

Conspiracy to commit a crime
in “parapolitics”.
A comparative study

El delito de Concierto
para Delinquir
en los casos de
“La Parapolítica”*

Fecha de recepción: Mayo 25 de 2010

Fecha de aceptación: Junio 18 de 2010

*Luis Hernando Valero Montenegro***

RESUMEN

El delito de concierto para delinquir, cuya inclusión en el ordenamiento penal foráneo data de la época napoleónica, y que en la legislación nacional ha tenido permanencia desde su inscripción en el primer código penal de la República unificada, actualmente ha cobrado un inusitado auge, con ocasión de los casos signados como “la parapolítica”, situación cuya génesis se halla en el poderío que sobre bastas zonas de la geografía nacional ostentaron los grupos de las autodefensas.

La situación de quienes sobrevivieron en los lugares y momentos en que las autodefensas se impusieron, y que por ende debieron soportar nefastas y denigrantes condiciones y asumir conductas que en condiciones normales no hubieran observado, todo en procura de salvaguardar sus vidas y demás derechos, antes que una censura generalizada y estigmatizadora, merece una cuidadosa reflexión dentro del contexto en que se suscitaron. Circunstancias palmarias e innegables como la coacción infligida por el poderío “paramilitar” y sus efectos sobre la voluntad de la comunidad, no pueden pasar desapercibidos.

* Artículo producto del proyecto de investigación docente denominado “El delito concierto para delinquir de los casos de “la parapolítica”, adscrito al Grupo de Investigación Derecho y Política de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Fundación Universitaria Los Libertadores.

** Abogado especializado en ciencias penales y criminológicas, ex empleado de la rama judicial, docente en las asignaturas de pruebas judiciales, Derecho Penal General, especial y Procesal, así como Ex coordinador en el área de derecho penal. Investigadores de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Fundación Universitaria Los Libertadores. Contacto: lhvalerom@libertadores.edu.co

ABSTRACT

The conspiracy to commit crime, whose inclusion in the foreign penal code dates from the Napoleonic times, and that has remained in the national legislation since its inscription in the first penal code of the unified Republic, has gained an unusual importance in the occasion of the cases signed as “parapolitics”, a situation whose genesis is found in the power that self-defense forces have over vast regions of the national geography.

The situation of those who survived the places and moments where self-defenses imposed themselves, and who had to bear with the ill-fated and humiliating conditions by assuming behaviors that, under normal circumstances, could not have been considered, in order to save their lives and other rights instead of a generalized and stigmatizing censorship, deserves a careful reflection within the context where they occurred. Obvious and undeniable circumstances such as the inflicted coercion of the “paramilitary” power and its effects on the community’s will, must not go unnoticed.

Palabras clave

Delito concierto para delinquir, Atipicidad, Antijuridicidad, Parapolítica, Acuerdos forzados con grupos al margen de la ley, Libre voluntad, Insuperable coacción, Paramilitarismo, Autodefensas, Contexto fáctico.

Key words

Conspiracy to commit crime, Atypicality, Antijuridicity, Parapolitics, Forced agreements, Free will, Unsurpassable coercion, Paramilitarism, Self-defenses, Factual context.



INTRODUCCIÓN

Un contexto donde el Estado de Derecho ha sido reemplazado a nivel local por actores armados de diferente origen y orientación (v. gr. grupos guerrilleros y de autodefensas) da lugar, en la práctica, a una situación de facto y pone a los habitantes de los territorios sometidos ante la disyuntiva entre: o acatar los mandatos de un Estado de Derecho materialmente ausente, u optar por “atender” y “sujetarse” a los lineamientos impuestos por los actores de facto materialmente dominantes. La primera “opción”, implicaría oponerse a las organizaciones al margen de la ley, y asumir la consecuente retaliación: la muerte; la segunda “alternativa” llevaría a que, en procura de preservar la vida y demás derechos, los habitantes acaten las imposiciones y exigencias de los grupos ilegales, lo que a futuro podría acarrearles posibles cuestionamientos de orden jurídico – penal.

En dicho contexto fáctico (vivido hasta hace poco en varias zonas de la República de Colombia¹) y ante la disyuntiva entre: o poner en inminente riesgo la vida y demás derechos, o salvaguardar estos y afrontar un posible juicio de reproche jurídico – penal, las más de las veces (por no decir que todas), la comunidad se vio obligada a callar, tolerar y ceder frente a los nefastos designios y actuaciones de los actores de facto.

Esta situación, precisamente, ha dado lugar a lo que coloquialmente se conoce como los casos y procesos de la “parapolítica”, es decir, a las investigaciones y juzgamientos por el delito de concierto para delinquir agravado (art. 340 del C. P.) “en la modalidad de promover grupos de autodefensas” que han tenido que afrontar varios ciudadanos que, en las condiciones y ante la disyuntiva anotadas en precedencia, se vieron impelidos a obedecer las imposiciones y exigencias de las fuerzas al margen de la ley encarnadas en las Autodefensas Unidas de Colombia (A.U.C.).

Frente a lo anterior, urge una lectura cuidadosa del tipo penal de concierto para delinquir, así como el análisis y el debate en aras de decantar criterios que permitan soluciones justas de cara a sopesar los casos de quienes se vieron envueltos en la vorágine de tan lamentables circunstancias; dicha tarea deberá edificarse, como se debe en una sociedad

que se precie de civilizada, a partir de uno de sus pilares fundamentales: el Derecho, cuya creación y evolución constituye uno de los más altos y caros logros del genio humano. La humanidad a lo largo de su historia ha forjado las instituciones jurídicas y propiciado su evolución, en procura de una sociedad donde imperen soluciones justas frente a las variadas, particulares y complejas situaciones que la cotidianidad suele presentar.

En lo que al derecho penal atañe, en el decurso de su evolución el genio humano ha confeccionado la teoría del delito, pretendiendo revestir de las máximas garantías al procesado y a la sociedad, y en virtud de la cual solamente se podrá emitir un juicio de responsabilidad penal, cuando se hayan satisfecho una serie de pasos y pruebas altamente exigentes que involucran al individuo, su conducta y sus circunstancias.

En efecto, para que una conducta (comportamiento humano) pueda connotarse como delictual, será indispensable que la misma sea típica, antijurídica y culpable; al margen del esquema o escuela que en punto de la teoría del delito se siga, tales elementos o categorías deberán ser verificados por el operador judicial, y su concurrencia plena habrá de constatar-se como presupuesto *sine quanon* para proferir una decisión condenatoria

Estas categorías no son conceptos vacíos sino que cada una de ellas contiene, a su vez, elementos indispensables para su configuración: en punto de la tipicidad habrá de constatar-se que la conducta se adecue de manera exacta y completa a la descripción que de la misma se haga en el artículo respectivo del código penal; en la antijuridicidad se exigirá que, además, tal comportamiento típico vulnere o ponga efectivamente en peligro el bien jurídico (derecho) protegido y que el autor no pueda invocar con éxito ninguna justificante; la culpabilidad dependerá (amén de la imputabilidad del agente), de que se acredite la comisión del comportamiento a título de dolo, o eventualmente de culpa o de preterintención.

Con el presente artículo no se pretende mostrar un estudio dogmático ni jurídico, se espera revisar algunas referencias de cara al recuento histórico y comparativo del citado delito y, en relación con el caso colombiano, avanzar algunas reflexiones en punto de la valoración de las conductas de quienes se vieron precisados e impelidos a obedecer las imposiciones y exigencias de los grupos de autodefensas.

1 La existencia del paramilitarismo en varias zonas de Colombia a partir de la década de los años noventa, constituye un hecho notorio. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de única instancia del 3 de diciembre de 2009 (rad. No. 32672), numeral 4.2 de las consideraciones.

MARCO HISTÓRICO

Marco histórico general

En general, el surgimiento de la justificación que hoy permite reprochar la asociación para delinquir se puede ubicar a partir de la superación del derecho penal primitivo (paso de la venganza privada al ejercicio punitivo como monopolio público estatal), pues desde este momento se pudo percibir el peligro que la criminalidad grupal o asociada, más que la individual, representaba para el interés general.

Un primer momento en punto de la represión de la asociación para delinquir, se puede ubicar “con el nacimiento del Estado moderno” (siglos XIV y XV), donde, precisamente, ese carácter de atentado general - estatal dio lugar a que la represalia inicial tuviera como objetivo principal el delito político (v. gr. la rebelión), lo cual se acentuó en los siglos XVIII y XIX dada la inestabilidad política que la caída del *ancien régime* le imprimió a dicho período. Es de anotar que al lado del refrenamiento de la delincuencia asociada de carácter político, también se persiguió y punió a quienes se concertaban para cometer delitos comunes: “cuadrillas, bandas o asociaciones del malhechores”, y de las cuales específicamente surgió la figura contemporánea de la asociación (concierto) para delinquir (García de Paz, 2008).

En este contexto, el antecedente normativo más antiguo de la asociación delincuencial se ubica en el año de 1810, concretamente en el art. 265 del Código Penal Napoleónico, que aludía a la “banda organizada” y a “la comisión de delitos contra las personas y la propiedad” (Paz Mahecha, 2009, p. 121).

Este ordenamiento, tras la revisión de 1839, adoptó la denominación de “asociación de malhechores” para rotular dicha conducta; a partir de este momento la diversas legislaciones nacionales han ido adaptando esta figura según sus particulares necesidad y situaciones en punto de la asociación criminal, y en su mayoría (España es la excepción) manteniendo una marcada diferenciación entre la asociación ilícita para cometer delitos contra la institucionalidad (delitos políticos), y la asociación criminal o para delinquir (delincuencia común) (García de Paz, 2008).

Un segundo momento en la aplicación de la figura en comento, se suscitó “con el auge de la actividad terrorista en Europa a finales de los años 60 y 70”, particularidad que posteriormente llevaría a configu-

rar una modalidad agravada de la asociación criminal, generalmente ligada a movimientos secesionistas como ETA, fundamentalistas como Hizbullah, Hamás y Al-Qaeda, e inclusive asociaciones neonazis (García de Paz, 2008).

Un tercer escenario de la asociación criminal se relaciona con la lucha contra el crimen organizado, cuyo incremento se ha evidenciado en la actualidad, con el agravante de su globalización. Un ejemplo de la importancia y actualidad de la indicada lucha, lo constituye el hecho de que la Confederación Suiza, único país europeo que jamás había tipificado el comentado delito, lo haya adoptado mediante ley de 18 de marzo de 1994 (García de Paz, 2008).

Marco histórico – normativo nacional

Primera etapa

Como lo reseña la doctrina nacional, dentro de la época republicana (1810 – a la fecha) la figura penal de lo que hoy conocemos como el delito de concierto para delinquir, figuró ya desde el primer código penal patrio (Código Penal de 1837 “de la Nueva Granada” expedido mediante Ley de 27 de junio de 1837)², bajo la denominación de “cuadrilla de malhechores” (Paz Mahecha, 2009, p. 3).

Este ordenamiento es conocido como el código Márquez en honor a José Ignacio de Márquez quien fue “el primer gobernante civil de nuestra nación. ... era un hombre de ideas nacionalistas y -como ya se ha dicho- fue el inspirador y redactor del primer Código Penal colombiano: el Código Penal de 1837, por tal motivo merece el apelativo de Código Márquez...” (Restrepo Fontalvo, 2008, p. 51).

Dentro del “TÍTULO CUARTO DE LOS DELITOS Y CULPAS CONTRA LA TRANQUILIDAD Y CONTRA EL ORDEN PÚBLICO” del citado ordenamiento, el “Capítulo VI De las cuadrillas de malhechores” constaba de ocho artículos (277 al 284) cuyo tenor literal era el siguiente:

2 Valga precisar que en 1837, cuando se expidió este ordenamiento, aún no existía el Diario Oficial (este fue fundado el 30 de abril de 1864); el ejemplar consultado se obtuvo de: Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales. *Codificación Nacional de todas las leyes de Colombia desde el año 1821, hecha conforme a la ley 13 de 1912*. (Tomo VI Años 1836 y 1837). República de Colombia. (Ubicación: Biblioteca Nacional de Colombia, Sala Daniel Samper, No. Top.: VF DU 1 153 Codificación Nacional).

Artículo 277. Es cuadrilla de malhechores toda reunión o asociación de cuatro o más personas mancomunadas para cometer juntas o separadamente, pero de común acuerdo, algún delito o delitos, contra las personas o contra las propiedades, sean públicas o privadas.

Artículo 278. Los jefes, directores o promotores de estas cuadrillas por sólo serlo y aunque no cometan otro delito, serán castigados con la pena de dos a seis años de trabajos forzados.

Artículo 279. Los demás cuadrilleros serán también, por sólo serlo, condenados a presidio por uno a cuatro años.

Artículo 280. Los demás que a sabiendas suministraren a las cuadrillas o a los que han tomado partido en ellas, armas, municiones u otros instrumentos, o les dieren acogida, o les facilitaren lugar de reunión o seguridad, serán castigados por este solo hecho con la pena de presidio por ocho meses a tres años.

Artículo 281. Si cuatro o más de los reunidos en cuadrillas hubieren usado armas, se les aplicarán dobles las penas referidas en los artículos anteriores.

Artículo 282. Si pasaren de veinte los individuos que compongan la cuadrilla o cuadrillas que obren de común acuerdo, serán castigados como sediciosos, en los términos expresados en el capítulo 2° de este título.

Artículo 283. Cuando los individuos de alguna cuadrilla o reunión tumultuaria de personas, que llegando a cuatro no pasen de veinte, cometieren algún otro delito, sufrirán además de las penas que se les imponen en este capítulo las señaladas al delito que cometieren.

Artículo 284. Si la pena del delito que cometieren fuere de las indeterminadas, o sujetas a un máximo y un mínimo, se les impondrá precisamente el máximo.

Segunda etapa

En el segundo ordenamiento penal patrio, Código Penal de los Estados Unidos de Colombia, expedido

mediante la Ley 112 de 26 de junio de 1873³, el antecedente del concierto para delinquir mantuvo la denominación de “cuadrilla de malhechores”, tal y como constaba en su art. 210 (Paz Mahecha, 2009, p. 4).

En efecto, dentro del “TÍTULO TERCERO. DE LOS DELITOS CONTRA LA PAZ I EL ORDEN INTERIOR” el capítulo 6 ° “De las cuadrillas de malhechores”, inicia con el artículo 210 cuyo tenor literal era el siguiente:

Art. 210. Es cuadrilla de malhechores toda reunión o asociación de cuatro o más personas mancomunadas para cometer juntas o separadamente, pero de común acuerdo, algún delito o delitos contra las personas o las propiedades, sean públicas o privadas.

En los restantes artículos (211 a 217) del capítulo en cita, se aludía también al concepto en comento en los siguientes términos:

Art. 211. Los jefes, directores o promotores de estas cuadrillas por solo serlo aunque no cometan otro delito, serán castigados con la pena de uno a tres años de prisión.

Art. 212. Los demás cuadrilleros serán también, por serlo, condenados a la mitad de la pena del artículo anterior.

Art. 213. Los demás que a sabiendas, suministren a las cuadrillas, o a los que han tomado partido en ellas, armas, municiones u otros instrumentos, o les diesen acogida (sic.), o les facilitasen lugar de reunión o seguridad, serán castigados por este sólo hecho con la pena de seis a doce meses de prisión.

Art. 214. Si cuatro o más de los reunidos en cuadrillas hubieren usado de armas, se les aplicarán dobles las penas referidas en los artículos anteriores.

Art. 215. Si pasaren de veinte los individuos que compongan la cuadrilla o cuadrillas que obren de común acuerdo, serán castigados como sediciosos en los términos expresados en el capítulo 2 [“Delitos contra el orden público”, arts. 177 al 183] de este título.

3 Diario Oficial, año IX, Bogotá, lunes 28 de julio de 1873, No. 2915.

Art. 216. Cuando los individuos de alguna cuadrilla o reunión tumultuaria de personas que llegando a cuatro no pasen de veinte, cometieren algún otro delito, sufrirán, además de las penas que se les imponen en este capítulo, las señaladas al delito que cometieren.

Art. 217. Si la pena del delito que cometieren fuere de las indeterminadas, o sujetas a un máximo i (sic.) un mínimo, se les impondrá precisamente el máximo.

Tercera etapa

En el tercer código penal, Código Restrepo de 1890 expedido mediante la Ley 19 de 18 de octubre de 1890, y acorde con la Carta de 1886, se consagró la pena capital (artículos 40 y 48) para delitos políticos y militares, así como para algunos comunes connotados como graves o atroces: traición a la patria en guerra extranjera, el parricidio, el incendio, el asalto en cuadrillas de malhechores y los delitos contra la existencia y seguridad del Estado (Restrepo, 2008).

En este ordenamiento, dentro del “TÍTULO TERCE-RO” contentivo de los “delitos contra la tranquilidad y el orden público”, se hallaba el “CAPÍTULO SEXTO” referente a las “Cuadrillas del malhechores”, conformado por los arts. 248 a 255, cuyo tenor literal era el siguiente:

Art. 248. Es cuadrilla de malhechores toda reunión o asociación de cuatro o más personas, mancomunadas para cometer, ya juntas, ya separadamente, pero de común acuerdo, algún delito o delitos contra las personas o contra las propiedades, sean públicas o privadas.

Art. 249. Los jefes, directores o promovedores de estas cuadrillas, por solo serlo, y aunque no cometan otro delito, serán castigados con la pena de dos a cinco años de presidio.

Art. 250. Los demás cuadrilleros, por solo serlo, sufrirán de uno a tres años de presidio.

Art. 251. Hay asalto en cuadrilla de malhechores cuando tres, por lo menos, de los cuadrilleros, cometen el delito o delitos sorprendiendo desapercibidas las personas en el lugar del crimen.

Art. 252. El caso más grave en el asalto en cuadrilla de malhechores tiene lugar cuando va acompañado de homicidio voluntario, violación de mujer o mutilación o lesión deliberada que deje impotente o ciego al ofendido. Este delito se castigará con pena de muerte.

Art. 253. Los individuos que, a sabiendas, suministraren a los cuadrilleros armas, municiones u otros instrumentos, o les dieran avisos o acogida, o les facilitaren lugar de reunión o seguridad, serán castigados, por ese sólo hecho, con la pena de presidio por uno a dos años; sin perjuicio de las otras en que incurran conforme a la ley.

Art. 254. Cuando las cuadrillas de malhechores, o alguno o algunos de los que las componen, cometieren uno o más delitos de aquellos para los cuales se han mancomunado, los culpables de su comisión sufrirán las penas correspondientes a esos delitos, además de las que aplican los artículos anteriores, por el sólo hecho de pertenecer a la cuadrilla. Los demás afiliados a dicha cuadrilla se considerarán y castigarán como cómplices de los delitos cometidos por sus compañeros, siempre que ellos sean de la clase para cuya perpetración se mancomunaron.

Si no se descubriere cuál de los cuadrilleros es el autor de dichos delitos, se considerará como autor o autores a los directores o jefes de la cuadrilla.

Si tampoco se conocieren los jefes o directores, todos los cuadrilleros deben responder como autores.

Si los delitos que cometieren fueren diversos de aquellos para los cuales se formó la cuadrilla, se castigará a los que sean responsables de ellos, como si no existiere tal cuadrilla.

Art. 255. Los salteadores de caminos, por sólo hecho de serlo, si no pudieren reputarse como cuadrilleros, sufrirán la pena de uno a tres años de presidio”.



Cuarta etapa

En el cuarto ordenamiento penal patrio: ley 109 de 1922⁴ (el cual fue aprobado pero nunca rigió), dentro del “Título octavo” denominado “de los delitos contra el orden público”, contenía el “Capítulo segundo de la asociación de malhechores”; el artículo 210 prescribía lo siguiente:

Art. 210. Cuando cinco personas por lo menos se asocien para cometer delitos contra la administración de justicia, la fe o la seguridad pública, las buenas costumbres o el orden de la familia, o contra las personas o las propiedades, cada uno de los culpados será castigado, por el solo hecho de la asociación, con reclusión por ocho a cuarenta meses.

Si los asociados recorren los campos o las vías públicas, y dos por lo menos de entre ellos llevaran consigo armas o las conservaren en un lugar de depósito, la pena será de reclusión por dos a seis años.

En el caso de que la asociación tuviere jefe, la pena de este será de dos a ocho años de reclusión, en el caso del aparte primero de este artículo, y de tres a ocho años en el caso del aparte segundo.

En todo caso se impondrá como accesoria la pena de sujeción a la vigilancia de las autoridades.

Quinta etapa

El quinto código penal fue expedido mediante Ley 95 de 1936⁵, y en este ordenamiento el “TITULO V De la asociación e instigación para delinquir y de la apología del delito” incluía el art. 208 con el siguiente texto:

4 Diario Oficial, año LIX, Bogotá, sábado 13 de enero de 1923, Nros. 18703 a 18706.

5 En el Diario Oficial del jueves 23 de junio de 1936, año LXXII, No. 23216, p. 657 consta lo siguiente: “LEY 95 DE 1936 La publicación de esta ley, por la cual se aprobó el proyecto de Código Penal, elaborado por la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios, se hará cuando la Academia Colombiana de la Lengua y aquella Comisión terminen de revisarlo, de acuerdo con las autorizaciones conferidas al Gobierno en el mismo proyecto. En el Diario Oficial del jueves 29 de octubre de 1936, No. 23320, pp. 257 – 280, se publicó el Decreto No. 2300 de 14 de septiembre de 1936, “por el cual se adopta el texto definitivo del nuevo Código Penal”. Sobre la entrada en vigencia de la ley 95 de 1936, en su art. 435 se establecía como fecha el 1° de enero de 1937, empero, mediante ley 124 de 1937 (art. 13) se aplazó para el 1° de julio de 1938.

Art. 208. El que haga parte de una asociación o banda de tres o más personas, organizada con el propósito permanente de cometer delitos, mediante el común acuerdo y recíproca ayuda de los asociados, incurrirá en prisión de uno a tres años sin perjuicio de la sanción que le corresponde por los delitos que cometa.

Tal pena se aumentará hasta en una tercera parte para los que actúen como jefes o directores de la asociación.

Esta disposición, como lo indica Paz Mahecha (2009), fue modificada por el decreto 2525 de 1963, art. 21, con el fin de “suprimir los tres elementos que aparecían en el Código de 1936: la organización, la permanencia y la recíproca ayuda de los asociados”, quedando entonces el art. 208 con la siguiente redacción (pp. 5, 6 y 7):

Cuando tres o más personas se asocien con el propósito de cometer delitos, cada una de ellas incurrirá, por ese solo hecho, en la pena de cinco a catorce años de presidio, sin perjuicio de la sanción que le corresponde por los demás delitos que cometa.

A la misma pena quedarán sujetos quienes fueren sorprendidos armados, en número de tres o más, en el momento de cometer o intentar cometer homicidio, robo, extorsión, secuestro, violencia carnal o algún delito contra la salud pública y la integridad colectivas, sin perjuicio de la sanción que les corresponda por estos delitos; o quienes fueren encontrados, en número de tres o más, recorriendo armados poblaciones, campos, vías públicas o caminos, si tuvieran antecedentes penales o hicieren resistencia a la autoridad.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad para los promotores, organizadores, jefes o directores de la asociación o banda.

El que, fuera de los casos de concurso en el delito y encubrimiento diere refugio o auxiliare en cualquier forma a alguna o algunas de las personas que participen en la asociación o banda, será sancionado con la pena de dos a cuatro años de prisión. Esta sanción se aumentará al doble, si el refugio o auxilio se suministraren en forma reiterada.

En los casos previstos en el inciso anterior no habrá lugar a responsabilidad penal si el refugio o auxilio se diere al cónyuge o a un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Sexta etapa

Mediante Decreto Extraordinario (decreto – ley)⁶ No 100 de 23 de enero de 1980⁷, se expidió el sexto código penal colombiano donde, bajo el “Titulo Quinto”, “Capítulo Primero”, “Del concierto, el terrorismo y la instigación”, se hallaba el art. 186 con el siguiente contenido:

Art. 186. Concierto para delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por ese solo hecho, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

Si actuaren en despoblado o con armas, la pena será de prisión de tres (3) a nueve (9) años.

La pena se aumentará en una tercera parte para quienes promuevan, encabecen o dirijan, el concierto.

Posteriormente el art. 186 fue modificado por el artículo 8º de la Ley 365 de 1997: “Por la cual se establecen normas tendientes a combatir la delincuencia organizada y se dictan otras disposiciones”⁸, quedando su redacción de la siguiente manera:

Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por ese solo hecho, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

Si actuaren en despoblado o con armas, la pena será prisión de tres (3) a nueve (9) años.

Cuando o el concierto sea para cometer delitos de terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para conformar escuadrones de la muerte, grupos de justicia privada o bandas de sicarios la pena será de prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de dos mil (2.000) hasta cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales.

La pena se aumentará del doble al triple para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto o la asociación para delinquir.

Tiempo después, mediante el art. 4 de la Ley 589 de 2000 : “Por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones”⁹, el art. 186 fue nuevamente modificado, quedando con la siguiente redacción:

Concierto para delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por ese solo hecho, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

Si actuasen en despoblado o con armas, la pena será de prisión de tres (3) a nueve (9) años.

Si la conducta se realiza para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de dos mil (2.000) hasta cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena se aumentará del doble al triple para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto o la asociación para delinquir.

6 Conforme al numeral 12 [a pesar de que así se indica en la publicación oficial, en realidad se debe aludir al numeral 10, el cual le permitía al Congreso revestir al Presidente de la República con facultades pro tempore] del artículo 76 de la Constitución Nacional de 1886, se expidió la Ley 5a de 1979, la cual revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias, por el término de un (1) año, para expedir un nuevo Código Penal”.

7 Diario Oficial, año CXVI, Bogotá D.E., miércoles 20 de febrero de 1980, No. 35461.

8 Diario Oficial, Bogotá D.C., de 21 de febrero de 1997, No 42.987.

9 Diario Oficial, Bogotá D.C., de 7 de julio de 2000, No. 44.073.

Séptima etapa

Finalmente, mediante Ley 599 de 2000¹⁰, se expidió el séptimo y actual código penal y en este ordenamiento, bajo el “Título XII delitos contra la seguridad pública”, “Capítulo primero del concierto, el terrorismo, las amenazas y la instigación”, se encuentra el art. 340, cuya redacción inicial fue la siguiente:

Artículo 340. Concierto para delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta veinte mil (20.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

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

Este precepto fue modificado por el art. 8° de la ley 733 de 29 de enero de 2002: “Por medio de la cual se dictan medidas tendientes a erradicar los delitos de secuestro, terrorismo y extorsión, y se expiden otras disposiciones”¹¹, quedando con el siguiente contenido:

Art. 340. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

10 Diario Oficial, Bogotá D.C., 24 de julio del 2000, No 44.097. La ley 599 de 2000 cobró vigencia un año después de su promulgación (cfr. art. 476 ibídem), es decir, a partir del 25 de julio de 2001; así lo aclaró la Sala de Casación Penal, en la sentencia de casación de 12 de diciembre de 2002, Rad. No. 18.983 al decir que: “El acto de promulgación, de acuerdo con el artículo 60 de la ley 4ª de 1913, quedó consumado a la media noche del día indicado, lo cual significa que sólo al comenzar el día 25 de julio de 2001 se inició la vigencia del nuevo ordenamiento sustantivo, ...”.

11 Diario Oficial, Bogotá D.C., de 31 de enero de 2002, No. 44.693. La ley 733 de 2002 entró a regir a partir de la fecha de su publicación (cfr. art. 15 ibídem).

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta veinte mil (20.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

Es de anotar que mediante el art. 14 de la Ley 890 de 7 de julio de 2004: “Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal”¹², se dispuso lo siguiente:

Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. En todo caso, la aplicación de esta regla general de incremento deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de acuerdo con lo establecido en el artículo 2° de la presente ley. Los artículos 230A, 442, 444, 444A, 453, 454A, 454B y 454C del Código Penal tendrán la pena indicada en esta ley.

En el año 2006 se expidió la Ley 1121 de 29 de diciembre: “Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones”¹³, cuyo art. 19 modificó el inciso segundo del art. 340, resultando la siguiente redacción:

Art. 340. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

12 Diario Oficial, Bogotá D.C., 7 de julio de 2004, No. 45.602. La ley 890 de 2004 comenzó a regir a partir del 1° de enero de 2005 (cfr. art. 15 ibídem), salvo sus arts. 7 al 13 que entraron en vigencia de manera inmediata.

13 Diario Oficial, Bogotá D.C., de 30 de diciembre de 2006, No. 46.497. La ley 1121 de 2006 cobró vigencia a partir de la fecha de su promulgación (cfr. art. 28 ibídem).

[Inc. 2º modificado por el art. 19 de la ley 1121 de 2006] Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2700) hasta treinta mil (30000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

Valga precisar que bajo esta última (y actual) configuración del art. 340, el aumento de penas de la Ley 890 de 2004 solo quedó cobijando el inciso primero.

Derecho comparado

Francia

Como en precedencia se acotó (1.1 *ut supra*), el primer referente europeo en lo atinente a la represión de la asociación criminal (concierto para delinquir) se ubica en el Código Penal Napoleónico de 1810. La codificación penal francesa actual es el Código de 1992 vigente desde 1994 (García de Paz, 2008).

El Código Penal francés consagra, como “delito contra la Nación, el Estado y la paz pública”, la figura de la “asociación de malhechores / *association de malfaiteurs*” en su art. 450.1, contentivo de un tipo básico, y como “circunstancia agravante se contempla la comisión de algunos delitos a través de banda organizada (*bande organisée*)” (art. 132-71). Tal es el caso del robo, la destrucción mediante explosivos, la receptación, el tráfico de drogas, el secuestro, el proxenetismo, la estafa, la extorsión, la destrucción en general, la falsificación o tráfico de dinero falso y el blanqueo de capitales” (Paz Mahecha, 2009, p. 122 - 123).

En esta norma se prevé, además, “una excusa absolutoria para las hipótesis de arrepentimiento activo: cuando el autor antes del inicio de la persecución penal revela el grupo a las autoridades competentes

y permite la identificación de otros partícipes (art. 450.2)” (García de Paz, 2008, p. 120).

Aclara Paz Mahecha (2009), que lo atinente a la *bande organisée* como circunstancia agravante del delito “se aplica al delito autónomo consumado y la *asociación de malhechores* se refiere a los delitos que no se han realizado, pero para cuya preparación los miembros se han asociado” y que además de este artículo, en otros preceptos se prevén delitos de sujeto activo asociado: “el genocidio (art. 121-1); el tráfico de estupefacientes (art. 222-34); el delito de obstáculo a la libertad de expresión, de trabajo, de asociación, de reunión o de manifestación (art. 431-1); crímenes y delitos contra la nación (sic.), el Estado y la paz pública (art. 412-3 a 412-6); (sic.) y el delito de terrorismo” (pp. 123-124).

España

Como lo señala Paz Mahecha (2009), el actual Código Penal (de 1995), bajo el Título XXI contentivo de los delitos contra la Constitución, se ubica el Capítulo IV “De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas” cuyo art. 515 contempla en seis ordinales varias de las modalidades de “asociaciones ilícitas” (pp. 126 - 127).

En el primer ordinal se describe una modalidad genérica en cuanto sanciona las asociaciones ilícitas “que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada”.

En los cinco ordinales restantes se contempla la asociación ilícita para actividades específicas: las bandas armadas, las organizaciones o grupos terroristas; los medios violentos así sea para alcanzar fines lícitos; la organización de grupos paramilitares; la promoción o incitación de la discriminación, odio, violencia “contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía”, y la promoción del tráfico ilegal de personas.

Adicionalmente, se prevén otras conductas “que parecen corresponder a algún tipo de organización criminal, como sucede con los delitos de prostitución y corrupción de menores (art. 187, numeral 3 y art. 189, numeral 2), blanqueo de capitales (art. 302),

tráfico ilegal de personas (art. 318 bis, numeral 5), terrorismo, tráfico de drogas (art. 369, numerales 6 y 7, art. 370), tráfico de precursores (art. 371, numeral 2), la tenencia y depósito de armas, municiones y explosivos (art. 569)” (Paz Mahecha, 2009, p. 127).

Portugal

En el Código Penal de Portugal, dentro de los crímenes contra la paz pública, se halla el art. 287 que contempla la “asociación criminosa”, definida, según lo apunta García de Paz (2008), como “La fundación, pertenecía o colaboración con un grupo, organización o asociación que desarrolla una actividad dirigida a la comisión de delitos” (p. 130).

Frente a este precepto los arts. 287.4 y 288.7 admiten el arrepentimiento activo, pudiendo el juzgador atenuar e inclusive prescindir de la aplicación de la pena, “cuando se impide la continuidad del grupo o informa a las autoridades de su existencia a tiempo de evitar la práctica de crímenes” (García de Paz, 2008, p. 130).

Italia

En el Código Penal italiano, bajo el título de “Delitos contra el orden público” se halla el art. 416 referente a la “asociación para delinquir / *associazione per delinquere*”, que comprende:

La asociación de tres o más personas para la comisión de varios delitos. La pena prevista es diferente según sean meros participantes o promotores, jefes, organizadores o fundadores; también se agrava si el número de asociados es de diez o más. Desde 1982 [ley de 13 de septiembre de 1982], conoce una forma complementaria, el artículo 416 bis (reformado en 1992) destinado a reprimir la criminalidad mafiosa –*associazione di tipo mafioso*–.

Así califica aquellas en las que sus miembros se valen de la fuerza e intimidación derivadas del vínculo asociativo y de la ley del silencio –*omertá*– que se deriva de este, para cometer delitos, para adquirir de modo directo o indirecto la gestión o de cualquier modo el control de la actividad económica, de licencias, de autorizaciones, concesiones y servicios

públicos o para obtener beneficios injustos para sí o para otros o con el fin de impedir el libre ejercicio del voto o de procurarse votos a sí mismos o a otros con ocasión de consultas electorales. Se añade que la disposición se aplica también a la camorra y otras asociaciones localmente denominadas de cualquier otro modo que valiéndose de la fuerza intimidatoria del vínculo asociativo persigan fines que se corresponden con aquellos de las asociaciones de tipo mafioso (García de Paz, 2008, pp. 123-124).

Alemania

En el Código Penal alemán (StGB), dentro del título IV “preceptos comunes” se halla la sección 7 que contiene los “hechos punibles contra el orden público / *Straftaten gegen die öffentliche Ordnung*”, y dentro de este los arts. 129, 129a y 129 b donde se regula la asociación para delinquir.

En la actualidad se castiga de modo general toda asociación para delinquir en el § 129, y de modo agravado la asociación terrorista en el § 129a....

Por la Ley del 22 de agosto de 2002 (34 *Strafänderungsgesetz*) se introduce el § 129b relativo a las asociaciones criminales y terroristas radicadas en el extranjero, de acuerdo con el cual los §§ 129 y 129a rigen también para las asociaciones radicadas en el extranjero, en todo caso, si se trata de asociaciones en un país de la Unión Europea -y con restricciones si están en otro país, supuesto en el que se exigen otros puntos de conexión, como la nacionalidad alemana del autor o que la víctima lleve a cabo actividades en territorio sujeto a la legislación alemana- ”

Previsiones significativas en torno a la figura son las del § 129 n°. 5 y 6 (y 129a n°. 6 y 7 para la asociación terrorista), que para las hipótesis de arrepentimiento activo del delito por parte del autor o del partícipe consumado permiten atenuar o prescindir de la pena en función de que el arrepentimiento sea eficaz o no -en el sentido de impedir el delito

proyectado¹⁴. Finalmente el § 129.3 declara punible la tentativa de fundación de una asociación criminal (García de Paz, 2008).

Austria

Según lo refiere García de Paz (2008), en el derecho penal austriaco, “Dentro de los delitos contra la paz pública”, se hallan inscritos los “delitos de organización / *organisationsdelikte*”, los cuales tras las reformas de 1993, 1996 y 2000 constituye una de las regulaciones más precisas sobre esa clase de conductas, distinguiéndose claramente cuatro tipos penales:

el complot criminal (*Verbrecherisches Komplott*) en el § 277, que criminaliza el concierto para cometer un número de delitos graves limitado mediante una enumeración taxativa; la creación de bandas (*Bandenbildung*) para la comisión de una serie también prefijada de delitos graves y medio graves en el § 278; la creación y participación en una organización criminal (*Kriminelle Organisation*) en el § 278a, que cuenta con un tipo agravado aplicable a las organizaciones dedicadas al blanqueo de capitales; *la asociación terrorista* en el § 278b StGB, introducida por vez primera por la ley de reforma del Código Penal -*Stränderungsgesetz*- del 13 de agosto de 2002, respecto de la que se castigan las conductas de dirección y simple pertenencia, además de las de financiación en el § 278d, y, finalmente, en el § 279 la creación o pertenencia a bandas armadas -*bewaffnete Verbindung*- (García de Paz, 2008, p. 127).

Todas estas figuras punibles, agrega la autora en cita, tienen prevista “... una excusa absoluta para los casos de arrepentimiento activo eficaz (cfr. los §§ 277.2, 278a. *in fine* y 279.2)” (p. 128).

Suiza

Como *ab initio* se aludió, García de Paz (2008) señala que la Confederación Suiza jamás había punido la asociación criminal, y que apenas en 1994 introdujo el respectivo tipo penal (“art. 260 ter StGB”) median-

te ley de 18 de marzo, dentro del “*Segundo paquete contra el crimen organizado*”, caracterizándolo como un delito “contra la ‘paz pública’ (tít. XII)”:

Se castiga la mera pertenencia a esta y su sostenimiento (§ 260 ter. 1). En caso de arrepentimiento activo del autor -cuando este se esfuerza por impedir la continuación de la actividad criminal de la organización- puede el juez, según su criterio, atenuar la pena (art. 260 ter. 2). Expresamente se establece además en el artículo 260 ter.3 la aplicabilidad extraterritorial del precepto, concretamente cuando las actividades de participación en la organización o sostenimiento de la misma se desenvuelven en el extranjero, siempre que la organización realice o proyecte realizar su actividad criminal, todo o en parte, en Suiza (García de Paz, 2008, pp. 129 - 130).

Reino Unido de la Gran Bretaña

Señala García de Paz (2008) que, como en la legislación británica “no se conoce el tipo penal de asociación criminal, se abordan estos comportamientos en cambio mediante una figura de la parte general, la conspiración” (p. 130).

La figura de la *conspiracy*, característica del derecho anglosajón, requiere la intención exteriorizada y conjunta de dos o más personas de cometer un delito, no precisa de la realización ni de actos preparatorios ni de tentativa. ...Aparece en los tratados situados dentro de los que denominan *Inchoate offences* o ‘delitos aún incompletos’, junto con la tentativa (*attempt*) y la incitación (*incitement*). ... En Gran Bretaña, los amplios contornos de la figura han sido progresivamente limitados por la jurisprudencia y la *Law Commission*. En la actualidad la *conspiracy* del *Common Law* ha sido derogada por la definición estatutaria que proporciona la *Criminal Law Act* de 1977 en la sección (1), excepto para algunos delitos.

Encontramos en cambio tipificadas recientemente las *organizaciones terroristas*, en particular, en la *Terrorism Act* del 2000 (TACT), aprobada por el Parlamento el 20 de julio del 2000 y en vigor desde el 19 de febrero del 2001,.... (García de Paz, 2008, p. 131).

14 Con la nota de pie de página No. (48) se indica lo siguiente: “Sobre las normas del ordenamiento alemán a favor de los coimputados que colaboran con la justicia cfr. ampliamente nuestro artículo Sánchez García de Paz I, ‘El coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las leyes 7/ y 15/ 2003’, op cit.”.

Estados Unidos de Norte América

En la legislación estadounidense, señala García de Paz (2008), se encuentra la figura de la *conspiracy*, “dirigida a personas individuales concertadas en un momento dado para la comisión de un delito, ... regulada en el §5.03 del *Model Penal Code* que sirve de modelo para las legislaciones particulares de los Estados”, y además, se cuenta con la “Ley sobre las organizaciones corruptas y extorsionadoras / *Racketeer Influenced and Corrupt Organisations*”, instrumento este llamado a facilitar una mayor eficacia en la lucha contra la delincuencia organizada: permite actuar frente a los individuos que conforman o apoyan una organización criminal y, principalmente, en contra de la empresa delincuencia; se trata de una normatividad de contenido sustancial y procesal, y que permite sanciones de carácter civil y penal (pp. 131-132).

México

Señala Paz Mahecha (2009), que en la legislación mexicana las asociaciones ilícitas hacen parte de los “delitos contra la seguridad pública”, arts.164 y 164 bis; el primero de estos se refiere a quien “forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con propósitos de delinquir” y establece (inciso segundo), un agravante cuando el sujeto activo es algún miembro de la Policía o de las Fuerzas Armadas; en el segundo precepto se refiere a la comisión de “algún delito” por parte de una pandilla, y define qué se entiende por pandilla: “la reunión habitual, ocasional o transitoria, de tres o más personas ...”, e implícitamente la distingue la asociación o banda delincuencia, e igualmente precisa la agravación punitiva frente a los precitados empleados públicos (pp. 138-139).

Guatemala

En esta legislación, indica Paz Mahecha (2009), dentro de los “delitos contra el orden institucional” (título XII), y en concreto como uno de los “delitos contra el orden público” (Capítulo IV), “Con un criterio eminentemente político, el Código Penal guatemalteco consagra las asociaciones ilícitas” (p. 137).

En efecto, el art. 396 de la codificación aludida, según lo cita el prenombrado autor, señala lo siguiente:

Art. 396. Quienes promovieren la organización o funcionamiento de asociaciones que actúen de acuerdo o en subordinación a entidades internacionales que propugnen la

ideología comunista o cualquier otro sistema totalitario, o destinadas a cometer delitos, o tomaren parte en ellas, serán sancionados con prisión de dos a seis años.

Honduras

Respecto del ordenamiento penal hondureño nos indica el autor Paz Mahecha (2009), que dentro de los “delitos contra la seguridad interior del Estado” (Título XII), el Capítulo III se consagra los “delitos cometidos por los particulares, excediéndose en el ejercicio de los derechos que les garantiza la Constitución” y bajo este se halla el art. 332 de la “asociación ilícita” (p. 137).

El Salvador

Siguiendo a Paz Mahecha (2009), tenemos que en esta Nación el asunto de las agrupaciones ilícitas se regula dentro de los “delitos relativos a la paz pública” (Título XII, Capítulo II), cuyo art. 345 indica que “son consideradas ilícitas las agrupaciones, asociaciones u organizaciones temporales o permanentes de dos o más personas que posean algún grado de organización, cuyo objetivo o uno de ellos sea la comisión de delitos...” (p. 136).

Además se prevé la agravación punitiva para el sujeto activo calificado (servidor público), y se contempla como una de las modalidades la “proposición y conspiración” para asociarse o agruparse ilícitamente.

Nicaragua

En este país el delito de asociación para delinquir (art. 493) se halla en el Título XI, Capítulo I del Código Penal, y para el efecto exige que el número de agentes sea de tres o más personas, que de manera organizada actúan en asocio o banda, con el “propósito permanente de cometer delitos”; se prevé un aumento de hasta 1/3 parte de la pena para quienes actúen como jefes o directores de la asociación criminal. (Paz Mahecha, 2009, p. 140).

Panamá

En el nuevo código penal de panamá (Gaceta Oficial, lunes 26 de abril de 2010), que comenzará a regir un año después de su promulgación, el Título IX de los “Delitos contra la seguridad colectiva”, contiene el Capítulo VII relativo a la “asociación ilícita”, y la describe en los arts. 329 a 332.

En el art. 329 se prevé que, “cuando tres o más personas se concierten con el propósito de cometer delitos” a cada una le corresponderá una pena de 3 a 5 años de prisión. En el inciso segundo se establece una modalidad agravada para el concierto con fines de: “homicidio, doloso, asesinato, secuestro, extorsión, robo, hurto de autos y accesorios, delitos relacionados con el tráfico de drogas, blanqueo de capitales, delitos financieros, violación sexual, pornografía infantil, trata de personas, terrorismo, o tráfico de armas”.

El art. 330 contempla la hipótesis de “quienes constituyan o forme parte de una pandilla”, y les señala pena entre 4 y 6 años de prisión, y en el inciso segundo prevé una pena de 7 a 14 años cuando la pandilla tenga alguno de los fines delictuales específicos ya indicados en el inciso segundo del art. 329. En la parte final de este precepto, se define lo que se entiende por pandilla, en los siguientes términos:

Para efectos de este artículo, constituye pandilla la concertación previa de tres o más personas de manera habitual con el propósito de cometer delitos, que se distingue por reunir por lo menos dos de las siguientes características:

1. Tenencia, posesión o uso de armas.
2. Uso de símbolos personales o colectivos de identificación de sus miembros.
3. Control territorial.
4. Jerarquía.

En el art. 331 se señala el aumento de la sanción (1/3 parte) para el promotor, jefe o dirigente de la “asociación ilícita o de la pandilla”. En el art. 332 se prevé una reducción de la mitad de la pena cuando: “1. El autor voluntariamente contribuya con la autoridad a la desarticulación de la asociación o de la pandilla. 2. El autor voluntariamente proporcione a la autoridad información oportuna para impedir o impida la ejecución de actos ilícitos planificados por la asociación o la pandilla”.

Puerto Rico

En la legislación penal (código penal de 2004) del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, el Título III “De los delitos contra la seguridad colectiva”, contempla en su Capítulo III “Los delitos contra el orden público”, cuyos

arts. 249 y 250 describen las conductas de la “conspiración” y del “convenio, cuando constituye conspiración”, respectivamente, con el siguiente tenor literal:

Artículo 249. Conspiración. Cuando dos o más personas conspiren o se pongan de acuerdo para cometer un delito y hayan formulado planes precisos respecto a la participación de cada cual, el tiempo, el lugar o los hechos incurrirán en delito menos grave.

Si el convenio es para cometer un delito grave de primer grado o un delito grave de segundo grado, incurrirán en delito grave de cuarto grado.

Artículo 250. Convenio, cuándo constituye conspiración. Ningún convenio, excepto para cometer un delito grave de primer grado o un delito grave de segundo grado, constituye conspiración a no ser que se lleve a cabo al menos un acto ulterior u optativo para poner en ejecución el convenio por uno o más de los conspiradores¹⁵.

República Bolivariana de Venezuela

El Código Penal venezolano (“Dado, firmado y sellado en el Palacio Federal Legislativo, sede de la Asamblea Nacional, en Caracas, a los tres días del mes de marzo

15 Sobre la clasificación de los delitos: el Libro Primero “Parte General”, “Sección Tercera de la Interpretación”, “Título I Elementos del Delito y de la Conducta Delictiva”, Capítulo I “Del Delito Definición y Clasificación”, art. 16. prevé: “Es delito menos grave todo aquél que conlleva multa individualizada de hasta cinco mil (5,000) dólares o reclusión hasta noventa (90) días. Delito grave, en todas las clasificaciones que se especifican más adelante, comprende todos los demás delitos.

Es delito grave aquél que conlleva una pena de reclusión mayor de seis (6) meses y que según la pena correspondiente, se clasifica en cuatro grados, como sigue:

- (a) Grave de primer grado, cuya pena es de reclusión por noventa y nueve (99) años.
- (b) Grave de segundo grado, cuya pena de reclusión fluctúa entre ocho (8) años un (1) día y quince (15) años.
- (c) Grave de tercer grado, cuya pena de reclusión fluctúa entre tres (3) años un (1) día y ocho (8) años.
- (d) Grave de cuarto grado, cuya pena de reclusión fluctúa entre seis (6) meses un día y tres (3) años.

No obstante, en los delitos graves y en los delitos menos graves podrá imponerse otros tipos de penas, además de la reclusión.

Los delitos graves que se tipifican en leyes especiales mantienen la clasificación de grave y la pena correspondiente si conllevan una pena de reclusión mayor de seis (6) meses o multa mayor de cinco mil (5,000) dólares, salvo que por ley se disponga otra cosa.

Los delitos menos graves que se tipifican en leyes especiales mantienen la clasificación de menos grave y la pena correspondiente si conllevan una pena que no exceda de seis (6) meses o multa que no exceda de cinco mil (5,000) dólares, o ambas penas”.

de dos mil cinco. Año 194º de la Independencia y 145º de la Federación”), en su Título V agrupa los delitos contra el “Orden Público”, y dentro de este el Capítulo III contempla el “Del agavillamiento”, describiéndolo en los arts. 286 a 292 de la siguiente manera:

Artículo 287. Si los agavillados recorren los campos o los caminos y si dos de ellos, por lo menos, llevan armas o las tienen en un lugar determinado, la pena será de presidio por tiempo de dieciocho meses a cinco años.

Artículo 288. Los promotores o jefes de la gavilla incurrirán en la pena de presidio de dieciocho meses a cinco años, en el caso del artículo 286 y de treinta meses a seis años, en el caso del artículo 287.

Artículo 289. El que, fuera de los casos previstos en el artículo 84 [relativo al concurso de personas], dé a los agavillados o a alguno de ellos, amparo o asistencia, o les procure subsistencia, será castigado con prisión de tres a seis meses.

Artículo 290. El que, en el caso previsto en el artículo 289, ampare o proporcione víveres a un pariente cercano, amigo íntimo o bienhechor, quedará exento de la pena.

Artículo 291. En lo que concierne a los delitos cometidos por todos o alguno de los asociados durante la existencia de la asociación o con motivo de ella, la pena se agravará con el aumento de una sexta a una tercera parte, salvo lo dispuesto en el artículo 79 [art. 79: “No producirán el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí misma constituyeron un delito especialmente penado por la ley, expresado al describirlo o penarlo, ni aquellas de tal manera inherentes al delito, que, sin su concurrencia, no pudiera cometerse”].

Artículo 292. El que haya tomado parte en una asociación, con el objeto de cometer los delitos previstos en el artículo 285 [art. 285: “Quien instigare a la desobediencia de las leyes o al odio entre sus habitantes o hiciere apología de hechos que la ley prevé como delitos, de modo que ponga en peligro la tranquilidad pública, será castigado con prisión de tres años a seis años”], será castigado con presidio de seis meses a un año.

Brasil

En el Código Penal brasileño, El Título IX contiene los crímenes contra la paz pública y la incitación al crimen / “Dos Crimes Contra a Paz Pública Incitação ao Crime” y, como lo señala Paz Mahecha (1999), tipifica tres conductas: en el art. 286: la incitación al crimen, en el 287: la apología del crimen, y en el 288 la cuadrilla o banda, cuya literalidad es la siguiente (p. 131):

Art. 288. - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. (Vide Lei 8.072, de 25.7.1990)

Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

Ecuador

Como lo anota Paz Mahecha (2009), en el código penal de esta nación, también las asociaciones ilícitas están contempladas como “delitos contra la seguridad pública” (Título V, capítulo I), arts. 369 al 372: en el 369 se indica que es delito “toda asociación formada con el fin de atentar contra las personas o las propiedades”; en el art. 370 se precisan las penas dependiendo del tipo de delito que los asociados hayan tenido por objeto; en el 371 se inscriben las sanciones para los concertados que suministren instrumentos o alojamiento al grupo, y en el art. 372 se prevé que “los condenados a prisión en virtud de los Arts. 370 y 371, podrán ser colocados bajo la vigilancia especial de la autoridad por dos años a lo menos y cinco años a lo más” (pp. 134 – 135).

Perú

Bajo el Título XIV “De los delitos contra la tranquilidad pública” se halla el Capítulo I de los “delitos contra la paz pública”, cuyo art. 317 reprime con pena entre 3 y 6 años de prisión el mero hecho de formar parte de “una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos”, y en su inciso segundo “prevé una modalidad agravada (prisión de 8 a 35 años) para el evento en el que la organización criminal tenga por objeto la comisión de genocidio, delitos contra la seguridad y tranquilidad públicas, contra el Estado y la defensa nacional o contra los poderes del Estado y el orden constitucional” (Paz Mahecha, 2009, p. 143).

Argentina

Refiere Paz Mahecha (2009) que la legislación penal argentina, dentro del Título VIII de “los delitos contra el orden público”, contiene el Capítulo I donde se agrupan las conductas relativas a la “instigación a cometer delitos”, cuyos arts. 210 y 210 bis prevén lo siguiente (pp. 128 - 129):

Art. 210.- Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación.

Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión.

Art. 210 Bis.- Se impondrá reclusión o prisión de cinco a veinte años al que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, siempre que ella reúna por lo menos dos de las siguientes características:

- a. estar integrada por diez o más individuos;
- b. poseer una organización militar o de tipo militar;
- c. tener estructura celular;
- d. disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo;
- e. operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país;
- f. estar compuesta por uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad;
- g. tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior;
- h. recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos.

Chile

En el caso chileno, el código penal contiene en el Título VI “De los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares “las asociaciones ilícitas”, cuyas conductas y modalidades se describen en los arts. 292 a 295 Bis. (Paz Mahecha, 2009, pp. 132 - 134). El tenor literal de estos preceptos es el siguiente:

Art. 292. Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse.

Art. 293. Si la asociación ha tenido por objeto la perpetración de crímenes, los jefes, los que hubieren ejercido mando en ella y sus provocadores, sufrirán la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados.

Cuando la asociación ha tenido por objeto la perpetración de simples delitos, la pena será presidio menor en cualquiera de sus grados para los individuos comprendidos en el acápite anterior.

Art. 294. Cualesquiera otros individuos que hubieren tomado parte de la asociación y los que a sabiendas y voluntariamente le hubieren suministrado medios e instrumentos para cometer los crímenes o simples delitos, alojamiento, escondite o lugar de reunión, serán castigados, en el primer caso previsto por el artículo precedente, con presidio menor en su grado medio, y en el segundo, con presidio menor en su grado mínimo.

Art. 294 bis. Las penas de los artículos 293 y 294 se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, los crímenes o simples delitos cometidos con motivo u ocasión de tales actividades.

Cuando la asociación se hubiere formado a través de una persona jurídica, se impondrá además, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales, la disolución o cancelación de la personalidad jurídica.



Art. 295. Quedarán exentos de las penas señaladas en los artículos anteriores aquellos de los culpables que, antes de ejecutarse alguno de los crímenes o simples delitos que constituyen el objeto de la asociación y antes de ser perseguidos, hubieren revelado a la autoridad la existencia de dichas asociaciones, sus planes y propósitos.

Podrán sin embargo ser puestos bajo la vigilancia de la autoridad.

Art. 295 bis. Se aplicarán las penas de prisión en su grado máximo a presidio menor en su grado mínimo al que, habiendo tenido noticias verosímiles de los planes o de las actividades desarrolladas por uno o más miembros de una asociación ilícita, omite ponerlas oportunamente en conocimiento de la autoridad.

Quedará exento de las penas a que se refiere este artículo el cónyuge, los parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, y el padre, hijo natural o ilegítimo de alguno de los miembros de la asociación. Esta exención no se aplicará si se hubiere incurrido en la omisión, para facilitar a los integrantes de la asociación el aprovechamiento de los efectos del crimen o simple delito.

Como se puede observar, la figura del concierto para delinquir (asociación criminal) ha sido una constante en la legislación penal colombiana, así como en los ordenamientos foráneos, y su implementación, robustecimiento y adecuación evidencian una permanente dinámica; es dicente el hecho que en países como la de la Confederación Suiza finalmente se haya resuelto su implementación, y que en las codificaciones donde ya existía se la venga modificado en procura de afrontar los avances de la delincuencia organizada.

Asimismo, es que al margen de las variaciones y particularidades que el citado delito reviste en cada legislación, un elemento inmutable en su estructura lo constituye el acuerdo (“acordarse o concertarse”), verbo rector que constituye el eje de su estructura.

EL TIPO PENAL DE CONCIERTO PARA DELINQUIR EN LA ACTUAL LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Literalidad de la norma

La redacción actual del tipo penal de concierto para delinquir (artículo 340 del Código Penal contenido en la ley 599 de 2000), es la siguiente:

Art. 340. [Modificado por el art. 8° de la ley 733 de 2002] Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

[Inc. 2° modificado por el art. 19 de la ley 1121 de 2006] Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o Financiamiento del Terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2700) hasta treinta mil (30000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

Concepto de tipo penal

En palabras del penalista colombiano Reyes Echandía (1996), el tipo penal es la “Abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible” (p. 96), es decir, se trata de una forma objetiva de mostrar modelos de comportamiento que la sociedad, a través de sus legisladores, ha connotado como punibles.

Esta objetiva descripción está conformada por varios elementos, los cuales deberán estar plenamente satisfechos para poder calificar de típica una conducta, y de ahí la cualidad de garantía que ostenta el tipo penal (léase principio de legalidad) para el procesado y para la sociedad. En tratándose de la descripción en comentario (concierto para delinquir), dichos elementos son los siguientes:

Elementos del tipo penal de concierto para delinquir

Los sujetos

El sujeto activo, agente o actor

El tipo penal de concierto para delinquir es plurisubjetivo, pues exige la presencia de por lo menos dos personas para su realización, quienes no requieren de ninguna cualificación para llevar a cabo el comportamiento, y por esto se le considera como un tipo penal de sujeto activo indeterminado o simple.

Valga recordar que en algunas legislaciones como las de Italia, México, Nicaragua, Panamá, Brasil y Argentina, la pluralidad de sujetos en este delito no se configura a partir de dos actores, sino de tres (Ver en párrafos anteriores).

El sujeto pasivo

Está representado, como lo ha señalado la Sala de Casación Penal (sentencia de 6 de marzo de 2008, radicado No. 28788), en “el colectivo ciudadano, la sociedad”, pues es ella la titular del bien jurídico (la seguridad pública) que el legislador pretende proteger, y que resulta afectada con la conducta de los agentes concertados.

El sujeto perjudicado

Aun cuando no necesariamente son coincidentes las calidades de sujeto pasivo y sujeto perjudicado (v. gr. en el homicidio), en tratándose del tipo de concierto para delinquir estos elementos sí concurren, pues la sociedad es simultáneamente sujeto pasivo y sujeto perjudicado, esto último por cuanto dicho colectivo recibe el perjuicio directo como consecuencia de la conducta.

La conducta

a. *Verbo o núcleo rector.* El concierto para delinquir es un tipo penal que se puede clasificar como elemental dado que contiene un solo verbo rector: “concertar” lo cual, dicho sea de paso, significa que entre los sujetos activos de la conducta necesariamente deberá haber mediado un acuerdo, y esto presupone indefectiblemente la libre voluntad de convenir, de entenderse¹⁶, acuerdo delictivo que, además, debe tener vocación de permanencia; a este respecto la Sala de Casación Penal (sentencia de casación de 23 de septiembre de 2003, rad. No. 17089) puntualizó lo siguiente:

La acción incriminada consiste en concertarse para cometer delitos, que se traduce en la existencia de un acuerdo de voluntades para la realización de actos delictivos indeterminados, que en manera alguna puede ser momentáneo u ocasional, esto es, debe ostentar continuidad y permanencia, entendidas no como una duración ilimitada de ese designio delictivo común, sino como la permanencia en el propósito contrario a derecho por parte de los concertados, que se proyecta y renueva en el tiempo mientras la asociación para delinquir persista...

En el mismo sentido la Corte Constitucional (sentencia C-241 de 20 de mayo de 1997), señaló que el “concierto para delinquir en términos generales se define como la celebración, por parte de dos o más personas de un convenio, de un pacto....”.

Valga aclarar que el hecho de que en el inciso final (inciso tercero) el art. 340 se prevean varias formas verbales (“organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien”), estas carecen de la principalidad que caracteriza al verbo rector, siendo su función meramente accesorio: darle una especial descripción a la conducta para efectos del aumento punitivo (1/2) que dicho aparte normativo contiene.

Agréguese en este punto, que la más de las veces, o por lo menos en mayor grado, la demostración de la concertación delictual se soporta en indicios, tales como las reuniones voluntarias y asiduas entre los actores, su antecedentes personales que denotan

¹⁶ Según la Real Academia, la palabra acuerdo significa, en su segunda acepción: “Ajuste o convenio entre dos o más personas o entidades sobre algo”.

proyectos o causas comunes, los evidentes e inexplicables beneficios (actuales o potenciales) derivados del acuerdo, entre otros.

El modelo o ingrediente descriptivo

La descripción del comportamiento contenido en el tipo penal comentado consiste, en el inciso primero, en *concertarse para cometer delitos*; en el inciso segundo se prevé una modalidad agravada en la medida que el concierto sea para *cometer los delitos específicos allí enlistados*: “genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas ...” (Código Penal Colombiano)

Se trata, además, de un tipo penal cuyo ingrediente descriptivo es por excelencia positivo, y por ende se considera de acción, amén de que solamente admite la modalidad dolosa; el tipo de concierto para delinquir consiste en concertarse (ponerse de acuerdo) de manera voluntaria. No obstante, nada impide que se pueda llegar a efectuar por omisión impropia (comisión por omisión, cfr. art. 25 del código penal (Ley 599 de 2000) o que, sin llegar a con figurarse esta, la inactividad del agente lo ubique como coautor impropio por acción.

Sobre esta última hipótesis, cfr. el caso de la “masacre de Mapiripán” fallado por la Sala de Casación Penal el 27 de abril de 2007, rad. No. 25889, donde se estableció que la responsabilidad de dos ex – miembros de la Fuerza Pública quienes contribuyeron a su realización mediante la omisión de sus funciones, fue a título de “coparticipación criminal en calidad de coautores por acción”; en concreto señaló la Sala lo siguiente:

Es cierto que los llamados delitos de omisión impropia o de comisión por omisión, son los que emanan del incumplimiento de las obligaciones impuestas al hombre por la Constitución y/o por la ley y que en su estructura dogmática, como lo advierte el Procurador, se considera como un tipo eminentemente abierto, en el que el deber jurídico y la posición de garante que generan la equiparación de la omisión al hacer activo descrito en un tipo penal, son elementos normativos.

No obstante, encuentra la Sala que aunque en el presente caso la imputación contra los militares involucrados, entre ellos ... , surgió, de un lado, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Constitución y la ley que les compela a resguardar los bienes jurídicos de los pobladores de Mapiripán y sus cercanías, especialmente por la grave situación de orden público que para la época de los hechos se vivía la región, de otro, no puede desconocerse que la omisión de tales deberes se tradujo en verdaderas acciones positivas encaminadas a prestar una importante contribución para que los actos criminales planeados por el grupo armado al margen de la ley involucrado en este proceso contra la población de Mapiripán y sus alrededores, pudiera llegar a término, como en efecto ocurrió...

Si eso fue lo que se declaró probado en la sentencia impugnada, surge evidente el equívoco del fallador al dejar de lado el análisis de la *coautoría* impropia por división del trabajo criminal, pues los militares procesados y condenados en las instancias, compartieron conscientemente los fines ilícitos propuestos por el grupo de hombres armados al margen de la ley que arribaron en la fecha de los acontecimientos a la región, y que, por supuesto, estuvieron de acuerdo con los medios delictivos para lograrlos, realizando cada uno de ellos la tarea asignada en el rol que les correspondía de acuerdo con sus funciones.

Así, por ejemplo (...) como comandante de la unidad militar que prestaba servicios de vigilancia en el aeropuerto de San José del Guaviare, omitió cualquier control sobre el arribo de las dos aeronaves que transportaba a los paramilitares y la carga pesada, permitiendo que entraran a la pista de aterrizaje los camiones en los cuales se transportaron hasta el lugar de encuentro con otros paramilitares, y que salieran del terminal aéreo sin que fueran requeridos para el registro correspondiente. Sólo de esta manera el grupo de paramilitares que arribó al aeropuerto en cuestión pudo llegar hasta la población que había sido declarada como objetivo militar por el líder de la organización criminal...

Por lo tanto, los militares que así actuaron en este caso, coparticiparon criminalmente en calidad de coautores por acción, porque al incumplir con sus deberes permitiendo el paso de los paramilitares en la forma en que lo hicieron, colaboraron materialmente con la ejecución de la acción criminal de acuerdo al rol que cada uno desempeñaba, en lo que se vislumbra como una clara división de un trabajo criminal planificado de antemano o acordado desde su ideación, pues de no ser por esa cooperación, como se admite en el fallo demandado, nunca se habría logrado el arribo del grupo criminal a la población de Mapiripán y menos su sometimiento en la forma como ocurrió.

De esa forma, mediaron en este caso las voluntades concurrentes de miembros de las fuerzas armadas, quienes intervinieron materialmente con aportes concretos según la división de un trabajo criminal previamente planificado y acordado, y por tanto, son *coautores* por acción de las conductas ejecutadas y responsables por sus consecuencias.

Se trata, además, de un tipo penal simple, pues se limita a contemplar la conducta sin ninguna clase de aditamentos circunstanciales (referencias modales, temporales o espaciales).

En cuanto al objeto jurídico

Consiste en la seguridad pública que, como lo señala Paz Mahecha (2009), consiste en:

el derecho de todos los residentes en Colombia a no ser víctimas de actos potencialmente capaces de ocasionar intranquilidad colectiva, pánico, zozobra o terror y esa seguridad hace referencia al derecho inalienable de las personas de poder desenvolver su vida en sociedad sin ningún tipo de obstrucciones violentas (p. 30).

El bien jurídico de la seguridad pública, entonces, consiste en el derecho de los ciudadanos a no verse ni sentirse violentamente conmocionados o extraordinariamente afectados; en palabras de Arboleda Vallejo y Ruíz Salazar (citando a Francesco Carrara. Programa de derecho criminal, vol. VI), “Se dice que ofenden esta tranquilidad aquellos hechos que suscitan en el ánimo de un número indefinido de ciudadanos alguna concitación de emociones de dolor o

de miedo de las cuales se sigue la agitación de esos ciudadanos”. La sensación de seguridad es “indispensable para el libre y completo desarrollo de las actividades humanas” (p. 854).

En lo que respecta al objeto material, es evidente que consiste en esas condiciones de normalidad y tranquilidad general cuya alteración se suscita cuando los agentes se concertan con fines delincuenciales, razón por la cual se trata de un objeto material fenomenológico.

Ingredientes especiales del tipo

Ingredientes normativos

Tanto el concepto genérico de “delitos” inscrito en la primera parte del tipo penal en comentario, como las específicas conductas enlistadas en el inciso segundo: “genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o Financiamiento del Terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas”, constituyen ingredientes normativos de carácter jurídico.

Ciertamente, mediante los citados términos el legislador ha querido darle especificidad al objetivo de la conducta del autor, luego al momento de valorar el comportamiento y cotejarlo frente al tipo penal del concierto para delinquir, el juzgador deberá verificar si el acuerdo de los agentes se encaminó a la comisión de alguna actividad delictiva en general (primer inciso), o a las que taxativamente señala el inciso segundo en particular, y para ello deberá acudir al ordenamiento a efectos de valorar dicha situación, y por ello la descripción en cuestión se clasifica también como un tipo penal en blanco.

No está de más acotar, que el hecho de que la vaguedad y generalidad del término “delitos” usado en la parte primera del art. 340 merezca todo tipo de censuras y críticas (por cierto totalmente fundadas), ello no le resta el carácter de ingrediente normativo.

En cuanto a los ingredientes subjetivos

Es claro que en el precepto comentado (art. 340) se exige de los sujetos activos un determinado y concreto propósito: la finalidad delictual genérica -inciso



primero- o específica -inciso segundo- (cfr. Sala de Casación Penal casación de 23 de septiembre de 2003, rad. No. 17089, 2.3.1.4.1 *ut supra*).

Clasificación del tipo penal

Así como la doctrina ha precisado los elementos configuradores del tipo, también ha elaborado unas clasificaciones que, si bien no comportan la esencialidad de aquellos, sí contribuyen a un estudio más didáctico y claro de la respectiva descripción conductual.

En relación con su estructura

Amén de sus calidades de elemental y en blanco aludidas en precedencia, se trata de un tipo básico o fundamental dado que describe con independencia la respectiva conducta.

En relación con el bien jurídico tutelado (objeto jurídico), es un tipo mono ofensivo toda vez que con el mismo se busca proteger la seguridad pública; también se le puede clasificar como de peligro pues no se requiere la lesión del bien jurídico para la tipificación del delito, bastando con la simple puesta en peligro de la seguridad pública, mediante el acuerdo con fines de cometer los específicos delitos señalados en el inciso segundo del art. 140, o cualquier clase de delitos como lo preceptúa la parte primera *ibidem*; sobre este aspecto viene al caso recordar que la Sala de Casación Penal (casación de 23 de septiembre de 2003, rad. No. 17089) ha considerado:

Que el tipo penal de concierto para delinquir no solamente es predicable en los eventos donde se atenta contra los poderes públicos, o contra la existencia y seguridad del Estado; y tampoco exige la verificación de delitos contra la vida, ni atentados terroristas, etc. El simple hecho de ponerse de acuerdo para cometer delitos indeterminados, sea cual fuere su naturaleza, sea cual fuere el modus operandi, y sea cual fuere el cometido final, es ya punible.

Es que no solamente propicia un ambiente de inseguridad pública quien atenta materialmente contra la comunidad, o quien destruye su patrimonio físico, sino que hace tanto o mayor daño quien promueve acciones que de suyo, aunque sin violencia inmediata, tienen la capacidad para generar alarma social y desestabilizar las principales instituciones, ante la pérdida

de credibilidad y la quiebra de esenciales principios que informan al Estado Social, Democrático y de Derecho.

En relación con su contenido

Además de clasificarse como de acción (*ut supra*), se le considera como un tipo de mera conducta, pues, como lo ha señalado la Sala de Casación Penal (sentencia de 23 de septiembre de 2003, rad. No. 17089), “se reprime el simple comportamiento de concertarse con la finalidad indicada en él, es decir, ‘de cometer delitos’, sin que sea necesaria la producción de un resultado y menos aún, la consumación de un ilícito que concrete el diseño de la asociación criminal”.

También cabe la connotación de conducta permanente, pues el comportamiento (concierto con fines delictuales) se prolonga en el tiempo hasta tanto no cese el acuerdo; precisamente, sobre esto la Sala de Casación Penal ha reiterado que “la existencia de un acuerdo de voluntades con permanencia en el tiempo” es una característica del delito de concierto para delinquir (casación de 23 de septiembre de 2003, rad. No. 17089).

Igualmente es de recibo la clasificación como tipo abierto, pues en el art. 340 se describe la conducta (concertarse) sin condicionar su realización a circunstancia o modalidad alguna.

LOS CASOS DE LA “PARAPOLÍTICA”

En Colombia, a finales de los años noventa, se presentó la reactivación de las denominadas autodefensas o fuerzas paramilitares (grupos armados financiados por particulares y con los cuales, pretendiendo paralelar a la fuerza pública, se buscó combatir a la guerrilla) las cuales, tras expulsar de algunas regiones a los grupos subversivos de izquierda, se enrutaron hacia la consolidación de su hegemonía en dichos territorios mediante el sometimiento de la población y de las autoridades locales, a través de la intimidación y la violencia: quien se oponía a sus designios o desatendía sus directrices, era declarado “objetivo militar”, lo que en la práctica significaba la pena de muerte. Sobre la seriedad e inminencia de tan macabra y arbitraria sanción, dan fe los múltiples homicidios perpetrados y las versiones que en dicho sentido, dentro del esquema de la ley de justicia y paz, han rendido los cabecillas y demás integrantes desmovilizados de tales agrupaciones.

En esta brega por consolidar su poderío, las autodefensas acudieron, entre otros, a intervenir en el manejo de lo público mediante la constitución e imposición de aliados para apoderarse de las instituciones en cada región, contexto en el cual se suscitaron alianzas, compromisos, amenazas, homicidios, reuniones, documentos contentivos de “pactos” (de contenido político y burocrático), candidaturas únicas y, en fin, una serie de acontecimientos tendientes a favorecer a las fuerzas paramilitares y a sus simpatizantes.

Entre los años 1997 y 2002, el dominio y ascenso del paramilitarismo evidenció su punto más alto, particularmente por la articulación de los diferentes grupos que, como Autodefensas Unidas de Colombia (A.U.C.), desplazaron al Estado en bastas zonas y generaron una situación de facto, poniendo a los habitantes de esos territorios ante la disyuntiva entre: o acatar los mandatos de un Estado de Derecho materialmente ausente, u optar por “atender” y “sujetarse” a los lineamientos impuestos por los actores de hecho materialmente dominantes. En dicho contexto, la mayor parte de la comunidad, en procura de salvaguardar la vida y demás derechos, se vio obligada a callar, tolerar y ceder frente a los designios y actuaciones de las autodefensas.

A partir del año 2003 sobrevino el decrecimiento de la influencia alcanzada por los paramilitares (a raíz de su desmovilización y posterior postulación dentro de la legislación de justicia y paz -Ley 975 de 2005-) , y en consecuencia las autoridades recuperaron el control de las zonas otrora dominadas por esos actores armados, luego de lo cual, y con base en documentos e información obtenidos en operativos o gracias a las versiones de los ex – combatientes de las A.U.C. se iniciaron las averiguaciones para establecer y sancionar a los particulares, a los miembros de la fuerza pública y a los dirigentes políticos, por su presunta confabulación con las autodefensas imputándoles, principalmente, el delito de concierto para delinquir agravado (art. 340, inc. 2 del C. P.) en la modalidad de promover grupos de autodefensas, actuaciones que coloquialmente se han denominado como los casos de la “parapolítica”.

En este contexto, la situación de quienes sobrevivieron en los lugares y momentos en que las Autodefensas Unidas de Colombia se impusieron, y que por ende debieron soportar nefastas y denigrantes condiciones en procura de salvaguardar sus vidas y demás derechos, llama profundamente la atención,

especialmente por las consecuencias estigmatizadas que sobre ellos se ciernen.

En efecto, antes que la condigna y obvia conmiseración frente a estas personas, en la práctica se ciernen un manto de duda sobre sus conductas en punto de la presunta simpatía y vínculos que pudieron tener frente a los grupos de autodefensas, dubitación fincada en el hecho de haber logrado sobrellevar una mediana cotidianidad en las lamentables circunstancias que rodearon sus vidas; a todo aquél que logró sostener con gran dificultad su día a día, intentando ejercer su actividad, oficio o profesión, y para ello debiendo someterse a las imposiciones de los grupos de autodefensas, se le estigmatiza como colaborador, auspiciador e inclusive simpatizante y amigo de los paramilitares. Nada más injusto, pues si bien quienes convivieron y sobrevivieron a ese complicado y doloroso período de nuestra historia acataron las órdenes que en todo sentido impartían las autodefensas (prohibiciones, pagos, firma de documentos, entrega de bienes, entre otros), esas conductas se deben sopesar atendiendo a las particulares y extremas circunstancias que las rodearon: una innegable coacción y la permanente intimidación.

Ciertamente, en varios de los procesos adelantados por los casos de la “parapolítica”, y dentro de la actuaciones de la Ley de Justicia y Paz , abundan las versiones tanto de ex – combatientes de las A.U.C. como de particulares, dando fe sobre lo incontrovertibles, serios, inflexibles y severos que eran los designios de las autodefensas; son contestes los declarantes y además coincidentes con los dichos de los habitantes de las regiones otrora sometidas, en que el desobedecimiento de una orden impartida por algún miembro de las autodefensas conllevaba al señalamiento como “objetivo militar”, lo que en la práctica significaba una condena a muerte. Igualmente son dicientes (y respaldadas probatoriamente) las declaraciones dando fe sobre masacres y homicidios mediante los cuales se hizo efectiva la antedicha sanción.

En dicho estado de cosas, resulta muy delicada, peligrosa y difícil, la valoración de las conductas de quienes se vieron envueltos en la vorágine de tan lamentables circunstancias, mírese por ejemplo la complejidad que reviste la tarea de adecuación frente al tipo penal que suele endilgarse en esos casos: el concierto para delinquir (art. 340) pues, como líneas arriba se acotó, dicha descripción exige (siempre y en todas partes lo ha exigido) que el agente se haya concertado, es decir, puesto de acuerdo o convenido, con

alguno de los miembros de las autodefensas, y más aún, con fines criminales.

Es por esto, que la mera comprobación de conductas como el pago de dineros, la entrega de bienes, la comparecencia a reuniones, el acatamiento de llamados, la firma de documentos, el empleo o despido de alguna persona por "sugerencia" de las A.U.C. o el silencio frente a ciertos hechos, no puede, *per se*, constituirse en elemento concluyente de concierto alguno, pues la libre voluntad necesaria para legitimar y configurar un convenio, se halla ausente dada la evidente coacción que el poderío y la intimidación de las autodefensas infligían, lo cual, a no dudarlo, afectó la voluntad de las personas, llevándolas a comportarse de una manera que, en otras circunstancias (circunstancias normales), no lo habrían hecho.

Claro que dicha valoración deberá efectuarse, no solo atendiendo al contexto general, sino también observando las circunstancias de cada ciudadano en particular pero sin olvidar que, en todo caso, la anotada situación de coacción fue la constante que vivieron y afrontaron el común de los ciudadanos.

En dicho contexto, vale la pena resaltar que no está al alcance del común de la ciudadanía, poder contar con especiales medidas de protección, acceder con éxito a las autoridades centrales, ni trasladarse con sus familias hasta lugares que, como la capital de la República o el extranjero, están fuera de la influencia directa del paramilitarismo; el grueso de la población se halla profundamente arraigada en sus localidades, donde a lo largo de los años ha construido su proyecto de vida y fuera de las cuales no tienen nada, aunado esto a que carecen de recursos e influencias reales que les permitan solucionar, o por lo menos paliar, semejantes dificultades.

En las anotadas condiciones, es palmaria la ausencia de libre voluntad en las personas que en algún momento debieron ceder ante los requerimientos de las autodefensas, y por ende surge con claridad la situación de atipicidad, circunstancia que de suyo tornaría inoficioso avanzar hacia otra categorías como la antijuridicidad pues en esta, y en punto de su formalidad, la insuperable coacción ajena (causal de ausencia de responsabilidad) enervaría cualquier asomo de responsabilidad penal; desenlace igual si se avanzara hasta la culpabilidad (en términos causalistas, se entiende). En materia penal, así como la conducta es un presupuesto de la tipicidad, esta lo es de la antijuridicidad y a su vez esta de la culpabilidad; si la conducta no alcanza a connotarse como típica, inútil sería entrar a discutir si es o no antijurídica.

Amén de lo anterior, vale reflexionar como resulta irónico e injusto, que quienes por acción u omisión permitimos (pues el Estado somos todos) que el paramilitarismo alcanzara semejantes proporciones, y dejamos a nuestros compatriotas a merced de las autodefensas nos arroguemos la potestad de juzgar de manera cuando hemos logrado retomar esas zonas por medio de la fuerza pública, a atribuirnos la potestad de juzgar de manera indiscriminada y generalizada a esos sufridos compatriotas por las conductas que, sin otra alternativa, tuvieron que realizar para salvar sus vidas; el mero hecho de haber sobrevivido en el lugar y en el momento en que las Autodefensas Unidas de Colombia se impusieron y de que, en procura de salvaguardar la vida y demás derechos, se debieron soportar nefastas y denigrantes condiciones no puede convertirse, *per se*, en un estigma que indefectiblemente conlleve a un juicio de reproche social y a una condena jurídico - penal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arboleda, M. y Ruíz, J. A. (2003). *Manual de Derecho Penal, partes general y especial*. Quinta edición. Bogotá D.C.: Leyer.
- Código Penal de la República Bolivariana de Venezuela, [C.P.]. Dado, firmado y sellado en el Palacio Federal Legislativo, sede de la Asamblea Nacional, en Caracas, a los tres días del mes de marzo de dos mil cinco. Año 194º de la Independencia y 145º de la Federación (Venezuela). Consultado el 12, julio, 2010 en línea <http://www.fiscalia.gov.ve/leyes/6-CODIGOPENAL.pdf>
- Código Penal de la República de Panamá, Texto Único [C.P.]. Adoptado por la Ley 14 de 2007, con las modificaciones y adiciones introducidas por la Ley 26 de 2008, la Ley 5 de 2009, la Ley 68 de 2009 y la Ley 14 de 2010), *Gaceta Oficial Digital*, lunes 26 de abril de 2010 (Panamá). Consultado el 12, julio, 2010 en línea http://www.oas.org/juridico/mla/sp/pan/sp_pan-int-text-cp.pdf
- Código Penal de Puerto Rico de 2004 [C.P.]. Ley No. 149 de 18 de Junio de 2004 (Puerto Rico) Consultado el 12, Julio, 2010 en línea <http://www.lexjuris.com/LEXLEX/Leyes2004/Codigo%20Penal%202004.pdf>
- Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales. *Codificación Nacional de todas las leyes de Colombia desde el año 1821, hecha conforme a la ley 13 de 1912*. (Tomo VI Años 1836 y 1837). República de Colombia. (Ubicación: Biblioteca Nacional de Colombia, Sala Daniel Samper, No. Top.: VFDU 1 153 Codificación Nacional).
- Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-241. (M.P. Fabio Morón Díaz: de 20 de mayo de 1997).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. No. 18.983. (M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego: 12 de diciembre de 2002).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. No. 32.672. (Proceso de única instancia: sentencia de 3 de diciembre de 2009).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. No. 25.629. (M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón: 26 de marzo de 2007).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. No. 28.788. (M.P. Yesid Ramírez Bastidas: 6 de marzo de 2008).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. No. 17.089. (M.P. Édgar Lombana Trujillo: 23 de septiembre de 2003).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. No. 25.889 (M.P. Sigifredo Espinosa Pérez y Álvaro Orlando Pérez Pinzón: 26 de abril de 2007).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. No. 26.942. (M.P: 25 de noviembre de 2008).
- Decreto Extraordinario (decreto – ley) 100, 23 de enero de 1980. Código Penal. (1980). D. O. de la República de Colombia, No. 35461, año CXVI, Bogotá D.E.
- Ley 112 de 1873. Código Penal – Libro Tercero, 26 de junio de 1873. D. O. de los Estados Unidos de Colombia, No. 2915, año IX.
- Ley 109 de 1922. Código Penal. 27 de diciembre de 1923 .D. O. de la República de Colombia, Nros. 18703 a 18706, año LIX, Bogotá, sábado 13 de enero, 1923.
- Montiel , J. P. (2006). Peripecias político- criminales de la expansión del derecho penal. *Derecho Penal Contemporáneo – Legis*, No. 17 octubre – diciembre de 2006. pp. 115 – 170.
- Paz, G. R. (2009). *Concierto para delinquir*. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Andrés Morales (Colección Derecho Penal Parte Especial No. 1).
- Restrepo, J. G. (2009). *Codificaciones penales y realidad criminológica en Colombia*. Bogotá – Colombia: Universidad Santo Tomás – Facultad de derecho (Centro de investigaciones Francisco de Vittoria Línea de Derecho Penal y realidad).
- Reyes, A. (1996). *Derecho penal*. Quinta reimpresión de la undécima edición. Bogotá: Temis.
- Sánchez, I. (2008). Función político – criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado. *Derecho Penal Contemporáneo- Legis*, Nº 23, Abril-Junio 2008, pp. 107 – 172.
- Sánchez, I. (2007). La criminalización en el ámbito previo, como tendencia político – criminal contemporánea. *Derecho Penal Contemporáneo – Legis*, No. 20 julio – septiembre 2007, pp. 5 – 60.
- Verdad Abierta.Com Paramilitares y Conflicto armado en Colombia. Consultada el 5 de mayo, el 10 de mayo y el 2 de junio de 20010 . En línea <http://www.verdadabierta.com/>.