial la protección del detenido contra los abusos o vejaciones que se pudieren cometer en el proceso ordinario.

La petición la podía realizar cualquier persona por escrito y, si no había acusación contra el detenido, debían proceder a liberarlo en un término no mayor de setenta y dos horas. Igualmente, se le tomaba testimonio respecto a los agravios sufridos, cuestión para la que se abría otro proceso en el que el quejoso y el funcionario, o la persona contra quien se dirigía la acción, podían aportar pruebas respecto a la situación de la detención (Fernández Asenjo, 2008). Similar a este proceso, existió otro en el Fuero de Vizcaya de 1527.

él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino (Magna Carta, 1215).

Siglos después, nuevamente en Inglaterra, luego de varias luchas internas y de guerras contra otros reinos, hacia 1628 aparecieron otras peticiones de derechos al Rey del momento, en un panorama en el que la Carta Magna de 1215 se había cumplido insuficientemente. El contexto de esto tuvo que ver con que en ese año, el Rey Carlos I de Inglaterra acudió ante el parlamento en demanda de más auxilios para proseguir las guerras contra España y Austria, petición que le fue negada. Ante esta situación el Rey decidió imponer nuevos impuestos y una medida de detención en la cárcel a aquellos que se negaran a pagarlos, situación que fue confrontada por la Cámara de los Comunes (Hernández y Gómez, 1861).

Debido a la censura realizada sobre los impuestos, el Rey Carlos I disolvió dos Parlamentos y convocó uno nuevo, que se reunió en Wistminster el 28 de Abril de 1628. No obstante, este Parlamento “decidió proclamar solemnemente sus libertades, obligar al monarca a reconocerlas y no consentir que los derechos pasen por concesiones ni los abusos por derechos” (Hernández y Gómez, 1861, p. 9). Así mismo, Los Comunes, conociendo el incumplimiento repetido de Carlos I, de manera respetuosa, pero inflexible, le presentaron la famosa *Petición de derechos* (*The pelition of rights*), la cual tuvo que sancionar el 7 de junio de 1628, después de alguna resistencia. En ella se declararon contrarios a la Constitución los empréstitos forzosos y los tributos disfrazados de donativos, así como los encarcelamientos y detenciones sin pruebas contra cualquier individuo libre, entre otros (Hernández y Gómez, 1861).

Posteriormente, en el reinado de Carlos II, el Parlamento expidió el *Habeas Corpus Act* de 1640, el cual proveyó que todo súbdito inglés que fuera aprehendido por orden del Rey o su Consejo, sin estar procesado por medio de una acusación formal, tendría a su favor el *hábeas corpus*. Esto quería decir que el prisionero debía ser llevado ante un tribunal, sin demora, para la exposición del motivo de su captura, frente al cual se pronunciaría, dentro del término de tres días, la legalidad de la misma, dando como resultado su liberación, dejándolo en libertad bajo fianza o remitiéndolo a prisión. De esta manera el *hábeas corpus* tenía efectos liberatorios cuando el tribunal consideraba arbitraria la privación de la libertad (BHO,1640).

Además, la demanda la podía impetrar tanto la persona retenida, así como sus parientes o amigos o cualquier ciudadano que tuviere conocimiento del hecho y se interesara en su favor para lograr el amparo de las leyes. Adicional a esto,

también se podía reclamar la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por parte del que ilegalmente hubiera ordenado la detención (BHO, 1640).

Después de Carlos II se produjo el reinado de Jacobo II, quien prontamente quebrantó las leyes que había prometido respetar, lo que sublevó el espíritu público y generó una revolución, cuyo resultado fue la pérdida de su corona y su huida del reino. El Parlamento declaró vacante el trono y llamó a María, hija de Jacobo II, para sucederle en el reino. Ella estaba casada con Guillermo, príncipe de Orange (Hernández y Gómez, 1861). En ese contexto fue expedida la *Ley de Modificación del Hábeas Corpus (Habeas Corpus Amendment Act)*, del 28 de mayo de 1679, para completar las libertades de los súbditos.

En dicho Acto se destaca, como aspecto importante, que el funcionario o quien hacía sus veces, tanto cuando descuidaba la obligación de responder al mandamiento de *Hábeas corpus* y no volvía a presentar al preso, ni a petición de éste ni de quien lo representaba, así como cuando no entregaba en el término de seis horas el auto de prisión, debía indemnizar al perjudicado pagándole, previa demanda, cien libras por la primera infracción y doscientas por la segunda y, adicionalmente, quedaba inhabilitado para el ejercicio de su cargo (Online Library of Liberty, 2016). Se puede afirmar que este es el antecedente a la penalización de este tipo de conducta omisiva.

El hábeas corpus en la legislación internacional

Aunque los instrumentos internacionales de Derechos Humanos no utilizan la expresión *hábeas corpus*, sí exponen el contenido de lo que se entiende por esta acción y garantía. Por ejemplo, en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (arts. 8, 9 y 10) se prevé, como primera medida, la prohibición de la detención arbitraria (art. 9); de igual forma, se establece el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que ampare a las personas contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución o por la Ley (art. 8); finalmente, instaura la posibilidad de acceso a la justicia para que toda persona pueda ser oída para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal (art. 10) (ONU, 1948, art. 8-10).

Igualmente, el *hábeas corpus* tiene fundamento jurídico en los artículos 7.6 y 25.1 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y, por tratarse de una garantía judicial, no puede ser suspendido por un Estado parte del acuerdo, ni siquiera en situación de emergencia, como queda establecido en la parte final del párrafo 2 del artículo 27 (OEA, 1969). Por otra parte, el *Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos* (art. 2, numeral 3, literal a) también contiene el derecho a un recurso efectivo contra las detenciones arbitrarias (ONU, 1966). De igual manera, en las legislaciones de los diferentes países se ha incluido el *hábeas corpus* como un límite al ejercicio arbitrario del poder en relación con la libertad individual de las personas.

En el artículo 43 de la Constitución Nacional de la República Argentina se dispuso la acción de *hábeas corpus* cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado sea la libertad física o en caso de que haya agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención o exista la situación de desaparición forzada de personas. Esta acción puede ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez deberá resolver la situación de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio (Constitución Nacional de la República Argentina, 1994). El *hábeas corpus* en Argentina es más amplio que en Colombia, en cuanto establece la posibilidad de que se corrijan situaciones relativas a las condiciones de detención de las personas en las prisiones y, además, en forma expresa, en las relativas a los casos de desaparición forzada.

En la Constitución Política de Chile, país que al igual que Argentina fue afectado por una dictadura militar, se establece la protección contra las privaciones ilegales de la libertad sin darle ninguna denominación, ni como acción de amparo ni de *hábeas corpus* (Constitución Política de la República de Chile, 2005, art. 21). Cabe destacar que aparecía en el Código de Procedimiento Penal de Chile (1906), en el artículo 307, como una especie de recurso de “amparo”, el cual tenía la particularidad de que la magistratura pudiera ordenar que el individuo fuera traído a su presencia, atendiendo el sentido del *hábeas corpus* en su origen, que consiste en mostrar o presentar físicamente el cuerpo de la persona.

Según el artículo 200 de la Constitución Política de Perú (1993), la acción de *hábeas corpus* procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.

El hábeas corpus en Colombia

Según la Corte Constitucional colombiana, la institución del *hábeas corpus* fue adoptada por el sistema constitucional norteamericano y de allí pasó a los Estados latinoamericanos, en los cuales se desarrolló teniendo como referente, además, la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (Corte Constitucional, Sentencia C-187, 2006).

En Colombia, en el artículo 23 de la Constitución Política de 1886, se garantizó el derecho a la libertad individual, sin que la ley, en desarrollo de dicha Carta, definiera los mecanismos en contra de la arbitrariedad o de los abusos. El *hábeas corpus* fue establecido por primera vez mediante el Decreto Ley 1358 de 1964, en el que se dispuso que toda persona que se encuentre privada de la libertad por más de cuarenta y ocho horas tiene derecho, si considera que se está violando la ley, a promover, ante el juez penal municipal del lugar, el recurso de *hábeas corpus* (Ley 1358, 1964, arts. 56 -64). Así, y sucesivamente, ha sido regulado por otras disposiciones legales¹¹⁵.

En la Carta Política de 1991, en el artículo 30¹¹⁶, se reconoce expresamente el *hábeas corpus* y en su vigencia, igualmente, se han expedido varias regulaciones legales¹¹⁷. La última de estas ha sido la Ley 1095 del 2 de noviembre del 2006, en la que se le define, siguiendo las disposiciones constitucionales, como un derecho fundamental. A su vez, para garantizarlo, establece una acción constitucional “que tutela la libertad personal cuando alguien es privado de la libertad con violación de las garantías constitucionales o legales, o esta se prolongue ilegalmente” (Ley 1095, 2006, art. 1°).

Fue el Código Penal de 1980 el que incluyó la descripción de esta conducta como un tipo penal especial (Código Penal, 1980, art. 275), con un mensaje

115 Estas han sido: Decreto 409 de 1971 (Código de Procedimiento Penal, artículos 417 a 425); Decreto 050 de 1987 (Código de Procedimiento Penal); Decreto Legislativo No. 182 de 1988; Decreto Ley 2459 de 1988; Decreto 2790 de 1990; Decreto 99 de 1991.

116 Dice la Constitución Política de Colombia:

Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el Habeas Corpus, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas (Const., 1991, art. 30).

117 Disposiciones legales en las que se desarrolla el *hábeas corpus*: Decreto 2700 de 30 de noviembre 1991 (Código de Procedimiento Penal); Decreto Legislativo 1156 de 1992; Ley 15 de octubre 5 de 1992; Ley 137 de 1994 (Ley Estatutaria de los Estados de Excepción), Ley 600 de 2000 (Código de Procedimiento Penal, arts. 382 a 389); Ley 971 de 2005, arts. 1 inciso 2, 11 y 17.

•De la detención arbitraria•

claro sobre la obligatoriedad de resolver rápidamente esta clase de peticiones, no obstante que el desconocimiento al *habeas corpus* puede considerarse como prolongación ilícita de la libertad. Siguiendo estos lineamientos, el Código Penal del 2000, en su artículo 177, incluyó la conducta con los mismos elementos originales, aunque aumentó la parte punitiva¹¹⁸.

¿Qué es el habeas corpus?

El *habeas corpus* es una acción pública dirigida a garantizar el derecho fundamental de la libertad individual de todas las personas que consideran que se encuentran ilegalmente privadas de su libertad. Opera mediante una solicitud que puede ser impetrada en todo tiempo, por la persona detenida o por un tercero, sin necesidad de mandato alguno, para que cualquiera de los jueces y tribunales de la Rama Judicial del Poder Público revise la situación jurídica dentro de un término de treinta y seis horas y se defina acerca de la petición.

El Tribunal Constitucional Español considera que el “derecho a la obtención del *habeas corpus*, [...] no contiene propiamente un derecho fundamental sino una garantía institucional que resulta de la tutela judicial efectiva en todas sus vertientes” (Tribunal Constitucional España, Sentencia 44, 1991). Por lo tanto, es un procedimiento de cognición limitada con el que se pretende establecer si la privación de la libertad de una persona ha sido legal o no (Tribunal Constitucional España, Sentencia 44, 1991). A diferencia del caso español, el constituyente colombiano de 1991 consideró que el *habeas corpus* es un derecho fundamental ligado a la libertad de la persona (Const., 1991, arts. 30, 85, 282, 283)¹¹⁹ lo cual conforma el fundamento de la protección del cual surge la obligatoriedad de resolver en un término muy corto de tiempo.

.....
118 Desconocimiento de *habeas corpus*, cuyas penas fueron aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 del 2004, y empezaron a regir a partir del 1o. de enero del 2005:

El juez que no tramite o decida dentro de los términos legales una petición de *habeas corpus* o por cualquier medio obstaculice su tramitación, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) meses a noventa (90) meses y pérdida del empleo o cargo público (Código Penal, 2000, art. 177).

119 La Corte Constitucional ha dicho:

El derecho a invocar el *habeas corpus* asegura a la persona la posibilidad de que un juez evalúe la situación jurídica por la cual se encuentra privada de la libertad. El interés protegido en forma mediata es la libertad, pero el interés inmediato es el examen jurídico-procesal de la actuación de la autoridad. Precisamente porque el control de legalidad de la detención es una garantía especial de la libertad, la decisión que resuelve el *habeas corpus* no es susceptible de impugnación, ni resulta procedente el ejercicio del recurso frente a los mismos hechos que generaron la interposición de la acción.

La finalidad del *habeas corpus* es la de asegurar que todas las decisiones que recaigan sobre la libertad personal sean tomadas mediante orden escrita, proferida por la autoridad judicial competente y con observancia del debido proceso. En ello se incluye el cumplimiento de los precisos términos consagrados en la Constitución y en la ley, así como que la persona sea reclusa en un lugar oficial de detención y no en otro diferente a los destinados para ello (Corte Constitucional, Sentencia C-187, 2006).

El amparo mediante el *habeas corpus* es viable cuando se presenta una actuación o decisión judicial arbitraria, contraria al Derecho, en una vía de hecho en el proceso de privación de la libertad, desde la captura hasta el control de legalidad de la misma o durante el proceso mediante la privación de la libertad como medida de aseguramiento o durante la ejecución de la pena.

Los eventos en que es procedente el *habeas corpus* pueden ser¹²⁰ en cuanto a la aprehensión de una persona o en cuanto a la prolongación ilegal de la libertad. El primer caso ocurre cuando la aprehensión de una persona se realiza de manera inconstitucional o ilegal, es decir, sin orden judicial previa (Const., 1991, art. 28; Ley 906, 2004, art. 2 y 297); cuando no existe flagrancia (Ley 600, 2000, art. 345; Ley 906, 2004, art. 301) o captura públicamente requerida (Ley 600, 2000, art. 348); si se llega a invocar la captura administrativa, que ya no es una especie

La inejecución de una decisión judicial que concede un recurso de habeas corpus desconoce el núcleo esencial de este derecho fundamental si esta omisión trae como consecuencia que la garantía se torne impracticable, ineficaz o resulten irrazonables las exigencias para su ejercicio (Corte Constitucional, Sentencia T-046, 1993)

Otra sentencia en la que la Corte Constitucional establece algo similar: Sentencia C-301 del 2 de agosto de 1993.

120 Para ver más sobre estos eventos revisar: Corte Constitucional, Sentencia T-260 del 22 de abril de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-260-99.htm>; Corte Constitucional, Sentencia C-187 de 15 de marzo de 2006; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 27 de noviembre de 2006, radicación 26503, M.P. Alfredo Gómez Quintero, en: [http://190.24.134.94/sentencias/penal/2006/dr.alfredo%20gomez%20quintero/noviembre/26503\(27-11-06\).doc](http://190.24.134.94/sentencias/penal/2006/dr.alfredo%20gomez%20quintero/noviembre/26503(27-11-06).doc); Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 22 de septiembre de 2011, Radicado 37499, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, en: www.notinet.com.co/pedidos/39734.doc; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 18 de noviembre de 2011, r Radicado 37877, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, en: www.notinet.com.co/pedidos/37877.doc; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Auto de 11 de septiembre de 2015. Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón, Radicación 47001-23-33-000-2015-00316-01(HC), en: [http://190.24.134.67/documentos/boletines/174/AC/47001-23-33-000-2015-00316-01\(HC\).pdf](http://190.24.134.67/documentos/boletines/174/AC/47001-23-33-000-2015-00316-01(HC).pdf).

aceptada por la Corte Suprema de Justicia¹²¹ para aprehender a una persona, también es procedente el *hábeas corpus*.

El segundo caso ocurre cuando se presenta la prolongación ilegal de la libertad de una persona, más allá de los términos constitucionales o legales que han sido establecidos en diversas hipótesis, por ejemplo: cuando se detiene en flagrancia (Const., 1991, art. 32; Ley 906, 2004, art. 302) o por orden judicial a una persona y no se le deja a disposición de la autoridad judicial competente dentro de las treinta y seis horas siguientes; cuando el funcionario judicial no lleva a cabo la indagatoria (Ley 600, 2000, art. 340) o no define la situación jurídica dentro del término legal (Ley 600, 2000, art. 354); cuando la autoridad pública mantiene privada de la libertad a una persona después de que ha sido ordenada legalmente su liberación, por la autoridad judicial correspondiente; cuando el fiscal o el juez no ordenan la libertad frente a una captura ilegal; cuando las detenciones legales pueden volverse ilegales, como en los casos en los que el funcionario que prolonga ilícitamente la privación de la libertad fue el mismo que la ordenó en forma lícita, o cuando el mismo servidor público omite resolver dentro de los términos legales la solicitud de libertad provisional presentada por quien tiene derecho a impetrarla.

La petición de *hábeas corpus* puede ser presentada ante cualquiera de los jueces y tribunales de la Rama Judicial del Poder Público. Cuando sea interpuesta ante una Corporación Judicial, se tendrá a cada uno de sus integrantes como juez individual para resolver las acciones de *hábeas corpus* (Ley 1095, 2006, art. 2).

Esta subregla que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado,

se justifica en la necesidad de que (i) el juez cuente con la posibilidad inmediata de visitar a la persona en el lugar en el que está privada de la libertad; (ii) puede entrevistar con mayor agilidad a las autoridades que han intervenido en el caso; (iii) facilita la inspección de los documentos que se requieran y (iv) permite practicar en el lugar las diligencias que sean del caso ‘para el esclarecimiento de los hechos’ (Corte Constitucional, Auto 333, 2014).

.....
121 La Corte Suprema de Justicia ha precisado que

no se puede predicar la existencia de una autorización constitucional para la realización de capturas administrativas en Colombia, lo cual responde, además de la realización del Estado social de derecho (cuyos cimientos son la dignidad humana y la libertad personal), que coloca límites al ejercicio del poder asignado a las autoridades públicas, al cumplimiento de compromisos internacionales de nuestro país (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 36107, 2011).

Por otra parte, para efectos de su trámite debe tenerse en cuenta el factor territorial, “en virtud del cual conocerá de la petición la autoridad con jurisdicción en el lugar donde ocurrieron los hechos” (Ley 1095, 2006, art. 2°).

Antes de impetrar la acción de *habeas corpus* se debe acudir, primero, a los medios ordinarios a través de los cuales es posible reclamar la libertad, con fundamento en alguna de las causales contempladas en la ley (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 26810, 2007), por ejemplo, cuando se trata de modificar alguna de las situaciones procesales, como obtener la excarcelación de una persona por cumplirse alguno de los presupuestos para ello. El trámite debe realizarse al interior del proceso y con las formalidades exigidas para agotar el procedimiento ordinario, “pues de lo contrario el juez constitucional podría incurrir en una injerencia indebida sobre las facultades jurisdiccionales del operador natural de la causa” (Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Penal, Radicado 45300, 2015).

La Corte Suprema de Justicia, refiriéndose particularmente a las actuaciones tramitadas bajo el procedimiento de la Ley 906 del 2004, dijo que

a partir del momento en que se impone la medida de aseguramiento, todas las peticiones que tengan relación con la libertad del procesado deben elevarse al interior del proceso penal, no a través del mecanismo constitucional de *habeas corpus*, pues esta acción no está llamada a sustituir el trámite del proceso penal ordinario (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 26810, 2007).

La acción de *habeas corpus* es procedente cuando se afecta el derecho a la libertad individual y se ha agotado la posibilidad de solicitar la libertad o no existe, dentro del proceso penal ordinario, mecanismo para proteger ese derecho contra la arbitrariedad ejercida por el servidor público. Entonces, debe tenerse en cuenta que la acción de *habeas corpus* “se encuentra instituida como la última garantía fundamental con la que cuenta el perjudicado para restablecer el derecho que le ha sido conculcado” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 26810, 2007). La acción de *habeas corpus* es excepcional, responde al principio de subsidiariedad y, por lo tanto, no es un mecanismo sustitutivo del procedimiento ordinario, ni es una instancia adicional a la que pueda recurrir el procesado cuando se le han negado sus pretensiones de obtener la libertad, salvo cuando se trata de arbitrariedad manifiesta.

•De la detención arbitraria•

Finalmente, se debe resaltar que no se considera como privación ilegal de la libertad, por parte del Ejército Nacional de Colombia, retener a un remiso, es decir, a quien habiendo sido inscrito y superado los exámenes de aptitud psicofísica y el sorteo, es citado a concentración para la incorporación al servicio militar obligatorio y no se presenta en la fecha, hora y lugar indicado por la autoridad de reclutamiento. La condición de remiso implica, de conformidad con el artículo 50 del Decreto 2048 de 1993, que este sujeto puede ser “compelido” por la autoridad de reclutamiento y conducido por una patrulla militar para ser incorporado al ejército (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 45721, 2015).

La Corte Constitucional sostuvo que en el supuesto del remiso el procedimiento que se ejecuta es el cumplimiento de una orden de conducción para su incorporación a prestar el servicio militar, lo que no constituye una privación ilegal, sino una

restricción momentánea de la libertad mientras el remiso se incorpora a filas, que se prolonga durante el término en que es conducido al lugar de concentración e incorporación y, por lo tanto, no configura una detención arbitraria practicada sin previo mandamiento escrito de autoridad judicial competente (Corte Constitucional, Sentencia C-879, 2011).

Dada la condición de remiso de una persona, la acción de *habeas corpus* no está llamada a prosperar, por no encontrarse en una situación de privación ilegal de la libertad.

La clasificación del tipo penal

Este tipo penal es de mera conducta, es decir, no exige un resultado fáctico, sino que basta con la omisión de la decisión de la petición de *habeas corpus* dentro del término legal o mediante la acción que obstaculiza el trámite del mismo.

No es un tipo penal de resultado, porque la libertad individual ya se encuentra afectada. Frente al bien jurídico entraña un peligro no decidir oportunamente u obstaculizar el trámite, para restablecer, si es del caso, el derecho lesionado.

Es de conducta instantánea, en razón de que se perfecciona el comportamiento delictivo cuando se vence el término de treinta y seis horas sin decidir la

petición o en el momento en que se realizan las acciones de obstaculización del trámite del *hábeas corpus*.

Finalmente, es un tipo penal pluriofensivo, porque la conducta en concreto no solo vulnera la libertad individual, sino también la dignidad humana y la eficaz administración de justicia, entre otros.

El tipo objetivo

La conducta del artículo 177 del Código Penal se tipifica desde el punto de vista objetivo cuando se reúnen los siguientes requisitos: un sujeto activo cualificado, el juez; una conducta omisiva, que corresponde a no tramitar o decidir dentro de los términos legales una petición de *hábeas corpus*; una conducta comisiva, es decir, obstaculizar, por cualquier medio, el trámite de la solicitud.

a. Los sujetos activo y pasivo. El sujeto activo es cualificado jurídicamente, porque la conducta solamente puede ser realizada por un Juez de la República, nombrado para el respectivo cargo, posesionado del mismo y en ejercicio de tal investidura.

El sujeto pasivo es la persona privada de la libertad, lo sea lícita o ilícitamente, porque el tipo sanciona la conducta del juez que no le da trámite o no decide sobre la solicitud de *hábeas corpus* dentro de los términos legales, independientemente de la prosperidad de la acción. Por esta razón, el tipo es de mera conducta, porque no exige un resultado a favor de quien ha sido privado de la libertad.

b. La conducta. La conducta está regida por los verbos rectores no tramitar, no decidir u obstaculizar. Al ser de verbo rector compuesto alternativo, se consuma con cualquiera de esos comportamientos.

No tramitar la petición de *hábeas corpus* es una conducta de omisión realizada por el juez, la cual se refiere al deber legal que tiene ese funcionario judicial respecto a darle impulso a las solicitudes que se le presenten, independientemente de que sea competente o no para decidir.

No decidir también es una conducta de omisión, que se refiere al deber legal del juez penal de pronunciarse, accediendo o negando la petición de *hábeas corpus*.

Obstaculizar es trastornar o dificultar, por cualquier medio, la tramitación del *hábeas corpus*. Esta es una conducta de comisión por acción que exige la exteriorización de actos tendientes a obstaculizar ese derecho.

El trámite de la acción de *hábeas corpus* debe iniciarse en forma inmediata y el procedimiento se debe realizar conforme lo disponen los artículos 5 y 6 de la Ley 1095 del 2006¹²².

c. El elemento normativo: términos legales. Como elemento normativo del tipo penal se tiene que el trámite y decisión del *hábeas corpus* debe realizarse dentro de los términos legales. Para efectos de la constatación de los hechos invocados y que son relativos a la privación ilegal de la libertad o a la prolongación ilícita y la decisión de fondo, el juez tiene treinta y seis horas, desde la interposición de la acción, sin que la actuación se suspenda o aplace por la eventualidad de días festivos o de vacancia judicial (Ley 1095, 2006, art. 3).

Si por los informes y las pruebas practicadas se demuestra la violación de las garantías constitucionales o legales, la autoridad judicial debe ordenar, inmediatamente, la libertad de la persona capturada, por auto interlocutorio contra el cual no procede recurso alguno. Si se niega la petición, la decisión puede ser impugnada dentro de los tres días (calendario) siguientes a la notificación.

d. El objeto jurídico y el objeto sobre el cual recae la acción (objeto material). El bien jurídico protegido es el de la libertad individual y el objeto jurídico, como especial protección del tipo penal,

no es la libertad ambulatoria, sino la garantía constitucional de demandar ante los representantes jurisdiccionales la pronta resolución de situaciones hipotéticamente contrarias a la libertad individual, que se concreta en el fenómeno de soslayar su gestión o dictamen dentro de los plazos legales o en el entorpecimiento de la misma (Ferro, 1987, p. 324).

Por otra parte, el objeto material es fenoménico, o sea, recae sobre la acción interpuesta de *hábeas corpus* que no se tramita, no se decide o se obstaculiza su trámite o resolución.

.....
122 Para más información sobre la Ley 1095 de 2006, visitar: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1095_2006.html

El tipo subjetivo

La conducta debe ser realizada con dolo, es decir, con el conocimiento, por parte del Juez, de su obligación de resolver la solicitud de *hábeas corpus* dentro de los términos establecidos por la ley, así como el conocimiento de que no debe obstaculizar el ejercicio de esta acción, sin justificación alguna y con la consciencia de que con su conducta puede vulnerar el bien jurídico de la libertad de una persona que ha recurrido a una acción con la que pretende proteger un derecho fundamental. No hay responsabilidad penal cuando se presenta, por ejemplo, un caso de fuerza mayor, un caso fortuito o una insuperable coacción ajena, que le impide al juez resolver en el tiempo establecido (Código Penal. 2000, art. 32).

DELITOS CONTRA LA AUTONOMÍA PERSONAL

En los capítulos anteriores se estudiaron las afectaciones de la libertad individual y, por ende, de la capacidad de autodeterminación de las personas por el secuestro, la desaparición forzada y la detención arbitraria. En este aparte se desarrollarán las restricciones que se le imponen a este derecho con delitos como la tortura (C.P., art. 178); el desplazamiento forzado (C.P., art. 180); el constreñimiento ilegal (C.P. art. 182); el constreñimiento para delinquir (C.P., art. 184); la fraudulenta internación en asilo, clínica o establecimiento similar (C.P., art. 186); la inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas (C.P., art. 187); el tráfico de migrantes (C.P., art. 188); la trata de personas (C.P., art. 188A) y el tráfico de niñas, niños y adolescentes (C.P., art. 188C); y el uso de menores de edad para la comisión de delitos (C.P. art., 188D).

Estas conductas tienen como bien jurídico la libertad individual y todos los tipos penales enunciados responden a la específica protección (objeto jurídico) de la autonomía personal. Cuando se hace referencia a este principio, están en juego los derechos de cada persona y no los de terceros, razón por la cual la norma general es que el individuo goce de su autonomía, exceptuando cuando ésta entra en conflicto con los derechos ajenos, caso en que se le puede restringir¹²³. La consecuencia del

.....
123 La Corte Constitucional ha dicho que las restricciones a la autonomía personal se pueden llevar a cabo bajo las siguientes consideraciones:

(i) El principio de autonomía derivado del carácter pluralista de nuestro orden constitucional (art. 1° C.N), así como del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.N), del derecho de autodeterminación (Art. 9 C.N) y del derecho de dignidad humana (art 1° C.N); se erige como la garantía de que los ciudadanos

reconocimiento de la autonomía personal consiste en que solamente la propia persona, y no otra, es quien debe darle sentido a su existencia y, por tanto, determinar su rumbo. Respecto a esto, la Corte Constitucional ha dicho que

los asuntos que sólo a la persona atañen, únicamente deben ser decididos por ésta, pues tomar determinaciones en su lugar significa arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen. Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia. Que las personas sean libres y autónomas para elegir su forma de vida mientras ésta no interfiera con la autonomía de las otras, es parte vital del interés común en una sociedad personalista, como la que ha pretendido configurar la Carta Política que hoy nos rige (Corte Constitucional, Sentencia C-221, 1994).

Dentro del amplio concepto de libertad individual está comprendido el de autonomía personal, a la que se entiende como la facultad de cada individuo de la especie humana de determinarse libremente, con las limitaciones impuestas por el orden público y por los derechos de las demás personas. Junto a la libertad se desarrolla la autonomía como

la concreción de los seres (en) cuanto a subjetividad. La autonomía es el código de conducta, las leyes del desarrollo de los individuos; gracias a la libertad, la autonomía logra que los sujetos se desarrollen; la libertad y la autonomía van ligadas y una emerge de la otra (Becerra, 2014, p. 33).

puedan tomar decisiones, que no afecten derechos de terceros, a partir del reconocimiento de su capacidad de reflexión sobre sus propias preferencias, deseos, valores, ideales y aspiraciones. (ii) La capacidad de reflexión referida debe ser real, y por ello se requiere un profundo respeto por el principio de libertad. En este sentido, el principio de autonomía adquiere una doble dimensión como valor: a) el valor de llevar una vida de acuerdo a nuestras propias decisiones y b) el valor de decidir sin limitaciones externas de otros. (...) (iii) El valor de la autonomía puede ser procurado por el Estado, mediante el privilegio de otros valores directamente relacionados con él. Puede por ejemplo, establecer medidas coercitivas, que en principio interfieren en la libertad de elección de las personas, pero que corresponden a la promoción de valores preestablecidos a partir del principio mayoritario, sin cuya garantía no sería posible ejercer el derecho de autonomía (por ejemplo, la vida y la salud). Con todo, este tipo de medidas requieren una adecuación constitucional estricta, con el fin de evitar que por dicha vía se pretendan imponer modelos o planes de vida o concepciones del bien. Por ello, las medidas en cuestión deben ser proporcionales, y si su respaldo es una sanción, ésta debe ser la menos rígida posible (Corte Constitucional, Sentencia C-639, 2010).

La tortura

El tipo penal de tortura es de creación relativamente reciente en Colombia. En la Constitución de 1886 no existió norma referente a la tortura, pero se entendía que las autoridades estaban obligadas a proteger la vida de las personas, lo cual también comprendía la integridad de las mismas. En el Código Penal de 1936 no existió este tipo penal y cuando se producía lo que hoy conocemos como tortura, esta conducta se adecuaba como constreñimiento ilegal o como lesiones personales si se producía daño a la integridad de la persona.

En el Código Penal de 1980 se introdujo por primera vez el tipo penal de tortura, sin definirlo y con la característica de subsidiario¹²⁴. Una de las razones que pudo haber tenido la comisión redactora del Código Penal de 1980 para su tipificación como delito, tuvo que ver con las denuncias de realización de torturas, por parte de agentes del Estado colombiano, a raíz de la expedición del denominado Estatuto de Seguridad de 1978, que le dio facultades a los militares para retener a civiles hasta por un término de diez días, los cuales interpretaron como hábiles y que regularmente prolongaban, en la práctica, por más tiempo.

Posteriormente, en el artículo 12 de la Carta Política de 1991, el constituyente elevó la tortura a prohibición constitucional, junto con la desaparición forzada y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

El artículo 279 del Código Penal de 1980 fue modificado por el artículo 6 de la Ley 589 del 2000. Este año el legislador expidió la Ley 599 (Código Penal) que adoptó en su artículo 178 la misma redacción de la norma anterior. En el tipo penal se concibió la prohibición, tanto para los agentes estatales como para los particulares, con un criterio más amplio que el de los instrumentos internacionales, los cuales definen como sujetos activos únicamente a los servidores públicos cuando realizan directamente la tortura o permiten que otros individuos la ejecuten.

El legislador colombiano también incluyó la conducta constitutiva de tortura como crimen de guerra, en el Título II de la parte especial del Código Penal, dentro de los “delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional

.....
124 Dice en el Código Penal de 1980: “El que someta a otro a tortura física o moral, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor” (Código Penal, 1980, art. 279).

Humanitario” (Código Penal, 2000, art. 137), el cual exige que se presente en el marco de un conflicto armado y sobre persona protegida.

La descripción dogmática del Código Penal comprende las dos modalidades de tortura, tanto en su aspecto físico, como en el síquico o moral. Conforme a la Constitución Política, como consecuencia de la ilicitud de la tortura, las pruebas obtenidas mediante ese procedimiento carecen de valor, regla que se encuentra inmersa en el inciso *in fine* del artículo 29 sobre debido proceso¹²⁵.

La tortura después de su proscripción

En 1764, Cesare Beccaria¹²⁶ se preguntaba, en el prelude de las revoluciones burguesas —particularmente de la francesa—: “¿Los tormentos son justos, y obtienen el fin que se proponen las leyes?” (Beccaria, 2015, p. 33). Y estas preguntas se las hacía, porque en los regímenes monárquicos la tortura era un medio legal y utilizado para arrancar las confesiones y con fundamento en ellas se proferían las condenas.

De ahí la protesta en contra del uso de la tortura en cualquier tipo de investigación criminal, aún en relación con los delitos de prueba difícil, los que,

conforme a los principios recibidos en práctica, admiten las presunciones tiránicas, las cuasi-pruebas, las semi-pruebas (como si un hombre pudiese ser semi-digno de castigo y semi-digno de absolución), donde la tortura ejercita su cruel imperio en la persona del acusado, en los testigos y aun en toda la familia de un infeliz, como con frialdad inicua enseñan algunos doctores que se dan a los jueces por norma y ley (Beccaria, 2015, p. 67).

.....
125 Dice la Corte Constitucional:

Respecto de otros puntos, hubo más controversia. La propuesta de la subcomisión para que se consagrara a la tortura como delito, puso a debatir el tema de si era mejor que se consagrara el derecho a no ser torturado, o si era mejor que se definiera esa conducta como delito, y en tal caso se determinara de una vez la correspondiente sanción. Finalmente se impuso la primera alternativa, con el argumento de que, por su naturaleza, las normas constitucionales no pueden regirse por el principio de tipicidad necesario para consagrar delitos, y porque consideraron que la prohibición de la tortura trascendía el ámbito penal: Se quiso consagrar el derecho a no ser torturado, para que jamás pudiera ser suspendido, ni siquiera en los estados de excepción. Entendieron los constituyentes que la vulneración a ese derecho podía ser sancionado, entre otras, mediante los instrumentos del derecho penal. Por ende, tampoco se consideró pertinente que la Constitución estableciera la responsabilidad del sujeto que transgrediera esa prohibición, pues la norma general de responsabilidad se entiende implícita en la consagración de todos los derechos (Corte Constitucional, 1992).

126 Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria.

La clase emergente, la burguesa, no estaba de acuerdo con la tortura que, unida a la ausencia de otros derechos, afectaba también a sus miembros, razón por la cual dentro de sus reivindicaciones estaba su eliminación como procedimiento legal.

En Europa la tortura fue suprimida gradualmente en los diferentes reinos, desde mediados del siglo XVIII hasta aproximadamente los años 30 del siglo XIX. Tomó décadas el proceso de revisión de los sistemas penales vigentes, gracias a la fuerza que fue tomando la corriente abolicionista de la tortura y a la difusión de las ideas de la Ilustración. Respecto a esta última, vino con ella el triunfo de las luces sobre la oscuridad, cuyas obras influyeron en tal sentido. En particular, la obra de mayor impacto fue la de Beccaria, lo que representó el triunfo del humanismo y la racionalidad (Amnistía Internacional, 2009).

No obstante la proscripción de la tortura, es innegable su reaparición, en el siglo XX, como método en la investigación criminal, regularmente realizado de manera clandestina. El Estado totalitario, caracterizado por regímenes dictatoriales, ha permitido la introducción de la tortura en sus procedimientos investigativos, como sucedió en las comisiones revolucionarias de la URSS entre 1917 y 1922, después en la Italia y España fascistas y, finalmente, en la Alemania del Tercer Reich (Amnistía Internacional, 2009). También ha reaparecido por las condiciones impuestas por la guerra moderna “de indagaciones rápidas, fiables y efectivas” (Amnistía Internacional, 2009, p. 8), que han traído la creación de servicios y métodos especiales de interrogación de prisioneros y espías, lo cual es justificado por sus partidarios debido a la presencia y aumento creciente del terrorismo.

Precisamente, a raíz de los hechos terroristas contra Estados Unidos, ocurridos el 11 de septiembre del 2001, este país desarrolló una estrategia a nivel internacional para capturar a los autores de estos terribles y reprochables atentados, que causaron innumerables víctimas y la destrucción de múltiples bienes materiales.

De igual manera, fueron realizadas numerosas capturas y el lugar de reclusión fue la prisión de Guantánamo en Cuba. Al poco tiempo, a nivel internacional el gobierno de Estados Unidos fue acusado “de haber cometido tortura ilícita” contra los prisioneros, situación que el Presidente Bush calificó de insultante y

equivocada, porque revisados los “métodos de interrogatorio [le] aseguraron que no constituían tortura” (Bush, 2010, p. 171).

Igualmente, el expresidente Bush admitió que él, personalmente, aprobó el uso de “técnicas de interrogatorio mejoradas” cuando George Tenet, Director de la CIA, le preguntó si podía aplicar procedimientos intensivos, como la asfixia por inmersión (*waterboarding*), durante el interrogatorio de Khalid Sheikh Mohammed, a lo cual respondió afirmativamente. Este detenido fue sometido a más de 180 aplicaciones de *waterboarding*, cuya técnica consiste en realizar simulacros de ahogamiento con agua. Afirma el expresidente Bush que, sin duda, el procedimiento fue duro, pero que expertos médicos aseguraron a la CIA que no causaba daño duradero (Bush, 2010).

El *waterboarding* –conocido en Colombia como el “submarino”–, le fue aplicado a muchos prisioneros en Guantánamo y, adicionalmente, fueron utilizados otros procedimientos como “desnudar a los detenidos, encapucharlos y someterlos a aislamiento, ruido intenso, música a fuerte volumen, luz u oscuridad constantes, privación del sueño, encadenamiento en posturas forzadas, uso de pañales durante periodos prolongados, confinamiento en lugares muy pequeños” (Amnistía Internacional, 2011, p. 6), entre otros.

El Senado de Estados Unidos (2014) creó un comité para la investigación de las denuncias de tortura y otros abusos, al cual se nombró como *Committee Study of the Central Intelligence Agency’s Detention and Interrogation Program* (Comité Selecto del Senado sobre el Programa de detención e interrogatorio de la Agencia Central de Inteligencia –CIA–). El informe realizado por dicho organismo concluyó que, efectivamente, funcionarios de la CIA torturaban a los prisioneros, así como también se conocieron otras formas de esta conducta. De igual manera, que dichos agentes habían suministrado información falsa a los medios de comunicación, puesto que la tortura no había ayudado a adquirir información de inteligencia confiable, lo que finalmente afectó el prestigio internacional del país.

Desde la época de su candidatura, el presidente Donald Trump, en contravía del respeto a los Derechos Humanos, ha defendido el uso del *waterboarding* y de otras formas de tortura contra presuntos terroristas, indicando que “autorizaría absolutamente algo más allá de ahogamiento simulado” (American Civil

Liberties Union, 2016, p. 15), tanto para el castigo como para el interrogatorio, porque lo “merecen de todos modos, por lo que están haciendo” (American Civil Liberties Union, 2016, p. 15) y que, de todas formas, iba a tratar de cambiar las leyes para permitir la tortura (American Civil Liberties Union, 2016; El Mundo, 2017). Esta práctica va en contra de la Constitución de Estados Unidos (quinta y octava enmienda), las leyes federales y el Derecho Internacional y constituye un retroceso en materia de la protección de los Derechos Humanos.

Los agentes estatales en Colombia también han practicado la tortura, como se indica más adelante, lo que ha generado indemnizaciones por parte del Estado y serios cuestionamientos por los organismos internacionales de Derechos Humanos.

La tortura en la legislación internacional de los Derechos Humanos y en el Derecho Comparado

La tortura también se encuentra proscrita en el ordenamiento internacional, desde el que se han desarrollado los instrumentos para prevenirla y sancionar su práctica, que no debiera existir en sociedades democráticas, en donde éticamente se ha construido una legislación sobre la base de la dignidad humana y el respeto a los Derechos Humanos, lo cual impide la tortura y los tratos crueles e inhumanos. La prohibición de la tortura es de la categoría más alta de las normas internacionales, es una norma del *ius cogens*, una prohibición inderogable, al igual que la prohibición de la desaparición forzada.

La prohibición de la tortura se encuentra establecida, entre otros, por los siguientes instrumentos internacionales: la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (arts. 5 y 26)¹²⁷; el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*

.....
127 La *Declaración Universal de Derechos Humanos* establece que “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (ONU, 1948, art. 5).

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, estipula:

Art. 26 (inciso 2).- Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes pre-existentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas (OEA, 1948, art. XXVI).

(art. 7)¹²⁸; la *Convención Americana de Derechos Humanos* (art. 5.2)¹²⁹; la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (arts. I y XXVI); los *Convenios de Ginebra*, particularmente el artículo 3 común a éstos y que es relativo a la protección contra la tortura en personas protegidas por el Derecho Internacional en caso de conflicto armado; la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*; la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*; la *Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura*; y el *Estatuto de la Corte Penal Internacional*.

Inicialmente, la descripción típica en el Código Penal del 2000 fue acorde con la definición establecida en la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes*¹³⁰. Pero, es necesario anotar que la jurisprudencia colombiana fue más allá de los dictados de algunos instrumentos internacionales que establecieron que los dolores y sufrimientos debían tener la condición de “graves”. Aunque en los artículos 137 y 178 del Código Penal se incluyó esta palabra, la Corte Constitucional (Sentencia C-148, 2005) la consideró inexecutable, al señalar que desconocía abiertamente lo acordado en la *Convención Interamericana*

128 El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966 contempla que “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos” (ONU, 1966, art. 7).

129 La *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José), establece que “nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (OEA, 1969).

130 Esta convención fue adoptada por la Asamblea General de la ONU, mediante Resolución 39-46 del 10 de diciembre de 1984. Fue suscrita por el Gobierno Colombiano el 1º de abril de 1985 e incorporada a nuestro ordenamiento por medio de la Ley 78 del 15 de diciembre de 1986 y promulgada por Decreto 768 de 1988. En ella se define la tortura como

todo acto por el cual se inflige intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya omitido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona, o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas (ONU, 1984).

La misma norma internacional establece que esa noción de tortura se debe entender sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.

*para prevenir y sancionar la tortura*¹³¹. Esta contiene la definición más relevante sobre el tema en el Derecho Internacional actual, y, consecuentemente, vulneró el artículo 93 superior, en razón de que este instrumento internacional no incluía la expresión “graves” en la definición de la tortura.

La declaratoria de inexecutable de la expresión “graves” fue muy importante, porque mantenerla significaba que torturas que no tuvieran tal connotación, es decir, que se consideraran como no graves o leves, no estarían comprendidas dentro de la definición. Esto dejaría la valoración de las torturas realizadas al arbitrio de la interpretación del sujeto activo de la conducta, quien podría alegar incluso error de tipo, porque a su juicio estas no serían “graves”, como en el caso de lo afirmado por George Bush sobre el *waterboarding*, al cual consideraba como una conducta que no es grave y que además no es tortura.

Aunque son varios los instrumentos que la comunidad de naciones ha expedido, en lo que va corrido del tercer milenio, la tortura continúa siendo una práctica indigna e inhumana. De igual manera, en las diferentes legislaciones penales de los países con sistemas democráticos, se han venido expidiendo normas que tipifican ese execrable delito. Este, además,

al practicarse por individuos representantes del poder estatal, afecta a los presupuestos del sistema democrático, basado en el respeto de la dignidad de la persona. Esta dualidad de intereses implicados en la práctica de la tortura –el individuo y las propias bases del Estado– conlleva que su prohibición interese al derecho penal en un doble sentido: como delito contra bienes jurídicos eminentemente personales, y como negación de las bases en que ha de asentarse el Derecho Penal de un Estado Social y democrático de Derecho (Rodríguez Mesa, 2000, p. 1).

.....
131 En la *Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura*, adoptada por la Asamblea General de la OEA en Cartagena el 9 de diciembre de 1985, aprobada en Colombia mediante la Ley 409 de 1997, se estableció una definición más amplia en la que quedaron comprendidos los particulares:

Artículo 2: Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflija a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena, o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia física.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo (OEA, 1985).

En esta medida, Perú, en cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas, incorporó la tortura como delito autónomo en el Código Penal (1991), mediante la Ley 26926 del 21 de febrero de 1998, y como delito contra la humanidad (arts. 321 y 322).

En Argentina, en el artículo 144 del Código Penal, se entiende por tortura no solamente a los tormentos físicos, sino también a la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tienen gravedad suficiente. A dicha conducta se le reprime con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua del funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura; se establece una pena igual para los particulares. La conducta se agrava y da lugar a la reclusión o prisión perpetua cuando con motivo u ocasión de la tortura resultare la muerte de la víctima (Código Penal Argentina, 1984).

Por otra parte, Chile, introdujo en el Código Penal el artículo 150A sobre la tortura, por medio de la Ley 20968 del 22 de noviembre del 2016. Aunque con esta norma no se salda la deuda en materia de Derechos Humanos por la tortura ejercida sistemáticamente durante la dictadura militar de Augusto Pinochet, constituye un avance muy importante en la protección de ellos. Criminalizó la conducta del empleado público que, abusando de su cargo o sus funciones, aplique, ordene o consienta que se aplique tortura, o que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no impida o no haga cesar la aplicación de esta práctica, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo. También puede ser autor el particular que, en el ejercicio de funciones públicas, a instigación de un empleado público o con el consentimiento o aquiescencia de éste, ejecutare los actos referidos anteriormente. En la definición de tortura se incluye, además de los sufrimientos físicos o psíquicos, los sexuales, lo cual enriquece la descripción típica.

Aunque un gran número de países ha tipificado la tortura como delito, existen gobiernos que, en lugar de perseguir esta ominosa conducta, dedican más esfuerzos a negarla o a encubrir a los torturadores. En gran medida esto ha sucedido en Colombia, pues aunque desde 1980 esta conducta fue tipificada como delito, en el contexto de un Estatuto de Seguridad que permitió y facilitó la tortura, la

justicia penal militar o la ordinaria no investigaron o no condenaron a los agentes estatales que la realizaron sistemáticamente.

La clasificación del tipo penal

El delito de tortura es un tipo de resultado, porque para su perfeccionamiento se requiere que efectivamente se inflijan dolores o sufrimientos físicos y psíquicos, o que se vulnere la autonomía de la voluntad. Es una conducta de resultado material, con modificación del mundo exterior, en la que la persona es sometida a las condiciones y procedimientos establecidos en el tipo, los que por su naturaleza y circunstancias afectan la autonomía personal, así el agente no obtenga la finalidad pretendida.

También es un tipo de lesión, en cuanto requiere que se afecte la autonomía de la voluntad, la cual es parte de la libertad individual. Es de conducta instantánea, porque se agota con un solo acto. Aunque la persistencia de la tortura en un lapso prolongado podría hacer pensar que se trata de un delito permanente, que también denota una mayor crueldad del agente, en realidad al producirse conductas sucesivas de tortura hay un concurso material homogéneo y sucesivo de ese delito.

Es un tipo pluriofensivo, en cuanto no solamente ofende la autonomía personal, como se considera en Colombia, sino también, y como lo señalan los instrumentos internacionales, la integridad personal, la capacidad de autodeterminación, la administración de justicia cuando su práctica está asociada a ella, la familia y la dignidad humana, entre otros.

El tipo objetivo

Para que se tipifique el delito de tortura en los términos del artículo 178 del Código Penal, desde lo objetivo, se requiere:

- Un sujeto activo, sea particular o servidor público.
- El que sean infligidos dolores o sufrimientos físicos o psíquicos a una persona o que se afecte su autonomía personal, aunque no se le cause dolor físico o angustia psíquica.

- Los siguientes elementos subjetivos: que el sujeto activo tenga como finalidad específica obtener, de la persona o de un tercero, información o confesión; castigarla por un acto que haya, o se sospeche que ha cometido; o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación.

a. Los sujetos y el objeto material personal. El sujeto activo es singular e indeterminado, sin ninguna cualificación en especial. El delito de tortura, en la doctrina internacional, surgió contra los abusos cometidos por los agentes del Estado, que utilizaban el tormento físico o psicológico para las investigaciones criminales, con el fin de obtener básicamente la confesión.

En el Código Penal colombiano, de una forma amplia, se ha consagrado el sujeto activo como indeterminado, es decir, no se le exige ninguna calidad especial y, por tanto, la conducta puede ser realizada por cualquier individuo, sea un particular o un servidor público, por iniciativa propia o por política de Estado. En este último caso, por la calidad del sujeto activo, se agrava la conducta por expresa disposición legal (Código Penal, 2000, art. 179), sin perjuicio de considerar la mayor responsabilidad administrativa del Estado, debido a la falta de protección y defensa de los derechos fundamentales cuando el sujeto activo es un agente estatal.

Los instrumentos internacionales de Derechos Humanos previeron como sujeto activo al servidor público, en razón a que la tortura era utilizada fundamentalmente por los Estados contra los prisioneros de guerra o contra los opositores al sistema político imperante. Pero la tortura no es una práctica exclusiva de los servidores públicos, también han recurrido a ella la delincuencia organizada –por ejemplo los narcotraficantes–, la oposición armada y los paramilitares colombianos. Existen violaciones a los derechos fundamentales, perpetradas por los particulares, en situaciones cotidianas, que entrañan de por sí tortura como delito autónomo o en concurso con otros delitos. Para efectos de la adecuación típica debe examinarse cada caso a la luz de la dogmática penal y de la jurisprudencia. Para la Corte Constitucional, con la advertencia realizada, la tortura procedente de los particulares puede tener manifestaciones concretas en el ámbito de la

•Delitos contra la autonomía personal.

familia¹³² y las relaciones laborales¹³³, contractuales¹³⁴ y de confianza¹³⁵ (Corte Constitucional, Sentencia C-587, 1992).

Aunque la mayor posibilidad de afectación de la autonomía personal se puede presentar cuando la persona está privada de la libertad, la tortura también puede cometerse contra personas que no estén bajo esa circunstancia.

.....
132 Dice la Corte:

La violencia intrafamiliar, por ejemplo, adquiere manifestaciones de tortura física en formas tales como los maltratamientos de obra entre sus miembros, la privación consciente de alimentos, los abusos sexuales, las constricciones indebidas, los incumplimientos graves e injustificados de los deberes de auxilio mutuo, la vida licenciosa, la embriaguez habitual, el uso de sustancias alucinógenas o estupefacientes o las diversas formas de abandono, siempre que inflijan un sufrimiento excesivo.

A nivel psicológico, la tortura puede adquirir manifestaciones como ultrajes, trato cruel, y manipulación de los regímenes de visitas a los hijos menores en tratándose de cónyuges separados (Corte Constitucional, Sentencia C-587, 1992).

En la misma sentencia C-587 de 1992, informa la Corte, en la exposición de motivos del proyecto de ley # 10 de la Cámara de Representantes de 1992, publicado en la Gaceta del Congreso del 6 de Agosto del mismo año, y presentado por la representante Piedad Córdoba de Castro, lo siguiente:

Según datos aportados por el estudio exploratorio realizado durante más de cinco años en la Casa de la Mujer, de una muestra de 63 mujeres que compartieron su historia de violencia, se encuentra que aunque el principal agresor es el esposo o compañero (62.1%), están involucrados también como agresores el padre, la madre, hermanos (as), hijos (as), suegros (as) y cuñados (as).

La violencia y el maltrato en la familia trasciende las diferencias de género, los grados de parentesco, la edad. Desde luego, y no sobra anotar, estas violencias no son patrimonio exclusivo de los sectores sociales más desfavorables o de personas con escaso nivel educativo. En la muestra anteriormente mencionada, un buen número de agresores son empleados (14.2%) y profesionales en ejercicio de su profesión (12.7%).

El golpe, el puño, la bofetada, los intentos de estrangulamiento, los golpes con todo tipo de objetos, son las formas más frecuentes que asume la violencia física; también está presente la violencia psicológica ejercida a través de insultos, palabras soeces, amenazas de todo tipo, humillaciones y desvalorizaciones permanentes (Corte Constitucional, Sentencia C-587, 1992).

133 Dijo la Corte:

En el trabajo, por su parte, abundan los malos tratos de palabra y obra entre los empleadores y los trabajadores, la asignación de labores riesgosas sin el oportuno suministro de instrumentos adecuados para afrontar las consecuencias; el incumplimiento de las normas mínimas de medicina industrial en materia de protección contra ruidos, olores y sustancias nocivas para la salud (Corte Constitucional, Sentencia C-587, 1992).

134 Dijo la Corte:

Igualmente, en las relaciones contractuales suele presentarse el abuso manifiesto de las condiciones de inferioridad de una de las partes, que la constriña a actuar en grave detrimento de sus intereses, particularmente en desarrollo de contratos de suministro de bienes indispensables para su subsistencia, tales como víveres, ropa, servicios médicos y de luz y agua (Corte Constitucional, Sentencia C-587, 1992).

135 Dijo la Corte:

Inclusive en las relaciones de confianza se presentan abusos que se configuran cuando personas que por razón de su profesión, oficio o relaciones de amistad adquieren sobre otras un dominio o control de su conducta tal que les permite constreñirlas a actuar en forma que afecta gravemente sus intereses. Tal puede ser el caso de médicos, psiquiatras, abogados, directores espirituales, psicólogo. Todos ellos pueden eventualmente abusar y torturar a sus clientes (Corte Constitucional, Sentencia C-587, 1992).

El sujeto pasivo puede ser cualquier persona en la que se busque información o una confesión; también quien es objeto de castigo por un acto que se cree ha cometido; o en quien se busca su intimidación o coacción por alguna razón discriminatoria. En este tipo penal el sujeto pasivo y el objeto sobre quien recae la acción (objeto material personal) son el mismo. La acción recae sobre la persona que es víctima de la tortura.

b. La conducta. El verbo rector es simple, infligir, que significa proporcionar u ocasionar dolores o sufrimientos, atormentar a una persona, “es decir, ‘causar molestia o aflicción’, acepciones éstas que en la antigüedad se vinculaban a la finalidad específica de obtener una confesión o infligir un castigo” (Corte Constitucional, Sentencia C-587, 1992).

La Corte Constitucional ilustra, mediante una lista, las posibles conductas, realizadas por agentes del Estado, que pueden llegar a constituir tortura y que se desarrollaron como consecuencia del llamado Estatuto de Seguridad (Decreto 1923 del 6 de septiembre de 1978). Es, además, impresionante el grado de indolencia y de crueldad al que pueden llegar los agentes estatales cuando practican la tortura. Retomando el *Informe Colombia* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1981), la Corte estableció la siguiente lista:

plantones al sol en el día y al sereno en la noche; ahogamientos y sumergimientos en agua; aplicación del ‘submarino’; venda en los ojos hasta por doce, diez y siete y veinte días; vendado y amarrado por cuarenta y siete días en cimitarra; sometimiento a golpes en diversas partes del cuerpo con palos y patadas; impedimento para dormir hasta por ocho días y falta de reposo; amenazas de muerte al detenido, a la familia y a amigos; colgaduras atado de las manos; prohibición de agua y alimento hasta por cuatro, siete y ocho días seguidos; simulacro de dispararles en la cabeza; esposados de las manos; tortura de otras personas cerca de la celda para que se escucharan los gritos; incomunicación; palpitación de energía y choques eléctricos en diferentes partes del cuerpo; ejercicios hasta el agotamiento; permanencia desnudos y de pie; provocación de asfixia; lavadas; caminar de rodillas; torturas psicológicas; sumergimiento amarrados en un lago; quemaduras con cigarrillos; sacar al detenido a los allanamientos y utilizarlos como ‘chaleco antibalas’ esposado y vendado; simulacros de fusilamientos mientras estaba colgado de un árbol; introducción de armas en la boca; rotura de nervios como consecuencia de colgamientos; desnudo y sumergido en un río; negativa de asistencia médica para embarazo; fractura de costillas; amarrado, vendado, a veces permanentemente, golpeado con un leño, patadas; herida con arma de fuego por la espalda en el sitio de reclusión; amenaza de traer a sus familiares

•Delitos contra la autonomía personal.

para torturarlos en su presencia; contemplación de las torturas a otra persona (Corte Constitucional, Sentencia C-587, 1992).

La producción de dolores o sufrimientos puede ser uno de los medios que se propone el sujeto agente para lograr el doblegamiento de la voluntad de la víctima. El tormento realizado puede ser físico, si va dirigido a producir dolores en el cuerpo, o psíquico, si se orienta a la esfera mental.

La Corte Constitucional, atendiendo lo dispuesto por la *Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura*, considera que en el ámbito colombiano “se entenderá como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica” (Corte Constitucional, Sentencia C-148, 2005). Lo importante es que afecte la autonomía personal, así el acto no cause sufrimiento o dolor o no afecte la integridad física o mental, porque puede que aunque la conducta no deje huellas visibles, el daño, particularmente psíquico, sea permanente. De hecho, el que no quede huella física visible no niega la condición de delito. Como se indicó anteriormente, no se requiere que los dolores y sufrimientos infligidos sean graves.

Como lo mostraron Cancino Moreno, Cancino González y Teleki Ayala (2005), la literatura también se ha encargado de registrar la tortura como un método para infligir dolores y sufrimientos, doblegar la voluntad y obtener confesiones, como lo hizo el nobel colombiano Gabriel García Márquez con su magistral pluma de hechos extraídos de la realidad colombiana¹³⁶.

De conformidad con el inciso final del artículo 178 del Código Penal, no se entiende por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o inherente a ellas. El tipo

136 En un aparte de su libro *El derecho penal en Macondo*, Cancino Moreno et al. (2005), escriben sobre la tortura: García Márquez tuvo que escribir el 5 de agosto de 1981 [breve nota de *Adiós al olor de la guayaba* de Felisa Bursztyn publicada en El País, España], como Felisa Bursztyn, [escultora] antes de asilarse tuvo que padecer la humillación previa de un asalto a su casa, a las cinco de la madrugada, por dieciocho militares disfrazados de civil y vivir todo un viernes de tiniebla con los ojos vendados y contestando preguntas imbéciles en una caballeriza militar. ‘...No se trata por supuesto de una equivocación, agrega García Márquez. La misma noche en que Felisa Bursztyn era detenida, volvieron a tumbarle la puerta al anciano poeta Don Luis Vidales, y su casa fue sometida a una requisita tan encarnizada como infructuosa. La única diferencia entre esta vez y la anterior, fue que entonces se lo llevaron vendado a las caballerizas militares y allí lo mantuvieron varios días, en el que ha de quedar para la historia como el episodio más sombrío no solo de la presidencia del doctor Turbay Ayala sino de su propio destino personal’. Pueda ser que el país no olvide que existió alguien que aburrido del ‘oficio estéril de gobernar sin soluciones, dejó una imagen de sarraceno enardecido que no perdonaba ni las bellas artes’ (p. 194).

penal no exime de responsabilidad, ni legitima, a quienes causen dolor o sufrimientos con penas no establecidas en la ley, sanciones prohibidas que constituyan castigos crueles, inhumanos o degradantes, por ejemplo, las penas corporales. La sanción es ilícita cuando no se ajusta al principio de legalidad y del debido proceso, cuando no respeta la dignidad humana y los derechos de las personas (Corte Constitucional, Sentencia C-143, 2015). Si, por el contrario, la sanción es lícita –porque se ajusta a la constitución y la ley–, no constituyen tortura los sufrimientos que se le hayan ocasionado a una persona.

Eximentes de responsabilidad penal

La conducta de tortura no tiene justificación alguna y además vulnera efectivamente el bien jurídico de la libertad individual en su expresión de autonomía de la voluntad. El Código Penal colombiano prohíbe expresamente reconocer la obediencia debida cuando se tipifican los delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura (Código Penal, 2000, art. 32). Teóricamente podría haber cabida para la coacción insuperable, como eximente de culpabilidad, cuando una persona, bajo amenaza, es coaccionada a realizarle torturas a otra.

El tipo subjetivo y los elementos subjetivos del tipo

La norma del Código Penal del 2000 exige la intencionalidad del sujeto agente, es decir, que este conozca que con su conducta puede vulnerar la autonomía de la voluntad de otra persona y que, con todo y ello, desee realizarla. Además del dolo, el artículo 178 de la Ley 599 del 2000, a diferencia del artículo 279 del Estatuto de 1980, exige finalidades especiales de la acción (elementos subjetivos del tipo), como se analizarán a continuación.

- a. Debe tener como finalidad obtener información o confesión sobre cualquier hecho, sea este delictivo o no. Es el objetivo más común en este tipo de delitos y el que ha movilizadado a agentes del Estado, pero también a particulares pertenecientes a organizaciones guerrilleras, paramilitares y de narcotráfico. Por ello la importancia de que el sujeto activo pueda ser indeterminado y la conducta también pueda ser realizada por particulares, porque en nuestro medio la experiencia indica que la tortura ha sido utilizada por individuos organizados en grupos al margen de la ley que, sin ser agentes del Estado, han

- empleado procedimientos de tortura para obtener información o confesión de algún hecho.
- b. Otra finalidad es la de castigar a la víctima por un acto que se sospecha o que efectivamente ha cometido. El tormento físico, que precede muchas veces a la muerte, es una forma utilizada para castigar a la víctima en razón de la delación a sus compañeros de organización delincencial y también como elemento disuasivo en relación con los demás miembros del grupo, a través de la cual se asegura la no repetición del mismo. Valga recordar el caso del joven Daniel Arcila, que delató a los autores de la masacre de Trujillo (Valle), ocurrida en 1990, entre ellos a los narcotraficantes Diego León Montoya Sánchez y Henry Loaiza. Por tal motivo fue aprehendido por éstos y sometido a atroces sufrimientos frente a todo el grupo de delincuentes, hasta que finalmente murió, producto de las heridas recibidas por la tortura cruel a la que fue sometido.
 - c. También puede tener como finalidad la intimidación y la coacción por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación. En este caso, el agente busca reducir la capacidad de autodeterminación de la persona para que haga o deje de hacer algo, como cuando se tortura física o psicológicamente a la víctima para intimidarla o coaccionarla a causa de la militancia política, la creencia religiosa o la etnia. Con la tortura se busca infundir temor, miedo o angustia, con el motivo de algún comportamiento específico del sujeto pasivo que implica alguna forma de discriminación ideológica, política, religiosa, cultural, racial, sexual, etc.

El concurso de la tortura con otras conductas punibles

Cuando con la tortura se lesiona, además, la integridad corporal o psíquica de la persona o se afecta su vida, se presenta concurso material de esta conducta con lesiones personales o con homicidio, porque se vulneran bienes jurídicos diferentes con la misma acción, por una parte el de la autonomía personal y por otra el de la vida e integridad personal. La tortura también puede concurrir con la desaparición forzada y con los delitos contra la libertad sexual, entre otros. Aunque, con respecto al secuestro, la tortura es un agravante.

Las circunstancias específicas de agravación punitiva

El Código Penal introdujo circunstancias de agravación del delito de tortura¹³⁷, que tienen que ver con la calidad especial o cualificación del sujeto activo, así como con la calidad especial, condición o estado del sujeto pasivo; de igual manera, con la propiedad del Estado sobre los medios utilizados y con que la tortura sea un delito medio o en conexidad ideológica con otro delito.

a. Por la calidad especial del sujeto activo. Se agrava la conducta cuando la acción la realiza un integrante del grupo familiar de la víctima, así como un servidor público o un particular que actúe bajo la determinación o con la aquiescencia de este.

1. Cuando recae sobre el integrante del grupo familiar. Respecto a este agravante, el problema de legalidad radica en los siguientes interrogantes: ¿qué se debe entender por grupo familiar?, ¿cuál es el alcance de esta expresión? y ¿quiénes hacen parte o pertenecen al grupo familiar?

La Constitución Política, en su artículo 42, señala que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad [que] se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla” (Const., 1991, art. 42). Lo anterior implica el reconocimiento del origen diverso de la familia, el cual se puede dar mediante la unión libre (natural) o a través del vínculo del matrimonio (jurídico). Para

137 Dice el Código Penal:

Circunstancias de Agravación Punitiva. Las penas previstas en el artículo anterior se aumentarán hasta en una tercera parte en los siguientes eventos:

1. Cuando el agente sea integrante del grupo familiar de la víctima.
2. Cuando el agente sea un servidor público o un particular que actúe bajo la determinación o con la aquiescencia de aquel.
3. Cuando se cometa en persona discapacitada, o en menor de dieciocho (18) años, o mayor de sesenta (60) o mujer embarazada.
4. Cuando se cometa por razón de sus calidades, contra las siguientes personas: servidores públicos, periodistas, comunicadores sociales, defensores de los derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes cívicos, comunitarios, étnicos, sindicales, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos o víctimas de hechos punibles o faltas disciplinarias; o contra el cónyuge, o compañero o compañera permanente de las personas antes mencionadas, o contra sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. <Numeral condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029-09 de 28 de enero de 2009, op. cit., “...en el entendido de que sus previsiones también comprenden a los integrantes de las parejas del mismo sexo”>.
5. Cuando se cometa utilizando bienes del Estado.
6. Cuando se cometa para preparar, facilitar, ocultar o asegurar el producto o la impunidad de otro delito; o para impedir que la persona intervenga en actuaciones judiciales o disciplinarias (Código Penal, 2000, art. 179).

•Delitos contra la autonomía personal.

nuestra Carta Política la familia es muy importante, pero aparte de decir que está conformada por la pareja (hombre y mujer) y los hijos, no define hasta dónde se extiende y quiénes la conforman. La doctrina original de la Corte Constitucional señalaba que la familia prevista en la Constitución y que es objeto especial de protección es la heterosexual y monogámica (Corte Constitucional, Sentencia C-271, 2003).

En desarrollo del inciso 5° del mencionado artículo 42, y mediante el artículo 2° de la Ley 294 de 1996, se definió quiénes integran la familia¹³⁸. En este artículo se censura la violencia intrafamiliar, a la que se considera destructiva de la armonía y unidad y autoriza su sanción por la ley. Como la definición de familia se refiere exclusivamente al delito de violencia intrafamiliar, por principio de legalidad no puede aplicarse la analogía para regular las otras normas del Código Penal en las que se habla del grupo familiar o familia, para incluir o excluir personas de esos conceptos.

Desafortunadamente, el Código Penal no define los conceptos de familia o de grupo familiar y como no ha habido una interpretación auténtica del legislador, esta generalidad se resuelve por vía interpretativa. Por esto se debe acudir a la jurisprudencia como fuente auxiliar de interpretación, para comprender el alcance del término familia.

La Corte Constitucional, partiendo de la Carta Política, ha definido a la familia “como una comunidad de personas unidas por vínculos naturales o jurídicos, fundada en el amor, el respeto y la solidaridad, caracterizada por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos” (Corte Constitucional, Sentencia C-271, 2003). Pero ahora surge otro interrogante: ¿quiénes son los miembros o integrantes más próximos? En las sentencias que se citan la Corte Constitucional no lo dice.

.....
138 Ley 294 de 1996. Artículo 2o. La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

Para los efectos de la presente Ley, integran la familia:

- a) Los cónyuges o compañeros permanentes; [la expresión “compañeros permanentes” también se aplica a las parejas del mismo sexo. (Corte Constitucional, Sentencia C-029, 2009)].
- b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar;
- c) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos;
- d) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica.

La Carta Política confiere plena libertad a las personas para consentir en la formación de la familia. Lo anterior significa que existen diferentes tipos de familia y todos ellos gozan de la protección constitucional (Const., 1991, arts. 13 y 42) y, por lo tanto, está proscrita cualquier distinción injustificada entre los mismos, sin importar cuál de las formas haya “sido escogida para fundar la familia, ella, en cualquier evento, es vista como el núcleo fundamental de la sociedad por lo cual siempre merece la protección del Estado” (Corte Constitucional, Sentencia C-533, 2000).

Partiendo de la realidad social, el concepto de familia, por ser dinámico y variado, incluye: a las originadas en el matrimonio (vínculo jurídico) y en las uniones maritales de hecho, así como también a las surgidas biológicamente, por adopción, por crianza¹³⁹, a las monoparentales¹⁴⁰ (padre o madre cabeza de familia), a las ensambladas¹⁴¹, o a las constituidas por parejas del mismo sexo (parejas homosexuales) (Corte Constitucional, Sentencia C-577, 2011). Lo anterior, sobre la base de que “el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo” (Corte Constitucional, Sentencia C-278, 2014), en razón de que “en una sociedad plural, no puede existir

139 Dice la Corte Constitucional que la familia de crianza surge cuando

un menor ha sido separado de su familia biológica y ha sido cuidado por una familia distinta durante un periodo de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre el menor y los integrantes de dicha familia” que, por razones poderosas, puede ser preferida a la biológica, “no porque esta familia necesariamente sea inepta para fomentar el desarrollo del menor, sino porque el interés superior del niño y el carácter prevaeciente de sus derechos hace que no se puedan perturbar los sólidos y estables vínculos psicológicos y afectivos que ha desarrollado en el seno de su familia de crianza (Corte Constitucional, Sentencia C-577, 2011).

140 Según la Corte Constitucional, las familias monoparentales

están conformadas por un solo progenitor, junto con los hijos y su número va en aumento por distintas causas, incluida la violencia que azota a un país como el nuestro y también el divorcio o las separaciones que dan lugar a hogares encabezados por uno solo de los padres, siendo evidente que el caso de las madres cabeza de familia es dominante y ha merecido la atención del legislador, que ha establecido medidas de acción positiva favorables a la madre, precisamente por “el apoyo y protección que brinda ésta a su grupo familiar más cercano”, medidas que la Corte ha extendido “al hombre que se encuentre en una situación de hecho igual”, no “por existir una presunta discriminación de sexo entre ambos géneros, sino porque el propósito que se busca con ello es hacer efectivo el principio de protección del hijo en aquellos casos en que éste se encuentre al cuidado exclusivo de su padre, de forma tal que, de no hacerse extensiva tal protección al progenitor podrían verse afectados en forma cierta los derechos de los hijos (Corte Constitucional, Sentencia C-577, 2011).

141 Dice la Corte que las familias que después del divorcio o de la separación se consolidan en nuevas uniones, dan lugar a las llamadas familias ensambladas, que han sido definidas como “la estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de un casamiento o relación previa, siendo todavía objeto de disputa doctrinaria lo concerniente a su conformación, susceptible de generar diversas modalidades (Corte Constitucional, Sentencia C-577, 2011).

un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial” (Corte Constitucional, Sentencia C-577, 2011).

Una persona, a lo largo de su vida, puede llegar a pasar por varios tipos de familia, por ejemplo, una mujer casada, con esposo e hijos, tiene la familia nuclear clásica; luego, si el esposo decide desvincularse y la mujer queda al cuidado de los hijos, se forma una familia monoparental; más tarde, la mujer puede constituir una familia ensamblada con una nueva pareja y luego, al fallecer el cónyuge o compañero, de nuevo llegar a la monoparentalidad originada en la viudez, lo que Grossman y Herrera (2008) han denominado “cadena compleja de transiciones familiares” (Corte Constitucional, Sentencia C-577, 2011).

La Corte Constitucional, después de una serie de debates, ha realizado lo que ella misma señala como una interpretación evolutiva, que no se produce de manera súbita e inconsulta, sino que es producto de un proceso progresivo que le ha permitido ajustar el sentido de la Constitución Política a las exigencias de la realidad. Esto, sobre la base de una Constitución viviente, que puede significar que en un momento dado se presente un cambio de concepción, a partir de un nuevo análisis o de una perspectiva distinta, que posibilite precisar los valores y principios constitucionales y aclarar o complementar el alcance y sentido de una institución jurídica, sin que ello signifique la vulneración del principio de cosa juzgada (Corte Constitucional, Sentencia C-577, 2011).

A partir de una reinterpretación del artículo 42 de la Constitución Política, en el que se dispone que la familia “se constituye por vínculos naturales o jurídicos, [...] por la voluntad responsable de conformarla”, se puede considerar que la noción de familia que contempla la Constitución es amplia y que no solamente se refiere a las formas de familias tradicionales en Colombia. De igual manera, que no depende únicamente de los conceptos de consanguinidad y heterosexualidad y que los lazos del afecto presentes en esas familias también están presentes en la mujer cabeza de familia con

la voluntad responsable de conformarla [y] en las familias que integran los tíos con sus sobrinos a cargo, los abuelos responsables de sus nietos, la madre o el padre cabeza de familia con sus hijos biológicos o no y, por lo tanto, procede sostener que esos lazos constituyen el común denominador de todo tipo de familia y que, existiendo entre los miembros de la pareja homosexual que conviven con vocación

de permanencia, ha de concluirse que estas parejas también forman una familia que, como las demás, es institución básica y núcleo fundamental de la sociedad y merece la protección de la sociedad misma y del Estado (Corte Constitucional, Sentencia C-577, 2011).

En ese orden de ideas, al poder legislativo le corresponde establecer las formas de familia protegidas, “de acuerdo a las realidades sociales y culturales de la Nación” (Corte Constitucional, Sentencia C-577, 2011) y garantizar todas aquellas formas de organización social, incluidas las de cada pueblo indígena.

Según la Corte Constitucional, y a modo de conclusión,

el concepto de familia no incluye tan solo la comunidad natural compuesta por padres, (hijos), hermanos y parientes cercanos, sino que se amplía incorporando aun a personas no vinculadas por los lazos de la consanguinidad, cuando faltan todos o algunos de aquellos integrantes, o cuando, por diversos problemas, entre otros los relativos a la destrucción interna del hogar por conflictos entre los padres, y obviamente los económicos, resulta necesario sustituir al grupo familiar de origen por uno que cumpla con eficiencia, y hasta donde se pueda, con la misma o similar intensidad, el cometido de brindar al niño un ámbito acogedor y comprensivo dentro del cual pueda desenvolverse en las distintas fases de su desarrollo físico, moral, intelectual y síquico (Corte Constitucional, Sentencia C-577, 2011).

Para efectos penales, interesa el vínculo de familia y no los intereses económicos o patrimoniales que surjan de esta. De igual manera, la familia no depende de un término concreto que es efecto de la convivencia, como en el caso de las uniones maritales de hecho, sino de la voluntad para conformarla, de su singularidad y de la vocación de permanencia de la relación que denote estabilidad y compromiso por el acompañamiento constante y permanente de quienes conforman la pareja.

Visto lo anterior, el concepto amplio de familia, la conducta se agrava para el integrante del grupo familiar de la víctima, porque dichos lazos generan deberes tales como una mayor solidaridad y protección mutua, así como vínculos más fuertes afectiva y moralmente. Cuando estos deberes se ven afectados por una conducta como la tortura, se refleja una mayor insensibilidad e incumplimiento de estos frente al vínculo familiar.

En este caso, la norma habla de grupo familiar de manera genérica (Código Penal, 2000, art. 179), el cual constituye un elemento normativo del tipo, que es

delimitado en su alcance por la jurisprudencia. Posiblemente hacia el futuro y para todos los efectos penales, con la claridad que hoy se tiene sobre lo que es la familia, es mejor que el Código Penal defina dicho concepto o precise los tipos penales, como lo ha hecho en casos como los de homicidio agravado y secuestro extorsivo, al delimitar expresamente el alcance del agravante de parentesco. La norma debió haber sido precisa, para evitar remisiones, discusiones e interpretaciones sobre el elemento normativo del grupo familiar, particularmente en lo que se refiere a los integrantes que no son consanguíneos o afines, o los que provienen de una familia ensamblada o son hijos de crianza.

2. *Cuando la tortura la comete el servidor público.* La conducta se agrava porque el agente del Estado traiciona los deberes constitucionales y legales que le impone su cargo, que tienen que ver con ser respetuoso con la vida, integridad, libertad individual y libre autodeterminación de las personas. De la misma manera, por la mayor facilidad que tiene el sujeto activo para reducir la voluntad de la víctima y perpetrar la tortura. Igual sucede cuando el servidor público determina a un particular a realizar la tortura o simplemente permite o está de acuerdo en que éste la realice.

3. *Si el particular que tortura actúa bajo la determinación o con la aquiescencia del servidor público.* Como se ha expresado, es aquiescente el servidor público que consiente, expresa o tácitamente, o acepta la decisión tomada por un particular de torturar a una persona. El particular es determinado por el servidor público, cuando éste lo persuade, lo convence, o lo hace tomar la decisión de torturar a una persona.

b. Por la calidad, condición o estado del sujeto pasivo. La conducta se agrava cuando el sujeto pasivo tiene determinada calidad o cualificación y ésta es el móvil para que el agente cometa el delito de tortura, o cuando el sujeto pasivo está en alguna condición que lo pone en circunstancias de inferioridad frente al sujeto activo.

Cuando la conducta se comete en una persona con una discapacidad que le impide valerse por sí misma, se refiere a las víctimas que tienen alguna limitación física que les impide realizar actos propios del ser humano o satisfacer cualquier necesidad física o material, como trasladarse por sus propios medios, comer sin ayuda o realizar sus necesidades fisiológicas sin intervención de otra persona.

Por la edad de la persona o el estado de embarazo. Se agrava la conducta cuando se ejecuta en un menor de dieciocho o en un mayor de sesenta años y en una mujer embarazada.

Cuando la conducta se comete en razón de las calidades del sujeto pasivo: servidores públicos; periodistas; comunicadores sociales¹⁴²; defensores de Derechos Humanos; candidatos o aspirantes a cargos de elección popular; dirigentes cívicos, comunitarios¹⁴³ y sindicales; políticos o religiosos; y contra quienes hayan sido testigos o víctimas de hechos punibles o faltas disciplinarias. También se agrava cuando la conducta se comete contra el cónyuge o el compañero o compañera permanente, así como contra los parientes de las personas mencionadas, hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil¹⁴⁴. Las previsiones referidas involucran también a las parejas del mismo sexo (Corte Constitucional, Sentencia C-029-09, 2009).

c. Por la propiedad del Estado sobre los medios utilizados. Si los medios utilizados para la ejecución de la tortura, como armas, vehículos o inmuebles son propiedad del Estado, la conducta se agrava, porque los bienes de éste deben estar en función del bienestar de las personas y no para ejecutar conductas delictivas como la tortura.

d. La tortura en conexidad ideológica o consecuencial. Se tipifica el agravante cuando la tortura se comete para preparar, facilitar, ocultar o asegurar el producto o la impunidad de otro delito, o para impedir que la persona intervenga en actuaciones judiciales o disciplinarias. Se reprime con más drasticidad esta conducta en conexidad ideológica de medio o fin, o cuando es consecuencial con otro delito, así como también cuando se ejecuta para evitar que la víctima intervenga en diligencias judiciales o disciplinarias. Se diferencia de la situación del

142 En el tipo de desaparición forzada (art. 165) se habla solamente de "comunicadores".

143 En el tipo de desaparición forzada no se habla de dirigentes cívicos y comunitarios. No se ve razón alguna para que el legislador no los hubiera incluido, pero quedaron comprendidos en el artículo 166, cuando este agrava la conducta de desaparición forzada tratándose de "cualquier persona por sus creencias u opiniones políticas o por motivo que implique alguna forma de discriminación o intolerancia" (Código Penal, 2000, art. 166).

144 Llama la atención que en una conducta grave, como lo es la desaparición forzada, no se haya incluido, para efectos del agravante, al cónyuge, al compañero o compañera permanente de la persona calificada, o a sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y no en el segundo, como quedó en el numeral 5° del artículo 166. Faltó armonía en las dos descripciones típicas, que tienen un mismo fundamento: la protección de los Derechos Humanos.

•Delitos contra la autonomía personal.

numeral 4º del artículo 179 en que las víctimas y testigos ya intervinieron en ese tipo de diligencias.

En cuanto a preparar o facilitar, la tortura tiene la naturaleza de delito medio y la conducta se agrava independientemente de que se perfeccione el delito fin. Si este se realiza, sea como tentativa o como delito consumado, habrá concurso de conductas punibles, porque el agravante tiene que ver únicamente con la finalidad, más no subsume el delito fin. En este caso, el agravante sanciona los actos preparatorios y, además, a título de concurso, si la conducta punible fin logra realizarse.

En la segunda parte del agravante, que compete a ocultar o asegurar el producto o la impunidad de otro delito, la tortura supone la anterior consumación de otra conducta punible y a su vez es consecuencia de la realización de la misma. Como en este caso se sanciona con agravante la conducta por la conexidad, habrá concurso material entre el delito anterior y la tortura.

Desplazamiento forzado

Aunque el desplazamiento forzado¹⁴⁵ es una conducta de vieja data, realizada principalmente por actores armados en un conflicto interno o internacional, este tipo penal fue introducido tan solo en el año 2000, primero, a través de la Ley 589 y luego, con el mismo texto, en la Ley 599 de ese año (Código Penal, 2000)¹⁴⁶.

Por otra parte, el legislador colombiano incluyó la conducta constitutiva de desplazamiento forzado, como crimen de guerra, en el Título II de la parte especial del Código Penal, dentro de los “delitos contra personas y bienes protegidos

.....
145 La Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades sobre el desplazamiento forzado y lo ha señalado como un “estado de cosas inconstitucional”: Sentencia T-227 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia SU-1150 del 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia T-1365 del 2000; y sentencia T-327 de marzo 26 del 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

146 Dice el Código Penal del 2000 (Ley 599) sobre el desplazamiento forzado:

<Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 10. de enero de 2005:> El que de manera arbitraria, mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población, ocasione que uno o varios de sus miembros cambie el lugar de su residencia, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de ochocientos (800) a dos mil doscientos cincuenta (2.250) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de noventa y seis (96) a doscientos dieciséis (216) meses.

No se entenderá por desplazamiento forzado, el movimiento de población que realice la fuerza pública cuando tenga por objeto la seguridad de la población, o en desarrollo de imperiosas razones militares, de acuerdo con el derecho internacional (Código Penal, 2000, art. 180).

por el Derecho Internacional Humanitario” (Código Penal, 2000, art. 159), el cual exige que se presente en el marco de un conflicto armado y sin que medie justificación militar. En Colombia, los autores o partícipes del desplazamiento forzado han tenido móviles políticos, económicos, de venganza y de afirmación del poder armado. En ninguna de las dos normas el Código Penal exige móvil alguno para que se tipifique el desplazamiento forzado, pero si este se produce por razón o con ocasión del conflicto armado interno, el tipo penal aplicable es el del artículo 159 del Código Penal.

Normatividad internacional

Entre las normas del Derecho Internacional que son aplicables sobre desplazamiento forzado, por la vía de la incorporación al régimen interno y que hacen parte del “bloque de constitucionalidad”, se tiene el *Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra* del 12 de agosto de 1949. Este versa sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados, sin carácter internacional y fue aprobado por la Ley 171 de 1994. Dicho Protocolo en su artículo 17, prohíbe el desplazamiento forzado¹⁴⁷.

Por otra parte, se cuenta con la compilación de los *Principios Rectores del Desplazamiento Forzado Interno (Principios Deng)*, elaborada por el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para el Desplazamiento Interno, con base en las disposiciones jurídicas internacionales, las cuales reafirman el derecho a la verdad y a la unidad familiar en los principios relacionados en el numeral 16¹⁴⁸. Aunque dicha compilación no sea, por sí misma,

147 Dice el *Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra*, en su artículo sobre desplazamiento forzado:

1. No se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas. Si tal desplazamiento tuviera que efectuarse, se tomarán todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación.
2. No se podrá forzar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto (ONU, 1949, art.17).

148 Queda establecido en el Informe sobre los Principios que:

1. Los desplazados internos tienen derecho a conocer el destino y paradero de sus familiares desaparecidos.
2. Las autoridades competentes tratarán de averiguar el destino y el paradero de los desplazados internos desaparecidos y cooperarán con los organismos internacionales competentes dedicados a esta labor. Informarán a los parientes más próximos de la marcha de la investigación y se les notificarán los posibles resultados.
3. Las autoridades competentes deberán esforzarse por recoger e identificar los restos mortales de los desplazados que hayan muerto, prevenir su despojo, ultraje o mutilación, y facilitar su devolución a los parientes más próximos de la persona fallecida, o cuando ello no sea posible, disponer respetuosamente de

un documento legalmente comparable con un tratado, la Corte Constitucional le ha reconocido importancia para el ordenamiento jurídico nacional, como también le ha otorgado el carácter vinculante de algunas de las disposiciones de Derecho Internacional que se encuentran reflejadas e interpretadas en ella (Const., 1991, art. 93)¹⁴⁹.

Por su parte, la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU (s.f.), citada por la Corte Constitucional, entiende por desplazados internos a

las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, por situaciones de violencia generalizada, por violaciones de derechos humanos o por catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida (Corte Constitucional, Sentencia T-327, 2001).

Fue el *Estatuto de Roma* de 1998 el que propició la inclusión del tipo penal de desplazamiento forzado en la normatividad penal colombiana, ya que en su artículo 7º estableció la categoría de crímenes de lesa humanidad en los siguientes términos: “cualquiera de los siguientes actos cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil con conocimiento de dicho ataque [la] deportación o traslado forzoso de población” (ONU, 1998a, art. 7). Sin embargo, en dicho Estatuto se exige un número plural de desplazados, mientras que el tipo penal interno fue mucho más allá, porque criminalizó el desplazamiento forzado de una o varias personas. En el marco de un conflicto armado interno, el Código Penal colombiano lo tipificó como crimen de guerra (Código Penal, 2000, art. 159), pero, si se presentan los requisitos para tal calificación, también puede ser considerado como crimen de lesa humanidad, aún en tiempo de inexistencia de un conflicto armado.

ellos. 4. Las tumbas o lugares de entierro de las personas desplazadas deben ser objeto de especial protección y respeto en cualquier circunstancia. Las personas desplazadas tienen derecho de acceder a las tumbas o los lugares donde se encuentren los restos mortales de sus parientes muertos (ONU, 1998b, Principio 16).

149 Corte Constitucional. Sentencias SU-1150 de 2000, T-327 de 2001, T-098 de 2002, T-268 de 2003, T-419 de 2003 y T-602 de 2003.

La clasificación del tipo penal

El tipo es de resultado objetivo, porque se requiere que efectivamente una o más personas de un sector de la población cambien de residencia. El tipo también es de lesión, porque con la conducta se debe afectar el bien jurídico tutelado, que es la libertad individual, entendida como la autonomía personal, de una o varias personas, para fijar su sitio de residencia.

Es un tipo de conducta permanente, porque la vulneración de la libertad individual, en cuanto autonomía de la voluntad, se mantiene vulnerada durante el tiempo que la persona permanece desplazada de su sitio de residencia.

Finalmente, es un tipo penal pluriofensivo, porque además de vulnerar la libertad individual, en lo que se refiere a la libertad de escoger el lugar de domicilio y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, afecta masiva y continuamente otros derechos fundamentales como la dignidad personal, el derecho a la vida y a la integridad personal, el derecho a la paz, al trabajo, a tener una familia y el derecho a la propiedad, la cual es usualmente usurpada de manera violenta.

De hecho, lo que se presenta con el desplazamiento forzado es la insatisfacción de necesidades básicas como la alimentación, la salud, la educación, la falta de vivienda digna en razón a que la mayoría de desplazados terminan viviendo en condiciones infrahumanas y hacinados en zonas marginales de las ciudades, afectados por el desarraigo, desterrados, víctimas del choque cultural y revictimizados por la sociedad que los iguala a los autores o partícipes del desplazamiento forzado, como si fueran los victimarios. También el acceso a los servicios públicos esenciales es limitado y a veces nulo para los desplazados.

Por otra parte, el desplazamiento forzado genera rupturas o destrucción del tejido social y los cambios de las estructuras familiares e, igualmente, destruye a nivel comunitario rural y urbano los procesos productivos, organizacionales y de participación comunitaria que buscan soluciones a los problemas básicos, es decir, lesiona los derechos a la expresión y a la organización.

A nivel individual,

los efectos psicológicos y culturales del desplazamiento forzado son devastadores. El desplazamiento afecta de una manera total al individuo, pues se ve expuesto a intensos procesos psico-afectivos y socioeconómicos como los sentimientos de pérdida

total de sus referencias e incertidumbre sobre su futuro, el de su familia y allegados (Corte Constitucional, Sentencia T-327, 2001).

Con este delito también se presenta la afectación de los derechos de los más vulnerables, “en razón de las precarias condiciones que deben afrontar las personas que son obligadas a desplazarse” (Corte Constitucional, Sentencia T-327, 2001), lo que se torna en

un atropello de los derechos de los niños, de las mujeres cabeza de familia, de los discapacitados y de las personas de la tercera edad. Además, todas las personas forzadas a abandonar sus lugares de origen sufren un detrimento en sus ya de por sí muy afectados derechos económicos, sociales y culturales, y frecuentemente son sometidas a la dispersión de sus familias (Corte Constitucional, Sentencia T-327, 2001).

En síntesis, con el desplazamiento forzado se presenta la afectación masiva de los derechos fundamentales, encabezada por la vulneración de la libertad individual.

El tipo objetivo

De conformidad con el artículo 180 del Código Penal colombiano, para que se configure el delito de desplazamiento forzado se requieren los siguientes elementos:

- Un sujeto activo indeterminado.
- Una conducta arbitraria, contraria a Derecho, sin justificación alguna.
- La utilización de la violencia o cualquier otro acto coactivo.
- Que la conducta vaya dirigida contra un sector de la población.
- Que como consecuencia debe ocasionar el cambio de lugar de residencia de uno o varios miembros de ese sector de la población.

a. Los sujetos activo y pasivo. Este tipo penal no exige cualificación alguna. El sujeto activo puede ser cualquier persona, pero en la realidad práctica de Colombia los agentes causantes del desplazamiento forzado son los grupos armados al margen de la ley, llamados paramilitares, guerrilleros, narcotraficantes o de delincuencia común y, en ocasiones, agentes del Estado, porque regularmente son todos ellos los que cuentan con el poder organizado y real de las armas, como mecanismo expedito para infundir temor. Desde los años 80 del siglo pasado, el paramilitarismo ha sido el mayor desplazador, según datos de la Comisión

de Justicia y Paz y del Centro de Investigación y Educación Popular CINEP (Giraldo, 2008).

El sujeto pasivo puede ser cualquier persona que se haya visto obligada a migrar dentro del territorio nacional o fuera de él. Según el artículo 1° de la Ley 387 de 1997, es quien abandona su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su libertad individual, su vida, su integridad física y su seguridad han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores, que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público.

b. La conducta. La conducta se rige por el verbo rector ocasionar, el cual se refiere a la acción que significa, para este caso, dar lugar o provocar el cambio de residencia de una o más personas de un sector de la población. Equivale a desplazar, verbo que técnicamente debió ser el utilizado por el tipo penal. Aunque basta que se realice el desplazamiento forzado de una sola persona para que se adecúe la conducta, por lo general los desplazamientos son de familias y grupos o son masivos.

c. Los elementos: descriptivo y normativo del tipo penal. El tipo penal trae, como complementos, la violencia u otros actos coactivos y la arbitrariedad.

En este texto ya se ha explicado el alcance del concepto de violencia (elemento descriptivo de modo), el cual se debe entender como toda agresión o vía de hecho coactiva contra las personas o las cosas, para vencer la resistencia del sujeto pasivo. La violencia puede ser física o moral. Es física cuando se emplea la fuerza muscular (golpes, reducción física) o cualquier tipo de armas, constriñendo a la víctima a la realización de la conducta descrita. Es moral cuando se compele síquicamente al sujeto pasivo, mediante amenazas, coacciones o actos idóneos contra las personas o las cosas, que anulan la voluntad de los individuos y restringen su libertad síquica, obligándolo a realizar actuaciones o a dejar de realizar algo.

Además, la violencia debe ser actual e injusta, es decir, preexistente al momento del desplazamiento forzado y que no haya causa jurídicamente atendible para que se efectúe dicha coacción. La violencia puede ser expresa o deducible de los actos violentos que se realizan contra las personas pertenecientes a la población, y que

consiste en homicidios, lesiones personales, desapariciones forzadas, secuestros, extorsiones, entre otros. Los actos coactivos entrañan violencia y se manifiestan dentro de un ambiente intimidatorio.

Otro elemento (normativo) es la acción arbitraria. Actúa de esta manera quien procede caprichosamente, contra la ley, la justicia o la razón. Lo arbitrario es lo contrario a lo justo o a lo dispuesto en las leyes. Es un derecho fundamental que las personas pueden fijar su residencia en el lugar que les plazca y, por lo tanto, es un acto arbitrario que por algún medio se les prohíba vivir en determinado sitio.

En este caso, la arbitrariedad puede estar, o no, unida a la violencia o a cualquier acto coactivo. Realmente la violencia de suyo es arbitraria y las coacciones siempre entrañan una conducta violenta, así sea de carácter psíquico, como cuando se amenaza a un sector de la población para que abandone el lugar de residencia. La coacción es la violencia que se ejerce contra una persona para que realice o ejecute algo contra su voluntad. Con la coacción se busca, con violencia física o moral, forzar a una persona para que obre de una manera determinada.

d. El objeto material sobre quien recae la acción. El objeto material es de carácter personal y colectivo, porque la conducta no va dirigida contra una sola persona, sino contra un sector de la población, es decir, contra un conglomerado o conjunto de personas que residen en un lugar determinado. Si la acción, con esa finalidad, se dirige contra una sola persona en particular, constituirá el constreñimiento ilegal del que habla el artículo 182 del Código Penal del 2000.

e. El resultado. El tipo penal exige que se logre efectivamente el desplazamiento de una o varias personas. La conducta debe ir dirigida a obtener esa finalidad. Por tratarse de un tipo de resultado objetivo, admite la tentativa como forma imperfecta del delito.

En la parte final del tipo penal, y de acuerdo con el *Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra*, se excluye del desplazamiento forzado el movimiento de población que realice la fuerza pública cuando tenga por objeto la seguridad de ese grupo de personas, o cuando hayan imperiosas razones militares. Existe una excepción, por motivos exclusivamente militares, que hace “imperiosa esta residual forma de intervención; pero, de ninguna manera, como una forma de legalizar el desplazamiento cuando éste ocurre con ocasión de las necesidades militares de las fuerzas armadas” (Aponte Cardona, 2009). Las causas que invoque la

fuerza pública para el desplazamiento deben ser actuales y reales, por ejemplo, la confrontación militar inevitable que puede producir muertes en la población civil.

El tipo subjetivo

Para que la conducta sea punible tiene que realizarse a título de dolo directo y debe estar dirigida intencionalmente a producir el desplazamiento forzado.

Puede suceder que el sujeto activo de la conducta no tenga como objetivo inmediato el desplazamiento de la población, pero que por el contexto en el que se desarrollan sus acciones ilegales de homicidios, amenazas, extorsión, secuestro, violencia sexual, enfrentamientos armados u otro tipo de conductas delictivas, incida en que la población se vea obligada a migrar por el temor que le generan estos actos. En este caso, es perfectamente previsible que con su conducta pueda producirse el desplazamiento forzado, y sin embargo, el sujeto activo no hace nada para impedirlo y lo deja librado al azar, es decir, “el resultado es previsible y el autor del enfrentamiento muestra indiferencia frente al resultado” (Sampedro Arrubla, 2005, p. 742). Este sería un caso de dolo eventual.

Las circunstancias de agravación punitiva

En el artículo 181 del Código Penal del 2000 se consignan las circunstancias de agravación punitiva¹⁵⁰. Estas tienen que ver con la calidad especial del sujeto activo, con el estado o condición del mismo, con la propiedad del Estado sobre los medios utilizados y con la agravación por los tratos realizados contra la víctima.

a. Por la calidad especial del sujeto activo. Cuando la conducta es cometida por el servidor público, existe una violación a los deberes legales que le impone el cargo de ser respetuoso con los derechos de las personas, particularmente de su libertad individual y su libre autodeterminación. La conducta se agrava por la

150 Dice el Código Penal que la pena prevista en el artículo 180 se aumentará hasta en una tercera parte:

1. Cuando el agente tuviere la condición de servidor público.
2. Cuando se cometa en persona discapacitada, o en menor de dieciocho (18) años, o mayor de sesenta (60) o mujer embarazada.
3. Cuando se cometa por razón de sus calidades, contra las siguientes personas: periodistas, comunicadores sociales, defensores de los derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes cívicos, comunitarios, étnicos, sindicales, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos o víctimas de hechos punibles o faltas disciplinarias.
4. Cuando se cometa utilizando bienes del Estado.
5. Cuando se sometiere a la víctima a tratos crueles, inhumanos o degradantes (Código Penal, 2000, art. 181).

mayor facilidad que tiene el sujeto activo, en razón de su condición, para reducir la voluntad de la víctima y ocasionar el desplazamiento forzado.

b. Por el estado o condición del sujeto pasivo. La conducta se agrava cuando el sujeto pasivo tiene determinada calidad, la cual tiene un vínculo motivacional para que el agente cometa el delito de desplazamiento forzado. O, cuando el sujeto pasivo está en algún estado o condición que lo coloca en circunstancias de inferioridad frente al sujeto activo.

Hay condiciones o estados de vulnerabilidad del sujeto pasivo que facilitan la comisión del delito de desplazamiento forzado, debido a la mayor dificultad para que la víctima se traslade de un lugar a otro, por ejemplo, por la discapacidad que sufra una persona; también por la edad (menores y adultos mayores de 60 años) o por el estado de embarazo de la mujer. Estas circunstancias agravantes son idénticas a las consignadas para los delitos de desaparición forzada y tortura.

La conducta también se agrava cuando la comete el sujeto agente debido a la calidad especial del sujeto pasivo¹⁵¹: periodistas y comunicadores sociales¹⁵²; defensores de Derechos Humanos; candidatos o aspirantes a cargos de elección popular; dirigentes cívicos, comunitarios¹⁵³, étnicos y sindicales; políticos o religiosos; contra quienes hayan sido testigos o víctimas de hechos punibles o faltas disciplinarias¹⁵⁴.

c. Por la propiedad del Estado sobre los medios utilizados. Si los medios utilizados para ocasionar el desplazamiento forzado, como armas, vehículos o inmuebles son de propiedad del Estado, la conducta se agrava, porque los bienes de éste deben estar en función del bienestar de las personas y no para ejecutar conductas delictivas como la descrita.

d. Por los tratos realizados contra la víctima. Se agrava la conducta de manera específica, si el sujeto agente además de la violencia, de actos coactivos y de la arbitrariedad, somete a la víctima a tratos crueles, inhumanos o degradantes

151 No se agrava la conducta cuando el desplazado es un servidor público.

152 En el tipo de desaparición forzada (Código Penal, 2000, art. 165) se habla solamente de "comunicadores". En el tipo penal de tortura se habla tanto de periodistas como de comunicadores sociales (Código Penal, 2000, art. 178).

153 En el tipo de desaparición forzada no se habla de dirigentes cívicos y comunitarios. En el tipo penal de tortura sí se incluyó expresamente a estos dirigentes para efecto de la agravación de la conducta. El tipo penal de desplazamiento forzado incluyó a los dirigentes étnicos.

154 Para efecto de la agravación no se incluyó el desplazamiento forzado de los parientes de los sujetos pasivos calificados que in extenso se relacionan en el numeral 3° del artículo 181 del Código Penal del 2000.

para ocasionar el desplazamiento forzado. Se refiere a las vejaciones de palabra u obra, humillaciones, maltrato y cualquier acto que sin constituir tortura, ofenda la dignidad del ser humano. Si se presenta tortura, habrá concurso de conductas punibles entre el desplazamiento forzado y ese delito.

Las circunstancias de mayor punibilidad en el desplazamiento forzado en el marco de un conflicto armado interno

En relación con el desplazamiento forzado que se presenta en el marco de un conflicto armado interno, y que es descrito por el artículo 159 del Código Penal, este no contiene circunstancias específicas de agravación punitiva. Por ello, el operador de justicia debe remitirse a las circunstancias de mayor punibilidad, establecidas en el artículo 58 del Código Penal, para deducir los agravantes genéricos del caso, por ejemplo, los que tienen que ver con los vínculos de parentesco del sujeto agente con las víctimas o con los móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión o las creencias, el sexo y la orientación sexual, así como alguna enfermedad o minusvalía de la víctima, entre otras.

Los agravantes genéricos, denominados circunstancias de mayor punibilidad, se aplican también en el caso del artículo 180 del Código Penal, siempre y cuando no se encuentren tipificados especialmente, porque deben deducirse de preferencia los agravantes específicos del artículo 181 de la misma obra. En todo caso, el operador judicial no puede aplicar frente a los mismos hechos una causal específica de agravación punitiva y una idéntica circunstancia de mayor punibilidad (agravante genérico), porque entrañaría una violación al principio del *non bis in idem*.

El concurso del desplazamiento forzado con otras conductas punibles

El delito de desplazamiento forzado puede concurrir con otras conductas, cuyo modo de ejecución incluyan la violencia, como el homicidio, las lesiones personales, la desaparición forzada, la tortura, la violencia sexual, la extorsión, entre otras, las cuales son utilizadas como delitos medio para infundir temor en la población y obtener el desplazamiento de las personas que abandonan sus residencias y sus parcelas.

Constreñimiento ilegal

El constreñimiento ilegal, también denominado delito de violencia privada, se encuentra descrito en el Código Penal del 2000, en el artículo 182¹⁵⁵. Desde el Código Penal de 1936¹⁵⁶ hasta este último, la modificación ha consistido en eliminar los elementos descriptivos de violencia y amenazas, porque ya están comprendidos dentro del constreñimiento, así como la expresión “injustamente”, ya que la antijuridicidad de la conducta, por técnica jurídica, no debe hacer parte de los elementos del tipo penal, debido a que se entiende incorporada como exigencia para que la conducta sea punible.

El tipo objetivo

El tipo penal de constreñimiento ilegal descrito en el artículo 182 del Código Penal tiene los siguientes elementos:

- Un sujeto activo indeterminado.
- El sujeto agente debe constreñir a otra persona.
- El objetivo del constreñimiento es lograr que el sujeto pasivo haga, tolere u omita alguna cosa.
- La conducta no debe estar tipificada en otra disposición penal. Es un tipo penal subsidiario.

a. La clasificación del tipo penal. El tipo es de mera conducta, porque no requiere para su perfeccionamiento que efectivamente se obtenga lo querido por el sujeto agente. Si la persona constreñida no hace, ni tolera, ni omite lo pretendido por el sujeto activo, el delito se ha perfeccionado, aunque no hubiera surtido efecto la conducta, porque lo que el tipo sanciona es la acción de constreñir. De todas formas, el agente debe tener una concreta finalidad que se adecúe a los verbos hacer, tolerar u omitir, aunque no obtenga el resultado buscado.

.....
155 Dice el Código Penal (ley 599):

<Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005:> El que, fuera de los casos especialmente previstos como delito, constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses (Código Penal, 2000, art. 182).

156 Dice el Código Penal de 1936:

Al que con violencias o amenazas constriña a otro injustamente a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, se le impondrá arresto de un mes a un año.

Código Penal de 1980: *Artículo 276. Constreñimiento ilegal.* El que constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años (Código Penal, 1936, art. 298).

También es un tipo de lesión y de conducta instantánea. De igual manera, es pluriofensivo, porque lesiona la libertad individual y, además, puede vulnerar la dignidad humana y otros bienes jurídicos, según la finalidad perseguida por el sujeto agente.

Finalmente, es un tipo penal subsidiario, lo cual queda expresado cuando señala que es aplicable “fuera de los casos especialmente previstos como delito” (Código Penal, 2000, art. 182), es decir, su adecuación debe realizarse cuando la conducta no está descrita especialmente en otro tipo penal. Significa que su aplicación se supedita a que los hechos descritos no estén en otro tipo penal o no estén sancionados en otra norma con pena mayor. Dicho de otra forma, en la medida en que la conducta se adecúe en otro tipo penal, no se puede tipificar en el subsidiario.

Un tipo penal es subsidiario de otro “cuando ambos describen grados diversos de lesión, en forma tal que una de ellas es más grave que la otra y cuando, además, la menos grave entra en la composición de la otra como elemento constitutivo o circunstancia agravante” (Reyes Echandía, 2000, p. 148). La aplicación del tipo penal subsidiario “solamente tiene lugar cuando quede excluida la aplicación del hecho básico” (Corte Constitucional, Sentencia C-133, 1999). La subsidiariedad sirve para resolver concursos aparentes de tipos, porque el supuesto de hecho queda supeditado a la aplicación de un tipo penal principal.

b. Los sujetos y el objeto material. El sujeto activo puede ser cualquier individuo de la especie humana, independientemente de su edad o situación psicológica. Es indeterminado y singular.

Sin embargo, para que la conducta de constreñimiento sea idónea, el sujeto pasivo potencialmente debe estar en capacidad de realizar lo pretendido por el agente, aunque no tenga conciencia o capacidad de comprender el acto que realiza, como puede suceder con los inimputables. Y aunque teóricamente el niño puede ser sujeto pasivo de constreñimiento, el forzamiento de su conducta debe ser en relación con los actos que está en capacidad de realizar.

El constreñimiento ilegal recae sobre la persona física. En esa medida, las personas jurídicas no pueden ser objeto de constreñimiento, sino los individuos que las representan. El sujeto pasivo y el objeto de la acción (objeto material) son uno mismo en este tipo: la persona constreñida.

c. La conducta. Está representada por el verbo rector simple constreñir, que significa un apremio indebido, obligar o forzar a alguien a hacer, omitir o tolerar alguna cosa, mediante la utilización de la fuerza física o moral. Constreñir, es “compeler a otro de manera ilegítima que da tanto como intimidarlo (colocar en temor) moral o físicamente, que obviamente se refiere a una acción de atemorizamiento” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 8389, 1994). Lo que se busca es doblegar la voluntad del sujeto pasivo. Como es un tipo de mera conducta, no requiere la efectiva producción del resultado buscado.

Este tipo penal no tiene en su descripción un elemento subjetivo o una finalidad específica. Los objetivos de la conducta de constreñir son genéricos: uno tiene que ver con hacer alguna cosa, es decir, con compeler a una persona para que haga, realice, ejecute algo que ella no quiere; otro se refiere a omitir alguna cosa, es decir, no hacer o abstenerse de realizar algo en contra de la voluntad de la persona constreñida; y el último se refiere a tolerar alguna cosa, o sea, resistir o soportar algo que no se quiere, que no es del gusto de la persona.

En lo que respecta a la expresión “alguna cosa”, se refiere a un querer que en el tipo penal es amplio e indeterminado, pero que tiene que ver con el objetivo buscado, es decir, hacia lo que va dirigida la conducta del sujeto agente. Cosa es “lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, concreta, abstracta o virtual” (RAE, 2014). En ese orden de ideas, se puede constreñir a otro para que escriba, diga o afirme, haga una obra o acción material y guarde silencio o no cuente algo en contra de su voluntad. En síntesis, para que realice acciones u omisiones que no desea realizar o que tolere alguna situación que no es de su agrado, siempre que cualquiera de ellas no esté tipificada autónomamente.

Si el sujeto pasivo, a pesar del constreñimiento, consiente voluntariamente, sin vicios, porque esa es su voluntad, se excluye la tipicidad por idoneidad de la conducta y por no haberse afectado la autonomía de la persona.

El constreñimiento de la voluntad se puede realizar por cualquier medio, a través de violencia física o síquica, dirigido directamente contra la persona o contra otras personas (familiares o cercanas al constreñido) o contra las cosas (bienes muebles o inmuebles). En este último caso, por ejemplo, para que su propietario permita o tolere algo.

La violencia material se manifiesta aplicando físicamente un poder coercitivo, como cuando se utiliza la fuerza muscular o como cuando se usan armas o

instrumentos que permiten la intimidación para la agresión. La otra modalidad de violencia es la psíquica, la cual entraña amenaza directa o indirecta, y “sigue cauces reservados, pero tan efectivos como el constreñimiento material” (Pérez, 1985, p. 384). La violencia psíquica o moral tiene que ver con la amenaza de realización de males futuros, sean estos a corto, mediano o largo plazo, o puede ser realizada mediante asedios de cualquier naturaleza, que lleven el mensaje implícito del constreñimiento.

Siguiendo al profesor Luis Carlos Pérez, la violencia psíquica o moral permite intimidar con males futuros, mediatos o inmediatos, pero en todo caso realizables, capaces de afectar o lesionar psicológicamente a la persona, y también de obligarla a aceptar males menores para sí o para otras con las cuales tiene vínculos de afecto o de cualquier otra naturaleza (Pérez, 1985, p. 384).

Para Pérez (1985) el constreñimiento debe ser serio, pero considera que cualquier violencia evitable o cualquier amenaza susceptible de desintegrarse con el transcurso del tiempo, no alcanzan a ser inculminables. La seriedad del avasallamiento depende en gran parte del estado de las personas, de su manera de comportarse, de su instrucción y de la situación material (p. 403).

Si bien el constreñimiento debe ser serio, probable y deben existir fundadas razones para creer que se va a cumplir, como lo expone el profesor Pérez, tampoco se requiere que la persona se sienta obligada a hacer, omitir o tolerar lo exigido por el perpetrador. Toda vez que el tipo penal es de mera conducta, no exige resultado alguno y, además, al ser de conducta instantánea, se agota con la acción de constreñimiento.

Por otra parte, si el sujeto activo no utiliza el constreñimiento, sino el engaño y en contra de su voluntad la víctima hace alguna cosa, la conducta es atípica, porque no podría hacerse una interpretación analógica de un tipo penal en cuyo verbo rector no está involucrado el medio engañoso sino la violencia.

El tipo subjetivo

La conducta de constreñimiento ilegal admite solamente la modalidad dolosa. Se diferencia de otros tipos penales, según la finalidad buscada por el sujeto agente, cuando lo pretendido específicamente se encuentra autónomamente tipificado en una disposición especial.

Cuando el constreñimiento tiene como propósito obtener un provecho económico ilícito, la conducta imputable es la extorsión¹⁵⁷. Mientras la finalidad de la extorsión puede ser económica, o alguna utilidad ilícita, el constreñimiento ilegal puede tener cualquier finalidad ilícita (genérica), siempre que no esté especialmente prevista como otro delito.

Si se examinan los dos tipos penales, artículos 182 y 244 de la Ley 599 del 2000, existen unos elementos subjetivos comunes, pues ambos van dirigidos contra quien “constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa” (Ley 599, 2000), pero la extorsión exige, además, la finalidad de obtener un “provecho ilícito o cualquier utilidad ilícita o beneficio ilícito, para sí o para un tercero” (Ley 599, 2000). Este aspecto diferenciador de las dos conductas implica que el nivel de exigencia de la extorsión es mayor y hay más riqueza descriptiva que permite clasificarlo como un tipo penal especial.

Por otra parte, también pueden existir similitudes entre el constreñimiento ilegal y el secuestro extorsivo. La Corte Suprema de Justicia ha considerado que estos tipos penales

tienen en común el subjetivo especial consistente en que el sujeto activo con su conducta se propone que la víctima u otro ‘haga u omita algo’ de su interés, pero se diferencian significativamente en los verbos rectores, pues, desde el punto de vista jurídico, ‘constreñir’ ciertamente significa una limitación en la libertad de actuar, pero nunca puede alcanzar tal intensidad que comporte una supresión de la libertad ambulatoria, dado que en tal caso se configuraría el secuestro extorsivo por ‘arrebata-
tamiento’, ‘sustracción’, ‘retención’ u ‘ocultación’ de la persona (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 12904, 2000).

Queda claro que en el secuestro extorsivo hay un constreñimiento ilegal, que no se queda solamente en obligar a otro a hacer, tolerar u omitir algo, sino que, mucho más allá, requiere privar de la libertad a una persona.

El acoso sexual es una de las modalidades delictivas autónomas que se puede manifestar con constreñimiento (acosar, perseguir, hostigar, asediar) con fines sexuales no consentidos, el cual puede presentarse valiéndose de la superioridad

.....
157 Dijo la Corte:

Es más, a nivel de la dogmática penal, se considera que la única diferencia específica entre la extorsión y el constreñimiento ilegal -clásico delito contra la libertad personal y la autonomía individual- es la búsqueda de obtención de provecho económico, a tal punto que la extorsión puede ser definida como un constreñimiento ilegal con finalidad económica (Corte Constitucional, Sentencia C-284, 1996).

manifiesta o de relaciones de poder (empleador, jefe, profesor). Un ejemplo de esto es que se tenga bajo amenaza de despido laboral a una persona, o que se menoscaben sus condiciones de trabajo o se le realice un traslado con fines sexuales no consentidos. Otro puede ser la imposición de una nota académica baja. En estos casos es aplicable el tipo penal de acoso sexual, descrito en el artículo 210A. Antes de que este se estableciera como conducta autónoma, era uno de los ejemplos del constreñimiento ilegal.

Eximente de antijuridicidad

En relación con el constreñimiento ilegal, podría presentarse el estado de necesidad como eximente de la antijuridicidad, por ejemplo, cuando un médico, para salvar la vida de un paciente, obliga a este a que tolere una intervención quirúrgica que de no practicarse significaría su pérdida.

Los concursos

El constreñimiento ilegal es un tipo penal que describe una conducta que se podría denominar genérica, ya que comparte el mismo verbo rector con otras descripciones típicas que son la especie, las cuales establecen para el sujeto agente una finalidad específica o tienen algún elemento normativo que las diferencia.

Debido a que el tipo de constreñimiento ilegal es un tipo subsidiario con contenido genérico, no se presenta el concurso con los tipos que tienen como verbo rector constreñir. De igual manera, porque las otras disposiciones revelan mayor riqueza descriptiva con respecto a éste, como el constreñimiento a apoyo bélico (art. 150), el constreñimiento a la prostitución (art. 214), la extorsión (art. 244), el constreñimiento para delinquir (art. 277), el constreñimiento al sufragante (art. 387), la concusión (art. 404) y la violencia contra servidor público (art. 429)¹⁵⁸.

La conducta se adecúa a este último tipo penal cuando se trata de constreñimiento contra un servidor público para que haga, tolere u omita algo. Entonces, no es posible el concurso con el tipo penal de violencia contra servidor público, que si bien descriptivamente coincide con la violencia del constreñimiento ilegal, el

158 En el Código Penal de 1980, el artículo 164 describía la conducta de violencia contra empleado oficial.

sujeto pasivo en el primero es cualificado (Código Penal, 2000, art. 429). El aparente concurso se resuelve por los principios de subsidiariedad y de especialidad.

Todas las formas de constreñimiento tienen en común que el sujeto activo de la conducta es quien responde penalmente y no el constreñido, específicamente cuando se encuentra en la situación de ausencia de responsabilidad, la cual es descrita en el artículo 32, numeral 8, del Código Penal, bajo la expresión de “una insuperable coacción ajena”.

El constreñimiento ilegal puede concurrir materialmente con el daño en bien ajeno, cuando al concretarse la violencia sobre las cosas se les destruye o se les daña. También con las lesiones personales, si al ejercer la violencia física o síquica se ocasiona un daño en la salud.

Las circunstancias específicas de agravación punitiva

El artículo 183 del Código Penal del 2000 introdujo las siguientes circunstancias de agravación punitiva:

a. Cuando el propósito o fin perseguido por el agente sea de carácter terrorista. El delito de constreñimiento ilegal se agrava cuando tiene una finalidad específica de crear o mantener en estado de zozobra, alarma o terror a la población o parte de ella, aunque no se logre efectivamente el resultado buscado. Este es el elemento subjetivo o especial intencionalidad que exige el agravante.

b. Cuando el agente sea integrante de la familia de la víctima. El concepto de familia de la víctima fue tratado en el agravante que establece el Código Penal del 2000, en forma similar, para el delito de tortura, en el cual se utiliza la expresión “grupo familiar”. Para la comprensión de este elemento normativo se sugiere volver al estudio allí realizado y que corresponde al desarrollo jurisprudencial evolutivo del concepto amplio de familia.

c. Cuando el agente abuse de la superioridad docente, laboral o similar. El agravante cualifica, en este caso, al sujeto activo. En cuanto a la superioridad docente, la tiene el profesor o que ejerce un predominio sobre el sujeto pasivo (alumno). Respecto a la superioridad laboral, la tiene el empleador o su

representante (jefe de personal, jefe inmediato, supervisor) frente al subalterno, obrero o empleado¹⁵⁹.

El abuso de la superioridad se refiere a usar mal y excesiva, injusta, impropia o indebidamente, la jerarquía, el poder o posición dominante que, por razón docente, laboral o similar, se tiene sobre otra persona. Ese abuso de la superioridad es la circunstancia de modo para el constreñimiento que permite lograr que el sujeto pasivo haga, tolere u omita algo.

Constreñimiento para delinquir

Su descripción legal está contenida en el Código Penal de 1980, en el artículo 277¹⁶⁰. La única diferencia que tiene dicho artículo con el 184 del Código Penal del 2000 radica en la sustitución del término delito por el de conducta punible, es decir, de conformidad con el artículo 19 de esta obra, el constreñimiento puede ser en relación con los delitos, así como también respecto a las contravenciones¹⁶¹.

La clasificación del tipo penal

El constreñimiento para delinquir es un tipo penal de mera conducta, porque basta que el sujeto agente obligue o fuerce a otra persona, mediante la utilización de la coacción física o moral, a realizar por acción o por omisión una conducta punible, sin que sea necesario que se obtenga el resultado buscado. Es, además, un tipo penal de lesión, de conducta instantánea, así como es pluriofensivo y subsidiario.

Es pluriofensivo, ya que es una conducta que, en primer lugar, afecta la libertad individual y que particularmente vulnera la autodeterminación de la persona constreñida. Sumado a esto, el constreñimiento afecta también la dignidad humana y va

159 Para mayor información consultar: Diazgranados Quimbaya, L. A. (2014). *El acoso laboral: análisis conceptual y comparado*. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia. pp. 29-36. De la página 29 a la 36, el autor desarrolla ampliamente las modalidades de acoso laboral.

160 Dice el Código Penal de 1980 que “el que constriña a otro a cometer un delito, siempre que el hecho no se haya previsto como delito sancionado con pena mayor, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años” (Código Penal, 1980, art. 277)

161 Dice el Código Penal del 2000:

<Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005:> El que constriña a otro a cometer una conducta punible, siempre que ésta no constituya delito sancionado con pena mayor, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.

dirigido a que se afecten otros bienes jurídicos según la finalidad perseguida por el agente y según el tipo de conducta punible que obligue a otro a realizar.

Como tipo subsidiario, la misma norma indica que se tipifica siempre que la conducta no constituya un delito sancionado con pena mayor. Los tipos penales básicos que tienen como verbo rector constreñir y que tienen una pena mayor son: el constreñimiento a apoyo bélico (Código Penal, 2000, art. 150), el constreñimiento a la prostitución (Código Penal, 2000, art. 214), la extorsión (Código Penal, 2000, art. 244), el constreñimiento al sufragante (Código Penal, 2000, art. 387) y la concusión (Código Penal, 2000, art. 404).

El tipo objetivo

Para que se configure el delito de constreñimiento para delinquir, se requiere:

- Un sujeto activo indeterminado.
- Un sujeto agente que debe constreñir a otra persona.
- Que la finalidad del constreñimiento consista en que el sujeto pasivo cometa una conducta punible.
- Que la conducta no esté tipificada en otra disposición penal. Es un tipo penal subsidiario.

La identidad de elementos con el constreñimiento ilegal

El tipo penal de constreñimiento para delinquir es idéntico al constreñimiento ilegal en cuanto a sujeto, objeto y conducta, pero se diferencia en el elemento subjetivo, pues el primero tiene como finalidad específica que otra persona cometa una conducta punible.

El tipo subjetivo

El constreñimiento para delinquir solamente es aplicable en relación con conductas punibles dolosas y no para las culposas (imprudentes), porque en estas últimas la voluntad no va dirigida a la producción de un resultado en concreto, como sí sucede con las primeras. Adicional a la exigencia del dolo, este tipo penal requiere la finalidad específica de que el constreñido (sujeto pasivo) cometa una conducta punible (delito o contravención).

Atendiendo los términos del artículo 9º del Código Penal, se entiende por conducta punible un comportamiento típico, antijurídico y culpable. Por esta razón, el profesor Francisco Bernate plantea que si el constreñido actúa amparado por una causal de ausencia de responsabilidad, se considera anti-técnica la redacción del artículo 184. Esto, debido a que en ausencia de conducta no hay antijuridicidad ni culpabilidad y, por tanto, “sería más acertado hacer referencia a la realización de un hecho típico por parte del constreñido” (Bernate Ochoa, 2011, p. 27).

Refutando el planteamiento de Bernate, vale señalar que el elemento normativo “conducta punible” se refiere, para efectos punitivos, al autor del constreñimiento y no al constreñido. El autor pretende tanto la realización de un hecho típico como la de una conducta punible con todos sus elementos (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad). Si logra que el constreñido cometa un delito o una contravención, quien constriñe es autor del delito de constreñimiento para delinquir, pero, además, su conducta concurre (concurso material) con la realizada por el constreñido (instrumento), a título de autor mediato, por utilizar a otra persona como instrumento mediante el dominio de su voluntad por coacción, siempre que sea insuperable (Código Penal, 2000, arts. 29 y 32) y logre que efectivamente cometa una conducta punible. No habría fundamento para que el tipo penal existiera, si el constreñimiento tuviera como propósito la realización del hecho típico de otra conducta punible, porque la ausencia de responsabilidad del constreñido beneficiaría al autor mediato y, por tanto, no habría concurso de delitos entre el constreñimiento para delinquir y la conducta que finalmente realizara el constreñido. El constreñimiento para delinquir admite la coautoría, si varios sujetos coaccionan a una persona para que realice una conducta punible.

La insuperable coacción ajena

El constreñido que comete la conducta punible no debe responder penalmente si la coacción sufrida, la cual lo llevó a la realización de la conducta, es “insuperable”, como lo señala el artículo 32, numeral 8º, del Código Penal. Para que sea insuperable, la coacción ajena debe

consistir en un acto de violencia moral verdaderamente irresistible generada por un tercero, que tenga por causa un hecho absolutamente ajeno a la voluntad del agente,

que lo obligue a ejecutar aquello que no quiere, sustentado en el miedo o en el temor y la voluntad de evitarse el daño amenazado (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 21457, 2007).

En este caso, la persona coaccionada “se doblega ante la amenaza de un tercero de sufrir un mal contra bienes jurídicos propios o ajenos, realizando un comportamiento sin que hubiese perdido consciencia del peligro y de la acción” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 21457, 2007). Lo irresistible es lo que no puede ser evitado de otra manera, sino realizando el hecho ilícito al que se somete al coaccionado.

La coacción proviene de un tercero, quien de manera arbitraria y sin justa causa le genera miedo a otra persona, sea mediante violencia física o moral, la cual es de tal intensidad (fuerza irresistible o insuperable) que condiciona la voluntad de la persona constreñida con el fin de que realice una acción determinada, en este caso, que cometa una conducta punible.

La coacción comprende la violencia física o moral que es ejercida por un tercero contra otra persona, a través de la amenaza actual e inminente, grave e injusta, de realizarle un mal futuro, a ella o a personas cercanas a ésta; también, de continuar realizándole un daño. A través de esto, el perpetrador somete al coaccionado a proceder como se lo indica, es decir, a realizar una conducta punible (en el caso del constreñimiento para delinquir) no evitable de otra manera y en contra de su voluntad. El coaccionado debe actuar bajo el conocimiento de que está siendo objeto de una coacción.

Si la coacción era superable, porque no le generó al constreñido un miedo o temor irresistible, sino uno que era superable, por ejemplo cierta perturbación que todavía es capaz de enfrentar con cautela o prudencia la amenaza de daño, sin exigirle actos heroicos y teniendo en cuenta la capacidad de cada individuo para afrontar un peligro, no exime la responsabilidad penal, sino que se disminuye la punibilidad, porque de todas maneras existe un estado emocional alterado que atenúa la culpabilidad, al obrar con circunstancia de menor punibilidad en estado de emoción, pasión excusables, o de temor intenso (Código Penal, art. 55, numeral 3).

El constreñimiento para delinquir agravado

El Código Penal del 2000 introdujo varias circunstancias de agravación punitiva¹⁶² y estableció como agravantes específicos los definidos en el artículo 183 (constreñimiento ilegal), que fueron estudiados previamente en este texto. Además, introdujo los agravantes que se relacionan a continuación:

a. La agravación punitiva por otras finalidades específicas. Con este agravante se amplían los elementos subjetivos del tipo. El sujeto agente debe proponerse, con el constreñimiento, que el individuo coaccionado ingrese a grupos terroristas, grupos de sicarios, escuadrones de la muerte o grupos de justicia privada. Esta conducta¹⁶³ fue tipificada originariamente en el Decreto Legislativo 180 de 1988, como instigación o constreñimiento para ingreso a grupos terroristas. Adicionalmente a esto, el Código Penal del 2000 le agregó a dicha finalidad, el buscar obtener el ingreso de personas a grupos de sicarios, escuadrones de la muerte o grupos de justicia privada.

Regularmente no existe una caracterización o dedicación exclusiva de estos grupos al sicariato, o como escuadrones de la muerte, sin recurrir al terrorismo o a la justicia privada. Es una terminología que se entrecruza para las organizaciones al margen de la ley, que asumen una pluralidad de actividades para lograr su financiación, como también para garantizar su poder a través de la violencia, del asesinato y de ejercicios de control social, haciendo supuesta justicia. Fue la denominación que el Estado les dio mediante decretos, para no admitir que

.....
162 Dice el Código Penal:

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando:

1. La conducta tenga como finalidad obtener el ingreso de personas a grupos terroristas, grupos de sicarios, escuadrones de la muerte o grupos de justicia privada.
2. Cuando la conducta se realice respecto de menores de dieciocho (18) años, de miembros activos o retirados de la fuerza pública u organismos de seguridad del Estado.
3. En los eventos señalados en el artículo 183.

163 Dice el Decreto Legislativo 180 de 1988:

Quien forme o ejecute actividades tendientes a obtener el ingreso de personas a grupos terroristas, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la acción se realice respecto de menores de dieciséis (16) años, de miembros activos o retirados de las fuerzas militares, de Policía Nacional u organismos de seguridad del Estado, o cuando se obligue a alguien a participar o colaborar en actividades terroristas.

Nota: Este artículo fue convertido en legislación permanente por el Decreto Extraordinario 2266 de 1991, art. 4° (Decreto Legislativo 180, 1998, art. 6).

también eran organizadas por el denominado paramilitarismo¹⁶⁴. Realmente, las diferencias en la práctica de estos grupos delictivos son muy tenues, por lo que a continuación se procede a examinarlos.

Por una parte, el grupo terrorista es aquel que, en tiempo de normalidad o de conflicto armado interno, provoca o mantiene a la población, o a un sector de ella, en estado de zozobra o terror, mediante actos que ponen en peligro la vida, la integridad física y la libertad de las personas, así como de las edificaciones, medios de comunicación, de transporte y de procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos (Código Penal, 2000, arts. 144 y 343). En síntesis, se califica como grupo terrorista al que realiza actos que provocan terror y, en Colombia, estos han sido realizados por los paramilitares, la guerrilla, los narcotraficantes y también agentes del Estado. Estados Unidos lo ha definido con una visión de guerra preventiva (Carvajal Martínez, 2015).

Por otra parte, se denomina grupo de sicarios a las bandas con vocación organizativa o de permanencia, conformadas por un número plural de individuos que tienen dentro de sus actividades criminales el asesinato selectivo o indiscriminado de personas. De igual manera, reciben por estas acciones criminales un sueldo, pago o retribución económica¹⁶⁵.

Siguiendo con estas organizaciones delincuenciales, los escuadrones de la muerte son grupos de individuos usualmente vestidos de civil, fuertemente armados, que actúan clandestinamente y que regularmente ocultan, tanto su identidad, como a nombre de quién ejecutan las muertes de las personas. Están vinculados al Estado, a organizaciones de narcotraficantes o a organizaciones de

164 Dice el informe *¡Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad*:

En 1989 el presidente Virgilio Barco expidió cuatro decretos para enfrentar el fenómeno paramilitar, 110 luego de reconocer que grupos de justicia privada, cuyas relaciones con el narcotráfico eran cada vez más evidentes, estaban perturbando el orden público bajo el amparo del marco legal que había permitido su creación. En ellos 1) prohibió la participación de civiles en operaciones militares; 2) penalizó la promoción, financiamiento o adhesión a grupos de "autodefensa"; 3) creó un Comité Antisicarial para coordinar los esfuerzos del Estado contra el paramilitarismo, y 4) suspendió las normas consideradas como el fundamento legal de la creación de los grupos de autodefensa y paramilitarismo (Grupo de Memoria Histórica, 2013, p. 240).

165 Al respecto, dice el informe *Justicia y paz ¿verdad judicial o verdad histórica?*, del Centro Nacional de Memoria Histórica:

Pero de acuerdo con Marta Ruiz, una de las periodistas de Semana encargada del tema, "lo que encontramos era explosivo". En efecto, esta prueba dio para mostrar cómo el DAS, órgano de inteligencia del Gobierno, le pasaba a los paramilitares las listas de personas —generalmente sindicalistas, periodistas o, en todo caso, opositores— que luego eran asesinados por sicarios en las calles (CNMH, 2012, p. 517).

extrema derecha, como paramilitares, autodefensas, milicias privadas, comandos de limpieza, las cuales han sido eufemísticamente llamadas bandas criminales “bacrim”. La acción de los escuadrones se dirige contra militantes de izquierda y comunistas; contra defensores de Derechos Humanos; contra líderes campesinos e indígenas; como “limpieza social”, contra “indeseables” (indigentes, personas que ejercen la prostitución, homosexuales) y delincuentes; también contra líderes, entre otros.

Su organización es compleja y difícil de investigar, porque su forma de operar es clandestina. Según Dalia Goldman (2014), regularmente están conformados por grupos pequeños de menos de diez integrantes y sus miembros llevan una vida legal y otra ilegal. Pueden ser: soldados de ejércitos adiestrados con el propósito de realizar operaciones de eliminación física de personas; comandos integrados por policías o militares, activos o retirados del servicio, que trabajan por cuenta propia o bajo órdenes de alguien; comandos civiles (autodefensas o paramilitares) que se autocomponen para defenderse de lo que consideran una amenaza. Todos ellos están organizados bajo estructuras estables que operan durante largos periodos o bajo formaciones de naturaleza coyuntural que desaparecen una vez cumplida la meta de aniquilar el objetivo¹⁶⁶.

Finalmente, quedan los grupos de justicia privada, los cuales no son más que bandas de sicarios o escuadrones de la muerte que cometen asesinatos, desapariciones forzadas, torturas, desplazamientos forzados, violencia sexual para humillar a las comunidades o al enemigo y que realizan un “cobro de cuentas” en nombre de alguna organización al margen de la ley o supuestamente en nombre de la sociedad. Un grupo de justicia privada muy publicitado fue el autodenominado “Los Pepes” (Perseguidos por Pablo Escobar), que fue creado por los hermanos Vicente y Carlos Castaño, quienes se aliaron con sectores del Estado para luchar contra Escobar y contra la guerrilla (GMH, 2013).

Regularmente todos los grupos descritos reciben entrenamiento especializado y tienen armas y explosivos para el ejercicio de sus actividades al margen de la ley.

b. Por la condición o calidad del sujeto pasivo. Siguiendo la tendencia del Decreto 180 de 1988, en el Código Penal del 2000 también se incluyó como

166 Para mayor información consultar: Goldman, Dalia (2014). *Escuadrones de la muerte, ejecuciones ilegales en América Latina: ¿Guerra al crimen o “limpieza” social?*, México, L.D. Books.

•Delitos contra la autonomía personal.

agravante del constreñimiento para delinquir el estado o condición del sujeto pasivo, relacionado con la edad del constreñido (menor de dieciocho años) y la calidad de miembro activo o retirado de la fuerza pública u organismos de seguridad del Estado¹⁶⁷.

Fraudulenta internación en asilo, clínica o establecimiento similar

La conducta¹⁶⁸ se encuentra descrita en el artículo 186 del Código Penal del 2000 y, básicamente, contiene los mismos elementos del artículo 278¹⁶⁹ del Código Penal de 1980, exceptuando un aumento punitivo y la agravación específica que hace referencia a que el responsable sea integrante de la familia de la víctima o que tenga como finalidad el lucro. Como norma antecedente existió el artículo 301 del Código Penal de 1936.

La clasificación del tipo penal

Es considerado de resultado, porque para el perfeccionamiento de la conducta se requiere la efectiva internación de la víctima en un asilo, clínica o establecimiento similar, independientemente del tiempo que dure, sea este corto o prolongado. Este delito admite la tentativa. También es un tipo de lesión y de conducta instantánea

De igual manera, es pluriofensivo, porque vulnera varios bienes jurídicos. En primer lugar, lesiona la libertad individual, pero también ofende la dignidad

.....
167 Sobre lo que debe entenderse por organismos de seguridad del Estado, remitirse al estudio realizado sobre las causales de agravación del secuestro extorsivo del artículo 170, numeral 5º, del Código Penal.

168 Dice el Código Penal del 2000:

<Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005> El que mediante maniobra engañosa obtenga la internación de una persona en asilo, clínica o establecimiento similar, simulándola enferma o desamparada, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes. La pena será de treinta y dos (32) a cincuenta (54) meses de prisión, y multa de veinte (20) a doscientos veinte y cinco (225) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima. La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando tenga un propósito lucrativo (Código Penal, 2000, art. 186).

169 Dice el Código Penal de 1980:

El que mediante maniobra engañosa obtenga la internación de una persona en asilo, clínica o establecimiento similar, simulándola enferma o desamparada, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años, y multa de un mil a diez mil pesos (Código Penal, 1980, art. 278).

humana y la familia, ya que, en este caso, el sujeto pasivo tiene parentesco con el agente que realiza la conducta.

El tipo objetivo

Para que se tipifique la conducta, se requiere:

- Un sujeto activo indeterminado.
- Que el sujeto activo obtenga la internación de una persona en asilo, clínica o establecimiento similar.
- Que para lograrlo, el sujeto agente utilice cualquier maniobra engañosa para simular que la persona está enferma o desamparada.

a. Los sujetos y el objeto material. El sujeto activo es, en principio, indeterminado y singular, es decir, la conducta puede ser realizada por cualquier persona. Sin embargo, también puede ser calificado por el vínculo con el sujeto pasivo, caso en el que se agrava en su consecuencia jurídica con un aumento de la pena de prisión, cuando es “integrante de la familia de la víctima”. Si el sujeto activo logra obtener una finalidad de lucro, se agrava la conducta, así como también puede concurrir materialmente con un delito contra el patrimonio económico.

El sujeto pasivo tiene, simultáneamente, la condición de objeto material sobre quien recae la acción (objeto material personal) de ser internado en asilo, clínica o establecimiento similar, de manera engañosa, simulada o fraudulenta.

En razón de la simulación de enfermedad o desamparo del sujeto pasivo que es exigida por el tipo penal, se infiere que la persona se encuentra sana física y psicológicamente o que no se encuentra realmente en situación de desamparo, es decir, que las condiciones del sujeto pasivo no indican que padezca alguna alteración física o mental o una situación de desamparo que justifique o precise la necesidad para que se interne a esa persona en alguno de los establecimientos que indica la norma. La simulación de enfermedad requiere, para fines probatorios, que sea certificada mediante dictamen pericial médico.

b. La conducta. La conducta está regida por el verbo rector simple obtener, el cual hace referencia a la internación. Significa lograr o conseguir la reclusión de una persona en un asilo, clínica o establecimiento similar, simulando que está enferma o desamparada.

•Delitos contra la autonomía personal.

Aún en el caso del que realmente es demente, el Código Civil, en su artículo 554, prohíbe la privación de su libertad, por lo que no puede ser trasladado a unidades de salud mental o instituciones psiquiátricas, antes denominadas “casas de locos”¹⁷⁰, ni encerrado ni atado, sino momentáneamente, mientras, a solicitud del curador o de cualquier persona del pueblo, se obtiene autorización judicial para cualquiera de estas medidas, salvo en los casos en que se tema que esta persona, usando su libertad, pueda dañarse a sí misma o cause peligro o notable incomodidad a otros.

Por otra parte, en la legislación internacional, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 46/119 del 17 de Diciembre de 1991, estableció normas muy precisas y garantistas que impiden la admisión involuntaria de pacientes en instituciones psiquiátricas¹⁷¹.

Queda entendido que si los enfermos mentales no pueden ser admitidos involuntariamente en una institución psiquiátrica, los demás enfermos por causas diferentes deben ingresar voluntariamente a una clínica o establecimiento similar, cuando están en capacidad de prestar dicho consentimiento. En caso de no poder hacerlo, lo debe otorgar un familiar o una persona que actúe como quien en el momento tiene bajo su cuidado a la persona que va a ser internada.

170 La expresión “casa de locos” fue declarada inexecutable, por considerarse peyorativa y discriminatoria (Corte Constitucional, Sentencia C-478, 2003).

171 Dice la ONU: 1. Una persona sólo podrá ser admitida como paciente involuntario en una institución psiquiátrica o ser retenida como paciente involuntario en una institución psiquiátrica a la que ya hubiera sido admitida como paciente voluntario cuando un médico calificado y autorizado por ley a esos efectos determine, de conformidad con el principio 4 supra, que esa persona padece una enfermedad mental y considere:

- a) Que debido a esa enfermedad mental existe un riesgo grave de daño inmediato o inminente para esa persona o para terceros; o
- b) Que, en el caso de una persona cuya enfermedad mental sea grave y cuya capacidad de juicio esté afectada, el hecho de que no se la admita o retenga puede llevar a un deterioro considerable de su condición o impedir que se le proporcione un tratamiento adecuado que sólo puede aplicarse si se admite al paciente en una institución psiquiátrica de conformidad con el principio de la opción menos restrictiva.

En el caso a que se refiere el apartado b) del presente párrafo, se debe consultar en lo posible a un segundo profesional de salud mental, independiente del primero. De realizarse esa consulta, la admisión o la retención involuntaria no tendrá lugar a menos que el segundo profesional convenga en ello.

2. Inicialmente la admisión o la retención involuntaria se hará por un período breve determinado por la legislación nacional, con fines de observación y tratamiento preliminar del paciente, mientras el órgano de revisión considera la admisión o retención. Los motivos para la admisión o retención se comunicarán sin demora al paciente y la admisión o retención misma, así como sus motivos, se comunicarán también sin tardanza y en detalle al órgano de revisión, al representante personal del paciente, cuando sea el caso, y, salvo que el paciente se oponga a ello, a sus familiares.

3. Una institución psiquiátrica sólo podrá admitir pacientes involuntarios cuando haya sido facultada a ese efecto por la autoridad competente prescrita por la legislación nacional (ONU, 1991, Principio 16).

c. Los elementos descriptivos. El tipo penal tiene un elemento descriptivo que se refiere al modo en el que se debe realizar el procedimiento de internación: debe lograrse mediante maniobra engañosa. La palabra maniobra proviene literalmente de mano y obra y es toda operación material que se ejecuta con las manos (RAE, 2014). Sin embargo, se debe entender que el sujeto agente también utiliza el ingenio, la astucia y la habilidad que proviene de su mente para engañar, es decir, hace uso del fraude, el ardid, la treta, el artificio, la trampa, la maquinación y la artimaña. En la denominación del tipo penal se utiliza la palabra “fraudulenta”, que significa engañosa y falaz (RAE, 2014). Esto quiere decir que el agente realiza la conducta sin que exista motivo o necesidad de realizar la internación y por eso simula la enfermedad o el desamparo.

La conducta del sujeto activo se contrae a realizar la maniobra engañosa a través de la cual aparenta en el sujeto pasivo una enfermedad o una alteración en su salud física o mental. También puede simular una situación de desamparo por abandono, indigencia o por ausencia de quien proteja a esa persona, como cuando la madre finge haber encontrado abandonado a su propio hijo (a quien no reconoce como tal) para que el Estado asuma esa responsabilidad. El engaño se puede ejercer sobre la víctima o sobre el personal del establecimiento que admite su ingreso, el cual la cree enferma o desamparada.

Las maniobras engañosas pueden ser de cualquier tipo y pueden involucrar la utilización de sustancias o medicamentos que simulen la enfermedad física de la persona o un estado mental que permita que los médicos infieran que la persona requiere de la internación y de un tratamiento. El engaño también se puede hacer mediante documentos que den un falso diagnóstico, que indiquen el padecimiento de una enfermedad. De igual manera, se puede hacer al colocar a la víctima bajo hipnotismo o cualquier otro medio para aparentar un trastorno, entre los que está el convencer o sugestionar al sujeto pasivo acerca del padecimiento de alguna enfermedad.

También está entre los elementos descriptivos del tipo, que la internación se ha de obtener en asilo, clínica o un establecimiento similar. El asilo es el establecimiento de beneficencia pública o privada, o también oneroso, en donde se presta atención a personas enfermas física y mentalmente, así como a quienes están desvalidas y que no requieren de hospitalización, pero sí de cuidados especiales. La clínica es un establecimiento, público o privado, en donde se presta asistencia

médica, hospitalaria y especializada a los enfermos; este concepto incluye a las clínicas psiquiátricas.

El tipo penal presenta una indeterminación al incluir la expresión “los establecimientos similares” como lugares de internación del sujeto pasivo. Este concepto, que riñe con el principio de tipicidad acerca de que la norma además de expresa debe ser clara y precisa, nos obliga a interpretar qué es lo que se puede entender por establecimientos similares. Lo similar es lo parecido o semejante a algo y, en este caso, ¿qué puede ser parecido a los asilos o clínicas? Posiblemente por los servicios que prestan, o por las personas enfermas o desvalidas que allí ingresan, estos podrían ser: los ancianatos, los hogares sustitutos o de paso, los orfanatos, los hospitales, las unidades de salud mental o las instituciones para el tratamiento y rehabilitación de enfermos mentales antes denominadas “manicomios”, las casas de reposo, los establecimientos psiquiátricos, las casas de estudio o trabajo, los centros de rehabilitación por drogas o alcohol, entre otros.

El tipo subjetivo

La realización de la conducta debe ser mediante el dolo. El tipo penal no exige para su perfeccionamiento que el agente tenga una finalidad específica, salvo cuando agrava la conducta con el propósito lucrativo, pero esto no significa que el sujeto activo no pueda tener algún otro objetivo o la obtención de algún otro provecho, como puede ser el liberarse de la obligación legal de ayudar a un familiar material y espiritualmente. En este caso, el móvil resulta irrelevante para el derecho penal, por lo que el hecho no deja de ser punible.

La ausencia de este elemento subjetivo ha sido el fundamento para señalar que este tipo penal no debería existir, porque las conductas descritas pueden caer perfectamente dentro del tipo de secuestro simple o extorsivo. El profesor Alfonso Reyes Echandía, en la Comisión Redactora del anteproyecto de 1974, precisó:

Acontece que se está tipificando, sin razón alguna un secuestro privilegiado, cuando la conducta debería resultar más gravemente sancionada[...] Puede acontecer incluso, que una persona obtenga que se recluya en un asilo a una persona normal, con el fin de obtener provecho ilícito, caso en el cual, con la existencia de esta norma, podría pensar el juez que no estamos en presencia de un secuestro extorsivo, sino de esta figura. Por tal razón soy partidario de que se suprima (Giraldo Marín, 1981, p. 149).

Por su parte, la Comisión Redactora del anteproyecto de 1978 consideró que si bien es cierto que el obtener mediante maniobra engañosa la internación de una persona en asilo, clínica o establecimiento similar, haciéndola pasar por enferma o desamparada podría constituir un secuestro, en algunos casos tal adecuación típica sería difícil y podría parecer una vedada interpretación analógica. Por estas razones se conserva, mejorándola, la norma hoy vigente (Giraldo Marín, 1986, p. 511).

Los agravantes específicos

La punibilidad de la conducta se agrava con aumento de la pena de prisión, si el autor o partícipe de la conducta es “integrante de la familia de la víctima”¹⁷².

La conducta también se agrava cuando hay un propósito lucrativo. En cuanto a este elemento subjetivo, el sujeto activo debe tener como objetivo, al lograr internar a la víctima en asilo, clínica o establecimiento similar, la obtención de cualquier ganancia o beneficio, el cual puede ser económico (apropiarse de los bienes de la víctima), social, político, sexual (quedarse con la esposa del internado), laboral, personal o de satisfacción; un ejemplo de este último sería la venganza.

Si el propósito es lucrativo y, además, recae sobre un familiar, se cumplirían las dos circunstancias agravantes generadoras del aumento de pena de prisión. Para el perfeccionamiento de la conducta no se requiere que el sujeto agente logre efectivamente el lucro que pretende.

El concurso con otras conductas punibles

La acción descrita en el artículo 186 del Código Penal puede concurrir con delitos contra la vida e integridad personal, si como consecuencia del internamiento se producen lesiones o la muerte de la víctima directa del delito (Código Penal, 2000, arts. 103 y ss.). Puede concurrir con la inasistencia alimentaria (Código Penal, 2000, art. 233) y con la malversación y dilapidación de bienes (Código Penal, 2000, art. 236). También con la falsedad en documento público o privado (Código Penal, 2000, art. 286 y ss.), si, por ejemplo, para la simulación de la enfermedad o del desamparo se usan documentos falsos que acreditan alguna de esas circunstancias, los cuales, al mismo tiempo, serían los medios utilizados

.....
172 Como el concepto de familia ya fue estudiado en el texto, al examinar el agravante que establece el Código Penal (art. 179) para el delito de tortura, se recomienda al lector remitirse a dicho apartado.

para la maniobra engañosa. Así mismo, con la supresión, alteración o suposición del estado civil (Código Penal, 2000, art. 238) si es el medio engañoso para lograr la internación del sujeto pasivo en el asilo, clínica o establecimiento similar.

Inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas

El artículo 187 del Código Penal del 2000 describe la conducta de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas¹⁷³. Este tipo penal mantuvo la modalidad de inseminación artificial¹⁷⁴ establecida en el Código Penal de 1980 e introdujo otra, la transferencia de óvulo fecundado.

Este tipo penal debería estar ubicado con la manipulación genética. El profesor Antonio Cancino Moreno (2005) considera que la ubicación, desde el punto de vista sistemático, no es la adecuada, si se tiene en cuenta que el bien jurídico protegido es el de la libertad individual, por lo que no debería estar en el mismo título con los tipos penales que describen el tráfico de migrantes (Código Penal, 2000, art. 189).

La clasificación del tipo penal

Es un tipo penal de mera conducta que, para efectos de la tipicidad, solamente requiere que se realice el procedimiento de la inseminación artificial o la transferencia de óvulo fecundado, independientemente de si se produce o no el resultado de la fecundación. El tipo penal no exige que el organismo de la mujer acepte la inseminación artificial o el óvulo fecundado transferido, quede en estado de embarazo y se produzca la procreación.

.....
173 Dice el Código Penal del 2000:

<Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 10. de enero de 2005:> Quien insemine artificialmente o transfiera óvulo fecundado a una mujer sin su consentimiento, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses.

Si la conducta fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión hasta por el mismo término.

La pena anterior se aumentará hasta en la mitad si se realizare en menor de catorce (14) años (Código Penal, 2000, art. 187).

174 Dice el Código Penal de 1980:

El que insemine artificialmente a una mujer, sin su consentimiento, incurrirá en prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años.

La pena anterior se aumentará hasta en la mitad si se tratare de mujer casada y la inseminación fuere heteróloga, o de soltera menor de dieciséis (16) años (Código Penal, 1980, art. 280).

Es un tipo penal de lesión, porque se afecta la libertad individual de la reproducción de la mujer y la autonomía de su voluntad, puesto que no media su consentimiento para la inseminación artificial o la transferencia del óvulo fecundado. También es un tipo de conducta instantánea que se perfecciona con la realización del procedimiento de inseminación o de transferencia. De igual manera, es pluriofensivo, porque además de la libertad individual puede afectar la autonomía reproductiva, la salud, el derecho a la intimidad, que incluye el derecho de la mujer a decidir libremente y sin intrusiones arbitrarias sobre su reproducción, al buen nombre, a la honra, a la familia, entre otros.

Regularmente se dice que si es un tipo de mera conducta no admite tentativa. Sin embargo, en este caso la conducta puede admitirla, por tratarse de un delito plurisubsistente, que requiere varios actos en la fase ejecutiva para su perfeccionamiento, al contrario de los unisubsistentes, que solamente basta un acto para su consumación. Los diferentes pasos se registran más adelante.

El tipo objetivo

El tipo penal tiene los siguientes elementos, los cuales se exigen para que se considere realizada la tipicidad objetiva:

- Un sujeto activo indeterminado (cualquier persona) o un profesional de la salud.
- Un sujeto pasivo cualificado por el sexo: mujer.
- La acción de inseminar artificialmente o de transferir un óvulo fecundado a una mujer.
- Que la acción se realice sin el consentimiento de la mujer.

a. Sujetos, objeto material personal y formas agravadas por la calidad del sujeto pasivo. El sujeto activo es indeterminado y singular, puede ser cualquier persona, hombre o mujer y no se requiere que tenga estudios en salud. No obstante, el tipo penal contempla la posibilidad de que también el sujeto activo pueda ser un profesional de la salud, caso en el cual sería cualificado, lo que da lugar a que la pena de prisión principal que se aplique sea la de inhabilitación para el ejercicio de la profesión. Esto, debido a que, por el mismo término que aquella, entra en juego un problema ético respecto a la persona que tiene conocimientos en salud y que se ha formado para ello y que sabe, de antemano, que estos

procedimientos no se realizan sin el consentimiento de la mujer. Si el donante de espermatozoides o la donante de óvulos intervienen suministrando el material biológico con conocimiento de los hechos que se van a realizar, responderán según su forma de participación y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 30 del Código Penal del 2000.

El sujeto pasivo es cualificado naturalmente por el sexo, debe tratarse de una mujer, que puede estar casada, soltera, separada o viuda, que puede ser mayor o menor de edad y que pueda estar, o no, potencialmente en capacidad de concebir. Como la acción recae sobre la mujer, en este caso el sujeto pasivo y el objeto material se identifican.

La calidad del sujeto pasivo, en razón de la edad (menor de catorce años), agrava la conducta y da lugar al aumento de la pena. En estos casos el legislador presume que la menor es incapaz de determinarse y actuar libremente en el ejercicio de la reproducción, pues ha sido valorado que no se encuentra en condiciones de asumir las consecuencias del desarrollo de su maternidad, producto de la inseminación artificial o de la transferencia de óvulo fecundado, debido, presuntamente, al estado de inmadurez que presenta en sus esferas intelectual, volitiva y afectiva. Por lo tanto, aun cuando la menor preste el consentimiento para la inseminación artificial o la transferencia de óvulo fecundado, se comete la conducta punible.

En el Código Penal de 1980 la conducta se agravaba por la edad de la mujer (menor de dieciséis años) y por su calidad de soltera. Si era una mujer menor de esa edad, pero casada, no se podía predicar el agravante. Realmente el contenido de este era bastante confuso, porque se aumentaba la pena en razón de la edad de la mujer y la condición de soltera. Por una parte, esto desconocía la posibilidad de las uniones libres, así la mujer prestara el consentimiento. Por otra parte, hacía depender la capacidad de consentir del estado civil de la mujer, es decir, se consideraba que el matrimonio de la menor de dieciséis años le daba madurez para tomar este tipo de decisiones, característica que la soltera no tenía.

También en el Código Penal de 1980 se agravaba la conducta si se trataba de una mujer casada y si la inseminación era heteróloga, es decir, con espermatozoides procedentes de un hombre diferente a su marido. Aquí se hacía una distinción odiosa, porque si el bien jurídico protegido es la libertad individual de la mujer, la vulneración de la autonomía individual se produce independientemente

de a quién pertenezcan los espermatozoides, puesto que ella no ha consentido el procedimiento de fecundación artificial. Con esta disposición se permitía que el hombre casado vulnerara la libertad individual de su esposa mediante la fecundación artificial, dado el caso de que los espermatozoides procedieran de él, lo que entraña un claro contrasentido en relación con el bien jurídico que la norma pretendía proteger.

b. La conducta. Se trata de una conducta con los siguientes verbos rectores compuestos y alternativos: inseminar artificialmente y transferir el óvulo fecundado. Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, inseminar significa hacer llegar el semen al óvulo mediante un artificio cualquiera (RAE, 2014). Se le ha denominado inseminación artificial para diferenciarla de la inseminación natural, producto de la relación heterosexual. La inseminación artificial es el proceso por medio del cual se deposita técnicamente el semen del hombre en las vías genitales de la mujer, utilizando medios diferentes al natural de la relación sexual heterosexual. Si se logra la unión de uno o varios espermatozoides con el óvulo de la mujer inseminada, se estará ante la fecundación artificial, un embarazo y un posible hijo.

La inseminación artificial puede ser homóloga o heteróloga. La inseminación artificial homóloga es aquella en la que se utiliza el semen del esposo o compañero permanente. En la heteróloga se utiliza el semen de un donador, es decir, de un tercero que es diferente al esposo o compañero de la mujer, o se refiere al utilizado para la inseminación de una mujer soltera.

Para efectos de la inseminación artificial, el semen puede ser depositado, básicamente, por tres procedimientos: a) por vía intravaginal, colocando el semen, previamente extraído, mediante una jeringa en la parte superior de la vagina; b) por vía intracervical, depositando el material biológico masculino en el cuello del útero; c) por vía intrauterina, inyectando el semen directamente en el útero (Mendoza, 2005). La inseminación artificial requiere la preparación previa del semen, la selección del mayor número de espermatozoides móviles y normales y la estimulación hormonal de la ovulación para mejorar la calidad de los ovocitos –óvulos– (Curtis et al., 2006).

Como con la inseminación artificial no siempre se logra la fecundación, el tipo penal sanciona la acción de inseminar artificialmente sin consentimiento,

independientemente de que se produzca o no la fecundación artificial del óvulo de la mujer y de que se logre un feto viable y el nacimiento de un ser humano.

La otra técnica es la fecundación in vitro –FIV–, que consiste en la estimulación de la producción de óvulos y en el monitoreo de los mismos, así como en la recuperación de los óvulos madurados y en la preparación de estos para la fecundación en el laboratorio con los espermatozoides que han sido previamente seleccionados, para así lograr la unión del óvulo con el espermatozoide (in vitro), con el fin de obtener embriones (óvulos fecundados). Una vez obtenidos los embriones estos pueden ser transferidos, es decir, trasladados y depositados en el sistema reproductor femenino (Instituto Valenciano de Infertilidad, 2017). La transferencia del embrión se realiza colocándolo previamente en un instrumento tubular llamado catéter, el cual se inserta a través de la vagina y del cuello uterino de la mujer para depositarlo directamente en el útero (Gilbert, 2005).

Los óvulos y los espermatozoides pueden proceder de la pareja unida en matrimonio o que vive en unión libre, casos en los que el procedimiento de fecundación in vitro comienza desde la obtención de los espermatozoides y de los óvulos. También pueden proceder de terceros o donantes y, en dicho caso, el procedimiento de fecundación por transferencia de los óvulos fecundados se realiza, de acuerdo con la técnica que se haya elegido, al momento del traslado y depósito en el sistema reproductor femenino.

Las técnicas de inseminación artificial y de fecundación in vitro constituyen un avance científico muy importante, que ha permitido solucionar problemas de infertilidad de la mujer y del hombre y que ha posibilitado la fecundación asistida por medios no convencionales. Esto, cuando se desea la reproducción humana y esta no se logra por motivos naturales o no se quiere, como en el caso de la mujer soltera. Con estas técnicas no siempre se logra la fecundación de la mujer.

Esta explicación confirma que el tipo penal es de mera conducta y que no se requiere el resultado de la fecundación para que se perfeccione. Basta con que se deposite el semen o que se realice la transferencia de óvulo fecundado en el sistema reproductor de la mujer, sin importar si se logran o no la fecundación, la viabilidad del feto y el nacimiento satisfactorio de la criatura.

c. La ausencia del consentimiento. El criterio general sobre cualquier procedimiento médico-quirúrgico practicado por profesionales de la salud consiste en que la persona debe ser informada previamente, salvo en caso de urgencia vital,

sobre cada uno de los pormenores del mismo, para que tenga la oportunidad de elegir libremente si se somete o no a la intervención respectiva. Esta exigencia fue establecida en la Ley 23 de 1981, artículos 15 y 16, conocida como Ley de Ética Médica. Si quien realiza la intervención de inseminación artificial o transferencia de óvulo no es un profesional de la salud, no está obligado por la Ley de Ética Médica, pero sí está obligado a obtener el consentimiento para realizar el procedimiento.

Para el perfeccionamiento de la conducta ilícita se requiere que cualquiera de los procedimientos se realice sin el consentimiento de la mujer, es decir, que ella no esté de acuerdo. No importa de quién procedan los espermatozoides o los óvulos, incluso pueden ser los óvulos de la mujer sobre quien recae la acción o los espermatozoides de su cónyuge o compañero permanente. La conducta se perfecciona si el procedimiento se realiza sin el consentimiento de la mujer, porque se vulnera el bien jurídico de la libertad individual y de la autonomía personal. La procreación es una decisión de la mujer soltera, por sus derechos reproductivos, o de la pareja si ella convive con alguien, por lo tanto no puede ser impuesta u obligada por el esposo o compañero permanente.

El tipo subjetivo

La acción debe realizarse a título de dolo. Aunque el tipo penal no establece un elemento subjetivo, es claro que la inseminación artificial o la transferencia de óvulo fecundado se realizan con los fines de fecundación y de procreación. Si se hacen con fines diferentes, por ejemplo, de naturaleza libidinosa, constituyen otro tipo penal. De acuerdo con la definición de acceso carnal, establecida en el artículo 212 del Código Penal del 2000¹⁷⁵, la penetración de cualquier parte del cuerpo de una persona, o de un objeto, en la vagina de una mujer, constituye un acceso carnal que podría ser calificado como violento o realizado en una persona en incapacidad de resistir, o como abusivo, según sea el caso.

175 Dice el Código Penal del 2000:

Artículo. 212.—Acceso carnal. Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto (Código Penal, 2000, art. 212).

Tráfico de migrantes

El tráfico de migrantes es un delito de naturaleza transnacional que es desarrollado en el mundo por organizaciones criminales que cuentan con redes de apoyo en los diferentes países, para efecto de burlar los controles migratorios de cada Estado. Las migraciones provienen principalmente de países en vías de desarrollo y se dirigen hacia naciones desarrolladas, pero pueden utilizar otros países de tránsito como Colombia, a través de los cuales buscan arribar a Estados Unidos o a Canadá.

Los traficantes se aprovechan de la situación de los migrantes, quienes en la búsqueda de una vida mejor, por ejemplo del “sueño americano”, desean llegar a otros países para tener oportunidades que no les brinda su tierra natal. Por la trascendencia de este comportamiento, más allá de las fronteras de cada país, se encuentra reglado a nivel internacional por el *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire*¹⁷⁶ (ONU, 2000b), que complementa la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* (ONU, 2000c)¹⁷⁷.

Esta conducta se denominó inicialmente, en el artículo 188 del Código Penal del 2000, como tráfico de personas y después, con la reforma que introdujo el legislador mediante el artículo 1º de la Ley 747 del 2002, se cambió por tráfico de migrantes¹⁷⁸. Esta segunda denominación es acertada, desde el punto de vista dogmático, y no se presta para confusión con la trata de personas.

176 Documento de la ONU, aprobado en Viena el 15 de noviembre del 2000. Para tener acceso al mismo, ir a: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/560/92/PDF/N0056092.pdf?OpenElement>

177 Documento de la ONU, aprobado el 15 de diciembre del 2000, se puede leer en <http://www.un.org/es/conf/conv2000/>. En Colombia, la Convención fue aprobada mediante la Ley 800 del 2003 y fue declarada exequible por la Corte Constitucional, Sentencia C-962 del 21 de octubre del 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Siin embargo, Colombia no depositó la adhesión respecto al *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire*, razón por la cual mientras no se adhiera a este, se sujeta en todo al derecho interno colombiano.

178 Dice el Código Penal del 2000:

Artículo 188. Del tráfico de migrantes. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 747 de 2002. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005:> El que promueva, induzca, construya, facilite, financie, colabore o de cualquier otra forma participe en la entrada o salida de personas del país, sin el cumplimiento de los requisitos legales, con el ánimo de lucrarse o cualquier otro provecho para sí o para otra persona, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y una multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la sentencia condenatoria (Código Penal, 2000, art. 188).

La clasificación del tipo penal

Es clasificado por la doctrina como de mera conducta, también denominado de pura acción o de pura actividad, porque su descripción típica se agota en una acción del autor, que no exige que se obtenga el resultado en el mundo exterior, separable espacio-temporalmente (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 32422, 2010), esto es, que el sujeto objeto del tráfico efectivamente entre o salga del país sin el cumplimiento de los requisitos legales.

Los verbos rectores utilizados establecen varias alternativas que no se limitan al ingreso efectivo de los migrantes, sino que implican diferentes posibilidades y actividades de los sujetos agentes. Estas van desde la simple promoción del tráfico de migrantes, que consiste en hacer propaganda o en conseguir o reclutar personas con esa finalidad, hasta la participación en el traslado de las personas con el objetivo de que entren o salgan del país, pero sin la garantía de un resultado, es decir, que no se requiere que traspasen las fronteras colombianas (de llegada o de salida) sin el cumplimiento de los requisitos legales. Es decir, se sancionan los actos previos a la consecución de lograr que las personas entren o salgan del país.

Es un tipo penal que se encuentra en los llamados “de peligro”, porque con la conducta no se concreta una lesión al bien jurídico de la libertad individual, sino que se le amenaza con la producción de un daño que es potencialmente posible, es decir, se pone en riesgo o en peligro el bien jurídico de la libertad individual, lo que significa que existe una probabilidad de daño.

La modalidad del delito es de peligro abstracto, también llamado de peligro presunto, porque el Estado hizo punibles las actividades que considera peligrosas y que están dirigidas a la entrada o salida de personas del país sin el cumplimiento de los requisitos legales. Este delito de peligro abstracto implica que la simple realización de la actividad prohibida es relevante penalmente, sin que se requiera verificar que realmente ha producido una situación de riesgo para el bien jurídico protegido (Mendoza Buergo, 2000), lo cual permite prueba en contrario.

Los delitos de peligro abstracto, como el tráfico de migrantes, generan un peligro mediato, mientras que en los delitos de peligro concreto la situación peligrosa, prohibida por el tipo penal, debe generar efectivamente un peligro próximo para el bien jurídico.

También es un tipo de conducta instantánea, que se agota conforme al alcance y contenido de cada uno de los verbos, porque el tráfico de migrantes consta de varias etapas en el recorrido criminal, desde el contacto con el interesado (promover o inducir) hasta lograr la entrada o salida del país (facilitar o participar).

Se trata también de un tipo penal descrito como pluriofensivo. El legislador colocó este tipo penal bajo el bien jurídico de la libertad individual, pero por la forma de ejecución del delito se puede poner en peligro la integridad personal, la vida o, como señaló la Corte Suprema de Justicia, la soberanía del Estado (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 32422, 2010) por la violación de las normas legales que regulan el ingreso y salida del país.

El tipo objetivo

Para que se tipifique la descripción de tráfico de migrantes se requieren los siguientes elementos:

- Un sujeto activo indeterminado y un sujeto pasivo plural (personas).
- La conducta alternativa de promover, inducir, constreñir, facilitar, financiar, colaborar o de cualquier otra forma participar en la entrada o salida de personas del país.
- Debe realizarse sin el cumplimiento de los requisitos legales.
- Tiene como elementos subjetivos el ánimo de lucrarse o cualquier otro provecho para sí o para otra persona.

a. Los sujetos y el objeto material. El sujeto activo de la conducta es indeterminado, puede ser cualquier persona, no exige una cualificación especial y es singular o monosubjetivo. Aunque hipotéticamente la conducta puede ser realizada por una sola persona, los verbos que utiliza el tipo penal dan cuenta que este va dirigido contra una organización criminal con división del trabajo delictivo. Particularmente por verbos como colaborar y participar, se da a pensar que todos los sujetos que estén involucrados en la comisión de la conducta, por ejemplo los cómplices, quedan en igualdad de condiciones que los autores, para efectos punitivos y, en este caso, como excepción a la regla general de graduación de la pena. Sin embargo, el que de cualquier forma participe “no siempre se convierte en forma automática en autor” (Forero Ramírez, s.f., p. 47), no se pueden desconocer

las clases de participación que dan lugar a diferentes graduaciones de las penas en razón de los principios de legalidad y proporcionalidad.

Los migrantes pueden ser hombres o mujeres, mayores o menores de edad, personas que quieran entrar o salir ilegalmente del país, independientemente de su raza, sexo, edad o cualquier otra condición. El sujeto pasivo que exige el tipo penal es plural, puesto que utiliza la expresión “personas”, es decir, el tráfico de migrantes debe ser de dos o más y, por lo tanto, el juzgador debe atenerse al tenor literal de la norma y no le es dado realizar interpretación alguna. El tráfico de un solo migrante es atípico penalmente. El tráfico de dos o más migrantes bajo una sola acción constituye un solo delito y si se trata de varias acciones de tráfico habrá concurso de delitos homogéneo y sucesivo, según el número de acciones realizadas.

De conformidad con el *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire* (ONU, 2000b, art. 5), los migrantes no están sujetos a enjuiciamiento penal por el hecho de haber sido objeto de alguna de las conductas desarrolladas por los traficantes, incluso por la creación de un documento de viaje o de identidad falso o la facilitación, el suministro o la posesión de tal documento (ONU, 2000b, art. 6), lo cual se entiende que es suministrado por los traficantes. A la luz de la legislación penal colombiana, el migrante en posesión de documentos privados o públicos falsos, que sean usados para el ingreso o salida del país, estaría incurriendo en un delito contra la fe pública y, por lo tanto, puede ser procesado por esa conducta que es diferente a la de tráfico de migrantes.

El objeto de la acción (objeto material) es de carácter personal y coincide con el sujeto pasivo de la conducta punible. Como sujeto pasivo, los migrantes son titulares del bien jurídico de la libertad individual y de otros derechos. Como objeto material personal, sobre los migrantes recae la acción de los traficantes y son víctimas del delito.

Quienes son migrantes, porque ingresan o salen del país sin cumplir los requisitos legales establecidos en Colombia o en otro Estado, están expuestos a los traficantes que no solo

incumplen lo acordado aprovechando la ilegalidad de sus víctimas que se ven obligadas a callar para no ser descubiertas por las autoridades [sino también] al abandono sin medios necesarios para subsistir, o bien, tienen que asumir procesos y sanciones penales al detectarse que sus documentos son espurios [y, además, deben] afrontar

trámites de deportación, para una vez en el país de origen enfrentarse a procedimientos y penas por la falsedad de sus documentos (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 25465, 2006).

En síntesis, las víctimas llegan a encontrarse en situación de gran vulnerabilidad y, por lo tanto, quedan expuestas a abusos, maltratos, a todo tipo de vejámenes, a delitos contra la propiedad, a atentados contra su vida, su integridad personal, su libertad sexual y a la trata de personas, entre otros.

b. El bien jurídico afectado. Uno de los aspectos que se cuestiona es si realmente, con la conducta que se analiza, se afecta la libertad individual y, particularmente, la autonomía de la voluntad de los individuos que pretenden entrar o salir del país como migrantes. Lo dicho, puesto que estas personas prestan su consentimiento o buscan a los traficantes para contratar el traslado de un país a otro, quieren lograrlo y pagan por ello, en dinero o en especie, porque regularmente es una actividad por la que los traficantes cobran y no la hacen de manera desinteresada o gratuita. Incluso se considera que

el consentimiento otorgado por parte del migrante desnaturaliza su condición de víctima, sin perjuicio de otras eventuales conductas para las cuales no ha consentido como por ejemplo un eventual maltrato, trabajo forzoso e inclusive tortura, las cuales escapan al tipo penal de *tráfico ilícito de migrantes* (Forero Ramírez, 2002, p. 55).

Si la voluntad de los migrantes es el traslado y lograr culminarlo, realmente no existe una vulneración de la autonomía de los individuos, porque ellos han decidido libremente que así sea y asumen una acción, a propio riesgo, que no legitima la acción de los traficantes ni deja por ello de ser un riesgo jurídicamente desaprobado.

Si la finalidad del tipo penal es proteger a las personas de los eventuales riesgos en que se encuentran en razón de la entrada o salida del país, el bien jurídico a proteger sería el de la vida o el de la integridad personal, por lo que en ese título debería ubicarse como un delito de peligro. Pero si la finalidad del tipo penal, más que proteger la libertad individual, está dirigida a evitar que ingresen o salgan personas del país sin el cumplimiento de los requisitos legales y que los traficantes se beneficien con esas situaciones, tiene que ver más con la seguridad pública y la conducta debería estar ubicada en el Título XII del Código Penal. De igual manera, si el tema es la vulneración a la soberanía nacional, bien podría

crearse un capítulo dentro del Título XVII de delitos contra la seguridad del Estado.

Si en el futuro, hipotéticamente, el tráfico de migrantes se ubicara bajo el bien jurídico de la seguridad pública o de uno relativo a la soberanía, no significaría que no protege la libertad individual, porque realmente todo bien jurídico principal tiene relaciones, se complementa o tiene entronques con otros bienes jurídicos y regularmente los delitos son pluriofensivos.

Las situaciones en las que efectivamente se puede predicar, como afectación principal, la violación a la autonomía personal como expresión de la libertad individual, son aquellas en las que los traficantes de migrantes utilizan el constreñimiento para la realización de tal conducta o trasladan a personas contra su voluntad, a menores de 18 años o a personas sin capacidad mental para decidir, sin la autorización de los padres o de las personas que los tienen legalmente a cargo. En estos casos se puede dar el concurso con el delito de secuestro o con cualquier otra forma de privación ilegal de la libertad.

c. La conducta. La conducta está descrita por varios verbos rectores independientes cada uno (compuesto-alternativo). Con la realización de cualquiera de los verbos se perfecciona la conducta. Los verbos rectores son promover, inducir, constreñir, facilitar, financiar, colaborar y participar en la entrada o salida de personas del país. Los verbos colaborar y participar se refieren más a la forma de participación que a la conducta misma.

Promover es iniciar, impulsar o activar la acción de tráfico de migrantes, es tomar la iniciativa para la realización de dicho tráfico, es promocionarlo, fomentarlo, patrocinarlo o auspiciarlo; el que promueve es el que contacta a las personas para tal efecto o el que realiza los trámites de entrada y salida del país. Inducir es hacer que alguien realice determinada acción por medio de la persuasión, del convencimiento. Constreñir significa obligar, forzar a alguien a hacer, omitir o tolerar el tráfico de migrantes, mediante la utilización de la fuerza física o moral; esta expresión fue estudiada en este texto, a propósito del constreñimiento ilegal. Facilitar es hacer fácil o posible la entrada o salida del país; es posibilitar que la finalidad propuesta se logre, el que facilita es el que proporciona los medios y salva las dificultades para que se produzca el traslado hacia el interior o hacia el exterior del país. Financiar significa aportar el dinero o los recursos económicos necesarios o sufragar los gastos para la actividad del tráfico de migrantes.

Por otra parte, colaborar es ayudar o contribuir con otra u otras personas en la actividad delictiva; en este, el sujeto que colabora no tiene un papel principal o destacado. Participar, como verbo, es tomar parte en la actividad delictiva; significa intervenir de cualquier forma, lo que de manera genérica involucra a cualquier persona que realiza alguna actividad dirigida al tráfico de migrantes.

La entrada o salida de personas del país puede realizarse por los lugares habilitados para ello, sea por los puertos terrestres fronterizos o por los puertos marítimos o aéreos con sometimiento a las autoridades de control migratorio. Esto, con o sin la utilización de medios fraudulentos, como pasaporte o visas falsificados (tráfico de migrantes técnico). La entrada o salida también puede realizarse por lugares no habilitados (playas, trochas, pasos de frontera terrestre, mar, ríos), casos en los cuales se trata de un tráfico de migrantes abierto.

d. El elemento normativo: sin el cumplimiento de los requisitos legales. El tipo tiene un elemento normativo, que consiste en que el ingreso o salida del país debe darse sin el cumplimiento de los requisitos legales, es decir, de las disposiciones que existen en materia de inmigración y emigración. Se trata de un tipo penal en blanco, que remite a las normas extrapenales que establecen los requisitos legales fijados para la entrada o salida de Colombia por parte de nacionales y extranjeros, con las cuales se complementa la descripción típica. El juzgador, al valorar ese elemento normativo, debe tener en cuenta exactamente los vigentes para la fecha de los hechos.

El tipo subjetivo

La conducta debe realizarse a título de dolo.

Como elementos subjetivos del tipo penal, el tráfico de migrantes debe efectuarse por el sujeto agente con el ánimo de lucrarse, entendido como ganancia que se saca del delito, o buscando cualquier otro provecho para sí o para otra persona, entendido como cualquier beneficio buscado por el actor, por ejemplo de contenido sexual.

Como el tipo penal va dirigido contra el traficante de migrantes, es indiferente penalmente el motivo de ingreso o de salida del país de las víctimas, la norma no exige una finalidad en particular, puede ser por razones de turismo o para quedarse a vivir en éste u otro país. Pero si la finalidad es la prostitución, la conducta se

adecúa al artículo 188A del Código Penal sobre trata de personas, que contiene además el elemento subjetivo de la finalidad de la explotación por parte del sujeto agente mediante el ejercicio de la prostitución de la víctima.

El concurso de delitos

El delito de tráfico de migrantes regularmente es realizado en concurso con la falsedad de documentos en su diferentes modalidades. Puede ser mediante la falsedad material de documentos públicos (Código Penal, 2000, art. 287), como pasaportes, visas o registros del estado civil; o a través de falsedad ideológica de documentos públicos, al obtenerlos de un servidor público en ejercicio de sus funciones (Código Penal, 2000, art. 286); o recurriendo a la falsedad personal, mediante la sustitución o suplantación de una persona o atribuyéndose nombre, edad, estado civil, o calidad para efectos de asumir una identificación diferente a la real; u obtener un documento público falso por medio de inducción en error del servidor público (Código Penal, 2000, art. 288); o a través de la utilización de documentos privados falsificados, como permisos de salida del país con sellos notariales falsificados. Si los migrantes intervienen en la obtención de los documentos falsos, conscientes de su realización, cometen los delitos de falsedad en las modalidades correspondientes.

La utilización de cualquier medio fraudulento, como documentos falsos, para inducir en error a un servidor público y así obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley y con fines migratorios, tipifica el delito de fraude procesal (Código Penal, 2000, art. 453), el cual puede concurrir con el delito de tráfico de migrantes, si el producto del fraude se utiliza para el ingreso o salida del país.

El delito de tráfico de migrantes puede concurrir con el delito de trata de personas, cuando el traslado del extranjero hacia Colombia, o de éste hacia otro país, se realiza con fines de explotación. Puede concurrir con el delito de supresión, alteración o suposición del estado civil (Código Penal, 2000, art. 238) cuando se simula, por ejemplo, la condición de casado. O con el delito de cohecho (Código Penal, 2000, arts. 405-406), cuando se recurre a servidores públicos para que faciliten el ingreso o salida del país a cambio de dinero, cualquier otra utilidad

o promesa remuneratoria. También puede concurrir con otros delitos contra la administración pública, como la concusión o el prevaricato (Código Penal, 2000, arts. 404 y 413). Como los traficantes de migrantes regularmente tienen constituida una organización con vocación de permanencia para cometer ese tipo de delitos y otros conexos, su conducta concurre también con la de concierto para delinquir (Código Penal, 2000, art. 340).

Las diferentes conductas que se realizan para lograr el tráfico de migrantes se pueden ejecutar en concurso material de delitos, en aquellos casos en que se realizan varias acciones, fácticamente separables, que afectan diferentes bienes jurídicos y que autónomamente constituyen delitos independientes jurídicamente. El delito de tráfico de migrantes puede ejecutarse como delito medio para la comisión de otros, en concurso material con el narcotráfico, el lavado de activos o el contrabando, casos en los cuales los migrantes son utilizados con la finalidad de que transporten drogas, mercancías ilícitas o dinero, a cambio de trasladarlos a otro país o de traerlos a Colombia. El traficante, por una parte, obtiene la droga, el dinero ilícito o la mercancía de contrabando (una acción) y, por otra, dispone el traslado del migrante hacia otro país (otra acción) con el elemento ilícito. Si los migrantes son conscientes de los elementos que están transportando, están cometiendo esos delitos autónomamente, aunque no el de tráfico de migrantes.

Para calificar el concurso de delitos como ideal, debe tenerse en cuenta que con una sola acción se infrinjan varias disposiciones de la ley penal (Código Penal, 2000, art. 31). Así, la Corte Suprema de Justicia ha calificado como concurso ideal la falsedad de documentos públicos (obtención de visas falsas) con la finalidad de tráfico de migrantes¹⁷⁹ (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 26597, 2007). Puede considerarse que la falsedad, en sus diferentes modalidades y como delito medio, se comete en concurso ideal con el delito de tráfico de migrantes, dado que los documentos se confeccionan u obtienen con esa finalidad y la falsedad se observa en el momento del traslado de un

.....
179 Dice la Corte:

Nada diferente, lo que doctrina y jurisprudencia relacionan en punto del concurso ideal, con lo que aquí ocurre, pues, nítido asoma que con una sola conducta, expedir visas falsas, el procesado vulneró de forma grave dos distintos bienes jurídicos, la fe pública y la autonomía personal, en desarrollo de delito medio a delito fin, sin que pueda de manera serena y objetiva significarse que con la sanción por el primero de los ilícitos, ya se ha cubierto completo el desvalor de resultado y, en consecuencia, se subsume la penalidad dispuesta para el otro comportamiento (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 26597, 2007).

país a otro, cuando ese es el mecanismo que se utiliza para superar los controles migratorios.

Trata de personas

La palabra “trata” hace referencia al comercio o a la compraventa de seres humanos con fines de esclavitud. La conducta punible denominada trata de personas¹⁸⁰, también conocida como comercio ilegal de personas, es uno de los delitos más repudiables al que están siendo sometidas un gran número de víctimas, particularmente mujeres adultas, adolescentes y niñas, y en el que Colombia ocupa la deshonra de ser el tercer país exportador de la trata a nivel mundial (Congreso de la República, 2001).

La trata de personas es un fenómeno que data de la antigüedad y fue ejercida en la época de la esclavitud, en la que los esclavos eran considerados como cosas o animales que se vendían y este comercio era jurídicamente permitido. También ha sido producto de las guerras o del sometimiento de las mujeres al comercio sexual para la pornografía, la prostitución o como objetos sexuales. La trata de personas comenzó a reconocerse como problema social a finales del siglo XIX en Inglaterra, por parte de los grupos que lucharon contra el traslado forzado de mujeres y niñas blancas europeas y americanas con fines sexuales, lo que dio lugar a que se hablara de la “trata de blancas” (Lucea Sáenz, 2016).

En el siglo XX, en 1949 y por primera vez, se estableció el *Convenio para la represión de la Trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena*, el cual se refirió únicamente a la explotación sexual (ONU, 1949).

Este comportamiento se encuentra reglado a nivel internacional por el *Protocolo para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente*

180 Dice el Código Penal del 2000:

Artículo 188-A. Trata de personas. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 985 de 2005:> El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación, incurrirá en prisión de trece (13) a veintitrés (23) años y una multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para efectos de este artículo se entenderá por explotación el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación.

El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal (Código Penal, 2000, art. 188).

•Delitos contra la autonomía personal.

*Mujeres y Niños*¹⁸¹, que complementa la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, y que fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre del 2000. Con este se establecieron medidas de prevención, protección y asistencia necesarias para garantizar el respeto de los Derechos Humanos de las posibles víctimas y de los afectados por la trata de personas. Por otra parte, en julio del 2002, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos aprobó los *Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas* (ONU, 2002a)¹⁸².

La Constitución Política de 1991 prohibió “la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas” (art. 17). La descripción de este delito estuvo, originalmente, en el artículo 215 del Código Penal (Ley 599 de 2000) bajo el título de los *Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales*; luego, en el artículo 188A, que fue introducido al mencionado Código por la Ley 747 del 2002; y, posteriormente, fue reformado por el artículo 3° de la Ley 985 del 2005 bajo el título de *Delitos contra la libertad individual*.

La clasificación del tipo penal

La doctrina ha clasificado esta disposición como de mera conducta, en cuanto no exige el resultado fáctico de que se logre la explotación mediante trabajo forzado, esclavitud, servidumbre o cualquiera de las formas descritas. En igual sentido, pero con otra denominación, la Corte Constitucional lo considera un

tipo penal de intención que se consuma formalmente antes de la lesión o peligro del bien jurídico, es decir, el tipo penal de trata de personas tiene un *resultado cortado*: ‘fines de explotación’, lo cual indica que se prescinde del acaecimiento del

.....
181 El Protocolo en su artículo 3° define así la trata de personas:

a) Por ‘trata de personas’ se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos (ONU, 2000d).

182 ONU. Consejo Económico y Social. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Texto presentado al Consejo Económico y Social como adición al informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (E/2002/68/Add.1), 2002, ver en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Commentary_Human_Trafficking_sp.pdf.

resultado para tipificar la conducta como punible (Corte Constitucional, Sentencia C-464, 2014).

El tipo penal de trata de personas es clasificado como de peligro. La Corte Constitucional dijo sobre el particular que “para que el peligro ocasionado con la conducta del sujeto activo sea considerado como delito, debe existir un riesgo inminente, próximo, real y efectivo de que el hecho de vulneración ocurra” (Corte Constitucional, Sentencia C-464, 2014). En este caso se exige que el peligro sea próximo, lo que permite clasificarlo como un tipo penal de peligro concreto.

A diferencia del delito de tráfico de migrantes, que es instantáneo, el de “trata de personas es de carácter permanente en la medida en que se prolonga durante el tiempo que la víctima permanezca en situación de sometimiento al autor del comportamiento, esto es, mientras dure la explotación” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 25465, 2006). La trata de personas es una conducta de ejecución permanente, cuya situación antijurídica se prolonga en el tiempo y el delito continúa agotándose hasta que ella termine.

La ocurrencia de este delito vulnera varios bienes jurídicos, es decir, es pluriofensivo. Primero quebranta la libertad en estrecha conexión con la dignidad humana y, además, puede afectar la vida e integridad personal, la seguridad, la libertad sexual, la familia, el derecho a no sufrir la esclavitud, ni la servidumbre, ni cualquier forma de comercio o explotación que cosifique a la persona.

El tipo objetivo

Para que se tipifique objetivamente el delito de trata de personas se requieren los siguientes elementos:

- Un sujeto activo y un sujeto pasivo sin calidad especial (indeterminados).
- La conducta consiste en captar, trasladar, acoger o recibir a una persona dentro del territorio nacional o hacia el exterior.
- El tipo penal exige un elemento subjetivo: algún fin de explotación.
- La explotación consiste en obtener provecho económico, o cualquier otro beneficio, para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la

servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación.

- Los medios utilizados pueden ser variados, desde la violencia hasta el engaño.

a. Los sujetos y el objeto material. Tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo son indeterminados, es decir, no requieren cualificación alguna. La conducta puede ser realizada por y dirigida a cualquier persona, sin exigir ninguna calidad. Aunque el sujeto activo exigido es singular, regularmente la trata de personas es realizada por organizaciones criminales con alcances internacionales. Si los sujetos pasivos son varios, hay concurso homogéneo del delito de trata de personas. El sujeto pasivo y el objeto material son la misma persona, quien es tanto titular del bien jurídico de la libertad individual como sobre quien recae la acción.

El *Protocolo Contra la Trata de Personas* tiene como objetivo castigar a los tratantes y no a las personas que son víctimas del delito. Por tanto, estas últimas no deben ser detenidas, acusadas ni procesadas por haber entrado o residir ilegalmente en los países de tránsito y destino, ni por haber intervenido en actividades ilícitas, en la medida en que esa participación sea consecuencia directa o en conexión con su propia trata.

b. La conducta. Se encuentra determinada por los siguientes verbos rectores compuestos alternativos: captar, trasladar, acoger y recibir personas con fines de explotación. Captar significa conseguir o atraer personas o ganar su voluntad para cualquiera de las situaciones establecidas en el tipo penal, tales como trabajos forzados, prostitución, esclavitud, matrimonio servil, etc. Trasladar, para efectos de la trata de personas, se debe entender como llevar a una persona de un lugar a otro; ese traslado puede ser dentro del territorio colombiano, hacia otro país o del extranjero a Colombia, mientras que el tráfico de migrantes es solamente transnacional, ya que no se tipifica como delito si el traslado es dentro del territorio nacional. Acoger se refiere a recibir, a facilitar la permanencia de una persona, a admitirla o recibirla de compañía en su lugar de habitación con fines de explotación. Recibir significa salir a encontrar a alguien, admitir o aceptar a otro en su compañía con fines de explotación.

c. Los medios. Aunque el tipo penal (Código Penal, 2000, art. 188A) no describe los medios –posiblemente para que sea más sencillo de entender, interpretar y probar–, la conducta puede ser realizada por cualquier medio como la amenaza,

el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación (ONU, 2000d).

Lo anterior se infiere de las posibles formas de explotación a las que pueden estar sometidas la víctimas, pues los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o sus prácticas análogas, la mendicidad ajena e incluso la servidumbre, implican un sometimiento mediante la violencia física o moral. La prostitución ajena, el turismo sexual y otras formas de explotación sexual pueden producirse también mediante la violencia, el abuso de poder, la vulnerabilidad¹⁸³ o por el engaño. La extracción de órganos la puede ejecutar el sujeto agente mediante el abuso de una situación de vulnerabilidad como la pobreza o utilizando también la violencia. Todos estos medios afectan la libertad y la autonomía de las víctimas y las compele, algunas veces, a aceptar la explotación bajo un consentimiento viciado.

En cambio, en el delito de tráfico de migrantes, que se analizó anteriormente, el beneficio económico no proviene regularmente de la explotación del ser humano, sino del pago que es recibido por el traficante, desde un comienzo del acuerdo, para el traslado y, al final, después de lograr el cometido, se rompe el vínculo con el perpetrador de la conducta. En la trata de personas ese vínculo permanece para efectos de la explotación.

El tipo subjetivo

Además del dolo, se requiere que el sujeto, al realizar cualquiera de los verbos rectores, tenga una finalidad específica (elemento subjetivo), una especial intencionalidad: la explotación de la persona.

El mismo tipo penal define explotación como la obtención de provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona. El provecho económico se refiere al beneficio o utilidad, de esa naturaleza, que consigue o se origina en la explotación de la persona, a través de alguno de los medios a los cuales hace referencia el tipo penal. También puede tratarse de cualquier otro

.....
183 Nota Interpretativa Oficial de Naciones Unidas:

En los *travaux préparatoires* se indicará que la alusión al abuso de una situación de vulnerabilidad debe entenderse como referida a toda situación en que la persona interesada no tiene más opción verdadera ni aceptable que someterse al abuso de que se trata. (ONU, 2002-2005, p. 10).

beneficio diferente al económico, es decir, cualquier utilidad o provecho, incluso de naturaleza moral o de satisfacción, que le sea generado al autor o participe de la conducta.

Para efectos del perfeccionamiento del delito no se requiere que se obtenga el fin propuesto de explotar a la víctima y basta que la conducta se adecúe a uno de los verbos rectores.

Sobre las finalidades exigidas por el tipo penal, los instrumentos internacionales y las interpretaciones que han realizado diferentes organismos (ONU, OIT) sirven de guía para el intérprete y particularmente para el operador de justicia. Para obtener el provecho económico o cualquier beneficio, el actor puede realizar la conducta con cualquiera de las siguientes finalidades:

a. La explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual: la explotación de la prostitución ajena tiene que ver con el comercio sexual, en el cual hay unos compradores que obtienen el “derecho” al uso y goce sexual del cuerpo de una persona, hombre o mujer, imponiéndole sus requerimientos, y un tratante que se beneficia de ese comercio. Este tipo de explotación se define como “la obtención ilegal por una persona de cualquier ventaja financiera u otro beneficio procedente de la explotación sexual de otra persona” (ONU, 2010b). La explotación sexual significa

la participación de una persona en la prostitución, la servidumbre sexual, o la producción de materiales pornográficos como consecuencia de estar sujeto a una amenaza, la coacción, el rapto, la fuerza, el abuso de autoridad, servidumbre por deuda o fraude (ONU, 2000d, p. 11).

b. Los trabajos o servicios forzados: se define como “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente” (OIT, 1930). Esta conducta puede ser realizada por el tratante utilizando

engaños, falsas promesas y la confiscación de los documentos de identidad o el uso de la fuerza, [a través de lo que] se obliga al trabajador (migratorio) a seguir estando a disposición de su empleador. Ello significa que también cuando el origen de una relación laboral es un acuerdo libremente consentido, el derecho de los trabajadores a elegir libremente su empleo sigue siendo inalienable, por lo que cabe considerar como un caso de trabajo forzoso toda restricción que coarte el abandono del puesto

de trabajo, incluso cuando el trabajador haya decidido previamente aceptarla (OIT, 2006, p. 23)¹⁸⁴.

La OIT señala cinco elementos que pueden identificar una situación de trabajo forzoso: primero, la (amenaza de) violencia física o sexual; puede incluir también la tortura emocional, por ejemplo, el chantaje, la condena y el uso de lenguaje insultante. Segundo, la restricción de movimientos a una zona limitada o reclusión en el lugar de trabajo. Tercero, la servidumbre por deudas/trabajo servil; la retención de los salarios o la negativa a pagar. Cuarto, la confiscación de pasaportes y documentos de identidad, de modo que el trabajador no pueda marcharse o acreditar su identidad y su situación. Quinto, la amenaza de denuncia ante las autoridades (OIT, 2006).

c. La esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud: la esclavitud significa tratar como objetos a los seres humanos y se define como “el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos” (Naciones Unidas, 1926). Las prácticas análogas a la esclavitud abarcan la servidumbre por deudas, la servidumbre de la gleba, el matrimonio servil y la explotación de niños y adolescentes (ONU, 2010).

d. La servidumbre: se entiende por servidumbre a las condiciones de trabajo o a la obligación de trabajar o prestar servicios de los cuales la persona en cuestión no puede escapar y no puede modificar (ONU, 2010).

Una de sus modalidades es la servidumbre por deudas, o sea,

el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios (ONU, 2010).

Otra modalidad es la servidumbre de la gleba, o sea,

la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición (ONU, 2010).

.....
184 Se encuentra más información al respecto en la Conferencia Internacional del Trabajo, *Erradicar el trabajo forzoso*, de la Oficina Internacional del Trabajo (2007), en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_089201.pdf

También es servidumbre

toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven (Naciones Unidas, 1926).

El Código Penal Argentino considera que comete un delito contra la libertad individual, sin denominarlo trata de personas, y reprime con reclusión o prisión de cuatro a quince años, a quien

redujere a una persona a esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad, y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella. En la misma pena incurrirá el que obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados o a contraer matrimonio servil (Código Penal Argentina, 1984, art. 140)¹⁸⁵.

e. La explotación de la mendicidad ajena: implica someter a una persona a la calidad de mendigo, a que pida limosna o que solicite favor económico o en especie de otras personas, para que luego el que lo determina le quite el producto obtenido.

En Colombia, la Ley 1453 del 2011, en su artículo 93, creó un tipo penal referido a la explotación de menores de edad¹⁸⁶. Por falta de técnica legislativa, este tipo penal no fue adicionado a la organización sistemática del Código Penal y quedó como una norma suelta sin corresponder a un título de la parte especial y bajo un bien jurídico en particular. La Corte Constitucional, por decisión mayoritaria, mediante la sentencia C-464 del 9 de julio del 2014, decidió declarar la exequibilidad condicionada del artículo 93 de la Ley 1453 del 2011, en el entendido que la expresión “mendigue con menores de edad” tipifica exclusivamente la utilización de menores de edad para el ejercicio de la mendicidad y no el ejercicio autónomo de la misma en compañía de estos¹⁸⁷.

185 Este artículo fue modificado por el artículo 24 de la Ley No. 26.842 del 2012.

186 Dice la Ley 1453 del 2011:

Artículo 93. Explotación de menores de edad. El que utilice, instrumentalice, comercialice o mendigue con menores de edad directamente o a través de terceros incurrirá en prisión de 3 a 7 años de prisión y el menor será conducido al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para aplicar las medidas de restablecimientos de derechos correspondientes.

La pena se aumentará a la mitad cuando el actor sea un pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil (Ley 1453, 2011).

187 Para más información ver: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-464-14.htm>

La Corte Constitucional precisó que el delito de explotación de menores y la trata de personas son conductas diferentes que pueden presentarse en concurso de conductas punibles:

la explotación de menores, difiere del delito de trata de personas, por cuanto: i) presenta un sujeto pasivo calificado; ii) verbos rectores distintos; iii) no contiene un ingrediente subjetivo en el tipo y; iv) no presenta modalidades de agravación. Adicionalmente, la conducta descrita en la trata de personas siendo un tipo penal de resultado cortado, despliega un traslado de personas, que imposibilita la subsunción en el delito de explotación de menores. Y en caso de existir conflicto entre ambos, la dogmática penal resuelve el asunto bajo la teoría del concurso de conductas punibles y los principios interpretativos de especialidad, subsunción, alternatividad y consunción, los cuales podrán aplicarse por los operadores judiciales en todo momento (Corte Constitucional, Sentencia C-464, 2014).

La decisión mayoritaria de la Corte Constitucional puede generar confusiones para los operadores de justicia, en la medida en que conductas de trata de menores con explotación de la mendicidad pueden ser entendidas benignamente como la explotación de menores del artículo 93 que ya ha sido referido. Según el salvamento de voto de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, el tipo penal de explotación de menores

incluye verbos rectores que corresponden a acciones del mismo género de las incluidas en delitos como la trata de personas. La similitud en los verbos rectores puede verse porque aunque se trate de vocablos distintos (en trata captar, trasladar, acoger, recibir y en explotación de menores: utilizar, instrumentalizar, comercializar, mendigar) los verbos se subsumen entre sí pues el primer grupo de verbos sólo tiene sentido en función del segundo. Se trata de acciones que forman parte de la cadena de la “cosificación” de personas (Corte Constitucional, Sentencia C-464, 2014).

Además, Ortiz se apartó de la decisión sobre la base de que el tipo de explotación de menores tiene una penalidad mucho menor que la trata de personas con fines de explotación de la mendicidad de adultos.

Uno de los elementos diferenciadores entre el tipo de trata de personas y el de explotación de menores, que fue argüido por la Corte Constitucional para declarar la exequibilidad de la norma, es el traslado de la víctima dentro del territorio nacional o hacia el extranjero, el cual solo está presente en la trata de personas. Este argumento endeble no tuvo en cuenta que en la explotación de menores para

la mendicidad se requiere necesariamente del traslado de los menores, así sea dentro de la propia localidad donde habitan, para obtener el favor de la limosna por parte de los habitantes del sector. El tipo penal de trata de personas no estableció un rango de distancia en cuanto al traslado de la víctima y el desplazamiento puede ser corto, mediano o a gran distancia.

f. El matrimonio servil: a través de la relación nupcial uno de los contrayentes tiene fines de explotación laboral o doméstica del otro. Son prácticas o formas de dominación sobre la mujer adulta o menor, cuando son prometidas o dadas en matrimonio, sin derecho a oponerse, a cambio de dinero o especie, lo cual es entregado a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas. También abarca la cesión a un tercero, a título oneroso o de otra manera, por parte del marido de una mujer, la familia o el clan del marido; o la transmisión de la mujer viuda, por herencia, a otra persona (ONU, 1956). En los instrumentos internacionales el matrimonio servil ha sido concebido en relación a las mujeres, tal vez porque es una práctica regular respecto a ellas, pero en la legislación colombiana pueden ser sujetos pasivos las mujeres y los hombres.

g. La extracción de órganos: la trata de personas para el comercio de órganos humanos es una conducta ilícita que sólo ocurre si una persona es transportada con el objetivo de quitarle sus órganos. Esta se realiza en concurso con el delito de lesiones personales o el de homicidio. No se considera trata de personas el transporte solamente de los órganos humanos.

h. El turismo sexual: se refiere a captar, trasladar, acoger o recibir a una persona dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con el fin de explotación mediante el turismo sexual. Esta conducta implica la explotación sexual de la persona en relación con los “servicios” a turistas, que son personas que se desplazan de otro país hacia Colombia o viceversa, o dentro del territorio nacional con fines de placer sexual.

i. Cualquier otra forma de explotación: puede ser de naturaleza laboral, por ejemplo a la persona no se le paga un salario y trabaja por la alimentación.

El consentimiento

Es expresa la referencia del tipo penal en el sentido de que el consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en el artículo

188A no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal¹⁸⁸. Por lo regular, en la trata de personas hay ausencia de consentimiento y si la víctima lo presta, este no es libre y está viciado por la coacción, el engaño o el dolo ejercido y la ley penal no le otorga ninguna validez. Se diferencia del tráfico de migrantes en que en este la víctima presta el consentimiento y puede suceder que sea incluso quien busque a los traficantes para que la trasladen de un país a otro.

Las circunstancias de agravación punitiva específicas y comunes para el tráfico de migrantes y la trata de personas

Las siguientes son circunstancias agravantes comunes:

a. Por la calidad del sujeto activo. Cuando el sujeto activo (autor o partícipe) de cualquiera de las conductas es un servidor público.

b. Por el estado, condición del sujeto pasivo o consecuencia que sufra. Cuando se realice en persona que padezca inmadurez psicológica, trastorno mental, enajenación mental y trastorno psíquico, temporal o permanente o sea menor de 18 años. Se refiere a que la acción recaiga sobre personas en situación de inimputabilidad o sobre quienes dichas situaciones mentales no tienen la entidad suficiente para predicar plenamente dicha circunstancia. También, cuando el responsable sea cónyuge o compañero permanente o pariente hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil. El compañero o la compañera permanente puede ser en parejas del mismo sexo (Corte Constitucional, Sentencia C-029, 2009). Así mismo, cuando se realice sobre menor de doce años se aumentará la pena en la mitad. Finalmente, que como consecuencia del delito la víctima resulte afectada en daño físico permanente y/o lesión psíquica, inmadurez mental, trastorno mental en forma temporal o permanente o daño en la salud de forma permanente.

El concurso de conductas punibles

La posibilidad de concursos de conductas punibles (ideal o material) de la trata de personas con otros delitos es muy amplia. El sujeto activo del delito de trata de personas

.....
188 En ese sentido fue la orientación de las legislaciones internas por parte del *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños*.

•Delitos contra la autonomía personal.

al desarrollar el *iter criminal*, puede, y de hecho así ocurre en la práctica, incurrir en diferentes comportamientos lesivos de otros bienes jurídicamente tutelados, como por ejemplo, el secuestro, la falsificación de documentos, etc., sin que por ello desaparezca el fin último perseguido y concretado, esto es, la mercantilización o comercio de un ser humano, ni el real o efectivo concurso de tipos penales, cuya adecuada y completa atribución corresponde hacerla al órgano encargado de la persecución penal (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 39257, 2013).

La trata de personas también puede concurrir con otros delitos, como con el tráfico de migrantes cuando las personas objeto de la trata son trasladadas de otros países a Colombia o son sacadas del país hacia otras latitudes con fines de explotación; con el delito de fraude procesal (Código Penal, 2000, art. 453), para inducir en error al servidor público para conseguir, por ejemplo, documentos oficiales para el ingreso o salida del país; con el delito de supresión, alteración o suposición del estado civil (Código Penal, 2000, art. 238), recurriendo a la corrupción de servidores públicos mediante delitos contra la administración pública, entre otros.

La trata de personas con explotación de la persona mediante el turismo sexual puede concurrir con el artículo 219 del Código Penal (turismo sexual, modificado por el artículo 23 de la ley 1336 de 2009), que criminaliza al que dirija, organice o promueva actividades turísticas que incluyan la utilización sexual de menores de edad.

Tráfico de niñas, niños y adolescentes

La descripción de esta conducta fue introducida en el Código Penal mediante el artículo 6° de la Ley 1453 del 2011¹⁸⁹. Realmente la descripción típica es una

.....
189 Dice el Código Penal del 2000:

Artículo 188C. Tráfico de niñas, niños y adolescentes. <Artículo adicionado por el artículo 6 de la Ley 1453 de 2011> El que intervenga en cualquier acto o transacción en virtud de la cual un niño, niña o adolescente sea vendido, entregado o traficado por precio en efectivo o cualquier otra retribución a una persona o grupo de personas, incurrirá en prisión de treinta (30) a sesenta (60) años y una multa de mil (1.000) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El consentimiento dado por la víctima o sus padres, o representantes o cuidadores no constituirá causal de exoneración ni será una circunstancia de atenuación punitiva de la responsabilidad penal.

La pena descrita en el primer inciso se aumentará de una tercera parte a la mitad, cuando:

1. Cuando la víctima resulte afectada física o síquicamente, o con inmadurez mental, o trastorno mental, en forma temporal o permanente.
2. El responsable sea pariente hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil del niño, niña o adolescente.

modalidad de la trata de personas que recae sobre niñas, niños y adolescentes, en la medida en que se instrumentaliza a la persona, se le cosifica, se le convierte en una transacción o venta con fijación de precio, que en últimas, tratándose de un ser humano, corresponde a una forma de explotación económica o de esclavitud. La denominación acertada debió haber sido “trata de niñas, niños y adolescentes”, porque la conducta se adecúa a la descripción genérica de la trata de personas, en razón de la cosificación por transacciones comerciales y por tratarse de un tipo penal especial que, desde el punto de vista punitivo, es más gravoso en consideración a las víctimas menores de edad.

Tiene como antecedente en la legislación internacional, entre otras, a la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (artículo 6) y a la *Convención sobre los derechos del niño* (Ley 12 de 1991). Esta última señala, en su artículo 35, que “los Estados partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral, que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma” (Ley 12, 1991).

Además, se aplica el *Protocolo para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños*, que fue aprobado mediante la Ley 800 del 2003, en la que se hace especial énfasis en prevenir y combatir eficazmente la trata de personas, especialmente de mujeres y niños. En dicho Protocolo la trata de personas se entiende como “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a [...] la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación” (ONU, 2000d).

El Protocolo entiende por trata de personas de un niño que la acción recaiga sobre un menor de 18 años, aun cuando no se recurra a la utilización de medios como la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación (ONU, 2000d, art. 3, literales a, c y d). La Constitución Política de 1991 prohibió “la trata de seres humanos en todas sus formas” (artículo 17) y, en relación con los derechos prevalentes de los menores de edad, reiteró la especial protección

3. El autor o partícipe sea un funcionario que preste servicios de salud o profesionales de la salud, servicio doméstico y guarderías.

4. El autor o partícipe sea una persona que tenga como función la protección y atención integral del niño, la niña o adolescente (Código Penal, 2000, art. 188C).

para ese sector vulnerable de la población “contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos” (Const., 1991, artículo 44).

La clasificación del tipo penal

Esta disposición es de resultado, de lesión, de conducta instantánea y es pluriofensivo.

El tipo objetivo

Para la realización de este tipo penal, desde el punto de vista objetivo, se requiere:

- Un sujeto activo indeterminado que es plural (vendedor y comprador) y un sujeto pasivo cualificado por la edad: niño, niña o adolescente (menor de 18 años).
- La conducta consiste en intervenir en cualquier acto o transacción de venta, entrega o tráfico de un menor.
- El acto de comercio del menor debe ser por precio en efectivo o cualquier otra retribución a una persona o grupo de personas.

a. Los sujetos y el objeto material. El sujeto activo, por norma general, es indeterminado y plural. El tipo penal no exige condición especial y son individuos que instrumentalizan a un niño, niña o adolescente. Como el negocio es ilícito, son sujetos activos de la conducta tanto el que compra como el que vende, entrega o trafica al menor, es decir, que la autoría es de un mínimo de dos personas.

El tipo penal agrava la conducta cuando el sujeto activo es cualificado (determinado), en los casos en que sea pariente del niño, niña o adolescente, o sea un funcionario que presta servicios de salud o sea un profesional de la salud, servicio doméstico y guarderías; es decir, una persona que tenga como función la protección y atención integral de los menores de edad mencionados.

El sujeto pasivo es cualificado por la edad, debe ser una persona menor de 18 años. Tanto el sujeto pasivo, como titular del bien jurídico de la libertad individual, así como el objeto material personal sobre quien recae la acción, es el niño, niña o adolescente.

b. La conducta. El verbo rector simple que determina la conducta es intervenir, que significa tomar parte en cualquier acto o transacción del tráfico de un niño, una niña o un adolescente.

La transacción es un trato, convenio o negocio sobre el objeto material personal. La intervención mediante transacción se refiere a la venta, entrega o tráfico por precio en efectivo, o cualquier otra retribución, a una persona o grupo de personas por concepto de un niño, niña o adolescente. Se entiende que la venta siempre es onerosa, es un contrato ilícito en virtud del cual se transfiere a dominio ajeno a un menor de 18 años por el precio pactado. La entrega es la acción de poner a disposición de alguien, en este caso a un niño, niña o adolescente, por un precio en efectivo o cualquier otra retribución. La palabra tráfico está asociada al comercio o negociación con algo ilegal o de forma irregular, que en este caso es una persona menor de edad.

La venta, entrega o tráfico siempre debe ser onerosa, por precio en efectivo, por un valor monetario, en dinero, en que se estima el “precio” del individuo o mediante cualquier otra retribución, entendida como recompensa o pago, utilizando cualquier medio, como pago en especie, por ejemplo, la entrega de un bien mueble o inmueble. La conducta resulta atípica cuando la entrega del menor no se realiza con fines económicos, sino por alguna circunstancia que no permita el cuidado del mismo, de naturaleza económica o por enfermedad, sin que medie un precio o retribución alguna.

El tipo subjetivo

La conducta debe realizarse a título de dolo con una finalidad o interés económico. Aunque la propia víctima¹⁹⁰ (niña, niño o adolescente) consienta, o lo hagan sus padres, representantes o cuidadores, por recaer sobre un derecho no disponible, como lo es la libertad física e individual, el consentimiento es inválido por tratarse de un acuerdo ilícito y un derecho fundamental no negociable.

.....
 190 El tipo penal usa el término víctima, concepto que es desarrollado por Manuel Fernando Moya Vargas y Carlos Andrés Bernal Castro en su libro *Los menores en el sistema penal colombiano* (2015), editado en Bogotá por la Universidad Católica de Colombia. Esto se encuentra entre las páginas 85 y 109.

Las circunstancias específicas de agravación punitiva

La pena se aumenta de una tercera parte a la mitad cuando se presentan las siguientes circunstancias:

a. Por la calidad del sujeto activo. La conducta se agrava en razón de la mayor facilidad de acceso a la víctima y de comisión del delito que tienen las personas con cualidades especiales (parientes, funcionarios, o encargados de la protección), o por los deberes de mayor solidaridad e incluso posición de garante en el caso de los parientes y de los encargados de la protección y atención integral a los menores de edad.

De acuerdo a la calidad del sujeto activo se agrava la conducta cuando el autor o partícipe es pariente hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil del niño, niña o adolescente (Código Penal, 2000, art. 188 C, numeral 2); por la calidad del funcionario, cuando el autor o partícipe presta servicios de salud, o es un profesional de la salud, servicio doméstico y guarderías (Código Penal, 2000, art. 188 C, numeral 3), por ejemplo en Colombia las madres comunitarias; cuando es una persona que tiene como función la protección y atención integral del niño, la niña o el adolescente (Código Penal, 2000, art. 188 C, numeral 4).

En el Código Penal Federal de México (1931), una conducta similar es denominada privación ilegal de la libertad, cuando se efectúa con el fin de trasladar a un menor de dieciséis años fuera del territorio nacional, con el propósito de obtener un lucro indebido por la venta o la entrega del menor (art. 366 ter, numeral III).

b. Por las consecuencias en la salud sufridas por el sujeto pasivo. La conducta se agrava cuando la víctima resulta afectada física o síquicamente, o con inmadurez mental o trastorno mental en forma temporal o permanente.

Uso de menores de edad para la comisión de delitos

En materia de legislación internacional se deben tener en cuenta las referencias realizadas al analizar el anterior tipo penal sobre la protección a los niños, niñas o adolescentes. Esta conducta fue introducida, por la Ley 1453 del 2011, como reacción frente a la utilización frecuente de menores de edad para la comisión de

delitos en Colombia¹⁹¹. Es una decisión de política criminal, que desarrolla el fin constitucional de la protección de los niños y adolescentes, de toda forma de violencia física o moral (Const., 1991, art. 44), en este caso en contra de la finalidad de que delincan.

La clasificación del tipo penal

Es un tipo penal de mera conducta en relación con los cuatro verbos rectores: inducir, facilitar, constreñir y promover,

los cuales corresponden a la figura de la participación criminal a título de determinación [...] no opera el principio de accesoriedad, conforme al cual para que se presente la participación es necesaria la autoría [...] es decir, no requieren la concreción del resultado (la comisión del delito por parte del menor) para su consumación; basta con que se induzca, facilite, constriña o promueva al infante o adolescente a la realización de un comportamiento punible, sin importar si el propósito perseguido se obtiene (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 44931, 2016).

Es decir, la conducta se perfecciona así el menor, por cualquier circunstancia, no concurra a la realización del delito.

En relación a los verbos utilizar e instrumentalizar, estos sí exigen un resultado. En este caso no se concibe la utilización o instrumentalización del menor de edad para la comisión de delitos, según lo previsto en el artículo 188D, si éste no se inicia, así sea en el grado de tentativa, el delito fin (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 44931, 2016).

El tipo penal es, además, de lesión, en la medida en que con cualquiera de los verbos que se realice se afecta la autonomía de la voluntad y la libertad individual del menor, más aún si se tiene en cuenta que los niños, niñas y adolescentes se encuentran en estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta. No obstante que

191 Dice el Código Penal del 2000 (Ley 599):

Artículo 188D. Uso de menores de edad la comisión de delitos. -Artículo introducido por el artículo 7 de la Ley 1453 de 2011:> El que induzca, facilite, utilice, constriña, promueva o instrumentalice a un menor de 18 años a cometer delitos o promueva dicha utilización, constreñimiento, inducción, o participe de cualquier modo en las conductas descritas, incurrirá por este solo hecho, en prisión de diez (10) a diez y veinte (20) años.

El consentimiento dado por el menor de 18 años no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad si se trata de menor de 14 años de edad.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad en los mismos eventos agravación del artículo 188C (Código Penal, 2000, art. 188D).

deben ser protegidos y respetados en sus derechos, para contribuir a su recta formación, cada una de las conductas reflejadas en los verbos rectores implica que los menores sean sometidos.

La descripción típica es de conducta instantánea, es decir, se perfecciona en un solo momento con la realización de cualquiera de los verbos rectores. También es un tipo penal pluriofensivo, que protege la libertad individual y la autonomía de la voluntad del menor, su dignidad, su seguridad en cuanto al deber de protección que se le debe a todos los menores de edad y protege a la familia, entre otros.

El tipo objetivo

El legislador estableció los siguientes requisitos para la tipificación de la conducta de uso de menores de edad para la comisión de delitos:

- Un sujeto activo indeterminado y un sujeto pasivo cualificado por la edad: niño, niña o adolescente (menor de 18 años).
- La finalidad es que el menor cometa delitos.
- Para lograr el objetivo buscado, el sujeto activo realiza cualquiera de las siguientes acciones: induce, facilita, utiliza, constriñe, promueve o instrumentaliza directamente al menor de edad para que cometa delitos; promueve la utilización, constreñimiento o inducción del menor, por parte de otro, con esa finalidad; el sujeto activo participa de cualquier modo en inducir, facilitar, utilizar, constreñir, promover o instrumentalizar al menor de edad para que cometa delitos.

a. Los sujetos y el objeto material. El sujeto activo puede ser cualquier persona que pretenda que un menor de 18 años (sujeto pasivo cualificado por la edad) cometa delitos. El sujeto pasivo y el objeto material personal sobre el cual recae la acción es el menor de edad (menor de 18 años).

b. La conducta. Los verbos rectores compuestos alternativos son: inducir, facilitar, utilizar, constreñir, promover o instrumentalizar a un menor de 18 años a cometer delitos o a participar de cualquier modo en los mismos.

Inducir es influir en un menor por medio de la persuasión o del convencimiento para que cometa delitos. Facilitar es hacer fácil o posible la comisión de delitos por parte del menor de 18 años. Es posibilitar que la finalidad propuesta de comisión

de delitos por parte del menor se logre. El que facilita es el que proporciona los medios y salva las dificultades para que el menor cometa delitos.

En el caso del verbo facilitar, a *contrario sensu* de los demás verbos rectores, el menor de edad no actúa contra su voluntad y es posible que se tipifique la conducta de uso de menores de edad para la comisión de delitos “aun cuando el niño sea quien haya convencido al adulto a perpetrar la ilicitud, porque en ese caso este último simplemente habrá facilitado a aquél el cumplimiento de su cometido, no otro que vulnerar la ley penal” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 44931, 2016).

Utilizar es servirse de un menor para lograr la comisión de delitos. Constreñir significa obligar, forzar al menor a cometer delitos mediante la utilización de la fuerza física o moral. Instrumentalizar es utilizar al menor de 18 años como un instrumento o medio para la realización de delitos. Promover ha sido utilizado en dos sentidos: en primer lugar, es entendido como impulsar o fomentar directamente en el menor la comisión de delitos; en segundo lugar, hace referencia a fomentar que otra persona utilice, constriña o induzca al menor para que cometa delitos.

Participar de cualquier modo se refiere a que el sujeto agente intervenga de cualquier manera en inducir, facilitar, utilizar, constreñir, promover o instrumentalizar a un menor de 18 años a cometer delitos. Participar es tomar parte de alguna forma en las acciones delictivas y, como verbo rector, no está definiendo la calidad de partícipe al que hace alusión el artículo 30 del Código Penal. Significa intervenir de cualquier forma, lo que de manera genérica involucra a cualquier persona que realiza alguna actividad dirigida a usar menores de edad para la comisión de delitos. La pésima redacción del tipo penal podría dar lugar a pensar, como lo hizo la Corte Suprema de Justicia, que “la disposición, adicionalmente, termina dando a los cómplices el mismo tratamiento punitivo que se dispensa a los autores” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 44931, 2016).

Sin embargo, participar de cualquier modo no significa que el tipo penal esté definiendo al actor anticipadamente como determinador o cómplice, sino que, de acuerdo con la gestión delictiva que realice, se adecuará como autor o partícipe en los términos de los artículos 29 o 30 del Código Penal y se le graduará la pena conforme a las reglas allí establecidas. Colocar al autor y al cómplice en igualdad de

tratamiento punitivo desconoce los principios de proporcionalidad y razonabilidad de las penas, de acuerdo con el aporte de cada uno de estos sujetos (Código Penal, 2000, art. 3).

Realmente la redacción de esta parte del texto es confusa y carente de técnica legislativa, porque da la impresión de que penalizó la participación del cómplice frente al autor o determinador con la misma pena, o los convirtió a todos en autores sin ninguna diferenciación, lo que contraría la estructura sistemática del Código y haría inaplicable los artículos 29 y 30 para este caso particular. La Corte Constitucional, al realizar el control de legalidad, no hizo aclaración en relación con este punto y, al interpretar la norma, no fijó el alcance de los verbos. Simplemente dijo

que el legislador penalizó de manera autónoma las conductas consistentes en: (i) inducir, facilitar, utilizar, constreñir, promover o instrumentalizar, de manera directa, a un menor de 18 años con el propósito de cometer delitos; (ii) promover el que otros realicen esas conductas relacionadas con los menores de edad; (iii) o participar de cualquier modo en las mismas (Corte Constitucional, Sentencia C-121, 2012).

El tipo subjetivo

Se requiere que el sujeto agente actúe con dolo y que la finalidad específica (elemento subjetivo del tipo) sea lograr que el menor cometa delitos, pero no se requiere que se logre el cometido.

Nótese que el tipo penal indica que el propósito debe ser el de que el menor de edad cometa “delitos”, en plural. La Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 2 de noviembre del 2016, por vía interpretativa, modificó el tipo penal y señaló que para la consumación del uso de menores para la comisión de delitos, “basta con que se induzca, facilite, constriña o promueva al infante o adolescente a la realización de *un comportamiento punible*, sin importar si el propósito perseguido se obtiene” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 44931, 2016).

En razón del principio de legalidad, y del que se deriva del mismo, el principio de tipicidad, independientemente de que el legislador haya sido descuidado en la redacción del tipo penal, exige que la finalidad sea la de cometer delitos, en plural, lo que significa dos o más delitos, de tal forma que si la finalidad fue la

comisión de un solo delito, se puede considerar que esta conducta no es tipificable. De esta manera, el autor o partícipe tendría que responder por constreñimiento para delinquir (Código Penal, 2000, art. 184), que exige la comisión de “una” conducta punible, siempre y cuando se cumpla con el verbo rector constreñir, caso en el cual concurriría con el delito fin.

El consentimiento

El tipo penal establece expresamente que el consentimiento del menor de edad (sujeto pasivo) no es causal eximente de responsabilidad penal del sujeto agente que lo utiliza con el fin de cometer delitos¹⁹². Si el menor de edad consiente en la realización de los delitos, esta manifestación de voluntad no se considera válida, en razón de la especial protección de la que gozan los niños, niñas y adolescentes, quienes no tienen capacidad jurídica para obligarse en relación con decisiones que puedan generar efectos jurídicos.

El concurso de delitos

Por tratarse de un tipo penal autónomo, la conducta punible se puede realizar de manera independiente o en concurso con el delito fin, cuando el sujeto agente logra efectivamente que el menor de 18 años cometa por lo menos un delito o facilita su realización, en el entendido de que cualquiera de los verbos rectores tiene como finalidad que el menor cometa dos o más delitos.

192 Un menor de edad intervino directamente en un hurto junto con un adulto y

En el proceso no se conocieron las circunstancias que determinaron al adolescente a tomar dicha decisión, pero el hecho de que [el adulto] hubiera intervenido junto con aquél en la realización del hurto, [...] fue suficiente para responsabilizarlo del punible de uso de menores de edad para la comisión de delitos, pues su estructuración, no depende de si el menor obró o no voluntariamente. Por tanto, así el menor, hipotéticamente, hubiese sido quien organizó y actuó como jefe de la agrupación que perpetró el atentado contra el patrimonio económico en mención, también en ese caso [el adulto] estaría incurso en la conducta prevista en el artículo 188 D del Código Penal, pues al decidir intervenir en forma voluntaria y consciente en la realización del hurto habría *facilitado* el cumplimiento del propósito perseguido por el adolescente (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 44931, 2016).

Las circunstancias específicas de agravación punitiva

Los agravantes son los mismos del artículo 188C, que ya fueron estudiados al tratar el tipo penal de tráfico de niñas, niños y adolescentes y, adicionalmente, la pena se aumenta de una tercera parte a la mitad cuando la víctima es un menor de 14 años de edad.

DELITOS CONTRA LA INVIOABILIDAD DE HABITACIÓN O SITIO DE TRABAJO

En el inciso segundo del artículo 1° de la Ley 23 del 21 de marzo de 1991, se establecieron estas conductas como contravenciones especiales que modificaban las que originalmente estableció el Código Penal de 1980.

En el Código Penal del 2000 se restableció el carácter de delito de las conductas que afectan el domicilio o el sitio de trabajo con los siguientes tipos penales: violación de habitación ajena (art. 189), violación de habitación ajena por servidor público (art. 190) y violación en lugar de trabajo (art.191)¹⁹³.

Fundamentos de la protección

La protección a la habitación o al lugar de trabajo tiene como fundamento el artículo 28 de la Constitución Nacional, que establece la inviolabilidad del domicilio. El concepto de domicilio se identifica con el de lugar de residencia, morada o habitación, es decir, designa el sitio en donde habita el individuo. Cuando la

193 Dice el Código Penal del 2000:

Artículo 189. Violación de habitación ajena. El que se introduzca arbitraria, engañosa o clandestinamente en habitación ajena o en sus dependencias inmediatas, o que por cualquier medio indebido, escuche, observe, grabe, fotografíe o filme, aspectos de la vida domiciliaria de sus ocupantes, incurrirá en multa.

Artículo 190. Violación de habitación ajena por servidor público. El servidor público que abusando de sus funciones se introduzca en habitación ajena, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.

Artículo 191. Violación en lugar de trabajo. Cuando las conductas descritas en este capítulo se realizaren en un lugar de trabajo, las respectivas penas se disminuirá (sic) hasta en la mitad, sin que puedan ser inferior a una unidad de multa (Código Penal, 2000, arts. 189-191).

Constitución Nacional establece que el domicilio de una persona no puede ser registrado sin orden de autoridad competente, se está refiriendo al lugar de habitación y no a la circunscripción o municipio en donde tiene ubicada su morada. La palabra domicilio se compone de “dos voces latinas *domus* y *colo*, a causa de que *domus colere* significa habitar una casa” (Escriche, 1991a, p. 358), que entraña el derecho al domicilio. Para efectos penales, el concepto de domicilio se extiende al lugar de trabajo, el cual tampoco puede ser registrado sin orden de autoridad competente, ni violado por quien no tiene derecho a introducirse o a permanecer en él.

La inviolabilidad del domicilio se fundamenta en el derecho a la intimidad, elemento esencial del ser, que tiene que ver con la esfera o espacio de vida privada exclusivo de cada persona y de su familia. Es decir, con “el ámbito personal, donde cada uno, resguardado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo de su personalidad” (Corte Constitucional, Sentencia T-444, 1992), el cual “se concreta en el derecho a poder actuar libremente en la mencionada esfera o núcleo, en ejercicio de la libertad personal y familiar, sin más limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico” (Corte Constitucional, Sentencia T-517, 1998). La disposición constitucional advierte que el Estado debe garantizar este derecho y, a su vez, evitar al máximo posible la intervención mediante actos, perturbaciones o interferencias, tales como la publicidad o divulgación ilegítima de situaciones o documentos que corresponden al ámbito privado de las personas o cualquier intromisión arbitraria que menoscabe dicho derecho.

Para la restricción al derecho a la intimidad el Estado debe tener motivos razonablemente fundados en que determinada persona está realizando actuaciones que violan la ley penal. Si esto no se cumple

la persona no puede estar sujeta de modo permanente a la observación y a la injerencia de sus congéneres. Inclusive tiene derecho a reclamar de sus propios familiares, aún los más allegados, el respeto a su soledad en ciertos momentos, la inviolabilidad de sus documentos personales y de su correspondencia, así como la mínima consideración respecto de problemas y circunstancias que desea mantener en reserva (Corte Constitucional, Sentencia T-611, 1992).

•Delitos contra la inviolabilidad de habitación o sitio de trabajo.

Por lo tanto, en cualquier ámbito que se desarrolle la vida de un individuo, tanto en lo familiar como también en lo social y en lo cotidiano, en las actividades laborales o de simple amistad o compañerismo, existe un límite respecto a no realizar intromisiones en la intimidad de los demás. Por su parte el Estado, por norma general, no debe ser intrusivo en la vida íntima de las personas y sólo por excepción puede hacerlo, cuando la Constitución y la ley lo permiten (reserva legal), con las formalidades legales y solamente con la autorización de la respectiva autoridad competente (reserva judicial). En algunos casos puntuales, la Fiscalía General de la Nación está facultada para ordenar actos de investigación que restringen el derecho a la intimidad de las personas, pero que tienen un control posterior por parte de los jueces, como ocurre con el allanamiento de la morada.

Excepciones a la inviolabilidad del domicilio

La protección a los ámbitos en los que se desarrolla la intimidad o privacidad de la persona es relativa. Debido a esto, el legislador puede establecer las limitaciones cuando se trata de proteger otros derechos que son violados bajo el amparo del domicilio o por circunstancias especiales que hacen necesaria la intervención de la autoridad, en los casos en que lo determina la Constitución Política o la ley, así como cuando se debe dar auxilio a las personas por peligro grave o inminente contra su vida o integridad personal.

Las excepciones están sometidas a la reserva legal y han sido establecidas en los artículos 32 y 250 de la Carta Política, más las que legalmente determine el legislador bajo la condición de respeto de los derechos fundamentales¹⁹⁴.

.....
194 La Corte Constitucional ha realizado una extensa relación de las excepciones a la inviolabilidad del domicilio en la sentencia C-256 del 11 de marzo del 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En resumen, la Corte dijo:

Dentro del régimen general de protección al derecho de inviolabilidad del domicilio, se han reconocido como compatibles con la Carta Política las siguientes excepciones: i) Excepciones constitucionales expresas: a) Para capturar al delincuente que al ser sorprendido en flagrancia se refugia en domicilio propio (art. 32); b) Para capturar al delincuente que al ser sorprendido en flagrancia huye y se refugia en domicilio ajeno, para lo cual se debe haber requerido previamente al morador (art. 32); c) El allanamiento ordenado y practicado por los fiscales, de conformidad con lo que establece el artículo 250, numeral 3; ii) Excepciones de origen legal - allanamientos administrativos, practicados por la autoridad señalada en la ley y respetando los requisitos previstos en la misma: a) Para inspeccionar lugares abiertos al público; b) Para cumplir funciones de prevención y vigilancia en actividades sometidas a la inspección, vigilancia e intervención del Estado, por razones de interés general, cuando la ley haya habilitado a ciertas autoridades administrativas a ordenar esos registros y éstos se efectúen en protección de valores superiores, como la vida o la dignidad humana; c) Para capturar a quien se le haya impuesto (...) pena privativa de la libertad; d) Para aprehender a enfermo mental o peligroso

Las excepciones también están sometidas a la reserva judicial cuando de restricción a la inviolabilidad del domicilio se refieren y, para efecto de su allanamiento y registro, debe existir el mandamiento escrito de autoridad competente por motivos razonablemente fundados, previamente definidos en la ley y atendiendo al debido proceso.

La clasificación del tipo penal

De lo anteriormente expuesto se deriva la protección penal al lugar de habitación y de trabajo. Se trata de tipos penales de mera conducta, en los que es punible el simple comportamiento descrito, independientemente del resultado. Con la penetración a la habitación ajena o al lugar de trabajo de otro, de manera arbitraria, engañosa o clandestina, se afectan los derechos fundamentales de habitación e intimidad, razón por la cual también son tipos de lesión.

Igualmente, los tipos se clasifican como de conducta instantánea, porque la realización del comportamiento se agota en un solo momento, con el sólo hecho de introducirse a la habitación ajena o al lugar de trabajo de otra persona. Pueden ser también de carácter permanente, por el tiempo en que la persona permanezca en la habitación o el lugar de trabajo que no le pertenece.

Son tipos penales pluriofensivos, en los que la conducta descrita vulnera el domicilio (Const., 1991, art. 28), la libertad individual en lo que corresponde al derecho a la intimidad personal y familiar (Const., 1991, art. 15), pero también el derecho a la propiedad (Const., 1991, art. 58). La inviolabilidad del lugar de trabajo tiene que ver también con la protección a la libertad de trabajo de quien ejerce una actividad lícita en el sitio que es violentado por el sujeto agente.

o a enfermo contagioso en desarrollo del principio de solidaridad social y de la protección a la vida e integridad personal de los asociados; e) Para obtener pruebas sobre la existencia de casas de juego o establecimientos que funcionen contra la ley o reglamento; f) Para indagar sobre maniobras fraudulentas en las instalaciones de servicios públicos de acueducto, energía eléctrica, teléfonos; g) Para practicar inspección ocular ordenada en juicio de policía; h) Para examinar instalaciones de energía eléctrica y de gas, chimeneas, hornos, estufas, calderas, motores y máquinas en general y almacenamiento de sustancias inflamables o explosivas con el fin de prevenir accidentes o calamidad; i) Por razones del servicio - previa autorización del dueño o cuidador del predio rústico cercado; j) Para rescatar menores que se encuentren en situaciones de peligro extremo para su vida e integridad personal, siguiendo el procedimiento previsto en el Código del Menor; k) En establecimientos comerciales e industriales de empresas para impedir que las pruebas de infracciones tributarias fueran alteradas, ocultadas o destruidas como desarrollo legal contenido en el Estatuto Tributario; l) En situaciones de imperiosa necesidad reguladas en el Código Nacional de Policía (Corte Constitucional, Sentencia C-256, 2008).

El tipo objetivo

Los elementos objetivos que estructuran los delitos son:

- Sujeto activo indeterminado (Código Penal, 2000, arts. 189 y 191) o servidor público (Código Penal, 2000, art. 190).
- Introducción arbitraria.
- Habitación ajena, en sus dependencias inmediatas o lugar de trabajo.
- En contra de la voluntad de quien habita el lugar o del que trabaja.
- Sin motivo legítimo por parte del actor.

Los sujetos

El sujeto activo de cada uno de los tipos es singular o monosubjetivo. La conducta puede ser realizada por cualquier persona (Código Penal, 2000, arts. 189 y 191) y es cualificado por el servidor público (Código Penal, 2000, art. 190). Si la conducta es realizada por varias personas conjuntamente se aplican las normas de la autoría y de la participación (Código Penal, 2000, arts. 29 y 30).

La consecuencia jurídica para el sujeto activo que es servidor público (Código Penal, 2000, art. 190) y que actúe abusando de sus funciones, por ejemplo cuando procede sin orden judicial para realizar el registro de la habitación de una persona, es que además de la multa que se le debe imponer en este caso, obliga la norma que el juez disponga la pérdida del empleo o cargo público.

El sujeto pasivo es la persona natural propietaria, poseedora o tenedora, titular del derecho de habitación o la persona natural o jurídica titular del lugar de trabajo. La Corte Constitucional ha dicho que

el titular del domicilio dispone de la facultad de decidir, con las excepciones que contempla la Constitución, todo lo de su propio espacio reservado. Justamente, los ingresos, permanencias y registros no tolerados, constituyen injerencias extrañas o arbitrarias, frente a los cuales este derecho constitucional inmuniza a sus titulares y les autoriza a reaccionar (Corte Constitucional, Sentencia T-062, 1996).

El titular del derecho de habitación, en ejercicio de la legítima defensa presunta, puede rechazar “al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas” (Código Penal, 2000, art. 32, numeral 6).

El objeto jurídico

El bien jurídico es la libertad individual, pero el objeto jurídico, que es la protección específica del tipo penal, es resguardar el domicilio tanto personal como laboral del individuo, entendido como la habitación o el lugar de trabajo. Esto, porque con la conducta el agente viola, sin justificación alguna, ese derecho que tiene toda persona a tener un sitio en donde vivir, permanecer o ejecutar sus labores, profesión u oficio.

El objeto material

El objeto material es real. La acción debe recaer sobre alguno de los siguientes elementos: la habitación ajena y sus dependencias inmediatas y el lugar de trabajo.

La habitación es el lugar destinado a la vivienda, entendida como casa, apartamento o morada, o parte de ella, donde reside una persona de manera regular, sola o en compañía de su familia o de otras personas. El profesor Luis Carlos Pérez, de una manera muy descriptiva, señala que la habitación incluye

las salas o aposentos de que se compone, los lugares de recepción o de visita, dormitorios, comedores. Vestíbulos, cuartos de baño, corredores, terrazas, balcones, escaleras interiores, cocinas, sótanos, cuartos de servicio, garajes, desvanes o patios. [También] son habitaciones, protegidas por la inmunidad, las piezas de hotel ocupadas como vivienda por cualquiera, el cuarto del estudiante en el internado, la estancia del soldado en el cuartel, el local arrendado en una casa o apartamento que acoge a muchos inquilinos (Pérez, 1985, p. 597).

Otros lugares son las casas móviles y las habitaciones temporales en carpas de los circos o las establecidas por los gitanos.

El tipo penal también incluye el concepto de ajenidad de la habitación, el cual tiene que ver con el lugar destinado a la vivienda y sobre el cual otra persona diferente a quien allí reside no tiene ningún derecho de habitación para ingresar a ella, independientemente de la calidad con que ejerce ese derecho, bien como propietario, arrendador, poseedor o simple tenedor.

Las dependencias inmediatas de la habitación ajena son los lugares de acceso o de salida, o la parte que las rodea, como los patios y jardines, o los sitios

•Delitos contra la inviolabilidad de habitación o sitio de trabajo.

destinados al parqueo de vehículos diferentes en la vía pública, o los lugares de recreación o seguridad,

el solar o jardín contiguo a las habitaciones propiamente dichas, las pesebreras, huertas, y todavía mejor, las instalaciones complementarias como son los dormitorios de empleados, almacenes, viveros, garajes, invernaderos, palomares, gallineros, pajarreras, baños, depósitos y bodegas, cocinas, perreras, casetas de vigilancia, pérgolas, piscinas, invernaderos y solarios, [...] los establos, graneros, patios, lavaderos, prados, sean estos cultivados para simple adorno, para el deporte, o para los animales domésticos (Pérez, 1985, p. 426).

Tratándose de un servidor público, en la situación descrita por el artículo 190 del Código Penal, no se incluyeron las dependencias inmediatas como objeto material. Las dependencias son cada espacio o habitación de una casa, apartamento o edificio, que sean inmediatas, hace referencia a lo contiguo, es decir, a lo que se une a la habitación o que está muy cercano a la misma.

Por lugar de trabajo se entiende el sitio, espacio o recinto en el que una persona, en forma directa o a través de otras personas contratadas para tal fin, realiza las actividades laborales, como son las productivas, comerciales, financieras, de distribución o de prestación de servicios. El profesor Pérez precisa como lugares de trabajo

aquellos destinados a la producción de artículos de cualquier clase, o a su transformación, trátase de artesanías o de otras industrias menores, incluyendo las del campo, siempre que el recinto esté delimitado por construcciones, verbigracia, para procesar el trigo o el maíz, actividad que ocupa a una parte, si no a toda la familia campesina. El campo propiamente dicho no tiene esta clase de protección jurídica, pues él [art. 191] se relaciona con las habitaciones, sus dependencias inmediatas y lo que análogamente puede tenerse por continuación de tales dependencias (Pérez, 1985, p. 433).

Por la remisión que hace el artículo 191 al 189 del Código Penal, se incluyen también las dependencias inmediatas como parte de la violación del lugar de trabajo. Estas dependencias son todas aquellas contiguas o cercanas al lugar de trabajo.

Cuando concurren en un mismo sitio la habitación y el lugar de trabajo debe determinarse cuál es la destinación principal. Si son equivalentes, es decir, si se utiliza el mismo lugar para una u otra actividad, o no es posible valorar cuál es el destino primordial de este, debe prevalecer el derecho de habitación como interés

jurídico de mayor importancia (Pabón Parra, 1996), en la tutela establecida en esas normas.

La conducta

El verbo rector de la conducta es simple: introducirse. Se refiere a la acción de penetración física de una persona a la habitación o lugar de trabajo de otra o a sus dependencias inmediatas. Una vez se ha traspasado el límite en donde el sujeto pasivo tiene su habitación o radio de acción de carácter laboral, como cuando se pasa un muro, una cerca o una puerta sin derecho alguno, se ha violado la esfera o espacio de dominio de esa persona y se consuma la conducta.

Se considera también una violación a la habitación o al lugar de trabajo si el sujeto activo escucha, observa, graba, fotografía o filma aspectos de la vida personal, familiar o laboral de sus ocupantes. La conducta debe estar destinada a eso, venciendo los obstáculos para realizar cualquiera de las acciones descritas y disponiendo de los medios idóneos para tal fin.

No puede considerarse como violación a la habitación o al lugar de trabajo el que el vecino oiga las órdenes que se imparten mediante gritos o aparatos de sonido, pero sí constituye el delito cuando este sujeto dispone de una antena o aparato que se puede dirigir hacia el sitio de conversación de dos o más personas para así enterarse de lo que ellas hablan (espionaje acústico).

Si en los linderos de una propiedad no existen muros y normalmente se puede mirar hacia su interior, esto no constituye violación a la habitación o lugar de trabajo, pero si el agente coloca una escalera sobre el muro o se sube a la azotea de su casa para observar desde allí las actividades que realizan quienes habitan otro lugar, se tipifica la violación. Lo que sí resulta más objetivo para apreciar es la filmación o toma de fotografías como una violación al derecho de habitación o lugar de trabajo.

En cuanto a la permanencia ilícita, contenida en el Código Penal de 1980 y después en la Ley 23 de 1991, fue suprimida en el Código Penal del 2000. Esta conducta estuvo determinada por el verbo simple permanecer, que implica el ingreso lícito del sujeto agente en la habitación ajena o al lugar de trabajo, pero se torna ilegítima cuando es prolongada de manera arbitraria o en forma engañosa o clandestina o contrariando la voluntad de quien tiene derecho a impedirlo. Sin embargo, debe entenderse que para permanecer sin ningún derecho en una habitación o

lugar de trabajo el sujeto agente debe haberse introducido y si la penetración a esos lugares ha sido arbitraria, engañosa o clandestina, la conducta es típica.

Los elementos normativos

Los elementos normativos de los tipos penales tienen que ver con la introducción en habitación ajena o en sus dependencias inmediatas, o en el lugar de trabajo de manera arbitraria, engañosa o clandestina. Si lo hace un servidor público debe realizarlo con abuso de sus funciones, al desbordar una atribución funcional que le corresponde ejecutar a otro funcionario, porque si lo realiza dentro de la competencia funcional mediante resolución el delito es el de prevaricato (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP-12926-14 -39279-, 2014).

Lo arbitrario es lo contrario a lo justo o a lo dispuesto en las leyes. Existe arbitrariedad cuando se procede caprichosamente y contra las reglas de la razón. La penetración en la habitación ajena o en el lugar de trabajo es arbitraria cuando no es permitida expresa o tácitamente, sin justificación alguna, o sin invitación o consentimiento de la persona que tiene la capacidad de disposición del lugar. Si el lugar de trabajo es un sitio abierto al público, en donde se expenden artículos o servicios, el ingreso y permanencia en el área destinada para la atención al público son lícitos mientras no se supere el horario de servicio, se solicite el desalojo o la permanencia no tenga que ver con la compra u obtención de elementos o servicios. Constituye conducta arbitraria el ingresar a recintos abiertos al público a realizar actividades personales o comerciales diferentes de las permitidas en el lugar o sin el consentimiento de la persona con capacidad de disposición. Por más que se trate de un sitio abierto al público, prevalece el derecho a la inviolabilidad del lugar de trabajo y el derecho a la propiedad, frente a las pretensiones o intereses personales de un individuo.

El otro elemento normativo, el engaño, consiste en hacerle creer al titular del derecho que la penetración a la habitación o lugar de trabajo obedece a un motivo justificado o conforme a derecho, como cuando se finge la condición de empleado de una empresa de servicios públicos y, so pretexto de alguna reparación o inspección, alguien logra introducirse en el lugar de trabajo. En este caso, el morador tiene conocimiento de la presencia del intruso, consiente en la introducción y permanencia del tercero, porque cree erróneamente que obedece a un motivo conforme a

derecho. Como hay un falseamiento de la verdad, dicho consentimiento está viciado por el engaño.

La penetración clandestina en la habitación o lugar de trabajo es la que se hace en secreto o en forma oculta, disimulada, burlando la vigilancia del morador y sin conocimiento por parte de éste. *A contrario sensu* de lo anterior,

no se podrá colegir la penetración o permanencia ‘arbitraria, engañosa o clandestina’ de quien está autorizado, e incluso en este caso, está compelido a permanecer en el predio y sus dependencias en cumplimiento de funciones discernidas de supervisión y explotación a favor del propietario por virtud de una relación laboral (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 33612, 2011).

Es apenas lógico que si una persona está autorizada para penetrar o permanecer en el lugar de habitación de otro, sea por la autorización expresa o incluso tácita, por la práctica cotidiana que permite que la vecina ingrese sin reparo alguno o con respecto al lugar de trabajo por el vínculo laboral existente, la conducta será atípica desde el punto de vista objetivo, porque no es arbitraria, engañosa o clandestina e incluso desde el tipo subjetivo se podría predicar a ausencia de dolo por parte del presunto infractor.

El tipo subjetivo

Las conductas deben desarrollarse a título de dolo. Los tipos penales no exigen una finalidad específica y la penetración ilícita a la habitación o lugar de trabajo puede ser por cualquier motivo.

El concurso de delitos

Estas conductas pueden concurrir con las de otros tipos penales. Si para obtener la penetración en habitación o lugar de trabajo el sujeto agente simula investidura o cargo (Código Penal, 2000, art. 426), o utiliza documento falso (Código Penal, 2000, arts. 286 - 289), o actúa con violencia contra las personas produciendo lesiones (Código Penal, 2000, art. 111 y ss.) o dañando bienes ajenos (Código Penal, 2000, art. 265), además de la violación a domicilio ajeno o lugar de trabajo, la conducta concurrirá con la simulación de cargo, la falsedad en documentos, lesiones personales o daño en bien ajeno.

Como ha establecido la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal, Radicado 38172, 2012), tratándose del delito de hurto calificado, la penetración arbitraria, engañosa o clandestina en lugar habitado o en sus dependencias inmediatas, constituye una circunstancia específica que califica la conducta (Código Penal, 2000, art. 240, numeral 2°) y, por tanto, no es posible jurídicamente que concurra con la violación de habitación ajena (Código Penal, 2000, art. 189), dado que se sancionaría al infractor dos veces por el mismo hecho y sería una violación al *non bis in ídem*. En cambio, la penetración arbitraria, engañosa o clandestina en el lugar de trabajo no es una circunstancia que califica la conducta de hurto, razón por la cual este delito puede concurrir con la violación del lugar de trabajo (Código Penal, 2000, art. 191).

La ocupación del lugar de trabajo por tropas militares

En el artículo 59 de la Constitución Nacional se establece como excepción la afectación administrativa de la propiedad inmueble, sin previa indemnización, mediante la ocupación temporal por parte de tropas militares.

La Corte Constitucional (Sentencia T-434, 1993) ha dicho que en situaciones de ausencia de guerra la propiedad inmueble, particular y privada, puede ser aprovechada con fines militares si existe el consentimiento y la aceptación del propietario o del poseedor, así como el negocio jurídico correspondiente, como el arrendamiento y el comodato. Pero cuando se trata de grave conflicto interno, el cual puede asimilarse a una situación de guerra interna que haya dado lugar a la declaración del estado de conmoción interior, la fuerza pública puede ocupar temporalmente la propiedad inmueble. Tal ocupación debe ser por el tiempo razonable que exija la misma situación de conflicto, dentro de los límites racionales que permitan la coexistencia de la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad territorial y el orden constitucional, junto con la función constitucional de conservación del orden público, frente a los derechos fundamentales de la intimidad personal y familiar (Código Penal, 2000, art. 15), de la libertad personal y familiar y de la inviolabilidad del domicilio (Código Penal, 2000, art. 28). En este último caso no se tipificaría la conducta de violación del lugar de habitación ajena por parte de servidor público (C.P. art. 190).

DE LA VIOLACIÓN A LA INTIMIDAD, RESERVA E INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES

La naturaleza sociable del ser humano y la necesidad de vivir en sociedad, hacen de la comunicación un elemento imprescindible de la vida para el desarrollo individual y colectivo y es reconocida como un derecho fundamental que se encuentra relacionado con la intimidad de cada uno. El núcleo esencial del derecho reside en la libertad que tienen las personas de relacionarse con otras en forma directa, a través del lenguaje o recurriendo a medios que la tecnología proporciona, como el teléfono, para efectos de comunicaciones de audio o de video, o mediante la escritura o los símbolos a través de las cartas, los chats o los correos electrónicos, o por cualquier medio para transmitir la palabra en los que una parte emite y otra es receptora de las comunicaciones mediante el libre acceso a los medios que permiten realizarlas, sin interferencias arbitrarias de los particulares o de organismos del Estado.

El derecho a la comunicación y el derecho a la intimidad están ligados indisolublemente y no pueden ser restringidos sino excepcionalmente. La Corte Constitucional colombiana ha precisado que

el libre ejercicio del derecho a comunicarse se afecta, hasta el extremo de hacerlo inútil, cuando el contenido de la comunicación carece de la necesaria espontaneidad, por el temor a la injerencia extraña o a la exposición pública del mensaje o del intercambio de expresiones, lo que implica, obviamente, vulneración del derecho, también fundamental, a la intimidad (Corte Constitucional, Sentencia C-626, 1996).

La *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (1969) dispone en su artículo 11 que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada o en su correspondencia y, por lo tanto, tiene derecho a la protección de la ley contra ellas, independientemente de dónde provengan. En el mismo sentido se encuentra esta regulación en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (ONU, 1966, artículo 17). Así, ninguna persona, particular o servidor público, por norma general y por ningún motivo, está autorizada para interceptar, escuchar, grabar, difundir ni transcribir las comunicaciones privadas u oficiales, ya sea mediante conversación directa o por cualquier medio tecnológico.

La Carta Política establece que “la correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables [y] sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley” (Const., 1991, art. 15). En razón de ello, las comunicaciones solamente pueden ser intervenidas si se cumplen los siguientes requisitos: que medie orden judicial, en los casos establecidos en la ley y que se cumplan las formalidades señaladas en la misma.

Para fines investigativos de naturaleza penal, la Fiscalía tiene algunas facultades judiciales, con base en las que puede ordenar la restricción al derecho a la intimidad mediante la retención o interceptación de las comunicaciones. Bajo el principio de que las comunicaciones son inviolables, se puede levantar por excepción esa reserva legal, por orden judicial de Fiscales o de Jueces, según sea el caso, es decir que en relación con la intervención en las comunicaciones existe monopolio judicial y no se puede ordenar por vía administrativa (Corte Constitucional, Sentencia C-657, 1996). Aún en caso de estado de conmoción interior, la interceptación de comunicaciones se debe disponer con orden de autoridad judicial (Ley 137, 1994, art. 38, literal e).

Además, la decisión judicial no puede ser caprichosa ni arbitraria. La intervención de las comunicaciones procede en los tres casos establecidos por la Ley 906 del 2004, Código de Procedimiento Penal: retención de correspondencia (art. 233), interceptación de comunicaciones telefónicas y similares (art. 235, modificado por el artículo 52 de la Ley 1453 de 2011) y recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones (art. 236, modificado por el artículo 53 de la Ley 1453 de 2011).

En *La policía judicial en el sistema penal acusatorio* (González-Monguí, 2007), se señalan los requisitos comunes para la interceptación de comunicaciones, los cuales son:

- Las interceptaciones deben ser ordenadas por el fiscal y deben fundamentarse por escrito con base en motivos razonables fundados y de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos, que permitan inferir que existe información útil para la investigación.
- Conforme al numeral 4 del artículo 46 de la Ley 938 del 2004, que modificó el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal, la policía judicial es la autoridad competente y es la encargada de la operación técnica de la respectiva interceptación de comunicaciones. Esta debe realizarse inmediatamente después de la notificación de la orden y todos los costos quedarán a cargo de la autoridad que ejecute la interceptación.
- Todas las personas que participen en este tipo de diligencias (la policía judicial y, por ejemplo, las operadoras del respectivo servicio de telefonía o de correo), son obligadas a guardar la debida reserva, so pena de incurrir en la revelación de secreto, estipulada en el artículo 418 del Código Penal.
- No se podrán interceptar las comunicaciones del defensor.

Por otra parte, la retención de correspondencia (Código de Procedimiento Penal, 2004, art. 233) debe reunir específicamente los siguientes requisitos:

- La correspondencia que es objeto de la retención debe ser la privada y que se transporte o traslade por cualquier medio que sea de propiedad del Estado, de los particulares o de mensajería especializada o similar.
- La retención de la correspondencia privada debe ser la que reciba o remita el indiciado o imputado.
- La retención podrá realizarse sobre el documento original, también podrá obtenerse copia de los mensajes transmitidos o recibidos por el indiciado o imputado o se podría obtener simplemente de las empresas de mensajería especializada, la relación de envíos hechos o recibidos por el indiciado o imputado.
- El periodo para la retención de la correspondencia es de un año.
- Dentro de las veinticuatro horas siguientes al diligenciamiento y finalización de la orden de retención de correspondencia, el fiscal comparecerá

ante el juez de control de garantías para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado (Código de Procedimiento Penal, 2004, art. 237).

- La policía judicial examinará la correspondencia retenida y, si encuentra información útil que resulte relevante para los fines de la investigación, en un plazo máximo de doce horas informará de ello al fiscal que expidió la orden (Código de Procedimiento Penal, 2004, art. 234).
- Si se tratare de escritura en clave o en otro idioma, inmediatamente se ordenará el desciframiento, por peritos en criptografía, de las contraseñas, los mensajes en clave o su traducción.
- Una vez formulada la imputación o vencido el término de un año, del que habla el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal (2004), la policía judicial devolverá la correspondencia retenida que no resulte de interés para los fines de la investigación. Lo anterior no será obstáculo para que la correspondencia examinada pueda ser devuelta con anticipación, cuya apariencia no se hubiere alterado, con el objeto de no suscitar la atención del indiciado o imputado.

En relación con la interceptación de comunicaciones telefónicas y similares, se debe tener en cuenta que, para efectos investigativos, únicamente es posible la intervención de “comunicaciones telefónicas, radiofónicas o cualesquiera otras que utilicen el espectro electromagnético, a través de cualquier medio técnico que permita captar la conversación a distancia entre el emisor y el receptor que utilizan la vía electromagnética” (Guerrero Peralta, 2007, p. 375). Por lo tanto, dentro de la interceptación de comunicaciones no se encuentra comprendido el “espionaje acústico”, también denominado “vigilancia acústica”, que tiene que ver con

la captación de conversaciones entre presentes, a través de escuchas o micrófonos reinstalados en espacios que ampara el derecho a la intimidad, lo que representa una invasión demasiado intensa a los derechos fundamentales, que impide preservar el espacio inviolable donde ha de desarrollarse el libre desarrollo de la personalidad (Guerrero Peralta, 2007, p. 375).

•De la violación a la intimidad, reserva e interceptación de comunicaciones.

La vigilancia acústica violaría el núcleo esencial¹⁹⁵ del derecho a la intimidad (vida privada) de las personas, entendido este como

la existencia y goce de una órbita reservada para cada persona, exenta del poder de intervención del Estado o de las intromisiones arbitrarias de la sociedad, que le permita a dicho individuo el pleno desarrollo de su vida personal, espiritual y cultural (Corte Constitucional, Sentencia T-1137, 2008).

Intervenir las conversaciones privadas directas, tanto en espacios abiertos –utilizando aparatos especiales que permiten a distancia volverlas audibles–, como en el lugar de habitación o de trabajo –disponiendo la vigilancia acústica–, constituyen una vulneración a ese núcleo esencial de la intimidad y, por lo tanto, son una violación ilícita a las comunicaciones privadas o de servidores públicos, sean de carácter privado o relacionadas con sus funciones¹⁹⁶.

Aunque el Tribunal Constitucional alemán aceptó la relativización, por parte del legislador, del núcleo esencial de la configuración de la vida privada (intimidad), lo cual permite en ese país algunas vigilancias acústicas del lugar de habitación de las personas¹⁹⁷, es importante conocer la dimensión que le otorgó a dicho núcleo.

En relación con el núcleo esencial de la configuración de la vida privada (intimidad), el Tribunal Constitucional alemán aceptó su relativización por parte del legislador, lo que permite en ese país algunas vigilancias acústicas del lugar de habitación de las personas, pero al mismo tiempo limitó la intromisión estatal. Consideró que la protección no se extiende a todos los espacios de la vivienda

195 Dijo la Corte que

El núcleo esencial se ha definido como el mínimo de contenido que el legislador debe respetar, es esa parte del derecho que lo identifica, que permite diferenciarlo de otros y que otorga un necesario grado de inmunidad respecto de la intervención de las autoridades públicas. Y, en sentido negativo debe entenderse “el núcleo esencial de un derecho fundamental como aquel sin el cual un derecho deja de ser lo que es o lo convierte en otro derecho diferente o lo que caracteriza o tipifica al derecho fundamental y sin lo cual se le quita su esencia fundamental (Corte Constitucional, Sentencia C-756, 2008).

196 Un ejemplo del “espionaje acústico” fue la grabación, con aparatos electrónicos, de las sesiones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por parte de funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad –DAS– (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado N° 36784, 2015).

197 El profesor Claus Roxin interpreta la legislación y la limita en sus efectos, así dice que

La intervención acústica del domicilio solo debe admitirse, conforme al derecho vigente, en los casos en los que puedan presumirse que se están llevando a cabo acuerdos conspirativos en la vivienda privada. Las conversaciones con personas de la estricta confianza del inculpado (especialmente familiares y «compañeros sentimentales») deben, en cambio, seguir siendo un tabú, aun cuando eventualmente puedan manifestarse en ellas, lo que sucede raras veces, expresiones auto-incriminadoras de un delito ya cometido. De este modo se establecería una delimitación relativamente clara y útil sobre cuando es admisible ordenar la escucha de una vivienda privada (Roxin, 2009, p. 180).

particular, pero sí debe respetarse en forma absoluta la conducta desarrollada en estos, en la medida en que la habitación constituye el desarrollo de la propia existencia.

Para dicho Tribunal el desarrollo de la personalidad en la vida privada abarca la posibilidad de manifestarse libremente en los procesos internos, tales como sensaciones, sentimientos, pensamientos, puntos de vista y vivencias de carácter personalísimo. También en los procesos externos como en las manifestaciones de sentimientos, de las experiencias del subconsciente y de la sexualidad.

Todo lo anterior presupone que el individuo dispone de un espacio libre y adecuado para ello, sin miedo a la vigilancia por parte del Estado. También la comunicación confidencial requiere de un sustrato “espacial”, al menos en aquellos casos en que el orden jurídico otorgue una protección especial que tenga que ver con el desarrollo de la propia existencia. Sería el caso, por lo general, que la propia vivienda pueda estar cerrada a los ojos e intromisión de otros. Si el particular dispone de un espacio cerrado entonces puede “estar a sus anchas” y desenvolverse con base en sus propios parámetros. Concluye el Tribunal que el domicilio particular constituye un “último refugio” para la dignidad humana (Tribunal Constitucional Federal Alemán, Sentencia de la Primera Sala, 1 BvR 2378/98 - 1 BvR 1084/99, 2004).

En Colombia, desde el punto de vista técnico, la “vigilancia acústica” no está comprendida dentro de las conversaciones telefónicas, por no utilizar el medio técnico del teléfono, como tampoco son similares a esas cuando se trata de comunicaciones verbales directas.

Para las interceptaciones de comunicaciones telefónicas y similares (Código de Procedimiento Penal, 2004, art. 235)¹⁹⁸ se deben observar los siguientes requisitos:

- El objeto debe ser el de buscar elementos materiales probatorios y evidencia física, así como la ubicación de indiciados, imputados o condenados. Esto significa que no se puede ordenar la interceptación telefónica con fines diferentes a los de la investigación criminal y de la localización de personas con fines penales.
- La interceptación puede recaer sobre comunicaciones telefónicas de cualquier tipo, radiotelefónicas y de cualquier red de comunicaciones que

198 El artículo 235 del Código de Procedimiento Penal, fue modificado por el artículo 52 de la Ley 1453 del 2011.

•De la violación a la intimidad, reserva e interceptación de comunicaciones.

utilice el espectro electromagnético, en donde curse información o haya interés para los fines de la actuación.

- La Ley estatutaria 1621 del 2013, en su artículo 17, dispuso que las actividades de inteligencia y contrainteligencia que desarrolla el Estado comprenden actividades de monitoreo del espectro electromagnético debidamente incorporadas dentro de órdenes de operaciones o misiones de trabajo, lo cual “no constituye interceptación de comunicaciones” (Ley 1621, 2013, art. 17)¹⁹⁹.
- La orden tendrá una vigencia máxima de seis meses, pero podrá prorrogarse por más tiempo si, a juicio del fiscal, subsisten los motivos fundados que la originaron. Aunque la norma no indica el tiempo de prórroga, se entiende que este no debe ser superior al término inicial de seis meses.
- El fiscal deberá solicitar la prórroga de la interceptación de comunicaciones telefónicas y similares, así como someterse al control previo de legalidad por parte del Juez de control de garantías²⁰⁰.
- La Corte Suprema de Justicia, a través de la Sentencia 28535 del 9 de abril del 2008, estableció que dentro de las veinticuatro horas siguientes al diligenciamiento de la orden de interceptación de comunicaciones, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado (art. 237).

La recuperación de información que es producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones se encuentra regida por el artículo 236 de la Ley 906 del 2004, el cual fue modificado por el artículo 53 de la Ley 1453 del 2011. Sobre el particular se debe observar el siguiente procedimiento:

- De los motivos razonablemente fundados se debe inferir que el indiciado o el imputado está transmitiendo o manipulando datos a través de las redes de telecomunicaciones.

199 Esta Ley estatutaria 1521 de 2013 tuvo control previo de constitucionalidad y fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-540 de 12 de julio de 2012. Para más información ver: <http://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/2012/C-540-12.htm>.

200 La Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-131 del 24 de febrero del 2009, señaló “que en todo caso, la orden del fiscal de prorrogar la interceptación de comunicaciones y similares deberá estar sometida al control previo de legalidad por parte del juez de control de garantías” (Corte Constitucional, Sentencia C-131, 2009). La norma posterior recogió el sentido de lo interpretado por la Corte Constitucional.

- El fiscal ordenará a la policía judicial la retención, aprehensión o recuperación de dicha información, equipos terminales, dispositivos o servidores que puedan haber sido utilizados por el indiciado o imputado, o cualquier medio de almacenamiento físico o virtual, análogo o digital, para que expertos en informática forense descubran, recojan, analicen y custodien la información que recuperen.
- La finalidad del acto de investigación debe ser la de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o la de realizar la captura del indiciado, imputado o condenado.
- La aprehensión de la información se limitará exclusivamente al tiempo necesario para la obtención de la misma. De ser el caso, inmediatamente después se devolverán los equipos incautados.
- La Corte Suprema de Justicia, a través de la Sentencia 28535 del 9 de abril del 2008, estableció que dentro de las veinticuatro horas siguientes al diligenciamiento de la orden de recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios similares, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado (art. 237).
- La correspondencia que no se relacione con los hechos que se investigan será entregada o enviada en el acto a la persona a quien corresponde (Código de Procedimiento Penal, 2000, art. 300).

Violación ilícita de comunicaciones de carácter privado

El derecho a las comunicaciones privadas hace parte del bloque de derechos consagrados en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. La Constitución Política, en su artículo 15, dispone el derecho a la intimidad personal y familiar. Así mismo, en su artículo 20, contempló como derecho fundamental la libertad de expresión y el derecho de emitir y recibir información. Finalmente, en su artículo 75, estableció la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético.

•De la violación a la intimidad, reserva e interceptación de comunicaciones.

El Código Penal del 2000, en su artículo 192, describe la violación ilícita de comunicaciones de carácter privado²⁰¹, norma en la cual reprodujo la promulgada en el estatuto penal de 1980, pero incrementó las penas y suprimió el inciso segundo que agravaba la conducta cuando se trataba de comunicación oficial, el cual fue convertido en una descripción penal autónoma contenida en el artículo 196 sobre violación ilícita de comunicaciones de carácter oficial.

La clasificación del tipo penal

El tipo penal es de resultado, de lesión y de conducta instantánea. Es pluriofensivo, porque con la conducta no solo se ofende la libertad individual, sino también la intimidad, la dignidad humana y la familia. Es además un tipo penal subsidiario, que solo se aplica si la conducta no constituye delito sancionado con pena mayor, por expresa disposición normativa.

El tipo objetivo

Para que la conducta se considere típica objetivamente se requiere:

- Un sujeto activo indeterminado.
- Una acción ilícita, contraria a derecho, en relación con una comunicación privada.
- Una modalidad que consiste en que el sujeto agente sustraiga, oculte, extravíe, destruya, intercepte, controle o impida una comunicación privada dirigida a otra persona.
- La segunda modalidad se refiere a que el sujeto agente se entere indebidamente del contenido de la comunicación privada.

a. Los sujetos activo y pasivo. El sujeto activo es monosubjetivo (singular) e indeterminado. Este sujeto intercepta las comunicaciones de aquellos que emiten,

201 Dice el Código Penal del 2000:

Artículo 192. Violación ilícita de comunicaciones. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005:> El que ilícitamente sustraiga, oculte, extravíe, destruya, intercepte, controle o impida una comunicación privada dirigida a otra persona, o se entere indebidamente de su contenido, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

Si el autor de la conducta revela el contenido de la comunicación, o la emplea en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro, la pena será prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses (Código Penal, 2000, art. 192).

generan o envían la correspondencia, así como también la de sus destinatarios. Esta actividad, de no ser ordenada por la autoridad competente, es completamente ilegal, porque solamente los sujetos que se comunican pueden decidir sobre la divulgación o la reserva del contenido.

El sujeto pasivo puede ser cualquier persona de las que se comunica con otra. Tanto el emisor como el receptor tienen derecho a la privacidad y a la intimidad, razón por la cual ambos pueden ser sujetos pasivos de la acción.

Cuando una persona es víctima de un delito y, valiéndose de los medios técnicos del caso, procede a pre-constituir la prueba del mismo mediante la grabación de su voz o de su imagen, no necesita de autorización de un funcionario judicial, porque la víctima del delito, de manera voluntaria, permite que las autoridades conozcan sus comunicaciones (también cartas o mensajes escritos o electrónicos) con el objetivo de demostrar la ocurrencia de la conducta punible de la que es objeto²⁰².

b. La conducta. Son varios los verbos rectores (compuestos) que son, al mismo tiempo, verbos alternativos: sustraer, ocultar, extraviar, destruir, interceptar, controlar, impedir o enterarse.

Sustraer comunicación privada significa separar al sujeto pasivo del control y custodia que tiene sobre el objeto material, como cuando se sustrae una carta o una cinta magnetofónica o de vídeo. Ocultar es esconder físicamente el objeto material (cinta magnetofónica o de vídeo, carta, telegrama, etc.) sin que se sepa su paradero o situación; es impedir que el objeto material sea visto por los demás, es esconderlo de los ojos de los demás, es guardarlo, taparlo o disimularlo. Extraviar es hacer que se pierda el objeto material (comunicación privada),

.....
202 Dice la Corte:

Así mismo, acorde con la jurisprudencia de esta Corporación, cuando una persona es víctima de un hecho punible puede grabar su propia imagen y/o voz en el momento en que es sometida a la exigencia criminosa, sin que requiera autorización judicial, pues precisamente con ese documento puede iniciar las acciones pertinentes. Ello porque la persona, de manera voluntaria, permite el conocimiento de sus comunicaciones con el objetivo de demostrar la ocurrencia de la conducta delictiva que la victimiza.

Obviamente, quien en estos eventos infringe la ley, al efectuar manifestaciones o desplegar acciones delictivas, no puede refugiarse en dicha prerrogativa constitucional para inhabilitar el uso del medio de convicción recaudado motu proprio por la víctima, en tanto la grabación constituye un acto defensivo ante el atropello que padece (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 41790, 2013).

En igual sentido, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencias de 16 de marzo de 1988, Rad. No. 1634; 6 de agosto de 2003, Rad. No. 21216; 21 de noviembre de 2002, Rad. No. 13148; 30 de agosto de 2008, Rad. No. 22938; 10 de junio de 2009, Rad. No. 29267; 25 de agosto de 2010, Rad. No. 32825; 2 de febrero de 2011, Rad. No. 26347; 12 de mayo de 2011, Rad. No. 34474; 8 de noviembre de 2012, Rad. No. 34282.

•De la violación a la intimidad, reserva e interceptación de comunicaciones.

aparentar que no se sabe en dónde se ha puesto o en dónde se tiene el objeto. Destruir es arruinar, eliminar, deshacer o inutilizar la comunicación; en las conductas de destrucción y ocultamiento de la comunicación, por ser ésta un documento²⁰³, es una forma especial de falsedad que se trata como violación ilícita a las comunicaciones y, por tanto, no existe concurso entre estos tipos penales.

Interceptar es detener o aprehender la comunicación evitando que llegue a su destino o acceder a ella de manera clandestina sin interrumpir u obstaculizar la comunicación, por ejemplo telefónica, de fax, de internet o de radio. Controlar es dominar el medio utilizado para la comunicación, de tal forma que el agente está en condiciones de aprehenderla, obstaculizarla, destruirla, manipularla o evitar que llegue a su destino. Impedir es evitar o hacer imposible que se realice la comunicación.

Las anteriores conductas tienen un elemento normativo que exige que se realicen ilícitamente, sin derecho alguno, sin autorización legal y judicial o sin las formalidades legales. Este elemento pertenece a la antijuridicidad, pero el legislador quiso resaltar su contrariedad con la ley, aunque no era necesario hacerlo.

Enterarse es llegar a tener conocimiento del contenido de una comunicación. Este verbo tiene también un elemento normativo que lo complementa, el cual se refiere a enterarse indebidamente del contenido de la comunicación, que también equivale a no tener derecho alguno y a utilizar cualquier medio subrepticio, clandestino o engañoso para lograr conocerlo.

c. El objeto material. El objeto material es de carácter fenoménico y recae sobre una comunicación privada, es decir, entre particulares, entendida como aquella que se realiza a través de los medios destinados a comunicar entre sí a las personas, como correos, teléfonos, telégrafos, radios, telefax, correo electrónico y similares.

Comunicación es la acción o efecto de comunicar o comunicarse a través de cualquier medio. Comunicar es manifestar, conversar o hacer saber a alguien algo, tratar con alguien de palabra o por escrito o transmitir mediante un código común al emisor o al receptor (RAE, 2014). La naturaleza privada de las

.....
203 Dice el Código Penal:

Artículo 294. Documento. Para los efectos de la ley penal es documento toda expresión de persona conocida o conocible recogida por escrito o por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso, soporte material que exprese o incorpore datos o hechos, que tengan capacidad probatoria (Código Penal, 2000, art. 294).

comunicaciones, en oposición a las comunicaciones públicas, significa que son particulares y personales entre quienes intervienen en las mismas, solamente a ellos les pertenece.

El tipo subjetivo

El sujeto agente debe realizar la conducta con dolo. El tipo penal no trae un elemento subjetivo, razón por la cual es intrascendente la finalidad específica buscada con la acción. Puede ser por curiosidad, para espiar, para conocer los movimientos de la persona o por razones pasionales, entre otras.

Las circunstancias específicas de agravación punitiva

La conducta se agrava si además de la conducta básica se presenta cualquiera de estas tres situaciones:

- Si el autor revela el contenido de la comunicación, es decir, la da a conocer por cualquier medio, por ejemplo, a nivel personal o utilizando un medio masivo de comunicación.
- Si emplea el contenido de la comunicación privada en provecho propio o ajeno. Dicho empleo puede ser a través de cualquier medio y se requiere la obtención de cualquier ventaja para sí o para un tercero, que puede ser de índole económica, por venganza, mera satisfacción personal o política o por causar dolor o amargura.
- El empleo de la información debe causar a otra persona un perjuicio de naturaleza económica o moral.

El concurso de delitos

Esta infracción puede concurrir con el delito de concierto para delinquir (Código Penal, 2000, art. 340); con el de falsedad ideológica en documento público (Código Penal, 2000, art. 286); con el de revelación de secreto (Código Penal, 2000, art. 418); y con el de peculado por apropiación (Código Penal, 2000, art. 397), si se destinan recursos públicos a financiar las interceptaciones de comunicaciones

•De la violación a la intimidad, reserva e interceptación de comunicaciones.

ilegales²⁰⁴, entre otros. Cuando se trata del ocultamiento y de la destrucción de comunicación privada que conste en un documento privado, el delito que se comete es el de falsedad por destrucción, supresión u ocultamiento de documento privado (Código Penal, 2000, art. 293), el cual prevalece por tener una mayor pena (16 a 108 meses) que el tipo penal de violación ilícita de comunicaciones (16 a 54 meses), que es un tipo subsidiario.

Violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial

La disposición del Código Penal vigente (art. 196)²⁰⁵ tiene como antecedente el artículo 288 del Código Penal de 1980, el cual se refería, al mismo tiempo, a la interceptación de las comunicaciones privadas y de las oficiales. En este segundo caso, con arresto de ocho meses a tres años. Posteriormente al artículo 18 del Decreto 180 de 1988, convertido en legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991, se fijó la pena de prisión de tres a seis años, con aumento hasta de una tercera parte cuando la correspondencia estaba destinada o remitida a los organismos de seguridad del Estado.

El tipo objetivo contiene los siguientes elementos que estructuran la conducta:

- Un sujeto activo indeterminado.
- Una acción ilícita, contraria a derecho, en relación con una comunicación o correspondencia oficial.
- La acción consiste en que el sujeto agente sustraiga, oculte, extravíe, destruya, intercepte, controle o impida dicha comunicación o correspondencia oficial.

.....
204 Mediante la Sentencia del 28 de abril del 2015 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2015), fueron condenados tanto la Directora del Departamento Administrativo de Seguridad, María del Pilar Hurtado Afanador como el ex Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, Bernardo Moreno Villegas, por la interceptación ilegal de comunicaciones de la Corte Suprema de Justicia y de otras personas y por el delito de peculado, entre otros.

205 Dice el Código Penal:

Artículo 196. Violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005:> El que ilícitamente sustraiga, oculte, extravíe, destruya, intercepte, controle o impida comunicación o correspondencia de carácter oficial, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.

La pena descrita en el inciso anterior se aumentará hasta en una tercera parte cuando la comunicación o la correspondencia esté destinada o remitida a la Rama Judicial o a los organismos de control o de seguridad del Estado.

Para efecto de la comprensión de la estructura del tipo penal (Código Penal, 2000, art. 196) y por contener los mismos elementos del artículo 192 del Código Penal del 2000, salvo lo referente al objeto material fenoménico que es diferente (las comunicaciones y correspondencia oficial) y dado que tampoco contiene la expresión “enterarse indebidamente” del contenido de la comunicación o correspondencia oficial, se hará referencia solamente a los aspectos que los distinguen. En lo demás, el lector debe remitirse al análisis realizado anteriormente.

El objeto material tiene que ver con las comunicaciones o con la correspondencia de los organismos del Estado en los diferentes niveles territoriales y de las entidades descentralizadas de diferente naturaleza. El objeto material está determinado por la naturaleza oficial de la entidad. Por otra parte, el objeto jurídico de protección del tipo penal de violación ilícita de comunicaciones y de correspondencia de carácter oficial no es el derecho a la intimidad, sino la reserva del contenido de las comunicaciones.

Mientras el sujeto activo puede ser cualquier persona, el sujeto pasivo, en este caso, es el Estado en sus diferentes expresiones.

En lo punitivo, la pena establecida por el artículo 196 del Código Penal es de cuarenta y ocho a ciento ocho meses y se agrava con aumento de la pena hasta de una tercera parte, cuando la comunicación o la correspondencia esté destinada o sea remitida a la rama judicial (Fiscalía, Cortes, Tribunales o jueces), a los organismos de control (Procuraduría, Contraloría, Superintendencias) o a los de seguridad del Estado (Fuerzas militares y de Policía).

Ofrecimiento, venta o compra de instrumento apto para interceptar comunicación privada

El artículo 193, que versa sobre el ofrecimiento, venta o compra de instrumento apto para interceptar comunicación privada²⁰⁶, es un tipo penal que fue incluido, por primera vez como delito, en el Código Penal del 2000 y tiene como

.....
206 Dice el Código Penal del 2000

Artículo 193. Ofrecimiento, venta o compra de instrumento apto para interceptar la comunicación privada entre personas. El que sin permiso de autoridad competente, ofrezca, venda o compre instrumentos aptos para interceptar la comunicación privada entre personas, incurrirá en multa, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor (Código Penal, 2000, art. 193).

•De la violación a la intimidad, reserva e interceptación de comunicaciones.

antecedente la contravención establecida en el artículo 14 de la Ley 228 de 1995, de similar descripción típica.

El tipo penal es de mera conducta, en cuanto no exige que se logre realizar la interceptación telefónica. Es un tipo de peligro, también llamado de amenaza, de conducta instantánea, pluriofensivo y subsidiario, que solo tiene fuerza descriptiva si no existe otro delito con mayor sanción penal.

El tipo objetivo se realiza con los siguientes elementos:

- Un sujeto activo singular e indeterminado, pero puede ser plural cuando hay vendedor y comprador; cada uno es autor porque realiza un verbo rector.
- Que el sujeto agente ofrezca, venda o compre instrumentos aptos para interceptar la comunicación privada entre personas.
- Que la acción se realice sin permiso de autoridad competente.
- Para la aplicación del tipo penal, la conducta no debe constituir delito sancionado con pena mayor.

El sujeto pasivo puede ser cualquier persona a quien el agente piensa interceptar las comunicaciones. La conducta es de verbos rectores compuestos alternativos: ofrecer, vender o comprar.

Ofrecer es poner a disposición del público los instrumentos aptos para interceptar las comunicaciones privadas de las personas, con el objeto de que los compren o los utilicen gratuitamente; el ofrecimiento puede ser expreso o también tácito por la exposición de los elementos en una vitrina para la venta. Vender es traspasar a alguien la propiedad de los instrumentos referidos por el precio convenido. Comprar es adquirir u obtener esos instrumentos por un precio.

El objeto material es real porque la conducta recae sobre los instrumentos aptos que se ofrecen, venden o compran para la interceptación de comunicaciones, sin que hasta el momento el agente los haya utilizado en la interceptación.

Para que la conducta se realice, el agente no debe tener permiso de autoridad competente. Este elemento normativo indica que solamente determinadas personas tienen la autorización para poseer estos equipos y para ofrecerlos, venderlos o comprarlos. En nuestro país, solo los organismos de policía judicial pueden legalmente adquirir esos equipos para la interceptación de comunicaciones privadas, ya que son los únicos autorizados para cumplir esa actividad, previa orden judicial. Y solamente los proveedores que participen en las licitaciones o contratos con esas entidades

públicas, con funciones de policía judicial, los pueden ofrecer y vender, con destino a esas entidades.

A propósito de la definición de constitucionalidad del artículo 14 de la Ley 228 de 1995, que estableció originalmente como contravención las conductas de vender o comprar instrumentos aptos para interceptar la comunicación privada entre personas, sin permiso de la autoridad competente, la Corte Constitucional consideró que tal disposición no vulnera precepto alguno de la Constitución Política, pues corresponde a una atribución legislativa, en cabeza del Congreso, el cual puede concebir nuevos tipos penales que contemplen conductas de aquellas que, según su criterio, vienen causando daño a la sociedad o poniendo en peligro valores jurídicos susceptibles de protección.

Dice la Corte Constitucional que la comercialización de tales productos, sin autorización emanada de autoridad competente, lleva implícita la complacencia del oferente o vendedor y la clara intención del comprador, en el sentido de hacer uso de los indicados aparatos, que, por sí mismos, están orientados a la práctica de operaciones de interceptación en principio prohibidas por el artículo 15 de la Carta Política. Por tal razón, cualquier persona no está en la posibilidad, conforme a derecho,

de emplear instrumentos como los referidos, para el fin que les es propio, y, entonces, resulta natural, y ajustado a la Constitución, que la ley canalice la tenencia y la utilización de los mismos en cabeza de personas y entidades debidamente autorizadas, sobre las cuales se pueda ejercer el control del Estado, de modo que las interceptaciones que en efecto se lleven a cabo provengan invariablemente de orden judicial (Corte Constitucional, Sentencia C-626, 1996).

Divulgación y empleo de documentos reservados

El tipo penal del artículo 194 del Código Penal del 2000 conserva los mismos elementos del artículo 289 del Código Penal de 1980²⁰⁷, con la única diferencia de que

.....
207 Dice el Código Penal de 1980:

Art. 289. - Divulgación y empleo de documentos reservados. El que en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro divulgue o emplee el contenido de un documento que deba permanecer en reserva, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor (Código Penal, 1980, art. 289).

Dice el Código Penal del 2000:

•De la violación a la intimidad, reserva e interceptación de comunicaciones.

cambió la pena de arresto por multa. Luego, el artículo 289 fue modificado por el artículo 25 de la Ley 1288 del 2009, el cual le fijó una pena de prisión de cinco a ocho años, pero esta ley fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional (Sentencia C-913, 2010), razón por la cual, recobró temporalmente vigencia la norma original del Código Penal de 1980.

Se trata de un tipo de resultado, porque exige que se produzca alternativamente la divulgación o empleo del contenido de un documento reservado. Es de lesión, porque se produce una efectiva vulneración al bien jurídico tutelado, la libertad individual por la reserva de los documentos. También es un tipo de conducta instantánea, porque con su ejecución en un solo acto se perfecciona y agota la descripción legal contenida en el tipo penal. Es un tipo penal pluriofensivo, que protege varios bienes jurídicos, como el derecho a la intimidad, en el caso de las personas naturales, así como el de secreto o reserva de la información, la libertad de industria y comercio, la propiedad, entre otros.

Es subsidiario, por expresa disposición, y sólo se aplica cuando la conducta o el resultado no constituye delito autónomo sancionado con pena mayor, como podría ser el caso de delitos como el de espionaje (Código Penal, 2000, art. 463), el de la utilización indebida de información oficial privilegiada (Código Penal, 2000, art. 420), el de la revelación de secreto (Código Penal, 2000, art. 418), el de la utilización de asunto sometido a secreto o reserva (Código Penal, 2000, art. 419), el de la utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de función pública (Código Penal, 2000, art. 431) y el de la violación de reserva industrial (Código Penal, 2000, art. 308), según se establezca cuáles fueron los bienes jurídicos afectados, el objeto material y la cualificación de los sujetos activos y pasivos. Este es un tipo penal en blanco que remite expresamente a la normatividad que dispone acerca del “documento que deba permanecer en reserva” (Código Penal, 2000, art. 308).

El tipo objetivo del artículo 194 del Código Penal se realiza cuando se estructuran los siguientes elementos:

Art. 194. Divulgación y empleo de documentos reservados. El que en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro divulgue o emplee el contenido de un documento que deba permanecer en reserva, incurrirá en multa, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

- Un sujeto activo indeterminado.
- La conducta consiste en la divulgación o empleo del contenido de un documento que deba permanecer en reserva.
- Finalidad de obtener provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro.
- La conducta no debe constituir delito sancionado con pena mayor.

El sujeto activo puede ser cualquier persona que tenga conocimiento del contenido de un documento público o privado que deba permanecer en reserva. El sujeto pasivo también puede ser cualquier persona, jurídica (pública o privada) o natural, sea quien emitió el documento o quien tiene derecho a poseerlo por tratarse del receptor legítimo o de un tercero que tenga derecho a la reserva del contenido de un documento.

La conducta está determinada por los verbos rectores compuestos alternativos divulgar o emplear. Divulgar es propagar, publicar, extender, poner al alcance del público, difundir o dar a conocer por cualquier medio el contenido de un documento que deba permanecer en reserva. Emplear, en el sentido utilizado por la norma, es hacer servir para algo el documento sometido a reserva, es sacarle provecho.

El agente debe tener como propósito obtener provecho o ventaja para sí o para un tercero, cualquiera que ella sea, por ejemplo la venganza, causar un perjuicio u obtener provecho económico. El beneficio puede ser personal, político, económico, moral, material o social.

El objeto material sobre el cual recae la conducta es el documento, entendido éste en forma amplia y como lo define el artículo 294 del Código Penal: que exprese, contenga o manifieste algo del pensamiento humano, independientemente de su forma, sea en papel o medio magnético o electrónico, por ejemplo.

La norma exige como elemento normativo que el documento deba permanecer en “reserva”, situación que debe estar determinada por disposición legal o por voluntad de los signatarios de los documentos (Pérez, 1985).

La Corte Suprema de Justicia ha dicho que el artículo 289 del Código Penal de 1980 (Código Penal, 2000, art. 194) es una de las llamadas normas penales en blanco, motivo por el que, para que surtan el efecto buscado por el legislador, deben complementarse con elementos normativos ajenos provenientes del mismo ordenamiento penal o de otro jurídico, para precisar o actualizar la conducta a punir. De lo contrario, el encuadramiento típico resulta imposible, pues contiene

•De la violación a la intimidad, reserva e interceptación de comunicaciones.

un vacío conceptual de imperativa provisión (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado S-9459, 1996). Con base en lo anterior, la Corte consideró en un caso específico en que el *ad quem* acudió al Estatuto propio del ejercicio profesional de la medicina (Ley 23, 1981), para completar la naturaleza del documento de historia clínica reservada, que simplemente llenó el vacío de la definición conductual del artículo 289 del Código Penal (Código Penal, 2000, art. 194) para lograr la correcta adecuación típica. No sobrepasó la posibilidad que le confería la correcta interpretación de la ley, porque el Estatuto extrapenal es una normatividad jurídica especializada y perfectamente atendible que, no por ser del orden disciplinario, podía soslayarse arbitrariamente.

Utilización ilícita de redes de comunicaciones

Esta conducta²⁰⁸ se encuentra descrita en el artículo 197 del Código Penal del 2000, el cual tiene como antecedente legislativo el artículo 16 del Decreto 180 de 1988, convertido en legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991.

Es un tipo penal de mera conducta, porque no se exige un resultado específico, aunque sí fines ilícitos. También es de peligro o amenaza, porque solamente requiere que se posea o se haga uso de los equipos terminales de redes de comunicaciones o de cualquier medio electrónico diseñado o adaptado para emitir o recibir señales con fines ilícitos, aunque no sean de su propiedad. El tipo penal no requiere que efectivamente se emitan o reciban señales, solamente poseer los equipos. De suceder la recepción de una comunicación telefónica no autorizada, habrá concurso de delitos de violación ilícita de comunicaciones y utilización ilícita de redes de comunicaciones.

El tipo penal es de conducta instantánea, en cuanto la acción consiste en hacer uso de los equipos, caso en el que cada vez que se haga se está realizando la conducta típica objetivamente. Sin embargo, si la acción consiste en poseer los equipos a los que hace alusión la descripción, la conducta es de ejecución permanente.

.....
208 Dice el Código Penal del 2000:

Artículo 197. Utilización ilícita de redes de comunicaciones. <Artículo modificado por el artículo 8 de la Ley 1453 de 2011:> El que con fines ilícitos posea o haga uso de equipos terminales de redes de comunicaciones o de cualquier medio electrónico diseñado o adaptado para emitir o recibir señales, incurrirá, por esta sola conducta, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

La pena se duplicará cuando la conducta descrita en el inciso anterior se realice con fines terroristas.

Por otra parte, se trata de un tipo penal pluriofensivo, porque la conducta que se realiza afecta la libertad individual reglada para todas las personas, el monopolio del Estado propietario del espectro electromagnético y los derechos de la comunidad, los cuales sufren amenazas, dados los fines ilícitos de quien utiliza o posee esos dispositivos de comunicaciones.

Este es un tipo penal que no se ajusta a la tutela de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Realmente aquí no se protege el derecho a la intimidad o a la libertad de expresión del individuo, sino a la propiedad y control que tiene el Estado sobre el espacio electromagnético y a la obligación de prevenir o contrarrestar las acciones delictivas.

En el artículo 75 de la Constitución Política se estableció que el espectro electromagnético es un bien, de carácter público, inajenable e imprescriptible, sujeto a la gestión y control del Estado. Se define el espectro electromagnético como el recurso natural a través del cual se desplazan las ondas radioeléctricas portadoras de mensajes sonoros y visuales.

El objeto material de la conducta, que es de carácter real, está constituido por los equipos terminales de redes de comunicaciones, o de cualquier medio electrónico diseñado o adaptado para emitir o recibir señales, que son los que utilizan el espectro electromagnético para enviar y recibir mensajes y en general toda clase de información. Un ejemplo más amplio de ellos son los aparatos para enviar y recibir señales de radio, televisión, telefonía, telégrafo o fax, que se posean o utilicen con fines ilícitos.

Esta conducta no se refiere a los aparatos que utilizan las frecuencias otorgadas en concesión por el Estado o a los adquiridos de los proveedores que tienen las respectivas licencias o autorizaciones por parte de éste para emitir o recibir señales.

El sujeto activo de esta conducta puede ser cualquier persona. Es singular e indeterminado. Por su parte, el sujeto pasivo es el Estado como propietario del espacio electromagnético.

El verbo compuesto alternativo es poseer o usar esos equipos terminales de redes de comunicaciones o de cualquier medio electrónico diseñado o adaptado para emitir o recibir señales (transmisores o receptores). Poseer es tener consigo, no necesariamente bajo un título de propiedad. Usar es utilizar los equipos o medios aptos para emitir y recibir señales de telefonía, radiofonía o de cualquier comunicación hablada o escrita.

•De la violación a la intimidad, reserva e interceptación de comunicaciones.

El tipo tiene un elemento subjetivo. La posesión o el uso de los equipos debe realizarse con fines ilícitos, no por la violación de la propiedad del Estado del espacio electromagnético, sino por la destinación que se le da o se le pretende dar a esos aparatos, por ejemplo las emisoras clandestinas de grupos al margen de la ley o la utilización del espectro electromagnético para comunicaciones privadas entre los delincuentes con la finalidad de la comisión de delitos. El tipo penal incluye un elemento propio de la antijuridicidad (fines ilícitos) y, de esta manera, reitera la contrariedad con el Derecho que excluye de antemano las acciones conforme a derecho.

La conducta se agrava cuando la finalidad específica es el terrorismo, o sea, la creación o mantenimiento de un estado de zozobra o terror en la población o un sector de ella, para lo cual, en ese sentido, basta la finalidad.

El tipo penal utiliza la frase “incurrirá, por esa sola conducta”, lo que indica que se trata de un tipo penal autónomo que permite el concurso material con otros delitos como concierto para delinquir (Código Penal, 2000, art. 340), violación ilícita de comunicaciones (Código Penal, 2000, art. 192), terrorismo –en caso de concretarse la acción en tal sentido– (Código Penal, 2000, art. 343), falsedad ideológica en documento público (Código Penal, 2000, art. 286), revelación de secreto (Código Penal, 2000, art. 418), entre otros.

Acceso abusivo a un sistema informático

Esta conducta fue incluida originalmente como delito contra la libertad individual y con pena de multa, en el artículo 195 del Código Penal del 2000. Mediante el artículo 4 de la Ley 1273 del 5 de enero del 2009, que creó un nuevo bien jurídico tutelado denominado “de la protección de la información y de los datos”, fue derogado expresamente el artículo 195. De igual manera, por medio del artículo 1º de la misma Ley, fue creado el artículo 269A del Código Penal, el cual describe el acceso abusivo a un sistema informático, con pena de prisión de cuatro a ocho años²⁰⁹.

.....
209 Dice la Ley 1273 del 2009:

Artículo 269A: Acceso abusivo a un sistema informático. El que, sin autorización o por fuera de lo acordado, acceda en todo o en parte a un sistema informático protegido o no con una medida de seguridad, o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, incurrirá en pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses y en multa de 100 a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (Ley 1273, 2009, art. 269A).

Curiosamente el legislador, sin darse cuenta de que existía una disposición en idéntico sentido en un nuevo título del Código Penal, que tenía apenas dos meses de diferencia de haber sido expedido, dispuso, mediante el artículo 25 de la Ley 1288 del 5 de marzo del 2009, que “con el objeto de garantizar la reserva legal de los documentos de inteligencia y contrainteligencia y evitar su divulgación por parte de los miembros de organismos que llevan a cabo este tipo de actividades” (Ley 1288, 2009, art. 25), se modificaba el artículo 195 del Código Penal y le fijó a la conducta una pena de prisión de cinco a ocho años²¹⁰, no obstante que esto había sido derogado expresamente. Simultáneamente rigieron dos tipos penales sobre el mismo tema y con leves diferencias de redacción (Código Penal, artículos 195 y 269A), hasta cuando la Ley 1288 fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, por haber sido expedida como ley ordinaria cuando debía haberlo sido como ley estatutaria, puesto que regulaba materias vinculadas con los elementos estructurales de los derechos fundamentales a la intimidad y al *habeas data* (Corte Constitucional, Sentencia C-913, 2010).

Para mayor información sobre delitos informáticos: Bautista Avellaneda, M. E. (2015). *El derecho a la intimidad y su disponibilidad pública*. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia. Especialmente de la página 42 a la 51.

210 Dice la Ley 1288 del 2009:

Artículo 195. Acceso abusivo a un sistema informático. El que abusivamente se introduzca en un sistema informático protegido con medida de seguridad o se mantenga contra la voluntad de quien tiene derecho a excluirlo, incurrirá en pena de prisión de cinco (5) a ocho (8) años (Ley 1288. 2009, art. 195).

DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE TRABAJO Y ASOCIACIÓN

En este capítulo se analizan dogmáticamente los denominados *Delitos contra la libertad de trabajo y asociación*, los cuales están descritos en tres tipos penales en el Código Penal del 2000: violación de la libertad de trabajo (art. 198), sabotaje (art. 199) y violación de los derechos de reunión y asociación²¹¹.

Son normas que tienen que ver con el trabajo y su objeto jurídico es protegerlo especialmente en cuanto es útil al progreso y al bienestar individual y social. Desde las sociedades más primitivas no se concibe al hombre si no está unido a alguna actividad productiva, así sea para satisfacer las necesidades primarias.

En comparación con los sistemas sociales anteriores (esclavismo y feudalismo), es en la sociedad capitalista en la que el trabajo alcanza una especial protección, para detener el ejercicio arbitrario de la relación laboral por parte del empleador, lo cual le permite al Estado garantizar unas mínimas condiciones para la reproducción de la fuerza de trabajo y, por otra parte, garantizar también al empleador unas condiciones estables para la producción. Igualmente, de la libertad y del derecho al trabajo se deriva el derecho de asociación, que ha sido producto fundamentalmente de luchas de los trabajadores por lograr el reconocimiento de sus organizaciones.

.....
211 El autor realizó, previamente a este libro, un estudio sobre los *Delitos contra la libertad de trabajo y asociación*, el cual sirve de base para lo desarrollado en este texto. Dicha investigación se encuentra en *Derecho Penal en las relaciones laborales públicas y privadas* (2001), páginas 75-112.

En el Preámbulo de la Constitución Política de 1991 se anuncia, como uno de los propósitos inspirados bajo la concepción del Estado Social de Derecho, el asegurar a las personas el trabajo, entre otros fines. En desarrollo de ello, en el artículo 1° se consagra el trabajo como uno de los principios fundantes de ese nuevo modelo de Estado y en el artículo 25 se dispone que “el trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas” (Const., 1991, art. 25).

Esta norma le otorga al trabajo el carácter de derecho fundamental de naturaleza económica y social. Lo anterior significa que el trabajo no sólo es un factor básico de la organización social, sino también un principio axiológico de la Carta Política que, además, “constituye la actividad libre y lícita del hombre, que no sólo contribuye a su desarrollo y dignificación personal sino también al progreso de la sociedad, bien que se trate de una actividad independiente o subordinada” (Corte Constitucional, Sentencia C-107, 2002).

Sumado a esto, la Constitución dedica buena parte de sus disposiciones a la protección del trabajo, por ejemplo, y sin enumerarlas todas, en el artículo 26 dispone la libertad de escogencia de la profesión u oficio productivo; en el artículo 38 garantiza el derecho de libre asociación; en el artículo 39 consagra el derecho de los empleadores y los trabajadores de constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado; en el artículo 53 establece los principios rectores mínimos fundamentales de las relaciones laborales; en el artículo 54 instituye la obligación del Estado de propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud; en los artículos 55 y 56 reconoce los derechos de negociación colectiva y de huelga; en el artículo 215 prohíbe que el gobierno desmejore los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos de los estados de excepción; y en el artículo 334 establece que el Estado intervendrá la economía para “dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos” (Const., 1991, art. 334).

En ese orden de ideas, el trabajo es un derecho que se fundamenta en la libertad para escogerlo y el Estado tiene que adoptar las medidas que sean para protegerlo y garantizarlo sin interferencia alguna, en el acceso al empleo, en las condiciones

•De los delitos contra la libertad de trabajo y asociación.

para que pueda ser realizado de manera digna y justa, en el trato, así como en las condiciones de trabajo y remunerativas acordes con la labor desempeñada.

Aunque los conceptos de trabajo y de asociación no estén referidos exclusivamente a los vendedores de la fuerza de trabajo (trabajadores, empleados particulares y servidores públicos), sino también a los empleadores privados y al Estado mismo cuando actúa como empleador, se considera que el trabajo de los asalariados debe tener un tratamiento penal especial en relación con la protección de la producción y de la actividad del empleador. Debería existir en el Código Penal un título de protección exclusiva de los derechos de los trabajadores, por ser la parte débil en las relaciones laborales, y no mezclados con los de los empleadores, como ocurre actualmente.

Violación de la libertad de trabajo

En lo esencial, el artículo 198 del Código Penal vigente²¹² es una reproducción del artículo 290 del Código Penal de 1980, con una única modificación que se produjo en el aspecto punitivo, al cambiar la pena de arresto (6 meses a 3 años) y multa (dos mil a veinte mil pesos), únicamente por la pena principal de multa de forma genérica, que se debe graduar de acuerdo con las normas generales en esta materia, establecidas en el artículo 39 del mismo estatuto penal.

La libertad de trabajo, protegida por el Código Penal, es la referida a la actividad laboral que realiza cualquier persona, bien sea de forma subordinada a un empleador o de manera independiente, sea como una actividad personal de ejecución de un arte u oficio que genera trabajo para sí mismo o su familia, o mediante la contratación de otras personas para desarrollar actividades en su empresa.

La protección constitucional y penal ampara el trabajo lícito. En algunos casos diferenciar lo lícito de lo ilícito no tiene problema, pero en algunas ocasiones hay trabajos que aparentemente son ilícitos, según la mirada y los prejuicios que se tengan, particularmente cuando se involucra la moral para juzgar los quehaceres de

.....
212 Dice el Código Penal del 2000:

Artículo 198. Violación de la libertad de trabajo. El que mediante violencia o maniobra engañosa logre el retiro de operarios o trabajadores de los establecimientos donde laboran, o por los mismos medios perturbe o impida el libre ejercicio de la actividad de cualquier persona, incurrirá en multa.

Si como consecuencia de la conducta descrita en el inciso anterior sobreviniere la suspensión o cesación colectiva del trabajo, la pena se aumentará hasta en una tercera parte, sin sobrepasar las diez (10) unidades de multa (Código Penal, 2000, art. 198).

las personas, como en el caso de la prostitución²¹³. No son objeto de protección las actividades laborales o trabajos desarrollados al margen de la ley, sea que contraríen disposiciones penales, por ejemplo la producción de estupefacientes o narcóticos, o conductas no sancionables penalmente pero sí por vía administrativa, por ejemplo el contrabando menor a 50 salarios mínimos legales vigentes. Acorde con la Constitución y las leyes, ninguna persona puede reclamar protección por el trabajo que no desarrolle lícitamente.

No se debe confundir el trabajo ilícito con el trabajo prohibido. El trabajo ilícito es aquel que se realiza violando la ley penal, por ejemplo el de los empleados encargados del desguace de vehículos hurtados. El trabajo prohibido se refiere a la contratación que realiza el empleador de personas que no pueden ser legalmente contratadas, por ejemplo de los menores de 18 años, sin el cumplimiento de los procedimientos establecidos por una ley y de acuerdo con los límites de edad.

La clasificación del tipo penal

Es un tipo de resultado, de lesión, de conducta instantánea y pluriofensivo.

El tipo objetivo

Para que la conducta sea típica se requiere:

- Un sujeto activo indeterminado.
- La utilización de la violencia o la maniobra engañosa por parte del sujeto agente.
- La conducta consiste en lograr el retiro de los operarios o trabajadores de los establecimientos donde laboran y en perturbar o impedir el libre ejercicio de la actividad de cualquier persona.
- La conducta se agrava si, como consecuencia de esta, sobreviniere la suspensión o cesación colectiva del trabajo.

.....
213 La prostitución, dentro de la legalidad, es un trabajo lícito. Dice la Corte:

Habrà contrato de trabajo y así debe ser entendido, cuando el o la trabajadora sexual ha actuado bajo plena capacidad y voluntad, cuando no hay inducción ninguna a la prostitución, cuando las prestaciones sexuales y demás del servicio, se desarrollen bajo condiciones de dignidad y libertad para el trabajador y por supuesto cuando exista subordinación limitada por las carácter de la prestación, continuidad y pago de una remuneración previamente definida (Corte Constitucional, Sentencia T-629, 2010).

•De los delitos contra la libertad de trabajo y asociación.

a. Los sujetos activo y pasivo. En el caso de la violación de la libertad de trabajo (Código Penal, 2000, art. 198), para la realización de la conducta basta un sujeto activo (monosubjetivo) e indeterminado. La conducta puede ser realizada por cualquier persona. Puede ser el trabajador, el empleador, el directivo de la empresa, el miembro del sindicato o de su directiva o cualquier particular, tenga o no vínculo con la empresa o entidad.

Si son varios los sujetos activos que participan conjuntamente en el mismo hecho típico, cualquiera sea su naturaleza o grado de participación, el asunto debe resolverse de acuerdo con las normas de la autoría y la participación (Código Penal, 2000, arts. 28-30 y 62). El tipo penal exige la participación de un solo agente, pero si son varios los participantes se está frente a las formas de coparticipación delictiva, que permite darles un tratamiento punitivo idéntico a los coautores o disminuido en la pena cuando se trata del cómplice.

La violación de la libertad de trabajo pertenece a los tipos penales de sujeto pasivo indeterminado. La protección penal a la libertad de trabajo va dirigida a evitar que la actividad productiva se paralice, pues la norma no sólo se refiere a las perturbaciones o impedimentos contra la actividad de cualquier persona, sino también a la parálisis de los establecimientos donde laboran. Es un tipo penal que involucra la fuerza de trabajo y la explotación de la misma dentro del mismo concepto: el trabajo. Entendido así,

protege a capitalistas y trabajadores, a los empresarios y a quienes sirven sus intereses, a quienes laboran con el empleo predominante de su fuerza física y a los colaboradores intelectuales, tanto como a quienes por su propia cuenta prestan servicio de esta clase. Mejor aún, tutela al capital, a los asalariados y a quienes reciben honorarios (Pérez, 1985, 461).

La libertad de trabajo indistintamente protege a los empleadores y a los empleados.

b. El objeto material personal. El objeto material en la violación de la libertad de trabajo es la persona (natural o jurídica) sobre quien recae la violencia o maniobra engañosa para lograr el retiro de operarios o trabajadores de los establecimientos en los cuales laboran, o la perturbación o impedimento para el libre ejercicio de la actividad laboral. Es un tipo de objeto material personal, en el que se refunden en cabeza de una misma persona las calidades de sujeto pasivo y objeto material.

c. La conducta. La violación de la libertad de trabajo está definida por los siguientes verbos: lograr el retiro de operarios o trabajadores o perturbar o impedir el libre ejercicio de la actividad de cualquier persona. Se trata de un tipo compuesto alternativo, porque tiene varios verbos rectores que describen una pluralidad de conductas, cada una de las cuales es autónoma y separable de las otras y con la realización de cualquiera de ellas se tipifica la conducta.

Son tres las conductas descritas por el legislador: lograr el retiro de operarios o trabajadores de los establecimientos donde laboran; perturbar el libre ejercicio de la actividad laboral de cualquier persona; e impedir ese libre ejercicio.

1. Lograr el retiro de operarios o trabajadores del establecimiento donde laboran. Con este comportamiento se debe obtener el efectivo retiro de los operarios o trabajadores de la labor que desempeñan, dejando así de prestar los servicios laborales-personales, apartándose o separándose de la misma y del establecimiento donde laboran.

El retiro debe ser plural, de dos o más personas, cuestión que se desprende del mismo tipo, cuando habla de “operarios y trabajadores”. La conducta sería atípica si el retiro es de una sola persona.

La dejación de la prestación del servicio puede ser temporal o definitiva. Es temporal si es de poco tiempo, de horas o días. Es definitiva si los operarios o trabajadores no vuelven a prestar sus servicios al establecimiento donde laboran.

Los establecimientos a los que se refiere el tipo son los de la producción de bienes materiales, sean éstos de la grande o pequeña industria, los de la construcción, los comerciales, los financieros, los consorcios, los de actividades profesionales, las sociedades comerciales y todo ente en donde se desarrolle cualquier proceso productivo o parte de éste, en donde se transforme o no materia prima o simplemente donde se produzcan rendimientos de capital por la actividad crediticia o financiera. Concretamente, el establecimiento debe entenderse como el lugar donde los operarios o trabajadores prestan sus servicios, cuyos propietarios pueden ser personas jurídicas o naturales. Ese lugar específico puede ser la factoría, fábrica, industria, hacienda, empresa, finca, taller, oficina o granja, en donde se desarrolla cualquier actividad laboral subordinada.

Es operario el obrero o trabajador que realiza una labor predominantemente material o manual. El concepto de trabajador, más amplio que el de operario, se refiere a toda persona que realiza una labor intelectual o material. Los operarios o

•De los delitos contra la libertad de trabajo y asociación.

trabajadores deben estar vinculados laboralmente a un empleador mediante un contrato de trabajo (trabajador particular o trabajador oficial) o mediante una relación legal o reglamentaria (empleado público).

¿Si se trata de funcionarios de hecho o de usurpadores y se logra el retiro de éstos, se está frente a la violación de la libertad de trabajo? La doctrina se ha ocupado de hablar acerca de los funcionarios de hecho y los usurpadores, para establecer si son servidores públicos o no tienen tal calidad.

El empleado público de derecho es aquel que ha sido nombrado, mediante un acto administrativo válido, para ejercer un cargo del que toma posesión. El empleado de hecho es quien desempeña un cargo público al cual llega mediante una investidura irregular. La irregularidad puede ser que no llena los requisitos que exige la ley o que ejerce el cargo antes del cumplimiento de las formalidades legales o lo sigue haciendo después de haber terminado su condición de funcionario. De acuerdo con la jurisprudencia, en el caso del funcionario de hecho, se “supone la existencia de un cargo público que se desempeña en virtud de una investidura irregular [...] Es usurpador, el particular que dolosamente, ejerce funciones públicas, y desde luego sin designación legal” (Consejo de Estado, Expediente 4639, 1991). La ley penal establece sanciones para el usurpador de funciones públicas en el artículo 425 del Código Penal, que textualmente dice: “El particular que sin autorización legal ejerza funciones públicas incurrirá en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses” (Código Penal, 2000, art. 425).

Según la doctrina administrativa, los actos de los funcionarios de hecho son jurídicamente válidos y, para efectos penales, no se les considera como particulares, de tal forma que pueden ser sujetos activos de delitos contra la administración pública. De ser así, si se logra el retiro de varios funcionarios de hecho del establecimiento donde laboran, se viola la libertad de trabajo, así sus investiduras sean irregulares, porque sus actos han producido o pueden producir efectos jurídicos. Se presentaría una situación diferente si se trata de usurpadores, cuyos actos no producen efectos jurídicos y su conducta es punible, caso en el que lograr su retiro, aunque se desconozca que no tienen un vínculo legal sino fingido, no constituiría violación a la libertad de trabajo, por atipicidad de la conducta, en razón de la inexistencia del objeto material sobre el cual recae el comportamiento desplegado, así la conducta sea idónea y se logre el resultado querido.

2. *Perturbar el libre ejercicio de la actividad de cualquier persona.*

Perturbar significa alterar, trastornar, obstaculizar o dificultar el ejercicio de la actividad de cualquier persona. La perturbación debe recaer sobre la actividad laboral, sea ésta material o intelectual. Aunque la norma habla en forma genérica de la actividad de cualquier persona, lo que podría dar lugar a pensar que protege otras actividades (personales, recreativas, sociales, etc.), la protección del tipo es sobre la libertad de trabajo, pues es sobre la que trata su objeto jurídico y este es el alcance que se le debe dar.

La perturbación es de efectos cortos o momentáneos en el tiempo. La perturbación no conlleva suspensión o cesación de la labor. Es delictiva la sola perturbación sin que se produzca otro efecto.

3. *Impedir el libre ejercicio de la actividad de cualquier persona.* Impedir el libre ejercicio de la actividad laboral significa imposibilitarla y evitar que se desarrolle, por lo menos durante un tiempo o de manera definitiva. Se impide la actividad laboral cuando se logra la suspensión de ella, es decir, cuando se detiene o paraliza temporalmente. Igualmente, cuando se logra la cesación de la misma, esto es, cuando se logra la terminación de la actividad laboral, poniendo fin a la misma de manera permanente o definitiva.

Es un principio general del derecho del trabajo, que “nadie puede impedir el trabajo a los demás, ni impedir que se dediquen a la profesión, industria o comercio que les plazca, siendo lícito su ejercicio” (Código Sustantivo del Trabajo, 1951, art. 8°). La conducta se justifica cuando se produce “resolución de autoridad competente, encaminada a tutelar los derechos de los trabajadores o de la sociedad en los casos que se prevean en la ley” (Código Sustantivo del Trabajo, 1951, art. 8°). Esta causal de justificación, que exime la antijuridicidad del tipo, se presenta por el “cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales” (Código Penal, 2000, art. 32, num. 4°). Si no existe resolución administrativa en los casos previstos por la ley, el empleador incurre en violación de la libertad de trabajo.

Como una protección al derecho al trabajo, por norma general, es prohibido a los empleadores el cierre intempestivo de las empresas. Si lo hicieren, habrá lugar a las sanciones administrativas impondibles por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y a las de carácter laboral, consistentes en el pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a los trabajadores por el lapso que dure cerrada la empresa

•De los delitos contra la libertad de trabajo y asociación•

(Decreto de Ley 2351, 1965, art. 9°; Decreto 1373, 1966, art. 5°). De igual manera, habrá lugar a la sanción penal del artículo 198 del Código Penal.

En lo atinente a las empresas de servicios públicos que no dependen directa o indirectamente del Estado, no pueden suspender ni paralizar labores, sino mediante permiso del Gobierno o dándole aviso a éste, con un mínimo de seis meses de anticipación, con el objeto de que puedan tomarse oportunamente las providencias que garanticen la continuidad del servicio (Código Sustantivo del Trabajo, 1951, art. 464). En caso de presentarse la suspensión de actividades de hecho, el Gobierno queda facultado para asumir la dirección de las empresas de servicios públicos y tomar todas las determinaciones tendientes a restablecer los servicios suspendidos y garantizar su prestación (Código Sustantivo del Trabajo, 1951, art. 465).

Las empresas que no sean de servicio público no pueden clausurar labores, total o parcialmente, en forma definitiva o temporal, sin que se produzca autorización previa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, salvo fuerza mayor o caso fortuito, y sin perjuicio de las indemnizaciones a las que haya lugar por razón de contratos de trabajo concertados por un tiempo mayor. Para tal efecto, la empresa deberá presentar la correspondiente solicitud y, en forma simultánea, informar de tal hecho, por escrito, a sus trabajadores. La solicitud de clausura de actividades debe ser resuelta en un plazo de dos meses y, en caso de que se incumpla injustificadamente el término, es causal de mala conducta para el funcionario encargado de tomar la determinación (Código Sustantivo del Trabajo, 1951, art. 466)²¹⁴.

Las solicitudes previas ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, para efecto de las respectivas suspensiones de actividades o terminaciones colectivas de los contratos de trabajo, deben realizarse en los siguientes casos:

- Para la suspensión del contrato de trabajo: para la suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en parte (hasta por ciento veinte días), por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador (Código Sustantivo del Trabajo, 1951, art. 51)²¹⁵.
- Para la terminación del contrato de trabajo: por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento o por suspensión de actividades por

214 El artículo 466 del Código Sustantivo del Trabajo fue modificado por el artículo 66 de la Ley 50/90.

215 El artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo fue subrogado por el artículo 4 de la Ley 50/90, numeral 3.

parte del empleador durante más de ciento veinte días (Código Sustantivo del Trabajo, 1951, art. 61)²¹⁶. Además de la solicitud al Ministerio de Trabajo, el empleador debe informar por escrito a sus trabajadores sobre este hecho.

Los empleadores también deberán solicitar autorización previa al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social cuando consideren que necesitan hacer despidos colectivos de trabajadores o terminar labores parcial o totalmente, para

adecuarse a la modernización de procesos, equipos y sistemas de trabajo que tengan por objeto incrementar la productividad o calidad de sus productos; la supresión de procesos, equipos o sistemas de trabajo y unidades de producción; o cuando éstos sean obsoletos o ineficientes, o que hayan arrojado pérdidas sistemáticas, o los coloquen en desventaja desde el punto de vista competitivo con empresas o productos similares que se comercialicen en el país o con los que deba competir en el exterior; o cuando se encuentre en una situación financiera que lo coloque en peligro de entrar en estado de cesación de pagos, o que de hecho así haya ocurrido; o por razones de carácter técnico o económico como la falta de materias primas u otras causas que se puedan asimilar en cuanto a sus efectos; y en general los que tengan como causa la consecución de objetivos similares a los mencionados (Ley 50, 1990, art. 67, numeral 3).

En cualquiera de los casos referidos, el empleador deberá probarle al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que se encuentra en alguna de esas situaciones. De no ser probada alguna de las posibilidades legales el Ministerio deberá negar la autorización.

Adicionalmente, para los trabajadores existe la prohibición de impedir el derecho al trabajo, de “disminuir intencionalmente el ritmo de ejecución del trabajo, suspender labores, promover suspensiones intempestivas del trabajo o excitar a su declaración o mantenimiento, sea que se participe o no en ellas” (Código Sustantivo del Trabajo, 1951, art. 60, numeral 5). Tampoco pueden “coartar la libertad para trabajar o no trabajar” (Código Sustantivo del Trabajo, 1951, art. 60, numeral 7) o, como una prohibición a los sindicatos, “coartar directa o indirectamente la libertad de trabajo” (Código Sustantivo del Trabajo, 1951, art. 378). Mientras la violación a estas prohibiciones no esté acompañada de violencia o maniobras engañosas, la conducta será reprochable desde la óptica laboral y no desde la penal.

.....
216 El artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo fue subrogado por el artículo 5 de la Ley 50/90, ordinal 1, literales e y f.

d. Los elementos descriptivos del tipo: la violencia o la maniobra engañosa.

Para lograr el retiro de operarios o trabajadores de los establecimientos donde laboran, o para perturbar o impedir la actividad laboral de cualquier persona, el actor debe proceder con violencia o maniobra engañosa.

La violencia en este caso se entiende como la coacción que se ejerce contra varias personas para que se retiren de los establecimientos donde laboran o contra una persona para perturbarla en su trabajo o para impedir que lo haga, utilizando cualquier medio para realizar la perturbación, pero con la finalidad indicada.

La violencia no necesariamente debe dirigirse contra la persona o personas que realizan la actividad laboral, también puede ser dirigida contra un tercero o contra un bien mueble o inmueble, para obligar a los trabajadores y operarios a retirarse del establecimiento donde laboran o para perturbar o impedir la actividad laboral de cualquier trabajador. Es el caso, por ejemplo, de las amenazas respecto a incendiar los vehículos de servicio público si estos realizan la actividad laboral el día en que un grupo particular decreta un paro. Hipotéticamente la violencia puede ir dirigida contra las cosas, pero en este caso no debe causar su destrucción, inutilización, desaparición o daño, porque la conducta se tipificaría entonces en el sabotaje o en el tipo que define el terrorismo.

No es necesario que la violencia se dirija contra el titular del derecho. El hecho de que mediante la violencia se obtenga el retiro de los trabajadores o la perturbación o impedimento de la actividad laboral de cualquier persona, afecta el libre ejercicio de un derecho que, para el caso, es el de la libertad de trabajo. Se plantea de igual manera cuando el medio utilizado es la maniobra fraudulenta.

La violencia utilizada debe ser idónea para anular la resistencia del sujeto pasivo, debe tener capacidad para generar temor o para declinar el ánimo de la víctima, de modo que ésta proceda ante el miedo de un mal mayor.

La maniobra engañosa equivale a todo ardid, treta, artificio, trampa, maquinación o artimaña utilizada por el sujeto agente y que conduce al engaño por transfiguración de la verdad, para lograr el retiro, realizar la perturbación o impedir el ejercicio de la actividad laboral. Por ejemplo, el proveedor le asegura al comprador que le suministrará la materia prima para que continúe la producción sin ningún obstáculo, pero incumple lo prometido con el objeto de lograr paralizar la actividad de esta persona. En este caso hay un engaño bajo una falsa promesa.

Maniobra es, literalmente, toda operación que se ejecuta con la ayuda de las manos. Para efectos penales no debe tomarse solamente en el sentido literal, sino que también deben incluirse los actos que provienen de la mente de una persona y con los que se logra el engaño, bien sea por astucia, ingenio o habilidad en la realización y que son desplegados sobre el sujeto pasivo, quien accede a retirarse del trabajo o a suspender o cesar actividades, bajo la creencia de que eso es lo que debe hacer.

La maniobra engañosa debe surtir efecto en relación con el sujeto pasivo, aunque no necesariamente debe dirigirse directamente contra éste, sino que también puede utilizarse a un tercero. Por ejemplo, el sujeto activo le dice a un tercero que en las instalaciones de la fábrica han colocado una bomba y éste, alarmado, le informa a los trabajadores, quienes abandonan el sitio de trabajo apresuradamente.

En el caso de la violencia, es obvio que el retiro de los trabajadores o la perturbación o impedimento de la realización de cualquier actividad debe ser contra la voluntad del sujeto pasivo. También al tratarse de maniobra engañosa, cuando la voluntad ha sido colocada bajo la falsa creencia de que así se debe actuar. Si el empleado deja de realizar su actividad laboral, porque fue persuadido, por ejemplo, por el dirigente sindical, bien directamente o mediante la arenga pública, la conducta es atípica por ausencia de los elementos descriptivos del tipo. Es lo que sucede comúnmente en los ceses ilegales de actividades en los que los trabajadores están de acuerdo con la suspensión de ellas. En ese caso la persuasión o la convicción son elementos que se oponen a la existencia de esos elementos descriptivos.

e. La circunstancia específica de agravación punitiva. El artículo 198 del Código Penal del 2000 reprodujo la agravante específica de la suspensión o cesación colectiva del trabajo, que estableció el artículo 290 del Código Penal de 1980, con un aumento de la multa hasta de una tercera parte. Dice así la norma: “Si como consecuencia de la conducta descrita en el inciso anterior sobreviniere la suspensión o cesación colectiva del trabajo, la pena se aumentará hasta en una tercera parte, sin sobrepasar las diez (10) unidades de multa” (Código Penal, 2000, art. 198).

Como vimos anteriormente, se debe lograr el retiro de “operarios o trabajadores”, lo que significa que sean dos o más, o perturbar o impedir la actividad laboral de cualquier persona, caso este en el que basta que la conducta se realice contra una persona.

Si mediante esas conductas se logra la suspensión (temporal), o cesación (terminación) colectiva del trabajo, para efectos de la pena la conducta se agrava. La

•De los delitos contra la libertad de trabajo y asociación.

cesación colectiva se refiere a dos o más personas y puede comprender la totalidad de los empleados o parte de éstos.

f. El concurso de conductas punibles. Si con las conductas desplegadas para violar la libertad del trabajo se infringen otros tipos penales, se está ante el concurso de conductas punibles. Si al proceder con violencia se lesiona la integridad personal de alguien, además de la violación del derecho al trabajo, se presenta el concurso con el delito de lesiones personales. Si la violencia se produce contra las cosas, diferentes de herramientas, instalaciones, equipos o materias primas, se está frente al concurso con daño en bien ajeno (Código Penal, 1980, art. 370; Código Penal, 2000, art. 265). La conducta puede concurrir con delitos contra el patrimonio económico como el hurto, e incluso puede concurrir con otros como el de terrorismo, siempre que se provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella.

Sabotaje

El Código Penal del 2000 mantiene los elementos del delito de sabotaje²¹⁷ que estaban contenidos en el Código Penal de 1980²¹⁸, pero adiciona que la conducta de destruir, inutilizar, hacer desaparecer o dañar, puede recaer sobre el objeto material que son las bases de datos y los soportes lógicos. También modifica el mínimo de la pena de prisión de seis meses a un año y la multa queda fijada en salarios mínimos legales para que no sufra el impacto de la devaluación de la moneda, como sucede en el caso de una cantidad fija.

.....
217 Dice el Código Penal del 2000:

Artículo 199. Sabotaje. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005.> El que con el fin de suspender o paralizar el trabajo destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe herramientas, bases de datos, soportes lógicos, instalaciones, equipos o materias primas, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a ciento ocho (108) meses y multa de seis punto sesenta y seis (6.66) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

Si como consecuencia de la conducta descrita en el inciso anterior sobreviniere la suspensión o cesación colectiva del trabajo, la pena se aumentará hasta en una tercera parte (Código Penal, 2000, art. 199).

218 Dice el Código Penal de 1980:

Artículo 291.- Sabotaje. El que con el fin de suspender o paralizar el trabajo destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier modo dañe herramientas, instalaciones, equipos o materias primas, incurrirá en prisión de seis (6) meses a seis (6) años y multa de cinco mil a cincuenta mil pesos, siempre que el hecho no constituya otro delito sancionado con pena mayor.

Si como consecuencia de la conducta descrita en el inciso anterior sobreviniere la suspensión o cesación colectiva del trabajo, la pena se aumentará hasta en una tercera parte (Código Penal, 1980, art. 291).

El concepto de sabotaje

El sabotaje ha sido una modalidad de protesta que los trabajadores han utilizado desde hace mucho tiempo, primero como una manifestación de rebeldía contra la aparición de la máquina, que en la época de la Revolución Industrial desplazó la fuerza de trabajo de muchos obreros y luego como un mecanismo para obligar a la cesación colectiva del trabajo.

La palabra sabotaje tiene origen francés (*sabotage*). La etimología del vocablo se encuentra “en los *sabots*, nombre francés de las almadreñas que los primeros trabajadores que recurrieron a este sistema violento arrojaban a las máquinas para producir su brusca detención y su rotura incluso” (Cabanelas, 1981, p. 265). Comúnmente se considera como sabotaje, además de la destrucción o inutilización de las herramientas o máquinas de trabajo, la ejecución de las labores con parsimonia, conocida como “operación tortuga”, la elaboración de productos con errores o defectos y el descrédito de lo producido. Desde el punto de vista militar, se alude a los daños que, durante una guerra, ocasionan los traidores a una nación o régimen y los agentes enemigos introducidos o infiltrados en las distintas actividades y obras para aminorar o anular la capacidad bélica.

El tipo penal de sabotaje fue introducido en el Código Penal de 1980 con una connotación de carácter laboral que recae sobre medios de trabajo o de producción y con la finalidad específica de paralizar o suspender el trabajo. Desde el punto de vista estrictamente penal, la “operación tortuga” no se tipifica como sabotaje por la ausencia de daño, salvo que por la demora en el proceso productivo se dañen, por ejemplo, los equipos o materias primas, lo cual pueda ocasionar la suspensión o paralización del trabajo. La “operación tortuga” sería el medio, pero no logra por sí sola concretarse en sabotaje.

La clasificación del tipo penal

La clasificación del tipo es de resultado, de lesión, de conducta instantánea y es pluriofensivo y subsidiario.

El tipo objetivo

Para que la conducta se realice requiere que se concreten los siguientes elementos:

•De los delitos contra la libertad de trabajo y asociación.

- Un sujeto activo indeterminado.
- El sujeto agente debe actuar con la finalidad de suspender o paralizar el trabajo.
- La conducta que despliega es la de destruir, inutilizar, hacer desaparecer o –de cualquier otro modo– dañar herramientas, bases de datos, soportes lógicos, instalaciones, equipos o materias primas.
- La conducta se agrava si como consecuencia de esta sobreviniere la suspensión o cesación colectiva del trabajo.

a. Los sujetos activo y pasivo. El sujeto activo es monosubjetivo (singular) e indeterminado, es decir que la conducta puede ser realizada por cualquier persona, tenga o no vínculos con la empresa. El sujeto pasivo es la empresa o entidad, entendida como persona jurídica o los propietarios de la misma, y el personal de la entidad o empresa que son afectados en su derecho al trabajo.

b. El objeto jurídico. Se trata de un tipo penal pluriofensivo. El interés jurídico predominante y específico que se protege es el derecho al trabajo, porque con la conducta se busca su suspensión o paralización. Este concepto, como se ha dicho, es dual, en cuanto tiene relación con el derecho al trabajo de los asalariados y del empleador. En relación con el empleador, se protege la producción, entendida en nuestra legislación como parte del derecho al trabajo, para evitar que se paralice. Adicionalmente, se protege el derecho a la propiedad representada en las herramientas, instalaciones, equipos o materias primas.

c. El objeto material. El objeto material es real. La acción debe recaer sobre las herramientas, las instalaciones, los equipos y las materias primas, como elementos del proceso productivo que se pretende paralizar. Las herramientas son los instrumentos que utilizan los trabajadores para ejecutar una labor, los cuales, por lo común, son de hierro o acero, manuales, eléctricos o electrónicos. Las instalaciones son las construcciones, lugares o recintos destinados al desarrollo de las actividades laborales. Se entiende por equipos al conjunto de elementos (máquinas, herramientas, motores y utensilios) destinados a la ejecución de una labor, profesión o proceso productivo. La materia prima es el producto básico que interviene, por transformación o consumición, en los procesos de fabricación o elaboración de productos terminados o mercancías. Por ejemplo, el trigo es la materia prima del pan.

Los términos que introdujo el Código Penal del 2000, que son las bases de datos y los soportes lógicos, deben ser definidos, por su naturaleza técnica, por los expertos en la materia y, para ello, se ha recurrido a los conceptos desde el punto de vista de la informática.

Un sistema de base de datos es un conjunto

mecanizado por computadora para el manejo de datos por medio de paquetes de software llamado sistema de manejo de datos o DBMS (Database Management System). Los componentes fundamentales de un sistema de base de datos son el hardware, el software DBMS, los datos y los usuarios (Rodríguez, 1992, p. 3).

Una base de datos

es una colección integrada de datos almacenados en distintos tipos de registros, de forma que sean accesibles para múltiples aplicaciones. La interrelación de los registros se obtiene de las relaciones entre los datos, no de su lugar de almacenamiento físico. Los registros para distintas entidades se almacenan comúnmente en una base de datos (mientras que los archivos almacenan registros para una única entidad). Por ejemplo, en una base de datos de una universidad, se interrelacionan los registros de estudiantes, cursos y profesores de la misma base de datos (Senn, 1997, p. 599).

En síntesis, una base de datos se define como

un conjunto de datos almacenados de forma integrada y compartida. Se entiende por integrada que la base de datos pueda considerarse como un conjunto de varios archivos independientes, donde se elimina o reduce al mínimo cualquier redundancia entre los mismos [...] Por compartida se entiende que varios usuarios diferentes pueden acceder a la misma fracción de la base de datos, incluso al mismo tiempo y utilizarla con fines diferentes. Por otro lado, un usuario determinado sólo tendrá acceso a algún subconjunto de la base de datos completa (Rodríguez, 1992, p. 4).

El soporte lógico equivale en inglés a lo que conocemos como software. El diccionario de la lengua española acepta el anglicismo y define el software como “el conjunto de programas, instrucciones y reglas informáticas para ejecutar ciertas tareas en una computadora” (RAE, 2014). Mediante el Decreto 1360 de junio 23 de 1989 se definió legalmente lo que es el soporte lógico y lo que comprende²¹⁹.

219 Dice el Decreto 1360 de 1989:

Artículo 1. De conformidad con lo previsto en la Ley 23 de 1982 sobre Derechos de Autor, el soporte lógico (software) se considera como una creación propia del dominio literario.

Artículo 2. El soporte lógico (software) comprende uno o varios de los siguientes elementos: el programa de computador, la descripción de programa y el material auxiliar.

•De los delitos contra la libertad de trabajo y asociación•

Los bienes que se destruyan, inutilicen o hagan desaparecer, deben estar destinados a la producción o al trabajo material o intelectual. No importa que esos bienes sean de propiedad de la empresa o del empleador o se encuentren a cualquier título que les haya otorgado la tenencia como prenda, comodato, arrendamiento, etc.

d. La conducta. La conducta está determinada por varios verbos rectores (tipo compuesto alternativo), pero basta la realización de una sola de las acciones para que se perfeccione el tipo. Las acciones alternativas que llevan en sí el elemento violencia, cuyo alcance fue fijado en el análisis previo sobre el tipo penal de violación de la libertad de trabajo (Código Penal, 2000, art. 198) son cuatro: destruir, inutilizar, hacer desaparecer o dañar.

Destruir significa arruinar o deshacer; se destruye una herramienta, equipo o instalación, cuando se ejerce violencia contra ella para partirla o demolerla o se destruye una materia prima, de cualquier manera, como cuando la sal se disuelve en el agua. Inutilizar un bien es volverlo inservible para el fin que se le destina; se inutiliza un equipo cuando se le quitan sus partes esenciales o se le desbarata. Hacer desaparecer no es solamente ocultar de la vista o quitar del sitio el objeto sobre el cual recae la conducta o llevarlo a un lugar donde su dueño no pueda ejercer vigilancia ni servirse de él, sino que también es eliminar el objeto material sin dejar rastro de éste. Dañar significa destruir, inutilizar, echar a perder, es toda lesión que disminuya o aniquile la utilidad de las herramientas, instalaciones, equipos y materias primas.

Los medios que puede utilizar el agente son múltiples. Cuando el tipo penal dice que “de cualquier modo dañe” (Código Penal, 2000), se refiere a que la ejecución puede realizarse utilizando cualquier medio, por ejemplo las manos, los mecánicos o químicos, los directos o indirectos. Puede ser tanto por acción, como cuando se

Artículo 3. Para los efectos del artículo anterior se entiende por:

- a) "Programa de computador": La expresión de un conjunto organizado de instrucciones, en lenguaje natural o codificado, independientemente del medio en que se encuentre almacenado, cuyo fin es el de hacer que una máquina capaz de procesar información, indique, realice u obtenga una función, una tarea o un resultado específico.
- b) "Descripción de Programa": Una presentación completa de procedimientos en forma idónea, lo suficientemente detallada para determinar un conjunto de instrucciones que constituya el programa de computador correspondiente.
- c) "Material auxiliar": todo material, distinto de un programa de computador o de una descripción de programa creado para facilitar su comprensión o aplicación, como por ejemplo, descripción de problemas e instrucciones para el usuario.

Artículo 4. El soporte lógico (software), será considerado como obra inédita, salvo manifestación en contrario hecha por el titular de los derechos de autor (Decreto 1360, 1989, arts. 1-4).

utiliza una barra de acero para golpear el equipo o se vierte agua en los computadores, o por omisión, cuando se deja que reciban una sobrecarga de energía.

e. El elemento subjetivo del tipo. Este es uno de los casos en que

la mera descripción típica no es suficiente para la incriminación de una conducta cuando ella solo puede considerarse como lesiva de intereses jurídicos en la medida en que vaya referida a un especial estado de conciencia o a una determinada tendencia interna del agente, concretados uno y otra en determinada finalidad hacia la cual apunta (Reyes Echandía, 1989, p. 94).

El tipo penal exige que el agente actúe “con el fin de suspender o paralizar el trabajo” (Código Penal, 2000). Cuando el tipo presenta varios elementos subjetivos, como en este caso, el ingrediente es compuesto, y a su vez es alternativo, porque el agente puede optar por una entre dos finalidades: suspender o paralizar el trabajo.

Si al actuar el agente no tuvo esa finalidad específica, la adecuación se traslada a otro tipo penal, por ejemplo, al daño en bien ajeno (Código Penal, 2000, art. 265), que tiene los mismos verbos rectores (destruir, inutilizar, hacer desaparecer, dañar). Si con la destrucción de materias primas el sujeto activo persigue alterar las condiciones del mercado, la conducta se adecúa en el artículo 304 del Código Penal, que trata del daño en materia prima y producto agropecuario e industrial. Si con el incendio del bien mueble o inmueble no se perseguía la suspensión de labores, sino crear un peligro común, el tipo penal que se debe aplicar es el que describe el incendio (Código Penal, 2000, art. 350).

f. Tipo penal subsidiario. El artículo 199 del Código Penal, que describe el sabotaje, es un tipo penal subsidiario en el que, al contrario del tipo autónomo, su aplicación depende de que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor. Para que en el proceso de adecuación típica se defina la aplicación del tipo penal subsidiario, el hecho no debe adecuarse en otro tipo penal.

Es importante tener en cuenta que las acciones realizadas por el sujeto activo deben ser proporcionales a la finalidad buscada, que no superen el carácter laboral de ésta y que la transgresión lesione o ponga en peligro bienes jurídicos que, por su objeto material y *quantum* punitivo, se adecúen a otros tipos penales. Tales son los casos del daño en obras de utilidad social, que estuvo bajo la denominación de daño en obras de defensa común (Código Penal, 1980, art. 190; Código Penal, 2000, art.351); el del siniestro o daño de nave (Código Penal, 1980, art.

•De los delitos contra la libertad de trabajo y asociación.

193; Código Penal, 2000, art. 354); y el del daño en obras o elementos de los servicios de comunicaciones, energía y combustible (Código Penal, 1980, art. 196; Código Penal, 2000, art. 357).

g. El concurso de delitos. Por tratarse de un tipo subsidiario, no es posible que exista el concurso con los demás delitos de daño sobre bienes. Si el legislador no hubiera precisado que es un tipo que se aplica “siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor” (Código Penal, 2000), habría concurso formal (ideal) con otros tipos, por violarse con el mismo hecho varias disposiciones penales.

h. La circunstancia específica de agravación específica. Si con el hecho se obtiene la suspensión o cesación colectiva del trabajo, la punibilidad se aumenta. Si el legislador no hubiera contemplado la obtención de ese resultado como agravante, se presentaría el concurso entre el sabotaje (Código Penal, 2000, art. 198) y la violación de la libertad de trabajo (Código Penal, 2000, art. 198).

Violación de los derechos de reunión y asociación

La protección penal se extiende a toda forma de reunión vinculada a la libertad de trabajo y asociación, al ejercicio de los derechos laborales en materia de reunión, asociación y huelga²²⁰. El texto original del artículo 200 ha tenido dos reformas, una mediante el artículo 5º de la Ley 1309 del 2009, que fijó la pena de multa de cien a trescientos salarios mínimos legales mensuales vigentes o arresto y la

220 Dice el Código Penal del 2000:

Artículo 200. Violación de los derechos de reunión y asociación. <Artículo modificado por el artículo 26 de la Ley 1453 de 2011> El que impida o perturbe una reunión lícita o el ejercicio de los derechos que conceden las leyes laborales o tome represalias con motivo de huelga, reunión o asociación legítimas, incurrirá en pena de prisión de uno (1) a dos (2) años y multa de cien (100) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá el que celebre pactos colectivos en los que, en su conjunto, se otorguen mejores condiciones a los trabajadores no sindicalizados, respecto de aquellas condiciones convenidas en convenciones colectivas con los trabajadores sindicalizados de una misma empresa.

La pena de prisión será de tres (3) a cinco (5) años y multa de trescientos (300) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes si la conducta descrita en el inciso primero se cometiere:

1. Colocando al empleado en situación de indefensión o que ponga en peligro su integridad personal.
2. La conducta se cometa en persona discapacitada, que padezca enfermedad grave o sobre mujer embarazada.
3. Mediante la amenaza de causar la muerte, lesiones personales, daño en bien ajeno o al trabajador o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad.
4. Mediante engaño sobre el trabajador (Código Penal, 2000, art. 200).

segunda mediante el artículo 26 de la Ley 1453 del 2011, que fijó como penas principales la de prisión y la multa.

Los derechos que tutela el tipo penal de violación de los derechos de reunión y asociación se encuentran dispuestos en la Carta Política. En el artículo 37 se estableció la facultad de toda parte del pueblo para reunirse y manifestarse pública y pacíficamente. El artículo 38 estableció el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad, en un concepto amplio que se refiere a toda forma de unión lícita o manera de aunar fuerzas. Específicamente, en el artículo 39, estableció el derecho de asociación de carácter laboral, tanto para los trabajadores (por ejemplo en sindicatos), como para los empleadores (por ejemplo en gremios o asociaciones). En el artículo 56 se reconoció el derecho de huelga para los trabajadores, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador.

La clasificación del tipo penal

Es un tipo de resultado, de lesión, de conducta instantánea y pluriofensivo. Estamos también frente a un

tipo penal en blanco que se caracteriza porque la conducta no aparece completamente descrita y existe una remisión a otros ordenamientos jurídicos, en este caso a las *leyes laborales* en sentido amplio, entendiéndose por tanto que los derechos pueden estar contenidos en la Constitución Nacional, el Código Sustantivo del Trabajo, cualquier normatividad especial o los Convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados (González Monguí, 2001, p. 106).

El tipo objetivo

Para que la conducta sea típica se requieren los siguientes requisitos:

- Un sujeto activo indeterminado.
- La conducta consiste en impedir o perturbar una reunión lícita; impedir o perturbar el ejercicio de los derechos que conceden las leyes laborales; tomar represalias con motivo de huelga, reunión o asociación legítimas; celebrar pactos colectivos en los que, en su conjunto, se otorguen mejores condiciones a los trabajadores no sindicalizados respecto de aquellas

•De los delitos contra la libertad de trabajo y asociación•

condiciones convenidas en convenciones colectivas con los trabajadores sindicalizados de una misma empresa.

a. Los sujetos activo y pasivo. La acción la puede realizar una sola persona (tipo monosubjetivo), sin calidad especial, perteneciente a la empresa o al sindicato. También puede ser sujeto activo un particular ajeno a éstos.

En relación con quién es el sujeto pasivo, aunque el tipo penal no indica una calidad especial, se entiende que lo es el titular del derecho de reunión, de asociación o de huelga, o de los derechos derivados de las leyes laborales, para lo cual cada una de las personas debe tener una vinculación laboral (dependientes) o tener la calidad de trabajador independiente (sindicatos gremiales²²¹), sindicalizados o no sindicalizados. El derecho de sindicalización se le reconoce a todos los trabajadores, sean servidores públicos, en sus diferentes modalidades, o privados, con excepción de los miembros de la fuerza pública (Const., 1991, arts. 39 y 219).

El personal civil vinculado laboralmente al servicio del Ministerio de Defensa y de los establecimientos públicos y de las empresas adscritas y vinculadas a dicha entidad, no son miembros de la fuerza pública y, por tal razón, gozan del mismo derecho de formar sindicatos que tienen los demás empleados y trabajadores del Estado (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencias de 4 de mayo de 1989 y 31 de octubre de 1991). También pueden ser sujetos pasivos los empleadores, como titulares de los derechos de reunión y asociación, aunque no de la huelga patronal (*lock-out*), porque no les está permitida.

b. El objeto material personal. El objeto material es de naturaleza personal y recae sobre las personas reunidas o asociadas legítimamente o sobre los partícipes de una huelga lícita. En este caso el objeto material y el sujeto pasivo son el mismo.

c. El objeto jurídico del tipo penal. El bien jurídico protegido es el de la libertad individual y el objeto jurídico, entendido como la especial protección del tipo, es la libertad de trabajo, a la cual ya nos hemos referido, y los derechos de reunión, asociación y huelga de carácter laboral, aspectos que tienen que ver con el derecho colectivo del trabajo, que normativamente regula las relaciones entre empleadores

.....
221 Los sindicatos gremiales son los formados por individuos de una misma profesión, oficio o especialidad (Código Sustantivo del Trabajo, 1951, Literal c art. 356). Por ejemplo, el Sindicato de Voceadores de Prensa, el Sindicato de Loteros, entre otros.

y trabajadores y es un mecanismo para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo. La jurisprudencia considera que

el derecho colectivo de trabajo se presenta en el ámbito constitucional, como el derecho regulador de una esfera de libertad en cabeza de los empleadores y los trabajadores, originada especialmente en el reconocimiento constitucional de los derechos al trabajo, a la asociación sindical, a la negociación colectiva y a la huelga, para que unos y otros, en forma organizada, contribuyan a la solución pacífica de los conflictos laborales, y promuevan y realicen la defensa de los derechos e intereses que les son comunes, según la particular situación que ocupan en la empresa, y las relaciones que surgen de sus condiciones de dadores o prestadores de trabajo (Corte Constitucional, Sentencia C-009, 1994).

El derecho de reunión de carácter laboral es el ejercido por los trabajadores con relación a sus condiciones de trabajo o en razón del vínculo laboral, del cual se derivan derechos y obligaciones. Las reuniones previas a la conformación de una organización sindical tienen que ver tanto con el derecho de reunión como con el de asociación. El derecho de reunión lo pueden ejercer los trabajadores sindicalizados o no sindicalizados, para tratar acerca de sus problemas laborales y las condiciones de trabajo. Los trabajadores sindicalizados pueden reunirse, entre otros, para aprobar y presentar pliegos de peticiones que implican la negociación colectiva acerca de sus condiciones de trabajo, proceso que termina regularmente con una convención colectiva de trabajo, con huelga o sin ella, o mediante la definición del conflicto por medio de un tribunal de arbitramento. Los trabajadores no sindicalizados pueden reunirse para aprobar, entre otros, pliegos de peticiones que mediante un proceso de negociación colectiva regularmente terminan en la suscripción de un pacto colectivo.

El derecho de asociación sindical, o libertad de asociación sindical, es el derecho de los trabajadores de unirse y organizarse en defensa de los intereses comunes y está respaldado en el artículo 39 de la Constitución Política, que también faculta a los empleadores para constituir sindicatos o asociaciones sin intervención del Estado. Por su parte, el artículo 353²²², y los siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, regulan lo relativo al derecho de asociación de trabajadores y empleadores.

.....
222 Modificado por el artículo 1° de la Ley 584 del 2000.

•De los delitos contra la libertad de trabajo y asociación.

La libertad de asociación se refiere tanto al derecho de afiliarse a un sindicato, como al de permanecer dentro de éste, retirarse, pertenecer al que más le convenga o simplemente no estar afiliado a ninguno. Los sindicatos pueden ser parte de instituciones de beneficio mutuo, establecidas con aportes de sus miembros (Código Sustantivo del Trabajo, 1951, art. 358)²²³.

La expulsión de un miembro del sindicato, sin ajustarse a los procedimientos legales o sin justa causa de las establecidas en los estatutos o en la ley, constituye un atentado contra el derecho de asociación sindical y es sancionable penalmente.

Por norma general de carácter constitucional, todos somos libres ante la ley y, por ello, no debe existir ningún tipo de discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (Const., 1991, art. 13). Particularmente, el derecho de asociación sindical se nutre de ese postulado y significa que no puede haber discriminación alguna para ejercerlo (OIT, Convenio 87, 1948, art. 2). Puede haber excepciones en relación con las Fuerzas Armadas, como la que se consagra en la Constitución Política colombiana, sobre la base de que no son deliberantes.

En ese orden de ideas, en el Código Sustantivo del Trabajo se estableció como prohibición a los trabajadores “coartar la libertad [...] para afiliarse o no a un sindicato, o permanecer en él o retirarse” (Código Sustantivo del Trabajo, 1951, art. 60, numeral 7). De igual manera, en el artículo 354 de dicho Código se estableció enunciativamente una relación de actos atentatorios contra el derecho de asociación sindical. En el primero de ellos se hace referencia expresa al artículo 292 del Código Penal de 1980²²⁴, en el cual debe entenderse una separación entre el ejercicio de la acción penal ante la Fiscalía General de la Nación y el de la acción administrativa ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, las cuales no son excluyentes y pueden ser ejercidas simultáneamente.

d. La conducta. La descripción típica está determinada por los verbos rectores impedir, perturbar, tomar represalias o celebrar. Es un tipo penal compuesto alternativo. Impedir una reunión lícita significa imposibilitarla, evitar que se desarrolle por lo menos durante un tiempo o de manera definitiva; se impide la reunión cuando se logra la suspensión o cesación de ella. Perturbar significa alterar,

223 El artículo 358 del Código Sustantivo del Trabajo fue modificado por el artículo 2 de la Ley 584 del 2000.

224 A partir de la vigencia del Código Penal del 2000, debe entenderse referido al artículo 200 de ese estatuto.

trastornar, obstaculizar o dificultar el ejercicio de una reunión lícita; la perturbación es de efectos cortos o momentáneos en el tiempo y no conlleva suspensión o cesación de la labor; es delictiva por sí sola, sin que se produzca otro efecto.

En cuanto a tomar represalias, está estrechamente ligado con el artículo 354 del Código Sustantivo del Trabajo, en el que se establecen los actos atentatorios contra el derecho de asociación sindical²²⁵ e igualmente hacia el ejercicio de los derechos de reunión y huelga legítimas. Haciendo referencia a las luchas o confrontaciones que adelantaban las tribus, las etnias y los pueblos, las represalias históricamente han tenido que ver con el daño que se hacía al enemigo para vengarse de lo que se había sufrido por culpa suya.

En el plano laboral, debe entenderse como una actitud de venganza o castigo en razón del ejercicio de los derechos de huelga, reunión o asociación legítimas. Esta puede ocurrir cuando se despiden sin justa causa a los participantes de una huelga o asociación, así aparentemente se haga invocando justa causa. También ocurre mediante la supresión de empleos y el cierre de establecimientos; o cuando se utiliza la retención de salarios, prestaciones o cuotas sindicales; de igual manera, con el desmejoramiento de las condiciones de trabajo, con la prohibición de ingreso a la empresa a los líderes sindicales, con la disminución de la carga laboral al trabajador o simplemente dejándole sin asignación alguna; así mismo, cuando se utilizan mecanismos que atentan incluso contra la dignidad de los trabajadores, al recluirlas

.....
225 Dice el Código Sustantivo del Trabajo:

Protección del derecho de asociación. <Artículo modificado por el artículo 39 del Ley 50 de 1990>

1. En los términos del artículo 292 [léase 200] del Código Penal queda prohibido a toda persona atentar contra el derecho de asociación sindical.

2. Toda persona que atente en cualquier forma contra el derecho de asociación sindical será castigada cada vez con una multa equivalente al monto de cinco (5) a cien (100) veces el salario mínimo mensual más alto vigente, que le será impuesta por el respectivo funcionario administrativo del trabajo. Sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar.

Considérense como actos atentatorios contra el derecho de asociación sindical, por parte del empleador:

- a). Obstruir o dificultar la afiliación de su personal a una organización sindical de las protegidas por la ley, mediante dádivas o promesas, o condicionar a esa circunstancia la obtención o conservación del empleo o el reconocimiento de mejoras o beneficios;
- b) Despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de los trabajadores en razón de sus actividades encaminadas a la fundación de las organizaciones sindicales;
- c). Negarse a negociar con las organizaciones sindicales que hubieren presentado sus peticiones de acuerdo con los procedimientos legales;
- d). Despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de su personal sindicalizado, con el objeto de impedir o difundir el ejercicio del derecho de asociación, y
- e). Adoptar medidas de represión contra los trabajadores por haber acusado, testimoniado o intervenido en las investigaciones administrativas tendientes a comprobar la violación de esta norma (Código Sustantivo del Trabajo, 1951, art. 354).

•De los delitos contra la libertad de trabajo y asociación.

durante el horario de trabajo en rincones o salones en los que no mantienen contacto con los demás trabajadores, o aplicándoles cualquier forma de aislamiento o discriminación, entre otros.

Finalmente, la otra conducta está regida por el verbo celebrar, en relación con los pactos colectivos en los que, en su conjunto, se otorguen mejores condiciones a los trabajadores no sindicalizados respecto de aquellas condiciones convenidas en convenciones colectivas con los trabajadores sindicalizados de una misma empresa.

e. Los elementos normativos. Los elementos normativos son los siguientes:

- La licitud de la reunión.
- Los derechos que conceden las leyes laborales.
- Los conceptos de huelga, reunión o asociación legítimas.
- Los acuerdos laborales denominados pactos colectivos y convenciones colectivas de trabajo.

La reunión que se perturbe debe ser lícita, es decir, permitida por la ley. El tipo penal introdujo expresamente un concepto de la antijuridicidad para evitar interpretaciones equivocadas. Como se dijo anteriormente, si se trata de una reunión, por ejemplo, de individuos al margen de la ley que planean la comisión de delitos, esta no está protegida por dicha norma penal.

La reunión es un derecho que tienen todas las personas en un país democrático y, en particular, los trabajadores y los empleadores, con el objeto de tratar las problemáticas propias de las relaciones laborales o de la organización de las empresas. Los trabajadores se pueden reunir para constituir organizaciones sindicales, o pueden reunirse sin estar formalmente organizados en sindicatos, para discutir acerca de las condiciones laborales; para elaborar y presentar pliegos de peticiones a través de los cuales promover el conflicto colectivo de trabajo que obligatoriamente debe tramitarse de conformidad con el procedimiento legal; para decretar la huelga o para optar por un tribunal de arbitramento que decida el diferendo laboral, entre otras muchas reuniones que pueden realizar con diferentes finalidades.

Si se impide o perturba el ejercicio de los derechos que conceden las leyes laborales, se debe tener en cuenta que estos tienen directa relación con los derechos colectivos que se derivan de los derechos de reunión y asociación de los trabajadores en todas sus expresiones, como la reunión para la conformación de

las organizaciones sindicales, la contratación colectiva por medio de los sindicatos o a través de pactos colectivos, la realización de asambleas de las respectivas organizaciones sindicales o de los trabajadores no sindicalizados y de la huelga.

La asociación es el derecho que tienen los trabajadores y los empleadores de constituir asociaciones y sindicatos. La huelga es la suspensión colectiva, temporal y pacífica del trabajo, por parte de los trabajadores de un establecimiento o empresa, con los fines económicos y profesionales propuestos a su(s) empleador(es) cuando, concluida la etapa de arreglo directo de negociación de un pliego de peticiones, no hubieran logrado un acuerdo total (Código Sustantivo del Trabajo, 1951, arts. 429 y 444). La huelga se inicia dos días después de haber sido declarada por la mayoría absoluta (mitad más uno) de los trabajadores de la empresa que no están organizados en un sindicato o de la asamblea general de los afiliados al sindicato o sindicatos que agrupen más de la mitad de aquellos trabajadores. La huelga suspende los contratos de trabajo por el tiempo que dure ésta (Código Sustantivo del Trabajo, 1951, art. 449).

Por otra parte, los pactos colectivos son los acuerdos laborales que se celebran entre empleadores y trabajadores no sindicalizados, aplicables solamente a quienes los hayan suscrito o adhieran posteriormente a ellos (Código Sustantivo del Trabajo, 1951, art. 481)²²⁶. Si el sindicato o sindicatos agrupan más de la tercera parte de los trabajadores de una empresa, ésta no podrá suscribir pactos colectivos o prorrogar los que tenga vigentes (Ley 50, 1990, artículo 70).

Las convenciones colectivas de trabajo son los acuerdos que se celebran, por una parte, entre uno o varios empleadores y, por la otra, entre uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia (Código Sustantivo del Trabajo, 1951, art. 467).

Las circunstancias específicas de agravación punitiva

La violación de los derechos de reunión y asociación se agrava específicamente en las siguientes circunstancias:

a. Colocando al empleado en situación de indefensión o que ponga en peligro su integridad personal. El estado de indefensión se presenta cuando el

.....
226 El artículo 481 del Código Sustantivo del Trabajo fue modificado por el artículo 69 de la Ley 50 de 1990.

•De los delitos contra la libertad de trabajo y asociación.

empleado ha sido puesto en un estado de vulnerabilidad, de carencia o disminución en su posibilidad de defensa, lo que lo hace incapaz o débil para afrontar la agresión por parte del empleador, o de un tercero que lo hace por él, con peligro para los derechos de reunión, asociación o para su integridad personal.

Cuenta la historia que el 8 de marzo de 1908, en una fábrica de New York, los empleadores encerraron a las trabajadoras de los textiles y murieron quemadas más de 130 mujeres por reclamar la igualdad en sus derechos laborales respecto a los hombres (Fernández Asenjo, 2003). En un caso como este no solamente se vulneraría el derecho a la reunión y a la asociación, sino que también se cometería el delito de incendio (delito de peligro) y se vulneraría la vida e integridad personal de cuantas personas murieren o resultaren lesionadas.

b. La conducta se cometa en persona discapacitada, que padezca enfermedad grave o sobre mujer embarazada. Se agrava la conducta por el estado o condición del sujeto pasivo y cuando se aprovecha de la condición de inferioridad.

c. Mediante la amenaza de causar la muerte, lesiones personales, daño en bien ajeno. Esta circunstancia de agravación debe ir dirigida contra el trabajador o sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo o pariente hasta el segundo grado de afinidad. En esta causal el legislador no tuvo en cuenta que la pena del agravante (36 a 60 meses de prisión) quedó por debajo de lo establecido en la pena para el delito de amenazas (64 a 128 meses de prisión), dispuesta en el artículo 347 del Código Penal, cuando “recayere sobre un miembro de una organización sindical”, caso en el cual la amenaza puede ir dirigida contra el trabajador, pero también contra sus familiares, lo que indica que el agravante por amenazas tiene una cobertura mayor en cuanto a los sujetos pasivos.

d. Mediante engaño sobre el trabajador. El empleador utiliza algún ardid o artificio que inhabilita temporal y psicológicamente al empleado para comprender la pérdida o afectación del derecho de reunión o asociación.

El tipo subjetivo

La conducta debe realizarse con dolo y, aunque el tipo penal no exige una finalidad específica, pueden existir móviles, como evitar que se fortalezca una

organización sindical, tratar de impedir que se presente un pliego de peticiones, presionar a los trabajadores para que no decreten la huelga, entre otros.

El concurso de delitos

Es posible que se presente el concurso de delitos con la violación de la libertad de trabajo (Código Penal, 2000, art. 198), cuando con la conducta, además de perturbar por ejemplo el derecho de asociación sindical, los medios utilizados para esto también logran el retiro de operarios. También puede concurrir con el daño en bien ajeno, cuando para evitar la reunión se ocasiona daño a los inmuebles o a los muebles. De igual manera puede concurrir con el de terrorismo o incendio, según sea el caso.

DE LOS DELITOS CONTRA EL SENTIMIENTO RELIGIOSO Y EL RESPETO A LOS DIFUNTOS

El artículo 19 de la Constitución Nacional garantiza la libertad de cultos y toda persona tiene derecho libremente a profesar su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Igualmente, todas las confesiones religiosas e iglesias son libres ante la ley.

Con el Código Penal del 2000 las conductas relacionadas con el sentimiento religioso y el respeto a los difuntos adquirieron nuevamente la calidad de delitos, frente al carácter de contravenciones que les había asignado la Ley 23 de 1991. Las conductas que vulneran el sentimiento religioso son: la violación a la libertad religiosa (Código Penal, 2000, art. 201), el impedimento y perturbación de ceremonia religiosa (Código Penal, 2000, art. 202), los daños o agravios a personas o a cosas destinadas al culto (Código Penal, 2000, art. 203) y el que tiene que ver con el irrespeto a los cadáveres.

Violación a la libertad religiosa

La conducta de violación a la libertad religiosa se encuentra descrita en el artículo 201 del Código Penal²²⁷. Es un tipo penal de resultado, porque se debe producir

.....
227 Dice el Código Penal del 2000:

Artículo 201. Violación a la libertad religiosa. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005> El que por medio de violencia obligue a otro a cumplir acto religioso, o le impida participar en ceremonia de la misma índole, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses (Código Penal, 2000, art. 201).

un acto religioso obligado o impedir su realización. Es un tipo de lesión, de conducta instantánea y es pluriofensivo.

El sujeto activo es singular e indeterminado. El sujeto pasivo puede ser cualquier persona, perteneciente al mismo culto o de otra religión o puede ser el ministro de alguna clase de religión.

El objeto material coincide con el sujeto pasivo, porque la acción recae sobre la persona que profesa determinadas creencias religiosas o no es creyente y se le obliga a participar o a no cumplir con el acto o ceremonia religiosa que se desea realizar.

El verbo rector, compuesto alternativo, es obligar o impedir. Obligar es forzar o constreñir a alguien a cumplir con un acto religioso, sirviéndose para ello de la coacción física o moral. Impedir es evitar o imposibilitar de manera absoluta la participación del sujeto pasivo en una ceremonia religiosa por medio de la violencia. Para ambos casos la norma trae un elemento descriptivo, la violencia que doblega la voluntad del sujeto pasivo. La violencia se ejerce contra el sujeto pasivo para que cumpla un acto religioso o no participe en una ceremonia de la misma índole.

El acto religioso es una acción o manifestación de la creencia en un dios o de la pertenencia a un credo religioso, como lo son los actos de oración o rosarios, las súplicas o los ruegos. La ceremonia religiosa es un acto solemne que se celebra de acuerdo con determinadas normas, según el credo religioso, como la misa, que es el ceremonial del culto católico y que consiste en el sacrificio ritual del cuerpo y de la sangre de Cristo bajo la apariencia de pan y de vino y que es realizada por un sacerdote en el altar de una iglesia.

Impedimento y perturbación de ceremonia religiosa

La conducta de impedir o perturbar ceremonia o función religiosa de cualquier culto permitido²²⁸ se encuentra descrita en el artículo 202 del Código Penal del 2000. Es un tipo penal de resultado, de lesión, de conducta instantánea y es pluriofensivo. El objeto material es de carácter fenoménico, en cuanto recae sobre la ceremonia o función religiosa.

La conducta está determinada por el verbo compuesto alternativo perturbar o impedir. Perturbar significa alterar, trastornar, obstaculizar o dificultar el ejercicio

.....
228 Dice el Código Penal del 2000: "Artículo 202. Impedimento y perturbación de ceremonia religiosa. El que perturbe o impida la celebración de ceremonia o función religiosa de cualquier culto permitido, incurrirá en multa".

•De los delitos contra el sentimiento religioso y el respeto a los difuntos.

de ceremonia o función religiosa de cualquier persona. Impedir es evitar o imposibilitar de manera absoluta la celebración de la ceremonia o función religiosa.

El tipo tiene un elemento normativo que se refiere a que el culto debe ser permitido. Por norma general, toda persona tiene derecho a ejercer libremente la religión y el culto es permitido por la libertad de conciencia. La prohibición de molestar a alguien en razón de sus creencias o convicciones (Const., 1991, art. 18), es un ejercicio que debe realizarse de conformidad con el orden jurídico y sin otra limitación que los derechos fundamentales y las libertades públicas de las demás personas, como también la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en una sociedad democrática (Ley 133, 1994, art. 4). La excepción es que sea prohibido y para llegar a tal determinación tendría que afectar el orden público o los derechos de las personas, como podría ocurrir cuando se perturba la tranquilidad pública con manifestaciones de los cultos que son ruidosas.

Daños o agravios a personas o a cosas destinadas al culto

Esta conducta²²⁹ se encuentra descrita en el artículo 203 del Código Penal del 2000. Es un tipo de resultado, de lesión, de conducta instantánea y es pluriofensivo.

El verbo determinante de la conducta es compuesto alternativo y consiste en dañar o agraviar. Dañar significa destruir, inutilizar o dejar inservibles las cosas destinadas al culto o a los símbolos de cualquier religión. El agravio es la ofensa o el irrespeto que hiera al credo religioso o a quien lo profesa.

Para que trascienda al campo penal, el agravio debe ser público, es decir, se debe realizar frente a otras personas, sea en los mismos lugares destinados al culto, difundido a través de medios masivos de comunicación o utilizando medios precarios como la distribución de hojas volantes.

En lo que se refiere al daño, el objeto de la acción es real, porque recae sobre los objetos destinados a un culto, que pueden ser los bienes inmuebles donde se realiza, tales como los templos o sitios destinados permanentemente para tal fin; también pueden ser los utensilios o elementos que se utilizan en las ceremonias

.....
229 Dice el Código Penal del 2000:

Artículo 203. Daños o agravios a personas o a cosas destinadas al culto. El que cause daño a los objetos destinados a un culto, o a los símbolos de cualquier religión legalmente permitida, o públicamente agraviar a tales cultos o a sus miembros en razón de su investidura, incurrirá en multa (Código Penal, 2000, art. 2013).

religiosas, como vestidos, ornamentos, copas, custodias; o los destinados a su adoración, como imágenes, figuras o pinturas religiosas. También hacen parte del objeto material los símbolos religiosos, entendidos como los signos figurativos del credo religioso que se toman como su identificación o representación, por ejemplo para los católicos la cruz y el anillo como símbolo de autoridad religiosa.

En relación con el agravio, la acción recae sobre los cultos, que se pueden entender como los credos religiosos o como el conjunto de actos o ceremonias con que el hombre le tributa homenajes a la divinidad (objeto material fenoménico). También puede recaer sobre los miembros del credo religioso, pero en razón de su investidura, es decir, en razón de su jerarquía o posición dentro de la organización religiosa, como obispos, pastores o sacerdotes (objeto material personal).

La disposición tiene un elemento normativo: “religión legalmente permitida”, concepto al cual se le aplican las mismas consideraciones que antes se realizaron en relación con el “culto permitido”.

Irrespeto a cadáveres

El Código Penal del 2000, en su artículo 204, establece la descripción penal del irrespeto a cadáveres con una pena principal de multa²³⁰. Es un tipo de resultado, de lesión, de conducta instantánea y es pluriofensivo. El sujeto activo es monosubjetivo (singular) e indeterminado. El sujeto pasivo, en este caso, es la colectividad, la comunidad en donde se vive, la cual, por tradición ancestral, desde nuestros aborígenes o por influencia religiosa, ha profesado el respeto a los difuntos y ha destinado lugares especiales para que allí se depositen los restos mortales de las personas. Los familiares del occiso serían también sujetos pasivos de la acción.

La conducta está determinada por el verbo compuesto alternativo sustraer o irrespetar. Como el verbo ejecutar denota solamente la acción que se realiza, pero no determina la conducta, en este caso se usa sustraer, que equivale a sacar, extraer, retirar o exhumar el cadáver del sitio en que se encuentra, superando la órbita de custodia de quien ejerce el control. El acto de sustraer un componente anatómico

230 Dice el Código Penal del 2000:

Artículo 204. Irrespeto a cadáveres. El que sustraiga el cadáver de una persona o sus restos o ejecute sobre ellos acto de irrespeto, incurrirá en multa.

Si el agente persigue finalidad de lucro, la pena se aumentará hasta en una tercera parte, sin sobrepasar las diez (10) unidades multa (Código Penal, 2000, art. 204).

•De los delitos contra el sentimiento religioso y el respeto a los difuntos.

de un cadáver, sin autorización de sus deudos (Farfán Molina, 2007) o de la ley, constituye un irrespeto a los cadáveres. La Ley 73 de 1988, la Ley 919 del 2004 y la Ley 1805 del 2016 permiten la utilización de los órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos, siempre y cuando exista el consentimiento del donante, del receptor, de los deudos, abandono del cadáver o presunción legal de donación.

La presunción legal se entiende como el caso en el que la persona en vida no se opuso a que de su cuerpo se extrajeran órganos o componentes anatómicos después de su fallecimiento y sus deudos no acreditan su condición de tales ni expresan su oposición en el mismo sentido dentro de las seis horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal.

Realizar actos de irrespeto, como burla, mofa o difamación, es una actitud contraria al sentimiento reverente o sumiso que la comunidad le profesa a la memoria de los muertos. También pueden ser actos de irrespeto los que se ejercen sexualmente sobre cadáveres y que son denominados como necrofilia.

El objeto de la acción u objeto material es de carácter real, porque recae sobre el cadáver o los restos del mismo. El cadáver es el cuerpo sin vida de un ser humano, el cual conserva su forma anatómica original. Los restos del cadáver son las partes o fragmentos del mismo que han quedado por la acción violenta, la descomposición o el transcurso del tiempo, incluidos los restos óseos y las cenizas.

El tipo penal, en principio, no exige un elemento subjetivo, es decir, una finalidad en la acción, puede ser por motivos sexuales, satánicos, religiosos o de cualquier otra índole. Sin embargo, la conducta se agrava si el sujeto agente tiene como finalidad el lucro, entendido como ganancia o provecho que se puede obtener del cadáver, sea de naturaleza económica, como cuando se le quitan los objetos de valor adheridos a su cuerpo (piezas de oro), o sea por cualquier otra utilidad, como los ritos satánicos. En este caso, para agravar la conducta se requiere la existencia del elemento subjetivo de ánimo de lucro, aunque no se logre obtenerlo.

REFERENCIAS

Doctrina

- Albarracín, M. (11 de agosto de 2015). UPJ: la cárcel de los jóvenes pobres. *El Espectador*. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/opinion/upj-carcel-de-los-jovenes-pobres>.
- Ambos, K. (2012). Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional. *Revista General de Derecho Penal*, (17), (1-30). Recuperado de: <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/CRIMENESDELESAHUMANIDAD.pdf>.
- Ambos, K. & Böhm, M. L. (2009). La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo. Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa. En Ambos, K., *Desaparición Forzada de Personas. Análisis comparado e internacional* (195-255). Bogotá: Fiscalía General de la Nación, Editorial Temis.
- Aponte Cardona, A. (2009). *El desplazamiento forzado como crimen internacional en Colombia. Reglas, principios de interpretación y fórmulas de imputación*. (Monográfico 1, Centro Internacional de Toledo para la Paz –CITpax–). Recuperado de: http://www.citpaxobservatorio.org/images/stories/documentos/monografico_citpax_desplazamiento_por_alejandro_aponte.pdf.
- Arenas, A. V. (1991). *Comentarios al Código Penal Colombiano. Tomo II*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Awner, H. & Rivas, R. (1998). *La llamada “piratería aérea” en el derecho internacional*. Chile: Editorial Jurídica.
- Basilico, R. A., et al. (2011). *Delitos contra la libertad individual*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

- Bautista Avellaneda, M. E. (2015). *El derecho a la intimidad y su disponibilidad pública*. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia.
- Beccaria, C. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid, España: Universidad Carlos III de Madrid.
- Bush, G. W. (2010). *Decision points*. New York, Estados Unidos: Virgin Books.
- Becerra, J. (2014). *El principio de libertad en el derecho espacial*. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia.
- Bernal Castro, C. A. & Moya Vargas, M. F. (2015). *Libertad de expresión y proceso penal*. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia.
- Bernate Ochoa, F. (2011). *La imposibilidad de la aplicación de la autoría mediata por dominio funcional de aparatos de poder en el sistema legal colombiano y los delitos de conreñimiento a delinquir y de inducción a delinquir como posibles fórmulas de solución*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Betancourt, F. (2007). *Derecho Romano clásico*. 3ª ed. Sevilla, España: Universidad de Sevilla.
- Caballero, C. (27 de abril de 2009). Víctimas o victimarios, una hipótesis sobre las cifras de secuestro. *Razón Pública*. Recuperado de: <http://www.razonpublica.com/index.php/conflicto-drogas-y-paz-temas-30/522-victimas-o-victimarios-una-hipis-sobre-las-cifras-de-secuestro.html>
- Cabanellas, G. (1981). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo VII*. 17ª ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta.
- Cancino Moreno, A. J. (2005). *Genética y derecho penal*. Colombia: Editorial ABC Ltda.
- Cancino Moreno, A. J., Cancino González, I. A. & Teleki Ayala, J. D. (2005). *El derecho penal en Macondo*. Bogotá, Colombia: Librería ediciones del Profesional.
- Cardona Alzate, J. (2007). El amargo destino del secuestro en Colombia. En Cardona Alzate, J. et al., *Crónicas de secuestro (7-26)*. Bogotá, Colombia: Ediciones B.
- Cardona Alzate, J. (2014). *Diario del conflicto*. Bogotá, Colombia: Penguin Random House.
- Carrara, F. (1956). *Programa de Derecho Criminal. Vol. I*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Carrara, F. (1973). *Programa de Derecho Criminal. Tomo II*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Carvajal Martínez, J. E. (2015). *Derecho, seguridad y globalización*. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia.
- Cobo del Rosal, M. & Vives Anton, T. S. (1996). *Derecho Penal Parte General*. 4ª ed. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Curtis, H. et al. (2006). *Invitación a la Biología*. 6ª ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial Médica Panamericana.
- Dahrendorf, R. (2009). *La libertad a prueba. Los intelectuales frente a la tentación totalitaria*. Madrid, España: Trotta.

•Referencias•

- Decaux, E. (2014). La Convención Internacional contra las Desapariciones Forzadas. Un tratado para el siglo XXI. En Casado, M. & López Ortega, J.J. (Coord.), *Desapariciones forzadas de niños en Europa y Latinoamérica: del convenio de la ONU a las búsquedas a través del ADN*. Barcelona, España: Universidad de Barcelona.
- Del Alcázar, J., et al. (2003). *Historia contemporánea de América*. Valencia, España: Universitat de València.
- Diazgranados Quimbaya, L. A. (2014). *El acoso laboral: análisis conceptual y comparado*. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia.
- Escriche, J. (1991a). *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. Tomo II*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Escriche, Joaquín. (1991b). *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. Tomo III*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Farfán Molina, F. (2007). *Tráfico de órganos humanos y ley penal*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.
- Fernández Asenjo, G., et al. (2003). *El mundo del trabajo II*. Valencia, España: Colección Eduforma.
- Fernández Asenjo, G. (2008). *El habeas corpus en España. Un estudio de la legislación y la jurisprudencia constitucional*. Valencia, España: Tirant lo Planch.
- Ferro, J. G. E. (1987). Delitos contra la libertad individual y otras garantías. En Reyes Echandía, A., *Derecho Penal Parte Especial, Tomo I. 6ª ed.* (298-368). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Feuerbach, P. J. A. R. V. (1989). *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. [Traducido al castellano por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer]. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi.
- Forero Ramírez, J. C. (s.f.). *Dimensión del delito de tráfico de migrantes en Colombia. Realidades institucionales, legales y judiciales*. Bogotá, Colombia: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el delito –UNODC–.
- Forero Ramírez, J. C. (2002). *El delito de omisión en el Nuevo Código Penal*. Bogotá, Colombia: Ediciones Rosaristas.
- Gilbert, S. F. (2005). *Biología del desarrollo*. 7ª ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial Médica Panamericana.
- Giraldo, J. S. J. (2008). Desplazamiento forzado y derechos humanos. En González Monguí, P. E. (Comp.), *Derechos humanos fundamentación, obligatoriedad y cumplimiento*, (179-203). Bogotá, Colombia: Universidad Libre.
- Giraldo Marín, L. C. (1981). *Actas del nuevo Código Penal Colombiano, parte especial, Vol. II*. Bogotá, Colombia: Colección Pequeño Foro.
- Giraldo Marín, L. C. (1986). *Actas del nuevo Código Penal Colombiano, parte especial, Vol. III*. Bogotá, Colombia: Colección Pequeño Foro.

- Goldman, D. (2014). *Escuadrones de la muerte, ejecuciones ilegales en América Latina: ¿Guerra al crimen o “limpieza” social?*. México: L.D. Books.
- Gómez Jaramillo, A. & Silva García, G. (2015). *El futuro de la criminología crítica*. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia.
- Gómez Méndez, A. (1998). *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Gómez Pavajeau, C. A. (2005). *Estudios de dogmática en el nuevo Código Penal*. Bogotá, Colombia: Giro Editores.
- González Monguí, P. E. (2001). *Derecho Penal en las relaciones laborales públicas y privadas*. Bogotá, Colombia: Legis.
- González Monguí, P. E. (2007). *La policía judicial en el sistema penal acusatorio*. Bogotá, Colombia: Doctrina y Ley.
- González Monguí, P. E. (2013). *Procesos de selección penal negativa. Investigación criminológica*. Bogotá, Colombia: Universidad Libre.
- Grossman, C. & Herrera, M. (direc. y comp.). (2008). *Familia Monoparental*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad.
- Guerrero Peralta, O. J. (2007). *Fundamentos teóricos constitucionales del nuevo sistema penal*. 2da ed. Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.
- Gimbernat Ordeig, E. (1981). *Estudios de Derecho Penal*. Madrid, España: Civitas.
- Hernández Esquivel, A. (2002). *Autoría y participación en Lecciones de Derecho Penal*. Bogotá, Colombia: U. Externado de Colombia.
- Hernández y Gómez, J. (1861). *Establecimiento definitivo de las instituciones inglesas, cuándo tuvo lugar; que es petición de derechos, “Hábeas corpus” y Bill de Derechos*. Madrid, España: Imprenta y Estereotipia de M. Rivadeneyra.
- Hernández Martínez, D. M. (2007). Personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. En González Monguí, P. E. (Comp.), *Derecho Internacional Humanitario*. Bogotá, Colombia: Universidad Libre.
- Homero. (2005). *La Ilíada*. 19ª ed. Madrid, España: Editorial Edaf.
- Ibáñez, P. M. (1892). *Ensayo biográfico Gonzalo Jiménez de Quesada*. Bogotá, Colombia: Imprenta La Luz.
- Jakobs, G. (1995). *La competencia por organización en el delito omisivo*. Bogotá, Colombia: U. Externado.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed. [Traducido al español por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo]. Madrid, España: Marcial Pons.

•Referencias•

- Jescheck, H. (1993). *Tratado de derecho penal. Parte General*. 4ª ed. Granada, España: Editorial Comares.
- Kelman, H. C. & Hamilton, V. L. (1990). *Crímenes de obediencia*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Planeta.
- Kompass, A. (Septiembre, 1999). Ponencia del Director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, sobre Corte Penal Internacional, Bogotá. Recuperada de: <http://www.semana.com/nacion/articulo/exposicion-del-sr-anders-kompass-director-oficina-colombia-dela-alta-comisionada-naciones-unidas-para/46606-3>
- Lalinde Ordoñez, S. (2015). *Requisas ¿a discreción? Una tensión entre seguridad e intimidad*. Bogotá, Colombia: Dejusticia.
- Lara, P. (2 de agosto de 1982). Bajo el signo del secuestro. Desde Oliverio Lara hasta Gloria Lara de Echeverry, historia de una pesadilla. *Semana*. Recuperado de: <http://www.semana.com/nacion/articulo/bajo-el-signo-del-secuestro/501-3>.
- Lazzarini, J. L. (1967). *El juicio de amparo*. Buenos Aires, Argentina: La Ley Impresora.
- Liszt, F. V. (s.f.). *Tratado de derecho penal, Tomo II*. 3ª ed. Madrid, España: Reus.
- Lleras Cruz, C. (2008-2009). *Abuso policial: autoritarismo en la arbitrariedad legal*. (Informe Derechos Humanos, Colombia Diversa). Recuperado de: <http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/documentos/informes-dh/colombia-diversa-informe-dh-2008-2009-capitulo-3.pdf>.
- Llorens, M. & Moreno, M. (2008). *El secuestro en latinoamérica: los ojos de la víctima*. España: Commons.
- Lucea Sáenz, A. (2016). La trata de personas en el contexto. El necesario enfoque de género desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos. En Cañete, M. A. (Coord.), *Algunas formas de violencia. Mujer, conflicto y género*. Zaragoza, España: Prensas de la U. de Zaragoza.
- Manzini, V. (1957). *Tratado de Derecho Penal, Vol II, Tomo 7*. Buenos Aires, Argentina: Ediar Soc. Anón. Editores.
- Marks, C. (1971). *El delito de apoderamiento ilícito de aeronaves*. (Monografía para el grado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Recuperado de: <http://www.revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/viewFile/34598/36301>
- Madrid-Malo Garizabal, M. (1996). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Bogotá, Colombia: Defensoría del Pueblo.
- Martorell, F. (1999). *Operación Cóndor. El vuelo de la muerte*. Santiago de Chile, Chile: LOM Ediciones.
- Meini, I. (2009). Perú. En Ambos, K., *Desaparición Forzada de Personas. Análisis comparado e internacional*. Bogotá, Colombia: Fiscalía General de la Nación – Editorial Temis.

- Mendoza Buergo, B. (2000). *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, España: Civitas.
- Mendoza, H. (2005). La inseminación artificial en humanos. Una encrucijada para la filiación. *Perspectivas Sociales*, 7 (2), 1-15. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5018842.pdf>
- Mir Puig, S. (1998). *Derecho Penal parte general*. 5ª ed. Barcelona, España: Reppertor S.L.
- Molina Mesa, V. (2008). El hábeas corpus y la tutela de la libertad personal. *Estudios de Derecho*, LXV(146), 33-55.
- Molina Theissen, A. L. (1996). La desaparición forzada de personas en América Latina. Recuperado de: http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/investig/biblio_theissen_01.htm
- Mommsen, T. (1999). *Derecho penal romano*. 2ª ed. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Mosquera Mesa, R. & Guevelly, J. E. (2008). Análisis del secuestro en Colombia. En Géchem Turbay, J. E, *¡Desviaron el vuelo! Vía crucis de mi secuestro*, (153-237). Bogotá, Colombia, Editorial Oveja Negra.
- Moya Vargas, M. F. & Bernal Castro, C. A. (2015). *Los menores en el sistema penal colombiano*. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia.
- Muñoz Conde, F. & García Arán, M. (2015). *Derecho Penal. Parte general*. 9ª ed. Valencia, España: Ed. Tirant lo Blanch.
- Navarro, D. P. (30 de julio de 2015). Piratería marítima aquí. *El Universal*. Recuperado de: <http://www.eluniversal.com.co/opinion/columna/pirateria-maritima-aqui-9011>.
- Pabón Parra, P. A. (1996). *Manual de derecho penal*. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Ibáñez.
- Perdomo Torres, J. F. (2001). *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Pérez, L. C. (1981). *Derecho penal. Partes general y especial, Tomo I*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Pérez, L. C. (1985). *Derecho penal. Partes general y especial, Tomo IV*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Pshisva, R. & Suarez, G. A. (2006). 'Captive Markets': The Impact of Kidnappings on Corporate Investment in Colombia. *Federal Reserve Board, Divisions of Research & Statistics and Monetary Affairs, Finance and Economics, Discussion Series*. Recuperado de: <https://www.federalreserve.gov/pubs/feds/2006/200618/200618pap.pdf>.
- Pulido Barrantes, C. A. (2008). *El secuestro; aspectos históricos, jurídicos, criminológicos, estadísticos y de policía judicial*. Bogotá, Colombia: Plaza & Janes.
- Restrepo Piedrahita, C. (1995). *Constituciones políticas nacionales de Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Reyes Echandía, A. (1989). *La tipicidad*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Reyes Echandía, A. (2000). *Derecho Penal, parte general*. Bogotá, Colombia: Temis.

•Referencias•

- Rodríguez Mesa, M. J. (2000). *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*. Granada, España: Editorial Comares.
- Rodríguez, M. A. (1992). *Bases de datos*. Madrid, España: Editorial McGraw Hill.
- Rodríguez Rescia, V. M. (2008) Introducción a los derechos humanos. Curso básico autoformativo sobre derechos humanos. En González-Monguí, P. E. (Comp.), *Derechos humanos fundamentación, obligatoriedad y cumplimiento*, Bogotá, Colombia: Universidad Libre.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General, Tomo I*. 2ª ed. Madrid, España: Ed. Civitas.
- Roxin, C. (2009). La vigilancia acústica del domicilio o el ámbito esencial de configuración de la vida privada. *Revista Penal*, (23), pp. 172-180.
- Roxin, C. (2014). *Derecho Penal Parte General. Especiales formas de aparición del delito, Tomo II*. [Traducido al español por Diego Manuel Luzón Peña, et al.]. Madrid, España: Thomson Reuters-Civitas.
- Sampedro Arrubla, C. (2005). Delitos contra la libertad individual y otras garantías. En *Lecciones de derecho penal parte especial*, 729-744. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Sánchez-Vera Gómez-Trellez, J. (1997). *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Senn, J. A. (1997). *Análisis y diseño de sistemas de información*. 2ª ed. Bogotá, Colombia: Ed. McGraw Hill.
- Sobrino Heredia, J. M. (2008). *Piratería y terrorismo en el mar*. Recuperado de: http://www.ehu.eus/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2008/2008_2.pdf.
- Silva Romero, R. (10 de marzo de 2012). Porfirio. *Semana*. Recuperado de: <http://www.semana.com/cultura/articulo/porfirio/254630-3>
- Silva Sánchez, J. M. (1986). *El delito de omisión concepto y sistema*. Barcelona, España: Editorial Bosch.
- Torres Pérez, M. (2008). *La responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de lesa humanidad*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Velásquez Velásquez, F. (1997). *Derecho Penal, Parte General*. 3ª ed. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Velásquez Velásquez, F. (2002). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Velásquez Velásquez, F. (2012). La flexibilidad del principio de legalidad y los crímenes que agravan a la humanidad. *Cuadernos de Derecho Penal*, (7), 91-106. Bogotá, Colombia: Universidad Sergio Arboleda.
- Vélez Fernández, G. F. (2004). *La desaparición forzada de personas y su tipificación en el Código penal peruano*. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires, Argentina: Roque de Palma editor.
- Zaffaroni, E. R., et al. (2002). *Derecho Penal Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Organizaciones

- American Civil Liberties Union. (2016). *The Trump Memos. The ACLU's Constitutional Analysis of the Public Statements and Policy Proposals of Donald Trump*. Recuperado de: <https://action.aclu.org/sites/default/files/pages/trumpmemos.pdf>
- Amnistía Internacional. (Agosto, 2009). Historia de la tortura. Recuperado de: <http://www.amnistia-catalunya.org/edu/es/historia/inf-tortura.html>
- Amnistía Internacional. (2011). *Estados Unidos. Mirar para otro lado*. Madrid, España: Editorial Amnistía Internacional.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2012). *Justicia y paz ¿verdad judicial o verdad histórica?* Bogotá, Colombia: Publicaciones Semana.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2013). *¡Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad*. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2014). *Normas y dimensiones de la desaparición forzada en Colombia, Tomo I*. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2016). *Hasta encontrarlos. El drama de la desaparición forzada en Colombia*. Bogotá, Colombia: CNMH.
- Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas –CONADEP–. (1984). *Informe Nunca Más*. Recuperado de: http://www.dhnet.org.br/direitos/mercosul/a_pdf/nunca_mas_argentino.pdf
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1981). *Informe Colombia*. Recuperado de: <http://www.cidh.org/countryrep/Colombia81sp/Indice.htm>
- Congreso de la República de Colombia. Gaceta. (2001). Exposición de motivos. Representante a la Cámara autora del Proyecto Nelly Moreno Rojas, No 113. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional.
- Fiscalía General de la Nación. (1998). *Proyecto de Ley por la cual se expide el Código Penal*. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional.
- Instituto Valenciano de Infertilidad. (2017). Fecundación in Vitro (FIV). Recuperado de: <https://www.ivi.es/pacientes/tratamientos-reproduccion-asistida/fecundacion-in-vitro/>
- OEA. (1948). *Declaración Americana de Derechos Humanos. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá*. Recuperada de: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>.

•Referencias•

- OEA. (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica*. Recuperada de: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- OEA. (1985). *Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura*. Recuperado de: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-51.html>
- OEA. (1994). *Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, en Belém do Pará, Brasil*. Recuperada de: <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-60.html>
- Oficina Internacional del Trabajo. (2007). *Erradicar el trabajo forzoso*. Recuperado de: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_089201.pdf
- Organización Internacional del Trabajo –OIT–. (1930). *Conferencia General. Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio*. Recuperado de: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C029
- Organización Internacional del Trabajo –OIT–. (1948). *Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación*. Recuperado de: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C087
- Organización Internacional del Trabajo –OIT–. (2006). *Trata de seres humanos y el trabajo forzoso como forma de explotación. Guía sobre la legislación y su aplicación*. Recuperado de: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_089201.pdf
- ONU. (s.f.). Comisión de Derechos Humanos, Consejo Económico y Social (ECOSOC). Recuperado de: <https://www.un.org/ecosoc/es/>
- ONU. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Recuperado de: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf
- ONU. (1949). *Convenio para la represión de la Trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena*. Recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TrafficInPersons.aspx>
- ONU. (1956). *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, Adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 608 (XXI), Ginebra*. Recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/SupplementaryConventionAbolitionOfSlavery.aspx>
- ONU. (1963). *Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, firmado en Tokio*. Recuperado de: https://www.unodc.org/tldb/es/1963_Convention_On%20Board%20Aircraft.html
- ONU. (1966). *Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos*. Recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

- ONU. (1970). *Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, adoptado por la Conferencia de la Haya*. Recuperado de: http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conv_repre_apodera_il%C3%ADcito_aeronaves.pdf
- ONU, Asamblea General. (3 de diciembre de 1973). Sesión 28, Resolución 3074. Recuperado de: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3074\(XXVIII\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3074(XXVIII)&Lang=S&Area=RESOLUTION)
- ONU, Asamblea General. (9 de diciembre de 1975). Resolución 3450. Recuperado de: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3450\(XXX\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3450(XXX)&Lang=S&Area=RESOLUTION)
- ONU, Asamblea General. (16 de diciembre de 1976). Resolución 31/124. Recuperado de: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/31/124&Lang=S>
- ONU, Asamblea General. (16 de diciembre de 1977a). Resolución 32/128 sobre “la ausencia de progresos para recuperar el rastro y conocer el paradero de las personas desaparecidas en Chipre”. Recuperado de: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/32/128&Lang=S>
- ONU. (1977b). *Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*. Recuperado de: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-i.htm>
- ONU. (1977c). Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. En Comité Internacional de la Cruz Roja, *Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra*, pp. 87-97. Recuperado de: <https://www.icrc.org/spa/assets/files/publications/icrc-003-0321.pdf>
- ONU, Asamblea General. (20 de diciembre de 1978). Resolución 33/172. Recuperado de: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/33/172&Lang=S>
- ONU, Asamblea General. (20 de diciembre de 1978). Resolución 33/173. Recuperado de: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/33/173&Lang=S>
- ONU, Asamblea General. (16 de diciembre de 1981). Resolución 36/164. Recuperado de: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/33/172&Lang=S>
- ONU, Consejo Económico y social, Comisión de derechos humanos. (2 de febrero – 7 marzo de 1981) 37º periodo de sesiones. Recuperado de: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G81/151/51/PDF/G8115151.pdf?OpenElement>
- ONU. (1984). *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de la ONU*. Recuperada de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>
- ONU. (1988). *Protocolo para la Represión de Actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, complementario del convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil*. Recuperado de: <http://www.un.org/es/sc/ctc/docs/conventions/conv7.pdf>

•Referencias•

- ONU. (1989). *Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la visita realizada a Colombia en 1988*. Recuperado de: <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/gtsdf/E-CN-4-1989-18-ADD-1.html>
- ONU, Asamblea General. (1991). Resolución 46/119 del 17, Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental. Recuperado de: <https://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/principiosproteccionmental.htm>
- ONU. Asamblea General. (1992). Resolución 47/133, Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.. Recuperado de: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/47/133>
- ONU. (1998a). *Estatuto de Roma*. Recuperado de: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).
- ONU. (1998b). *Informe del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para el tema de los Desplazamientos Internos de Personas, Francis Deng*. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04%20anexo%203.htm>
- ONU. Consejo de Seguridad. (2000a). Sesión 4186, Resolución 1315. Recuperado de: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/605/35/PDF/N0060535.pdf?OpenElement>
- ONU. (2000b). *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire*. Recuperado de: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/560/92/PDF/N0056092.pdf?OpenElement>
- ONU. (2000c). *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Recuperado de: <http://www.un.org/es/conf/conv2000/>
- ONU. (2000d). *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*. Recuperado de: <https://www.unodc.org/pdf/cld/TOCebook-s.pdf>
- ONU, Consejo Económico y Social, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. (2002a). *Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas*. (Texto presentado al Consejo Económico y Social como adición al informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos). Recuperado de: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Commentary_Human_Trafficking_sp.pdf
- ONU. (2002b). Elementos de los Crímenes. En Valencia Villa, A. (comp.), *Compilación de Derecho Penal Internacional. El Estatuto de Roma y otros instrumentos de la Corte Penal Internacional*. Recuperado de: <http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/NU%20Derecho%20Penal%201.pdf>
- ONU. (2002-2005). *Guía anotada del Protocolo Completo de la ONU contra la trata de personas*. Recuperado de: http://www.oas.org/atip/Reports/Annot_Prot_SPANISH.pdf

- ONU. (2006). *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*. Recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ConventionCED.aspx>
- ONU. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos –OACNUDH– (2009). *La desaparición forzada de personas en Colombia. Guía de normas, mecanismos y procedimientos*. Bogotá, Colombia: USAID-ONU.
- ONU. (2010a). *Convenio para la represión de actos ilícitos relacionados con la aviación civil internacional hecho en Beijing*. Recuperado de: http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Beijing_Conv_ES.pdf
- ONU. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2010b). *Ley modelo contra la trata de personas*. Recuperado de: <https://www.unodc.org/documents/human-traffic-king/TIP-Model-Law-Spanish.pdf>
- ONU. (2015). Repertorio de la práctica seguida por el Consejo de Seguridad. Recuperado de: http://www.un.org/es/sc/repertoire/subsidiary_organs/international_tribunals.shtml.
- ONU, Asamblea General. (2015). *Seguimiento a las recomendaciones del Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o , involuntarias en su informe relativo a su visita a México del 18 al 31 de marzo de 2011*. Recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Disappearances/Pages/Visits.aspx>
- ONU. Comité contra la Desaparición Forzada. (2016). *Observaciones finales sobre el informe presentado por Colombia en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención*. Recuperado de: http://www.justiciapazcolombia.com/IMG/pdf/ced_c_col_co_1_25513_s.pdf
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española*. 23ª ed. Recuperado de: <http://dle.rae.es/>
- SenateSelectCommitteeonIntelligence.(2014). *CommitteeStudyoftheCentralIntelligenceAgency's Detention and Interrogation Program*. Recuperado de: <http://documents.latimes.com/committee-study-central-intelligence-agencys-detention-and-interrogation-program/>

Jurisprudencia

- Consejo de Estado. (Sentencia del 25 de noviembre de 1991). Expediente 4639. [C.P. Joaquín Barreto Ruíz].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2 de diciembre de 1996). Sentencia n° 11798. [C. P. Daniel Suárez Hernández].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (9 de noviembre de 1997). Sentencia n° 11600. [M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (28 de enero de 1999). Sentencia n° 12623. [C.P. Ricardo Hoyos Duque].

•Referencias•

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. (11 de septiembre de 2015). Radicado 47001-23-33-000-2015-00316-01(HC). [C.P. Hernán Andrade Rincón].
- Corte Constitucional. (7 de julio de 1992). Sentencia T-444. [M.P. Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional. (15 de septiembre de 1992). Sentencia T-518. [M.P. José Gregorio Hernández Galindo*].
- Corte Constitucional. (12 de noviembre de 1992). Sentencia C-587. [M.P. Ciro Angarita Barón].
- Corte constitucional. (15 de diciembre de 1992). Sentencia T-611. [M.P. José Gregorio Hernández Galindo].
- Corte Constitucional. (2 de agosto de 1993). Sentencia C-301. [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Corte Constitucional. (24 de noviembre de 1993). Sentencia C-542. [M.P. Jorge Arango Mejía].
- Corte Constitucional. (7 de diciembre de 1993). Sentencia C-565. [M.P. Hernando Herrera Vergara].
- Corte Constitucional. (20 de enero de 1994). Sentencia C-009. [M.P. Antonio Barrera Carbonell].
- Corte Constitucional. (27 de enero de 1994). Sentencia C-024. [M.P. Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional. (23 de febrero de 1994). Sentencia C-069. [M.P. Vladimiro Naranjo Mesa].
- Corte Constitucional. (5 de mayo de 1994). Sentencia C-221. [M.P. Carlos Gaviria Díaz].
- Corte Constitucional. (2 de noviembre de 1995). Sentencia C-489. [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Corte Constitucional. (4 de diciembre de 1995). Sentencia C-578. [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Corte Constitucional. (19 de febrero de 1996). Sentencia T-062. [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Corte Constitucional. (18 de junio de 1996). Sentencia C-319. [M.P. Vladimiro Naranjo Mesa].
- Corte Constitucional. (27 de junio de 1996). Sentencia C-284. [M.P. Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional. (12 de septiembre de 1996). Sentencia C-430. [M.P. Carlos Gaviria Díaz].
- Corte Constitucional. (21 de noviembre de 1996). Sentencia C-626. [M.P. José Gregorio Hernández Galindo].
- Corte Constitucional. (28 de noviembre de 1996). Sentencia C-657. [M.P. Fabio Morón Díaz].
- Corte Constitucional. (26 de noviembre de 1997). Sentencia C-599. [M.P. Jorge Arango Mejía].
- Corte Constitucional. (13 de mayo de 1998). Sentencia C-199. [M.P. Hernando Herrera Vergara].
- Corte Constitucional. (21 de septiembre de 1998). Sentencia T-517. [M.P. Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional. (3 de marzo de 1999). Sentencia C-133. [M.P. Carlos Gaviria Díaz].
- Corte Constitucional. (22 de abril de 1999). Sentencia T-260. [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz].

- Corte Constitucional. (6 de octubre de 1999). Sentencia C-741. [M.P. Fabio Morón Díaz].
- Corte Constitucional. (26 de marzo de 2001). Sentencia T-327, Radicado T-366589. [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra].
- Corte Constitucional. (6 de junio de 2001). Sentencia C-581. [M.P. Jaime Araujo Rentería].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (13 de noviembre de 2001). Sentencia SU-1184-01 [M.P. Eduardo Montealegre Lynett].
- Corte Constitucional. (14 de febrero de 2002). Sentencia C-107. [M.P. Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional. (2 de mayo de 2002). Sentencia C-317-02. [M.P. Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional. (30 de julio de 2002). Sentencia C-578. [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa].
- Corte Constitucional. (31 de julio de 2002). Sentencia C-580. [M.P. Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional. (26 de noviembre de 2002). Sentencia C-1024. [M. P. Alfredo Beltrán Sierra].
- Corte Constitucional. (1 de abril de 2003). Sentencia C-271. [M.P. Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional. (10 de junio de 2003). Sentencia C-478. [M.P. Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional. (12 de agosto de 2003). Sentencia C-692. [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra].
- Corte Constitucional. (21 de octubre de 2003). Sentencia C-962. [M.P. Alfredo Beltrán Sierra].
- Corte Constitucional. (22 de febrero de 2005). Sentencia C-148. [M.P. Álvaro Tafur Galvis].
- Corte Constitucional. (10 de mayo de 2005). Sentencia C-473. [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa].
- Corte Constitucional. (18 de mayo de 2006). Sentencia C-370. [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa et al.].
- Corte Constitucional. (14 de marzo de 2007). Sentencia C-176. [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra].
- Corte Constitucional. (11 de marzo de 2008). Sentencia C-256. [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa].
- Corte Constitucional. (30 de julio de 2008). Sentencia C-756. [M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra].
- Corte Constitucional. (18 de noviembre de 2008). Sentencia T-1137. [M.P. Jaime Córdoba Triviño].
- Corte Constitucional. (3 de diciembre de 2008). Sentencia C-1184. [M.P. Nilsón Pinilla Pinilla].
- Corte Constitucional. (28 de enero de 2009). Sentencia C-029. [M.P. Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional. (24 de febrero de 2009). Sentencia C-131. [MP. Nilson Pinilla Pinilla].
- Corte Constitucional. (13 de agosto de 2010). Sentencia T-629. [M.P. Juan Carlos Henao Pérez].
- Corte Constitucional. (17 de agosto de 2010). Sentencia C-639. [M.P. Humberto Sierra Porto].
- Corte Constitucional. (16 de noviembre de 2010). Sentencia C-913. [M.P. Nilsón Pinilla Pinilla].

•Referencias•

- Corte Constitucional. (23 de febrero de 2011). Sentencia C-100. [M.P. María Victoria Calle Correa].
- Corte Constitucional. (26 de julio de 2011). Sentencia C-577. [M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].
- Corte Constitucional. (18 de agosto de 2011). Sentencia C-620. [M.P. Juan Carlos Henao Pérez].
- Corte Constitucional. (22 de noviembre de 2011). Sentencia C-879. [M.P. Humberto Sierra Porto].
- Corte Constitucional. (22 de febrero de 2012). Sentencia C-121. [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva].
- Corte Constitucional. (22 de marzo de 2012). Sentencia C-239. [M.P. Juan Carlos Henao Pérez].
- Corte Constitucional. (2 de mayo de 2012). Sentencia C-317. [M.P. Cara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional. (23 de julio de 2013). Sentencia C-472. [M.P. Mauricio González Cuervo].
- Corte Constitucional. (7 de mayo de 2014). Sentencia C-278. [M.P. Mauricio González Cuervo].
- Corte Constitucional. (26 de junio de 2014). Sentencia C-390. [M.P. Alberto Rojas Ríos].
- Corte Constitucional. (9 de julio de 2014). Sentencia C-464. [M.P. Alberto Rojas Ríos].
- Corte Constitucional. (6 de abril de 2015). Sentencia C-143. [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva].
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (20 de enero de 1989). Sentencia Caso Godínez Cruz vs. Honduras.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (25 de noviembre de 2000). Sentencia Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (22 de noviembre de 2005). Sentencia Caso Gómez Palomino vs. Perú.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (15 de febrero de 1972). Nos. 2352-2357. [M.P. José María Velasco Guerrero].
- Corte Suprema de Justicia. (Sentencia 30 de octubre de 1978). [M.P. Luis Carlos Sáchica].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Sentencia 3 de junio de 1983). [Luis Enrique Aldana Rozo].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Auto 30 noviembre de 1983). [M.P. Luis Enrique Aldana Rozo].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (30 de octubre de 1991). Radicado 5458. [M.P. Dídimo Páez Velandia].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (24 de abril de 1992). Radicado 6560. [M.P. Juan Manuel Torres Fresneda].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Sentencia 14 de julio de 1994). Radicado 8389. [M.P. Gustavo Gómez Velásquez].

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Sentencia 10 de julio de 1996). Radicado S-9459. [M.P. Dídimo Páez Velandia].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2 de diciembre de 1998). Sentencia 11346. [M.P. Fernando Arboleda Rippol].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Sentencia 22 de febrero de 2000). Radicado 14120. [M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Sentencia 14 de abril de 2000). Radicado 13384. [M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Sentencia 25 de mayo de 2000). Radicado 12904. [M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Sentencia 4 de abril de 2003). Radicado 12742. [M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Sentencia 4 de febrero de 2004). Radicado 21050. [M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Sentencia 30 de marzo de 2006). Radicado 22813. [M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Sentencia 25 de mayo de 2006). Radicado 20326. [M.P. Edgar Lombana Trujillo].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Sentencia 27 de julio de 2006). Radicado 25536. [M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Sentencia 17 de agosto de 2006). Radicado 23796. [M.P. Julio Enrique Socha Salamanca].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Sentencia 12 de octubre de 2006). Radicado 25465. [M.P. Marina Pulido de Barón].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Auto 27 de noviembre de 2006). Radicado 26503. [M.P. Alfredo Gómez Quintero].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Auto 25 de enero de 2007). Radicado 26810. [M.P. Javier Zapata Ortiz].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Sentencia 7 marzo de 2007). Radicado 21457. [M.P. Jorge Luis Quintero Milanés].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Sentencia 24 de octubre de 2007). Radicado 26597. [M.P. Sigifredo Espinosa Pérez].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Sentencia 29 de abril de 2008). Sentencia 28535. [M.P. José Leónidas Bustos Martínez].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Sentencia 8 de octubre de 2008). Radicado 26489. [M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán].

•Referencias•

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Sentencia 4 de febrero de 2009). Radicado 26409. [M.P. Sigifredo Espinosa Pérez].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (10 de marzo de 2010). Sentencia 32422. [M.P. Julio Enrique Socha Salamanca].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Sentencia 14 de abril de 2010). Radicado 32003. [M.P. José Leónidas Bustos Martínez, en Régimen Penal Colombiano].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Auto 16 de diciembre de 2010). Radicado 33039. [M.P. José Leónidas Bustos Martínez].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Sentencia 26 de enero de 2011). Radicado 33612. [M.P. María de Rosario González de Lemos y Augusto J. Ibáñez Guzmán].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Auto 14 de marzo de 2011). Radicado 33118.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (27 de abril de 2011). Sentencia contra Edward Cobos Tellez y Uber Enrique Banquéz (segunda instancia).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Sentencia 14 de septiembre de 2011). Radicado 36107. [M.P. José Leónidas Bustos Martínez].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Auto 22 de septiembre de 2011). Radicación 37499. [M.P. Sigifredo Espinosa Pérez].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Auto 18 de noviembre de 2011). Radicación 37877. [M.P. Sigifredo Espinosa Pérez].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (15 de febrero de 2012). Sentencia 33149. [M.P. Fernando Alberto Castro].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Sentencia 19 de diciembre de 2012). Radicado 39109. [M.P. Fernando Alberto Castro Caballero].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Sentencia 17 de abril de 2013). Radicado 40559. [M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Sentencia 15 de mayo de 2013). Radicado 33118.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Sentencia 11 de septiembre de 2013). Radicado 41790. [M.P. María del Rosario González Muñoz].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Sentencia 16 de octubre de 2013). Radicado 39257. [M.P. Eugenio Fernández Carlier].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Sentencia 19 de marzo de 2014). Radicado 40733. [M.P. María del Rosario González].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (24 de septiembre de 2014). Sentencia SP-12926-14 (39279). [M.P. Eugenio Fernández Carlier].

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Auto 6 de febrero de 2015). Radicado 45300. [M.P. Eyder Patiño Cabrera].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Auto 9 de abril de 2015). Radicado 45721. [M.P. Patricia Salazar Cuellar].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Sentencia 28 de abril de 2015). Radicado 36784. [M.P. Fernando Alberto Castro Caballero y Eugenio Fernández Carlier].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Sentencia 15 de julio de 2015). Radicado 45.795. [M.P. Eyder Patiño Cabrera].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Sentencia 25 de noviembre de 2015). Radicado 42510. [M.P. Patricia Salazar Cuéllar].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Sentencia 2 de noviembre de 2016). Radicado 44931. [M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa].
- Tribunal Constitucional Federal Alemán. (30 de marzo de 2004). Sentencia de la Primera Sala, 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. (2010). Radicado 110016000253200680077. [M.P. Uldi Teresa Jiménez López].
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. (20 de noviembre de 2014). Sentencia contra Salvatore Mancuso y otros.

Otros documentos

- BHO. (1640). *Charles I, 1640: An Act for the Regulating the Privie Councell and for taking away the Court commonly called the Star Chamber*. Recuperado de: <http://www.british-history.ac.uk/statutes-realm/vol5/pp110-112>.
- Code Pénal France [Código]. (1992). Legifrance, versión consolidéau 2016. Recuperada de: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>
- Código Penal Alemán [Código]. (1999) [Traducido por Claudia López Díaz]. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Código Penal Argentina [Código]. (1985). Recuperado de: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=270028&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>
- Código Penal de Chile [Código]. (1874). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>
- Código Penal de Colombia [Código]. (1890). Imprenta Nacional.
- Código Penal de España [Código]. (1995). Recuperado de: https://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=

•Referencias•

- Código Penal de Perú [Código]. (1991). Recuperado de: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080616_75.pdf
- Código Penal Federal de México [Código]. (1931). Recuperado de: <https://www.hsph.harvard.edu/population/domesticviolence/mexico.penal.pdf>
- Código Orgánico Integral Penal de Ecuador [Código]. (2014). Recuperado de: http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2014/05/c%C3%B3digo_org%C3%A1nico_integral_penal_-_coip_ed._sdn-mjdhc.pdf
- Código de Procedimiento Penal de Chile [Código]. (1906). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22960#habeas0>
- Colectivo de Abogados. (Miércoles 15 de junio de 2005). Acuerdo de Asistencia Militar entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América. Recuperado de: <http://colectivodeabogados.org/Acuerdo-de-asistencia-militar-entre-la-Republica-de-Colombia-y-los-Estados>
- Colectivo de Abogados. (Miércoles 15 de junio de 2005). Convenio general para ayuda económica, técnica y afin entre el Gobierno de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América. Recuperado de: <http://colectivodeabogados.org/Convenio-general-para-ayuda>
- Comisión de la Verdad y Reconciliación. (9 de octubre de 2003). Informe Final. Recuperado de: <http://cverdad.org.pe/ifinal/>
- Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. (17 de junio de 2016). Ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro. Recuperada de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPSDMS_170616.pdf
- Congreso Nacional de Chile. (2009). Ley 20.357. Recuperada de: [<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1004297>].
- Constitución Nacional de la República Argentina [Const.]. (1994). Recuperado de: http://leyes-ar.com/constitucion_nacional/43.htm
- Constitución Política de Chile [Const.]. (2005). Recuperada de: http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Chile.pdf
- Constitución Política de Perú [Const.]. (1993). Recuperado de: <http://www.constitucionpolitica-delperu.com/>
- Corte Penal Internacional. (1998). *Estatuto de Roma*. Recuperado de: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)
- Cruz Roja. (1945). Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945. Recuperado de https://www.almendron.com/blog/wp-content/images/2015/01/Acuerdo_Londres_8_Agosto_1945.pdf
- Declaración de derechos del pueblo de Virginia. (1776). Recuperada de: [http://www.unav.edu/departamento/constitucional/files/file/Derecho%20constitucional/Declaracion%20de%20derechos%20de%20Virginia%20\(1776\).pdf](http://www.unav.edu/departamento/constitucional/files/file/Derecho%20constitucional/Declaracion%20de%20derechos%20de%20Virginia%20(1776).pdf)

- El Espectador. (4 de noviembre de 2015). Tras la ruta de los 117.646 desaparecidos en Colombia. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/noticias/politica/tras-ruta-de-los-117646-desaparecidos-colombia-articulo-597098>
- El Espectador. (13 de diciembre de 2016). Así maltratan a las trabajadoras sexuales en Bogotá. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/noticias/bogota/asi-maltratan-trabajado-ras-sexuales-bogota-articulo-670304>
- El Mundo. (27 de enero de 2017). Trump apoya la tortura en los interrogatorios como método efectivo para combatir el terrorismo. Recuperado de: <http://www.elmundo.es/internacional/2017/01/26/58896262e5fdeaad368b465f.html>
- Magna Carta Libertatum. (1215). Recuperado de: <http://alexpeak.com/twr/mc/>
- Naciones Unidas. (1926). *Convención sobre la Esclavitud*. Recuperada de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/SlaveryConvention.aspx>
- National Archives. (2016). La Declaración de Independencia de Estados Unidos, 4 de julio de 1776. Recuperado de: <http://www.archives.gov/espanol/la-declaracion-de-independencia.html>
- Office of United States Chief of Counsel for Prosecution of Axis Criminality. (1946-1948). *Nazi Conspiracy and Aggression, Vol. II*. Washington, DC: Government Printing Office.
- Office of the Prosecutor OTP of the International Criminal Court ICC. (2015). *Report on Preliminary Examination Activities*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-PE-rep-2015-Eng.pdf>
- ONU. (1949). *III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 1949*. Recuperado de: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-3-5tdkwx.htm>
- Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos - Brasil. (6 de junio de 2002). Decreto Legislativo 112. Recuperado de: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm
- Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos - Brasil. (11 de abril de 2011). Decreto Legislativo N ° 127. Recuperado de: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8766.htm
- Sagrada Biblia, Antiguo Testamento, Génesis 22-36. Recuperada de: <http://www.bibliacatolica.com.ar/genesis-22.html>
- Semana. (20 de febrero de 2016). La acción que acabó con el Caguán. Recuperado de: <http://www.semana.com/nacion/articulo/farc-secuestro-avion-con-jorge-eduardo-gechem-turbay-a-bordo-en-el-2002/461284>
- Secretaría de Derechos Humanos. (8 de julio de 2015). *Cifra oficial confirmada de detenidos desaparecidos en Uruguay es de 192 personas. Presidencia, República Oriental del Uruguay*. Recuperado de: <http://www.presidencia.gub.uy/comunicacion/comunicacionnoticias/comunicado-secretaria-derechos-humanos-pasado-reciente>

•Referencias•

- Senado y Cámara de Representantes, Asamblea General de la República Oriental del Uruguay. (4 de octubre de 2006). Cooperación con La Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad. [Ley 18.026 de 2006]. Recuperado de: <http://relapt.usta.edu.co/images/2006-ley-18026-cooperacion-con-la-corte-penal-internacional.pdf>
- Senado Federal de Brasil. (1 de septiembre de 2010). Decreto Legislativo No. 661. Recuperado de: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=270028&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>
- Tribunal Militar Internacional de Núremberg. (1945). *Estatuto*. Recuperado de: <http://www.ehu.es/ceinik/tratados/7TRATADOSRELATIVOSACRIMENESDEGUERRA/CG73ESP.pdf>



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Editado por la Universidad Católica de Colombia en marzo de 2017, impreso en papel propalibros de 75 g., en tipografía Times New Roman, tamaño 11 pts.

Publicación digital
Hipertexto Ltda.

Impreso por:
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia

DELITOS CONTRA LA
LIBERTAD INDIVIDUAL Y
OTRAS GARANTÍAS

17

El autor realiza un estudio dogmático de los diferentes tipos penales que afectan el bien jurídico de la libertad individual, con fundamento en la legislación penal internacional, el derecho comparado, la doctrina y jurisprudencia nacional, y su aporte teórico con base en su experiencia académica y el ejercicio profesional.

El contenido es de especial importancia si se tiene en cuenta que en Colombia se registran sorprendentes cifras en materia de delitos contra la libertad individual, como desaparición forzada, secuestro, desplazamiento forzado, tortura y violaciones a la intimidad, fundamentalmente en un contexto de irrespeto a los derechos humanos e intolerancia en relación con las ideas de las personas que muestran algún descontento o inconformidad con la situación política colombiana.

No es la única causa para este tipo de delitos, hay muchas otras, además de los intereses políticos de diferente ideología, están presentes los de tipo económico que utilizan el secuestro para el enriquecimiento personal o para financiar la guerra, la desaparición forzada para librarse de los competidores en los negocios ilícitos, o por medios violentos o maniobras engañosas se afectan los derechos de asociación de sus trabajadores o se ha utilizado la detención arbitraria como una forma de afectación de la libertad de las personas. Incluso existen partidarios de lograr el restablecimiento de la tortura como un mecanismo de investigación para obtener confesiones de delitos o para prever los que posiblemente vayan a suceder, en una falsa disyuntiva entre la seguridad de todos o la afectación de los derechos humanos de unos pocos. De ahí la importancia de conocer la dogmática de los delitos contra la libertad individual.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

