

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

EL CONCURSO DE CONDUCTAS PUNIBLES

Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra

TEMA I. TIPOS PENALES COMPUESTOS Y CONCURSO DE DELITOS

CONCURSO. “En los tipos penales de conducta alternativa cuando hay unidad de sujeto activo y éste realiza varias hipótesis, según los verbos rectores, no se presenta la figura del concurso delictual y su solución se traslada al campo de la dosimetría penal.

Cuando una misma conducta se ha dividido, otorgándole la apariencia de dos cargos para hacer un doble encuadramiento, se incurre en nulidad de carácter constitucional, porque se viola el derecho de defensa”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Lisandro Martínez Z., Acta No. 87, 02-09-86, Gaceta Judicial No. 2424, t. CLXXXV, p. 207. Con salvamento de voto).

...

“... Como punto de partida, deben analizarse los presupuestos normativos acogidos en el proceso, esto es, los artículos 37 y 38 del Decreto 1188 de 1974.

“Si se escudriñan ambos tipos, se encuentra que se describen hechos punibles distintos con objeto material diferente y verbos rectores diversos. El artículo 37, tiene por objeto material, especies de la naturaleza, específicamente plantas y los verbos rectores son solamente dos: cultivar y conservar. Cuando es una misma persona quien realiza ambas conductas, aparece claro que la segunda es secuela de la anterior.

“En cambio, el artículo 38, tiene un objeto material totalmente diferente, ya que se refiere a productos elaborados que pueden provenir de las plantas referenciadas en el artículo 37. Tales productos se clasifican genéricamente bajo la expresión “drogas o

sustancias que produzcan dependencia física o psíquica de las cuales se hace una enumeración no taxativa.

Por ende, puede afirmarse que mientras el artículo 37, limita el objeto material a una fase simplemente natural o agrícola, el 38, enfoca como tal objeto, productos que ya requieren un principio de elaboración o transformación industrial.

Estas dos normas, desde el punto de vista formal, se ubican dentro de los llamados tipos de formulación casuística, tipos compuestos o de conducta alternativa, denominados también por Beling como tipos de hipótesis fungibles. Cuando el legislador usa tal clase de tipos, no es menester que se realicen todos los verbos rectores para que se cumpla el proceso de subsunción.

Igualmente, al usarse varios verbos, en los supuestos de unidad de sujeto activo, cuando éste realiza varios, no se presenta el fenómeno de concurso delictual. El legislador supone varias hipótesis, pero de coexistir ellas, se conforma solamente un hecho punible cuando hay unidad del sujeto activo.

En el supuesto específico del artículo 37 citado, si es una misma persona quien cultiva la planta y conserva el producto, no incurre por ello en concurso delictivo.

Sin embargo, es claro que cuando el sujeto activo realiza varias hipótesis, previstas en la misma norma, el problema se traslada al campo de la dosimetría penal, correspondiéndole por ende una penalidad mayor que en el caso del sujeto que ejecuta una sola conducta.

Puede afirmarse pues, que mientras el artículo 37, se contrae a una fase natural o agrícola, el artículo 38, ya requiere un principio de elaboración o transformación industrial.

COMENTARIOS

La normatividad vigente a la cual son aplicables, en concreto y *mutatis mutandi*, los anteriores criterios jurisprudenciales, además del valor general que poseen los conceptos desarrollados sobre los

denominados tipos compuestos alternativos, son los artículos 32 y 33 de la ley 30 de 1986 que en su orden utilizan los verbos determinadores de cultivar conservar o financiar, por una parte, y de introducir, sacar del país, transportar, almacenar elaborar, suministrar, etc, en el segundo; de igual manera los objetos materiales de las dos infracciones son diferenciables bajo el supuesto diferenciador de orden naturalístico esbozado jurisprudencialmente.

El nuevo Código Penal introduce estas dos conductas en el capítulo de "Tráfico de Estupefacientes" dentro del título de los "Delitos contra la Salud Pública"; sin que se haya modificado la redacción casuística y ejemplificativa que tiene esta normatividad desde las primeras regulaciones; tan solo se observa sustancial incremento en las penas principales de prisión y multa.

Ahora bien, el verbo determinador es el núcleo de la oración descriptiva en torno al cual giran los demás elementos del tipo. Gramaticalmente el verbo es la palabra variable que designa existencia, estado o acción. Dogmáticamente en la oración típica el verbo determina la acción u omisión incriminada. En el proceso lógico de interpretación normativa el estudio del verbo determinador es en tal medida importante que su correcta intelección se constituye en el soporte fundamental de todo proceso de adecuación típica. El verbo utilizado en un tipo penal es expresión única que encierra esencialmente un hipotético comportamiento humano con lo cual la fijación de su alcance comprensivo, en cada caso normativo y en cada caso ontológico planteado, es labor dogmática fundamental.

Son tipos compuestos los que presentan varios verbos que determinen en forma directa la acción y se dividen en: compuestos alternativos y compuestos conjuntivos. Los primeros se presentan, como en el presente caso, si la realización de una sola de las acciones determinadas por varios verbos presentes en la descripción hace perfeccionar el tipo. El verbo escogido por el legislador para determinar la acción tipificada idealmente debe abarcar todas las hipótesis comportamentales que se quieren incriminar, pues por exigencia del principio dogmático de tipicidad, hechos que no encajen de manera perfecta en la descripción serán atípicos. El

temor a esta aplicación rígida del principio lleva en ocasiones al legislador a redactar tipos con verbo determinador compuesto que se convierten en redacciones antitécnicas, por tautología, sinonimia o casuismo, todos fenómenos proscritos por la dogmática penal; pero como se observa en las descripciones que se analizan es recurso que continúa siendo utilizado por nuestro legislador.

Frente a los tipos penales con verbo determinador compuesto alternativo, la razón de su estructuración no la encontramos, en orden a la incriminación de varias conductas, que se puedan considerar como independientes o autónomas frente al ordenamiento. Se trata de un problema de técnica legislativa que se orienta a la fijación cabal del alcance comprensivo de la acción tipificada.

El problema significa un afán del legislador por aclarar cual es el núcleo del comportamiento prohibido; por ello frente a esta clase de tipos, observamos que algunos de los verbos utilizados incluyen parte de la significación de otros -sinonimia relativa, aceptable técnicamente solo por vía excepcional-, otros pueden ser causa o consecuencia de los restantes, caso aceptable solo cuando un solo verbo no alcanza a comprender todo el proceso óptico de la conducta que se ha querido incriminar, lo cual puede imponer el uso verbal plural; pero en todas estas hipótesis las diferentes acepciones están íntimamente relacionadas, y todas ellas conducen o coadyuvan a la conformación inequívoca de un solo tipo penal; una vez presentada la acción incriminada, se presentará la estructuración de un solo tipo penal. Por lo anterior no se admite el concurso al interior de un tipo penal compuesto, si se está analizando una sola traza comportamental.

TEMA II. CONEXIDAD. Determinación. Fines. Características. Efectos. CONCURSO. Determinación.

CONCURSO. "Hay concurso efectivo de hechos punibles en el fraude procesal y la estafa, aun en el caso de que el segundo se quede en el terreno de la tentativa."

"Antes de pronunciarse la Sala sobre las objeciones formuladas por el recurrente a la sentencia, considera indispensable precisar

algunos conceptos sobre conexidad, el rompimiento de ésta y la unidad procesal y sus efectos en el juzgamiento, así como sobre el concurso de hechos punibles en relación con la estafa y el fraude procesal. Lo anterior, para satisfacer las inquietudes del señor procurador y porque estos aspectos tienen fundamental importancia en la decisión que se ha de adoptar.

“Delitos conexos, son aquellos que guardan estrecha relación entre sí por vínculos causales o de ocasión. Esa conexidad puede ser teleológica o ideológica, cuando entre dos o más delitos existe una relación de medio a fin, como falsificar un documento público para estafar; consecencial, cuando se comete el delito para ocultar otro, asegurar el resultado u obtener la impunidad; ocasional, cuando hay coincidencia de tiempo o de lugar de modo que la comisión de un delito sirve ocasionalmente al agente para consumir otro; cronológica, cuando en el mismo tiempo y lugar se cometen varios delitos, jurídica, cuando se integran los elementos constitutivos de los diversos, para constituir uno solo o para agravarlo, etc.

“Además de esta conexidad, que podemos llamar jurídica. existe la denominada conexidad procesal que proviene de la acumulación de procesos.

“Cuando se encuentra el juzgador en presencia de delitos conexos es lo debido y conveniente, que éstos se fallen en un solo proceso para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 168 del Código de Procedimiento Penal, como lo anota el señor Procurador delegado. Con esta medida, se busca entre otros fines, impedir las decisiones contradictorias, conseguir una apreciación en conjunto de la prueba y obtener en las penas la acumulación jurídica.

“Pero cuando por diversas razones, no fuere posible adelantar el juzgamiento de los delitos conexos en forma conjunta, el rompimiento de esta conexidad no puede llevar necesariamente a la invalidación del proceso, porque la nulidad suprallegal sólo procede cuando se quebrantan de manera cierta las garantías propias del debido proceso y en especial cuando se vulneran de manera evidente los derechos de defensa. Si estas circunstancias no

se presentan, el contenido del artículo 167 del Código de Procedimiento Penal conserva todo su vigor.

“En sentencia del 24 de noviembre de 1983, dijo al respecto esta Corporación:

“...Tampoco puede, dejarse a un lado que una de las penalidades que la doctrina asigna a la conexidad es la de fallos contradictorios, lo cual puede obviarse de mejor manera, si un mismo funcionario conoce de los delitos relacionados entre sí, como ocurren en el encubrimiento y el reato encubierto. No obstante esto, si en determinado caso las investigaciones por delitos conexos cursaren por separado, ello no constituye causal de nulidad pues aunque es un desideratum su adelantamiento conjunto, lo contrario, no está erigido en causal de nulidad (Art. 210 del C de P.P.) ni conculca garantías de las que la Constitución Nacional ampara en su artículo 26...”

“Tal criterio fue ratificado en providencia del primero de septiembre del mismo año con ponencia del Magistrado Luis Enrique Aldana Roza y mantenido en forma uniforme y constante como doctrina de esta Corporación.

“Este modo de pensar de la Corte, se repite una vez más en providencia del 17 de noviembre de 1983, cuando se dijo:

“... A causa de que el procedimiento penal colombiano admite tales excepciones, la Corte ha considerado tradicionalmente que el quebrantamiento de la unidad de aquél no implica en modo alguno nulidad de orden legal, ni tampoco, desde luego, de orden constitucional o suprallegal...”

“... No hay nulidad (...) cuando se trata de dos delitos conexos de los cuales se sindicó una misma persona, y se dicte primero fallo por uno de dichos delitos y luego por el otro, cuando esto se debe a que, al calificar el sumario, se llamó a responder en juicio al procesado por una de las infracciones y se lo sobreseyó (...) por la otra...”(sent 15 de marzo 1955, LXXLXX, 887).

“... El admitir o desestimar la competencia por conexión es cuestión cuya dilucidación corresponde primariamente al juez, pues la decisión en uno u otro sentido envuelve una apreciación del hecho y sujeta a su vez a la apreciación del superior, según las razones de oportunidad que se encuentren en cada caso...” (sent. 9 agosto 1957, LXXXVI, 150).

“... A su turno la jurisprudencia italiana ha sostenido que la unidad de procedimiento por conexidad de los delitos no puede servir de obstáculo para la oportuna definición de la instrucción o del juicio respecto de los que aparezcan demostrados...”

“... Los efectos procesales de la conexión son de orden relativo y, por tanto, no hay una atracción ipso jure inderogable entre los procedimientos conexos, sino que la unión de ellos se deja al poder discrecional del juez, quien debe tener presente, tanto en la instrucción (...) como en el juicio (...) que ella no debe aportar retardo a la definición de la instrucción para ninguno de los imputados ni de los delitos...” (Cas. 12 de enero de 1949, cit., Leone. tratado de Derecho Procesal Penal, T.1 pág.405).

“... El propio Leone, a quien dice no convencerle esa orientación doctrinaria (por estimar que la reunión de los procedimientos por delitos conexos es obligatoria), advierte, no obstante, que es claro que la no reunión de los procedimientos instructorios conexos no pueden ser objeto de reclamación, ni puede dar a lugar a nulidad (ob. cit. pág. 406).

“La Sala reitera esa doctrina, sin que pueda considerarse fundamento atendible para menguar su validez el hecho de que aún no se haya dispuesto la investigación del delito que el recurrente conexo con los investigados, juzgados y fallados, omisión que puede aún subsanarse, ni el de que ‘los elementos probatorios que sirvieron para calificar los delitos del acceso carnal violento y del calificado, (sean) exactamente los mismos que determina el delito de las lesiones personales’, porque la nueva investigación de estimarse procedente, no tiene porqué comprender la totalidad del sumario sino, apenas, las diligencia relacionadas exclusivamente con el delito de lesiones personales que el recurrente estima que no

debe quedar impune , (C.S. de J. Sala de Casación Penal, Casación de noviembre 17 de 1983. M.P. Dr. Dante L. Fiorillo Porrás”.

“Quiere decir lo anterior, que aún en el supuesto de que se hubiese roto la alegada conexidad ideológica entre el delito por el cual fue sentenciado el acusado y el presunto o posible delito de estafa que se pretende examinar con base en las copias del proceso y de conformidad con lo dispuesto en la parte resolutive de la sentencia recurrida con lo dispuesto en la parte resolutive de la sentencia recurrida, tal irregularidad no resta validez al conjunto de actos que componen el presente proceso, ni compromete su legalidad.

“Fraude procesal y estafa.

“El concurso de hechos punibles o concurso de tipos se presenta cuando el hecho humano que el juez examina conformado por uno o varios comportamientos del mismo agente, se subsume en diferentes tipos penales sin excluirse el uno al otro. Si un ilícito excluye al otro como consecuencia del desarrollo de los principios jurídicos de la especialidad, la subsidiaridad o la consunción, el concurso es apenas aparente y en este caso no se aplican simultáneamente los dos tipos penales al caso investigado.

“Existe concurso ideal efectivo de tipos penales, cuando un mismo comportamiento humano se encuadra en dos o más tipos penales que no se excluyen entre sí. Es clásico al respecto el ejemplo del padre que viola sexualmente a su hija, y con el mismo comportamiento quebranta las normas que tutelan la libertad sexual y la familia (violencia carnal e incesto).

“El concurso es material, cuando con varias acciones realizadas por el mismo agente con intenciones diversas, se quebrantan diversas normas del Código Penal, o varias veces el mismo tipo.

“Considera el señor procurador Tercero Delegado en lo Penal, en meritorio estudio, que tratándose de fraude procesal y estafa, el concurso es efectivo, cuando se encuentre el juzgador en presencia de delitos consumados. Pero, ante delitos imperfectos, por el principio de la consunción el delito de la estafa se integra al delito

de fraude, constituyendo un concurso aparente de tipos y una sola violación penal.

“No comparte la Corte esta apreciación del distinguido colaborador fiscal, porque es indudable que el fraude procesal puede estar íntimamente vinculado al delito de estafa, en cualquiera de sus modalidades de consumado o tentado y hallarse por ello el juzgador en presencia de un concurso efectivo de tipos. Tal cosa puede ocurrir, cuando mediante la maniobra fraudulenta se induce en error a un funcionario judicial para que produzca una decisión contraria a la ley encaminada a obtener un beneficio ilícito; y en este supuesto es indiferente para los efectos del concurso, que el agente logre o no el resultado económico o que la estafa se quede en el terreno de la tentativa.

“La Corte, con ponencia del magistrado Aldana Rozo realizó un jurídico y profundo estudio sobre la materia y sería inoficioso acudir a diferentes razonamientos para exponer y sostener el mismo criterio que hoy la Sala ratificó.

“Se dijo entonces:

“Se presenta el concurso aparente de tipos penales cuando una misma conducta parece adecuarse en varios tipos penales que se excluyen. Se trata de la apariencia de un concurso de delitos, pues realmente sólo una de las disposiciones está llamada a ser aplicada: tal sería el caso de la madre que da muerte a su hijo, fruto de acceso carnal violento, por cuanto esta conducta se adecua, en principio, a los preceptos de los artículos 323, 324 y 328 del Código Penal, pero sólo éste sería aplicable en virtud del principio de la especialidad. Así mismo, los delitos de concusión, detención arbitraria y otras conductas delictivas predicables de los servidores públicos, que también se adecuan al delito de abuso de autoridad, serán de aplicación preferente en razón del principio de la subsidiaridad.

“La ley colombiana no tiene una disposición que regule el llamado delito complejo, que en últimas es una forma de concurso aparente de tipos que debe resolverse en virtud del principio de la consunción; sin embargo ello no impide que ese principio sea

aplicable entre nosotros, pues representa una universal norma de hermenéutica trazada en la regla fundamental del non bis in ibidem que no permite que una misma infracción dé lugar a doble imputación, y en el principio de que lex primaria derogat legi subsidiariae que exige que solo se aplique la sanción correspondiente al delito complejo.

“De modo que el delito complejo sólo existirá en la medida en que el hecho delictivo forme parte de otra conducta típica, bien como elemento integrante de ésta o como circunstancia de agravación punitiva. Sin embargo, lo anterior merece algunas precisiones pues en los casos en que un tipo contenga un ingrediente subjetivo, la materialización posterior de este elemento no eliminará el concurso si su realización representa de suyo delito independiente. De otra parte, sólo podrá hablarse de delito complejo cuando dentro de una descripción típica aparece otra que inequívocamente corresponde a la contenida en distinto tipo (tal es el caso del hurto agravado por la violación del domicilio, numeral 3 del artículo 350, o del fraude electoral con falsificación de registros electorales, Art 254). En otras palabras, que solamente se dará el delito complejo cuando el legislador haya involucrado una descripción típica o sus características esenciales, dentro de otra de mayor riqueza descriptiva” (Cas. Sept 15 de 1983).

“En este mismo sentido se pronunció la Corte en sentencia del 3 de septiembre de 1971, con la ponencia del honorable Magistrado, doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez (G.J. CXXXIX, Nos. 2346 a 2351, pág. 355).

“De conformidad con la precedente apreciación jurisprudencial resulta obvio que la estafa no es una forma especial de fraude procesal, ni el fraude un simple modalidad de estafa, así ésta pueda cometerse eventualmente por medio de la inducción en error de empleados oficiales, si eso es así, no es del caso hacer referencia, por este aspecto, a un concurso aparente de tipos que pueda resolverse a través del principio de la especialidad.

“Tampoco hay razón alguna para afirmar que el fraude procesal es un tipo subsidiario, aplicable sólo en la medida en que el hecho no constituye delito sancionado con pena mayor, porque cuando el

legislador ha querido que una disposición penal tenga este limitado alcance, generalmente así lo ha consignado expresamente (Arts. 152, 198, 246, 247, 357, 370). Además la subsidiariedad sólo se presenta cuando los dos tipos penales se excluyen, de modo que no pueden aplicarse en forma concurrente.”

“De otra parte, la estafa no es un tipo de aquellos que la doctrina ha llamado complejos, porque ninguno de sus elementos integrantes constituye a su vez conducta típica diferente, característica que tampoco ostenta el fraude procesal, de manera que por esta razón no es aplicable el principio de la consunción en el evento de que la defraudación patrimonial se logre por razón del fraude procesal.

“Se destaca la independencia de los tipos mencionados, por el hecho de que no todo fraude procesal constituye estafa, ni toda estafa representa un fraude procesal. Si bien es cierto que por medio de este atentado contra la administración de justicia, se busca ordinariamente la obtención de una ventaja de carácter patrimonial, esta circunstancia sólo se presenta de manera eventual, ya que pueden darse muchos casos de fraude procesal sin pretensiones económicas de ninguna especie. En efecto, los medios fraudulentos pueden ser empleados ante la autoridad que tramita la nacionalización de un extranjero; pueden ser utilizados esos medios artificiosos en acciones civiles que no tienen contenido patrimonial, como cuando se intenta el reconocimiento de filiación natural luego de precluida la oportunidad para hacer la petición de herencia; también puede desplegarse actividad engañosa dentro de un proceso penal del cual no se derive indemnización de perjuicios, con la pretensión de obtener una sentencia injusta; en fin, como no toda la actividad del Estado se orienta a resolver sobre acciones de contenido patrimonial, y en éstas puede darse actividad engañosa del particular, son muchos los casos en que ninguna concomitancia tienen los dos hechos punibles mencionados.

“En estas condiciones, el amparo de la nueva codificación cuando por medio de un fraude procesal se comete o se intenta cometer un delito de estafa, debe darse aplicación al artículo 26 del vigente Código Penal que prevé el concurso de hechos punibles cuando con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones se infringen varias disposiciones de la ley penal.

“De manera que como el hecho que dio lugar a esta actuación procesal ocurrió dentro de la vigencia de la Ley 95 de 1936, sus disposiciones resultan aplicables. En efecto, la nueva codificación no puede aplicarse retroactivamente al caso en estudio, porque sus provisiones son más desfavorables para el procesado, no sólo porque la estafa se sanciona ahora con mayor rigor, sino, porque a la luz del nuevo ordenamiento sería necesario aplicar las normas del concurso.

“Bien puede presentarse en consecuencia, el concurso efectivo ideal y heterogéneo del delito de fraude procesal y estafa en grado de tentativa, cuando el agente pretendiendo la obtención de un provecho económico ilícito, induce en error a un funcionario judicial (fraude procesal) y obtiene una providencia que facilite la realización de su designio, sin que pueda obtener este segundo resultado por causas ajenas a su voluntad.”

(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas, Acta No. 110, 12-11-86, Gaceta Judicial No. 2424, t. CLXXXV, p. 554).

COMENTARIOS

Hay tentativa cuando el proceso de perfeccionamiento de una infracción se interrumpe, no se alcanza la finalidad propuesta por el agente, no se ha producido el resultado exigido o la simple conducta descrita no ha agotado, debido a circunstancias ajenas a la voluntad del actor. Según las reglas generales de la tipicidad, la incriminación del acto efectivamente realizado no es posible, por esto se considera a la tentativa una institución extensiva del tipo. Alguna doctrina tradicional no acepta esa naturaleza imperfecta y accesoria de la tentativa, afirmando que si a un determinado comportamiento se le asigna una pena, aquel será necesariamente un delito perfecto. En sentido dogmático, y aun más en relación con la unánime aceptación del concurso entre punibles tentados y punibles perfeccionados, tal criterio es en gran medida acertado.

El código penal vigente (art. 22) prevee que la punibilidad en la tentativa se da a partir del comienzo de los actos ejecutivos. Igual acontece con la nueva normatividad aprobada, que conserva intacta la definición general, introduciendo como novedad la regulación sobre el llamado delito desistido. Así, son actos de ejecución los que en su desarrollo tienen el alcance de invadir en forma manifiesta la esfera de protección y/o ejercicio del sujeto pasivo, con lo cual marcan el comienzo de la lesión al bien jurídico tutelado. Se determina la realización de los actos ejecutivos con el comienzo de la acción u omisión a que se refiere el respectivo verbo rector.

Tanto frente a la tentativa como al punible perfeccionado se debe surtir el proceso de adecuación típica positiva; como es sabido ella puede ser directa o indirecta, según el encuadramiento del comportamiento se realice de manera inmediata, autónoma e integral en un tipo penal específico, o, por el contrario la subsunción requiera del auxilio o esté subordinada a la aplicación de alguna de las instituciones de extensión del tipo, bien sea la tentativa o la coportación. Así mismo la adecuación típica positiva puede ser singular o plural; la primera se presenta cuando un solo hecho óntico examinado se adecúa cabalmente a un solo modelo descriptivo; la segunda la observaremos cuando es plural el número de hechos examinados, los cuales se adecuan cabalmente a un solo tipo penal o cuando un mismo hecho óntico se subsume en varios tipos penales

El análisis fundamentador de la tentativa, soportada sobre la teoría del tipo objetivo, en fases de incriminación, adecuación y punibilidad, proporciona explicación clara, sobre las relaciones concurso-tentativa desarrolladas en la anterior providencia. Se acepta que hay razón para incriminar y por ende sancionar si no habiendo perfeccionamiento y consumación, se reúnen los requisitos positivos de la forma tentada; pero dicha incriminación solo puede ser verificada en referencia directa a un determinado tipo; vale decir que la acción examinada debe presentar la integralidad de los elementos estructurales del tipo referenciado, o en vía de adecuación típica -directa o indirecta-, en este sentido entendemos que no hay extensión del tipo, pues la institución no puede ampliar la naturaleza o identificación de los sujetos y objetos, los cuales deben estar presentes en ambas formas de adecuación;

como ejemplo de lo anterior observamos que la tentativa del punible de peculado por apropiación, debe contener el sujeto activo calificado exigido por el tipo -servidor público-, la acción tentada debe recaer sobre un bien del Estado o puesto bajo custodia o vigilancia -disponibilidad material del agente- en razón o con ocasión de sus funciones, etc.; vale decir que no puede haber tentativa de peculado si la acción imperfecta, recayó sobre un bien que no posea las referidas especificaciones.

TEMA III. Concurso. CONCUSIÓN Y FALSEDAD. DELITO MEDIO Y DELITO FIN. Hipótesis.

CONCURSO. “La adulteración dolosa de documentos públicos utilizados para la comisión de posteriores acciones delictuosas o para encubrir las cometidas, no conduce a la absorción de todos esos comportamientos en una sola conducta criminosa, sino en la aparición indefectible del concurso delictivo”.

...

“Ante todo hay que apuntar que los dos cargos se reducen a uno, esto es, la desacertada calificación jurídica de los hechos cometidos. Aludir a un fenómeno de “calificación incompleta”, para reflejar la misma, mediante la nulidad suprallegal, en quebrantando del debido proceso, es faltar no sólo a la entidad que se reconoce a este motivo de anulación, destinado a eventos de extrema y sensible gravedad, como también desentenderse del contenido de las piezas procesales objeto de consideración en el recurso (auto de proceder y sentencias de primero y segundo grados). Basta observar cómo la conducta del procesado se prestaba a múltiples interpretaciones: a) Concusión (interpretación del Tribunal); b) falsedad en documento público, en modalidad de agravado (solución la que más atrae al recurrente) y, c) concurso heterogéneo de falsedad en documento público y concusión, No fluye, pues, de manera fácil y uniforme, una apreciación que, de no aparacer en determinado sentido, haga de ésta una equivocación ostensible, inopinada y ajena a las más conocidas y aceptadas formas del pensamiento jurídico. Tomar una de esas señaladas alternativas y dejar sin razonamientos expresos las hipótesis desechadas, puede mirarse como un error, pero no tan patente, ni tan manifiesto como para

suscitar cierta enojosa actitud de repudio. Al Tribunal le pudo bastar la motivación propia al delito de concusión, pues las razones apuntadas a este fin denotaban el porqué del alejamiento de otras figuras penales, tal la de la falsedad documental; pero el fallador de segundo grado más allá de esta exigencia y, conforme a lo ya transcrito, indicó las reflexiones por las cuales eliminaba el delito de falsedad documental. Que se esté de acuerdo con esta actitud intelectual o se tengan razones para contradecirla, no trueca la providencia en grado tal de imperfección, que llegue a resentirse el debido proceso al desconocer las partes intervinientes que se debatía, o se equivocase injustificadamente la determinación del juez competente, y, por mero capricho, negligencia o supina ignorancia, se dejase de lado el juzgamiento de una actividad delictiva, imprescindible en el juicio adelantado contra (...).

“En este punto, en el de la nulidad constitucional, hay desenfoque en el recurrente, no sale bien librada la doctrina pacientemente elaborada en torno a estas inavaldaciones de carácter suprallegal, y, antes bien, parece debilitarse, confundirse y servir propósitos muy diferentes a los que la originaron y mantienen su necesaria vigencia. Ciertamente, y conviene anotarlo aunque no sea el caso del señor Fiscal Cuarto del Tribunal de Bucaramanga, quien siempre se ha mostrado ajeno a estas flaquezas que se comentaran enseguida, algunos juzgadores han dado en el perjudicial desacierto de acudir a las nulidades constitucionales para restarle eficacia a procesos complejos, muy dilatados en su investigación, muy trabajados en su controversia y muy esperados en su definición. Así lejos de contribuirse a una pronta y eficaz administración de justicia, se fomenta la impuntualidad y se siembra incertidumbre en los asociados en cuanto a la bondad que la debe caracterizar. La doctrina y la ciencia jurídica se mal aplican y distorsionan y se las hace servir fines distintos y aparentándose una decisión rigurosamente técnica, sólo se consigue demostrar que no se quiso hacer justicia ni asegurar el triunfo de ésta. Mejor les vendría a esos, menos erudición y más sentido común, más imparcialidad y menos compromiso con los defensores o con la importancia de los acusados.

“En cuanto a la única censura que debe enfrentar la Corte, o sea, la nulidad del procedimiento por error en la denominación jurídica

de los hechos, conviene advertir que algunos puntos de los relacionados inicialmente, resultan válidos a este fin, pero, se hace imprescindible agregar otras reflexiones.

“Las razones del tribunal para descartar el delito de “falsedad en documentos”, no persuaden. Para éste, cuando se afirmaba documentalmente que se había recibido para ... la suma de \$1.200.00, no se faltaba y se obedecía a la verdad, porque esta era la cantidad que debía exigirse al usuario de sus servicios y la que, en definitiva y realmente, recaudaba esta entidad. No se daba, entonces, ninguna mutación de la verdad. Pero, en cuanto al recibo entregado al usuario, que determinaba la suma de \$1.500,00, definitiva y realmente exigidos, suscritos y entregados por éste, tampoco se modificaba la verdad, porque ese dinero era el exigido, aunque mediante concusión del funcionario, y el que pasaba a manos de éste. El documento entregado al usuario daba cuenta de esta realidad.

“En la divergencia entre lo que decía el recibo del usuario y lo que decía el destinado a la contabilidad de la empresa, el tribunal sólo advierte un comportamiento mentiroso, propio a “la dinámica del delito de concusión”.

“Lo que tiene de objetable esta tesis del tribunal es el no entender que el delito de concusión, en el cual opera el metus potestae publicae, puede ser ajeno a toda labor de documentación. El funcionario abusivo puede exigir, arbitrariamente, un dinero no debiendo suministrar comprobación escrita de esta maniobra.

“Cuando se atestaba, en el documento destinado a la empresa, que había recibido, en el ejemplo propuesto la suma de \$1.200,00 se escribía, como lo dice el tribunal, una verdad, pero una verdad maliciosamente incompleta. En efecto, ... no recibía más que esta suma y su contabilidad se desarrollaba sobre esta cantidad, la única que tenía derecho a exigir y percibir; pero, al usuario se le tenía que decir esta misma verdad y no otra, o sea, que había pagado igual valor. Hay en esto una indisoluble unidad, una integración inseparable, sopena de implicar, su quebrantamiento, una falsedad documental. Original y copia, vale decir, el documento entregado al usuario y el destinado a la empresa,

tenían que representar una misma realidad: Lo que la empresa tenía derecho a exigir y lo que realmente se exigía al usuario. Sólo así podía hablarse de respeto a la verdad, de no alteración de ésta. Era tan grave y tan refluente en el ámbito del delito de falsedad escrituraria mudar los datos en uno y otro papel. La razón de ser de esta múltiple documentación, consistía en evitar que el usuario pagase de más o de menos y controlar al funcionario en la recepción de ese dinero, pues también podía obtener sumas mayores o inferiores, dándose por parte de la empresa o del usuario acciones de devolución o de cobro, según el caso, respaldadas por los pertinentes recibos (copia u original). Una es, pues, la actividad del funcionario respecto del usuario, y otra con relación a la empresa; pero son conductas interdependientes que al cotejarlas demuestran la alteración de la verdad, una inmutación consciente y con fines probatorios.

“No es posible desentenderse de los efectos probatorios de esa múltiple documentación, que debía ser única e idéntica, pues tanto valía en desfiguración dolosa de ésta la reclamación del usuario para exigir la devolución de lo pagado de más, sin interesarle lo apropiado por el empleado concusionario, como la contraprueba de la empresa en entender que el documento presentado era falso y que según sus propios y auténticos recibos no había recudado más que lo legalmente autorizado.

“La doctrina dominante preconiza como tesis la de sostener que la adulteración dolosa de documentos públicos utilizados para la comisión de posteriores acciones delictuosas o para encubrir las cometidas, no conduce a la absorción de todos esos comportamientos en una sola conducta criminosa, sino en la aparición indefectible del concurso delictivo. Quien pecula y al mismo tiempo adultera la documentación oficial, no comete uno sino dos delitos; quien altera el documento y con él, enriqueciendo el tipo penal, como sule considerar la mayoría de esta Sala, proyecta, su actividad hacia terceros en cometidos estafadores, no incurre en una sino en dos infracciones; quien se apropia de algo que no le ha sido transferido como dueño y utiliza a este fin la inmutación documental, incurre en dos infracciones: Contra el patrimonio económico y contra la fe debida a los escritos.

“La Sala ha creído necesario ahondar un poco en el análisis de la conducta del procesado y advertir su posible incidencia en el presunto delito de falsedad en documentos, pero lo ha hecho no para establecer conclusiones definitivas e incontrovertibles sino para fundamentar la necesidad de investigar este aspecto. La averiguación puede aportar elementos de convicción que desvirtúen este enfoque provisional e incluso llevar a inferencias distintas. No quiere ni ha pretendido la Sala señalar desde ahora un criterio inflexible sobre el particular ya que, conviene reiterarlo, los resultados de la indagación que se ordenará así como las reflexiones de los funcionarios llamados a intervenir en su definición, son los que fijarán a la poste la posición conceptual más justa y acertada.

“Lo expuesto indica que debió tenerse en cuenta esta calificación de la conducta. pero la omisión no puede implicar un juicio adverso a la validez del proceso, al punto que sea necesario declarar que, a partir inclusive del auto de proceder, debe retrotraerse la actuación, y esto se afirma con base en la doctrina de la Corte, profusamente reiterada, que no deja de insistir en que la falla de consideración de ciertos hechos o de algunas personas (delitos o procesados), ya en el sumario, ya en el auto de cargos o en las sentencias, no genera más que una irregularidad de trámite que contradice la conveniencia de totalizar las deducciones inculpativas. Es verdad que abundan las buenas razones para procurar una instrucción lo más completa posible y una definición lo más integrada que pueda lograrse. Pero dándose una situación que la contraríe en estos deseados y convenientes efectos, lo recomendable no es la anulación de lo actuado, pues no es dable compensar la pérdida de consecuencias ciertas con el afán de procurar esclarecimientos no siempre realizables. Ya se ha dicho, también, que la forma de remediar esta omisión es ordenar si es el caso, la expedición de copias o el aprovechamiento del duplicado, para intentar la investigación de los comportamientos dejados por fuera o la indagación de presuntos procesados que no se vincularon al expediente o que no recibieron calificación en cuanto a sus conductas, remedio al cual acudirá la Sala, pues por lo dicho encuentra motivos valderos para considerar la comisión de un presunto delito de falsedad en documentos.

“Este modo de apreciar la situación tiene la ventaja de volver más actuante y certera la administración de justicia y de evitar innecesarias reposiciones de diligencias, sin que se desconozca la estructura básica del debido proceso. En todo caso se pretende corregir uno de los vicios más funestos de nuestra administración de justicia, unas veces debido a involuntarias omisiones y otras a maliciosas actuaciones, cual es la constante anulación de procesos, pues como ya se dijo se aparenta el ideal de la perfección persiguiendo consecuencias indeterminadas y aleatorias, con sacrificio de resultados concretos, admisibles y justos. Contra tesis de este contenido y alcance sólo pueden invocarse, como argumento serio, el abandono del sistema de la acumulación jurídica de penas, en el evento de nueva condenación por conductas que debían corresponder a esta orientación punitiva por tratarse de un concurso ideal de hechos. Este modo de pensar no es tan exacto y real como aparenta y es dable aconsejar el siguiente correctivo: En la hipótesis propuesta, esto es, de llegar a surgir la posibilidad de una sentencia condenatoria, incorporada como está a esa tramitación la condena recaída inicialmente, debe tenerse presente, para la morigeración del caso, esta circunstancia delictual y lejos de reconocerse un concurso material de delitos, o una plena autonomía de procesos, hechos y condenas, se tendrá que admitir que se trata de un comportamiento múltiple, con una sola conducta de ejecución (concurso ideal heterogéneo) que solamente, por factores de trámite, fue necesario concluir en esa separada forma. Interpretación idéntica sería igualmente válida para el caso, específicamente previsto por el legislador de un enjuiciamiento por uno de los comportamientos y temporal sobreseimiento para otro u otros, que posteriormente logra desembocar en una nueva calificación de cargos y culminar en una independiente sentencia condenatoria. De manera que la situación, en uno y otro caso, es similar y puede advertirse que el legislador la consciente, y procura. Lo que se requiere es la solución del atemperamiento de las penas, para consultar el principio de acumulación jurídica, y no el del cúmulo aritmético de las mismas, lo cual se logra con la interpretación que hoy fija la Corte.

“La Sala tiene que exceptuar la hipótesis en la cual la exclusión de un procesado o de una conducta, no se basa en el dicho en la parte motiva de la resolución, sino en una expresa absolución, evento

este último que impone para poder remover esta parte del fallo, la procedencia del recurso de casación. Como se ve este no es el caso de autos y de ahí la distinta solución que se le da.

“Tampoco constituye argumentación válida aludir a un desconocimiento de las competencias, pues las apreciaciones que al respecto se hagan, mientras no provengan de un organismo encargado de definir un conflicto de esta naturaleza, tienen sólo el probable valor de tratar de encuadrar la conducta en el tipo más aconsejable. El tribunal, en el caso estudiado, consideró que no se trataba de un concurso de concusión y falsedad en documentos, pero no tenía la capacidad funcional para imponer al juzgado de circuito esta definición, pues éste o el mismo Juzgado Superior, si insistía en su tesis del atentado a la fe pública, podía provocar la correspondiente colisión. No se hizo así, pero esto no priva a las instancias superiores de poder expresar un criterio diferente, como ahora se hace. La ley busca, por economía procesal y con el fin de procurar la acumulación jurídica de penas, el juzgamiento conjunto y, en el caso de infracciones sometidas a diversos órganos de justicia, otorga la competencia a aquel que pueda entender del delito más grave, para no considerar sino una de las varias hipótesis que pueden entrar en juego. pero esta previsión no es pauta ajena a excepciones, como cuando el sobreseimiento temporal conomita con un enjuiciamiento, llegando a imponerse por razón del sobreseimiento, la reconducción o separación de competencias, o cuando las averiguaciones han marchado separadamente, a pesar de insinuarse en las conductas realizadas un fenómeno concursal o de conexidad. En aquél y este caso es inobjetable el acatamiento a las leyes de la competencia ... El cargo no prospera.... ”

COMENTARIOS

En referencia al delito de concusión y por vía general, si como consecuencia de la conducta, en plenitud de estructuración típica, se perfecciona delito autónomo contra el patrimonio económico, contra la integridad personal del perjudicado o víctima o contra la fe pública, por ejemplo; es plenamente admisible el concurso material de delitos. La concusión es un tipo de abuso de autoridad cualificado, ante lo cual no es posible el concurso con las conductas

descritas de manera general como "abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto", "abuso de autoridad por omisión de denuncia" o "asesoramiento y otras actuaciones ilegales", ya que en la concusión se encuentran incriminados los elementos estructurales de dicho género delictual. Así mismo la conducta "constreñir" es una forma especial de "constreñimiento ilegal" por lo que no es posible el concurso con tal infracción.

La escuela clásica quiso ver en la conexidad un subespecie de concurso ideal, argumentando que cuando se presentan los vínculos de medio a fin, el agente propone solo una finalidad punible, la incriminación de las dos infracciones en forma independiente, daría lugar a sancionar dos veces el elemento intencional, dando a estas formas la denominación de delito complejo.

El tema del concurso tipológico se examina en el juicio de tipicidad formal y objetiva; y las diferentes formas concursales se han determinado en orden a la punibilidad, una vez derivado el punible integral; por lo cual el fenómeno de la pluralidad o singularidad de determinación no corresponde hacerlo en sede de tipicidad, para con ello fijar la naturaleza del concurso; lo único cierto en el primer momento lógico, es que hay varias acciones, las cuales configuran varios tipos penales que se encuentran unidas por algún nexos lógicos u ontológico y por tanto configuran una adecuación típica plural.

Aspecto bien diferente, en el proceso de escisión del punible es que cada una de las acciones típicas haya sido querida, prevista en su resultado y realizada con la doble operación intelectual-volitiva, que generará la imputación de cada una de ellas a título de dolo, culpa o preterintención según el resultado de tal examen, que como se observa puede ser diferente para cada una. De tal suerte que en sede de tipicidad solo se observará formal y objetivamente la presencia de dos acciones típicas independientes unidas por un *quid*, lógico y real. En tal evento hablaremos de concurso material de tipos en conexidad.

La conexidad se predica tanto del concurso material de tipos como del concurso continuado; se trata de una subespecie que enriquece o incrementa el juicio de tipicidad en cuanto presenta una nueva

determinación, que ha de ser examinada en esta sede: el nexo lógico y ontológico que une indisolublemente las diferentes acciones.

Los varios tipos configurados han de ser independientes o autónomos; esta claridad nos parece didáctica aunque en rigor dogmático es innecesaria, ya que todas las especies de concurso, tienen esta exigencia general: los tipos estructurados han de ser de imperativa aplicación simultánea, no excluirse, subsumirse o absorberse entre si; hipótesis todas estas de exclusión del concurso.

En referencia a la llamada conexidad por vínculo de medio a fin tenemos que un primer hecho es medio para preparar, facilitar o consumir otro. Esta conexidad genera concurso real con pluralidad de comportamientos y adecuación típica heterogénea.

En relación con el tema propuesto por la anterior jurisprudencia citamos como ejemplo la conexidad por vínculo de medio a fin entre los tipos de homicidio y las conductas de peligro común. De acuerdo con el artículo 324 No. 3 C.P. (código de 1980), en disposición reiterada por la nueva normatividad sustancial, se agrava la punibilidad de presentarse esta forma de conexidad de medio a fin con los delitos descritos en los capítulos II y III del Título V (capítulo II del título XII y capítulo I del título XIII, del nuevo código) y el homicidio; este se realiza mediante la ejecución de cualquiera de los hechos típicos reseñados, pues así se debe interpretar de la expresión "conductas" utilizada por la norma.

Sobre la posibilidad de concurso entre el homicidio agravado en estudio y los delitos de peligro común o contra la salud pública conexos, no hay acuerdo en la doctrina nacional, de la cual podemos señalar las siguientes posiciones doctrinales

Hay concurso material entre la conducta medio y la conducta fin, ya que la descripción del tipo básico de homicidio, no incluye los medios a utilizar, por lo cual el delito medio no queda subsumido en el delito fin y mucho menos en sus circunstancias de agravación, que no son más que tipos subordinados; la agravación surge no del medio utilizado, sino de la naturaleza de los bienes jurídicos atacados simultáneamente.(REYES ECHANDIA, Tipicidad, p. 222). De otra parte se afirma que no hay concurso entre el homicidio

agravado y el delito medio; "al agravar el homicidio por el medio empleado, se está castigando tanto la lesión a la vida, como el atentado contra la seguridad pública, que tutela el título V citado. Precisamente esa es la razón de la agravante, el usar un medio que pone en peligro la seguridad de los asociados". (PEREZ, Luis Carlos, Derecho penal, t. V, p. 197).

(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez, Acta No. 005, 03-02-87, Gaceta Judicial No. 2428, t. CLXXXIX, p. 78. Con Salvamento de voto).

TEMA IV. CONCURSO. FRAUDE PROCEAL Y ESTAFA. Presunción de la acción en uno de los hechos.

CONCURSO DE HECHOS PUNIBLES. "En el concurso de tipos penales, fraude procesal y estafa, ambos están caracterizados por el fraude.

"El fraude procesal en tanto que es elemento del tipo el que el agente utilice medios engañosos para obtener una decisión contraria a la ley; la estafa, porque en su descripción se exige la utilización del fraude como determinante de un acto de disposición que genere un incremento ilícito en el patrimonio del agente. Ello no significa que el declararse prescrita la acción del primero de los ilícitos devenga atípico el segundo, pues la realización material de la conducta fraudulenta que da origen a las dos imputaciones en el campo penal, no desaparece".

"La declaratoria de prescripción de la acción penal inhibe cualquier posibilidad de que el Estado, a través de su órgano jurisdiccional, continúe con el adelantamiento de la actuación "una afirmación de agotamiento de la potestad punitiva cubre todos aquellos aspectos que se refieren al ilícito y la consecuencia última es que, en el plano de lo jurídico, desaparecen todos los elementos tanto materiales como valorativos que dieron origen a la imputación delictiva, al punto tal que se podría afirmar que el delito muere para la jurisdicción".

“El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal sugiere desestimar el recurso en consideración a las fallas insalvables de que adolece.

“La Corte, por compartir sus planteamientos, a ellos se referirá al analizar el libelo.

“Ciertamente la demanda ofrece, a la par de una profunda inconsistencia de orden lógico en la técnica que gobierna esta clase de impugnación extraordinaria, total carencia de fundamento en los argumentos esenciales que la conforman. En efecto:

“Habiéndose planteado el cargo contra la sentencia de segundo grado por violación directa de la ley sustancial, el distinguido recurrente partía del supuesto de la total aceptación de los hechos asumidos por el Tribunal en la forma y con la visión que éste les imprimió, y limitaba su disconformidad a la aplicación de la norma tipificadora del delito por el cual se sanciona a su poderdante que en su sentir, no debió considerarse porque la conducta se había convertido en relativamente atípica y así generadora de absolución; es decir, atendía que erró el sentenciador solamente al establecer la relación de coincidencia o divergencia entre el caso particular y el hecho específico descrito en la norma. Sin embargo, extrañamente, luego de argumentar para demostrar esa legada violación directa del artículo 356 del C.P. y como remate del discurso propiamente tal, el profesional invocando la presunción de inocencia prevista en la Carta, afirma categóricamente que “jamás podrá afirmarse con validez jurídica que mi poderdante engañó e indujo en error al juez que tramitó el proceso de pertenencia, desapareciendo así el común elemento del también extinguido concurso delictual ideal, mudando así repentina y diametralmente el enfoque de su disenso con la sentencia, como que pone de manifiesto una realidad fáctica diferente de la que en ésta se estableció, y consistió en que el procesado fraudulentamente indujo en error al juez que adelantó el proceso de pertenencia instaurado por él ante el Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá, al afirmar bajo juramento en la demanda que desconocía la dirección de la propietaria inscrita de los lotes que él disputaba, a sabiendas de tan indispensable dato para el ejercicio del derecho de defensa de la demandada, puesto que meses

antes había sido notificado personalmente de la demanda reivindicatoria de los mismos inmuebles que la señora le había formulado ante el Juzgado 8 Civil del Circuito también de Bogotá.

“Al discutir los supuesto de hecho de la sentencia, el actor se sustrae de la violación directa que aduce, para transferir la alegación al campo de la violación indirecta, en donde, como se sabe, lo propio es justamente esa clase de cuestionamiento para demostrar a través de los errores de apreciación probatoria, que se violó la ley en forma mediata; y así convirtió, como atinadamente lo observa el Ministerio Público, en contradictorio y por tanto ineficaz, el alegato.

“Por otra parte el contexto de la demanda acusa notablemente falta de cohesión argumental, al punto que el Procurador considera sin que en su apreciación encuentre objeción la Sala, que las transcripciones de apartes jurisprudenciales y doctrinarios respecto de la naturaleza jurídica del delito conocido como “estafa procesal” y del concurso ideal “resultan puestas en el escrito más a la manera de un introito de posteriores argumentos, que como verdadero sustento de las alegaciones centrales del cargo, puesto que ni si quiera siguen a ellas comentarios puntuales del libelista o proporciones que retomen lo consignado para referirlas específicamente al caso materia de su demanda”.

“Y es que, en verad, el actor no cuidó la necesidad obvia de establecer la concreta interrelación de las definiciones que transcribió con el caso en estudio, sino que seguidamente a ellas pretende adecuarlas a éste, simplemente dando por hecho cumplido que “se trataba inicialmente del concurso ideal” con un elemento común entre los tipos de fraude procesal y estafa, para luego ocuparse de las “consecuencias jurídicas de la ruptura del concurso” que considera dado en principio y que se desintegró con la declaratoria de prescripción de la acción por el fraude procesal, esquematizando de tal manera el discurso, que la demostración obligada se diluye en reiteraciones sin mayor asidero en el caso específico y pierde así su unidad y continuidad conceptual, esencial en una alegación que como la de la casación, requiere claridad y precisión, contribuyendo este nuevo factor a la desestimación del recurso.

“Por abundar en motivos y ya abandonando los aspectos puramente técnicos de la demanda atrás referidos, suficientes de acuerdo a las acotaciones pertinentes para desestimarla, conviene destacar por atinadas, algunas de las consideraciones del Ministerio Público en torno a la carencia de razón en los puntos esenciales que más que demostrar insinúa el censor:

“Invocando los fundamentos teóricos que había transcrito, sostiene la casacionista que “si se suprime el elemento común” la conducta de estafa resulta atípica, como si entendiera que la declaratoria de extinción de la acción penal respecto del delito de fraude procesal, tiene la potestad de borrar del ámbito de lo material, la conducta desplegada por el procesado para inducir en error al funcionario judicial quien, como consecuencia de ello realizó el final acto de desposesión de los bienes inmuebles cuyo dominio obtuvo el inculcado por este medio.

“La verdad es que se imputó a (...) un concurso de tipos penales, que ambos efectivamente, están caracterizados por el fraude. El fraude procesal en tanto que es elemento del tipo el que el agente utilice medios engañosos para obtener una decisión contraria a la ley; la estafa, porque en su descripción se exige la utilización del fraude como determinante de un acto de disposición que genere un incremento ilícito en el patrimonio del agente. Ello no significa sin embargo, como lo insinúa en este punto el libelista, que al declararse prescrita la acción del primero de los ilícitos devenga atípico el segundo, pues la realización material de la conducta fraudulenta que dio origen a las dos imputaciones en el campo penal, no desaparece.

“Con una sola conducta, engañar al funcionario, el procesado obtuvo dos resultados diversos: Una decisión contraria a la ley (el proferimiento de sentencia favorable en el juicio de pertenencia) y un acto de disposición patrimonial en perjuicio de tercero (obtuvo la propiedad del terreno en detrimento de los intereses de la señora (...)). Para cada uno de los ilícitos se tiene en cuenta la misma realidad material: El engaño, que por si solo no es suficiente para adecuar la conducta a los diversos tipos penales, pero que cobra

importancia a cada uno de ellos como elemento estructurante del delito.

“No puede tampoco la Delegada darle razón a las posteriores alegaciones del censor que proponen la atipicidad de la conducta con relación al delito de estafa por la declaratoria anterior de prescripción de la acción penal referente al delito de fraude procesal. Y no puede otorgar validez a tales argumentos, porque se advierte que el libelista, habilidosamente, procura crear confusión frente a fenómenos jurídicos que no pueden tener al alcance que se les atribuye.

“Evidentemente la declaración de prescripción de la acción penal inhibe cualquier posibilidad de que el Estado, a través de su Organo Jurisdiccional, continúe con el adelantamiento de la actuación; ello nadie lo niega. Es claro también, que una tal afirmación de agotamiento de la potestad punitiva, cobija todos aquellos aspectos que se refieren al ilícito a que se refiere (sic) tal decisión y que la consecuencia última es que, en el plano de lo jurídico, desaparecen todos los elementos tanto materiales como valoratorios que dieron origen a la imputación delictiva, al punto tal que podríamos afirmar que “que el delito muere para la jurisdicción.

“No quiere decir lo anterior, empero, que todos los espacios materiales constitutivos de otros ilícitos deban desaparecer para los efectos penales, pues si porciones de la conducta o actos que confluyen a la generación de un reproche, juegan papel determinante en un doble proceso de adecuación típica, subsistirán en relación con aquel ilícito respecto del cual se puede aún ejercer la acción penal correspondiente.

“Indiscutible que con su acción única: Inducir fraudulentamente en error al funcionario judicial logró el acusado dos resultados fenoménicos, uno, obtener sentencia contraria a la ley, y, el otro, obtener provecho ilícito con ese pronunciamiento judicial, infringiendo así varias disposiciones de la ley penal “a voces del artículo 26 del C.P., y haciéndose acreedor en principio a la concurrente imputación; y evidente que esa entidad de acción que caracterizó a los tipo penales del fraude procesal y de la estafa

coabraba para cada uno de ellos connotación propia en su adecuación típica sujeta a la eventualidad de la prescripción, como en el proceso por virtud de la penalidad del atentado contra la administración de justicia, resulta jurídicamente insostenible la atipicidad del delito contra el patrimonio económico cuando todos sus elementos estructurales permanecieron inalterados”.

“El planteamiento del actor, aunque forjado “habildosamente” como gráficamente los califica el señor procurador, no pasa de ser una sofisticada presentación teórica apoyada en un supuesto totalmente deleznable. Consiguientemente, resulta inatendible.”

(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia, Acta No. 034, 14-04-93, Gaceta Judicial No. 2463, t. CCXXIV, p. 492).

COMENTARIOS

Como se puede observar de la anterior transcripción jurisprudencial es clara la admisión del concurso material entre los delitos de fraude procesal y estafa; tal conclusión también se extrae a nivel doctrinario. así la segunda se configurará con la inducción o el mantenimiento en error a un tercero, que se produce como resultado efectivo de la maniobra fraudulenta cometida sobre el servidor público que ha fallado un determinado asunto.

FERRERIRA delimita acertadamente este concurso afirmando que en en el fraude procesal "tenemos así una maniobra fraudulenta que se proyecta sobre dos campos distintos a) para lograr un error judicial, y b) para lograr una decisión injusta, y un beneficio material con ella. La justicia, como bien jurídicamente tutelado en el título 4º del libro 2º del Código Penal, se lesiona con la primera de estas proyecciones del fraude, y se agota en la maniobra artificiosa. El patrimonio económico del contradictor se lesiona con la segunda, y se agota con el resultado de la decisión judicial. El art. 182 reprocha lo primero, con el nombre de fraude procesal. El art. 356 lo segundo con el nombre de estafa procesal¹. (Delitos contra la administración pública, 1985, p. 271)

En palabras del profesor ARENAS también ratificamos la unanimidad doctrinal respecto a la viabilidad de esta forma concursal: "De ahí que la estafa procesal se consume con la obtención de un provecho ilícito en perjuicio de otro. En cambio, el fraude procesal se consume con la ejecución de ciertos hechos engañosos, encaminados a suscitar erradas interpretaciones, aunque nadie se beneficie ilícitamente ni tampoco se perjudique. Lo cual quiere decir que la estafa procesal es delito de resultado. El fraude es delito de simple conducta. El primero es delito de lesión, el segundo lo es de peligro. (Comentarios ..., t. II, 1981, p. 127.)

De otra parte, es sabido que el fraude procesal no admite la modalidad tentada, pues es tipo de mera actividad y ejecución instantánea. La estafa entre tanto es tipo de daño y resultado y admite la tentativa; por tanto, a efectos concursales se observan dos posibilidades: concurso entre fraude procesal (como tipo de peligro perfeccionado) y estafa (en el caso en que se produzca el daño patrimonial perseguido por el agente) y, concurso material entre fraude procesal agotado y tentativa de estafa; interpretación contraria desnaturalizaría la autonomía e independencia que ha sido asumida por nuestro sistema penal respecto de estas dos figuras delictivas; así, en la hipótesis que se reseña se presentará la posibilidad, perfectamente viable, de concurso entre un tipo de peligro y mera conducta perfeccionado con la modalidad inacabada de un delito de daño y resultado, ambos realizados dentro de un mismo procedimiento o proceso judicial o administrativo.

Finalmente el tipo de fraude procesal puede adoptar la forma de tipo absorbente, o excluyente de figuras instauradas en nuestro sistema penal como subsidiarias, es el caso de la falsedad personal descrita consagrada en el artículo 227 del Estatuto sustancial, hipótesis de concurso aparente en la que se debe dar aplicación al fraude procesal, subsumiéndose en él la maniobra falsaria como el mecanismo fraudulento inductor a error utilizado.

TEMA V. CONCURSO. DELITO COMPLEJO. CONCURSO APARENTE. Principios de exclusión. PORTE ILEGAL DE ARMAS Y HURTO CALIFICADO.

"No es delito complejo el uso de armas privativas de las Fuerzas Armadas en el curso de un hecho punible de hurto, se produce en este caso una lesión plural que estructura un concurso real." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Mario Mantilla Nougués, Acta No 032, 15-05-90, Gaceta Judicial No 2442, t. CCIII, p. 461).

...

"El delito complejo se presenta cuando un hecho se puede adecuar a varios tipos penales que se excluyen, por lo cual se habla de un concurso aparente de delitos, de normas o de leyes, o de tipos y refiriéndose a esta última denominación, que considera el profesor Reyes Echandía más técnica, afirma se estructura "cuando un mismo hecho parece simultáneamente encuadrarse en dos tipos penales diversos y excluyentes, de tal manera que el juez no pudiendo coetáneamente aplicarlos, porque violaría el principio 'non bis in idem', debe resolver concretamente a cuál de ellos se adecúa exclusivamente el caso en estudio".(Autor citado, la Tipicidad, 5 ed. 1981, pág 302, Universidad Externado de Colombia).

"En otras palabras, se presenta el concurso aparente cuando una conducta parece adecuarse a varios tipos penales que se excluyen entre sí. De otra parte es, que el problema jurídico planteado, se resuelve por la aplicación de uno cualquiera de los principios conocidos, esto es, el de alternatividad, el de especialidad, de subsidiariedad o el de consunción.

"Al punto en cuestión se tiene. El artículo 13 del Decreto 180 de 1988 tipifica la conducta de "fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional" bajo el siguiente texto: "El que sin permiso de autoridad competente importe, fabrique, porte, repare, almacene, conserve, transporte, adquiera o suministre a cualquier título armas o municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional..." Es este uno de los tipos de mera conducta, en donde el delito se consuma por la realización del comportamiento, sin tener en cuenta resultado alguno. En consecuencia, el solo hecho de portar armas de uso privativo de las Fuerzas Militares es delito. De

igual modo es un tipo compuesto, en cuanto en la descripción de la conducta el legislador empleó varios verbos rectores, en donde uno de ellos, analizados independientemente, permite individualizar comportamientos autónomos. Esta clase de tipos ha dicho la Corte "desde el punto de vista formal, se ubican de los llamados tipos de formulación casuista, tipos compuestos o de conducta alternativa, denominados también por Beling como tipos de hipótesis fungibles. Cuando el legislador usa tal clase de tipos no es menester que se realice todos los verbos para que se cumpla el proceso de subsunción"(casación de septiembre 2 de 1986, Magistrado ponente doctor Lisandro Martines Zuñiga).

"Es claro entonces, que el delito tipificado en el artículo 13 del Decreto 180 de 1988 se consumó con el solo hecho de portar el sujeto agente armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional -una subametralladora con su correspondiente proveedor y proyectil, más una granada de fragmentación-; en ese orden se presenta el concurso de hechos punibles cuando el sujeto agente mediante el empleo de violencia contra personas o cosas, se apoderó de dinero, en calidad de coautor, de la citada Corporación de Ahorro y Vivienda, consumando el delito de hurto calificado, toda vez que, como lo anota la delegada, en ese artículo 350, numeral 1 del Código penal, la circunstancia que califica el hurto es la violencia empleada contra las personas o cosas, que respecto de aquella bien puede ser moral o física. Contiene la violencia una agresión con el fin de vencer la resistencia que en un momento pueda presentar la víctima a un tercero, pero no necesariamente ella debe realizarse mediante el empleo de armas, sino con la utilización de otros medios con los cuales el sujeto pasivo se oponga al apoderamiento.

"En este punto con razón la delegada sostiene "Entre las circunstancias de calificación que describe el artículo 350 del Código Penal, no figura el empleo de armas, luego resulta impropio pretender incluir dentro del numeral primero, que se refiere a la violencia sobre las personas o las cosas", el porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Miliars o de Policía Nacional".

"La violencia que califica el hurto puede ser sin utilización de armas, o con armas cuyo porte no esté previsto como delito. Pero si

se utiliza una arma cuyo porte está tipificado como punible, no hay duda de que existe concurso, pues se trata de lesiones a intereses jurídicos diferentes, provistos en tipos diversos cuya aplicación simultánea no se excluye porque el uno no comprende el otro”.

“Surge indiscutible el concurso de hechos punibles a términos del artículo 26 del Código penal, cuando el sujeto agente con una o varias actuaciones y omisiones infringe la misma o diferentes disposiciones de la ley penal.

“De esta manera las acciones del sujeto agente adecúan a dos tipos penales diferentes, como son el descrito en el artículo 13 del Decreto 180 de 1988 y el hurto calificado (art. 350-1 del C.P.), toda vez que ellos se encuentran descritos en forma independiente, de tal suerte que cada uno de ellos logra una total adecuación a los diferentes tipos penales en concurso, lesionando de esa manera bienes o intereses jurídicos diversos, esto es, la seguridad y la tranquilidad pública y el patrimonio económico, razón por la cual, mal puede aplicarse al caso concreto el concurso aparente de tipos, cuando ellos en la adecuación pertinente no se excluye entre sí.

“El delito complejo se presenta, siempre y cuando exista una acción que se adecúe a la descripción de varios tipos penales, y en el caso de autos, con claridad meridiana se tiene la configuración de dos comportamientos diferentes, de un lado, el porte de armas de uso exclusivo de Fuerzas Militares, conducta de especial gravedad que el legislador erigió en tipo penal en el artículo 13 del Decreto 180 de de 1988, por los difíciles momentos políticos que vive la patria, y de otro delito de hurto calificado por el empleo de la fuerza o la violencia contra las personas o cosas, cuando ésta, como se anotó, no necesariamente implica la utilización de esta especial clase de armas de fuego.

“Es tesis dominante en la doctrina que la unidad de acción que estructura el delito complejo, conlleva una finalidad y en cumplimiento de ella se lesiona o pone en peligro tan sólo un interés o un bien jurídico que el Estado considera digno de tutela; cuestión que no se da en el caso sub júdice, cuando de una parte del artículo 13 del citado decreto tutela la seguridad y tranquilidad pública, mientras que en el delito de hurto se protege el patrimonio

económico, y ello es tan claro, que el legislador al describir el porte de armas y municiones de uso privativo de las Fuerza Militares o de Policía Nacional, con ello no está tutelando el patrimonio económico; luego ante la plural lesión se estructura un concurso real de hechos punibles.

COMENTARIOS

No toda adecuación típica plural constituye concurso. Los principios generales de interpretación y aplicación de la ley penal determinarán cuando, ante una pluralidad de adecuaciones típicas, es imperativa la aplicación de los varios tipos en concurso, o cuando uno de ellos prevalece sobre los demás. Frente a la aplicabilidad o exclusión de la institución del concurso, todos los principios de la hermenéutica penal pueden servir de ayuda. Se reseñan los postulados más importantes en cuanto tienen aplicación directa a esta institución.

El concurso puede quedar excluido en múltiples ocasiones y por razones hermenéuticas variadas; así, por la prevalencia de la norma especial sobre la norma general, por la aplicabilidad de la norma principal frente a la subsidiaria, por la absorción del contenido típico de una o varias normas por parte de otra, o por determinación expresa del legislador quien en múltiples ocasiones excluye de manera clara el concurso entre tipos penales determinados.

El tema de la exclusión del concurso, tradicionalmente es incorporado y estudiado como una subespecie de la institución, denominándolo "concurso aparente de tipos", denominación confusa pues precisamente lo que aquí se quiere revelar, es la ausencia de concurso, por no cumplimiento de alguno de los presupuestos del mismo, desde un punto de vista lógico y axiológico. En unidad de sujeto activo la acción se adecúa a varios tipos penales pero no se concluye imperatividad en su aplicación simultánea, por tanto la institución desaparece del respectivo supuesto fáctico. Se trata de situaciones en las que hay una adecuación típica plural que no deriva en concurso de tipos, por tanto mal puede calificársele con tan importante apelativo. Además la subsunción plural de ninguna manera puede ser considerada como aparente, es tan real como las

diversas descripciones que entran en conflicto, no obstante los especiales contenidos normativos hacen improcedente la aplicación concurrente.

El tema es de naturaleza fundamentalmente interpretativa, por ello también podría incluirse dentro del capítulo de aplicación de la ley penal, en cuanto pretende solucionar conflictos de pluralidades normativas, en orden a la aplicación de un solo precepto. El proceso de adecuación típica, simple o concursal, es fundamentalmente de naturaleza hermeneútica, en él se desentraña el contenido, alcance y sentido de la norma para confrontarlo con el supuesto fáctico examinado. De otra parte en sana lógica la derivación o no del concurso de tipos exige la aplicación de los mismos principios de interpretación, ya sea en su parte negativa o positiva; vale decir que para concluir que una pluralidad de tipos penales deben ser imperativamente aplicados, frente a uno o varios comportamientos en unidad activa, es necesario por vía de exclusión haber determinado la no vigencia para el caso concreto de alguno de los principios exclusivos.

Se descarta la existencia de concurso de tipos cuando una misma conducta realizada por un mismo sujeto activo se adecúa cabalmente a una pluralidad de descripciones legales, pero su aplicación conjunta, simultánea o concurrente, haría que el mismo contenido comportamental fáctico, se incriminara dos veces en juicio de tipicidad, por lo que los tipos se excluyen entre sí, o se incorporan a título de absorción, dando lugar al imperativo judicial de seleccionar cual de ellos es el aplicable al caso. Por este aspecto esta forma de adecuación típica plural entra en relación, con el llamado concurso ideal, pero en éste los tipos no se excluyen, pues tienen una faceta común y otros elementos claramente diferenciadores que conducen a su aplicación concurrente, so pena de dejar impunes zonas incriminadas del respectivo comportamiento.

TEMA VI. CONCURSO DE DELITOS Y RECURSO DE CASACIÓN. Procedencia.

CONCURSO. "Es posible que en el juzgamiento por concurso de hechos punibles se introduzcan modificaciones al fallo en lo que

hace alusión a los delitos que, por la cantidad de pena, no son susceptibles del recurso extraordinario."

...

"El artículo 218 del Código de Procedimiento Penal Decreto 050 de 1987) dispone:

"Procedencia: Habrá recurso de casación cuando las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, por los delitos que tengan señalada sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años".

"De esta disposición debe concluirse, sin lugar a dudas, que el recurso extraordinario solamente procede por aquellos delitos cuya pena establecida en la respectiva disposición penal sea igual o superior a cinco años y privativa de la libertad, debiéndose comprender en dicho quantum punitivo todas aquellas circunstancias específicas que aumentan o disminuyen la punibilidad, en consideración a su máximo o mínimo, respectivamente.

"Sobre este punto, se dijo en providencia la fecha siete de junio de 1989, con ponencia del Doctor Juan Manuel Torres Fresneda:

"3. En el caso que se analiza, de los tres hechos punibles imputados al procesado recurrente, sólo el de falsedad en documento público colma el requisito de procesabilidad antecitado, pues la pena máxima privativa de la libertad que consagra es de diez años; los otros delitos contemplan prisión por un máximo de 3 años (art. 146, Código Penal) y arresto por un máximo de 2 (art. 137, Código Penal), de donde resulta que la norma procesal de que se habla, no permite el recurso de casación para los dos últimos delitos, pues el quantum penológico para que este proceda, es el de la norma tipo en abstracto armonizada con las que consagran variaciones que no dependen del criterio valorativo del juzgador (tentativa, grado de participación) sino que configuran situaciones de forzosa observancia, siempre y cuando el máximo de pena privativa de la libertad imponible, aún así, no devenga inferior al de la exigencia en comentario, para cada uno de los delitos por los cuales se

procede contra una determinada persona, lo que significa que tampoco el juzgamiento por concurso de hechos punibles habilita a los delitos que no llenan el requisito, para ser atacados en casación” (subraya la Sala).

“Ahora bien, al enjuiciado (...) se le condenó a la pena de quince años de prisión como responsable de los delitos de homicidio, definido y sancionado en el artículo 323 del Código penal con pena de prisión de 10 a 15 años; lesiones personales del artículo 332, inciso primero, que establece una penalidad de 2 meses o 2 años de arresto: hurto calificado establecido en el artículo 350, numeral 1 del Código Penal, con sanción privativa de la libertad entre dos y ocho años, y acceso carnal violento, que tiene asignada una pena de prisión de dos a ocho años. Si el recurso extraordinario de casación fue interpuesto de manera general, y así se concedió, la Sala debe sin embargo limitar su admisibilidad a aquellas delincuencias que cumplen con el requisito punitivo señalado en el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, y en ese sentido se excluirá del auto admisorio el delito de lesiones personales que por disposición de la ley tiene una pena inferior a la requerida.

“Debe anotarse sin embargo, que una vez admitido el recurso por los ilícitos por los cuales procede de conformidad con la pena fijada en la ley y presentada la demanda correspondiente que ataque el fallo por alguno de tales delitos, si al momento de la sentencia definitiva se observare que han de hacerse modificaciones al fallo impugnado, o que deben tomarse decisiones que afecten el juzgamiento de los hechos punibles cuyo límite de pena los excluye del trámite propio del recurso extraordinario, el fallo definitivo los afectará únicamente en la medida en que fuerden una estrecha vinculación con uno de los delitos que por su quantum punitivo dieron origen al recurso.

“Quiere decir lo anterior, que admitido el recurso con las limitaciones a que se ha hecho referencia, no procede la calificación positiva de la demanda correspondiente, si en ella se incluyen cuestiones referentes a los ilícitos que por su cantidad de pena no son susceptibles del recurso extraordinario, aún cuando sí resulta posible que la sentencia de casación introduzca modificaciones al fallo, en lo que hace alusión a esos mismos delitos, o que reconozca

la presencia de vicios de juzgamiento que hagan aconsejable el retrotraimiento de la actuación, si, como se dijo, el hecho no casable guarda íntima relación con alguno de los ilícitos en los cuales si procede el medio de impugnación extraordinaria.

(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas, Acta No 045, 10-07-90, Gaceta Judicial No 2446, t. CCVII, p. 95).

COMENTARIOS

TEMA VII. CONCURSO DE DELITOS. Punibilidad

CONCURSO. PENA. "Dada la naturaleza de la pena de prisión es ésta la que ha de servir de parámetro, para identificar la base de la sanción correspondiente al concurso de hechos delictivos."

...

"Un único cargo se formuló en este líbello. En sentir del censor el fallo interpretó erróneamente el contenido de los artículos 26 y 27 del Código Penal que regulan el concurso delictivo, por lo cual se dejó de aplicar, habiendo debido hacerse, el artículo 68 del mismo estatuto.

"No obstante los juiciosos planteamientos que trae el censor como fundamento de su ataque, no logra con ellos constituir una adecuada teoría que sustente su afirmación de haberse violado directamente la ley sustancial al haber partido el juzgador de la pena prevista para la falsedad documental en lugar de la del peculado, para el señalamiento de la sanción propia del concurso. No acierta en esto el casacionista, porque pretende ignorar, en definitiva, la pena privativa de la libertad como criterio regulador de la gravedad de la sanción, dando primacía a la multa y a la interdicción de derechos y funciones públicas como justificación de una mayor gravedad de la pena.

"Evidentemente, si analizamos el caso concreto materia de este proceso, puede afirmarse que, independientemente del concurso de hechos punibles y haciendo solamente referencia a la pena

privativa de la libertad, al procesado ... se le debería sancionar por el delito de PECULADO POR APROPIACION, con prision de dos a diez años, en virtud de los dispuesto en el artículo 133, inciso primero del Código Penal, y, por el ilícito de FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO, con pena de tres a diez años, tal como, lo prevé el artículo 219 del Código Pneal. Frente a esta regulación punitiva no surge, en consecuencia, problema alguno a fin de determinar cuál de las dos sanciones es más grave en el evento del concurso de delitos, como es el que se juzga en este caso. Basta, por este aspecto, comparar las dos sanciones con un máximo igual, debiéndose escoger, para la base de la tasación entonces, aquella que tengan un mínimo mayor que para el caso lo es la falsedad documental, como acertadamente se hiciera en las instancias, única forma de determinar cuál de las dos penas privativas de la libertad es la más grave, atendiendo las disposiciones del artículo 26 de Código Penal que señala que la sanción será la de la infracción que "establezca la pena más grave.

" La inconformidad surge, pues, de las otras consecuencias punitivas asignadas al delito de peculado, siendo ellas la multa y la interdicción de derechos y funciones públicas. En relación con esta última no cabe tampoco tomarla en cuenta como criterio de gravedad de la sanción, pues si bien en el delito de falsedad documental no se establece ella como pena principal, si es accesoria, es de aquellas que van unidas estrechamente a la de prisión, según lo prescribe el artículo 52 del Código Penal, lo que significa que debe aplicarse obligatoriamente siempre que se imponga pena de prisión o arresto.

"Debe anotarse sí que como pena accesoria, su duración será igual al periodo de la privativa de la libertad, que para el caso de la falsedad del artículo 219 será como mínimo de tres años, lo que nuevamente daría razón a los juzgadores de instancia para tener ésta como la infracción con la sanción más grave, en cuanto que la interdicción de derechos y funciones públicas en el peculado alcanza un mínimo de un año, obviamente inferior a los tres antes señalados.

"Subsiste, como criterio diferenciador, entonces, la pena de multa prevista para el delito de peculado, más no así para el de falsedad

documental. Con argumentos serios, el casacionista pretende concluir que, debido a ello, la sanción más grande entre las dos que se tornan aplicables lo es la del peculado por apropiación, puesto que a más de la prisión y la interdicción de derechos y funciones públicas se prevé la de multa como sanción principal.

“Se aparta, sin embargo, la Corte de estos argumentos. Si bien tradicionalmente no se ha dado importancia a la punibilidad en la creación de nuestras normas penales, resulta indudable que ella no puede ser considerada como un eje aislado de la política criminal que surja del simple capricho del legislador. El delito, como unidad jurídica que es, no puede ser estimado solamente bajo la óptica de sus categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, sino que precisa ser analizado también con la punibilidad como jurídica respuesta a la perturbación del orden y al daño que se ocasiona con la infracción correspondiente. Quiere decir lo anterior, entonces, que el monto y calidad de las penas están estrechamente relacionados con el bien jurídico que se protege, puesto que según sea la importancia de éste y de acuerdo a la lesión que al mismo se irroga con la infracción, así se incrementará o disminuirá la sanción, no solamente en su cantidad sino también en su calidad. El legislador, por razones de protección, no siempre escoge la misma categoría de penas para las diferentes conductas delictivas, ni el prever más de una sanción para determinado tipo puede implicar una mayor gravedad en la pena específica.

“En lo que hace relación al delito de peculado por apropiación, evidentemente que se irroga al patrimonio del Estado o del particular cuyos bienes se encuentren bajo custodia oficial un perjuicio, más o menos serio dependiendo de la cuantía de la apropiación, la cual el legislador considera adecuada respuesta punitiva la limitación del derecho lesionado, esto es, que reacciona contra el delincuente disminuyendo también su patrimonio personal a través de la sanción de multa, dejando incólume, sin embargo, la acción civil de resarcimiento del perjuicio. La multa es, pues, en estos casos - así como en otros delitos que atentan contra el patrimonio estatal o particular: Peculado por error ajeno, peculado por aplicación oficial diferente, estafa y abuso de confianza-; una respuesta a la vulneración del bien jurídico lesionado, con miras a disminuir el perjuicio económico producto

con la infracción o como medida sancionaria proporcional a la infracción, más con criterio de mayor gravedad punitiva.

“No sucede lo mismo en cambio, con el delito de falsedad documental, en donde el daño fundamentalmente se dirige hacia la fe pública y no siempre lleva aparejado perjuicio patrimonial, lo que explicaría el por qué para este ilícito no se establece pena de naturaleza económica.

“Así las cosas, se debe concluir que los fundamentos de las sanciones explican su diversa previsión, no como criterio diferenciador de gravedad, sino como consecuencia de los diferentes perjuicios ocasionados con la infracción. El peculado, a más de la correcta marcha de la administración pública, sancionable con prisión, se estima como digno de protección el patrimonio económico del Estado, punible con la multa correspondiente.

“Pero, dos perjuicios claramente perceptibles desde la tipificación misma de la conducta, no quiere decir que susciten un mayor reproche punitivo que uno solo - el de la falsedad documental-. El bien jurídico protegido en el peculado es ciertamente, de tanta entidad como el que se tutela en la falsedad documental, pero en este último se abarca un mayor ámbito de protección que no se queda en los intereses concretos del Estado, sino que trasciende a ellos, va más allá de la esfera administrativa y política, para cubrir los intereses de todos los coasociados que ven en los funcionarios oficiales una fuente de verdad indiscutible, salvo que se acredite fehacientemente que han faltado a la verdad en la producción de los documentos oficiales.

“Así las cosas, el reproche mayor está correlacionado con el mal mayor, y por tanto, débese concluir que por decisión del legislador, y debido a la naturaleza del daño, la pena privativa de la libertad señalada para el delito de falsedad en documento público es la de mayor entidad frente a la provista para el peculado, razón por la cual no se observa violación alguna de la ley como lo pretende el casacionista.

“Ciertamente. como lo señaló el propio casacionista, la Corte ha reiterado en múltiples oportunidades que un criterio seguro para la determinación de la sanción mayor lo es el máximo de la pena privativa de la libertad asignada para cada uno de los delitos concursales, pero este argumento no puede ser tenido en cuenta respecto a este caso específico, pues que tanto el artículo 133 como el 219 del Código Penal, normas que fundamentan la sentencia, tienen ambos fijada prisión cuyo máximo alcanza los diez años. Debe entonces mirarse el mínimo de la sanción señalada a cada uno de los ilícitos, siendo mayor el de la falsedad ideológica que lo establece en tres años, frente al peculado cuya base es la de dos años de prisión.

“Reiteradamente ha venido sosteniendo la Corte, por lo demás, que dada la naturaleza de la pena de prisión es ésta la que ha de servir de parámetro (atendidos su máximo y mínimo, según sea el caso) para identificar la base de la sanción correspondiente al concurso de hechos delictivos, con prescindencia de otras sanciones que pese a estar establecidos en la ley como consecuencias punitivas de un determinado hecho punible, o no pueden ser acumuladas (por ejemplo la pérdida del empleo) o tienen una menor entidad que la privativa de la libertad personal, pues por razones de política criminal habitualmente se ha utilizado como mecanismo primordial de respuesta a la actividad delictiva la prisión, que es la sanción que causa una mayor aflicción al delincuente y permite, a través de la internación, el tratamiento penitenciario tendiente a la resocialización del delincuente, uno de los fines de la pena.

“No carece de validez, tampoco el argumento esbozado por el señor Procurador Delegado en lo penal, cuando afirma que la sanción de multa no puede tenerse como fundamento de gravedad de la pena,

pues que ella debe ser graduada de conformidad con las condiciones económicas del procesado y que no implica más que la restricción de un derecho de menor entidad que el de la libertad personal, criterios éstos que también avalan la decisión de los juzgadores de instancia de señalar como más grave la pena asignada a la falsedad documental.”

(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas, Acta No 082, 05-12-90, Gaceta Judicial No 2446, t. CCVII, p. 702).

COMENTARIOS

Aspecto de singular importancia que debe ser considerado dentro del tema concusal, es la definición la última etapa del problema cual es la imposición o cuantificación de la pena a imponer, una vez derivado el concurso de delitos. El criterio que del legislador traduce sin duda un índice de mayor o menor severidad de la ley. Así los sistemas elaborados doctrinalmente para determinar la pena que debe aplicarse, no se corresponden exacta e indefectiblemente con los casos que presenta el estudio de la unidad y la pluralidad de hechos y delitos.

La doctrina distingue tres sistemas para resolver el problema de la punibilidad en el concurso.

El sistema de la absorción al autor de varios hechos en concurso se le sanciona con la pena prevista para el más grave. Se aplica únicamente la pena mayor, que absorbe a las demás, pudiendo estas últimas ser tomadas en cuenta para agravar la pena, pero siempre dentro de la escala penal dispuesta para la única disposición que se aplica. En el sistema de acumulación de penas se aplica la suma aritmética de las penas establecidas para cada uno de los hechos que entren en concurso. Se suman las penas correspondientes y se procede a su aplicación conjunta. Con esta última forma de graduar la punibilidad, los resultados son idénticos a los que se arribaría si en la parte general del código no se estableciera disposición alguna en relación con el concurso real o material de delitos.

La crítica natural que emerge respecto de la acumulación matemática, llevó a dar preferencia al anterior sistema también denominada "acumulación jurídica" consistente en sumar las penas, pero fijando un límite máximo prudencial, el cual no puede ser sobrepasado por el juez. Bajo este criterio el modo de determinar los límites a imponer puede ser más o menos complejo, llegándose a reducir en prescripciones como la del código argentino: "Sin embargo, esta suma no podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate" (art. 55 in fine).

En el sistema denominado "combinación de penas", se toma como base la pena a imponer para el delito más grave, aumentada en una determinada proporción, dejando cierto margen jurisdiccional para realizar el proceso de individualización, de la pena atendiendo a las circunstancias de los hechos, naturaleza del concurso etc.

En nuestra legislación tanto el estatuto de 1980 como el nuevo Código, adoptan el sistema de la combinación de penas, según el cual se parte de la pena imponible para el delito más grave "aumentada hasta otro tanto", con el límite de que la sanción no puede ser nunca superior a la suma aritmética de las que correspondan a cada uno de los hechos, y nunca puede ser superior al límite máximo fijado para la pena privativa de la libertad. Ahora bien, en relación con las soluciones que deben afrontar el legislador y el juzgador, según la especie de pena fijada para los hechos concurrentes se determinan tres situaciones: que las penas sean divisibles de la misma especie; que las penas sean divisibles pero de distinta naturaleza; que una penas no sea divisible.

TEMA VIII. GRADUACIÓN DE LA PENA EN EL CONCURSO DE DELITOS.

"Para graduar la pena que corresponde al infractor por el delito cometido, deben relacionarse forzosamente los artículos 61 y 67 del Código Penal, puesto que las circunstancias de agravación y atenuación punitiva son apenas uno de los varios criterios establecidos en la ley para la dosificación de la pena. Junto a ellas, obran también como factores reguladores de la sanción, la gravedad del hecho punible, el grado de culpabilidad y la personalidad del agente."

“El artículo 67, que determina la aplicación de mínimos y máximos, enseña que solamente podrá imponerse el máximo de la pena cuando concurren únicamente circunstancias de agravación punitiva y el mínimo, cuando concurren exclusivamente circunstancias de atenuación punitiva "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61". Y el artículo 26 que regula la dosificación en los casos de concurso de hechos punibles, establece que el delito básico para iniciar la tasación está constituido por el más grave de los concursantes, cuya pena podrá ser aumentada hasta en otro tanto. La claridad de estos preceptos enseña que la fijación del mínimo de la pena opera cuando solamente concurren circunstancias de atenuación punitiva, siempre que no se presenten otros factores de los que enuncia el artículo 61, como determinantes de incremento punitivo y que tratándose de un concurso de delitos no sólo debe tenerse en cuenta para incrementar la pena "hasta en otro tanto, la pluralidad de los hechos punibles sino las demás circunstancias señaladas por el legislador para determinar la correspondiente al delito básico."

"2. La prohibición de agravar la pena impuesta al sentenciado cuando es apelante único, contenida en el artículo 31 de la Carta Política no opera cuando la sentencia es consultable porque dicho grado de jurisdicción establecido en la Constitución y en la ley como garantía de legalidad, faculta al superior del Juez que dictó la sentencia de primer grado; para introducirle las modificaciones que considere pertinentes y porque en tal evento la posibilidad de que el ad quem conozca de la sentencia no depende exclusivamente de la voluntad del procesado o su defensor, sino del interés del propio legislador."

“El quebranto directo de las normas circunstanciales reguladoras de la dosificación punitiva (ats. 26, 27, 28, 61 y 67 del Código Penal) es a todas luces infundado porque si bien es cierto que el Tribunal Superior le quitó al delito de captación el carácter de homogéneo y sucesivo haciéndolo concurrir con el de estafa agravada en los casos del ..., eso no significa como equivocadamente piensa el impugnador, que los 44 meses de prisión equivalen a la pena total deducida por razón del concurso de dichas ilicitudes, pues el sentenciador fue muy claro en advertir que ese monto correspondía a la "pena básica para efectos del

concurso"; es decir, al punto de partida para tasar la pena imponible en consideración a la gravedad y modalidades del delito de captación de dineros del público en forma masiva y habitual sin previa autorización de la autoridad competente, al grado de culpabilidad y la personalidad del sujeto agente y al hecho de concurrir en su accionar varias circunstancias genéricas de agravación punitiva (las contempladas en los numerales 7, 9 y 11 del artículo 66 del Código Penal) "lo que llevó al fallador al concluir, sin duda, que no era posible partir del mínimo de pena establecido por el art. 20 del D. 2920/82, esto es, 2 años o 24 meses (que es el delito que establece la pena más grave, base para que opere la acumulación jurídica de penas del concurso de hechos punibles") como acertadamente puntualizó la Procuraduría Delegada sino de los mencionados 44 meses de prisión.

"En otras palabras, pasó por alto el censor que dicha pena correspondía al delito más grave de los concursantes, habida cuenta de los criterios señalados para su fijación por el artículo 61 del Código Penal; incrementada en 36 meses más por razón del concurso con cuatro delitos de estafa agravada.

"Para graduar la pena que corresponde al infractor por el delito cometido, deben relacionarse forzosamente los artículos 61 y 67 del Código Penal, puesto que las circunstancias de agravación y atenuación punitiva son apenas uno de los varios criterios establecidos en la ley para la dosificación de la pena. Junto a ellas, obras también como factores regulares de la sanción, la gravedad del hecho punible, el grado de culpabilidad y la personalidad del agente.

"EL artículo 67, que determina la aplicación de mínimos y máximos, enseña que solamente podrá imponerse el máximo de la pena cuando concurren circunstancias de agravación punitiva y el mínimo, cuando concurren exclusivamente circunstancias de atenuación punitiva "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61."

"Y el artículo 26 que regula la dosificación en los casos del concurso de hechos punibles, establece que el delito básico para iniciar la tasación está constituido por el más grave de los concursantes, cuya pena podrá ser aumentada hacia en otro tanto.

“La claridad de estos conceptos enseña que la fijación del mínimo de la pena opera cuando solamente concurren circunstancias de atenuación punitiva, siempre que no se presenten otros factores de los que anuncia el artículo 61, como determinantes de incrementos punitivos y que tratándose de un concurso de delitos no sólo debe tenerse en cuenta para incrementar la pena “hasta” en otro tanto, la pluralidad de hechos punibles sino las demás circunstancias señaladas por el legislador para determinar la correspondiente al delito básico.

“De manera que si el tribunal Superior graduó la pena correspondiente al procesado ... bajo los parámetros y dentro de los límites contemplados en las normas sustanciales supuestamente quebrantadas, no se ve como pudo darles a las mismas un alcance que no tienen o negarles el que les corresponde.

“No prospera la impugnación”.

(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas, Acta No 91, 17-08-94, Gaceta Judicial No 2472, t. CCXXXIII, p. 696).

COMENTARIOS

En relación con la consideración de la personalidad del agente para la individualización de la pena es de aclarar que en el nuevo código penal recientemente adoptado desaparece tal factor pues ha asumido un diferente criterio al establecer las finalidades y fundamentos de la pena. En un determinado ordenamiento, si prevalece el criterio de prevención especial, la proporcionalidad punitiva se establece en referencia a las tendencias delictuales del agente, con franco resago peligrosista; a esta tendencia se adscribía el código de 1980 cuando establecía en su artículo 61 que para la fijación de la pena se debía considerar por el juez la personalidad del agente; valoración que desaparece en el nuevo artículo 60 que enuncia los fundamentos para la individualización de la pena, sin mencionar dicha consideración subjetiva. Si, por el contrario la finalidad prevalente es la retribución el criterio de proporcionalidad se debe dirigir al grado de reprochabilidad de la conducta del actor,

en relación directa con el hecho concreto, concepción a la que queda adscrito, por este aspecto, nuestro sistema penal.

Ahora bien, en relación con la clasificación del concurso delictual, inmersa en la anterior jurisprudencia, hemos de anotar que la misma procede de las determinaciones doctrinales sobre el llamado proceso de adecuación típica plural. Se puede presentar cuando el proceso se realiza respecto de uno o varios hechos, siempre y cuando hayan sido ejecutados con unidad de sujeto activo. Así el fenómeno se determina dentro de las siguientes hipótesis: adecuación de varias conductas, en unidad activa, a un solo tipo penal; adecuación de varias conductas, en unidad activa, a varios tipos penales; y, adecuación de una conducta a una pluralidad de tipos penales.

De esta forma se observa correspondencia entre la conducta o conductas examinadas y varios tipos penales; en tal hipótesis estaremos frente al concurso efectivo o a la exclusión del mismo (concurso aparente); si se presenta este último el juez debe definir el tipo aplicable, excluir los restantes y continuar la indagación como en el caso de la adecuación típica singular; si se observa concurso efectivo o real el juez debe realizar los juicios valorativos de antijuricidad y culpabilidad de cada uno de los hechos típicos en concurso, si tales elementos se configuran cabalmente estaremos frente al concurso de delitos (art. 26 C.P. de 1980, reiterado en este aspecto por la nueva codificación).

La adecuación típica plural presenta la siguiente subclasificación: tendremos adecuación típica plural homogénea si la conducta o conductas bajo examen, se conforman varias veces a un mismo tipo penal, o simultáneamente a varios tipos que protegen el mismo bien jurídico. Genéricamente se suele distinguir esta forma de adecuación en cuanto los hechos ónticos son de la misma especie es decir se adecúan a un solo tipo penal.

Exisitirá adecuación típica plural heterogénea si la conducta o conductas subjudice, se subsumen en varios tipos penales que protegen bienes jurídicos diferentes. Observaremos adecuación típica plural sucesiva si Los varios hechos ejecutados en unidad de sujeto activo y con sucesión temporal, se subsumen en varios tipos penales; entre los diversos comportamientos se advierte que media

un lapso más o menos considerable, siendo irrelevante a estos efectos su real duración. En la llamada adecuación típica plural simultánea la subsunción es producto de un solo comporamiento, en perfecta unidad fáctica.

El artículo 26 del Estatuto de 1980, que por este aspecto, continúa inalterado en el nuevo código sustancia, construye el concurso sobre la base de la moderna distinción doctrinal de la pluralidad de adecuaciones típicas en simultánea, sucesiva, homogénea y heterogénea que dan lugar a cuatro formas concursales básicas: a) Concurso simultáneo y heterogéneo correspondiente al clásico concurso ideal; b) Concurso simultáneo y homogéneo encuadrado por la doctrina más aceptada como concurso material; c) Concurso sucesivo homogéneo, otrora llamada "delito continuado", distinción que por haber sido conservada en nuestro ordenamiento, nosotros hemos dado en denominar concurso continuado; d) Concurso sucesivo heterogéneo que corresponde a la mayoría de hipótesis de concurso efectivo que se pueden presentar desde el punto de vista óptico.

Hablamos aquí de "concurso efectivo" pues corresponde genéricamente a las cuatro especies reseñadas, en oposición a las múltiples hipótesis de exclusión del concurso, tradicionalmente aglutinadas bajo la confusa denominación de "concurso aparente".

No obstante las anteriores precisiones en torno a la nominación metodológica que hemos utilizado, consideramos pertinente transcribir el siguiente balance doctrinal sobre la clasificación de la institución en concurso ideal y concurso material o real en palabras de SOLER citadas por el profesor REYES ECHANDÍA: "La distinción entre concurso ideal y concurso real con el fin de prescribir para cada uno de ellos consecuencias penales diferentes es, sin duda, uno de los problemas en los cuales la doctrina se ha fatigado durante mucho tiempo y con menos eficacia. Los casos de concurso ideal han ido restringiéndose en la doctrina moderna y puede predicarse que salvo en los hechos de delitos culposos, solamente se admite la figura para casos académicos, pues ya nadie persiste en la doctrina carrariana de considerar como concurso ideal todo caso en el que entre un delito y otro, existe relación de medio a fin. Este criterio no parece razonable, pues ningún motivo aconseja

considerar no punible un hecho, porque el agente lo ejecute para consumir otro. Mas no puede decirse que la unificación de los delitos sobre la base de la unidad de acción (sistema alemán) o sobre la base de unidad de hecho (sistema italiano), haya arrojado resultados claves, pues en el fondo ambas teorías se inspiraron en la ilusión de poder determinar la unidad de acción o de hecho sobre la base de una consideración naturalística, cuando en realidad el problema parece más bien dependiente del poder de absorción de que están dotadas las diferentes figuras penales.

"Por esto, la doctrina del concurso ideal ha venido perdiendo importancia en la medida en que ha ido adquiriendo desarrollo la doctrina del llamado concurso aparente. Las figuras del concurso aparente e ideal son, desde luego, distintas, ya que éste último presupone que el hecho efectivamente encuadra en mas de una figura a diferencia de lo que ocurre en el concurso aparente, en el cual una sola figura resulta aplicable al caso. Pero si el objeto de la teoría del concurso era el de determinar la unidad o pluralidad de delitos, no cabe duda de que ha fracasado el empeño por configurar entre la unidad perfecta y la perfecta pluralidad, esa figura híbrida de unidad de hecho con pluralidad de encuadramiento. Son numerosos los códigos modernos que han abandonado la distinción."

TEMA IX. CONCURSO DE DELITOS Y CONEXIDAD.

"Varias son las hipótesis que pueden presentarse al estudiar la procedencia del recurso de casación, cuando en la sentencia ha juzgado un concurso delictual.

"a). Que todos los delitos objeto del fallo estén sancionados con pena privativa de la libertad que sea o exceda de seis (6) años, caso en el cual ningún problema se presenta, ya que de conformidad con el artículo 35 de la ley 81 de 1993, el recurso es procedente para todos estos ilícitos individualmente consideradas, sin que para este efecto importe que hubieran sido objeto de juzgamiento conjunto."

"b) Que no todos los delitos materia del fallo estén sancionados con pena privativa de la libertad que sobrepase los seis (6) años de duración."

"Dos casos pueden distinguirse dentro de esta segunda hipótesis:"

"Que en la demanda se hagan cargos no solamente en relación con delitos que por su máximo punitivo no son susceptibles del recurso, sino también respecto de aquellos por los que sí proceda éste en el sentido de que el recurso en este caso sería procedente para todos los delitos, porque como lo dice el precitado artículo 35, en este supuesto el recurso "se extiende a los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior".

"Que la demanda contenga cargos pero exclusivamente en relación con alguno o algunos de los delitos que por la duración máxima de la pena no son susceptibles del recurso."

"En relación con este caso concreto surge la disparidad de criterios entre la delegada y esta Sala."

"La primera estima que en este último supuesto es preciso rechazar la casación por improcedente, toda vez que la misión de ésta implicaría reconocer la "autonomía" de estos delitos conexos "frente a la procedibilidad del recurso". Además, argumenta, para estos delitos "menores" está ya prevista la casación excepcional en los términos del inciso tercero del art. 218 del C. de P. P."

...

"Varias son las hipótesis que pueden presentarse al estudiar la procedencia del recurso de casación, cuando en la sentencia se ha juzgado un concurso delictual.

"a) Que todos los delitos objeto del fallo estén sancionados con pena privativa de la libertad que sea o exceda de seis (6) años, caso en el cual ningún problema se presenta, y que de conformidad con el artículo 35 de la ley 81 de 1993, el recurso es procedente para todos estos ilícitos individualmente considerados, sin que para este efecto importe que hubieren sido objeto de juzgamiento conjunto.

“b) Que no todos los delitos materia del fallo estén sancionados con pena privativa de la libertad que sobrepase los seis (6) años de duración.

“Dos casos pueden distinguirse dentro de esta segunda hipótesis:

“1. Que en la demanda se hagan cargos no solamente en relación con los delitos que por su máximo punitivo no son susceptibles del recurso sino también respecto de aquellos por los que sí proceda éste, evento en el cual coinciden el concepto de la Delegada y la opinión de esta Sala, en el sentido de que el recurso en este caso sería procedente para todos los delitos, porque como lo dice el precitado artículo 35, en este supuesto el recurso “se extiende a los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior”.

“2. Que la demanda contenga cargos pero exclusivamente en relación con algunos o algunos de los delitos que por la duración máxima de la pena no son susceptibles del recurso.

“En relación con este concreto surge la disparidad de criterios entre la Delegada y esta Sala.

“La primera estima que en este último supuesto es preciso rechazar la casación por improcedente, toda vez que la admisión de ésta implicaría reconocer la “autonomía” de estos delitos conexos “frente a la procedibilidad del recurso”. Además, argumenta, para estos delitos “menores” está ya prevista “la casación excepcional en los términos del inciso tercero del art. 218 del C. de P.P.”.

“Para la Sala, en cambio, en la hipótesis que se comenta, el recurso si resulta procedente, no obstante que el actor no formule ataque alguno en relación con el delito o delitos concurrentes que por su penalidad sean susceptibles de este extraordinario medio de impugnación.

“Para demostrar lo justa y acertada que es esta posición de la Corte, es preciso acudir al artículo 218 del C. de P.P., subrogado por el ya citado artículo 35 de la ley 81 de 1993, que en su inciso segundo dispone: “El recurso se extiende a los delitos conexos,

aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior”.

“En realidad en esta norma no se está disponiendo, como parece entenderlo la Delegada, que la demanda de casación pueda extenderse a los delitos conexos aunque tengan pena menor que la exigida para la procedencia del recurso. Lo que en ella se prescribe es la extensión del recurso en relación con estos delitos, que es cosa muy distinta.

“En otras palabras: la norma en comento al extender el recurso, no lo condiciona, en parte alguna. a que en la demanda se formulen cargos respecto de delito o delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad no menor de seis años, lo cual es coherente, porque como se dijo, no es un caso de extensión de la demanda sino de extensión del recurso.

“Hacer la exigencia que pretende la Delegada implicaría no sólo recortar sin razón los alcances, benéficos de esta facultad, sino también obligar a los recurrentes a que pretexten unos cargos en relación con uno cualquiera de los delitos susceptibles del recurso, para así habilitar el ataque por los delitos “menores”.

“Agréguese, por último que la denominada casación excepcional no podría sustituir a cabalidad la institución en comento, pues bien conocida es su limitación legal, ya que únicamente procede cuando se considere “necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales.”

(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz, Acta No 95, 05-09-94, Gaceta Judicial No 2472, t. CCXXXIII. Con Salvamento de Voto).

COMENTARIOS

La ley 553 de 2000 reguló el tema de la conexidad en orden a la interposición de la casación en el inciso 20. de su artículo 10, subrogatorio del artículo 218 del Estatuto procesal: "La casación se extiende a los delitos conexo, aunque la pena prevista para éstos sea

inferior a la señalada en el inciso anterior." Norma que se encontraba con idéntica redacción en la preceptividad derogada.

Delitos conexos son los ligados entre si por un vínculo común objetivo, subjetivo, jurídico, ocasional o de medio a fin. La conexidad origina concurso material o ideal, con lo cual adquiere la categoría de subespecie de las dichas modalidades concursales. En la conexidad el agente dentro del proceso configurativo de un determinado tipo penal, estructura con anterioridad, en forma concomitante o consecucionalmente, uno o varios tipos penales diversos. Se tratará entonces de adecuaciones diversas, autónomas e independientes. Desde los puntos de vista material y jurídico se presenta ya no un hilo conductor homogéneo, como en el concurso continuado, sino un ligamen lógico y ontológico, en el primer aspecto en relación de causa-efecto y en el segundo de orden consecucional.

La conexidad entre el hurto y el homicidio, se puede observar si se causa la muerte para realizar la conducta apoderativa, de tal forma que se configuran los dos tipos penales en forma naturalística diferencial; no obstante las dos adecuaciones presentan un vínculo, objetivo y subjetivo, que las une estrechamente; en esta hipótesis de medio a fin.

De lo anterior se desprende, que en la primera fase de adecuación típica plural se observa el referido ligámen lógico, pero el análisis del mismo no se agota, sino que debe ser reiterado y se mantiene en los juicios de antijuridicidad y culpabilidad. Tal es el aspecto diferenciador, desde un punto de vista dogmático, con las formas generales de concurso material en las cuales, como ya quedó explicado, hay absoluta independencia del proceso de adecuación típica plúrima, en relación con los mencionados exámenes objetivo-subjetivos. Es decir, en el concurso material ordinario, las varias acciones pueden ser valoradas -antijurídica y culpablemente- de diversa manera, en tales órbitas cada uno de los hechos típicos puede tener diversas consecuencias, solo los une la identidad activa como presupuesto esencial material, en la conexidad se observan ligámenes prácticamente indisolubles, que no se rompen en el juicio de subsunción, sino que se mantienen y proyectan a la antijuridicidad material -lesión o atentado al bien jurídico-, al

análisis negativo de antijuridicidad -presencia de causales de justificación- y al juicio de todo el elemento subjetivo en fase de inculpación o exculpación.

La escuela clásica quiso ver en la conexidad un subespecie de concurso ideal, argumentando que cuando se advierten los vínculos de medio a fin, el agente propone solo una finalidad punible, la incriminación de las dos infracciones en forma independiente darían lugar a sancionar dos veces el elemento intencional o la determinación, dando a estas formas la denominación de delito complejo.

Reiteramos a este punto que el tema del concurso tipológico se examina en el juicio de tipicidad formal y objetivamente; y que las diferentes formas concursales se han determinado en orden a la punibilidad, una vez derivado el punible integral, por lo cual el fenómeno de la pluralidad o singularidad de determinación, no corresponde hacerlo en sede de tipicidad, para con ello fijar la naturaleza del concurso; lo único cierto en el primer momento lógico es que hay varias acciones las cuales configuran varios tipos penales, que se encuentran unidas por alguno de los nexos lógicos y ontológicos referidos y por tanto configuran una adecuación típica plural. Aspecto bien diferente, en el proceso de escisión del punible es que cada una de las acciones típicas haya sido querida, prevista en su resultado y realizada con la doble operación intelectual-volitiva que generara la imputación de cada una de ellas, según el resultado de esa auscultación, que como se observa puede ser diferente para cada una. De tal suerte que en sede de tipicidad solo se observará formal y objetivamente la presencia de dos acciones típicas independientes unidas por un *quid*, lógico y real. En tal evento hablaremos de concurso material de tipos en conexidad. Es claro que todavía no podemos ni siquiera pensar en la existencia o no de un concurso punible.

De esta forma la conexidad se predica tanto del concurso material de tipos como del concurso continuado; se trata de una subespecie que enriquece o incrementa el juicio de tipicidad en cuanto presenta una nueva determinación, que ha de ser examinada en esta sede: el nexo lógico y ontológico que une indisolublemente las diferentes acciones.

Los varios tipos configurados han de ser independientes o autónomos; esta claridad nos parece didáctica aunque en rigor dogmático es innecesaria, ya que todas las especies de concurso tienen esta exigencia general: los tipos estructurados han de ser de imperativa aplicación simultánea, no excluirse, subsumirse o absorberse entre si; hipótesis todas estas de exclusión del concurso.

TEMA X. CONCURSO DE DELITOS. LEGALIDAD Y CUANTIFICACIÓN DE LA PENA.

"Dentro del principio superior de la legalidad de los delitos y la sanción, de ineludible aplicación en toda actuación procesal penal, cuenta indefectiblemente el artículo 26 del Código Penal, según el cual, en los casos de concurso de infracciones el procesado "quedará sometido a la que establezca la pena más grave, aumentada hasta en otro tanto".

"Aún se advierte la existencia de modalidades diversas donde la disparidad de las penas o las variables entre los mínimos y los máximos ofrecen dificultades para su aplicación. Uno de ellos se da cuando una infracción tiene prevista pena privativa de la libertad, mientras la otra implica una sanción de multa, caso en el cual se tasa la pena privativa de la libertad para el delito concurrente que la tiene prevista y, sin hacerle ningún incremento, se impone además la multa señalada como sanción para el otro ilícito".

"Pero hay todavía otros eventos donde uno de los delitos tiene previsto un mínimo de la pena igual al de la segunda infracción, pero su máximo se eleva por encima de ésta."

"Es innegable que para estos casos la selección de la sanción continuará ceñida bajo las reglas del artículo 26 Del Código Penal, pero que para darle una debida aplicación a ese precepto, ni el mínimo a imponer podría estar debajo del señalado en alguna de las infracciones concurrentes, ni el máximo supeditarse al inferior entre los dos, porque tanto en el primero de los casos como en el segundo, se desconocerían los incrementos por defecto, entrando el juzgador a distanciarse de las previsiones y fines perseguidos por el legislador, llegando indebidamente a sustituirlo."

...

"1. De conformidad con la demanda presentada a nombre de los acusados (...), el juzgador incurrió en error de hecho por falso juicio de existencia al estimar acreditada con base en una prueba inexistente la ocurrencia del delito de estafa, y la responsabilidad por parte de los acusados en el delito de falsedad material en documento público.

"Sin embargo de la aparente claridad inicial de esta presentación, a renglón seguido se entra a mencionar una circunstancia bien diversa; la prueba no fue supuesta sino tergiversada en su alcance, eficiencia y dimensión, lo que implicaría que el error no corresponde ya al anunciado sino a un falso juicio de identidad.

"Con esta variable forma de alegar el casacionista incurre en una insalvable contradicción a la vez que se desatiende las exigencias de claridad, precisión y presentación separada de cargos que regulaba el artículo 224.3 del Decreto 050 de 1987 y ahora los numerales 3 y 4 del artículo 225 del Decreto 2700 de 1991, sin que si quiera queden allí los defectos de su escrito.

"Cuando de modo pormenorizado el libelo se refiere al delito de estafa, pese a afirmar la suposición de pruebas ninguna de las afectadas por ese vicio se invoca, y reduciéndose a comentar tan solo la denuncia, toda la crítica queda restringida a afirmar que la quejosa nunca dijo haber sido colocada en error ni sometida a engaño, porque su único reclamo se refería al no pago de uno de los cheques que los deudores denunciados le habían entregado para satisfacer su obligación con ella. Al restringir de esta forma el ataque, excluye el casacionista todos los elementos que en realidad fundaron la sentencia para acreditar el hecho y la reponsabilidad de los acusados, que jamás se redujeron a la sola referencia de la queja formulada por la señora (...), pero a la vez se olvida de que para el Tribunal la entrega de unas letras y unos cheques con posterioridad al fraude, no desdibujaba la ya consumada defraudación de la prestamista.

"A partir del folio 33 de la sentencia de segundo grado, concreta el Tribunal las fases del modus operandi y en ellas los diferentes

medios probatorios que lo afianzaban como hecho consumado por los acusados:

“Madre e hijo tenían pleno conocimiento en cuanto a que sobre el inmueble que ofrecían como garantía de los seis millones de pesos, gravitaba de tiempo atrás un embargo ordenado por el Juzgado Tercero Civil del circuito de Ibagué, dentro del proceso que en su contra seguía ...

“Con el fin de percibir el crédito pese a su situación de insolvencia y de burlar la garantía que exigía la acreedora, los acusados ocultaron tanto la existencia del proceso como de la medida cautelar vigente, e hicieron creer a la denunciante que el bien estaba libre de gravamen, llegando, para consolidar el engaño, a exhibir un certificado expedido por la Oficina de Registro pero previamente adulterado en cuanto a su fecha de expedición, donde el predio aparecía todavía exento de pleitos y dentro del comercio. Luego lograron que la perjudicada en compañía del comisionista concurrieran a su residencia, y una vez allí aprovecharon para hacer ostentación de todas las propiedades y valores que poseían, terminando por convencerlos de que el préstamo quedaría debidamente garantizado.

“Complementando la escenificación de la aparente lealtad comercial, todavía concurrirían los acusados a la Notaría para firmar la escritura de hipoteca simulando que gravaban el bien para garantizar el mutuo, cuando en verdad sabían de la imposibilidad de su registro por encontrarse fuera del comercio, ganando con amañó la confianza de la acreedora y percibiendo la entrega del dinero, del cual quedó privada y sin la garantía real exigida la señora..., a quien, para culminación, tampoco se le cumpliría en el pago, que ya se carecía de un respaldo efectivo.

“Ninguno de estos medio se relaciona ni critica en la demanda y mucho menos de la forma técnica que corresponde al recurso extraordinario, lo que lleva a colegir que el censor dejó a la sentencia toda esta base de apoyo sobre la cual descansa la condena, y con mayor razón imprósperas sus pretensiones, si ni siquiera se cuidó de entrar a relacionar las disposiciones de las que hace cita frente a la inconformidad genérica que ofrece, para

aproximarse a la demostración de la violación legal que estaba proponiendo.

“Otro tanto sucede frente al reproche que el censor dirige respecto del delito de falsedad. La proposición escueta del cargo en este caso advierte, sin pretender entrar a desconocer la existencia objetiva de la infracción, que el error se dió porque en lugar de endilgarle la autoría como correspondía al comisionista ... , los cargos se hicieron a ... suponiendo la existencia de pruebas en su contra, afirmación que de nuevo referencia un falso juicio de existencia.

“Sin embargo, lejos de entrar a señalar cuales fueron los medios inventados o supuestos por el juzgador y a demostrar el yerro cometido, la argumentación opta por reconocer que la infracción sí se dió y comprobó, para limitarse enseguida a insistir en que la comisión de la adulteración, le sería atribuirle al comisionista por haber sido el intermediario en la entrega del documento espurio, y porque nunca se probó pericialmente que hubieran sido los... los autores de la adulteración.

“Ignora con esta afirmación el libelista, que para el Tribunal pesaban indicios suficientemente incriminatorios contra los acusados, como el del interés tan solo a ellos adjudicable en la percepción del crédito que requerían y les iba a facilitar su exclusivo beneficio económico; el conocimiento que tenían sobre la situación litigiosa que afrontaban y la afectación del inmueble que ofrecían como garantía, presupuestos que repercutían necesariamente en la mentira reflejada en el certificado de la Oficina de Registro, mendacidad manejada de tal manera por los procesados que solo comprometiéndose en ella se explicaba el que hubieran conseguido convencer y llevar a la prestamista hasta la Notaría para otorgarle una hipoteca que de antemano sabían no podría llegar a serla registrada.

“Como en el caso anterior, una vez más se olvida el demandante de las pruebas principales sobre las cuales edifica el ad-quem el fallo de condena, y por inadvertirlas lleva de nuevo su alegación hacia el fracaso, pues, como queda visto, permanecen incólumes los elementos sobre los cuales se asienta el fallo adverso.

“Razón, en este aspecto le asiste una vez más a la Procuraduría cuando critica al censor porque si estaba interesado en desquiciar la prueba indiciaria, debía ocuparse de impugnar o bien los hechos indicadores o la inferencia lógica dentro de la debida técnica que en cada caso esa labor exige. En su defecto, la impugnación se limitó a proponer que la ausencia de un dictamen indicativo de la autoría del falso perfectamente cobijaba a los acusados como ... , en quien también recaería el interés de percibir alguna comisión si la transacción se operaba, pero en esas posturas subjetivas apenas deja ver el libelista su inconformidad con la sentencia y su estimación y enfoque subjetivo de la conducta investigada, más no se acerca a demostrar que en los razonamientos del tribunal medió el error, y menos aquel de suposición de pruebas que se tenía anunciado, porque la alegación termina, conforme se critica por la parte civil en su escrito de oposición, con el esbozo de unos planteamientos propios de un error de derecho por falso juicio de convicción, enteramente improcedente por la ausencia de una tarifa legal dentro de nuestro sistema probatorio.

“Insuperables los yerros detectados, y distanciada la demanda de las pruebas que sustentan la condena, tendrá que convenirse con el criterio de la Delegada en cuanto a que sus pretensiones no prosperan”.

...

“Independientemente de la desestimación de la censura, deberá pronunciarse la Sala oficiosamente sobre la legalidad de la pena impuesta en las instancias según la autoriza el artículo 220 del C. de P.P. de la forma que sigue:

“a) La resolución fue clara al comprender dentro de la imputación a los procesados la comisión de un concurso de delitos de falsedad y estafa. Así, en la parte motiva se dijo -folio 215 - que:

“Para la elaboración de esta escritura (de hipoteca) se le exigió al procesado ..., presentara un certificado de tradición más reciente y para lo cual aportó el certificado al parecer expedido el 83-8-89 y

con base en el cual se procedió a elaborar la correspondiente minuta”.

“y al folio 217 se agregó:

“Sabido es que el certificado expedido por la oficina de Instrumentos Públicos y Privados, es un documento que tiene valor de documento público. Este instrumento que le fue facilitado al intermediario de la negociación por parte de los inculcados y con el cual aprobaron y elaboraron la escritura pública de tal negociación, fue adulterado en su verdad, toda vez que la autenticidad del documento público respecto de los hechos que da fe el funcionario, hecho físico del otorgamiento, fecha y lugar. El contenido del instrumento no correspondía a la real situación del inmueble en cuanto a la fecha que lo hicieron valer; pues como se dijo anteriormente para esta fecha 30-09-89, ya pesaba un embargo sobre dicho bien”.

“Consecuentemente, en el aparte sobre calificación jurídica advirtió que la definición y sanción de las conductas que ubica en el libro Segundo del Código Penal, título VI, capítulo 3. “de la falsedad en documentos” y título XIV, capítulo 3 “De la estafa”, y en la resolutive se plasmó que la acusación se refería a la autoría de esas dos clases de infracciones realizadas “en concurso”.

“Cuando el Tribunal en interlocutorio del 27 de junio de 1991 -folios 248 a 254v.-, le impartió confirmación a la anterior providencia, se refirió a la misma presentación de los hechos ratificando la estimación de su adecuación típica como “falsedad material de particular en documento público y estafa” previstos en los artículos 220 y 356 del Código Penal, cometidos en concurso “dado que además de adulterar un documento público, otorgaron con fundamento en él escritura de hipoteca, logrando por ese medio engañoso que la señora ... les entregara la suma de seis millones de pesos, agravado el último a la luz del numeral 1 del artículo 372 del C. P., por ser mayor de cien mil pesos el monto de lo estafado” (folio 254).

“b) Consecuentes con esta imputación, los fallos se refirieron a las dos conductas, considerando el a-quo al momento de la

dosificación de penas que el delito más grave era el de estafa, correspondiéndole partir del límite menor --doce meses de prisión-, incrementándolo en seis meses por la circunstancia genérica de agravación por la cuantía, y en otros seis meses por motivo del concurso, para totalizar en veinticuatro (24) meses de prisión y multa igual a Diez mil pesos.

“El Tribunal captó el error en que se había incurrido con esta forma de tasar la pena, pero por mayoría entendió que su corrección solo resultaría viable en la medida en que se vulnerará el principio de legalidad, opción que dio por descartada considerando que se trataba solamente de criterios interpretativos. Quien salvó su voto puso de relieve la contradicción de la sanción impuesta frente al artículo 26 del Código penal, norma reguladora del concurso de delitos, que integrada al principio de legalidad hacia obligatoria la modificación, así resultase ella gravosa para procesado, lo que en nada mortificaría el artículo 31 Constitucional, pues uno de los apelantes había sido el representante de la parte civil.

“c) Dentro del principio superior de la legalidad de los delitos y de la sanción, de ineludible aplicación en toda actuación procesal penal, cuenta indefectiblemente el artículo 26 del Código Penal, según el cual, en los casos de concurso de infracciones el procesado “quedará sometido a la que establezca la pena más grave, aumentada hasta en otro tanto.”

“Este criterio de gravedad de la pena (no necesariamente coincide con el de gravedad del delito), como lo precisara la Corte en el fallo del 2 de julio de 1985 con ponencia del Magistrado Doctor Alfonso Reyes Echandía, ha de medirse cualitativa y cuantitativamente. Así:

“Por el primer aspecto la prisión es más grave que el arresto; el segundo estará referido a la mayor cantidad de pena privativa de la libertad prevista entre los varios delitos concurrentes de la misma especie sancionadora o respecto del delito con pena principal cualitativamente más gravosa, si los delitos en concurso tuvieron prevista pena principal de carácter pecuniario, el delito más grave será el que tenga señalado un máximo mayor de multa.

“Determinado así el delito base, se procederá a dosificar la pena correspondiente teniendo en consideración todos los factores señalados por el artículo 61 del Código Penal. Hecha esta concreción punitiva, aumentará dicha pena de acuerdo con el número y gravedad de los demás delitos concurrentes; sin embargo, al realizar esta labor tendrá en consideración tres limitantes complementarias; conforme a la primera, la pena del delito base no podrá incrementarse más allá del doble del máximo previsto para aquel; al “otro tanto” que menciona el artículo 26 del Código Penal, no se refiere la pena aplicable por el delito base, sino al máximo de la establecida para este, de acuerdo con la segunda, el monto total de la pena imponible para todos los delitos en concurso no podrá exceder de la suma que correspondería fijar para cada uno de los delitos concurrentes, si se sancionasen en forma separada, limitación esta explicable porque la institución del concurso delictivo se inventó precisamente para eludir la suma aritmética de penas (esta es la esencia de la llamada acumulación jurídica de penas); conforme a la tercera limitante, en ningún caso, la pena privativa de la libertad que resulte de las operaciones precedentes dentro del mecanismo punitivo concursal, podrá superar los 30 años artículo 28 del C.P. (hoy reformado por el artículo 31 de la Ley 40 de 1993).

“Sentados estos principios, aún se advierte la existencia de modalidades diversas donde la disparidad de las penas o las variables entre los mínimos y los máximos ofrecen dificultades para su aplicación.

“Uno de ellos se da cuando una infracción tiene prevista pena privativa de la libertad, mientras la otra implica una sanción de multa, caso en cual “se tasa la pena privativa de la libertad para el delito concurrente que la tiene prevista y, sin hacerle ningún incremento, se impone además la multa señalada como sanción para el otro ilícito”.(sentencia del 10 de julio de 1.991 M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz).

“Pero hay todavía otros eventos, dentro de los cuales participa el presente y donde uno de los delitos tiene previsto un mínimo de

pena inferior al de la segunda infracción, pero su máximo se eleva por encima de ésta.

“Es innegable que para estos casos la selección de la sanción continuará ceñida bajo las reglas del artículo 26 del Código Penal, pero que para darle una debida aplicación a este concepto, ni el mínimo a imponer podría estar debajo del señalado en alguna de las infracciones concurrentes, ni el máximo supeditarse al inferior entre los dos, porque tanto en el primero de los casos (que es la situación en el presente reprochable), como en el segundo, se desconocerían los incrementos por defecto, entrando el juzgador a distanciarse de las previsiones y fines perseguidos por el legislador, llegando indebidamente a sustituirlo.

“En estos términos se tiene que si para el Juzgador la tasación de la pena debería partir de los mínimos legales, la selección en ese caso de “la pena más grave” debió llevarles a preferir la de la falsedad cuyo mínimo estaba en los dos años, haciendo a continuación los incrementos por razón del concurso, en cuyo caso procedía referirse a los criterios indicados en el artículo 61, que trasladados de sus consideraciones implicaban el incremento de ese margen inferior en un año más, para alcanzar los tres años de prisión.

“Tal era el compromiso que ineludiblemente se tenía con el principio de legalidad, que como en ocasiones precedentes lo ha fijado ésta Sala, por remitir a una mandato de orden Constitucional (artículo 29), no puede resultar opuesto a otro de la misma estirpe (artículo 31 ibidem), siendo evidente que las regulaciones de la segunda norma han de tomar como presupuesto que la sanción inmodificable por el superior no puede ser sino la impuesta con guarda del principio de legalidad de la pena.

“En consecuencia habrá de reformar la Corte la tasación de la sanción prevista para el caso que se analiza, tanto en lo atinente con la pena principal como con la accesoria, para fijarlas en las proporciones que han quedado enunciadas. En tal sentido se casará parcial y oficiosamente la sentencia.

(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente : Dr. Juan Manuel Torres Fresneda, Acta No 143, 15-12-94, Gaceta Judicial No 2472, t. CCXXXIII, p. 788).

COMENTARIOS.

La nueva normatividad sustancial, recientemente aprobada, conserva la punibilidad para el concurso en referencia al norma que establezca la pena mas grave, aclarando que tal calidad se debe deducir "según su naturaleza", adptando con ello reiteradas interpretaciones de nuestra jurisprudencia casacional. En la misma norma se incorporan los límites, que dentro del sistema adoptado tiene la punibilidad concursal: la pena impuesta no puede ser "superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas"; reinternado el límite máximo de la pena de prisión en cuarenta años.

De otra parte, el nuevo precepto incorpora y aclara normativamente los reseñados criterios jurisprudenciales, al establecer que si alguna de las conductas que han entrado en concurso, contiene sanciones distintas a las establecidas en el punible que tenga señalada la pena mas grave, tales consecuencias jurídico-penales deben ser tenidas en cuenta, a efectos de la tasación de la pena correspondiente.

TEMA XI. DELITO COMPLEJO. CONCURSO APARENTE DE TIPOS PENALES.

“Es una forma de concurso aparente de tipos que debe resolverse en virtud del principio de la consunción. De modo que el delito complejo sólo existirá en la medida en que un hecho delictivo forma parte de otra conducta típica, bien como elemento integrante de éste o como circunstancia de agravación punitiva.

...

“En atención a que los hechos que dieron lugar al juzgamiento del procesado ... ocurrieron dentro de la vigencia del Código penal de 1936 y deben ser juzgados a la luz de los preceptos de la nueva codificación, es necesario determinar la adecuación típica frente a

cada uno de esos ordenamientos, para establecer la disposición que resulta aplicable.

“Durante la vigencia del Código Penal de 1936 la falsedad en instrumentos negociables, ahora denominados títulos valores, estaba tipificada en el artículo 233. A pesar de que estos instrumentos son documentos privados se les dio una regulación específica, habida cuenta de su importancia en la vida comercial y de la presunción de autenticidad que les otorga el derecho privado; por ello para la estructuración del ilícito no se requería el uso del documento y, en caso de que se presentare, podía dar lugar a la comisión de delito diferente.

“Por tal motivo la Corte en forma reiterada dijo: “El delito de falsedad en instrumentos negociables, conforme a lo dispuesto en el artículo 233 del Código Penal, se equipara al de falsedad en documentos público, lo que quiere decir que participa del carácter formal que corresponde a estos últimos y entonces, como es lógico no necesita para su configuración, que su autor logre el provecho que pudo determinar su conducta de falsario. De ahí que si el instrumento, luego de ser falsificado, se emplea como medio engañoso, así sea por el mismo que le ha dado esa vida, para obtener en perjuicio de otro un provecho económico, es indispensable proclamar el concurso de los delitos, uno de falsedad y otro de estafa, sin que por ello se viole el principio non bis in ibidem, puesto que, de un lado, la acción que integra la falsedad, tanto en el orden síquico como en el orden físico, es distinta de aquella otra que viene a culminar, con la denominación de estafa, en el atentado contra el derecho de propiedad y, del otro, los bienes jurídicos que se lesionan también son distintos, ya que el priemro es la fe pública y en el segundo el patrimonio”.

“La calificación que se dió a los hechos a que se refiere este proceso fue acertada, pues la falsedad se estructuró con el fingimiento de una firma en un cheque y la estafa con la defraudación patrimonial cumplida con el uso de ese título en detrimento de los intereses del sujeto pasivo, para lo cual se acudió además al empleo de las maniobras engañosas puntualizadas por el señor agente del Ministerio Público.

“A juicio de la Sala dentro del sistema consagrado a apartir de la vigencia del decreto 100 de 1980, cuando se falsifica un documento privado y luego se usa, existirá un concurso de delitos siempre que el uso se adecue a una cualquiera de las descripciones típicas del nuevo ordenamiento. Las razones en que se apoya este planteamiento son las que a continuación se enuncian:

“a) Se ha presentado en Colombia un reciente cambio de legislación con modificaciones no simplemente corticiales en la concepción del hecho punible y en la tipificación de algunas conductas delictivas. Esto significa que no siempre son de recibo, frente a la nueva codificación, las apreciaciones doctrinales y jurisprudenciales que se hacían con con relación a la legsilación penal de 1936. Precisamente uno de los capítulos que fue modificado sustancialmente es el que consagra la falsedad documental, pues no solo su estructura es diversa de la del código derogado sino que los tipos en particular están concebidos en distinta forma.

“b) El llamado delito complejo ciertamente elimina la posibilidad del concurso de hechos punibles, pues en últimas el delito complejo es un concurso aparente de tipos , que debe resolverse a través de los criterios de la especialidad, de la subsidiariedad y de la consunción. Empero, para que pueda hablarse de concurso aparente es necesario conocer previamente su sentido y alcance.

“Se presenta el concurso aparente de tipos penales cuando una misma conducta parece adecuarse a la vez en tipos penales que se excluyen. Se trata de la apariencia de un concurso de delitos pues relamente solo una de las dispociones está llamada a ser aplicada; tal sería el caso de la madre que da muerte a su hijo fruto de acceso carnal violento, por cuanto esta conducta se adecúa, en principio a los preceptos de los artículos 323, 324 y 328 del Código Penal, pero sólo ésta sería aplicable en virtud del principio de la especialidad. Así mismo, los delitos de concusión, detención y otras conductas delictivas predicables de los servidores públicos, que también se adecúan al delito de abuso de autoridad, serán de aplicación preferente en razón del principio de la subsidiariedad.

“La ley colombiana no contiene una disposición que regule el llamado delito complejo que en últimas es una forma de concurso

aparente de tipos que debe resolverse en virtud del principio de la consunción; sin embargo ello no impide que ese principio sea aplicable entre nosotros, pues representa una universal norma de hermenéutica basada en la regla fundamental del non bis in idem que no permite que una misma infracción de lugar a doble imputación, y en el principio de que lex primaria derogat legi subsidiarias que exige que sólo se aplique la sanción correspondiente al delito complejo.

“De modo que el delito complejo sólo existirá en la medida en que un hecho delictivo forme parte de otra conducta típica, bien como elemento integrante de ésta o como circunstancia de agravación punitiva. Sin embargo, lo anterior merece algunas precisiones, pues en los casos en que un tipo contenga un ingrediente subjetivo, la materialización posterior de este elemento no eliminará el concurso si su realización representa de suyo delito independiente. De otra parte sólo podrá hablarse de delito complejo cuando dentro de una descripción típica aparece otra que inequívocamente corresponde a la contenida en distinto tipo (tal el caso del hurto agravado por la violación de domicilio, numeral 3 del artículo 350 o del fraude electoral con falsificación de registros electorales, artículo 254). En otras palabras, que solamente se dará el delito complejo cuando el legislador haya involucrado una descripción típica o sus características esenciales, dentro de otra de mayor riqueza descriptiva.

“En este mismo sentido se pronunció la Corte en sentencia del 3 de septiembre de 1971, con ponencia del honorable Magistrado doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez (G.J. CXXXIX, Números 2346 a 2351, pág. 355).

“c) En la legislación vigente se emplearon fórmulas legislativas completamente diversas a las del Código de 1936 (arts. 240, 241, 242), para reprimir la falsedad en documento privado. En el actual artículo 221 se sanciona a quien falsifique documento privado que pueda servir de prueba, siempre que lo use. Esta última expresión “si lo usa” puede llevar a afirmar que en ella se halla descrito el delito de estafa y nada más contrario a la realidad, pues ningún uso, por sí solo y de manera inequívoca corresponde a la típica

descripción, que de esta figura delictiva hace el artículo 356 del nuevo ordenamiento.

“El uso apenas si puede a constituir un medio engañoso, pero en momento alguno la plenitud de la figura de estafa. Quizá en estas condiciones podría también afirmarse que la falsedad está subsumida en la estafa pero tampoco esta hipótesis puede ser acertada por cuanto en momento alguno se señala expresamente el empleo de documentos falsos como medio engañoso. Los medios engañosos de la estafa pueden ser de cualquier índole, pero en caso de que por sí constituyan delito, no podrá ser descargada la existencia del concurso;

“d) El artículo 221 del Código Penal, es uno de los llamados tipos de varios actos, por cuanto la disposición señala que el sujeto debe falsificar el documento y además hacer uso de él. La exigencia de que el sujeto haga uso del documento privado que ha falsificado en momento alguno representa la creación de un delito complejo, pues como ya se dijo, el uso de una cosa que se ha falsificado está descrito como delito de falsedad. Esta exigencia tiene otro sentido pues con ella es obvio el problema de las llamadas falsedades inocuas, ya que resultaba exagerada la punición de hechos intrascendentes en la vida de relación; esto es, demasiado severo castigar la conducta de quien falsifica documento privado que jamás utiliza. Si alguien falsifica un documento privado y lo guarda, no habrá consumado el agravio contra la fe pública; el delito de falsedad y sólo el delito de delito de falsedad, se consuma con el uso.

“e) Ahora bien, el delito de falsedad que como ya se dijo se consuma con la falsificación y su uso, puede concurrir con otro ilícito, en la medida en que el uso del documento sea el medio comisivo para la estructuración de otro ilícito. En caso contrario no habrá concurso.

“Si alguien falsifica unas calificaciones de un colegio particular y las emplea para ingresar a otro colegio, solamente responderá de falsedad. En cambio si falsifica un documento privado (un cheque por ejemplo) y valiéndose de él defrauda, es obvio que habrá cometido dos ilícitos diferentes, pues realizó dos comportamientos naturalísticamente diversos, que a distintas descripciones típicas se

adecúen y por cuanto además se presenta la vulneración de varios bienes jurídicos.

“f) En el orden de la punabilidad existe un argumento que descarta la tesis del delito complejo en este caso. El artículo 221 del Código Penal, tiene prevista una pena de uno a seis años de prisión, mientras que el artículo 356 establece pena de uno a diez años de prisión y además multa de mil a quinientos mil pesos, fuera de la agravante por cuantía. De aceptarse la tesis del delito complejo se llegaría al contra sentido lógico que para el delincuente que comete estos dos delitos, materialmente diferenciables, sólo le sería aplicable la pena menor;

“g) Finalmente y para abundar en razones podrían citarse algunos ejemplos que contribuyen a reafirmar la posición que se sustenta. Un individuo falsifica partida eclesiástica de nacimiento (documento privado), con el fin de contraer nuevamente matrimonio estando vigente un vínculo anterior. Nadie negará la existencia de un concurso entre falsedad y bigamia si se contrae nuevo matrimonio, así como nadie lo negará si el uso que se dá a la partida es el de medio engañoso para cometer estupro. Tampoco se podrá desconocer la existencia de un concurso en caso de que alguien falsifique una nota amenazante para extorsionar. En todos estos casos hay concurso de hechos punibles, por lo lemental razón de que si el uso de documento falso es un medio para la omisión de un delito distinto de la falsedad.

(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Luis Enrique Aldana Rozo, Acta No. 79, 13-09-83, Gaceta Judicial No. 2412, t.CLXXIII, p.518, con salvamento de voto del Magistrado Gustavo Gómez Velásquez).

COMENTARIOS

En relación con la posibilidad de concurso la falsedad en documento público y delitos contra el patrimonio, se presenta debate doctrinal debido a que los tipos básicos (arts. 218, 219 y 220 C.P.) solo incriminan la conducta falsaria, y el artículo 222 Id. incrimina el uso del documento público falso en sus formas simple y agravada. Se pregunta: si en caso de que el uso del documento publico falso

configure infracción penal autónoma, hay lugar a concurso material de delitos? Solo se aplicarán las normas incriminadoras de la falsedad o se dará tan solo aplicación al delito perfeccionado con el uso? Sobre esta cuestión se pueden determinar las siguientes alternativas.

El delito de falsedad en documento público es formal y se perfecciona cuando se produce el documento falso o se altera el verdadero, con lo cual cualquier otro delito puede entrar con él en concurso. No obstante, si el autor de la falsificación es el mismo que da uso al documento, no habrá concurso, se aplicará el art. 222 inc 2 C.P. La estafa, el abuso de confianza, el fraude procesal configurados por el uso realizado por el propio falsificador.

Si el uso es elemento de otra infracción, de tal forma que esta no se perfecciona sin la utilización del documento falso, no se aplicará la falsedad, sino el respectivo delito perfeccionado por el uso, por ejemplo la suposición de estado civil. La falsedad en documento público puede entrar en concurso con la estafa, ya que tanto el delito medio como el delito fin, tienen su propia personalidad y objetividad, y son queridos individualmente. La duplicidad del objeto jurídico se opone a que solo se impute el delito fin.

Es posible el concurso entre la falsedad en documento público y la estafa, ya que tanto el delito medio como el delito fin, tienen su propia autonomía, con lo cual no se puede afirmar que ambos se amalgamen en un delito complejo, tan solo porque los une un elemento.(31)

De acuerdo con esta tesis tenemos dos posibilidades de concurso: a) Uso de documento público falso por quien no ha concurrido a la falsificación, caso en el que se perfeccionará delito contra la fé pública de acuerdo al art.222 inc.1; si tal uso configura infracción autónoma a otro bien jurídico (estafa, fraude procesal, etc.) habrá concurso de material. b) Uso de documento público falso por quien lo ha falsificado, la mera realización de esta acción genera la falsedad documental agravada incriminada por el art. 222 inc. 2; si tal uso configura delito autónomo contra otro bien jurídico, para el cual la falsedad fue delito medio, se presentará concurso material

entre la falsedad en documento público (arts. 218, 219 o 220 C.P. según el caso) y el respectivo delito perfeccionado con el uso.

TEMA XII. HECHO PUNIBLE. CONCURSO.

"Al juzgador incumbe considerar la pluralidad de resultados que produjo el agente con su comportamiento y si llegaron a su consumación o a la simple puesta en peligro del bien jurídico tutelado, teniendo en cuenta que el error accidental, el error en la persona y el error en el objeto material no desaparecieron en la legislación colombiana, porque es la parte general la que ofrece solución a esos problemas."

"Primera : Parece indudable en el proceso que el acusado ... disparó el arma que portaba al cuerpo de ..., persona que había disgustado con ... y al interponerse ..., amigo de aquél, recibió el proyectil en el cuello, falleciendo siete días después a consecuencia de las graves lesiones sufridas.

"La esposa de ... , informó que su marido llegó a la casa y le pidió trasladarlo a un hospital porque había resultado herido al tratar de impedir una riña.

"Esta explicación la confirmó ...

"Así pues, forzoso es admitir que del comportamiento del acusado ... se derivaron dos resultados: uno de daño, la muerte de ... y otro, la puesta en peligro del bien jurídico de la vida de ...

"Los juzgadores de instancia solo tuvieron en cuenta el primer evento y, como dice un autor, "trasladaron" a éste el elemento intencional que concurría en el otro resultado, y razonando en esta forma sólo consideran un delito; el que llegó a la consumación.

"Segunda: Es indudable que en los juzgadores de instancia influyó decisivamente lo que disponía el artículo 14 del Código Penal de 1936, a propósito de la "aberratio ictus". Así, en el auto de proceder se lee "... pues lo que se tiene en cuenta para los efectos penales es el resultado obtenido aun cuando el que se buscaba satisfacer con la conducta desplegada fuera diverso...". Se insinúa una

responsabilidad objetiva respecto del resultado producido. Se aplica a este último la forma de culpabilidad que asumió al agente en relación con el primer evento, el que no se consumó.

“Y en la sentencia impugnada en casación se transcribe el artículo 14 citado y se comenta que “describe” acertadamente lo ocurrido en este proceso y se concluye en el sentido de aceptar la respuesta del jurado y condenar a ... por homicidio intencional en ...

“En la nueva legislación desapareció la norma relativa al “error en el golpe” pues se consideró que con las disposiciones de la parte general se resolvían los problemas que surgieran al respecto. Este concepto quedó consignado así en “La relación explicativa” que el Presidente de la Comisión Asesora para la reforma del Código Penal, senador Federico Estrada Vélez, presentó en el texto final del estatuto. El “Error accidental” se decidió eliminarlo “... no solo porque nada tiene que ver con la culpabilidad, sino también porque es inútil e injusto. Inútil, porque los problemas que pretende solucionar se resuelven sin dificultad a través del concurso de hechos punibles, con el moderamen de la culpabilidad. Injusto porque la institución del error accidental constituye con cualquier redacción que se le dé, una fuente de responsabilidad objetiva”(Subrayamos).

“En realidad, al juzgador incumbe considerar, en primer término, la pluralidad de resultados que produjo el agente con su comportamiento, su naturaleza homogénea o heterogénea y, si ellos -los eventos- llegaron a la consumación o a la simple puesta en peligro del bien jurídico tutelado, y, en segundo término, determinar “las formas” de culpabilidad de esos hechos punibles.

“Así, surgen diversas hipótesis respecto de la conducta del agente que busca un daño determinado pero que, por circunstancias ajenas a su voluntad, ese propósito se frustra y se produce un resultado en persona o cosa diferente de la querida por el sujeto activo. En estas condiciones el intérprete debe recurrir a las normas del Código Penal relativas al concurso de delitos, a la consumación y tentativa del hecho punible y, en particular, a “las formas” de la culpabilidad. Estas últimas características el comportamiento del agente que, por ejemplo actúa con dolo pero

debido a la intervención de un tercero o de un acontecimiento inesperado produce resultados, uno más grave que el originalmente propuesto. Es preciso establecer, en relación con aquel evento, si fue consecuencia de "falta de previsión del resultado previsible" o confianza "en poder evitarlo" (artículo 37 del C.P.), o aceptación del hecho punible previniéndolo "al menos como posible" (dolo eventual. art. 36, ibidem) o preterintencional porque "siendo previsible, excede la intención del agente" (art. 39), o finalmente determinado por "caso fortuito o fuerza mayor" excluyendo de esta manera la culpabilidad (art. 40, ibidem). Por lo demás, la relación causal es elemento sine que non para deducir la responsabilidad penal (art. 21).

"En conclusión, no es que el "error accidental" o las formas de error (en la persona o en el objeto material del delito) hayan desaparecido de la legislación colombiana, sino que, como se acaba de comentar, no son necesarias reglas especiales para regularlos. Las normas de la parte general ofrecen solución a los problemas que a ese respecto se puedan presentar.

"Tercera. En este orden de ideas incumbe a los juzgadores de instancia, dictada esta sentencia de casación, tener en cuenta las disposiciones de la Parte General del Código Penal para calificar completa y acertadamente el comportamiento del agente y la pluralidad de resultados que de él se derivaron.

"Cuarta. A juicio de la Sala no se trata de falta de consonancia del cuestionario con la parte motiva del auto de proceder que insinúa la demanda de casación . Se considera una mayor irregularidad de alcance jurídico, esto es, que la calificación del mérito del sumario aparece incompleta. El comportamiento del acusado produjo pluralidad de resultados. Es tarea de las instancias emitir la calificación que corresponde teniendo en cuenta los aspectos objetivo y subjetivo del hecho punible.

"La completa y la acertada calificación del mérito del sumario son a no dudar, garantías del debido proceso. Si ellas no se cumplen es preciso invalidar la actuación para subsanar la irregularidad en que se ha incurrido. En cuanto a la desacertada estimación jurídica de los hechos en el auto de proceder, el numeral 5 del artículo 210

del C. de P. P. dispone la invalidación de ese pronunciamiento para que el juzgador lo corrija. Y si la calificación resultó incompleta, por no haberse apreciado uno o varios resultados con trascendencia en el campo del derecho, es obligatorio invalidar la respectiva decisión. Es preciso mantener el principio de la unidad procesal, razón de más cuando diversos resultados antijurídicos se atribuyen a la misma persona por una sola conducta (art. 167 del C. de P.P.).

“La garantía constitucional del debido proceso ha sufrido mengua de este asunto al no calificarse, al término de la investigación en un solo acto, todos los hechos atribuidos al acusado ... que pueden tener repercusión en campo penal.

“Quinta. La Sala ya se ha pronunciado en varias oportunidades sobre la declaratoria de oficio de las nulidades que advierte con motivos del recurso de casación que se le propone. Así, vale la pena recordar uno de los primeros fallos en que se estableció tal jurisprudencia, señalando su preciso alcance.

“No obstante las consideraciones anteriores, parece conveniente advertir que en presencia de una nulidad absoluta de carácter manifiesto, cuya evidencia excuse su demostración, no puede la Corte omitir casar la sentencia y ordenar su reenvío al Tribunal de origen, indicando en qué estado queda el procedimiento, siempre que los hechos constitutivos de la nulidad se hubiesen ofrecido a su consideración aún con el propósito de fundar el demandante una causal diferente de la cuarta, o sea en forma indirecta. Así lo exigen razones superiores legal que devienen imperativo categórico la obediencia debida por la Corte a los mandamientos constitucionales que prescriben las garantías fundamentales de la defensa, entre las cuales adquieren especial relevancia las contenidas en sus ordenamientos 26 y 28 que regulan la legalidad del delito, de la pena, del procedimiento, y el principio de favorabilidad, cuya suma es el debido proceso.

“Si esto es así y si justamente el haberse dictado sentencia en juicio viciado de nulidad es causal de casación, resultaba inopinadamente que precisamente el tribunal instituido para conocer de ese recurso extraordinario, estuviese obligado a

desatarlo a sabiendas de que, al hacerlo, dicta sentencia en juicio viciado de nulidad.

“No se trata, como es obvio, de que la Corte, de oficio y obligatoriamente deba, en cada caso, examinar el proceso para comprobar si adolece sustancialmente de vicios de formación, pero si al estudiar una de las cuasales aducidas por el recurrente, la Corte encuentra que los motivos alegados para su demostración configuran de suyo, ostensiblemente, nulidad insubsanable de las que taxativamente enumeran, con dicho carácter, los artículos 210 y 211 del C. de P.P., en desarrollo de las garantías fundamentales de la defensa y de las formas propias del juicio, prescritas por los artículos 26 y 28 de la Carta Política, no podría, como ya se dijo, dejar de casar la sentencia acusada sólo porque no fue mencionada la causal cuarta de casación.”

(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente Dr. Hernando Baquero Borda, Acta No.84, 23-09-85, Gaceta Judicial No.2420, t. CLXXXI, p.580).

TEMA XIII. CONCURSO REAL. HURTO. PORTE ILEGAL DE ARMAS.

“El concepto de acción final no significa de ninguna manera que el autor o autores solo responden por el delito por el delito hacia el cual dirigieron su comportamiento, quedando en él comprendidos todas las demás infracciones en que lleguen a incurrir para el logro de esa finalidad”.

“Si en aras de hacer realidad el provecho buscado con el hurto, se incurre en otra infracción el concurso no es aparente sino afectivo, como sería por ejemplo el caso de quien hurta un arma de fuego y toma la determinación de portarla. La conducta posterior no puede retrotraerse a lo que describe el verbo rector del hurto y mucho menos si se tiene en cuenta que el agotamiento es posterior al perfeccionamiento del ilícito”.

...

“A los dos planteamientos en que el demandante apoya su petición de que se absuelva al procesado por el porte de armas, la Sala responde así:

“a) En primer lugar, el concepto de acción final no significa de ninguna manera que el autor o autores responden por el delito hacia el cual dirigieron su comportamiento, quedando en él comprendidos todas las demás infracciones en que lleguen a incurrir para el logro de esa finalidad.

“Es verdad que la sistemática de la teoría del delito varía según se parta de un concepto causalista o finalista de acción, pero en esa variación no está comprendido el que la finalidad perseguida subsuma todos los demás punibles que se comentan, pues como lo advierten los tratadistas de la materia entre ellos Zaffaroni, que es el autor que cita el demandante, los efectos concomitantes previstos o no, pero si previsible, pueden ser objeto de reproche penal a título de dolo o de culpa según sea el caso, y también pueden serlo los medios utilizados, constituyendo en ambos casos delitos autónomos.

“Si el autor obtiene el fin perseguido (apoderarse del bien), y para asegurar el producto o la impunidad comete otro delito, este no queda comprendido dentro de la acción y la finalidad inicial, ni las consecuencias las absorbe el primer punible, de modo que así se parte de la teoría final de la conducta, ello no impide la existencia del concurso.

“En este aspecto es evidente que el censor le ha dado a la concepción finalista un alcance práctico que no tiene.

“b) En cuanto a la afirmación de que se trata de un concurso aparente de tipos, el recurrente expone su pensamiento así:

“El concurso aparente eliminó en este caso el ilícito del porte ilegal de armas de defensa personal dada la mayor amplitud descriptiva del tipo de hurto que lo contiene pues quien hurta un arma de fuego necesariamente su transporte o porte, en camino al agotamiento del hurto, lo lleva a realizar tales conductas permiso de autoridad

competente, argumento con el cual se implica nuestro afán de demostrar la inexistencia del concurso real”

“Según los hechos probados en el caso que ocupa la atención de la Sala, los delincuentes ingresaron a una residencia mediante violencia y se apoderaron de varios bienes muebles entre ellos una escopeta, luego de lo cual huyeron siendo posteriormente perseguidos y capturados.

“La tipicidad de la conducta de porte de armas de fuego sin permiso de autoridad competente no depende de si el imputado hurtó el arma, la compró o se la encontró, y el verbo rector apoderarse propio del hurto no tiene una amplitud descriptiva que permita afirmar válidamente que si el objeto material hurtado es un arma, su porte no será considerado como un delito autónomo, independiente del punible contra el patrimonio económico.

“Si en aras de hacer realidad el provecho buscado con el hurto, se incurre en otra infracción, el concurso no es aparente sino efectivo como sería por ejemplo el caso del que hurta una libra de cocaína y resuelve ponerla en venta; o de quien hurta un arma de fuego y toma la determinación de portarla. La conducta posterior no puede retrotraerse a lo que describe el verbo rector del hurto, y mucho menos si se tiene en cuenta que el agotamiento es posterior al perfeccionamiento del ilícito.

“Este mismo criterio lo expuso la Sala en decisión del 2 de septiembre de 1987 con ponencia del magistrado Edgar Saavedra, reiterado en fallo del 27 de junio de 1990, siendo ponente el doctor Dídimo Páez Velandia. Se dijo allí:

“Sin embargo, en tratándose de bienes de prohibido o restringido comercio o porte, la posesión del bien a sabiendas de tal veda o restricción hace surgir a la vida jurídica una nueva acción punible, porque el infractor quiere entonces vulnerar un nuevo interés jurídico tutelado y ello marca precisamente una importante diferencia entre el concurso efectivo de tipos y la concurrencia aparente”.

“Cuando una persona se apodera de una maleta cuyo contenido desconoce, con la cual es capturada resulta obvio que si en su interior hay droga alucinógena o armas, no se le podría responsabilizar de infracción a los estatutos respectivos por ausencia de culpabilidad. Pero si lo hace a sabiendas de lo que hay en su interior, y el comportamiento subsiguiente se adecúa a algunas de las alternativas previstas en esos tipos penales, el concurso emerge de manera clara y contundente.

“Los aquí procesados, se apoderaron de un compresor, un teléfono digital, un radio, una radiograbadora, ocho mil pesos (\$8.000, 00) en efectivo y una escopeta marca Winchester con un cartucho calibre 16. Del lugar de los hechos trasladaron las cosas hasta una casa de habitación cerca a la carretera y allí las subieron a un taxi en el cual huyeron, siendo perseguidos en una moto por el joven ... durante más o menos media hora, trayecto en el cual utilizaron la escopeta para hacer el disparo.

“Es evidente que al apoderamiento de la escopeta siguió su porte; la actitud asumida revela claramente la decisión de contrariar la ley, y la prueba de ello es que fue necesaria la captura que la policía recuperara el arma. Tenían pleno conocimiento sobre la falta de permiso de autoridad competente para realizar ese comportamiento, luego sobre el dolo también hay certeza.

“Concluir de la forma como lo hace el recurrente sería crearle “salvoconducto” especial a las armas hurtadas, figura que no puede inferirse ni de la ley ni de la lógica. El artículo 2 del decreto 3664 de 1986, consagró la agravación de que el arma provenga de un hecho ilícito, lo cual se aplicó en este asunto y es una prueba incuestionable de que el legislador previó la posibilidad de que ese objeto se obtuviera, por ejemplo, mediante un hurto.

“La confusión del recurrente en este caso se debe a que considera que como la captura se produjo momentos después de consumado el hurto este último comportamiento quedó comprendido dentro del concepto de “unidad de acción”, lo que sumado a una finalidad, un solo plan criminal y no siendo posible establecer lesión a otro bien jurídico, hay concurso aparente de tipos.

“La finalidad era única en cuanto al delito de hurto que resolvieron cometer, pero para no lograrlo tuvieron que vencer la resistencia del señor ... a quien lesionaron. Hasta ahí es fácil que independientemente de la pluralidad de movimientos realizados hay unidad de conducta, pero dos delitos uno contra el patrimonio económico y el otro contra la integridad personal. Apoderados de los bienes muebles se retiraron del lugar, en un recorrido que bien puede aceptarse que corresponde al propósito de aseguramiento de lo hurtado, pero en el que simultáneamente se ve que intencionalmente se llevaron el arma. Y tomaron la determinación de portarla así la captura les haya impedido que fuera por largo tiempo. Tan concientes estaban de que lo sustraído era un arma que incluso la usaron, y no es un hecho causal que otros bienes los hubieran guardado en el baúl del taxi pero la escopeta la llevaron en sus manos, pues todo eso ebedece a la decisión de infringir el interés tutelado con las normas que prohíben el porte ilegal de armas.

“No es que todo hurto de armas conlleve necesariamente al delito de porte, pues los actos posteriores deben ser de tal naturaleza que además de adecuarse al verbo rector del tipo, permitan inferir la culpabilidad, ya que de otra forma sería una imputación a título de responsabilidad objetiva. Deben existir elementos de juicio, como los hay en el caso en estudio, que indiquen que el apoderamiento del arma siguió la determinación conciente de su aporte, incurriendo así en un verdadero concurso de ilícitos.

“Para el planteamiento del concurso aparente el recurrente que se afectó un solo interés jurídico, lo cual no es cierto, pues como ya se vio los intereses afectados fueron tres, patrimonio económico. la seguridad pública y la integridad personal.

(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel, Acta No. 099, 20-08-92, Gaceta Judicial No. 2460, t. CCXXI, p.303, con salvamento parcial de voto del doctor Gustavo Gómez Velásquez).

