



República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

Casación Rdo. 35116
Gonzalo Rodríguez Echeverri y Otro

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Luis Guillermo Salazar Otero

Aprobado Acta No. 395

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil doce
(2012)

ASUNTO

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por los defensores de LUIS ENRIQUE GARCÍA OSORIO, MARLON ANDRÉS MACÍAS MAYA, GONZALO RODRÍGUEZ ECHEVERRI y HERSON ENRIQUE RUBIO SALAMANCA, contra el fallo del 30 de junio de 2010 proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante el cual confirmó la sentencia emitida el 23 de febrero del mismo año por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Bogotá, que los condenó a prisión de ciento diecisiete (117) meses cada uno y multa de cinco (5) salarios mínimos mensuales legales vigentes, como



coautores de los delitos de hurto calificado agravado, fabricación, tráfico y porte de armas de fuego de defensa personal, fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas agravado, violencia contra servidor público, receptación, uso de documento falso y concierto para delinquir.

HECHOS Y ANTECEDENTES

El 19 de octubre de 2009, varios individuos que vestían chaquetas y gorras de la policía judicial, Sijin y Dijin, además que portaban chalecos reflectivos, simulando el cumplimiento de una orden de allanamiento, ingresaron al inmueble ubicado en la carrera 71D No. 50-24 de la ciudad, y se apoderaron de dinero en efectivo y objetos personales de sus moradores.

Enteradas las autoridades del hecho e iniciada la persecución policial, la que fuera repelida mediante el uso de armas de fuego, fueron aprehendidas ocho personas, entre ellas, LUIS ENRIQUE GARCÍA OSORIO, MARLON ANDRÉS MACÍAS MAYA, GONZALO RODRÍGUEZ ECHEVERRI y HERSON ENRIQUE RUBIO SALAMANCA, en posesión de seis armas de fuego, una sub ametralladora mini uzi, cuatro vehículos,



República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

3

Casación Rdo. 35116
Gonzalo Rodríguez Echeverri y Otro

un radio Motorola, cinco chaquetas y gorras con el logotipo de la policía nacional, un chaleco antibalas y un tanque pequeño de acetileno con sus accesorios.

Así mismo fueron recuperados diecinueve relojes, ocho juegos de gafas, tres computadores portátiles con sus accesorios, una cpu marca HP, cinco pulseras de dama, un pasaporte, dos celulares, bolsos y otros elementos que hacían parte de los bienes hurtados.

El 20 de octubre 2009, el Juez Noveno Penal Municipal de la ciudad con funciones de control de garantías, legalizó las capturas de LUIS ENRIQUE GARCÍA OSORIO, MARLON ANDRÉS MACÍAS MAYA, GONZALO RODRÍGUEZ ECHEVERRI y HERSON ENRIQUE RUBIO SALAMANCA, entre otros, y dispuso su detención preventiva por los delitos de hurto calificado agravado, fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, violencia contra servidor público, receptación, uso de documento falso y concierto para delinquir, de acuerdo con la solicitud de imposición de medida e imputación formulada por la Fiscalía 19 Especializada.



Corte Suprema de Justicia

El 18 de noviembre de 2009, la Fiscalía y los imputados GARCÍA OSORIO, MACÍAS MAYA, RODRÍGUEZ ECHEVERRI y RUBIO SALAMANCA, preacordaron una rebaja de la pena a imponer equivalente al 43%, al aceptar los cargos endilgados en la audiencia de formulación de la imputación.

El 23 de febrero de 2010, el Juez Sexto Penal del Circuito Especializado de esta ciudad, aprobó el preacuerdo y dictó sentencia, la que impugnada fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, y ahora se censura a través del recurso extraordinario de casación.

DE LAS DEMANDAS

En auto del 9 de marzo de 2011, la Sala seleccionó el cargo segundo de las demandas presentadas por los defensores de LUIS ENRIQUE GARCIA OSORIO, MARLON ANDRÉS MACIAS MAYA y GONZALO RODRÍGUEZ ECHEVERRI, el que dada su identidad y similitud en su proposición y desarrollo, será resumido conjuntamente con el fin de evitar repeticiones innecesarias.



Con sustento en la causal primera del artículo 181 de la ley 906 de 2004, en el reparo se denuncia la violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 269 de la ley 599 de 2000, que condujo a la vulneración del principio de legalidad en la determinación de la pena.

Según los demandantes, la disposición prevé para los delitos contra el patrimonio económico la disminución de la pena de la mitad a las tres cuartas partes, si antes de dictarse el fallo de primera o única instancia se restituye el objeto material del delito o su valor e indemniza al ofendido o perjudicado con la conducta punible.

Señalan que la reparación a las víctimas se produjo antes de la suscripción del acuerdo, comportamiento que denota la intención de los acusados de morigerar los efectos nocivos de la conducta.

Manifiestan que cancelaron la suma de \$34.000.000, la cual constituye valor suficiente en cuanto fue la estipulada de manera libre y voluntaria por las partes, aun cuando puede ser inferior al agravio causado, de acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia.



Corte Suprema de Justicia



Bajo ese presupuesto, la rebaja de pena para el delito de hurto calificado agravado vulnera el principio de legalidad, porque a pesar de no haber sido acordada con la Fiscalía, el juez debía dosificarla en los términos de la ley, disminuyéndola en las tres cuartas partes y no en la mitad como finalmente lo hiciera sin justificación alguna.

Se apoyan en la decisión de la Sala de septiembre 26 de 2006, según la cual la rebaja prevista en el artículo 269 del Código Penal es común a los delitos contra el patrimonio económico, responde a la conducta post delictual del autor y tiene incidencia sobre la sanción determinada judicialmente.

Consideran que en razón del momento en el que se produjo la reparación, la disminución podría corresponder al máximo consagrado en esa norma, esto es, a las $\frac{3}{4}$ partes.

Advierten que la reducción en la mitad por reparación se hizo sin motivación, cuando la misma no puede obedecer a la facultad discrecional ni al capricho del juez, quien debe tener en cuenta el instante en que se llevó a cabo el resarcimiento.

Como en este asunto la indemnización fue oportuna, en orden a restablecer el principio de legalidad de la pena, debe



redosificarse la misma a partir de la señalada para el delito de hurto calificado agravado, y al resultado que arroje su disminución en la tercera parte, sumarse el monto fijado para cada uno de delitos concurrentes.

Demanda de HERSON ENRIQUE RUBIO SALAMANCA

Cargo único. Con fundamento en el numeral 2 del artículo 181 de la ley 906 de 2004, se denuncia el desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes por violación del principio de doble incriminación.

El censor manifiesta que la condena de los procesados por el delito de hurto calificado agravado por la pluralidad de sujetos, impedía imputarles el concierto para delinquir, delito que a su juicio no existió.

Después de reproducir la respuesta del Tribunal al reparo, expresa que existe una doble incriminación al asumir que los actos ejecutivos del hurto se vinculan con el bien jurídico de la seguridad pública.

Expresa que en la coautoría, la intervención de varios sujetos en la empresa común con división del trabajo mediante un



Corte Suprema de Justicia



acuerdo previo obedece a una planificación de la actividad delictiva, luego la ejecución del delito estructura una única conducta, esto es, el hurto calificado agravado que responde a la comunidad de intereses de los asociados con ese fin.

Agrega que igual ocurre con la violencia contra servidor público y el porte ilegal de armas de fuego, agravado por la oposición y resistencia a los requerimientos de las autoridades.

Expresa que la repulsa de los acusados a la persecución policial se tiene como violencia contra servidor público, cuando esa oposición al hacer parte de la agravante imputada que significó un incremento de la pena, excluye el concurso entre ambas conductas.

Por último, manifiesta que la aceptación libre, consciente y voluntaria de los hechos y responsabilidad de los imputados, no relevaba al operador judicial del estudio de la legalidad de las conductas, en la medida que el artículo 29 de la Carta Política prohíbe sancionar dos veces por el mismo hecho.

Pide casar la sentencia y proferir una de sustitución.



AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

Los recurrentes

Solicitan dictar fallo de acuerdo con lo propuesto en el cargo seleccionado, reconociendo la violación directa de la ley por interpretación errónea del artículo 269 del Código Penal, ya que la disminución de la sanción por reparación en el monto señalado en la sentencia, desconoce el principio de legalidad.

El defensor de RUBIO SALAMANCA señala que como los operadores judiciales deben ceñirse a los mandatos legales, porque toda decisión judicial se funda en los postulados de legalidad, estricta tipicidad y lealtad, el ad quem estaba obligado a hacer el análisis de los hechos punibles aceptados por los acusados en el marco de los citados aspectos.

La Corte tiene dicho que por lo menos corresponde hacer un examen mínimo de los elementos materiales probatorios; sin embargo, el Tribunal no quiso ocuparse de los delitos de concierto para delinquir y violencia contra servidor público,



Corte Suprema de Justicia



conductas discutidas en la apelación, con lo cual vulneró los principios de legalidad y tipicidad plena.

De los no recurrentes

La Fiscalía pide casar parcialmente la sentencia impugnada, de acuerdo con el cargo segundo de las demandas, porque efectivamente se desconoció la naturaleza post delictual de la causal de reparación, al dejarse de aplicar lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 60 del Código Penal, en cuyo caso correspondía reconocer las tres cuartas partes y no la mitad.

En relación con la demanda presentada a nombre de RUBIO SALAMANCA, considera vulnerado el principio non bis in ídem al condenarlo por el delito de concierto para delinquir y al mismo tiempo incrementarle la pena por la agravante del numeral 10 del artículo 241 del Código Penal, relativa a la participación plural de personas en el delito de hurto.

Solicita la exclusión de la agravante, porque de la situación fáctica y de los indicios, encuentra un desvalor de acción y resultado que no puede confundirse con el elemento de la pluralidad de autores, toda vez que fueron sorprendidos en



posesión de distintos elementos propios de una estructura y concurrencia de acciones y voluntades, que vulnera el bien jurídico de la seguridad pública.

De igual manera, observa que frente al delito de violencia contra servidor público y la agravante del delito de tráfico y porte de armas, el cargo tiene vocación de prosperidad, en la medida que de los supuestos fácticos establecidos en el proceso, la violencia ejercida contra los miembros de la policía fue consecuencia directa de la persecución iniciada contra los imputados y no del requerimiento de la autoridad para la devolución de las armas que se portaban.

Señala que en esas condiciones se estructura únicamente la conducta prevista en el artículo 429, lo que conduce a la exclusión de la agravante, porque la misma tampoco se comunica al hurto calificado agravado, comportamiento principal imputado a los miembros de la organización.

El Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal, advierte que la víctima tiene derecho a que se repare el daño causado con el delito, resarcimiento que en materia penal busca hacer efectivo el restablecimiento del derecho, el cual se cumple con la indemnización integral.



Corte Suprema de Justicia



El artículo 269 común a los delitos contra el patrimonio económico, beneficia con disminución punitiva de la mitad a las tres cuartas partes, al que restituye el objeto material del delito o su valor e indemniza los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado.

Conforme con la jurisprudencia la rebaja de pena no modifica los extremos punitivos, ya que incide únicamente en la sanción individualizada.

La negociación prevista en el nuevo sistema se orienta a la humanización de la sanción y procura la pronta reparación a la víctima, incluso la reinserción social del imputado.

En el caso los acusados y las víctimas llegaron a un acuerdo consciente y voluntario sobre la cuantía de la reparación. Los hechos ocurrieron el 19 de octubre de 2009 y el 18 de noviembre se radicó el escrito de preacuerdo, día en el que también se canceló la suma convenida como indemnización de perjuicios.

El a quo para conceder la disminución hasta en la mitad no ofreció ningún argumento, mientras el Tribunal adujo que la indemnización se hizo para viabilizar la negociación, sin



tener en cuenta que bajo la ley 906 de 2004 el monto de la rebaja de pena no se encuentra condicionado a la aceptación o allanamiento a cargos ni al preacuerdo, ni al momento procesal en que se hace esa manifestación.

Tal atenuante depende de los factores dosimétricos en el proceso de individualización de la pena; si el juez partió del mínimo ningún impedimento existe para que también reconociera el máximo de rebaja, cuando se repara el daño causado con el delito.

Pide casar la sentencia de acuerdo con el cargo formulado por los defensores de los acusados y redosificar la pena del punible contra el patrimonio económico.

En cuanto a la demanda presentada a nombre de RUBIO SALAMANCA, encuentra que la discusión está referida a la calificación jurídica; en esas condiciones, afirma que el número de personas y la preparación ponderada del delito son circunstancias que agravan la punibilidad en el delito de hurto calificado, sin que por razón de ellas concurra el concierto para delinquir.



Corte Suprema de Justicia



Sostiene que no es posible escindir la violencia que implica la oposición de resistencia a las autoridades, para configurar un comportamiento diferente con el nombre de violencia contra servidor público.

Expresa que la prohibición de la doble valoración impide a los funcionarios judiciales que una circunstancia sea tenida en cuenta como específica de agravación y al mismo tiempo como elemento estructural de otra conducta.

En ese sentido, pide casar la sentencia.

CONSIDERACIONES

La Sala para el pronunciamiento de fondo en este asunto, reitera que en materia de preacuerdos y negociaciones, la actividad del juez de conocimiento no está circunscrita únicamente a su aprobación o improbación, sino que en virtud del control de legalidad que le corresponde, se encuentra habilitado para solicitar aclaraciones sobre la adecuación típica de los hechos y las circunstancias que los modifican e inciden en la pena.



Cargo Segundo de las demandas presentadas a nombre de LUIS ENRIQUE GARCIA OSORIO, MARLON ANDRÉS MACIAS MAYA y GONZALO RODRÍGUEZ ECHEVERRI.

Sustentado en la causal primera del artículo 181 de la ley 906 de 2004, denuncia la violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 269 de la ley 599 de 2000.

Los casacionistas consideran que el Tribunal erró al reducir la pena únicamente en la mitad y no en las tres cuartas partes, máximo que en su entender merecen los imputados, porque los actos de reparación se dieron antes de la suscripción del preacuerdo, la suma cancelada a las víctimas constituye valor suficiente y con la Fiscalía no se estipuló la diminuyente.

Se equivocan los actores como también las instancias, cuando dan por establecido que el reintegro del dinero que no fue recuperado al momento de la captura de los acusados, constituye un acto de reparación en los términos del artículo 269 del Código Penal.

En el preacuerdo presentado por la Fiscalía al Juez de Conocimiento, en ningún momento se acordó la disminución de la pena para el delito de hurto calificado agravado por



reparación, según el registro de la audiencia de aprobación del mismo y como lo reconocen los propios recurrentes.

Por el contrario, la Fiscalía fue clara al expresar que a cambio de la aceptación de los cargos y de la responsabilidad de los acusados, ofrecía *“la rebaja de pena del 43% a imponer como única rebaja compensatoria por el preacuerdo, ofrecimiento que es aceptado por los imputados en presencia y asesorados por sus defensores”*¹.

A continuación manifestó *“que los elementos hurtados fueron recuperados y entregados a su propietario”*, pero luego aclaró *“que respecto del dinero hurtado en la suma de 34 millones como lo refirió la víctima no se recuperó, por lo que los aquí acusados, conforme a lo establecido en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, se constituyó un título judicial”*².

La representante del Ministerio Público después de señalar que los acusados no tenían derecho a ningún mecanismo sustitutivo de la pena en razón del quantum a imponer ni a la prisión domiciliaria, advirtió que *“la única rebaja sería del 43%, lo que se ha pactado y pues eso sería su señoría realmente lo que esta por decidir en virtud del 447 porque aquí no opera*

¹ Audio de audiencia de preacuerdo; minuto 37:46

² Ídem; minuto 38:04



ningún subrogado ni beneficio adicional al 43% leído ya en el preacuerdo”.

Por su parte, el abogado representante de algunas de las víctimas, al ser preguntado si acepta la reparación y se tiene como pago de indemnización de perjuicios el título judicial por la suma reintegrada, respondió que *“no tenemos ningún reparo y solamente solicitamos la entrega del título judicial a que la señora ha hecho referencia”.*

De ese modo, no tuvo en cuenta el a quo que el denunciante fijó la cuantía de los perjuicios en la suma de \$180.000.000³, que las víctimas no asistieron a la audiencia de aprobación del preacuerdo por temor, mientras dos de ellas, Luz Aydé Varela Vaquero y Luis Carlos González Dávila, renunciaron además a *“iniciar ningún tipo de acción legal dentro de la presente investigación”.*

Luego riñe con la verdad procesal, la afirmación hecha en la demanda, según la cual entre víctimas y acusados existió un acuerdo libre y voluntario sobre el valor de los perjuicios, y que la suma reintegrada se entendiera como reparación de los mismos.

³ Aristóbulo Rojas Ángel, al ser interrogado por la cuantía de los daños y perjuicios la determinó en ese monto; folio 58 (o 174) de la carpeta.



De otro lado, la sentencia ignoró la aclaración de la Fiscalía, de acuerdo con la cual la devolución de los \$34.000.000 de pesos tenía como finalidad posibilitar el acuerdo, razón por la cual invocó el artículo 349 de la ley 906 de 2004, que lo prohíbe cuando *“el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo”* no reintegra por lo menos el 50% de lo percibido.

En esas circunstancias, el reintegro del dinero no colma los presupuestos del artículo 269 del Código Penal, el que exige además la indemnización de los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado, la cual no se dio en este caso.

El a quo confundió el reintegro con la indemnización, error que no puede ser corregido en esta sede por la prohibición de reforma en peor, en la medida que la eliminación de la rebaja de pena para el delito de hurto reconocida por ese concepto, implicaría un aumento significativo de la sanción impuesta a los acusados.

El cargo en esas circunstancias tampoco prospera, porque los supuestos que permiten la disminución de la pena por reparación en una proporción mayor, se sustentan en un



República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

19

Casación Rdo. 35116
Gonzalo Rodríguez Echeverri y Otro

hecho inexistente y en una disposición que de acuerdo con lo dicho fue aplicada indebidamente.

Demanda a nombre de HERSON ENRIQUE RUBIO

En el cargo único se denuncia la afectación de las garantías del acusado por violación del principio non bis in ídem.

Para el actor el Tribunal desconoció dicha garantía, cuando agrava el hurto calificado por la pluralidad de personas que se reunieron para cometer el delito, y con sustento en ella le atribuye a RUBIO SALAMANCA la conducta de concierto para delinquir.

El principio non bis in ídem corresponde a una garantía del debido proceso consagrada en el artículo 29 de la Carta Política, que protege el derecho a "*no ser juzgado dos veces por el mismo hecho*".

Este postulado encuentra desarrollo legal en el artículo 8º del Código Penal de 2000 con carácter de norma rectora, el cual prohíbe imputar más de una vez el mismo comportamiento punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le de o haya dado.



El principio de legalidad como una de las expresiones del debido proceso, también es vulnerado si el hecho ejecutado por el acusado no se ajusta al tipo penal imputado o se desconoce que se adecua a una y no a varias descripciones típicas⁴.

Ahora bien, el concierto para delinquir es de aquellos tipos penales llamados de doble acción o plurisubjetivos, debido al número de personas que requiere para su configuración, más de una, quienes responden a título de autores por el sólo hecho de asociarse de manera permanente para cometer delitos indeterminados.

Así mismo es un tipo autónomo porque es independiente de las conductas punibles cometidas por los concertados, de modo que si estos ejecutan otros hechos delictivos, existirá un concurso material y efectivo de tipos penales en los términos del artículo 31 del Código Penal, en el que cada uno responderá de acuerdo con el grado de contribución o aporte en los respectivos delitos, distintos al concierto.

Por su parte, el hurto en sus modalidades de simple y calificado, prevé como circunstancia de agravación punitiva

⁴ Casación de septiembre 6 de 2007; radicación 24786.



su ejecución *“por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto”*, la cual se justifica en que facilita su comisión y crea un mayor riesgo para la víctima.

La reunión o el acuerdo entre las personas es ocasional o momentáneo porque obedece a un único delito, sin que la causal exija para su imputación determinado grado de participación en el delito, ya que basta con que ello ocurra para que se estructure la misma.

El concurso de personas en un delito, no configura *per se* el concierto para delinquir, ni puede confundirse con este. La asociación criminal propia del concierto, fundamentalmente se caracteriza por el acuerdo para cometer delitos indeterminados y la decisión de que esa unión se prolongue en el tiempo, es decir que tenga vocación de permanencia.

Cuando el acuerdo es para consumir un delito, se está frente a un concurso de personas que obliga a acudir a las normas generales que regulan la autoría y la participación, para que según el grado de contribución en la ejecución de la conducta punible, se establezca la calidad en la que cada una de ellas responde penalmente.



Ahora bien, cuando varias personas se reúnen o acuerdan cometer un hurto, circunstancia que agrava la conducta, su imputación excluye el concierto para delinquir, del mismo modo que este impide la imputación de esa causal y no el concurso entre ambos delitos, si la asociación reúne las características propias del atentado contra la seguridad pública.

Dicho de otra manera, no es la cantidad de personas que intervienen en el delito sino la naturaleza del acuerdo entre ellas, la que permitirá en cada caso concreto determinar si se está frente a una hipótesis de concurso real y efectivo de tipos penales o únicamente hay lugar a agravar el hurto en razón de aquella.

En el asunto, se imputó el concierto para delinquir por el número de partícipes y el modus operandi en la ejecución del delito de hurto, al mismo tiempo que el atentado contra el patrimonio fue agravado por la pluralidad de personas, lo que evidencia la transgresión de la garantía de non bis in ídem.

En efecto, el juez de primera instancia en la fundamentación jurídica de la sentencia, limitó su actividad a señalar el tipo



penal que contempla dicha conducta; y, en la materialidad de las infracciones, afirmó que los medios probatorios y la aceptación del preacuerdo, indican la responsabilidad de los acusados en los delitos imputados en calidad de coautores.

A su vez el Tribunal señaló que el concierto para delinquir es un delito autónomo y concurre con los hechos ejecutados por los concertados, mientras que la situación fáctica revela la existencia de un concurso real y heterogéneo entre el y la conducta contra el patrimonio económico y la aceptación del preacuerdo *"implicó la renuncia a controvertir los cargos"*.

Ciertamente en atención a los principios de legalidad y de tipicidad, entre otros, el juez al aprobar el preacuerdo no estaba relevado de su obligación de verificar en este asunto, que la imputación del concierto para delinquir violaba la prohibición de non bis in ídem, garantía a la cual los acusados no habían renunciado en virtud del acuerdo con la Fiscalía.

Además, esta última omitió presentar elementos materiales probatorios o evidencia física de las cuales pudiera inferirse que la conducta de los acusados encuentra adecuación en el



Corte Suprema de Justicia

tipo penal de concierto para delinquir; mientras en los fallos de instancia se da por supuesto el delito.

En las circunstancias vistas, la imputación del delito contra la seguridad pública únicamente por el número de personas que se reunieron o acordaron la ejecución del hurto, comporta una doble valoración de un hecho y transgrede el principio de non bis in ídem.

En el mismo reparo, el censor considera que la imputación de la causal 3ª del artículo 365 del Código Penal y al mismo tiempo del delito de violencia contra servidor público, viola igualmente ese principio.

La citada causal extensiva a la fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de defensa personal y de uso privativo de las fuerzas armadas, previene que la pena mínima de los delitos se duplica *“Cuando se oponga resistencia en forma violenta a los requerimientos de las autoridades”*.

En ella se describe una acción positiva y simultánea de la violencia a los requerimientos de las autoridades, esto es, hoy una coexistencia en tiempo y espacio entre la oposición del autor y la intervención de la autoridad.



Ahora bien, frente a las circunstancias que agravan la pena para los delitos citados, la Sala ha dicho que su imputación depende de la existencia de una relación causal entre ellas y los verbos rectores que los describen, en cuanto conlleva a un mayor riesgo para la seguridad pública.

“Para su imputación debe deducirse la presencia de una relación causal entre la comisión de cualquiera de los verbos alternativos y aquellas, referida a la mayor potencialidad del riesgo de vulneración del bien jurídico protegido.

En otras palabras, no basta realizar una adecuación de los hechos probados en el tipo penal, sino que se hace necesario verificar si entre la acción desplegada por el agente y la circunstancia modificadora de la punibilidad hay relación causal para poderse atribuir y, por lo mismo, modificar el mínimo de pena, por cuanto la misma puso en mayor potencialidad de riesgo de vulneración del bien jurídico tutelado de la seguridad pública.

... Las circunstancias modificadoras de la pena previstas en el artículo 365 de la Ley 599 de 2000, que son tanto para la fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones -de defensa personal- y fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas para su



Corte Suprema de Justicia



imputación, el agente tiene que haber puesto en mayor riesgo el bien jurídico protegido de la seguridad pública, siendo del resorte del juzgador valorar si esa consecuencia fue prevista por él con su comportamiento doloso.”⁵.

De otro lado, la conducta punible descrita en el artículo 429 del Código Penal, para su configuración exige el ejercicio de violencia física o moral contra el servidor público con la finalidad de obligarlo a ejecutar u omitir un acto propio de su cargo o a realizar uno contrario a sus deberes oficiales.

En este delito, la violencia ejercida por el agente sobre el servidor público es anterior o precede a la acción u omisión buscada con ella; el tipo penal indica que la misma es “*para obligarlo*” a hacer o dejar de hacer un acto propio de su cargo o uno contrario a sus deberes oficiales.

En ese sentido, la violencia tiene un único propósito, obligar al servidor público a ejecutar, omitir o realizar lo que aún no ha hecho y el actor quiere que haga o deje de hacer.

Entonces, tiene razón el libelista porque la discusión no era si los delitos de fabricación, tráfico y porte de armas en sus

⁵ Casación, noviembre 10 de 2005, radicación 20665; reiterada en los fallos de septiembre 17 y octubre 27 de 2008, radicaciones 28700, 29979 respectivamente.



dos modalidades son independientes al de violencia contra servidor público como lo decidió el Tribunal, sino que la imputación de éste último y al mismo tiempo de la causal 3ª del artículo 365 del Código Penal, violaba el principio del non bis in ídem.

Aun cuando ambos delitos tutelan bienes jurídicos distintos, la simultaneidad y la finalidad de la violencia descrita en el numeral 3º de la norma citada, jurídicamente imposibilita su concurrencia material con el atentado contra servidor público, esto es, este es subsumido por aquel, en los casos en que el autor de la conducta contra la seguridad pública opone resistencia en forma violenta a los requerimientos de las autoridades.

Luego si los partícipes en el latrocinio opusieron resistencia simultánea a la intervención policial con el propósito de lograr su huida y asegurar la impunidad de los delitos que ejecutaban, entre los cuales, obviamente se hallaban los de porte de armas de fuego de defensa y de uso privativo de las fuerzas armadas, es desacertada la imputación a su vez del delito de violencia contra servidor público.



Corte Suprema de Justicia



Los hechos de la sentencia ninguna duda dejan acerca de la violación de la garantía, cuando se expresa que *“Al tener conocimiento las autoridades de los hechos que se desarrollaban en la dirección anotada, se inició la persecución respectiva, pero los agentes del orden fueron repelidos con disparos de armas de fuego”*, ya que con ellos se estructura la causal de agravación y no el delito contra la administración pública.

De acuerdo con lo anterior, el cargo prospera.

Así las cosas, se modificará la pena impuesta al recurrente en razón a que los delitos de concierto para delinquir y violencia contra servidor público no concurren con las demás conductas punibles aceptadas en el preacuerdo, la cual se hará extensiva a los demás acusados de conformidad con lo previsto en el artículo 187 de la ley 906 de 2004.

La pena determinada por el a quo en doscientos cuatro (204) meses, será reducida en dieciocho (18) meses, con estricta observancia del incremento punitivo fijado en la sentencia para esos delitos, así: doce (12) meses por el concierto para delinquir y seis (6) meses por la violencia contra servidor público, lo cual arroja un total definitivo de ciento ochenta y seis (186) meses de prisión.



Como este monto debe ser disminuido en un 43% en virtud del preacuerdo y esa fue la proporción reconocida por el juez de primera instancia, la pena que deberá purgar RUBIO SALAMANCA será de CIENTO SEIS (106) MESES Y UN (1) DIA de prisión, al igual que los demás acusados.

La pena de multa se mantendrá inalterable, porque ninguna de las conductas punibles por las cuales no se condena a los procesados la contempla como acompañante de la prisión.

La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 52 del Código Penal, se ajustará al mismo término señalado para la privativa de la libertad.

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. No Casar el fallo de origen, naturaleza y contenido indicados, por el cargo segundo propuesto en las demandas a



Corte Suprema de Justicia

nombre de LUIS ENRIQUE GARCIA OSORIO, MARLON ANDRÉS MACIAS MAYA y GONZALO RODRÍGUEZ ECHEVERRI.

2. Casar parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá conforme al cargo primero de la demanda a nombre de HERSON ENRIQUE RUBIO SALAMANCA; en su lugar, imponerle al igual que a LUIS ENRIQUE GARCIA OSORIO, MARLON ANDRÉS MACIAS MAYA, GONZALO RODRÍGUEZ ECHEVERRI y CARLOS ALBERTO CARDOZO OLIVEROS ciento seis (106) meses y un (1) día de prisión y ajustar la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas al período fijado para la pena privativa de la libertad, como coautores de los delitos de hurto calificado agravado, receptación, uso de documento falso, fabricación, tráfico y porte de armas de fuego de defensa personal y de uso privativo de las fuerzas armadas y explosivos, conforme a las consideraciones expuestas en esta sentencia.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.



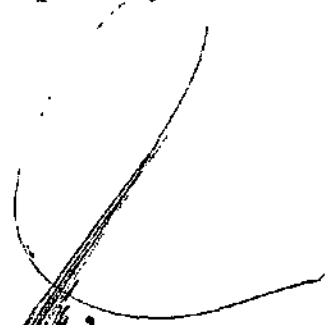
República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

31
Casación Rdo. 35116
Gonzalo Rodríguez Echeverri y Otro

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


JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ


JOSÉ LUIS BARCELO CAMACHO


FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO



MARIA DEL ROSARIO GONZALEZ MUÑOZ


GUSTAVO E. MALO FERNÁNDEZ


LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

INCAPACIDAD MÉDICA
JULIO E. SOCHA SALAMANCA


JAVIER ZAPATA ORTIZ


Nubia Yolanda Nova García

Secretaria



SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

A continuación expreso las razones que me llevaron a salvar parcialmente voto en el presente caso. Mi respetuosa discrepancia con la providencia adoptada por la Sala en este proceso se dirige, en primer lugar, al aspecto donde se hace prevalecer el principio de la *no reformatio in pejus* sobre el principio de legalidad para abstenerse de enmendar el error cometido por el juzgador al reconocer la rebaja de pena prevista en el artículo 269 del Código Penal, sin que en la actuación se colmaran los presupuestos previstos por esa disposición para el efecto.

Y en segundo lugar, a las razones ofrecidas por la mayoría para marginar de la condena el cargo de concierto para delinquir.

A continuación fundamento tales disensos.

(i) *El principio de legalidad prevalece sobre la no reformatio in pejus:*

No comparto la postura según la cual el principio de legalidad debe ceder a la *no reformatio in pejus*, pues en mi concepto, aquel principio es uno de los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho, sin el cual no es posible asegurar la realización de fines esenciales del



Estado, tales como la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, conforme lo establece el artículo 2° de la Constitución Política, de tal forma que el principio de legalidad está llamado no sólo a lograr los principales fines del Estado de Derecho sino a evitar el caos y la arbitrariedad.

En otras palabras, habrá tranquilidad en el seno de la sociedad si el Estado, a través de sus funcionarios, actúa siempre con sujeción a la ley. Ello, además, constituirá garantía de que sus decisiones sean justas.

El ceñimiento a la ley por parte de todas las autoridades públicas está consagrado en los artículos 1°, 6°, 121 y 123 de la Constitución Política. Sobre estas normas ha dicho la Corte Constitucional lo siguiente:

“Así las cosas, encontramos que el artículo 1 constitucional señala que Colombia es un Estado Social de Derecho, lo cual conlleva necesariamente la vigencia del principio de legalidad, como la necesaria adecuación de la actividad del Estado al derecho, a los preceptos jurídicos y de manera preferente a los que tienen una vinculación más directa con el principio democrático, como es el caso de la ley.

En el mismo sentido, se encuentra el artículo 6 de la Constitución Política que, al referirse a la responsabilidad de los servidores públicos aporta mayores datos sobre el principio de legalidad, pues señala expresamente que: *Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones*”. Dicha disposición establece la



vinculación positiva de los servidores públicos a la Constitución y la ley, en tanto se determina que en el Estado colombiano rige un sistema de responsabilidad que impide a sus funcionarios actuar si no es con fundamento en dichos mandatos.

...

Por su parte, el artículo 121 de la Carta reitera el contenido del principio de legalidad, al señalar que *“ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”*, y el artículo 123 estipula que existe un sistema de legalidad que vincula a todos los servidores públicos y a todas las autoridades no sólo a la Constitución y la ley, sino que la extiende al reglamento, ello para poner de presente que las autoridades administrativas de todo orden deben respetar la jerarquía normativa y acatar, además de la Constitución y la ley, los actos administrativos producidos por autoridades administrativas ubicadas en el nivel superior¹.

La función judicial no constituye una excepción al mandato superior de la necesaria sujeción a la ley. Por ello, en el artículo 230 de la Carta se consagra la siguiente perentoria disposición:

“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”.

Es tan trascendental para un Estado la misión de administrar justicia, que el constituyente quiso reiterar en esa norma la necesidad de que los jueces, en el ejercicio de sus funciones, estén sometidos a la ley. Sería inimaginable lo que podría suceder si no fuera así. El capricho y la

¹ Sentencia C-028 de 2006.



arbitrariedad prevalecerían. Las decisiones justas y adoptadas en derecho desaparecerían del concierto nacional para convertirse en cosa del pasado.

En materia punitiva, el principio de legalidad está consagrado en el inciso segundo del artículo 29 de la Constitución política. Conforme a esa disposición, *“(N)adie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de las formas propias de cada juicio”*.

Estatuir que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, implica que para condenar a una persona se requiere que su conducta esté previamente definida como delito; de la misma manera, que sólo puede imponérsele la pena previamente establecida en la ley.

El reconocimiento universal del principio de legalidad no fue pacífico. Su consagración en materia punitiva se le debe en gran medida a CESARE BECCARÍA, quien inspirado en el pensamiento iluminista y en reacción a los desafueros de la monarquía, postuló el apotegma *“nullum crimen, nulla poena sine lege”*, cuyo fin estaba dirigido a propender porque se erigieran como delito solamente aquellas conductas que produjeran daño social, sin que pudiese existir persecución por los denominados vicios o pecados, según las definiciones de carácter meramente



moral que los gobernantes asignaban *ex novo* a comportamientos de esa naturaleza².

Buscaba también que las sanciones no fuesen inhumanas³ y que se aplicaran, además, en forma proporcional al delito cometido⁴.

El pensamiento de BECCARÍA se inspiró en el contrato social de HOBBS y ROUSSEAU, entre otros. Conforme a esa concepción, los hombres vivían en un estado de naturaleza donde las constantes guerras hacían imposible la convivencia pacífica. Por eso decidieron celebrar un acuerdo, en virtud del cual entregaron a un tercero (el Estado) la potestad de regular sus vidas. Sin embargo, no entregaron el poder total, *“sino la porción necesaria para ‘mantener el buen orden’”*⁵. De ahí que *“con quien ha realizado un comportamiento que se considera violatorio de las normas impuestas en una determinada sociedad, no se puede hacer lo que se venga en gana”*⁶.

Base del modelo contractualista fue, entonces, la imposición de límites al ejercicio del poder del Estado. Su control opera a través de las leyes que, en el campo

² BECCARÍA, Cesare. De los delitos y de las penas. Estudio preliminar de Nódier Agudelo Betancur. Universidad Externado de Colombia, pags. XVII y 18. Beccaría rechazó firmemente la idea de que la pena tuviera fines expiatorios.

³ Estaba en desacuerdo con la tortura y tratos crueles, así como con la pena de muerte como sanción generalizada.

⁴ Dentro de sus postulados también estuvo la igualdad de las sanciones. Decía: “Si se destina una pena igual a los delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen a él unida mayor ventaja” (pág. 20 ob. cit.).

⁵ VANOSSI, Jorge Reinaldo. Teoría Constitucional. Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1975.

⁶ BECCARÍA, Cesare. Ob. cit. Pág. XVII.



punitivo, presupone definir en éstas qué acciones son constitutivas de delitos y cuál la sanción a imponer por su realización.

Las ideas de los iluministas constituyeron motor de la revolución francesa de 1789, movimiento que llevó a la proclamación, ese mismo año, de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, en cuyos artículos 5° y 6° quedó plasmada la supremacía de la ley. El siguiente es el texto de esas disposiciones:

“Artículo 5: La ley puede prohibir las acciones perjudiciales a la sociedad. Todo lo que no esté prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena”.

“Artículo 6: La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a participar en su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. La ley debe ser igual para todos, tanto para proteger como para castigar. Puesto que todos los ciudadanos somos iguales ante la ley, cada cual puede aspirar a todas las dignidades, puertos y cargos públicos, según su capacidad y sin más distinción que la de sus virtudes y talentos”.

A su turno, el principio de la legalidad de los delitos y de las penas quedó expresado en los artículos 7° y 8° de la



declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, cuyos textos son del siguiente tenor:

“Artículo 7: *Nadie puede ser acusado, detenido ni encarcelado fuera de los casos determinados por la ley y de acuerdo con las formas por ellas prescritas. Serán castigados quienes soliciten, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias. Todo ciudadano convocado o requerido en virtud de la ley debe obedecer al instante; de no hacerlo, sería culpable de resistir a la ley.*

“Artículo 8: *La ley no debe establecer más penas que las necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente”.*

La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano inspiró las Constituciones de los países donde se instauró posteriormente el modelo de Estado de Derecho, en el cual, por tanto, el principio de legalidad pasó a constituir elemento estructural y fundamento del mismo.

A tono con esa concepción, la Corte Constitucional colombiana ha expresado que el referido principio tiene una posición central en la configuración del Estado de derecho,



en la medida en que es rector del ejercicio del poder y rector del derecho sancionador⁷.

Es tal la trascendencia del principio de legalidad en los Estados democráticos de Derecho y tan importante para la convivencia de los ciudadanos, que ni aun en los estados de excepción es posible su suspensión. Así lo tiene previsto la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica⁸, que forma parte del denominado bloque de constitucionalidad, conforme lo establecido en el artículo 93 de la Carta Política. En efecto, el artículo 27 de la citada Convención dispone:

“Suspensión de garantías.

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

⁷ Cfr. Sentencias C-710 de 2001 y C-530 de 2003.

⁸ Aprobado mediante la Ley 16 de 1972.



2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos” (el subrayado es nuestro).

De tal manera que corresponde a las autoridades públicas no sólo cumplir las leyes sino velar porque no se desconozcan. Esa función, como servidores públicos que son, recae también en los jueces de la República. Por ello, cuando algún funcionario judicial, cualquiera que sea su jerarquía, advierta la vulneración del principio de legalidad, su deber es corregir dicho dislate. No puede, en modo alguno, erigirse en obstáculo del cumplimiento de esa obligación constitucional la prohibición de la *reformatio in pejus* consagrada en el inciso segundo del artículo 31 superior.

La veda de la reforma en peor no constituye un derecho absoluto⁹, de modo que si entra en tensión con el principio de legalidad es necesario ponderarlos para

⁹ En la sentencia C-028 de 2006 la Corte Constitucional señaló que no hay derechos absolutos.



determinar cuál de los dos tiene prevalencia. *“La ponderación es... la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso”*¹⁰

Soy del criterio de que en esa ponderación es indispensable considerar la mayor jerarquía que tiene el principio de legalidad, en razón a su carácter estructural y fundante del Estado de Derecho, según quedó visto atrás. Esa mayor jerarquía determina que cuando entra en colisión con la no reforma peyorativa, deba siempre preferirse aquél.

Por lo demás, sabido es que en el moderno constitucionalismo el proceso penal ya no se concibe como el conjunto de normas orientadas, preferentemente, a garantizar los derechos defensivos del procesado. Hoy en día constituye también presupuesto de legitimación del sistema punitivo el respeto de los derechos a la víctima a buscar la verdad, la justicia y la reparación¹¹.

¹⁰ BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El Proceso Penal, tomo I, fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio, Universidad Externado de Colombia, 2004, pág. 269.

¹¹ “...la concepción constitucional de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por un delito no está circunscrita a la reparación material. Esta es más amplia. Comprende exigir de las autoridades y de los instrumentos judiciales desarrollados por el legislador para lograr el goce efectivo de los derechos, que éstos sean orientados a su restablecimiento integral y ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos, a lo menos”. Corte Constitucional, sentencia C-228 de 2002.



En la resolución de la tensión entre el principio de legalidad y la prohibición de la *reformatio in pejus*, es insoslayable, en consecuencia, verificar si con la decisión judicial donde se aplica el segundo de esos principios se vulneran o no los derechos de las víctimas, siendo claro que lo primero acontece cuando, con evidente desconocimiento del ordenamiento jurídico, se impone una pena por debajo del mínimo previsto por la ley para el delito cometido. En ese caso, la víctima no obtendrá la debida justicia por el daño infligido.

De ahí que cuando la pena impuesta quebrante la legalidad, es deber del superior restablecer el ordenamiento jurídico, así el condenado sea el único apelante. Sólo de esa manera puede afirmarse que la decisión judicial está sometida al imperio de la ley y, por consiguiente, a los dictados de la Constitución Política. Lo contrario sería concluir que la Carta, al paso que exige a los funcionarios judiciales someterse a la ley, al mismo tiempo fomenta su vulneración. Tal antinomia resulta constitucionalmente inadmisibles, pues comporta desconocer otros principios esenciales para la convivencia ciudadana, como la seguridad jurídica y la igualdad.

Se quebranta la seguridad jurídica, porque sin los límites que presupone el principio de legalidad, cada juez adoptaría sus decisiones sin otro control que sus consideraciones subjetivas. Y se vulnera el principio de



igualdad, por cuanto los destinatarios de la ley penal recibirán un tratamiento punitivo distinto, sin importar que se encuentren en las mismas circunstancias fácticas y jurídicas.

En suma, a nuestro juicio, la Constitución Política presupone, para la aplicación del principio de la no *reformatio in pejus*, que la pena sea legal. Por ello, es deber de los jueces restablecer el ordenamiento jurídico cuando quiera que la sanción no respete los parámetros establecidos en él.

(ii) *Supresión del delito de concierto para delinquir:*

La segunda y última inconformidad que tengo con la sentencia aprobada por la Sala, como lo reseñé *ab initio*, toca con la eliminación allí pronunciada del cargo de concierto para delinquir. Si bien, es de advertir, estoy de acuerdo con esa decisión, mi disenso cobija la fundamentación ofrecida por la mayoría para proceder de esa manera.

Como lo señala la Corte en la precitada providencia, el delito de concierto para delinquir es un tipo penal autónomo, de modo que se estructura con el simple acuerdo de voluntades para cometer conductas punibles de manera indeterminada, sin que para ello sea necesaria la



realización de éstas. Al respecto la Corporación tiene dicho de tiempo atrás lo siguiente:

“El delito de concierto para delinquir, presupone la existencia de una organización, así esta sea rudimentaria, conformada por un grupo de personas que previamente se han puesto de acuerdo o han convenido llevar a cabo un número plural de delitos y de este modo lesionar o poner en peligro indistintamente bienes jurídicos bajo circunstancias no necesariamente singularizables, “bien concurriendo cada uno de los plurales agentes a realizar de manera integral y simultánea el comportamiento reprimido en la ley –coautoría propia-, o mediante una división de trabajo con un control compartido del hecho o con su codominio, de manera que cada coautor al brindar un aporte objetivo a la ejecución del delito realiza la voluntad colectiva” (cfr. sen. Sda. inst. sep. 23/03 Rad. 17089).

En el mencionado pronunciamiento señaló la Corte, además, que “el legislador consideró que el solo hecho de concertarse, pactar, acordar o convenir la comisión de delitos indeterminados es ya punible, pues por sí mismo atenta contra la seguridad pública y por ello extendió la protección penal hacia esa actividad, sin que sea necesario exigir un resultado específico para pregonar el desvalor en tal conducta”¹².

¹² Sentencia del 13 de octubre de 2004, radicación 22141.

Desde luego, si se concreta la finalidad convenida, los punibles ejecutados en desarrollo de la concertación pasarán a formar un concurso de conductas delictuales¹³. De ese modo, si varios de los miembros de la organización así estructurada se apoderan de bienes muebles ajenos incurrirán tanto en concierto para delinquir como en hurto, incluso bajo la agravación derivada de la intervención *“de dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer”* el atentado contra el patrimonio económico (artículo 241, num. 10 del Código Penal), pues la realización de ese otro punible, con todas sus circunstancias, constituirá un hecho posterior e independiente del concierto para delinquir.

No es factible aducir que la aludida agravante constituye lo que doctrinalmente se ha denominado acto posterior impune o copenado, pues, como lo ha dicho la Corte, citando al autor SANTIAGO MIR PUIG, dicho fenómeno comprende aquellos *“hechos posteriores al delito que por sí solos no constituyen infracción, porque el contenido material de la prohibición es **“consumido”** o **“absorbido”** por el delito original, razón por la cual resultan impunes”*. Se tienen como tales, los actos dirigidos a asegurar, aprovechar o realizar el beneficio obtenido o perseguido con el delito al cual siguen, de modo que no incrementan el daño causado por el mismo y presentan una identidad de bien jurídico, pues no lesionan uno nuevo¹⁴.

¹³ Cfr. Providencia del 19 de enero de 2011, radicación 26954.

¹⁴ Sentencia del 7 de abril de 2010, radicación 30148.



Con la intervención de varias personas en la perpetración del latrocinio no se procuraba asegurar, aprovechar o realizar el beneficio perseguido con el concierto para delinquir, como que, incluso, la estructura típica de ese ilícito no exige propósito de tal naturaleza. De otra parte, la causal de mayor punibilidad constituye agravante de un tipo penal que protege un bien jurídico (patrimonio económico) diverso al tutelado por el concierto para delinquir, esto es, la seguridad pública.

Por tanto, estoy en desacuerdo con la Sala mayoritaria cuando excluye en el presente caso la concurrencia del concierto para delinquir con sustento en el principio *non bis in idem*, así como también cuando sostiene que la configuración de dicho punible impide la imputación de la circunstancia de agravación en mención. Si, como se dijo, se trata ese de un delito autónomo, es perfectamente viable que el mismo concurse con otros punibles.

En mi criterio, la marginación del aludido atentado contra la seguridad pública obedece, en realidad, a que en el presente caso no se estableció uno de los elementos configurantes del mismo, en concreto, la comisión indeterminada de delitos por parte del colectivo que perpetró el latrocinio ocurrido en el inmueble situado en la carrera 71D No. 50-24 de esta ciudad.




Tanto el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y los procesados, como las sentencias de instancia dan cuenta de la realización exclusiva de ese ilícito, luego no aparece que dicha organización tuviera como propósito la ejecución de varios delitos. Es este, y no el expresado en la sentencia mayoritaria, el motivo que debió cimentar la supresión del mencionado cargo.

En los anteriores términos dejo expresadas las razones que me llevaron a apartarme parcialmente de la decisión adoptada en este asunto, así como de algunos de sus fundamentos.

Con toda atención,


MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ
Magistrada

Fecha ut supra.


RECIBIDO 21 NOV 2012
DESPACHADO 21 NOV 2012