

Proceso No 27383

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Aprobado Acta N° 130.

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de julio de dos mil siete (2007).

VISTOS:

Resuelve la Sala la casación que oficiosamente ordenó tramitar dentro del proceso seguido contra el acusado José Rubiel Hincapié Castañeda, quien fuera condenado mediante sentencia proferida el 12 de enero de 2007 por el Tribunal Superior de Armenia, decisión con la que se confirmó la dictada por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad, y que le impuso las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, al hallarlo responsable de un concurso homogéneo de dos homicidios y dos tentativas de homicidio, ambos agravados, en concurso heterogéneo y simultáneo con fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

1. Los hechos que dieron lugar a la sentencia de condena atacada por medio del recurso extraordinario ocurrieron el día 17 de marzo de 2006, siendo la 1:45 de la mañana, en la ciudad de Armenia, momentos en que José Rubiel Hincapié Castañeda

lanzó una granada de fragmentación por la ventana exterior de la casa número 10 de la manzana 63 del barrio La Fachada, la que al hacer explosión causó la muerte a Johan Mauricio Posada Muñoz (Alias Chorizo) y a la menor K.T.P.C y lesiones a las también menores L. F. P. M. y J. A. C. D1.

2. Por labores policiales de inteligencia e investigación se logró identificar al responsable, razón por la cual se expidió orden de captura que se hizo efectiva el 20 de abril de 2006, fecha en la que se realizaron ante el Juez Cuarto Penal Municipal de Armenia, con funciones de control de garantías, las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento.

3. La Fiscal Segunda Especializada de Armenia presentó el pasado 5 de junio escrito de acusación en el que señaló que los “hechos se adecúan al concurso heterogéneo de conductas prevista en el Código Penal, así:

Libro Segundo, Título I, Capítulo Segundo, de los delitos contra la vida y la integridad personal, en el artículo 103 que trata del homicidio, que consagra una penalidad que oscila entre trece y veinticinco años, aumentado en una tercera parte de acuerdo al artículo 14 del Decreto (sic) 890 de 2004, agravado según lo dispuesto en los numerales 3° y 7° del artículo 104 que establece una pena que oscila entre veinticinco y cuarenta años, igualmente incrementado en una tercera parte. Así mismo el homicidio agravado en grado de tentativa.

Libro Segundo, Título XII, Capítulo Segundo, de los delitos contra la seguridad pública, en su artículo 366 C.P. de la fabricación, tráfico y porte de armas de uso privativo de las fuerzas armadas incurrirá en prisión de tres (3) a diez (10) años, dicha pena fue aumentada por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004”.

4. El día 13 de junio de 2006 ante el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Armenia se cumplió la audiencia de formulación de acusación, luego, el 25 de octubre del mismo

año, la audiencia de juicio oral, y, finalmente, se profirió fallo condenatorio el 7 de noviembre último.

5. El a quo encontró que de la prueba legalmente aportada al proceso surgía convencimiento de la responsabilidad del procesado, más allá de toda duda, razón por la cual condenó a José Rubiel Hincapié Castañeda como autor responsable de un concurso homogéneo de los delitos de doble homicidio y doble tentativa de homicidio, agravados en los términos del artículo 104 numerales 3° y 7° del Código Penal, en concurso heterogéneo y simultáneo con fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas (artículo 366 ibídem) y le impuso las penas de prisión de 522 meses y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término de 20 años.

6. El fallo anterior lo apeló el defensor del procesado y el 12 de enero de 2007 el Tribunal Superior de Armenia lo confirmó, pronunciamiento contra el cual el mismo recurrente interpuso el recurso de casación.

LA DEMANDA:

El censor plantea un sólo cargo contra el fallo de segundo grado al amparo de la causal primera de casación, señalando equivocadamente como soporte el artículo 207 de la Ley 906 de 2004 porque hace referencia a una vulneración de norma de derecho sustancial proveniente de un error de hecho en la interpretación de las pruebas.

No se dice qué norma se dejó de aplicar y entra a cuestionar la manera como el ad quem dio credibilidad a los testimonios de Luisa Fernanda Posada y José Yemi Arias; plantea la inexistencia de prueba demostrativa del móvil del delito; y, critica que las pruebas de descargo no hayan sido valoradas de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Concluye manifestando la existencia de dudas sobre la responsabilidad del proceso y solicita que la sentencia sea casada y que se absuelva al procesado.

Al ser sometida al examen calificadorio, por carencia total de la técnica exigida, la demanda fue inadmitida.

ADMISIÓN OFICIOSA DEL RECURSO:

En todo caso, y atendiendo los fines de la casación, que se concentran en la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a éstos y la unificación de la jurisprudencia, a iniciativa de la Sala y con el específico fin de garantizar los derechos fundamentales del procesado, se decidió dar trámite oficioso al recurso con el propósito de examinar la posible vulneración del principio que prohíbe la doble incriminación (artículos 8° del Código Penal y 21 de la Ley 906 de 2004), conocido universalmente bajo la locución latina *no bis in ídem*.

Se consideró necesario examinar si la aplicación de la causal de agravación prevista en el artículo 104-3, que se hizo en concurrencia con el delito de fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas, recogido en el artículo 366 de la misma obra e inmerso en el Libro Segundo (Parte Especial de los delitos en particular), Título XII (Delitos contra la seguridad pública), Capítulo Segundo (de los delitos contra la seguridad pública), pudo desconocer la garantía universal citada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. En la casación oficiosa es improcedente la audiencia de sustentación oral del recurso.

La Ley 906 de 2004 en su artículo 184 estableció que admitida la demanda de casación

“se fijará fecha para la audiencia de sustentación que se celebrará dentro de los treinta (30) días siguientes, a la que podrán concurrir los no recurrentes para ejercer su derecho de contradicción dentro de los límites de la demanda”.

Del texto legal se desprende que la audiencia de sustentación dentro del trámite del recurso casación tiene como finalidad axial que el demandante presente sus argumentos oralmente y que los no recurrentes tengan la oportunidad de controvertir los motivos de impugnación, de donde se tiene que el debate que se plantea en este momento procesal gira en torno a las razones aducidas por la parte o interviniente interesado en derrumbar las decisiones tomadas en las instancias.

Sin embargo, y atendiendo que con el recurso de casación se “pretende la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a éstos y la unificación de la jurisprudencia” (artículo 180 ibídem), a pesar de la inadmisión de una demanda, la Sala oficiosamente puede disponer que se tramite el extraordinario recurso, supuesto en el que serán objeto de la decisión los temas propuestos directamente por la judicatura, esto es, que la propia Corte determina y limita los problemas jurídicos que con carácter imperativo ameritan su pronunciamiento.

En tales circunstancias no hay necesidad de un debate entre las partes e intervinientes, pues ellas no observaron, omitieron o inadvirtieron lo que para la Corporación resulta determinante y que exige su intervención en el caso concreto. Ni siquiera resulta pertinente ordenar un traslado al Ministerio Público pues este especial sujeto si tenía razones para debatir o demeritar la sentencia debió impugnarla.

De lo expuesto se sigue que la audiencia de sustentación del recurso de casación no tiene lugar cuando la Corte hace uso de sus poderes oficiosos, razón por la que en la causa sub judice no se ordenó la celebración de dicha diligencia, y, por ello, una vez

cumplido el plazo para la presentación del recurso de insistencia, el proceso pasó al Despacho para la elaboración del proyecto de sentencia.

2. Problema jurídico planteado.

El punto sometido a consideración de la Corporación se reduce a determinar si ha existido una doble exposición del condenado y, en consecuencia, si la pena impuesta fue dosificada legalmente o si por el contrario han sido quebrantadas las garantías, especialmente aquella que prohíbe la doble incriminación por un mismo hecho. Con todo, la Sala en forma previa procederá a hacer un análisis del concurso de delitos que ha sido objeto del presente juzgamiento y luego se pronunciará sobre la legalidad de la pena impuesta.

3. El concurso de delitos.

Uno de los temas que ha generado polémica a lo largo de la historia de la dogmática penal es el del concurso de conductas punibles o concurso de delitos, el cual se estudia en los manuales y tratados de derecho penal bajo la denominación unidad y pluralidad de conductas típicas. Paradójicamente, las diferentes legislaciones que han reglamentado la materia pocas transformaciones han sufrido con el paso del tiempo², lo cual no quiere decir que existan soluciones definitivas.

La figura del concurso de delitos sirve para regular el procedimiento de acumulación jurídica de las penas que se deben imponer al sujeto que con su acción o acciones ha adecuado su conducta a varias descripciones típicas de la misma o diferente naturaleza.

La legislación nacional vigente se pronuncia sobre el concurso de conductas punibles, en los siguientes términos:

Artículo 31. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en ésta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente.

PARAGRAFO. En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte.

De tal disposición se desprende que el legislador de 2000 institucionaliza las siguientes figuras³:

a). Concurso material o real. Considerado como la modalidad natural de los concursos, pues varias acciones dan lugar a varios delitos. Es el que se presenta cuando una misma persona comete varios delitos susceptibles de encajar en un mismo precepto penal o en varios, los cuales deben guardar una completa autonomía o independencia tanto en el plano subjetivo como en el objetivo. En este caso no hay unidad de acción sino acciones u omisiones independientes y se aplican los tipos respectivos puesto que no son excluyentes.

b). Concurso ideal o formal. Se presenta cuando con una sola acción se produce la comisión de dos o más delitos. Se da cuando una misma persona con una sola acción u omisión comete varios delitos y para efectos de la valoración jurídica del hecho el funcionario judicial encuentra que existen dos o más disposiciones que no se excluyen entre sí, que toman en consideración algunos aspectos distintos de él, los que solo

en su conjunto agotan el contenido antijurídico.

c). El delito continuado. Fue concebido como una figura jurídica autónoma, independiente y que no forma parte del concurso de delitos⁴.

El legislador considera la existencia de un sólo delito cuando un mismo sujeto dentro de un propósito único comete sucesivamente varias infracciones entre las cuales existe homogeneidad.

De tal manera, el delito continuado es aquel en el que se produce una pluralidad de acciones u omisiones de hechos típicos diferenciados que no precisan ser singularizados en su exacta dimensión, las cuales se desarrollan con un dolo unitario, no renovado, con un planteamiento único que implica la unidad de resolución y de propósito criminal, es decir, un dolo global o de conjunto como consecuencia de la unidad de intención, y que fácticamente se caracterizan por la homogeneidad del *modus operandi* en las diversas acciones, lo que significa la uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a la contribución del fin ilícito, siendo preciso una homogeneidad normativa, lo que impone que la continuidad delictiva requiera que el autor conculque preceptos penales iguales o semejantes, que tengan como substrato la misma norma y que ésta tutele el mismo bien jurídico; y se exige la identidad de sujeto activo en tanto que el dolo unitario requiere un mismo portador.

La creación ideológica del delito continuado nace en el ámbito de los delitos patrimoniales con el propósito de evitar la pena de muerte al *ter furatus*, siendo posteriormente cuando, gracias a la jurisprudencia y a la doctrina, especialmente la italiana y la alemana, adquiere carta de naturaleza propia con características específicas y particulares distintas a la *pietatis causa*, alcanzando la consideración de realidad jurídica fundada en el llamado «dolo conjunto». Para que exista delito continuado no basta con la pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo precepto penal o

preceptos de igual o semejante naturaleza, sino que es imprescindible el dolo unitario, ya que éste es el que permite reconducir la pluralidad a la unidad. Por tanto, sin este dolo específico, que se debe analizar en cada caso concreto con suma atención, no existe delito continuado sino que se está en presencia de alguna de las diferentes clases de concurso. Y,

d). Delito masa. Es una especie de delito continuado pero limitado a las acciones dirigidas a la afectación del patrimonio económico de un colectivo humano. Se presenta cuando el sujeto activo realiza una pluralidad de actos que genera una multiplicidad de infracciones a un tipo penal, todo lo cual se ejecuta de acuerdo con un plan con el que se pretende afectar el patrimonio económico de un número indeterminado de personas.

Existen otras modalidades concursales a las que no hace expresa referencia el Código pero que la doctrina viene estudiando a la par con las figuras citadas, como ocurre con el denominado concurso medial. Esta modalidad concursal se presenta cuando un delito es medio necesario para la comisión de otro, pudiendo establecerse entre ambos una relación de medio a fin. Es una modalidad de concurso real, con la particularidad que entre los delitos existe una estrecha relación, como es el caso de una falsedad que se ejecuta con el propósito de estafar.

Adicionalmente, la doctrina también distingue entre concurso homogéneo y concurso heterogéneo, siendo el primero aquel que se presenta cuando el bien jurídico afectado es uno sólo, y el segundo, cuando la acción o las acciones lesionan varios bienes jurídicos. Igualmente, se señala que dependiendo de la distancia temporal que separe los hechos delictivos que concurren, el concurso puede ser simultáneo o sucesivo.

4. El denominado concurso aparente.

El concurso aparente de delitos ocurre –que bien se ha clarificado es solo un aparente concurso–, cuando una misma situación de hecho desplegada por el autor

pareciera adecuarse a las previsiones de varios tipos penales, cuando en verdad una sola de estas normas es aplicable al caso en concreto, atendiendo razones de especialidad, subsidiaridad o consunción que las demás resultan impertinentes por defectos en su descripción legal o porque las hipótesis que contienen van mas allá del comportamiento del justiciable⁵.

Se trata, por ende, de un formal acomodamiento de la conducta a dos disímiles descripciones que la punen en la ley, solo que el análisis de sus supuestos bajo aquellos postulados generales de contenido jurídico elaborados por la doctrina posibilitan descartar su material concurrencia, por entrar, preferiblemente, uno de ellos a colmar en los distintos órdenes de los principios que los regulan, con mayor amplitud en sus características estructurales, o en el desvalor de conducta que es predicable o en el nivel de afectación del bien jurídico que es objeto de tutela con su contemplación legal⁶.

La jurisprudencia⁷ ha señalado que el concurso aparente de tipos penales tiene como presupuestos básicos (i) la unidad de acción, esto es, que se trata de una sola conducta que encuadra formalmente en varias descripciones típicas, pero que realmente sólo encaja en una de ellas, (ii) que la acción desplegada por el agente persiga una única finalidad y (iii) que lesione o ponga en peligro un solo bien jurídico, de manera tal que la ausencia de uno de tales elementos conduce a predicar el concurso real y no el aparente⁸.

La Corte Suprema de Justicia⁹ ha destacado, coincidiendo con la doctrina, que la solución racional del concurso aparente de tipos –para obviar el quebranto del principio non bis in ídem–, en el sentido de seleccionar la norma que resulte adecuada, impone la aplicación de los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción, respecto de los cuales indica:

Una norma penal es especial cuando describe conductas contenidas en un tipo básico, con supresión, agregación, o concreción de alguno de sus elementos estructurales. Por consiguiente, para que un tipo penal pueda ser considerado especial respecto de otro, es necesario que se cumplan tres supuestos fundamentales: 1) que la conducta que describe esté referida a un tipo básico; b) Que entre ellos se establezca una relación de género a especie; y, c) Que protejan el mismo bien jurídico. Si estos presupuestos concurren, se estará en presencia de un concurso aparente de tipos, que debe ser resuelto conforme al principio de especialidad: *lex specialis derogat legi generali*.

Un tipo penal es subsidiario cuando solo puede ser aplicado si la conducta no logra subsunción en otro que sancione con mayor severidad la transgresión del mismo bien jurídico. Se caracteriza por ser de carácter residual, y porque el legislador, en la misma consagración del precepto, advierte generalmente sobre su carácter accesorio señalando que solo puede ser aplicado si el hecho no está sancionado especialmente como delito, o no constituye otro ilícito, como acontece, por ejemplo, con el abuso de autoridad (art.152, modificado por el 32 de la ley 190 de 1995), o el empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos (artículo 198 ejusdem), entre otros.

De acuerdo con lo expresado, dos hipótesis pueden llegar a presentarse en el proceso de adecuación típica frente a disposiciones subsidiarias: 1) Que la conducta investigada corresponda a la del tipo penal subsidiario exclusivamente; y, 2) Que simultáneamente aparezca definida en otro tipo penal de mayor jerarquía (básico o especial) que protege el mismo bien jurídico. En el primer supuesto ningún inconveniente se presenta, pues siendo una la norma que tipifica la conducta, se impone su aplicación. En el segundo, surge un concurso aparente de tipos que debe ser resuelto con exclusión de la norma accesorio, en virtud del principio de subsidiariedad: *lex primaria derogat legis subsidiariae*.

Finalmente se tiene el tipo penal complejo o consuntivo, que por regla general se presenta

cuando su definición contiene todos los elementos constitutivos de otro de menor relevancia jurídica. Se caracteriza por guardar con éste una relación de extensión-comprensión, y porque no necesariamente protege el mismo bien jurídico. Cuando esta situación ocurre, surge un concurso aparente de normas que debe ser resuelto en favor del tipo penal de mayor riqueza descriptiva, o tipo penal complejo, en aplicación del principio de consunción: *lex consumens derogat legis consumptae*.

En virtud del principio de consunción -que no se ocupa de una plural adecuación típica de la conducta analizada- si bien los delitos que concursan en apariencia tienen su propia identidad y existencia, el juicio de desvalor de uno de ellos consume el juicio de desvalor del otro, y por tal razón sólo se procede por un solo comportamiento¹⁰. Es aplicable la consunción cuando entre los dos punibles existe una relación de menos o más, o de imperfección a perfección, como ocurre en los llamados delitos progresivos, no cuando existe una simple conexidad¹¹.

Algunos sectores doctrinales señalan el principio de alternatividad como un cuarto criterio a tener en cuenta a la hora de resolver problemas concursales. De acuerdo con el mismo, el hecho, en todas sus dimensiones antijurídicas puede ser indistintamente subsumido en una u otra norma, sin que exista dato alguno de especificidad que aconseje inclinarse por una de ellas. En tal supuesto debe adoptarse por la norma que tenga mayor pena.

5. El delito complejo y el hecho posterior copenado.

Respecto del criterio de consunción como solución al concurso aparente de delitos, y especialmente en cuanto se refiere al denominado hecho típico acompañante, de lo que se trata es que el juicio de desvalor de uno de los comportamientos en aparente concurso, consume el juicio de desvalor del otro delito, dado que la entidad de este último no trasciende ni cobra autonomía en punto de la lesión al bien jurídico tutelado,

en la medida que su punición ya ha sido establecida por el legislador al tipificar el otro comportamiento¹².

Recuérdese que el hecho posterior copenado, según el cual, el primer delito no tiene sentido para el agente sino en la medida que cometa el segundo, como ocurre con el delito de hurto y la receptación, en el cual, el apoderamiento de la cosa mueble ajena interesa al autor del delito, sólo en la medida que pueda enajenarla y concretar el provecho ilícito pretendido, esto es, agotar el delito, y por ello el legislador descartó como autor del ilícito de receptación a quien haya tomado parte en la conducta punible inicial¹³.

Similar situación se da en el hurto calificado por violación de morada ajena y el delito de violación de habitación ajena, pues el legislador ha recogido en la primera de las normas los varios órdenes de agravio al derecho ajeno, de donde se tiene que debe existir preferencia por el tipo más rico descriptivamente que lo es el delito complejo, porque los elementos adicionales de las formas agravadas y atenuadas marcan la diferencia con el tipo básico y conducen a su desplazamiento¹⁴.

Así las cosas, el delito complejo sólo existirá en la medida en que un hecho delictivo forme parte de otra conducta típica, bien como elemento integrante de éste o como circunstancia de agravación punitiva¹⁵. Los hechos apreciados aisladamente, si ello fuere posible, constituiría por sí mismos delitos. En aquella clase de delito unitario, el complejo, el legislador fusiona o reúne en una tipicidad penal o prevé como agravante de la misma hechos y situaciones objetivas de variada índole, de modo que se excluye la pluralidad de infracciones, vale decir, el concurso de delitos; el hecho que aislado configuraría una infracción se convierte por voluntad de la ley en elemento de una figura delictiva especial o en circunstancia de agravación de la misma, perdiendo el carácter de ente jurídico autónomo, pues de no ser así se violaría el principio non bis in ídem¹⁶.

Es conveniente advertir que no se deben confundir el delito complejo con los delitos conexos. El primero supone que las distintas conductas estructuran un sólo hecho punible y los segundos la configuración de varios, jurídicamente autónomos, pero conexos ideológica, consecuencial u ocasionalmente¹⁷. Además, la noción de delito complejo supone algo más que un delito pluriofensivo o de ofensa múltiple. El primero implica que la estructura de un tipo reúne en una unidad dos o más tipos. El segundo no necesariamente exige un delito complejo, sino sólo una pluralidad de bienes jurídicos afectados.

6. La legalidad de la pena y el principio del non bis in ídem:

De tiempo atrás la Sala¹⁸ ha venido sosteniendo que el axioma del non bis in ídem comprende varias hipótesis:

Una. Nadie puede ser investigado o perseguido dos o más veces por el mismo hecho, por un mismo o por diferentes funcionarios. Se le suele decir principio de prohibición de doble o múltiple incriminación.

Dos. De una misma circunstancia no se pueden extractar dos o más consecuencias en contra del procesado o condenado. Se le conoce como prohibición de la doble o múltiple valoración.

Tres. Ejecutoriada una sentencia dictada respecto de una persona, ésta no puede ser juzgada de nuevo por el mismo hecho que dio lugar al primer fallo. Es, en estricto sentido, el principio de cosa juzgada.

Cuatro. Impuesta a una persona la sanción que le corresponda por la comisión de una conducta delictiva, después no se le puede someter a pena por ese mismo comportamiento. Es el principio de prohibición de doble o múltiple punición.

Cinco. Nadie puede ser perseguido, investigado, juzgado ni sancionado pluralmente

por un hecho que en estricto sentido es único. Se le denomina non bis in ídem material.

El axioma es amplia y ecuménicamente reconocido. En nuestro medio, para efectos internos, especialmente por los artículos 29 de la Carta Política, dentro del debido proceso; 8º del Código Penal; 19 del Código de Procedimiento Penal del 2000; 21 del Código de Procedimiento Penal del 2004; 14.7 de la ley 74 de 1968, aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966; y 8.4 de la ley 16 de 1972, aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, firmado el 22 de noviembre de 1969.

Según lo consignado, se pueden plantear problemas con respecto al principio del non bis in ídem cuando un mismo hecho o circunstancia -la continuidad en la acción delictiva-, conlleva no sólo a que el hecho en su conjunto se considere delito y al mismo tiempo causal de agravación, lo que implica un evidente perjuicio para el autor, por lo que hay que analizar hasta qué punto se satisface este principio, integrado en el derecho fundamental a la legalidad penal.

Y si bien es cierto que se puede argumentar en sentido contrario, que no hay tal doble agravación porque lo importante es que el propósito del autor debe ser identificado pues si es uno sólo y en él se concentra el desvalor de acción, la conclusión de todo es que se está utilizando un mismo hecho para agravar dos veces la pena que resultaría imponer, por lo que se quebranta el principio del non bis in ídem, vulneración que no se produce en el evento en que los diversos o algunos de los hechos a enjuiciar ya sean por sí mismos constitutivos de delito, pues en este caso la pena sigue estando dentro del límite máximo establecido para la punición de ese hecho concreto.

Por aplicación de los principios generales del derecho punitivo y, en concreto, para no

concurrir en un bis in ídem, esta clase de delitos complejos han de castigarse mediante síntesis valorativa con una pena global en toda su extensión, en función de la que corresponda a la única infracción cometida, unida al resultado punible más grave producido.

7. El caso concreto:

Los hechos probados demuestran que con la utilización de una granada de fragmentación, José Rubiel Hincapié Castañeda dio muerte a dos personas y lesionó otras tantas, adecuándose normativamente tal comportamiento a un concurso homogéneo de dos homicidios y dos tentativas de homicidio, ambos agravados por la utilización del artefacto letal y la indefensión de las víctimas, en concurso heterogéneo y simultáneo con fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas.

El primer comportamiento desplegado por el procesado y que de suyo interesó al ius puniendi, fue el de portar el objeto (granada de fragmentación) de uso privativo de las Fuerzas Armadas, de modo que con la tenencia no autorizada del artefacto letal se afectó la seguridad ciudadana, pues ésta es una conducta por sí misma peligrosa que motiva respuesta penal dada la lesividad propia que lo caracteriza derivada de su consideración como delito de peligro abstracto¹⁹.

La preparación del hecho homicida llevó aparejada la selección del instrumento que sería utilizado con tal propósito, de donde se tiene que desde momentos anteriores al despliegue del quehacer lesivo de la vida e integridad física de varias personas se estaba ejecutando la acción típica prevista en el artículo 366 del Código Penal, la que en un todo resultó independiente de los punibles finalmente ejecutados pues su carácter antijurídico no está atado a la afectación de otros bienes jurídicos. Además, el carácter permanente de dicho punible permite que también se presente en forma coetánea con

los homicidios, de donde se tiene que el concurso no sólo fue sucesivo sino simultáneo.

Cuando se emprende la acción homicida con el arma explosiva, se está ante unas nuevas circunstancias pues el delito contra la seguridad ciudadana se encuentra en ejecución, dada la ejecución constante que reviste el mismo en el tiempo. En estas circunstancias, la sanción calificada-agravada del ataque a la vida e integridad física de varias personas resulta autónoma e independiente respecto al desvalor normativo que representa la primera de las acciones.

La circunstancia del porte del arma es independiente y previa a los homicidios ejecutados con la misma, de donde se puede observar con absoluta diafanidad que se trata de la sanción de unos hechos que se moldean de acuerdo con circunstancias diferentes, surgiendo a partir de ellos plena validación y legalidad de las penas impuestas, con lo que se descarta cualquier violación a la prohibición de la doble incriminación por el mismo hecho.

Pero así mismo, la existencia del concurso real entre homicidio agravado por la utilización de la granada y el porte del arma la dan (i) la naturaleza óptica diferente de los comportamientos, (ii) su carácter sucesivo y coetáneo y (iii) los bienes jurídicos afectados con las acciones típicas. La intención de portar el arma no desaparece por la utilización del arma misma con fines homicidas, de donde surge necesaria la autonomía de los tipos y el carácter agravado del homicidio.

Lo dicho se constata cuando se observa que tanto desde la perspectiva objetiva –por la independencia y connotación de cada hecho típico–, como desde el plano subjetivo –intencionalidad y voluntad del procesado–, las acciones punibles tienen autonomía y por ello deben ser sancionadas en forma concurrente.

Perfeccionado el primer delito con el porte del arma, artículo 366 citado, las acciones del segundo punible dirigidas contra la vida de unas personas, con resultados

que al mismo tiempo fueron consumados y tentados, por la cantidad de víctimas, no se deja duda en cuanto a que los homicidios cometidos –agravados ya por la utilización del medio señalado en la norma–, se presenten en concurso con la infracción inicialmente ejecutada.

De lo que aquí se trata es de la llamada conexidad consecuencial, pues para este caso el nexo entre el primer hecho punible y los homicidios persiste en la medida en que el porte del arma tiene existencia propia frente a los ataques a la vida consumados y tentados con la misma.

Por lo demás, la previsión legal de la agravante para el homicidio ejecutado “por medio de cualquiera de las conductas previstas en el Capítulo II del Título XII y en el Capítulo I del Título XIII, del libro segundo” del Código Penal, no está concebida para impedir la presencia de un concurso de delitos entre el homicidio y cualquiera de los previstos en el citado aparte normativo, amén que desde la perspectiva político-criminal resulta adecuado y necesario que todos aquellos hechos que producen o generan grave alarma social, como ocurre en el asunto sub examine, sean merecedores de la mayor reacción punitiva legalmente permitida.

En fin, y como lo ha dicho la Sala al resolver asuntos a la luz de otras agravantes²⁰, en casos como este: si la segunda conducta se lleva a cabo, así sea sólo a título de tentativa, la persona es responsable de ella. En este contexto, por consiguiente, no existe doble castigo por la misma circunstancia.

Así, pues, acertaron las instancias al derivar responsabilidad criminal en contra del procesado en los términos consignados y las penas impuestas no pueden generar reparo alguno por estar ajustadas a la legalidad.

A mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. NO CASAR la sentencia impugnada.

2. En los términos del artículo 164 de la Ley 906 de 2004, se comisiona al Magistrado ponente para que proceda a la exposición del presente fallo. Y,

3. Contra esta providencia no proceden recursos.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Excusa justificada

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ MARIA DEL R. GONZÁLEZ DE LEMOS

Aclaración de voto

Á

JORGE L. QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO E. SOCHA SALAMANCA

MAURO SOLARTE PORTILLA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria.

1 En aplicación del numeral 8° del artículo 47 de la Ley 1098 de 2006 “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, se prescinde de los nombres de las menores afectadas, debido a que esta providencia puede ser publicada.

2 Con propósitos comparativos se pueden revisar el artículos 31 -concurso ideal-, 32 -delito continuado- y 33 -acumulación jurídica de penas- del Código Penal de 1936 y los artículos 26 -concursos ideal y material-, 27 -regulación de la punibilidad- y 28 -límite a la pena aplicable en el concurso-, del Código Penal de 1980.

3 Sirve de soporte a la reseña la Sentencia C-133/99 de la Corte Constitucional.

4 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 25 de junio de 2002, radicación 17089.

5 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias de 9 de marzo de 2006, radicación 23755 y de 10 de mayo de 2001, radicación 14605, entre otras.

La Corte Constitucional lo define como aquel concurso que tiene lugar cuando una misma conducta parece subsumirse a la vez en varios tipos penales diversos y excluyentes, de tal manera que el juez, no pudiendo aplicarlos coetáneamente sin violar el principio del non bis in ídem, debe resolver concretamente a cuál de ellos se adecúa el comportamiento en estudio (Sentencia C-133/99).

6 En lo dicho véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 15 de junio de 2005, radicación 21629.

7 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 17 de agosto de 2005, radicación 19391.

8 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 15 de junio de 2005, radicación 21629.

9 Ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias 18 de febrero de 2000, radicación 12820, de 10 de mayo de 2001, radicación 14605, y de 9 de marzo de 2006, radicación 23755, entre otras. En similar sentido, Corte Constitucional, sentencia C-133/99.

10 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 9 de junio de 2004, radicación 22415.

11 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 8 de mayo de 1996, radicación 10800.

12 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias de 26 de enero de 2005, radicación 21474 y 28 de julio de 2004, radicación 21520.

13 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 9 de junio de 2004, radicación 22415.

14 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 22 de agosto de 1989. Similar situación se presenta en el concurso aparente que se da entre hurto y secuestro. Véase las sentencias de casación de 26 de enero de 2005, radicación 21474 y 17 de agosto de 2005, radicación 21382.

15 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 15 de septiembre de 1983, radicación 22415.

16 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias de 4 de octubre de 1968 y 3 de septiembre de 1971, citadas por Luis Carlos Pérez, Derecho penal. Partes

general y especial, Tomo V, Bogotá, Editorial Temis, 1986, p. 209-210.

17 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias de 4 de febrero de 1999, radicación 11837 y 27 de agosto de 1999, radicación 13433, entre otras.

18 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 26 de marzo de 2007, radicación 25629.

19 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 30 de septiembre de 1999, radicación 25629.

20 Sobre el concurso de homicidio agravado del artículo 104-2 con hurto, véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 27 de octubre de 2004, radicación 19937, entre otras.