

EL CONFLICTO APARENTE DE
LEYES EN EL CONTEXTO JURÍDICO
PENAL COLOMBIANO

*O CONFLITO APARENTE DE
LEIS NO CONTEXTO JURÍDICO
PENAL COLOMBIANO*

EL CONFLICTO APARENTE DE LEYES EN EL CONTEXTO JURÍDICO PENAL COLOMBIANO¹

O CONFLITO APARENTE DE LEIS NO CONTEXTO JURÍDICO PENAL COLOMBIANO

*Adolfo Murillo Granados²
Diego Fernando Tarapúes Sandino³*

RESUMEN

Este artículo hace una aproximación general al tema del concurso aparente de leyes. En primer lugar, se aborda el desarrollo conceptual dado en el derecho penal extranjero, tanto por autores europeos como latinoamericanos, lo que permite tener una idea de cómo ha sido planteado el asunto en otras latitudes. Luego, se detalla en el tratamiento que se le ha dado al conflicto aparente de leyes en la doctrina penal colombiana. Por último, se incluye una amplia relación de situaciones problemáticas ligadas al tema.

Palabras claves: conflicto aparente de leyes; concurso de leyes; tipos penales; unidad de ley y derecho penal colombiano.

1 INTRODUCCIÓN

Frente al denominado conflicto aparente de leyes, el tratamiento sobre este tema ha estado marcado por dos escenarios de cara a la regulación existente, es decir, entre los países que han incluido disposiciones que de manera expresa regulan bajo diversas denominaciones lo que se denomina como concurso de leyes y aquellos que omiten cualquier regulación en su ordenamiento legal. No obstante, en ambos escenarios –es decir, con o sin regulación– el debate académico y jurisprudencial ha sido amplio y extendido

1 Data de Recebimento: 16/08/2024. Data de Aceite: 05/11/2024.

2 Abogado, Especialista en Derecho Penal y Criminología y en Derecho Constitucional de la Universidad Libre (Colombia). Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Profesor de la Universidad Libre. Investigador Senior MinCiencias. OrcID: <https://orcid.org/0000-0002-5409-6402>.

3 Profesor Titular de la Universidad Santiago de Cali (Colombia). Investigador del GICPODERI y del Cedpal (Alemania). Abogado, Politólogo, Especialista en Derecho Penal y en Derecho Administrativo. Magíster en Derecho Público, Master of Laws (LL.M.) y Doctorando en Derecho. OrcID: <https://orcid.org/0000-0003-0048-655X>.

en el tiempo, lo que demuestra que la discusión sobre la materia continúa vigente y está lejos de ser saldada, especialmente, en consideración a la tendencia legislativa hacia el ensanchamiento de la normatividad penal, que permanentemente abre nuevos debates sobre la interpretación y aplicación de las nuevas disposiciones.

Para dar una estructura lógica a este escrito, en primer lugar, se presentarán los desarrollos teóricos que sobre el tema se han hecho en la doctrina penal extranjera, incluyendo consideraciones extraídas de las obras de algunos autores europeos, para luego referir al tratamiento que sobre este ámbito particular de la dogmática le han dado algunos autores latinoamericanos. Posteriormente, con el propósito de mostrar la manera como el tema ha sido tratado en Colombia, se incluirán las consideraciones hechas por determinados autores nacionales.

2 EL CONCURSO APARENTE DE LEYES EN LA DOCTRINA PENAL EXTRANJERA

Wessels⁴ estudia esta figura como un supuesto de unidad de ley, en el marco de la teoría del concurso, destacando que de las dos formas propias del concurso deben distinguirse los casos del concurso impropio en el que se realizan varios tipos penales, en tanto que en realidad, la ley penal que debe aplicarse en primer término elimina las restantes, precisando que en el ámbito de la unidad de hecho a las manifestaciones de ese concurso impropio se les llama “unidad de leyes o concurso de leyes”, mientras que en el ámbito de la pluralidad de hechos, los hechos anteriores y posteriores castigados constituyen casos de una relación aparente de concurso. Señala que existe unidad de leyes en los casos de especialidad, subsidiariedad y consunción. En cuanto al hecho anterior y posterior cocastigados que se presentan en el ámbito de la pluralidad de hechos como manifestaciones de concurso impropio.

Jescheck y Weigend⁵, igualmente, abordan el tema como una forma de unidad de ley, afirmando que se trata de una serie de casos en los que varias normas concurren solo en apariencia, siendo que en realidad una excluye a la otra (concurso impropio), correspondiendo la idea básica común a este grupo de supuestos que el contenido de injusto y culpabilidad de una acción punible puede estar completamente abarcado por una de las normas penales que entra en consideración, argumentando que al aplicarse solo la norma primaria y desaparecer la desplazada de la declaración de culpabilidad, resulta conveniente sustituir la expresión “concurso de normas” por la de “unidad de ley”. La delimitación de la unidad de ley, sostienen, debe hacerse mediante criterios que

4 Wessels (1980), p. 238.

5 Jescheck & Weigend (2014), p. 1093.

son intensamente discutidos, pero que la doctrina mayoritaria acoge y que son los de especialidad, subsidiariedad y consunción. Afirman que en la especialidad está presente la relación lógica de dependencia propia de la subordinación, porque toda acción que cumple con el tipo especial realiza también necesariamente de forma simultánea el tipo de la infracción general. Respecto de la subsidiariedad precisan que significa que una norma penal solo se aplica de forma auxiliar al caso concreto para cuando no lo haga otra disposición, por ello, la norma ideada como tipo de recogida retrocede frente a la que se aplica primariamente. Sostienen que la estructura lógica de la subsidiariedad no responde a la idea de subordinación, sino a la de coincidencia parcial o intersección. En relación con la consunción indican que se da su existencia cuando el contenido de injusto y de culpabilidad de una acción típica incluye también otro hecho, o en su caso, otro tipo, de tal manera que la condena desde uno de los puntos de vista jurídicos agota y expresa el desvalor del suceso en su conjunto.

Por su parte, Maurach⁶ indica que la esencia del concurso de leyes radica en que el hecho solo puede ser enjuiciado por un único tipo, por consiguiente, los restantes tipos o normas penales deben ceder sin asumir ningún significado para el reproche de culpabilidad como tampoco para la imposición de la pena. En ese ámbito, advierte que es preferible “no hablar de concurso de leyes, sino de un desplazamiento de los tipos secundarios por el primario”. Como técnica para la solución del concurso de leyes, la labor de desplazar los varios tipos posibles y en su lugar establecer el único tipo aplicable, debe ser orientado por los principios de subsidiariedad, especialidad y consunción. En ese orden, establece que un “tipo será subsidiario cuando, desde un principio, tan sólo quiera regir como tipo de recogida, esto es, únicamente para el caso de que ningún otro tipo tenga mejor derecho a ser aplicado”; respecto a la especialidad, esta se da “cuando concurren varios tipos en el mismo hecho, pero uno de ellos se adapta mejor que los restantes a los perfiles de la acción respectiva y en consecuencia pone mejor de manifiesto su carácter delictivo: *lex specialis derogat legi generali*”; finalmente, un desplazamiento por consunción tiene lugar “en los casos en los que la ley supresora comprende plenamente los tipos de la ley suprimida, de suerte que aquélla abarca en un precepto penal —dotado regularmente de un marco penal elevado— el injusto de los tipos desplazados”⁷.

Jakobs⁸ dedica todo un acápite de su “Derecho Penal: Parte General” a los principios del concurso de leyes. Propiamente, señala que en este tipo de concurso la conducta del autor es abarcada por diferentes leyes en el sentido de “formulaciones de delitos”, en tanto solo se da “una única ley en el sentido de determinación de delito”; en ese orden,

6 Maurach (1962), pp. 438 y ss.

7 Maurach (1962), pp. 441-443.

8 Jakobs (1997), pp. 1048 y ss.

un delito idéntico puede llegar a formularse varias veces, “desde luego quizá en distintos grados de concreción y por tanto de determinación de las consecuencias jurídicas”. Resalta que “formulación de delito es la proposición jurídica concretada hasta la aplicabilidad al caso concreto”, de tal forma que materialmente se intenta evitar valoraciones repetidas del hecho frente a la norma penal. Sostiene que en la doctrina mayoritaria se reconoce la existencia de conflicto de leyes penales: “a) cuando una ley es más específica que la otra, especialidad (hay que añadir: *en virtud de la intensidad de la descripción*) (*lex specialis derogat legi generali*); b) cuando del tenor literal o del contexto de sentido se deduce que una ley sólo se ha de aplicar auxiliariamente, subsidiariedad (*lex primaria derogat legi subsidiariae*); c) cuando la valoración de un delito ya se ha agotado al realizar la de otro, consunción (*lex consumens derogat legi consumptae*)”⁹; además advierte que cualquier variante doctrinaria solo induce a confusión.

De otro lado, Otto¹⁰ dice que el concurso aparente se presenta cuando “parece que se han realizado los tipos penales de varios delitos, pero sin embargo, solo se aplica un único tipo delictivo, porque este excluye a los demás”. En cuanto a la especialidad señala que el tipo especial excluye al general, porque al tipo concebido de manera general se le agrega al menos un elemento más y con dicha modificación puede cambiar el injusto del tipo general de tal manera que el tipo especial tenga un desvalor autónomo. Respecto de la consunción anota que la actividad criminal más intensiva agota el contenido de injusto y culpabilidad de la más leve, que por regla general está contenido en aquella y en torno a la subsidiariedad precisa que el contenido del injusto de un delito es completamente insignificante frente al contenido de injusto de otro delito que puede ser de diferente clase.

Jiménez de Asúa¹¹ dedica un capítulo entero al concurso aparente de leyes en el tomo II de su Tratado, en el cual manifiesta que, en estricto sentido, el problema en este ámbito “surge en el proceso de subsunción, en el que hay que estudiar, por tanto, cómo se relacionan y jerarquizan entre sí las diversas figuras penales y hasta las variadas disposiciones de orden general”. Advierte que el concurso de leyes (*Gesetzkonkurrenz*) es un término acuñado por Merkel para referir a los fenómenos en que un único delito, al parecer puede estar sometido a diferentes leyes. Ahora bien, sobre los principios desarrollados por la doctrina para resolver el aparente concurso de leyes, puntualiza en que hay “alternatividad cuando los dos artículos (o leyes) se comportan como dos círculos secantes”, aquí interesa definir cuál de los dos debe elegirse para la subsunción; frente al principio de especialidad asegura que este “puede formularse diciendo que en el

9 Jakobs (1997), p. 1053.

10 Otto (2017), p. 526.

11 Jiménez de Asúa (1964), pp. 532 y ss.

caso en que una misma materia sea regulada en dos leyes o disposiciones de ley, la ley o la disposición especial será la aplicable”; por su parte, indica que la subsidiariedad “consiste en que, cuando una ley o disposición legal tiene carácter subsidiario respecto de otra, la aplicabilidad de ésta excluye la aplicación de aquélla”; por último, sobre la consunción sostiene que su principal característica “estriba en que una disposición absorbe a la otra”¹².

Sánchez-Ostiz¹³ relieva la importancia de este tema, porque las operaciones del concurso de normas afectan la aplicación cotidiana del derecho penal y están en relación con la interpretación que se hace de la ley y hace parte del modo de trabajar con textos que tiene todo jurista. Indica que, si por concurso de normas o de leyes se entiende la operación de identificación de normas aplicables al caso, seguida de la selección de la que resulta más idónea, esto hace parte del modo habitual de trabajar en derecho penal y no puede mirarse como una operación extraña y marginal. El concurso de normas o leyes procura dar respuesta a la cuestión de cuál o cuáles de las normas aplicables a un caso son al final aplicadas, en este sentido, se puede entender que forma parte de la teoría o doctrina de la interpretación y viene a evitar la desproporción por exceso en la sanción, mientras que el concurso de delitos busca evitar la desproporción por defecto, lo que sugiere que no es solo cuestión de técnicas interpretativas, sino que también concierne a la valoración del hecho y a la sanción aplicable, por lo que enlaza con aspectos más generales como la hermenéutica.

Al abordar el tema, Mir Puig¹⁴ indica que se habla de concurso de leyes cuando uno o varios hechos son incluíbles en varios preceptos penales de los que solo uno puede aplicarse, puesto que su estimación conjunta supondría un *bis in ídem*, ello sucede siempre que uno de los preceptos basta por sí solo para aprehender todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes, concurre entonces un solo delito. Identifica dos concepciones distintas del concurso de leyes, en la primera el concurso presupone que todos los preceptos en juego concurren efectivamente, de modo que el hecho cabe en todos y cada uno de dichos preceptos, aunque uno solo de ellos será aplicable, en la segunda, se entiende que la concurrencia de los diferentes preceptos es solo aparente, puesto que una correcta interpretación de estos pone de manifiesto que, desde un principio, en realidad solo concurre uno de ellos. Advierte que la decisión de cuándo se está frente a un concurso de leyes o ante un concurso de delitos depende de la interpretación de las distintas normas penales en juego y que existen distintos principios que la doctrina ha ido elaborando para orientar dicha interpretación y que resultan válidos, aunque no ofrecen soluciones

12 Jiménez de Asúa (1964), pp. 539-558.

13 Sánchez-Ostiz (2020), p. 95.

14 Mir Puig (2019), p. 301.

automáticas, señalando que los principios más aceptados son el de especialidad, el de subsidiariedad y el de consunción.

Define el principio de especialidad¹⁵, explicando que, cuando de los preceptos concurrentes uno de ellos contempla más específicamente el hecho que los demás, tal concurso debe resolverse aplicando solo la ley más especial. Dice que, por su parte, el principio de subsidiariedad¹⁶ interviene cuando un precepto penal solo pretende regir en el caso de que no entre en juego otro precepto penal. El primer precepto es subsidiario respecto del segundo y queda desplazado cuando este *aparece (lex primaria derogat legem subsidiariam)*, subsidiariedad que puede ser expresa cuando un precepto condiciona expresamente su propia aplicación y tácita si la interpretación del sentido de un precepto pone de manifiesto que no pretende ser aplicado cuando concurre otra posible calificación más grave del hecho por constituir este una forma de ataque más grave o acabada del mismo bien jurídico. En cuanto al principio de consunción¹⁷ señala que conduce a afirmar que un precepto desplaza a otro cuando por sí solo incluye (consume) ya el desvalor que este supone por razones distintas a la especialidad y a la subsidiariedad. A este principio se acude si se encuentra que uno de los preceptos en juego es suficiente para valorar completamente el hecho y no existe una forma más específica de solución de concurso de leyes y al mismo se asocia la idea del hecho que normalmente acompaña a otro y de los actos posteriores impunes o copenados que son hechos que por sí solos realizarían un tipo de delito, pero quedan consumidos por otro delito al cual siguen.

Los autores españoles Muñoz Conde y García Arán señalan, en su obra de derecho penal, que en el llamado concurso aparente de leyes, de las leyes aparentemente aplicables a un mismo hecho solo una de ellas es realmente aplicable, quedando desplazadas las demás conforme a diversos criterios interpretativos. Estos criterios son especialidad (el precepto especial se aplica con preferencia al general), subsidiariedad (el precepto subsidiario se aplicará solo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible), consunción (el precepto más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel) y alternatividad que debe tenerse en cuenta, sostienen, para evitar absurdas impunidades que pueden derivarse de una mala coordinación de los marcos penales de algunos tipos penales de estructura parecida, cuando no idéntica.

El autor Luis Rodríguez Ramos¹⁸, quien ubica el tema en el ámbito de la concurrencia de leyes y de delitos, indica –a partir del estudio de la legislación española– que el con-

15 Mir Puig (2019), p. 302.

16 Mir Puig (2019), p. 303.

17 Mir Puig (2019), p. 303.

18 Rodríguez Ramos (2010), p. 207.

curso de leyes hace referencia a los supuestos en que un mismo hecho delictivo aparece contemplado en más de un artículo del CP, o de las leyes penales especiales, defendiendo todos estos preceptos al mismo bien jurídico, en ese contexto, resulta obvio que no es posible castigar esa única conducta aplicando todos los tipos en los que es subsumible y acumulando las penas previstas en cada uno de ellos, sino que lo razonable resulta elegir solamente uno, esto es, el que mejor se ajuste al hecho a subsumir, en una interpretación sistemática de todos los preceptos concurrentes. Cuestiona el contenido del artículo 8 del CP español al catalogarlo como un pleonasma normativo, porque las reglas que contempla son reiterativas y colisionan entre sí e indica que el principio de alternatividad solo tiene sentido en un derecho penal moderno si su plus punitivo se asienta en una especialidad de protección al bien jurídico afectada por la acción delictiva de que se trata.

Cerezo Mir¹⁹ estima que el concurso aparente se da cuando una acción u omisión está comprendida en varios tipos delictivos, pero solo se puede aplicar uno de ellos, porque comprende ya la totalidad del injusto de la conducta realizada por el sujeto, advirtiendo que solo en ese sentido cabe hablar de concurso aparente de leyes penales, pues la acción u omisión están comprendidas en los diversos tipos delictivos.

Sanz Morán²⁰ considera que el problema de la “unidad de ley” o “concurso aparente de leyes penales” se sitúa sistemáticamente en la teoría de la interpretación de la ley penal y se trata de hipótesis en las que un mismo supuesto fáctico es, en principio, reconducible a diversas normas penales, pero del análisis de la conexión existente entre ellas se concluirá la suficiencia de una sola (ley preferente) para colmar el contenido desvalorativo de aquel supuesto, indicando además que si junto a la ley preferente se aplicara alguna otra de las formal y aparentemente concurrentes, estaríamos conculcando el principio “*non bis in idem*”. Señala que, a pesar de que esta caracterización del concurso de normas es ampliamente aceptada, el acuerdo se rompe cuando se trata de determinar de conformidad con qué criterios o principios interpretativos se debe resolver el conflicto normativo.

Destaca este autor que para algunos autores basta con el principio de especialidad, otros reducen los principios a dos, bien sea especialidad y subsidiariedad, o bien especialidad y consunción, aunque la doctrina mayoritaria en Alemania e Italia acepta los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción discutiendo el orden de utilización de estos. Puntualiza que la mayor parte de la doctrina española y algunos autores alemanes admiten junto a estos tres criterios, el de alternatividad y agrega que la variedad aumenta si se tienen en cuenta criterios secundarios propuestos por algún autor como la especialidad recíproca, absorción, subsidiariedad o consunción relativa

19 Cerezo Mir (2014), p. 1036.

20 Sanz Morán (2012), p. 16.

o impropia. Afirma que, ante la disparidad de criterios señalada, con buen criterio los códigos europeos han optado por dejar abierto el campo al arbitrio del interprete, indicando que una regulación expresa solo se justificaría si se asignara a esta situación algún tipo de consecuencia en el ámbito sancionador.

En relación con la ubicación sistemática del concurso aparente de normas, sostiene Francisco Pavón Vasconcelos²¹, en su obra sobre concurso aparente de normas²², que la posición clásica lo ubica dentro de la teoría general de los concursos o sea en la teoría general del delito y concretamente dentro de las formas de aparición del delito. Una segunda posición lo coloca dentro de la teoría general de las normas, esto es, en la teoría de la ley penal, por estimar que los problemas que suscita al interprete la aplicación de la ley penal lo llevan al conocimiento de todos aquellos casos en los que hay convergencia de normas tendientes a la regulación del caso particular, sean esas normas susceptibles o no de aplicarse simultáneamente. Otra posición coloca al concurso aparente de normas en la teoría de la pena y un cuarto criterio lo ubica en el capítulo relativo a la tipicidad, más específicamente en la adecuación típica. Hay igualmente autores para los que una correcta sistemática del concurso aparente exige su ubicación dentro de la teoría de la aplicación de las normas, ya que constituye un problema de interpretación de la ley penal. Para este autor, son presupuestos del concurso aparente de normas la contemporánea validez de las mismas cuando todas ellas tienen obligatoriedad en un momento determinado en un ámbito temporal de aplicación, las normas tienen idéntica validez espacial por cuanto son obligatorias y por ello aplicables en un mismo territorio, al tratarse de un conflicto, este presupone que las normas concurrentes regulan la misma conducta o hecho, es decir, que comprenden normativamente el hecho con independencia de su diversa estructura, lo que significa que deben regular la misma situación de hecho, circunstancia o fenómeno al cual se ha denominado “coexistencia disciplinante”.

Válidamente puede decirse que resulta afortunada la síntesis que recoge el profesor Pavón Vasconcelos²³ para plantear de manera general que el llamado concurso aparente de normas es un problema de concurrencia de normas, que comprende dos hipótesis distintas: a) La concurrencia de normas compatibles, que da lugar a un concurso de delitos y b) la concurrencia de normas incompatibles en la que el juez, mediante la aplicación del que denomina “principio de elección” resuelve el conflicto en favor de una de ellas, con exclusión de todas las demás, aclarando que en este ejercicio se excede la mera función interpretativa, porque no se trata simplemente de precisar el alcance de las normas, sino de elegir –entre las concurrentes– la que debe aplicarse, lo que implica para el caso concreto la eliminación de las demás.

21 Pavón Vasconcelos (2008), p. 53.

22 Pavón Vasconcelos (2008), pp. 26 y ss.

23 Pavón Vasconcelos (2008), p. 11.

Al igual que ha acontecido en la doctrina colombiana, se deja claro que, respecto del tema, en la doctrina extranjera no se ha utilizado una terminología uniforme, porque se advierte que ha propalado las expresiones “concurso de leyes”, “concurso de normas penales”, “concurso de tipos”, “conflicto de leyes”, indicando que algunos autores modernos han hecho hincapié en lo incorrecto del uso de los términos “concurso de leyes” o “concurso de normas penales”, al considerar que si la naturaleza de las normas en colisión o en concurrencia no da origen a la aplicación simultánea de todas ellas, en sentido estricto, no puede hablarse de la existencia de un auténtico concurso, porque al tratarse de una apariencia de concurso, tales denominaciones no constituyen una terminología adecuada, inclinándose los modernos tratados y manuales por expresiones como “concurso aparente de normas”, “apariencia de concurso” o “concurrencia incompatible”.

El profesor Zaffaroni²⁴ ubica la por él llamada “concurrencia aparente o impropia” dentro de la unidad de ley y dice que contempla los supuestos en que si bien la acción es abarcada por dos o más tipos penales considerados aisladamente, cuando se los considera conjuntamente –en sus relaciones– se verifica que una de las leyes concurrentes interfiere la operatividad de las restantes, por lo que se excluye su aplicación al caso, aunque en definitiva lo haga porque incluye las lesiones de estas. Estima que más que la discusión sobre su denominación, lo que interesa son las reglas que se aplican para interpretar el contenido de los tipos o su alcance. Plantea que los casos de unidad de ley se resuelven por medio de tres principios fundamentales, que son los aceptados por la mayoría de los autores: especialidad, consunción y subsidiariedad, aunque la tradición agregaba un cuarto principio llamado alternatividad al que, posteriormente, se le negó jerarquía al considerar que solo puede concebirse que dos tipos permanezcan paralelos y excluyentes como resultado de un error o defecto legislativo, por lo que se afirma que las fallas del legislador no pueden tomarse como punto de partida de una teoría general.

Puntualizando en las divergencias entre los diferentes principios, respecto de la especialidad –dice el profesor Zaffaroni– que el tipo con mayor número de características es especial respecto del otro, que es general y esta relación de subordinación se presenta en la forma de encerramiento conceptual. De la relación de consunción dice que es la que se establece entre los tipos cuando uno encierra al otro, pero no porque lo abarque conceptualmente, sino porque consume el contenido material de su prohibición. Respecto de la subsidiariedad indica que es el fenómeno valorativo que tiene lugar cuando la tipicidad correspondiente a una afectación más intensa del bien jurídico interfiere a la que abarcaba una afectación de menor intensidad. Concluye afirmando que mientras en la especialidad hay un encerramiento formal de una tipicidad por otra, en la consunción

24 Zaffaroni, Alagia & Slokar (2002), p. 867.

el encerramiento es material y en la subsidiariedad lo que se produce es una interferencia, con la característica de que no opera por encerramiento sino por progresión²⁵.

Terragni²⁶ plantea que las instituciones concurso aparente, concurso ideal, concurso real y delito continuado, contribuyen a dar solución a los diversos problemas que se presentan durante la búsqueda de la sanción adecuada, debiendo apartarse de los otros temas el del concurso aparente de leyes o de tipos, pues como su denominación lo indica, no concurren infracciones, sino que el intérprete debe decidir, luego de analizar los tipos penales que en una primera aproximación podrían atrapar la conducta, cuál de ellos corresponde aplicar. Agrega que el calificativo aparente indica la inexistencia de un verdadero concurso, apariencia que debe quedar despejada con una correcta interpretación de la ley, pues el caso solamente se encuadrará en una disposición, por lo que el procedimiento consiste en la búsqueda de la forma correcta de subordinar un hecho a la ley. Considera que las leyes penales pueden vincularse entre sí de manera que la afirmación de una, importe la necesaria exclusión de la otra (exclusividad) que puede darse por alternatividad o consunción, la afirmación de una importe la afirmación de otra (especialidad) o la afirmación de uno solo sea posible en relación con otra condicionante (subsidiariedad).

Como se dijo, Terragni en el ámbito de la relación de exclusividad considera que cuando dos figuras se excluyen recíprocamente por incompatibilidad respecto a un mismo hecho, el que solo puede encuadrar en una de ellas, se estaría en una relación de alternatividad y cuando uno de los tipos comporta una valoración superior o las figuras tienen una relación de menos a más, o de parte a todo, o de imperfección a perfección, o de medio o de fin conceptualmente necesario o presupuesto (consunción). En cambio, la relación será de especialidad cuando la estructura de un tipo (especial) comprende la de otro (general), por lo que el tipo general no es aplicable aunque respecto del tipo especial concorra una causa de impunidad. En este caso, es necesario que uno de los tipos esté íntegramente contenido en el otro, explica. Respecto de la relación de subsidiariedad sostiene que esta especie de conexión no depende de la estructura de los tipos, sino que se da cuando supedita la aplicación de uno de ellos a que no resulte aplicable otro más grave, por regla general. A diferencia de lo que sucede en el caso de la relación de especialidad, la impunidad del tipo principal no excluye la del subsidiario.

El chileno Jean Pierre Matus²⁷ se ha esforzado en sistematizar el desarrollo evolutivo del concurso aparente de leyes en la dogmática penal alemana, reconociendo que el pionero fue Adolph Merkel (1871) y que sus planteamientos encontraron eco es-

25 Zaffaroni, Alagia & Slokar (2002), pp. 868-871.

26 Terragni (2013), p. 639.

27 Matus Acuña (2000), pp. 295 y ss. Véase también Matus Acuña (2008).

pecialmente en Schütze (1874), hasta configurarse el denominado sistema clásico del concurso (aparente) de leyes en los planteamientos de Karl Binding (1885). Advierte que desde esa época hasta la actualidad han existido diferentes disputas conceptuales ancladas a las reformas penales que se han suscitado y que hoy en día, de acuerdo a esos desarrollos, “se prefiere afirmar la existencia de un concurso (aparente) de leyes cuando, concurriendo dos o más leyes penales en la regulación de uno o varios hechos, una de ellas es suficiente para captar el total desvalor de injusto del hecho o los hechos que se tratan”²⁸.

Frente al alcance contemporáneo de los principios dados para lo solución de este concurso (aparente), manifiesta que frente a la especialidad predomina el concepto de Honig al admitirse “el carácter lógico de esta relación, afirmando su existencia cuando un supuesto de hecho legal comprende todos los elementos del otro y, además, un otro de carácter especializante, de manera que cada vez que se realiza el supuesto de hecho especial, también se realizaría el general”; sobre la subsidiariedad tiene vigencia aún la definición de Binding y “el carácter valorativo que tendría una relación de esta clase, entendiendo que la misma se daría, tratándose de subsidiariedad expresa o formal, cuando una ley sólo quiere regir en caso de que otra no tenga aplicación, según la expresa determinación de la misma o, tratándose de subsidiariedad tácita o material, cuando tal efecto se desprende de la propia relación existente entre las figuras que se trata”; acerca de la consunción distingue también un carácter valorativo, el cual parte de que “un supuesto de hecho legal comprende totalmente el contenido de injusto (y culpabilidad) de otro que lo acompaña regular o típicamente o que, del mismo modo, se realiza antes o después de la consumación de aquél”²⁹; finalmente, respecto a la alternatividad advierte de su ocaso en el desarrollo del sistema clásico de la teoría del concurso (aparente) de leyes durante el período de reforma del Código Penal alemán (1954–1970)³⁰.

El profesor peruano García Caveró³¹ introduce el tema indicando que la realización de un comportamiento o de varios puede caer dentro del ámbito de regulación de diferentes tipos penales de la parte especial lo que debe ser resuelto como se presenta en la relación entre las infracciones penales a efectos de determinar no solo la imputación penal por el hecho o los hechos, sino también la aplicable al caso concreto. Profundiza

28 Matus Acuña (2000), p. 346.

29 Matus Acuña (2000), pp. 355-359.

30 Sobre las objeciones que se han suscitado para desestimar la alternatividad como un principio que permita dar solución a estos casos, resalta: “Dos son las objeciones más comunes que se le dirigen: la primera, que entendida en el sentido de LISZT, esto es, como una relación de supuestos de hecho con elementos contrarios, la alternatividad no constituiría ningún caso de concurso (aparente) de leyes, pues faltaría la concurrencia, al menos inicial, en el presente. La segunda, que si se toma la definición de BINDING como base, ésta no permitiría distinguir sus supuestos de los restantes principios de solución, a los cuales serían fácilmente reconducibles”, Matus Acuña (2000), pp. 345-346.

31 García Caveró (2019), p. 848.

indicando que en el concurso de leyes, la conducta del autor se encuentra abarcada por la formulación de varios tipos penales, pero solo uno de ellos resulta suficiente para determinar lo que lo hace un hecho delictivo, es decir, si bien la conducta juzgada puede subsumirse en varias formulaciones típicas, una de ellas engloba completamente el sentido jurídico penal de la conducta del autor y desplaza, por ello, al resto de los tipos penales concurrentes. Precisa que no existen propiamente varios delitos por los que el autor deba responder, sino que lo que se presenta es una unidad de ley, en el sentido de que solamente una norma asume el desvalor de las otras. Indica que, si la relación conceptual entre los tipos penales concurrentes es de inclusión, el concurso debe resolverse con el criterio de especialidad. Si esta relación se presenta como una interferencia con un tipo penal de recogida, entonces lo que corresponde es seguir un criterio de subsidiariedad entre los tipos penales concurrentes. Si la relación de interferencia entre los tipos penales concurrentes no tiene una regla de preferencia, entonces por alternatividad debe aplicarse el tipo penal que prevé la pena más grave. Si uno de los tipos concurrentes contempla una pena que abarca el desvalor del hecho que configura el otro tipo penal, entonces lo que tiene lugar es una relación de consunción que levanta la necesidad de pena del segundo.

Con una visión algo diferente, Van Weezel³² indica que el principio de *non bis in idem* necesariamente involucrado cuando se define lo concerniente al concurso de leyes tiene dos dimensiones que son relevantes: Una dimensión lógico-formal y una dimensión material, que son las que permiten resolver los casos de concurso de leyes. Señala que la dimensión lógico-formal da lugar al principio de especialidad, porque no se puede aplicar los dos tipos legales ya que, de hacerse, habría que considerar más de una vez un elemento fundante de la responsabilidad que está presente en ambas figuras. En cuanto a la dimensión material dice que da lugar al principio de consunción (y a otras dos expresiones suyas, que, a veces, se tratan como principios autónomos: subsidiariedad y alternatividad): no pueden aplicarse los dos tipos penales, porque uno de ellos “absorbe” por completo el desvalor del otro, de tal manera que el desvalor que representa este último se puede considerar “copenado” al castigar por el primero o si se quiere, frente al otro tipo penal, el que no se aplica aparece como insignificante.

En una obra dedicada al estudio del concurso de delitos en materia penal, Arce Aggeo³³ dice que el concurso aparente de leyes constituye una hipótesis configurativa del delito único por efecto del tipo, aunque no por su ámbito continente o abarcativo, sino por efecto de las relaciones existentes entre los mismos a las que denomina “relaciones típicas” en cuanto se dan entre tipos penales. Considera que es aconsejable utilizar la

32 Van Weezel (2023), p. 497.

33 Arce Aggeo (1996), pp. 157 y ss.

expresión concurso aparente de tipos sobre el concurso de leyes, dado que no afirma la existencia efectiva de concurso en la medida en que la expresión aparente no afirma la existencia efectiva de concurso y es la apreciación que tiene más arraigo y tradición en la doctrina y la jurisprudencia. Advierte que las relaciones que guardan las figuras penales entre sí resultan importantes respecto del tema de la unidad de conducta, puesto que reducen el ámbito de aplicación del denominado concurso ideal hasta casi hacerlo desaparecer en la práctica. Este autor cataloga como relaciones típicas, lo que otros denominan criterios o principios para resolver el concurso aparente, haciendo un recuento de la manera como el punto ha sido abordado por la doctrina que discurre entre la aceptación solamente de la subsidiariedad, especialidad y consunción, dándole incluso importancia al orden de prelación de las relaciones y quienes consideran que las relaciones típicas se sintetizan en la especialidad y la subsidiariedad e incluso quienes únicamente aceptan la relación de especialidad. Se ocupa de explicar las relaciones de especialidad, subsidiariedad y consunción.

Al ocuparse de la subsidiariedad desarrolla la que llama “especialidad contingente” advirtiendo que ante un caso de doble tutela jurídica surgen diversas posibilidades de ataque al mismo bien jurídico, sin que se presente una relación de subordinación como sucede en la especialidad en sentido estricto, sino de interferencia. De tal manera que el tipo a aplicar será aquel que describa una conducta que afecta con mayor intensidad a un bien jurídico manteniendo interferida a otra figura que ataca una conducta productora de una afectación de menor intensidad. Al explicar la relación de consunción se refiere de manera concreta a la posibilidad de vincular al hecho o a los hechos posteriores que no dan lugar a la pluralidad normativa, por cuanto existe una continuidad relativa al desvalor del hecho cometido. Anota que de esta manera, un hecho típico que se realiza luego de un hecho punible que pretenda la realización material de este, resulta consumido siempre que aquel último no lesione ningún bien jurídico nuevo, por ende, el desvalor de la etapa posterior (hecho impune o hecho copenado) no da lugar a la concepción de un nuevo hecho punible, ya que no tiene otro objeto que agotar el contenido desvalorante y prohibitivo del delito principal.

Se refiere también al hecho acompañante típico que claramente diferencia del hecho copenado posterior, aludiendo a hechos que pueden acompañar al hecho principal concomitantemente resultando de escasa entidad respecto a aquel. Sostiene Arce Aggeo³⁴ que estos hechos concomitantes por sus características de lesiones ínfimas en relación con el hecho que acompañan son consumidos por este último, reconociendo el sentido de lo manifestado por Zaffaroni quien asigna al hecho acompañante típico la consunción en función de la operatividad del principio de insignificancia.

34 Arce Aggeo (1996), p. 176.

Creus³⁵ ubica el concurso de leyes o concurso aparente de delitos bajo el rotulo de unidad de hecho con pluralidad de encuadramientos que hace parte de su estudio sobre la concurrencia de varios delitos de un mismo agente, advirtiendo que el encuadramiento plural se reduce a un encuadramiento único, cuando uno de los tipos en juego desplaza a los otros, con lo cual únicamente queda vigente el tipo desplazante. Dicho desplazamiento puede fundamentarse en distintas motivaciones procedentes de las mismas consideraciones de las tipicidades que, a su vez, constituyen los principios que rigen las relaciones de desplazamiento. Dice, además, que dichas relaciones de desplazamiento se pueden producir por especialidad, por alternatividad, por subsidiariedad o por consunción.

Balmaceda³⁶ plantea que estaremos frente a un concurso aparente de leyes penales en aquellos casos en que una acción pareciese cumplir con los requisitos de procedencia de dos o más tipos penales, pero en realidad dicha acción satisface el supuesto de procedencia de solamente uno de ellos, en tanto que los demás resultan desplazados por causas lógicas o valorativas advirtiendo que en estos casos no estamos frente a un caso de concurso de leyes, sino ante un claro caso de error en la interpretación de las normas que podrían ser aplicables en un caso determinado. Advirtiendo que lo que en realidad se daría en estos casos es una disputa entre varias normas penales, todas que en principio parecen ser aplicables al caso concreto, siendo aplicable una sola de ellas después de llevarse a cabo una interpretación hermenéutica de las normas. Deja claro este autor que en estos casos no existe un concurso de delitos, sino que se trata de un problema de interpretación de la norma penal. Siguiendo la línea tradicional sobre este tema, señala como principios para resolver el concurso de normas los de especialidad, consunción, subsidiariedad e incluye el que denomina principio de accesoriedad. Respecto del principio de accesoriedad indica que constituye una forma de aplicación del principio de consunción cuando se da el caso de que una determinada situación resulta ser regulada a través de tipos penales que poseen una pluralidad de hipótesis y en el evento de que se realicen varias de esas hipótesis surgirá el interrogante respecto de si se debe acudir al concurso de delitos o tan solo a través de un hecho punible, para lo que se requerirá una perspectiva valorativa, para cuya solución, afirma, el principio de alternatividad no brinda regla prácticamente aprovechable.

35 Creus (2012), p. 279.

36 Balmaceda (2015), p. 458.

3 EL TRATAMIENTO DADO EN COLOMBIA AL DENOMINADO CONCURSO APARENTE DE LEYES

Uno de los puntos de referencia para el análisis que se realiza, es lo dicho por el profesor Luis Enrique Romero Soto en su obra “Derecho Penal: Parte General” en el marco del concurso de delitos, al referirse específicamente al que denominó concurso de leyes, sin perjuicio del análisis detallado que se hará, posteriormente, partiendo de su obra específica sobre la materia. Al tocar el tema, señala que “puede suceder que un mismo hecho esté reglamentado, al tiempo, por varias disposiciones penales y entonces se presenta el fenómeno denominado “concurso (conflicto) aparente de normas”, en cuyo caso es preciso entrar a dilucidar cuál de las normas en conflicto es la que se aplica”³⁷. En el texto en mención, hace referencia a que la ley puede resolver los problemas que puedan presentarse acudiendo a criterios como “la aplicación de una norma excluye la de otra u otras”, utilizando expresiones como “en todos los casos no previstos especialmente” o “siempre que tal acción no esté prevista como delito de mayor gravedad” que es lo que denomina “subsidiariedad”³⁸, aunque acepta que no es un principio de general aceptación.

En dicha obra menciona igualmente los principios de especialidad y consunción. Respecto de la especialidad indica que obedece al criterio “*lex specialis derogat lex generalis*”, según el cual, cuando dos disposiciones parecen reglamentar una misma institución penal, es preciso establecer cuál de las dos es la especial y cuál la general, fijando como criterio que “una norma debe considerarse especial cuando si no existiese, el caso en ella contemplado, entraría en la norma general”³⁹, agregando que una norma es especial en relación con otra si contiene más elementos de descripción. No elude el debate relativo a que la especialidad solo puede utilizarse con referencia al mismo bien jurídico protegido o a varios bienes.

Señala el profesor Romero Soto que la presencia de elementos diferenciales en los diversos tipos puede dar lugar a las figuras llamadas como delito compuesto (o complejo en sentido estricto) y delito complejo (en sentido lato) que se presenta cuando “los elementos constitutivos de una figura delictiva, son verdaderos delitos cuya individualidad desaparece para dar lugar a una entidad completamente distinta”⁴⁰, añadiendo que “cuando los delitos que figuran como elementos son de distinta clase, esto es, cuando considerados separadamente se ve que ofenden bienes diferentes, entonces se tiene el delito compuesto”. En cambio, señala que el delito complejo “se compone de unidades

37 Romero Soto (1969), p. 377.

38 Romero Soto (1969), p. 377.

39 Romero Soto (1969), p. 377.

40 Romero Soto (1969), p. 380.

delictivas de la misma especie, es decir, que ofenden un mismo bien o interés jurídico. Es un verdadero plus con respecto a un delito menos grave que viene a ser absorbido por el primero”⁴¹.

Buscando aportar mayor claridad, indica que el delito complejo es un todo genérico que comprende un número indeterminado de figuras menores y en la cual también puede considerarse incluido el delito compuesto. También incluye en su estudio, los denominados delitos progresivos, entendiendo que en ellos hay una verdadera progresión en el sentido de que se pasa del *minus* a un *plus* y, en consecuencia, el mismo bien resulta lesionado cada vez con mayor gravedad, aunque precisa que –desde la perspectiva alemana– el delito progresivo se entiende como “una prolongación de la actividad culpable, más allá de la consumación del delito, por lo que llega a hablarse de un pos-hecho. Y a veces de un ante hecho cuando la actividad comienza por una serie de elementos que anteceden al delito. En el delito progresivo, indica, el pasaje por los delitos menos graves es una necesidad para poder alcanzar el fin propuesto”.

Después de esta breve referencia a lo dicho por el profesor Romero Soto en su obra general, es oportuno reconocer que uno de los asuntos problemáticos inicialmente identificados tiene que ver con su denominación, porque –como advierte Reyes Alvarado⁴²– se encuentran diversas expresiones que le han sido asignadas, muy seguramente asociadas al fundamento filosófico que se le da al fenómeno y a los elementos constitutivos, por eso se habla de “apariencia de concurso”, “concurso aparente de normas”, “concur-rencia de normas incompatibles”, “concurso aparente de leyes”, “concurso aparente de tipos”, “concurso de leyes”, “concurso de normas”, “unidad de ley”, “concurso aparente de delitos”, “aparente concurso ideal”, “colisión de normas penales”, “falso concurso de tipos penales”, “concurso aparente”, “conflicto aparente de normas”, “concurso ideal aparente”, “concurso ideal impropio” y “concurso impropio” o –como anota el profesor Gómez López⁴³– “aparente concurso” expresión que prefiere para denotar que en realidad no existe concurso y por lo mismo no hay concurrencia de normas, porque estima que se trata de una apariencia de concurso, de un fenómeno de ilusión jurídica, entre otras denominaciones.

El recorrido planteado se inicia con el examen de lo dicho por el profesor Reyes Echandía⁴⁴, quien considera en su derecho penal que este tema ha sido tradicionalmente ubicado dentro del capítulo que estudia la norma penal y su interpretación, considerando que el lugar adecuado para su abordaje es el de la adecuación típica, dada su íntima

41 Romero Soto (1969), p. 380.

42 Reyes Alvarado (1990), p. 81.

43 Gómez López (2023), p. 1934.

44 Reyes Echandía (1994), p. 147.

vinculación con el concurso real o verdadero de tipos penales. Estima por esta razón que la denominación concurso aparente de tipos es la más adecuada, porque da una mejor idea de su contenido y lo define como “el fenómeno en virtud del cual una misma conducta parece subsumirse a la vez en varios tipos penales diversos y excluyentes, de tal manera que el juez, no pudiendo aplicarlo coetáneamente sin violar el principio del *non bis in idem*, debe resolver concretamente a cuál de ellos se adecúa el comportamiento en estudio”. Luego de hacer estas precisiones, el profesor Reyes Echandía indica que, para solucionar tal conflicto, se han ideado algunos principios jurídicos, mencionando como los más importantes el de especialidad, el de subsidiariedad y el de la consunción.

Frente a la especialidad⁴⁵ indica que un tipo es especial en relación con otro junto con el cual está en vigor, cuando contiene todos sus elementos constitutivos y otros específicos catalogados como de especialización, sobre los cuales se funda su validez en relación con el tipo básico o general, agregando que, cuando esta situación se presenta debe aplicarse el tipo especial con exclusión del fundamental, porque además de contener los elementos del básico presenta otros nuevos que permiten adecuar plenamente la conducta dentro de su marco. Respecto de la subsidiariedad⁴⁶ apunta que se presenta cuando un tipo tiene carácter subsidiario respecto de otro, básico o especial y la aplicación de este excluye la de aquel. Destaca que un tipo es subsidiario respecto de otro cuando ambos describen grados diversos de lesión, en forma tal que una de ellas es más grave que la otra y cuando además, la menos grave entra en la composición de la otra como elemento constitutivo o circunstancia agravante. En lo que toca con el principio de consunción⁴⁷ plantea que se entiende por aquel que interviene cuando un tipo penal determinado, absorbiendo en sí el desvalor de otro, excluye a este de su función punitiva. En estos casos, uno de los tipos contiene una valoración tan francamente superior, que tanto el tipo como la pena de la figura más grave realiza la función punitiva no solo por cuenta propia, sino por cuenta de otro tipo penal.

En otra de sus obras, titulada “Tipicidad”⁴⁸, el profesor Reyes Echandía adiciona a lo expuesto el principio de alternatividad y señala, siguiendo –según su afirmación– a Jiménez de Asúa que hay alternatividad cuando los dos tipos se comportan como dos círculos secantes; en esta hipótesis se excluye su aplicación simultánea porque siendo equivalentes las conductas descritas en uno y otro, hay incompatibilidad entre ellos. Aunque, señala que la alternatividad no juega un papel definido en el fenómeno en estudio, porque los tipos son tan autónomos que al intérprete le resultará muy fácil la

45 Reyes Echandía (1994), p. 148.

46 Reyes Echandía (1994), p. 148.

47 Reyes Echandía (1994), p. 149.

48 Reyes Echandía (1989), p. 255.

exclusión de uno de ellos por la vía de la hermenéutica legal o porque la conducta se reproduce en más de un tipo y procede la aplicación de alguno de los otros principios.

El profesor Juan Fernández Carrasquilla⁴⁹, que asume el análisis del concurso aparente en el marco del concurso de hechos punibles, indica que cuando los varios tipos se encuentran en relación de tal naturaleza que solo puede aplicarse uno de ellos, aunque el hecho parezca encajar también en otro u otros, de modo al menos parcial, de tal manera que para descartar el régimen punitivo especial del concurso de delitos se impone descartar el concurso aparente de tipos o leyes penales. Puntualiza que “el concurso aparente se da cuando un mismo hecho –tomado en el sentido de conducta concreta, histórica o biográfica o de conducta más resultado, según la configuración de los tipos de que se trate– parece adecuarse a varios tipos penales, pero estos se encuentran en una relación que torna de preferente y exclusiva aplicación uno solo de ellos”⁵⁰. Refiriéndose a los criterios para su resolución señala que esa relación de preponderancia exclusiva se da cuando los tipos en aparente concurso están entre sí en relación de ley general a ley especial (la ley especial prevalece sobre la general y en esto consiste el principio de especialidad), o en relación de todo a parte (la ley totalizadora consume la parcial) o cuando el uno es principal y el otro subsidiario (por disposición de la ley, la norma principal desplaza la subsidiaria). Afirma que se trata de delito estrictamente unitario en el sentido del tipo, porque solo un delito ha sido cometido y solo uno debe sancionarse.

De manera concreta sostiene el profesor Fernández Carrasquilla⁵¹ que el principio de especialidad significa que la ley especial prefiere sobre la general en todos los casos, en la medida en que las leyes especiales reproducen los elementos de las generales, agregando algunas características para que se surtan efectos distintos a los previstos en estas. Al aludir al principio de subsidiariedad dice que se aplica cuando por voluntad expresa o tácita de la ley, un tipo solo rige en defecto o en subsidio de otro u otros. El tipo penal se aplica de preferencia al subsidiario. En cuanto a la consunción apunta a que en ella obra una figura delictiva que abarca y consume a otra, en estos casos, la relación de consunción prefiere en su aplicación el tipo con pena más grave, que es el que consume al otro, en tanto que el general hace las veces de “tipo de recogida”, el cual protege el bien jurídico genérico y colecta los atentados que ensamblen en algún otro delito que proteja especificaciones del mismo, señalando que en este concepto suelen incluirse los *delitos progresivos* (grados ascendentes de lesión de un mismo bien jurídico, real o nominal) y están contemplados como delitos diversos de gravedad creciente los *delitos complejos* (la propia ley reúne en una sola varias figuras delictivas con una pena unitaria y los

49 Fernández Carrasquilla (2012), p. 945.

50 Fernández Carrasquilla (2012), p. 946.

51 Fernández Carrasquilla (2012), p. 947.

actos copenados son actos cuya pena hace parte de la conminada para el delito respectivo, del que son simple accesorio o parte, que bien pueden ser previos –toda forma de progresión criminosa– o posteriores –actos impunes de agotamiento del delito que no constituyen una nueva lesión–). Finalmente, sostiene que algunos agregan el principio de alternatividad referente a que el hecho corresponde a uno o varios tipos que se excluyen entre sí por sus modalidades o características.

Por su parte, Reyes Alvarado dedica un significativo aparte de su obra sobre el concurso de delitos al estudio de este tema, indicando que la doctrina suele ser homogénea en los lineamientos genéricos empleados para la definición del concurso aparente y por ello siempre se alude a su existencia cuando “frente a una misma situación fáctica el aplicador de la norma penal se encuentra con que aquella es aparentemente contemplada por varias disposiciones penales aun cuando en verdad, solo una de ellas resulta aplicable al caso estudiado”. Entonces, concreta su definición señalando que el concurso aparente se presenta cuando quien realiza la adecuación típica de un comportamiento “encuentra que ella parece poder ser resuelta a través de la aplicación de varias normas, pero con un más detenido análisis se percata de que en realidad solo una de ellas es la aplicable al caso concreto ante las deficiencias que las demás presentan frente a su posible solución”⁵². Considera este autor que el denominado concurso de tipos comporta una real concurrencia de normas, aun cuando existe un único hecho punible. Identifica formas expresas de solución al concurso aparente como son la subsidiariedad expresa y los delitos de doble resultado y formas tácitas como la alternatividad, el acto posterior copenado, la especialidad y la consunción.

Respecto de la consunción acoge la idea de que se presenta cuando, de los varios tipos que recogen la conducta investigada, hay uno que comprende el desvalor delictivo de los otros, de tal manera que se puede afirmar que el contenido de injusto propio de una norma queda íntegramente recogido por la descripción típica de otra. La superioridad del contenido valorativo de una de las normas –sostiene– es de tal magnitud que absorbe por completo el de la otra, es decir, que el aplicador de la ley debe optar por la disposición de mayor riqueza descriptiva, situación que explica que también se denomine a la consunción como principio de absorción o de inclusión.

Al ocuparse del tema, el profesor Gómez López⁵³, refiriéndose a la naturaleza del asunto, sostiene que a primera vista se presentaría un concurso de tipos, pero tan pronto como se aplican o consideran las que denomina “reglas mínimas de interpretación” se puede concluir que el concurso no existió y que la aplicación de los tipos concurrentes se excluye, pues de lo contrario se violaría la garantía del *non bis in idem*. Ahondando

52 Reyes Alvarado (1990), p. 81.

53 Gómez López (2023), p. 1934.

en el punto, señala que se presenta concurrencia aparente de normas penales cuando dos o más normas vigentes parecen simultáneamente concurrentes al caso, pero la aplicación de una de ellas excluye necesariamente la otra u otras normas típicas. Indica que, en el concurso aparente de leyes, el tipo de mayor contenido conceptual, el más especial al caso, o el que debe aplicarse en caso de ser principal respecto de otro excluye la aplicación de la otra norma, por lo mismo se presenta una norma que capta, subsume a la otra, o que es más especial debido a su objeto o descripción. Este tratadista participa de la posición de que son admisibles para resolver el concurso aparente o ficticio de normas –como lo denomina– varios principios interpretativos, que son recogidos de manera expresa o tácita en la ley como el principio de especialidad, principio de alternatividad, principio de subsidiariedad y principio de consunción.

En cuanto a dichos principios en particular, el profesor Gómez López anota que el principio de especialidad es aplicable cuando en las normas que aparentemente concurren hay una que tiene frente a las demás una relación de especialidad por poseer elementos objetivos, subjetivos, modalidades especiales del acto, etc., de tal suerte que la norma especial desplaza a la norma general en atención justamente a esos elementos que le dan individualidad, especialidad y prevalencia sobre la otra. Respecto de la subsidiariedad advierte que un tipo resulta subsidiario a otro cuando en forma expresa o tácita se señala que la norma es aplicable solo cuando no se presente otro delito más grave, la ley primaria deroga la ley accesorio, en este caso, la norma principal desplaza a la norma subsidiaria, excluyéndose la concurrencia o concurso de delitos y cumpliéndose con ello el principio general de que lo principal desplaza lo subsidiario. Dice que el principio de consunción o absorción se presenta cuando una norma más compleja o de mayor riqueza conceptual y descriptiva absorbe a otra simple o de menor contenido, agregando que se trata de verdaderos casos en que una conducta delictiva hace parte de otro delito de descripción completa y compleja, e introduce respecto de este principio las categorías de delito complejo y delito progresivo, precisando que se presenta el fenómeno de la absorción cuando una conducta que constituye un delito autónomo e independiente aparece como elemento constitutivo o circunstancia calificante de otro delito de mayor contenido o cuando uno de los hechos que puede ser *per se* un delito se integra como fase o parte ejecutiva de otro delito completo. De igual manera, cuando el autor pasa de realizar una acción típica inicial a ejecutar una conducta típica posterior que constituye un delito más grave que subsume al más leve. En torno al principio de alternatividad precisa que se produce cuando una conducta lesiva a un bien jurídico ha sido valorada con diversos criterios o apreciando diferentes niveles de afectación al bien jurídico, de tal manera que una norma establece una modalidad más intensa o grave de afectación al bien⁵⁴.

54 Gómez López (2023), p. 1940.

Ricardo Posada Maya⁵⁵, luego de reconocer que el “aparente concurso de tipos” es una de las instituciones más importantes y también más controvertidas al reflejar el límite valorativo entre la unidad y la pluralidad de tipos penales a partir de la interpretación del injusto específico que expresa la clase de delito realizado por el autor, dice que se presenta aquel “cuando el intérprete al emplear ciertas reglas hermenéuticas de naturaleza lógica, material y jurídica elaboradas por la doctrina y la jurisprudencia, desestima una aparente concurrencia de tipos penales para gobernar la unidad de conducta o conducta única realizada por el autor, para concluir –por lo que se refiere al alcance técnico-normativo de los distintos supuestos de hecho en apariencia concurrentes, por la naturaleza del bien jurídico tutelado en concreto y, desde luego, por la necesidad político criminal de protección del sustrato que éstos protegen de forma individual o conjunta– que la conducta solo se ajusta desde un punto de vista formal y material al desvalor de un solo tipo penal”.

Advierte, igualmente, que la diferencia entre el aparente concurso de tipos y el concurso efectivo reside en que, en el primero, solo en apariencia concurren varios supuestos de hecho mientras que, en el segundo, se pueden constatar finalmente una pluralidad de tipicidades aplicables al caso concreto, que no solo deben ser sancionadas de forma conjunta sino también enmarcadas por la declaración de culpabilidad en la sentencia condenatoria. Señala como requisitos del aparente concurso: la unidad de acción, la pluralidad de tipos que solo de forma aparente concurren para gobernar la conducta, la uniformidad del sujeto activo y la unidad de enjuiciamiento, asimismo, reconoce como principios de interpretación los de especialidad, subsidiariedad o eventualidad, consunción y alternatividad o exclusividad.

Al desarrollar el principio de subsidiariedad tácita, que también denomina material o sistemática, Posada Maya dice que se presenta “cuando a partir de una interpretación sistemática del propósito de protección material de los tipos penales concurrentes, se deduce la imposibilidad de aplicar uno o varios de ellos, porque se presenta un supuesto de hecho básico que, aunque entraña una forma de lesión similar, también supone una forma de protección más completa y avanzada frente a un determinado bien jurídico protegido, forma de protección que interfiere la autonomía valorativa de las demás conductas aparentemente concurrentes”⁵⁶. Sostiene que, siguiendo a la doctrina mayoritaria, se ubican tres modalidades de subsidiariedad tácita. En primer lugar, los actos copenados previos que se presentan cuando el autor se enfrenta a los denominados delitos de paso o actos constitutivos de frases previas necesarias o accidentales o a actos preparatorios punibles entendidos como grados de afectación previos, cuyo injusto

55 Posada Maya (2012), p. 196.

56 Posada Maya (2012), p. 227.

queda comprendido por el injusto anterior de una conducta punible más grave, que los sintetiza al tratarse de una conducta punible que por su naturaleza estructural supone la ejecución de varios supuestos facticos dispuestos por el legislador. En segundo lugar, alude a los denominados supuestos de delitos progresivos que se presentan cuando una infracción supone un injusto intensificado que contiene al primero. Finalmente, cataloga al denominado principio de alternatividad o exclusividad como un postulado accesorio a los demás principios de interpretación que rigen la materia, de tal manera que, cuando no opera ninguno de los demás, resuelve de manera satisfactoria el aparente concurso de tipicidades; resalta que este se podrá aplicar si “los supuestos de hecho diferentes contienen al mismo tiempo elementos comunes y excluyentes y modalidades distintas de ejecución de acción que cobija a plenitud el comportamiento material del autor frente al mismo bien jurídico, presentándose los tipos en apariencia concurrentes como supuesto de hecho paralelos aunque solo uno de ellos se aplique atendiendo al principio de preferencia por exclusión y predominio de la ley”⁵⁷.

De otro lado, Diego Araque Moreno⁵⁸ apunta a que en el concurso aparente, como su nombre lo señala, no se trata en verdad de un evento de concurso de conductas punibles, por lo que también se le denomina “falso concurso de conductas punibles”, aunque comparte con el concurso ideal el dato de que se trata de una sola conducta, en el fondo no se menoscaban varios tipos penales, encuadrándose la conducta en una sola descripción típica y que como consecuencia del principio de prohibición de doble incriminación no es posible aplicar varias sanciones en este evento. Por ello, anota que existen varios principios o reglas para dejar a salvo el principio del *non bis in idem*, que constituyen –según su opinión– auténticos criterios de interpretación que permiten solucionar los distintos casos sometidos a consideración del sentenciador. Señala como criterios hermenéuticos el de la especialidad, el de consunción, el de la subsidiariedad y el principio de alternatividad, conceptos que son desarrollados sin mayor distanciamiento de lo que la doctrina ha hecho, incluyendo ejemplos con el propósito de ilustrar su posición.

Aparte de las generalidades expuestas en su “Derecho Penal: Parte General”, el profesor Luis Enrique Romero Soto vuelve en dos oportunidades más al estudio de este controvertido tema. Por un lado, en 1990 publica el libro “El delito de estafa”, en el cual –explicando y diferenciando el concurso de delitos del concurso de leyes– señala el alcance de nociones como “delitos compuestos”, “delitos complejos”, “delitos progresivos”, así como de “progresión criminosa”⁵⁹. Del mismo modo, atiende al sistema de

57 Posada Maya (2012), p. 248.

58 Araque Moreno (2018), p. 473.

59 Romero Soto (1990), p. 311.

no punición de delitos basado en lo que se denomina *ante facto* y *post facto* no penados o copenados, resaltando que consiste en “aquellos hechos que anteceden o siguen al delito y que se encuentran de tal modo vinculados al mismo que se les tiene como un antecedente necesario o una consecuencia natural de él”⁶⁰.

En aras de diferenciar qué delitos quedan incluidos dentro de otro y cuáles no –de cara a analizar seguidamente el alcance típico de la estafa–, Romero Soto alude a las relaciones existentes entre el “delito acabado o completo” con el “concurso aparente de leyes”, sobre lo cual advierte que es una “cuestión a menudo menospreciada”, que sin embargo es de gran importancia, “sobre todo para decidir el problema de los concursos de delitos, pues muchas veces los hechos que se tienen como delitos autónomos, que concurren con otros, no son sino fracciones de un mismo delito, que deben considerarse absorbidas por el núcleo de éste en virtud de una de las modalidades del concurso aparente de leyes”⁶¹.

En ese orden, sintetiza como modalidades de este tipo de concurso aparente de normas penales la especialidad, la subsidiariedad y la consunción, aunque advirtiendo sobre esta última que no es de buena recepción por gran parte de la doctrina⁶². Respecto a las diferencias con el concurso de delitos, sostiene que en el concurso aparente de leyes “únicamente hay un delito porque al hecho solo le es aplicable una norma legal”, en cambio en el concurso efectivo (ideal o real) de delitos “existe una especie de unificación por cuanto se alcanza a alterar la naturaleza de cada uno de los componentes, pero no desaparece su autonomía”. En su criterio, en la formación legal de delitos complejos, compuestos o progresivos, “el delito es uno solo y desaparece la autonomía de componentes”⁶³.

El análisis adelantado a esta temática –dentro de dicho estudio de la parte especial correspondiente al delito de estafa– lo concluye afirmando que es muy difícil sentar reglas imperativas y claras sobre cuándo hay uno o varios delitos, salvo en “los casos en que el legislador establece manifiestamente la unidad delictiva, uniendo en un solo ilícito hechos que constituyen otros tantas infracciones de la ley penal, como sucede con los delitos compuestos, o los complejos, o los progresivos o la progresión delictuosa, o eliminando unos y dejando otros, como ocurre con subsidiariedad expresa”⁶⁴. A su conclusión agrega que tanto el concurso aparente (de leyes) como el efectivo (de delitos), del mismo modo que la pluralidad y la unidad de delitos, “están tan cerca unos de otros, son a veces tan sutiles y difusos sus límites, que, en la mayor parte de las veces,

60 Romero Soto (1990), p. 311.

61 Romero Soto (1990), p. 313.

62 Romero Soto (1990), p. 313.

63 Romero Soto (1990), p. 315.

64 Romero Soto (1990), p. 325.

solo son creaciones de la jurisprudencia y de la doctrina y su afirmación o negación está sujeta a tantos factores, objetivos y subjetivos y, lo que es más importante, a tan diversos criterios de jueces o de intérpretes que las soluciones varían con frecuencia, así se trate de unos mismos hechos”⁶⁵. Tal vez esta reflexión con la que cierra su aproximación al tema en la citada obra de 1990, y sus deseos de desarrollar una sistemática que apunte a mayor certeza jurídica, fue lo que lo impulsó a publicar tres años después su obra clave en la materia: “Concurso aparente de leyes. Hechos copenados”.

Efectivamente, en esta obra especializada, el maestro Romero Soto realiza un estudio prolijo sobre el concurso aparente, no solo recoge y sistematiza el desarrollo evolutivo de esta temática en el derecho nacional y extranjero, sino que brinda las contribuciones más sólidas en este ámbito. En esta ocasión identifica, en primer lugar, los aspectos controvertidos respecto del que denomina concurso aparente de leyes, señalando, en primer lugar, la denominación porque respecto de este se utilizan múltiples expresiones como “concurso aparente de leyes penales”, “concurso aparente de normas penales”, “conflicto aparente de disposiciones penales coexistentes”, “concurso de leyes”, “conurrencia de leyes”, “unidad de ley” o “relación de disposiciones penales coexistentes”⁶⁶. Como puede verse, este es un punto que ha sido destacado tanto por la doctrina nacional como por la extranjera y que de una u otra forma trasciende a un asunto de mera designación, ya que conforme se denomine, es posible comprender un mayor nivel de discusión en el plano sistemático y hermenéutico.

En segundo lugar, hace referencia a la ubicación sistemática de este tema dentro del derecho penal, ya que la mayor parte de los autores lo ubican al lado del concurso verdadero, en tanto otros autores lo refieren a la aplicación de las normas jurídicas y, como tal, consideran que indudablemente debe ser estudiado en este ámbito⁶⁷. En tercer lugar, menciona los criterios que deben adoptarse para resolver el concurso aparente de leyes, indicando que este tema representa el mayor desacuerdo entre los autores⁶⁸. Otro aspecto que destaca es el de las legislaciones, dado que los ordenamientos legales poco se han ocupado de consagrar una disposición a este tema⁶⁹; asimismo, otro tópico es el referente a la unidad de delito, porque para algún sector, debe definirse la unidad de delito con base en la sola acción, mientras que otra considera que lo importante para definir la unidad de delito es el tipo⁷⁰.

65 Romero Soto (1990), p. 325.

66 Romero Soto (1993), pp. 3-4.

67 Romero Soto (1993), pp. 4-6.

68 Romero Soto (1993), pp. 7-11.

69 Romero Soto (1993), pp. 11-12.

70 Romero Soto (1993), pp. 12-18.

Advierte además que en nuestro ordenamiento penal no existe una norma que consagre el concurso aparente de normas, como sí sucede en otros sistemas normativos, lo que obliga a guiarse por las reglas generales de la interpretación y de manera especial por la lógica que rige en general el ordenamiento jurídico, según la cual no pueden existir dos normas distintas que gobiernen un mismo caso. Enseguida, aunque con reservas, expone las cuatro formas tradicionales del concurso aparente, a saber: la especialidad, la subsidiariedad, la consunción y la alternatividad⁷¹.

Respecto de la especialidad⁷² sostiene que existe dicha relación cuando una norma está contenida en otra, de tal manera que todos los elementos de aquella se encuentran en esta, que tiene además, elementos que no se encuentran en la primera. Se dice que la norma especial tiene una mayor adherencia a los hechos que la general, que equivale a decir, que contiene una descripción más pormenorizada de los mismos. Destaca que en la especialidad se presenta un fenómeno de absorción de una norma (la general) por otra (la especial), admitiendo que la relación de especialidad puede cambiar o no cambiar el título del delito. En el marco del estudio de la especialidad, hace la distinción entre la especialidad reciproca (aquellos tipos que tienen un núcleo común, pero que, además, poseen elementos propios solamente de cada uno de ellos), la subespecialidad (la relación de especialidad puede presentarse no solo en relación con dos especies delictivas, sino con más), la especialidad no gradual (casos en los que la protección va de lo más amplio a lo más reducido o sea de *genus ad speciem*), especialidad entre normas alternativas o acumulativas (cuando algunas normas tienen la particularidad de comprender a varias hipótesis, hechos o conductas), especialidad entre tentativa y delito consumado (afirmando que en este caso se entrecruzan las relaciones de especialidad y subsidiariedad).

Asimismo, no escatima esfuerzos y desarrolla la relación entre el delito complejo y la relación de especialidad⁷³, empezando por distinguir varias clases de delitos complejos, en ese orden, menciona al complejo especial o en sentido o complejo propios y como subespecie de este el delito complejo agravado. Una segunda forma del delito complejo que menciona es el impropio, en el que el elemento que se agrega, si bien constituye delito, no se aprecia como entidad independiente.

Al ocuparse de la subsidiariedad⁷⁴ alude a que puede darse la situación en la que una determinada norma penal tenga mayor importancia para el legislador que otra, porque, por ejemplo, protege un interés más valioso y por ello el legislador dispone que se aplique solamente la norma que protege el interés más valioso. Avanza en el tema

71 Romero Soto (1993), pp. 23 y ss.

72 Romero Soto (1993), pp. 24 y ss.

73 Romero Soto (1993), pp. 34 y ss.

74 Romero Soto (1993), pp. 36 y ss.

identificando los requisitos que deben concurrir para que exista subsidiariedad entre dos normas, a saber: 1. Que si se trata de normas que protegen diversos bienes jurídicos, estos tengan puntos de afinidad y puedan situarse en gradaciones valorativas distintas; 2. Que se establezca unidad de acción, aunque lo que realmente se exige es que en el caso de que haya varias conductas, estas se desarrollen en el mismo contexto formando un solo episodio; 3. Se requiere además que las dos normas tengan en común la protección de determinado bien jurídico, aunque cada una de ellas por separado proteja a otros bienes. Advierte que las dos normas que entran en relación de subsidiariedad desempeñan unidas una mayor protección a un determinado bien jurídico. Además, deja claro que la norma dominante desempeña esa protección de un modo más vigoroso, lo que regularmente se muestra en la mayor pena que llega a contemplar.

Incluye de manera muy ilustrativa, un seriado de las diferentes fórmulas que pueden ser empleadas o son empleadas en las legislaciones, pero de manera clara se refiere a sus límites en cuanto se necesita que en ambos casos el sujeto activo sea el mismo, que sea idéntico el objeto material, que se trate del mismo sujeto pasivo y que haya unidad de episodio criminoso. Otro aporte muy significativo se encuentra en su tratamiento de la subsidiariedad tácita⁷⁵, que no sobra decir, es poco desarrollada por la mayoría de los autores y por ello comporta ciertas dificultades, que pasan por su no aceptación, su confusión con otros criterios o la inclusión de otras figuras de unificación como el hecho copenado, el delito complejo y la progresión criminosa. No obstante, con las dificultades advertidas, se ocupa de los principales criterios para consagrar la relación de subsidiariedad tácita, que en esencia son: 1. El del delito que sirve como medio para la realización de otro, tomado como base la subsidiariedad tácita; 2. El principio *id quo plerumque acidit* que para algunos es fundamento de la consunción, mientras que otros lo erigen en la esencia del hecho copenado; 3. La necesidad de recorrer un estadio de agresión precedente; 4. La necesidad de dejar impunes las acciones anteriores o posteriores a la realización de un delito, que suponen una especie de “prolongación del tipo criminoso”; y 5. El principio consistente en la “actuación del fin”, que se trata de llevar a cabo los propósitos del hecho culpable cuando para ello resulta necesario cometer otro delito. Como lo hiciera respecto de la subsidiariedad expresa, el profesor Romero Soto se ocupa de los límites a la subsidiariedad tácita, admitiendo que hay casos que se revelan fácilmente en la letra de la ley, entiende que en otros la existencia y alcance deben deducirse por vía de interpretación, teniendo en cuenta el sistema del que hace parte la norma. Menciona, dada su complejidad, algunos elementos de guía como son: 1. El propósito que la ley trata de conseguir; 2. La diferencia de grado entre los intereses; y 3. Necesidades lógico-jurídicas.

75 Romero Soto (1993), pp. 42 y ss.

Con la profundidad que le caracterizó, el profesor Romero Soto recoge un listado de casos de subsidiariedad, entre los que menciona la que se produce entre un delito de peligro y uno de daño (se trata de una intensificación de la acción que crea un mayor daño para el bien), cuando una tentativa se convierte en un delito consumado, el caso de la pretendida absorción de la tentativa de violación por el delito consumado de acto sexual violento, cuando se comienza a ejecutar un delito común y se termina por ejecutar un delito especial, que pertenecen al mismo título y ofenden el mismo bien o aquellos casos en que se multiplica el tipo pese a lo cual, no se configuran varios delitos sino uno solo por primar la especie principal y estar subordinadas a ella las subsidiarias⁷⁶.

Igualmente, se preocupa por lo relacionado con los delitos complejos con el propósito de establecer si encuadran en el sistema de la subsidiariedad, para hacerlo, estudia el delito complejo (propio e impropio). Igualmente, aborda lo atinente a la relación entre subsidiariedad y continuidad, estudia la relación entre la subsidiariedad y el delito progresivo (proceso que va de lo menos a lo más grave o de una de menor daño a una de mayor daño)⁷⁷.

Pasando al otro de los criterios o principios desarrollados por el profesor Romero Soto, corresponde hacer referencia a la consunción⁷⁸, que advierte no es acogida por todos los autores. En su estudio recoge definiciones diversas como “cuando una ley penal comprende en sí parcialmente el tipo abstracto y la pena de otra ley penal que queda fuera de aplicación”, “cuando una ley conforme a su sentido incluye ya en sí el valor delictivo de otra, no permite por ello la aplicación delictiva de esta última y la excluye”, “en los casos en los que la ley supresora comprende plenamente los tipos de la ley suprimida, de suerte que aquella abarca en un precepto penal, el injusto de los tipos desplazados”, y que “el legislador ha tenido en cuenta la vinculación típica entre dos delitos para establecer una sola pena”⁷⁹. A partir de las citas realizadas a autores alemanes e italianos, el profesor Romero Soto deduce que el principio de consunción se caracteriza por ciertos requisitos fundamentales: a) que exista una disposición que abarque otra, porque protege el mismo bien jurídico que esta; b) que la primera represente el final de una actuación en que la norma absorbida sea un medio o una etapa o un componente de la primera; y c) que haya unidad del hecho, entendiendo que se trata de la unidad normativa, no de la unidad natural.

Considera el profesor Romero Soto que la multiplicidad de los principios o de las relaciones que se aplican en el conflicto aparente de leyes se debe tanto al criterio esco-

76 Romero Soto (1993), p. 59.

77 Romero Soto (1993), pp. 70 y ss.

78 Romero Soto (1993), pp. 72 y ss.

79 Romero Soto (1993), pp. 73 y ss.

gido por cada autor, como también a la multiplicidad de las relaciones entre las figuras delictivas. Concluye que basta con dos categorías de principios para resolver los conflictos aparentes de leyes, estas son, la especialidad y la subsidiariedad, al considerar que las demás no solo sobran, sino que son fuente de inútiles y perjudiciales confusiones. Siguiendo esta línea, afirma que la alternatividad es la más controvertida de las relaciones que rigen el concurso aparente de leyes, por lo que muchos autores no la reconocen⁸⁰. Asume como condición indispensable, para que se aplique la alternatividad, que las disposiciones en conflicto versen sobre el mismo bien jurídico, pero de manera excluyente. Esto lo lleva a sostener que no se justifica la existencia autónoma de este principio, porque su fundamento está viciado, porque parte de la base de que la ley ha reglamentado de dos modos diferentes la misma situación, además que si se trata de dos disposiciones que tienen los mismos elementos, se está en presencia de un pleonismo legal injustificable.

Respecto del *ante facto* y *post facto* no punibles o copenados, el profesor Romero Soto reconoce los problemas derivados de la ubicación sistemática del fenómeno, porque la mayoría de los autores tratan este tema a propósito del concurso aparente de leyes, aunque no todos lo sitúan en el mismo lugar⁸¹. Advierte que los criterios empleados para clasificar los hechos copenados no son uniformes, ya que algunos son partidarios de considerarlos expresión de la subsidiariedad, pero también hay quienes los incluyen en el concepto de consunción entendiéndolos como acción típica posterior a un hecho punible o como hecho acompañante típico y un grupo menor se deciden a incluir los hechos copenados en la relación de especialidad. Algunos consideran que los hechos copenados no tienen relación con el concurso aparente de leyes, sino que se trata de una mera cuestión de interpretación. Luego de plantear las diferentes posturas teóricas, el profesor Romero Soto expone su punto de vista y se inclina por considerar que el fenómeno del hecho copenado es independiente del concurso aparente de leyes.

En suma, se destaca que el profesor Romero Soto no se limita a la tradicional clasificación de los criterios o principios que se emplean para resolver el concurso aparente en la doctrina especializada, sino que profundiza en su estudio para poner en evidencia las diferentes variantes, que indudablemente contribuyen a aclarar diversos supuestos que se pueden presentar.

80 Romero Soto (1993), pp. 86 y ss.

81 Romero Soto (1993), pp. 99 y ss. Del mismo modo, véase Romero Soto (1990), p. 311.

4 SITUACIONES PROBLEMÁTICAS

A continuación, se relaciona un seriado de situaciones problemáticas en cuya solución resultan necesarios y aplicables los conceptos respecto del denominado concurso aparente de leyes. En ese orden, es preciso advertir que se trata de una aproximación teórica y abstracta a las denominadas situaciones problemáticas, las cuales en la realidad pueden llegar a presentar variaciones fácticas.

Una revisión detallada de la normatividad penal colombiana muestra una serie de situaciones generadas por la falta de cuidado del legislador que dan lugar a una especie de “sobre-legislación” con las dificultades para determinar cuál es finalmente la norma aplicable, toda vez que se encuentran normas que reproducen el mismo precepto, pero que señalan penas diferentes. En otras oportunidades se reitera un elemento del tipo penal básico en las circunstancias de agravación punitiva. Así, el estudio de las disposiciones que hacen parte del título de delitos contra la vida y la integridad personal revela una serie de situaciones de interés para el tema central de este escrito que se expondrán a continuación, destacando la importancia de los principios analizados ampliamente como orientadores para resolver el concurso aparente de tipos.

Respecto del homicidio, la legislación penal se ha ensanchado incluyendo nuevas circunstancias de agravación y nuevas modalidades especiales de homicidio, lo que – por la forma como se legisló– genera dificultades interpretativas y de aplicación. En el artículo 103A del Código Penal colombiano (C.P.)⁸² se contempla una pena común para el homicidio u homicidio agravado si la víctima fuere menor de 18 años y cuando se realizare en un niño, niña o adolescente menor de catorce años. Es claro que la fórmula general es más amplia que la del literal a) de la disposición que resulta inoficiosa y reiterativa. Se dice en el literal c), que se agrava cuando el autor sea padre, madre o tenga el deber de custodia de un menor de edad, situación que aparece repetida en el numeral 1 del artículo 104, es decir, que si la conducta es cometida por el padre o madre de un menor de 18 años, podría pensarse en la aplicación de la agravante del artículo 103A o en la indicada en el artículo 104. Algo parecido se encuentra cuando en los literales e), f), g) y j) del artículo 103A se hace referencia a la agravación de la pena si la víctima es un menor de dieciocho años y la conducta se comete con alevosía o ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor de la víctima, si se realizó de manera premeditada incluyendo el acecho a la víctima o cuando se somete a la víctima a tratos crueles inhumanos o degradantes, porque el artículo 104 contempla igualmente la agravación, pero con una sanción mayor (500 a 700 meses de prisión) a la del homicidio

82 Adicionado mediante la ley 2098 de 2021, artículo 10.

cuando la conducta recae en menor de edad y se ha cometido con sevicia o colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad.

En ambos casos se sanciona al homicidio cometido contra un menor de edad, con circunstancias de agravación similares, aunque con penas diferentes, por lo que se impone la obligación de establecer cuál sería la disposición aplicable, sin violar el principio de legalidad. En principio podría pensarse que la conducta prevista en el artículo 103A es especial, pero las circunstancias del 104 también tienen carácter particular, por lo que resulta necesario acudir a criterios como la vigencia de la ley en el tiempo, porque los propios del concurso aparente de tipos podrían resultar insuficientes.

En este capítulo también tienen carácter especial frente a la fórmula general prevista en el artículo 103, el feminicidio (artículo 104A), el homicidio por piedad (artículo 106), la muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas (artículo 108).

En el terreno de las lesiones personales se presenta una situación particular, porque a través del artículo 111, que contiene el precepto general y los artículos 112, 113, 114, 115, 116 se desarrolla el concepto general de lesiones personales, mientras que en el artículo 116A⁸³ –denominado lesiones con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares– la diferencia de trato obedece a que se produjeron usando cualquier tipo de agente químico, álcalis, sustancias similares o corrosivas que generan destrucción al entrar en contacto con el tejido humano. Por su parte, en el artículo 116B titulado lesiones con sustancias modelantes no permitidas⁸⁴ la conducta consiste esencialmente en inyectar o infiltrar en el cuerpo de otra persona sustancias modelantes no permitidas, sin especificar que sucede cuando de esto se deriva algún tipo de deformidad o perturbación fisiológica o psíquica, dando lugar nuevamente a alguna incertidumbre.

En el título denominado “Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario” se encuentran modalidades especiales de conductas referidas a diversos bienes jurídicos, cuya aplicación está sujeta a que se realicen con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, como sucede con el homicidio en persona protegida (artículo 135), lesiones en persona protegida (artículo 136), tortura en persona protegida (artículo 137), acceso carnal violento en persona protegida (artículo 138), acceso carnal abusivo en persona protegida menor de catorce años (artículo 138A), actos sexuales violentos en persona protegida (artículo 139), actos sexuales con persona protegida menor de catorce años (artículo 139A), trata de personas en persona protegida con fines de explotación sexual (artículo 141B), actos de terrorismo (artículo 144), actos de discriminación racial (artículo 147), toma de rehenes (artículo 148), entre otros. Los

83 Adicionado mediante la ley 1773 de 2016.

84 Adicionado mediante ley 2316 de 2023.

cuales, al tener su equivalente en los respectivos títulos para condiciones de normalidad (por fuera del escenario excepcional del conflicto armado), obligan a dar aplicación al principio de especialidad cuando se trata de definir cuál es la norma aplicable en la aparente pugna que se suscita.

Pasando al título de delitos contra la libertad individual, se encuentra que, al desarrollar los aspectos relacionados con la desaparición forzada –conducta descrita de manera general en el artículo 165 y agravada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 166–, el legislador excluyó el concurso de conductas punibles y por ende el concurso es aparente cuando es cometida por quien ejerce autoridad o jurisdicción⁸⁵, ostenta la calidad de servidor público y utiliza en su ejecución bienes del Estado⁸⁶, evento en el cual se descarta el peculado por uso, porque esta situación ya fue contemplada en la circunstancia de agravación referida dando aplicación a una de las manifestaciones del principio de consunción aludido en precedencia.

Respecto del delito de secuestro, la legislación colombiana luego de diferenciar el secuestro simple⁸⁷ del secuestro extorsivo⁸⁸, incluye dentro de las circunstancias de agravación punitiva⁸⁹, el hecho de que la víctima sea sometida a tortura física o moral o a violencia sexual durante el tiempo que permanezca secuestrada, lo que implica que el concurso entre secuestro y tortura o secuestro y las modalidades de violencia sexual sería aparente, porque ya la agravante absorbe a aquellas conductas. En este caso, el asunto se resuelve dando aplicación al principio de consunción. Igualmente, se agrava la pena del secuestro cuando se comete utilizando orden de captura o detención falsificada, en este caso, la circunstancia de agravación absorbe el delito de uso de documento falso descrito autónomamente en el artículo 291 del C.P., en consecuencia, se habla de secuestro agravado y no de concurso entre secuestro y uso de documento falso, dando aplicación al principio de consunción.

Cuando de aplicar las disposiciones que hacen parte del capítulo de la detención arbitraria se trata, encontramos que el delito de desconocimiento de *habeas corpus*⁹⁰ coincide en lo esencial con la descripción típica del peculado por omisión⁹¹, pero mientras esta última disposición aplica para el servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, aquel otro tipo especifica que debe tratarse del juez que no tramita o decide dentro de los términos legales la petición de *habeas corpus*, lo cual significa que a pesar de estar ubicadas en títulos diferentes, aquella dis-

85 Artículo 166, numeral 1 del C.P.

86 Artículo 166, numeral 6 del C.P.

87 Artículo 168 del C.P.

88 Artículo 169 del C.P.

89 Artículo 170 del C.P.

90 Artículo 177 del C.P.

91 Artículo 414 del C.P.

posición es especial respecto de la otra y, por consiguiente, debe preferirse, dando con ello aplicación al denominado principio o criterio de especialidad.

En relación con la tortura se encuentran varias situaciones que ameritan análisis separado. Puede suceder que quien decide matar a otro, quiera hacerlo sufrir antes de causarle la muerte, infligiéndole dolores o sufrimientos físicos o psíquicos. En este caso, el concurso entre el homicidio y la tortura es aparente, porque la situación adicional al homicidio es absorbida por la circunstancia de agravación de la sevicia y el asunto se resuelve dando aplicación al principio de consunción, aunque otra podría ser la solución si el plan del autor tenía como propósito torturar para obtener información y una vez alcanzado ese propósito, decide matar a su víctima, debido a que en este caso no se puede descartar de manera tajante el concurso de conductas punibles. Otra de las eventualidades se presenta cuando el autor de la tortura es servidor público y comete el delito utilizando bienes del Estado. En este caso, se hablaría esencialmente de tortura agravada y no de concurso entre tortura y peculado por uso, ya que ambos aspectos se refunden en el tipo agravado.

En lo que atañe al delito de desplazamiento forzado⁹², se advierte que si la conducta es desplegada por quien tiene la condición de servidor público y utiliza bienes del Estado en su ejecución, se descarta el peculado al dar aplicación a la circunstancia de agravación⁹³. Asimismo, si la víctima del desplazamiento es sometida a tratos crueles, inhumanos o degradantes que le causan dolor o sufrimiento físico o psíquico, se hablará de desplazamiento forzado agravado⁹⁴ y no de concurso con la tortura, apelando en ambos casos al principio de consunción.

Teniendo en cuenta su ubicación en este título, vale decir que el constreñimiento ilegal está en la base de varias conductas, algunas de las cuales tienen carácter especial, por ello, a pesar de estar ubicadas en diferentes títulos, recogen la descripción básica de este delito contenido en el artículo 182, desplazándolo para su aplicación por tener carácter subsidiario. Constituyen modalidades especiales de constreñimiento, el constreñimiento ilegal por parte de miembros de grupos delictivos organizados y grupos armados organizados⁹⁵, constreñimiento para delinquir⁹⁶, intimidación o amenazas con arma de fuego, armas, elementos o dispositivos menos letales, armas de fuego hechizas y armas blancas⁹⁷, amenazas contra defensores de derechos humanos y servidores pú-

92 Artículo 180 del C.P.

93 Artículo 181, numerales 1 y 4 del C.P.

94 Artículo 181, numeral 5 del C.P.

95 Artículo 182A del C.P.

96 Artículo 184 del C.P.

97 Artículo 185A del C.P., adicionado mediante la ley 2197 de 2022.

blicos⁹⁸, constreñimiento al sufragante⁹⁹, así como el delito de amenazas a testigos¹⁰⁰. En este ámbito, la concurrencia de tipos o normas penales se resuelve, regularmente, apelando al principio de subsidiariedad.

Cuando en la legislación colombiana no se había incluido el delito de tráfico de migrantes, la conducta se tipificaba acudiendo a la trata de personas. Después de la tipificación autónoma del tráfico de migrantes resulta claro que estas conductas pueden concurrir, sin que se estructure un concurso aparente de tipos. Pues bien, no todo tráfico de migrantes supone trata de personas, y no toda trata de personas implica el tráfico de migrantes, pero puede suceder que se cometa el delito de tráfico de migrantes como medio para realizar la trata de personas, situación en la que el concurso no es aparente, sino real. Es importante señalar que el alcance del tipo penal actual es mayor respecto del que originalmente contemplaba la ley 599 de 2000. Al respecto, el artículo 188A indica que este delito se realiza con fines de explotación y precisa que se entenderá por aquella el hecho de obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación.

En virtud del contenido de esta disposición, la explotación de menores a través de la mendicidad se consideró inicialmente como una forma de trata de personas agravada¹⁰¹, no obstante, con las modificaciones que ha experimentado el artículo 188B, cuando la conducta se realice sobre menor de 18 años se pasa a aumentar en la mitad de la pena. En consecuencia, hoy en día, cuando el delito de trata de personas se realice respecto de un menor de 18 años, buscando obtener provecho económico o de otra índole mediante la explotación de la mendicidad, se catalogará como trata de personas agravado. Esta conclusión enfrenta alguna dificultad, ya que con la incorporación al ordenamiento jurídico nacional del delito de explotación de menores de edad –tipo que no hace parte de la nomenclatura del Código Penal–, pero consagra como delito el que hecho de que se utilice, comercialice o mendigue con menores de edad, directamente o a través de terceros, porque es evidente la cercanía que existe entre las dos disposiciones. En nuestra opinión, esta situación debe resolverse apelando al principio de subsidiariedad en la medida en que el delito de trata de personas agravado dispensa la mayor protección al bien jurídico protegido y solo cuando no se cumplen integralmente los ingredientes de esta

98 Artículo 188E del C.P., adicionado mediante la ley 1908 de 2018.

99 Artículo 387 del C.P.

100 Artículo 454A del C.P.

101 Artículos 188A y 188B del C.P.

disposición, se podría acudir a esta otra norma, definición en la que el pronunciamiento de la Corte Constitucional¹⁰² respecto de este tipo no tiene mayor incidencia.

Otra situación problemática que se encuentra al estudiar este título se relaciona con el delito de uso de menores de edad para la comisión de delitos¹⁰³, mediante el cual se sanciona a quien induzca, facilite, utilice, constriña, promueva o instrumentalice a un menor de 18 años a cometer delitos o promueva dicha utilización, constreñimiento, inducción, o participe de cualquier modo en las conductas descritas. Se entiende que se trata de un tipo penal de mera conducta o simple actividad, por lo que es suficiente la realización de la conducta, independientemente de si se logra que el menor se involucre en la realización de delitos, situación en la que no se encontraría mayor dificultad. Lo complejo se presenta cuando el menor de edad realiza la conducta, porque se impone establecer si en tal eventualidad a la persona que involucra al menor se le pueden imputar autónomamente los dos delitos, esto es, autor del delito de uso de menores de edad para la comisión de delitos y determinante, autor mediato, coautor o cómplice de la conducta realizada por el menor. Podría pensarse que al incluir la fórmula legal la expresión, “por este solo hecho”, se podría generar el concurso de delitos, pero un análisis detenido muestra que la esencia de las conductas es la misma, por lo que se corre el riesgo de sancionar dos veces lo mismo, lo que podría solucionarse acudiendo al principio de subsidiariedad y a la atención debida al *non bis in idem*. Respecto a este delito, también corresponde dilucidar, en caso de un eventual concurso de conductas punibles, cómo proceder cuando el delito contempla como circunstancia de agravación el valerse de un inimputable, tal como sucede con el homicidio¹⁰⁴ o el hurto¹⁰⁵, porque en este caso una opción viable sería descartar el concurso y pasar a agravar el homicidio o generar el concurso inaplicando la circunstancia de agravación aludida.

Pasando al título de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, debe decirse de entrada que muchas discusiones doctrinarias y jurisprudenciales se superaron con la incorporación de definiciones sobre aspectos cardinales como el alcance de la expresión acceso carnal¹⁰⁶ o violencia¹⁰⁷, pero subsisten otras derivadas del contenido normativo y de la interpretación de las disposiciones vigentes. Un aspecto para considerar sería si es posible generar un concurso de conductas punibles cuando quien pretende acceder mediante violencia a la víctima o aprovechando su incapacidad de resistir la somete a tocamientos impúdicos consistentes en actos sexuales diversos o si

102 Corte Constitucional. Sentencia C-464 del 9 de julio de 2014.

103 Artículo 188D del C.P., adicionado mediante la ley 1453 de 2011.

104 Artículo 104, numeral 5 del C.P.

105 Artículo 241, numeral 3 del C.P.

106 Artículo 212 del C.P.

107 Artículo 212A del C.P., adicionado por la ley 1719 de 2014.

se considera que el delito de mayor entidad absorbe al otro aplicando una de las variables del principio de consunción. Otra situación problemática surge a partir del delito denominado “demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad”¹⁰⁸, porque se sanciona a quien de manera directa o a través de tercera persona, solicita o demanda realizar acceso carnal o actos sexuales con persona menor de 18 años mediante pago o promesa de pago en dinero, especie o retribución de cualquier naturaleza, en la eventualidad de lograr su propósito con un menor de 14 años. En esta eventualidad, obtuvo el acceso con menor de catorce años mediante el ofrecimiento de dádiva o dinero y las alternativas serían el acceso carnal abusivo con menor de 14 años únicamente o el concurso entre el acceso carnal abusivo con menor de 14 años y demanda de explotación sexual comercial, que pareciera ser lo más razonable de cara a la protección integral del menor.

En el ámbito de los delitos contra la familia, es preciso señalar que frente al delito de violencia intrafamiliar este tiene cercanía, dependiendo de la modalidad de violencia ejercida, con delitos como el homicidio agravado, lesiones personales agravadas, tortura agravada que contemplan como agravante la existencia de relaciones de parentesco, consanguinidad, conyugal o de compañeros permanentes, lo que consumiría la violencia intrafamiliar como delito autónomo, siempre que en estos casos la pena aplicable sea mayor que la prevista para la violencia intrafamiliar, en consideración a la fórmula de subsidiariedad utilizada en la norma. Respecto del delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad¹⁰⁹, se advierte que toma como punto de partida la descripción del secuestro, pero lo especializa incluyendo particularidades en relación con el sujeto activo, el objeto material de la conducta y la finalidad perseguida, lo que permite descartar el secuestro por aplicación del principio de especialidad. Debe decirse que tradicionalmente se ha considerado que cuando se accede mediante violencia, abusivamente o se realiza acceso carnal con un ascendiente, descendiente, adoptante, adoptivo o con un hermano o hermana se genera un concurso ideal de conductas punibles entre el incesto y el delito sexual, pero el que se haya incluido como circunstancia de agravación para los delitos sexuales la existencia de relación de parentesco excluye el concurso, porque sería aparente y solo se podría adecuar a la conducta al delito sexual agravado por aplicación del principio de consunción.

Muy variadas situaciones se presentan cuando el análisis recae sobre los delitos contra el patrimonio económico, porque por ejemplo, en relación con el hurto en virtud del contenido de las circunstancias calificantes del delito se configura el hurto como delito complejo al absorber supuestos que constituyen delitos autónomos, como cuando se

108 Artículo 217A del C.P., adicionado por la ley 1329 de 2009.

109 Artículo 230A del C.P.

realiza con violencia sobre las cosas o mediante penetración o permanencia arbitraria, engañosa o clandestina en lugar habitado o sus dependencias inmediatas, acudiendo – para llegar a esta conclusión– al principio o criterio de consunción. Además, se incluye en el título de delitos “De la protección de la información y de los datos” una modalidad especial de hurto denominada hurto por medios informáticos y semejantes¹¹⁰. Aunque ubicado en el título de delitos contra el orden económico y social en la legislación se incluye el delito de apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan¹¹¹, que en esencia constituye una modalidad especial que tiene como objeto material los hidrocarburos.

De igual manera, se configura un delito complejo cuando la extorsión se comete utilizando orden de captura o detención falsificada, caso en el que la extorsión agravada absorbe el uso de documento falso; o simulando investidura o cargo, o fingiendo pertenecer a la fuerza pública, situación en la que la extorsión agravada absorbe la simulación de investidura o cargo.

En la estructura del título de delitos contra la fe pública, se incluyen en el capítulo de la falsificación de moneda, de manera independiente, la falsificación de moneda nacional o extranjera y el tráfico, elaboración y tenencia de elementos destinados a la falsificación de moneda y teniendo en cuenta que quien falsifica moneda debe tener los elementos para hacerlo, al concurrir estas dos situaciones el concurso será aparente, porque por aplicación del principio de consunción la falsificación cometida absorbe la tenencia de los elementos necesarios para la elaboración de la moneda espuria. No acontece lo mismo con el tráfico de moneda por parte de quien la falsificó, porque este es un hecho posterior que no alcanza a ser arropado por la falsificación, así algunos puedan llegar a considerar que se trata de un hecho copenado.

Tratándose de delitos contra la seguridad pública se encuentran delitos en los que el legislador sanciona a través de disposiciones diferentes la tenencia de algunos elementos y su empleo o lanzamiento (especialmente de sustancias y objetos peligrosos¹¹²) y no podría configurarse un concurso de delitos respecto de la persona que emplea o lanza dichos objetos, porque para realizar esta conducta es condición indispensable que los tenga en su poder y en este caso hay una relación de progresividad entre los dos delitos en cuestión, que hace parte de los desarrollos del principio de consunción para algunos o de subsidiariedad para otros.

Una situación similar se advierte entre el delito de tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos en la modalidad de tener en su poder y el delito de tráfico,

110 Artículo 269I del C.P.

111 Artículo 327A del C.P.

112 Artículos 358 y 359 del C.P.

fabricación y porte de estupefacientes en la modalidad de elaborar, ya que para elaborar, se debe contar necesariamente con los elementos necesarios para hacerlo, luego no es viable imputar el concurso de delitos en la medida en que este es aparente, cuya solución se da apelando al principio de consunción.

El título de delitos contra mecanismos de participación democrática ha sido objeto de modificaciones¹¹³ dirigidas a ampliar la cobertura de la intervención penal y a partir de la actual normativa se encuentra una modalidad especial de constreñimiento¹¹⁴ a la que se hizo referencia con antelación, que al considerarse una norma especial prevalece frente a la general; el voto fraudulento¹¹⁵, que lleva implícita una falsedad personal, pero que se aplica por ser norma principal frente a la falsedad personal¹¹⁶, que tiene carácter subsidiario, unas omisiones que no se catalogan como prevaricato por omisión, sino con denominaciones específicas y se aplican de preferencia por especialidad bajo la denominación de mora en la entrega de documentos relacionados con una votación¹¹⁷ o denegación de inscripción¹¹⁸.

En la aplicación de disposiciones contenidas en el título de delitos contra la administración pública se encuentran algunas situaciones que demandan definir si se trata de un concurso de conductas punibles o un concurso aparente de normas. Por ejemplo, cuando el particular le ofrece o le da dinero u otra utilidad al servidor público para que cumpla o incumpla su deber funcional, incurre por esa sola conducta en cohecho por dar u ofrecer, pero si el servidor público realiza la conducta activa u omisiva que se le demanda simultáneamente, resulta relevante preguntarse si podrá simultáneamente ser considerado como determinante del delito propio del servidor público. Cuando se advierte que un servidor público experimenta un incremento patrimonial no justificado es menester establecer cuál es la fuente de este, porque si se le asocia con delitos específicos, estos no concurren con el delito de enriquecimiento ilícito de servidor público en virtud de tener el carácter de norma de aplicación subsidiaria.

Por otra parte, la legislación colombiana incluye una modalidad genérica o innominada de abuso de autoridad¹¹⁹ cuya aplicación es de carácter subsidiario, porque está sujeta a que no se configure otro delito con tratamiento especial. Algunos comportamientos omisivos que de no tener tratamiento especial podrían ser considerados materialización de prevaricato por omisión reciben un tratamiento especial bajo la denominación

113 Modificaciones introducidas a través de las leyes 1142 de 2007 y 1864 de 2017.

114 Artículo 387 del C.P.

115 Artículo 391 del C.P.

116 Artículo 296 del C.P.

117 Artículo 393 del C.P.

118 Artículo 396 del C.P.

119 Artículo 416 del C.P.

de abuso de autoridad por omisión de denuncia¹²⁰ u omisión de apoyo¹²¹. La violencia contra servidor público, que consiste en ejercer dicha violencia contra este tipo especial de sujeto pasivo por razón de sus funciones o para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto propio de su cargo o a realizar uno contrario a sus deberes oficiales, puede alcanzar dimensiones que lleven a incorporar tal conducta a supuestos de homicidio agravado¹²², lesiones personales agravadas¹²³, desaparición forzada agravada¹²⁴, tortura agravada¹²⁵, extorsión agravada¹²⁶, descartando en estos casos la violencia contra servidor público y dando aplicación al denominado principio de consunción.

En la legislación colombiana se incluyó como delito autónomo la asociación para la comisión de un delito contra la administración pública¹²⁷ que sanciona al servidor público que se asocie con otro, o con un particular, para realizar un delito contra la administración, norma que dada la relación de progresividad que la une al delito que luego realice el servidor público, impide su aplicación simultánea con dicha ilicitud en virtud de la aplicación del principio de consunción.

En el título de delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia se encuentran coincidencias en el contenido de disposiciones como ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio con la falsedad por destrucción, supresión u ocultamiento de documento público o privado, prefiriéndose la disposición que protege la administración de justicia dada su condición de norma especial.

Por último, en el título de delitos contra el régimen constitucional se encuentran algunas situaciones que llaman la atención, como la imposibilidad de atribuir simultáneamente rebelión o sedición con el tráfico, fabricación o porte ilegal de armas toda vez que jurisprudencialmente se ha considerado que dicha ilicitud subsume tal delito, así como el concierto para delinquir, configurándose con ello un delito complejo. De igual manera, el carácter de acto preparatorio que tiene el delito de conspiración¹²⁸ respecto de la rebelión¹²⁹ y la sedición¹³⁰, impide estructurar un concurso de conductas punibles entre estos tipos por tratarse de un concurso aparente de leyes que se resuelve aplicando el principio de consunción.

120 Artículo 417 del C.P.

121 Artículo 424 del C.P.

122 Artículo 104, inciso 2, numerales 4 y 5 del C.P.

123 Artículo 119 del C.P.

124 Artículo 166, numeral 4 del C.P.

125 Artículo 179, numeral 4 del C.P.

126 Artículo 245, numeral 2 del C.P.

127 Artículo 434 del C.P.

128 Artículo 471 del C.P.

129 Artículo 467 del C.P.

130 Artículo 468 del C.P.

5 REFLEXIÓN FINAL

Luego de examinar el asunto del concurso aparente de leyes y sus diversas aristas, es posible afirmar que la situación que se presenta en la legislación colombiana puede ser la mejor de cara al desarrollo doctrinal y jurisprudencial del tema, porque no se regula la materia totalmente en el ámbito normativo penal, así se cuente con disposiciones orientadoras de manera general en la ley civil, correspondiéndole al operador jurídico –fiscal, juez, litigante y académico– encontrar la solución correcta para el caso concreto, procurando la solución más adecuada frente a la dogmática del tema y a los principios y garantías constitucionales, en especial, de cara al *non bis in idem*. Se dice que la legislación colombiana no regula integralmente la materia, porque lo hace de manera parcial al incluir en los dispositivos de la parte especial reglas inherentes a la aplicación subsidiaria de algunas disposiciones, pero aún en estos casos queda en manos del operador jurídico encontrar la solución adecuada.

O CONFLITO APARENTE DE LEIS NO CONTEXTO JURÍDICO PENAL COLOMBIANO

RESUMO

Este artigo faz uma abordagem geral ao tema da aparente concorrência de leis. Primeiramente é abordado o desenvolvimento conceitual dado no direito penal estrangeiro, tanto por autores europeus como latino-americanos, o que nos permite ter uma ideia de como a questão tem sido levantada em outras latitudes. Em seguida, detalha-se o tratamento que tem sido dado ao aparente conflito de leis na doutrina penal colombiana. Finalmente, é incluída uma ampla lista de situações problemáticas ligadas ao tema.

Palavras-chave: aparente conflito de leis; concorrência jurídica; tipos criminais; Unidade de direito colombiano e direito penal.

REFERÊNCIAS

- ARCE AGGEO, Miguel Ángel. **Concurso de delitos en materia penal**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1996.
- BALMACEDA HOYOS, Gustavo. **Estudios de derecho penal general. Una aproximación a la teoría del delito y de la pena**. Bogotá: Universidad de La Sabana y Ediciones Nueva Jurídica, 2015.

- CEREZO MIR, José. **Derecho Penal. Parte General.** Buenos Aires: Editorial B de F., 2014.
- CREUS, Carlos. **Derecho Penal. Parte General.** Buenos Aires-Bogotá: Astrea y Universidad del Rosario, 2012.
- ESCUCHURI AISA, Estrella. **El concurso de leyes en el contexto legislativo reciente. Algunas reflexiones en torno al principio de alternatividad. En Concurrencia delictiva: la necesidad de una regulación racional.** Madrid. Imprenta nacional de la agencia estatal, 2022.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. **Derecho Penal. Parte General. Teoría del delito y de la pena.** Volumen 2. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez, 2012.
- GARCIA CAVERO, Percy. **Derecho Penal. Parte general.** Lima: Ideas solución editorial, 2019.
- GOMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. **Teoría del delito.** Tomo II. Segunda edición. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2023.
- JAKOBS, Günther. **Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.** 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal.** Parte General. Volumen II. Lima: Instituto Pacífico, 2014.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal.** Tomo II: Filosofía y ley penal, cuarta edición. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre. La teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente - primera parte. **Revista Ius et Praxis**, vol. 6, n. 2, 2000. pp. 295-371.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre. **Concurso aparente de leyes.** Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas. 2008.
- MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal.** Barcelona: Ariel. 1962.
- MIR PUIG, Santiago. **Fundamentos de derecho penal y Teoría del delito.** Montevideo: Editorial B de F., 2019.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal. Parte general.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- OTTO, Harro. **Manual de derecho penal. Teoría general del derecho penal.** Barcelona: Atelier libros jurídicos, 2017.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **Concurso aparente de normas.** México: Editorial Porrúa, 2008.
- POSADA MAYA, Ricardo. **Delito continuado y concurso de delitos.** Bogotá: Editorial Ibáñez y Universidad de los Andes, 2012.
- REYES ALVARADO, Yesid. **El concurso de delitos.** Bogotá: Ediciones Reyes

Echandía Abogados, 1990.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. **Tipicidad**. Bogotá: Editorial Temis, 1989.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. **Derecho Penal**. Parte general. Tercer reimpresión de la undécima edición. Bogotá: Editorial Temis, 1994.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. **Compendio de derecho penal**. Parte general. Madrid: Dykinson, S.L., 2010.

ROMERO SOTO, Luis Enrique. **Derecho Penal**. Parte General. Bogotá: Editorial Temis, 1969.

ROMERO SOTO, Luis Enrique. **El delito de estafa**. Cali: Carvajal, 1990.

ROMERO SOTO, Luis Enrique. **Concurso aparente de leyes. Hechos copenados**. Bogotá: Editorial Temis, 1993.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. **Las normas del concurso de normas: sentido y alcance**. **Revista Derecho Penal Contemporáneo**, N°. 70. Bogotá: Editorial Legis, 2000.

SANZ MORÁN, Ángel José. **Unidad y pluralidad de delitos: la teoría de concurso en Derecho Penal**. México: Editorial Ibijus, 2012.

GONZÁLEZ, José Luis serrano de Murillo. **El concurso de normas y el concurso de delitos en el Libro II del código penal**. Madrid: Marcial Pons, 2017.

TERRAGNI, Marco Antonio. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo I. Parte General. Buenos Aires: La ley, 2012.

VAN WEEZEL, Alex. **Curso de derecho penal. Parte general**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia y Universidad Católica de Chile, 2023.

WESSELS, Johannes. **Derecho Penal. Parte general**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.