

COMPLEJIDADES DE LA CONDUCTA PUNIBLE

Álvaro Salgado González¹

Digamos ab-initio, que el delito complejo se nos muestra como un fenómeno controversial en el derecho penal en general, y por consiguiente el derecho penal colombiano no ha escapado a las controversias que en su contorno se han suscitado alrededor de él. Desde los tiempos del Código Penal de 1936 hasta nuestros días, aún se mantiene la referencia que de él se hace en la jurisprudencia y en la doctrina. Se puede afirmar, que en Colombia, no está definido el delito complejo, pero igual se puede decir, que a lo largo del Código Penal, son muchas las situaciones que se cubren con este Instituto.

Es en el Código Penal Italiano en su artículo 184 en el que positivamente se consagra el delito complejo, es por tanto la ausencia de una normatividad expresa que así lo determine en nuestro país, lo que ha contribuido a que la diversidad de criterios aún se mantenga.

Para abordar el estudio de este tema se hace indispensable referirme al Concurso de Conductas punibles o de Tipos que se encuentra en el art. 31 del Código Penal:

“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...”

Nótese que el concurso se plasma en dos sentidos: el primero cuando el agente con una sola acción u omisión, o con varias acciones u omisiones infringe varias disposiciones de la ley penal; en tanto que el segundo apunta a infringir varias veces la misma disposición. Colégese por tanto que la primera parte nos conduce al concurso ideal, y la segunda al concurso material.

Concurso ideal de tipos. En este instituto, cuando surge el hecho preciso, igual surge una confusión de elementos que hacen que

¹ Profesor de Derecho Penal Especial. (Tutela Penal de los Bienes Jurídicos), de la Universidad Libre sede Cartagena. Especialista y Magister en Derecho Penal. Correo electrónico: alvarosalgadog@gmail.com

una parte de los mismos se enmarque simultáneamente en varios tipos penales y el resto pertenece a elementos autóctonos de cada uno de ellos. A guisa de ejemplo, piénsese que Diego, padre de María menor de 14 años, la accede carnalmente con su consentimiento. Esta situación fáctica contiene elementos que al mismo tiempo se ubican dentro de dos tipos penales como son el acceso carnal abusivo con menor de 14 años e incesto, por el parentesco del agente con la víctima.

En estos casos se debe llevar a cabo un proceso de adecuación doble, en el que en principio aflora una sola conducta, y después dos o más tipos legales internamente de los cuales aquella se subsume, y como un tipo no elimina al otro, se hace obligante la concentración de los dos.

Concurse material de tipos. Se presenta, siguiendo el derrotero del art. 31 del Código penal, cuando una o varias acciones u omisiones llevadas a cabo por el sujeto activo con intención heterogénea, hacen que surjan pluralidades de afectaciones jurídicas, y es por ello que se adecuan en varios tipos legales. Ej.: Diego le da muerte a Juan, pero además ocasiona lesiones personales a Pedro que se encuentra con éste. Ante este caso, hubo dos acciones que se subsumen en dos tipos penales, esto es homicidio y lesiones personales, y ambos se le deducen a Diego por ser coetáneos.

Doctrinaria y jurisprudencialmente, el concurso material, puede ser;

- *Homogéneo.* Se presenta, cuando los hechos llevados a cabo por el agente son del mismo género, esto es cuando se ajustan a un mismo tipo. Ej.: cuando el agente ocasiona la muerte de Diego, Juan y José.
- *Heterogéneo.* Cuando los hechos ocasionados son de distintos géneros, esto es se subsumen en tipos diferentes. Ej.: cuando el sujeto activo incursiona en hurto, estafa y acceso carnal violento.
- *Sucesivo.* Se tiene cuando el agente lleva a cabo varias conductas, y que entre ellas se dé un lapso de tiempo de cualquier significación. Es esta la modalidad que erige la figura del concurso material. Ej.: primero se mata, luego se hurta, y finalmente se produce daño en bien ajeno.
- *Simultáneo.* Surge cuando la multiplicidad de resultados típicos, sea la consecuencia de una sola conducta. Ej.: lanzar una granada y dar muerte a varias personas.

CONCURSO APARENTE DE TIPOS

Principios que lo Gobiernan

Por oposición, a aquellas conductas en las que se puede hablar de concursos ideales o

materiales de manera cierta, en veces surgen situaciones en las que el concurso no se da realmente, sino que no pasa de ser aparente, pero aun así alrededor de este fenómeno, han surgido una serie de dificultades en cuanto hacer un acertado proceso de adecuación típica de las conductas. Es aquí donde la doctrina interviene y crea unos principios que vienen a constituirse en guía para el encargado de administrar justicia.

Estos principios son: subsidiaridad, especialidad, alternatividad y consunción

- Principio de Subsidiaridad.

El tipo subsidiario, es un tipo auxiliar, el cual cede ante un tipo con más trascendencia. En este principio se debe analizar los diferentes niveles del perjuicio irrogado con la conducta, para de esta manera remitirnos al tipo que contiene mayor riqueza normativa y descriptiva. Por ello se ha dicho que “la estructura lógica de la subsidiaridad no es la de subordinación, sino la de interferencia”. Deduce, que la subsidiaridad solo se muestra cuando el hecho primario queda excluido. Ej.: Violencia intrafamiliar (art. 229 del C.P.) (Mod. Ley 882 de 2004, art 1°). (Mod. Ley 1142 de 2007, art.33). (Ley 1850 de 2017, art. 3°), y lesiones personales (art.112, inc. 2°). Constreñimiento ilegal (art. 182 del C.P.) y la Extorsión (art. 244 del C.P. Mod. Ley 733 de 2002, art. 5°).

Como una característica especial, los tipos subsidiarios, contienen expresiones que son de su esencia como: “fuera de los casos previstos especialmente como delitos”, “siempre que esta no constituya delito sancionado con pena mayor”, “siempre que la conducta no constituya otro delito”.

- Principio de Especialidad.

Una norma penal es especial, en relación con otra general, porque la primera contiene elementos específicos y precisos en cuanto a los hechos, o en cuanto al autor. En estos casos se aplicará de preferencia la norma especial. Ej.: Homicidio por piedad (Art. 106 del C.P.), y no el Homicidio agravado (art. 104- 1° del C.P.)

- Principio de Alternatividad.

Surge cuando dos normas pueden adecuarse aparentemente a un mismo hecho, pero en verdad se excluyen, y entonces se optará por aplicar la conducta que cobije plenamente la situación fáctica. Ej.: Se debe escoger si se aplica hurto (Art. 239 del C.P.) o Estafa (Art.246. inc.1° C.P.); Acto sexual violento (Art. 206 del C.P.) o el Acto sexual con menor de 14 años (Art. 209 del C.P.)

- Principio de Consunción.

Se presenta, cuando al llevar a cabo una supuesta situación fáctica más grave, ésta contiene otra menos grave. Es decir, existen dos tipos: uno de mayor entidad que consume a otro de menor entidad, que es el consumido.

5 17 de junio de 1999 y puestos en vigencia el 19 de noviembre de 2000.

La consunción a su vez presenta dos fases:

El acto copenado posterior. Es la acción típica siguiente a la conducta punible, orientada a que se materialice la absorción antijurídica, que alcanza el sujeto activo a través del primer hecho. Téngase a manera de ejemplo, el caso del cofre en dónde están las joyas que el agente hurta, como continente, luego lo daña para poder abrirlo, y así asegurar el contenido.

En principio ésta segunda acción podría mirarse como un daño en bien ajeno, hecho que no pasa de ser una apariencia, por cuanto para que pueda tenerse como una conducta diferente, requierese que no afecte otro bien jurídico, y además que el nuevo daño no vaya más allá del inicialmente ocasionado. Fernando Velásquez Velásquez, (Manual de Derecho Penal, Temis 2002, pág. 477), sobre este aspecto trae el siguiente ejemplo: “si el hurtador decide vender la cosa a un tercero, quien compra de buena fe creyendo lícita su procedencia (estaña), no se trata de un acto copenado posterior, sino de la realización de una nueva figura típica que no queda consumida en la primera”

El hecho acompañante. La conducta punible inicial va acompañada de otra que aisladamente considerada igual sería punible, pero con un grado de gravedad muy inferior. Ej.: El hurto calificado por la violencia contra las personas, consume la lesión personal nece-

saria para estructurarlo; el Acceso carnal violento consume la lesión personal que exige el tipo para su correcta conformación; el hurto calificado por la penetración en lugar habitado, consume la violación de habitación ajena como conducta per se delito.

El Delito Complejo y la Consunción

Al hacer el recorrido de los institutos del Concurso, y de los principios que gobiernan el concurso aparente de tipos, se puede afirmar que de estos principios la consunción es el que le es inherente al delito complejo, dicho de otra manera, para estudiar y analizar el delito complejo, se impone como regla sine-quantum no tener en cuenta los principios de subsidiaridad, especialidad y alternatividad; y por el contrario es la consunción la que debe tenerse en cuenta para estudiar el delito complejo.

Para adentrarnos en lo que es la esencia de este trabajo, definamos el delito complejo como aquel cuyos elementos, si pudieran mirarse aisladamente, son delitos, agravantes o calificantes de delitos.

En nuestro Código penal se dan varias situaciones de delito complejo, que a mi juicio no han perdido su trascendencia, en cuanto a su estudio, para establecer de manera clara, si se está ante un concurso real de tipos, o frente a un delito complejo, es decir un tipo

6 Convenio 182.

consumiendo a otro; algunas de esas situaciones apuntan a la subjetividad finalística de lo que quiere el agente, otras no comportan tal subjetividad, y son ellas las que hace decir a un sector de la doctrina, que es una impropiedad señalar que el delito complejo, es lo opuesto al concurso.

Desde el Código Penal de 1936 y con ocasión del artículo 363 en su numeral 3°, se planteaban tres situaciones que cuando ellas se daban el homicidio pasaba a llamarse asesinato. Esto es, el homicidio se cometía **para** “preparar”, “facilitar” y “consumar” otro delito. Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de Casación de octubre 4 de 1968. M.P. Simón Montero Torres, se pronunció de la siguiente manera:

“El delincuente que mata conforme a cualquiera de estas tres situaciones revela, como es de fácil comprensión, una muy resaltada peligrosidad social, precisamente por la insensibilidad social de que da muestra y por lo innoble del fin que se propone, razón que, sin duda, explica el que el homicidio en semejantes circunstancias, sin que ocurra ningún otro factor, se considera como de excepcional gravedad. Esa peligrosidad social en que descansa el concepto de gravedad, acogido en el ordenamiento legal que se comenta, respecto del

homicidio realizado para “preparar facilitar o consumar” otro delito se intensifica aún más, exhibiéndose con un poder destructivo todavía mayor, si el delito que se toma como fin de la eliminación de la vida humana también se lleva a cabo, por lo que en tal evento es necesario, siguiendo una lógica elemental y una adecuada interpretación de la doctrina de la defensa social en que en general, se inspira el código, apreciar ese delito primero en su aspecto de fuerza que impele a matar, y en sí misma califica de asesinato el homicidio conseguido, y luego, en otro aspecto distinto, como hecho objetivo, generado en un obrar psicofísico diverso y lesivo, a su vez, de un interés jurídico diferente, dando cabida de esta suerte, sin violar el principio non bis in ídem, a un concurso material de delitos, enlazados entre sí a través de una relación de medio a fin, y a que se sancione, con el homicidio, en la categoría de asesinato sobre la base del sistema, propio también del referido código, llamado de la acumulación jurídica de penas”.

Posteriormente la misma Corporación en Casación de septiembre 29 de 1976 M.P. José María Velasco Guerrero dijo:

“...Para la aplicación del artículo 363 del Código Penal en su numeral 3° se requiere la comisión consumada del delito segundo que se proponía el autor puesto que, al tenor de las voces y del numeral citados basta la comisión del delito de homicidio, acompañada del propósito de cometer u ocultar otro delito. Si ese propósito resulta evidente de las pruebas recogidas en el proceso y materializado con la ejecución del robo, así sea sobre objetos diferentes y de escaso valor, distinto de los cincuenta mil pesos perseguidos por los delincuentes se da, no cabe duda, con especificación inobjetable, el concurso material de homicidio y robo agravados por concurrir los supuestos del ordinal 3° del artículo 363 citado, y porque además se verificó en des poblado y con armas”

El debate continuó en la comisión que redactó el anteproyecto de Código Penal de 1974, y al analizar el contenido de los numerales 3° y 4° del artículo 363 del código de 1936, la mayoría se inclinó por aceptar que cuando se lograba el propósito finalístico de medio a fin del segundo delito se estaba en presencia de un delito complejo, y no del concurso material de tipos.

La figura del delito complejo, se reitera, se encuentra definido en el Código Penal italia-

no, en el artículo 84, inc. 1° y es del siguiente tenor: *“Las disposiciones de los artículos precedentes no se aplican cuando la ley considera como elementos constitutivos o como circunstancia agravante de un solo delito, hechos que constituirían por sí mismos un delito”.*

Creo, que si bien la figura del delito complejo, no se encuentra definida en Colombia, no por ello deba desconocerse que este fenómeno se muestra presente a lo largo del Código Penal. Cuando nos referimos al concurso aparente de tipos, se mencionó, como uno de sus principios, entre otros, la Consunción, que es a la que hay que echar mano para resolver el delito complejo, por cuanto exige tener en cuenta el acto posterior copenado, y el delito acompañante que siempre será subsumido por el principal u originario, para de esta manera evitar un concurso real, ya que de ser así, se estaría violando el principio universal del non bis in ídem.

No hay que negar que en tratándose de delito complejo, naturalísticamente hay que decir que se está en presencia de un concurso aparente, porque siempre habrá un delito primario, y otro secundario; o una agravante, o una calificante de delito según el caso, que de manera alguna puede traducirse en concurso real. Mírese a guisa Ejemplo: El Acceso carnal violento (Art. 205.Mod Ley 1236 de 2008, art. 1° del Código Penal) Objetiva-

mente contiene dos delitos: el delito sexual y las lesiones personales, pero precisamente no pasa de ser un concurso aparente, que debe resolverse por uno cualquiera de los principios que gobiernan dicho concurso, que de ninguna manera puede ser la subsidiaridad, ni la especialidad, ni la alternatividad, quedándonos como fórmula de solución el principio de la consunción.

Lo mismo puede predicarse del hurto con violencia sobre las personas; o el hurto con penetración clandestina en habitación ajena.

En los casos propuestos, no existe un nexo finalístico de medio a fin entre lo que el agente inicialmente quiere, y lo que se propone alcanzar después de su primer cometido; en los casos propuestos se refunden de manera inescindible dos conductas, pero que una de ellas de mayor valor, o si se quiere de mayor entidad consume a la otra.

Ahora bien, en cuanto a los numerales 2° y 3° del artículo 104 del C.P. actual (Ley 599 de 2000), se observa que sí tiene un componente subjetivo, y está resaltado con la preposición “para”. Indudablemente que el nexo sí es de medio a fin en el entendido de que el agente mata para “preparar, facilitar o consumir otra conducta punible”, lo que significa que la misma disposición nos está indicando que cuando el agente se ubica en uno cualquiera de esos verbos, ya por ese

solo hecho el homicidio se agrava, y si por contera, llegare a realizar la otra conducta punible, por ejemplo hurto, se concluye sin hesitaciones que el segundo delito es conexo en cuanto a la subjetividad finalística que impulsó al agente a su delincuencia, y de llegar a concretarse se daría el concurso real entre homicidio agravado, y el hurto calificado por la violencia sobre las personas. Ontológicamente son dos conductas escindibles, esto es cada una es independiente de la otra; lo que es imposible que suceda en el delito complejo.

Puede suceder que el agente mate, pero por circunstancias ajenas a su voluntad, no logre completar la fase consumativa de la segunda conducta, se tendría entonces homicidio agravado en concurso real con tentativa de hurto calificado por la violencia.

También puede acontecer que el agente, actuando precedido de la preposición “para” no logre, por circunstancias ajenas a su voluntad completar el iter criminis ni en el homicidio, ni en el hurto; se estaría entonces en presencia de tentativa de homicidio agravado, en concurso real con tentativa de hurto calificado por la violencia sobre las personas. De lo expuesto se tiene, que el delito complejo sí existe en muchas situaciones dentro del Código Penal Colombiano, aun cuando no esté definido, y no precisamente por el aspecto de la subjetividad de medio a fin, sino

cuando atendiendo su estructura objetiva entran en su composición delitos, calificantes o agravantes de delitos.

Por último, y por oposición al delito complejo, a los concursos, y a la preterintención, existen los delitos agravados por el resultado, que solamente pueden predicarse cuando el legislador expresamente así los señale. A guisa de ejemplo mírese el artículo 170-10 del Código Penal, en cuanto dispone que: “cuando por causa o por ocasión del secuestro le sobrevengan a la víctima la muerte o lesiones personales”. En casos como estos, no es dable hablar de que estamos en presencia de dos conductas, sino de una sola agravada por el resultado.

BIBLIOGRAFÍA

- Código Penal Italiano, artículo 184, inc. 1º
- Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000, artículo 31
- Código Penal Colombiano de 1936, artículo 363, N° 3
- C.S.J. Sent. Octubre 4 de 1968, M.P. Simón Montero Torres
- C.S.J. Sent. Septiembre 29 de 1976, M.P. José María Velasco Guerrero
- Fernando Velasquez Velasquez, Manual de Derecho penal, Temis 2000, p.477