

ECHAVARRÍA RAMÍREZ, RICARDO, "El principio de Non bis in idem y la relación entre circunstancias agravantes y tipos penales autónomos. A su vez, una consideración en la relación entre los delitos de hurto agravado y concierto para delinquir. Comentarios a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, SP-1549-2019 (Rad. 49647), M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa", *Nuevo Foro Penal*, 93, (2019)

---

**El principio de Non bis in idem y la relación entre circunstancias agravantes y tipos penales autónomos. A su vez, una consideración en la relación entre los delitos de hurto agravado y concierto para delinquir. Comentarios a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, SP-1549-2019 (Rad. 49647), M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.**  
*Non bis in idem: Comments on the sentence by the Supreme Court of Justice (49647)*

RICARDO ECHAVARRÍA RAMÍREZ<sup>1</sup>

## **Introducción**

En el presente escrito se quiere realizar un análisis a la sentencia proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en fecha 30 de abril de 2019, SP1549-2019, con radicado 49647<sup>2</sup>. En el trámite de casación examina la Corte las sentencias que en su día fueron proferidas en primera instancia por el Juzgado sexto penal del circuito de Bucaramanga, con fechas 7 y 26 de abril de 2016 y, en segunda instancia, por el Tribunal Superior de Bucaramanga el 28 de octubre de 2016.

---

1 Profesor de Derecho penal de la Universidad EAFIT, Medellín, Colombia. Contacto: rechava2@eafit.edu.co

2 Se omiten las referencias a los nombres propios, tanto de quienes fueron condenados, como de las víctimas. En reemplazo de estos, se utilizan simplemente las iniciales.

## 1. Hechos

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia describe los hechos como sigue: “Según el fallo recurrido en casación, el 12 de mayo de 2014, FJJB, LABV y WCTL, junto a una mujer no identificada, llevaron a GDD a un apartamento del edificio Mirador Real, ubicado en la calle 58 No. 30-80 de Bucaramanga, con la excusa de negociar el precio del carro que la víctima estaba vendiendo. Allí lo ataron, amordazaron y despojaron del vehículo y demás pertenencias valoradas en \$37.300.000.

El 17 de enero de 2015 los mismos sujetos, acompañados de otro individuo, trasladaron a CLV al apartamento 303 del edificio Atenea Plaza de la carrera 36 No. 51-52 de la misma ciudad, donde lo intimidaron con arma de fuego, lo sometieron y tuvieron en cautiverio, luego de lo cual se apoderaron de su billetera, joyas, dinero en efectivo y automotor en cuantía de \$109.970.000.

El 6 de marzo siguiente, la organización delictiva amenazó con arma de fuego y privó de la libertad a JJHP en un apartamento del edificio Posada Rochester, ubicado en la calle 49 No. 35 A-17 de la citada localidad, dentro del cual lo inmovilizaron y le hurtaron los elementos que portaba y su automóvil, todo por valor de \$61.180.000”.

Por virtud de los hechos antes referidos, se formuló imputación en contra de todos los sujetos mencionados, a título de coautores, por un concurso de delitos de hurto calificado y agravado, fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, secuestro simple atenuado y concierto para delinquir, conforme los artículos 239, 240.2, 241.10, 267.1, 365, 168, 171.1 y 340 del Código penal colombiano (en adelante CP), respectivamente.

En el curso de la audiencia preparatoria, los procesados se allanaron a los cargos por hurto calificado y agravado, secuestro simple atenuado y concierto para delinquir, lo que dio lugar a que se proferiera sentencia condenatoria el día 7 de abril de 2016, en la que se impuso como sanción penal la pena de 186 meses y 19 días de prisión, multa de 273.33 smmlv e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción privativa de la libertad. Posteriormente se proferió sentencia condenatoria en primera instancia por el delito fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, mediante sentencia de 26 de abril de 2016, en la que se impuso como pena 108 meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

Como consecuencia del recurso presentado por una de las víctimas, el proceso curso el trámite de segunda instancia en el Tribunal Superior de Bucaramanga, que en

sentencia de 28 de octubre de 2016 determinó imponer pena de 291 meses y 5 días de prisión, multa de 1322,5 smmlv e inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por 20 años.

La apoderada de uno de los condenados, concretamente de FJJB, presentó demanda de casación en la que planteó tres cargos principales y cuatro subsidiarios, siendo admitida la demanda por la Corte el día 15 de marzo de 2017, pero sólo en relación con uno de los cargos subsidiarios, en particular el tercero.

En el curso del trámite de casación, el demandante solicitó en dos oportunidades amnistía de *iure*, en su condición de miembro de las FARC EP, por todos los delitos objeto de investigación y condena. La primera de dichas solicitudes fue resuelta por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas de Santa Rosa de Viterbo el 15 de junio de 2017, concediendo ese beneficio respecto del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego y, en consecuencia, decretando la extinción y liberación de las penas impuestas por razón de dicho delito. Posteriormente, y con ocasión de la segunda solicitud de amnistía, el Juzgado Sexto Penal del Circuito, mediante decisión del día 10 de agosto de 2017, la otorgó respecto del concierto para delinquir, negándola en relación con los demás delitos. Así pues, al señor FJJB se le fijó una pena de prisión de “266 meses, 9 días y 8 horas, multa en 1322,5 smmlv, suspendió la medida de aseguramiento y ordenó el traslado del procesado a la Zona Veredal Transitoria de Normalización. Esta determinación fue confirmada por el Tribunal Superior de Bucaramanga el 21 de noviembre de 2017”.

Sin perjuicio de la amnistía concedida al demandante por dos de los cuatro delitos por los que fue condenado, siendo uno de ellos justamente motivo de la demanda de casación, la Corte continuó el trámite, dado que ello podría derivar efectos favorables a los demás sujetos condenados, en la medida en que el cargo presentado en la demanda consistía en la afectación al principio fundamental al *non bis in ídem*. Lo anterior, de conformidad con el art. 187 de la Ley 906 de 2004.

## **2. Demanda de casación y concepto de las partes intervinientes**

El cargo por el cual se admite la demanda de casación radica en la falta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, tal y como expresa la Corte. En concreto, el cargo se sustenta en la conjunta o concurrente aplicación, por parte del juez de segunda instancia, de la circunstancia de agravación del numeral 10 del art. 241 del CP (concretamente en lo que toca con la realización del hurto “por dos o más personas que se hubieren reunido

o acordado para cometer el hurto”) y el delito de concierto para delinquir, art. 340 CP. El cargo es descrito por la Corte en los siguientes términos:

Para el demandante, la sentencia del Tribunal vulneró el artículo 29 de la Constitución Política porque desconoció la garantía de *non bis in ídem* en la medida que consideró simultáneamente el motivo de agravación contenido en el numeral 10º del artículo 241 del Código Penal y el delito de concierto para delinquir del artículo 340 del Código Penal, que tienen el mismo soporte fáctico, esto es, perpetrar el hecho punible por plural número de personas.

Como partes intervinientes en el trámite de casación, se pronunciaron la Fiscalía delegada y el Procurador delegado. En ambos casos el concepto fue favorable a los intereses del demandante, pidiendo casar parcialmente la sentencia, por la afectación al principio de *non bis in ídem*, con ocasión de la sentencia de segunda instancia. En palabras de la Corte, el Procurador se manifestó en los siguientes términos:

Solicita casar parcialmente la sentencia impugnada por cuanto el Tribunal, al resolver el recurso de apelación, aplicó simultáneamente la agravante del numeral 10º del artículo 241 del Código Penal y el tipo penal de concierto para delinquir, con lo cual vulneró el principio de *non bis in ídem*.

Por su parte, la Fiscal delegada manifestó, como se lee en la sentencia, lo siguiente: Pide casar parcialmente el fallo toda vez que se configura la causal invocada en el único cargo admitido, pues el Tribunal aplicó en forma indebida el numeral 10º del artículo 241 del Código Penal por cuanto la condena incluía el delito de concierto para delinquir, el que también exige la pluralidad del sujeto activo en la comisión de la actividad delictiva y su aplicación simultánea comporta afectación de la prohibición de considerar dos veces la misma circunstancia.

Además de lo anterior, indica la Corte, la Fiscal delegada afirma que la condena procede por el delito de concierto para delinquir “...dada la existencia del acuerdo criminal y la finalidad del mismo”.

### 3. Consideraciones de la Corte

La Corte desarrolla su examen jurídico en dos apartados. El primero de ellos, y bajo el título “Acotación previa”, lo dedica a justificar la continuación del trámite de casación, sin perjuicio de la amnistía al demandante, entre otros, en relación con el delito de concierto para delinquir. En segundo lugar, y en apartado titulado “Del caso concreto”, procede a realizar dos consideraciones: analizar, en primer término, el cargo propuesto por el demandante y, en consecuencia, resolver sobre la violación al principio de *non bis*

*in ídem*. Luego, y conforme con tal análisis, individualiza nuevamente la pena para todos los condenados por los hechos que dieron origen al presente proceso.

No diremos nada en relación con el primero de los apartados, esto es, la “Acotación previa”, como quiera que ello ya fue objeto de mención; además, no creemos que merezca comentario alguno, diferente a reconocer que es, en nuestro criterio, una correcta aplicación de los términos del art. 187 de la Ley 906 de 2004.

En relación con el segundo apartado de la sentencia, “Del caso concreto”, nos ocuparemos sólo de las consideraciones jurídicas relativas a la violación al principio *non bis in ídem*, pues es este el objeto del presente comentario. Así, no se hará consideración ni examen alguno al proceso de individualización de la pena.

En el examen jurídico que realiza la Corte se comienzan indicando las hipótesis que dan lugar a la violación del principio fundamental al *non bis in ídem*, conforme se ha desarrollado éste por parte la jurisprudencia ordinaria y constitucional. Así, el mismo se afecta en una cualquiera de las siguientes situaciones: al investigar, acusar, enjuiciar o sancionar penalmente, cuando por el mismo delito ya se ha juzgado previamente, independiente del resultado del proceso. Dice, en este sentido, lo siguiente:

La prohibición de investigar, acusar, enjuiciar o sancionar penalmente a una persona por un delito por el cual ya ha sido juzgada en un proceso penal anterior, sea que haya sido absuelta o condenada.

También se lesiona el principio, cuando se agrava la consecuencia jurídica, o la pena, por un comportamiento delictivo, por razón de una circunstancia ya tenida en cuenta.

La prohibición de agravar la pena imponible a un comportamiento delictivo, en virtud de una circunstancia que ya fue tenida en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal.

Dicho esto, afirma la Corte que la hipótesis que se presenta con ocasión de la demanda de casación se corresponde con la segunda de las mencionadas posibilidades de lesión al *non bis in ídem*. Esto es, la agravación de un delito, en concreto el hurto, sobre la base de una circunstancia ya considerada en otra conducta delictiva, el concierto para delinquir.

Esta última hipótesis se presenta en el caso examinado porque el motivo de agravación contenido en el numeral 10º del artículo 241 del Código Penal, referido a que dos o más personas hubiesen acordado cometer el hurto, coincide con los elementos centrales de la descripción típica del delito de concierto para delinquir del artículo 340 del Código Penal.

Dicho esto, afirma inmediatamente la Corte que se presenta una afectación al principio de *non bis in ídem*, pues tanto la agravante del hurto –numeral 10 del art.

241 del CP— como el delito de concierto para delinquir —art. 340 del CP—, valoran negativamente la participación de un número plural de personas para la configuración del desvalor correspondiente en cada caso.

En otras palabras, la causal de agravación punitiva —ser cometido por dos o más personas que se hubiesen reunido o acordado para cometer el delito— se refiere a la misma circunstancia tomada en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal de concierto para delinquir, por manera que se infringe el principio *non bis in ídem* al considerarlas en forma simultánea.

Como sustento, expone la Corte tres argumentos: los dos primeros fundamentan la violación al *non bis in ídem* y, el tercero, sirve de apoyo para imputar responsabilidad por el delito de concierto para delinquir y no sancionar la agravante del hurto. Así, en primer lugar, indica la Corte que existe la identidad de fundamento, primero, y de fines, segundo, entre circunstancia agravante del hurto y delito de concierto para delinquir; y, en tercer y último lugar, indica que verificada la violación al *non bis in ídem*, procede la aplicación preferente del delito de concierto para delinquir, antes que la circunstancia agravante del hurto.

Al hilo de lo anterior, se afirma en la sentencia que la agravante del hurto —numeral 10 del art. 241 del CP— y el delito de concierto para delinquir —art. 340 del CP—, tienen el mismo fundamento, identidad que deriva de su tipificación en el Código penal.

Adicionalmente, la sanción, en ambos casos, se establece en el ordenamiento punitivo nacional, luego ambas comparten el mismo fundamento normativo.

Adicionalmente, y como antes se indicó, la circunstancia agravante del hurto —numeral 10 del art. 241 del CP— y el delito de concierto para delinquir —art. 340 del CP—, tienen, a juicio de la Sala Penal de la Corte, el mismo fin, cual es el mayor reproche derivado del acuerdo en la comisión de delitos, argumento que se presenta en dos apartes separados de la sentencia:

Por demás, tanto el delito autónomo como la agravante buscan sancionar con mayor rigor a quienes acuerdan la comisión de delitos, con el propósito de salvaguardar la seguridad pública, indiscutiblemente afectada cuando se pacta la comisión de delitos indeterminados o la realización de un específico hecho delictivo.

En este primer caso, tal igualdad de finalidad lleva a la Corte a sostener la equivalencia de bien jurídico protegido, como es, a tenor de la sentencia, “la seguridad pública”. Por el contrario, en la segunda oportunidad que la Corte menciona la equivalencia de fin, anuda a ello la identidad de “sujeto, objeto y causa”, para derivar de allí la violación al principio de *non bien in ídem*.

Y, por último, persiguen finalidades iguales, es, decir, reprochar penalmente el acuerdo criminal para la comisión de conductas delictivas, con lo cual se satisface la triple exigencia de identidad de sujeto, objeto y causa.

Dicho esto, es decir, afirmada la violación al *non bis in idem*, el último argumento de la Corte está dedicado a justificar la aplicación preferente del delito del art. 340 CP sobre el art. 239 y 241 numeral 10 CP. Ahora, sin entrar a una consideración precisa en relación con este último aspecto, y con profundo respeto para con la Sala, es preciso decir que en este punto el argumento de la Corte no es claro, pues no pasa de decir que el delito de concierto se aplica preferentemente al de hurto pues "...se identifica de mejor manera con el actuar de los procesados...", siendo, justamente, esto último lo que habría de resolverse con ayuda de criterios de interpretación a la luz del concurso de normas. Es justo decir que al hilo del argumento de la Corte, que se transcribe *infra*, hay un aspecto que pareciera dar a entender que existe una relación de especialidad entre una y otra figura delictiva en conflicto, es decir, entre la circunstancia agravante del hurto –numeral 10 del art. 241 del CP– y el delito de concierto para delinquir –art. 340 del CP–, cual es el que los condenados "...orientaron su comportamiento a cometer pluralidad de delitos...", por lo que prima la aplicación de este último sobre la primera. Sin embargo, tampoco es claro que sea esta la razón que llevó a la Corte a la aplicación preferente del delito de concierto para delinquir.

el concierto para delinquir tiene un espectro más amplio y se identifica de mejor manera con el actuar de los procesados, en la medida que como integrantes del grupo delincuencial orientaron su comportamiento a cometer pluralidad de delitos, entre ellos, secuestro, hurto, porte de armas.

#### **4. Decisión**

Con fundamento en los argumentos antes referidos, la Corte casa la sentencia y resuelve que, por la violación al principio de *non bis in idem*, se de aplicación preferente del delito de concierto para delinquir –art. 340 del CP–, sobre la circunstancia agravante del hurto –numeral 10 del art. 241 del CP–.

Es manifiesto, entonces, que el Tribunal afectó la garantía del debido proceso en su variante *non bis in idem* al incluir en la tasación de la pena la misma circunstancia fáctica como tipo penal básico y como agravante. Por ende, la Corte casará parcialmente el fallo impugnado para declarar que en la conducta atribuida al procesado no concurrió la agravante contenida en el numeral 10º del artículo 241 del Código Penal, referida a la realización «por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado» cometer el delito.

## 5. Comentarios a la sentencia

En este punto, el último de este examen, se analizarán los argumentos utilizados por la Corte, conforme el siguiente orden: primero, una referencia al principio de *non bis in idem* y las hipótesis en las que éste puede verse afectado. Segundo, los fundamentos y fines de los dos supuestos normativos analizados por la Corte: el concierto para delinquir –art. 340 del CP–, y la circunstancia agravante del hurto –numeral 10 del art. 241 del CP–. Tercero, la relación que a nuestro juicio puede plantearse entre delitos de hurto y de concierto para delinquir, así como la solución al conflicto que supone la aplicación de uno u otro.

### 5.1. El principio de *non bis in idem* o prohibición de sancionar dos veces por un mismo hecho

La prohibición de sancionar dos veces por un mismo hecho se encuentra consagrada en las normas rectoras del CP, art. 8. Esta abarca tanto casos de doble sanción por el mismo hecho y con fundamento en la misma norma penal, como el caso de doble sanción por supuestos que presentan diferente denominación jurídica pero que, en definitiva, se trata del castigo al mismo hecho<sup>3</sup>.

Al margen de la regulación penal, la prohibición a la doble sanción encuentra soporte constitucional en el art. 29 de la Constitución política, donde se consagra la garantía constitucional al debido proceso. Conforme este artículo, el principio al *non bis in idem* tiene cobertura, tanto en materia penal, como en el amplio campo del derecho sancionatorio y, en general, a todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas<sup>4</sup>.

El reconocimiento del *non bis in idem* para todo tipo de actuaciones judiciales o administrativas ha planteado el problema de su aplicación, no sólo al interior de un concreto ámbito de regulación, como puede ser el Derecho penal, sino la posibilidad de reconocimiento en diferentes ámbitos jurídicos: por ejemplo, en caso de concurrencia

---

3 “Lo anterior significa que no sólo se prohíbe que al mismo sujeto se le castigue varias veces con base en la misma norma y partiendo del mismo hecho sino, además, que se castigue reiteradamente el mismo comportamiento, con base en normas diversas que le atribuyen igual desvalor”, en: SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, y TORO TABORDA, MARIANA. “Fundamento y alcances de la prohibición de doble incriminación del art. 8 C.P.”, *Nuevo Foro Penal* N° 89, 2017, p. 130.

4 Corte Constitucional, Sentencia C-554 del 30 de mayo de 2001, M.P., Clara Inés Vargas Hernández. En esta sentencia se afirma, en tal sentido, lo siguiente: “El non bis in idem se hace extensivo a todo el universo del derecho sancionatorio del cual forman parte las categorías del derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional, el derecho de punición por indignidad política (impeachment) y el régimen jurídico especial ético - disciplinario aplicable a ciertos servidores públicos (pérdida de investidura de los Congresistas)”.

de sanciones administrativas –Derecho administrativo– y penales –Derecho penal–. Sin embargo, dado que en el caso objeto de examen sólo interesa la aplicación de normas pertenecientes al Derecho penal, como son las correspondientes al delito de concierto para delinquir –art. 340 del CP–, y la circunstancia agravante del hurto – numeral 10 del art. 241 del CP–, centraremos nuestra atención en la aplicación del principio en materia de normas de Derecho penal.

Desde la perspectiva señalada, principio del *non bis in idem* tiene vocación de derivar efectos procesales y sustantivos. En el primer caso, impidiendo que se adelanten dos procesos o se juzgue dos veces, bien sea de forma simultánea o sucesiva, por los mismos hechos. En este sentido, y como se desprende de la jurisprudencia constitucional, este principio se relaciona con el de cosa juzgada, impidiendo por ello que se adelanten procesos judiciales con un objeto y una causa idéntica si un hecho ha sido previamente resuelto<sup>5</sup>. En el segundo caso, dimensión sustantiva, impidiendo la doble sanción con fundamento en un mismo hecho, independiente de la denominación normativa que se invoque para la doble sanción<sup>6</sup>.

En el caso sometido a examen por la Corte, interesa sólo la dimensión sustantiva del *non bis in idem*, pues la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, que da origen al trámite de casación y al problema jurídico objeto de estudio, tuvo lugar en un solo procedimiento penal. Así, el principio se vio afectado, a juicio de la Corte, en lo que a la dimensión sustantiva se refiere, pues en el mismo procedimiento se sancionó dos veces por un mismo hecho: concertarse para cometer delitos, tanto con fundamento en el delito de concierto para delinquir –art. 340 del CP–, como para sustentar la circunstancia agravante del hurto –numeral 10 del art. 241 del CP–.

En su dimensión sustantiva, el principio de *non bis in idem* puede lesionarse, más allá de lo dicho la Corte<sup>7</sup>, cuando menos en tres diferentes escenarios hipotéticos: cuando un mismo elemento típico hace parte de dos tipos delictivos autónomos (por ejemplo, al sancionar, por los mismos hechos, por los delitos de constreñimiento ilegal, art. 182 CP y extorsión, art. 244 CP); si se sanciona teniendo en consideración un elemento que hace parte de un tipo delictivo básico –tipo básico– y una circunstancia agravante prevista para éste, esto es, un subtipo agravado –subtipo agravado o

5 Corte Constitucional, Sentencia C-554 del 30 de mayo de 2001, M.P., Clara Inés Vargas Hernández.

6 SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, y TORO TABORDA, MARIANA. “Fundamento y alcances de la prohibición de doble incriminación del art. 8 C.P.”, p. 123.

7 A juicio de la Corte, la afectación al principio de *non bis in idem* tiene lugar cuando se agrava la sanción por “...un comportamiento delictivo, en virtud de una circunstancia que ya fue tenida en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal”.

tipo derivado agravado— (ello puede ocurrir, en nuestro criterio, que no es el de la jurisprudencia ordinaria y constitucional y de la doctrina nacional mayoritaria, en el caso de la circunstancia de embriaguez, tanto la prevista en el numeral 1 como en el numeral 6 del art. 110 y el delito de homicidio culposo y lesiones personales culposas, arts. 109 y 121 respectivamente<sup>8</sup>. También puede presentarse esta hipótesis, en la conjunta aplicación de la circunstancia agravante prevista en el art. 211.4 CP y los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, art. 208 CP y acto sexual con menor de catorce años, art. 209 CP<sup>9</sup>); finalmente, al sancionar por una circunstancia perteneciente a un subtipo agravado —subtipo agravado o tipo derivado agravado— y un tipo penal autónomo diferente al que se refiere el subtipo derivado, (en este caso, por ejemplo, podría plantearse la hipótesis del delito de homicidio agravado, arts. 103 y 104.3 y una cualquiera de las conductas delictivas a que remite, precisamente, el numeral 3 del art. 104<sup>10</sup>. También se presenta esta tercera hipótesis, por ejemplo, en

8 En relación con este aspecto y planteando la violación al *non bis in idem*, por todos: SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO y GALLEGO GARCÍA, GLORIA MARÍA, “Las circunstancias agravantes del homicidio imprudente en el Código Penal colombiano”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 61, 1999, pp. 35 y ss. También, más recientemente, SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, y ALVAREZ A, JUAN CARLOS, “El homicidio imprudente agravado por la embriaguez o el influjo de sustancias que produzcan dependencia física o psíquica”. *Nuevo Foro Penal* N° 83, 2014, pp. 128-66. Una posición contraria a la afectación en estos supuestos al principio de *non bis in idem* (en los casos de concurrente aplicación de la circunstancia de embriaguez, numerales 1 y/o 6 del art. 110 y el delito de homicidio culposo y lesiones personales culposas, arts. 109 y 121 respectivamente), por ejemplo POSADA MAYA, RICARDO, *Delitos contra la vida y la integridad personal. El homicidio, el genocidio y otras infracciones*. Tomo I. Ibáñez. Universidad de los Andes, Bogotá, 2015, pp. 222 y ss. De la misma opinión, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Ediciones jurídicas Andrés Morales. 2013, Bogotá, p. 193. La jurisprudencia ordinaria y constitucional apoya la tesis de la ausencia de violación al *non bis in idem* en los casos de concurrencia de sanción en estos casos, como se desprende de las sentencias C-425 de 1997 y C-115 de 2008. En relación con la jurisprudencia ordinaria, esta es consistente en la aplicación de la circunstancia de embriaguez y el delito de homicidio o lesiones culposas. Entre muchas otras, la sentencia de la CSJ de 10 de diciembre de 2007, rad. 25227, ponente Javier Zapata Ortíz.

9 En este sentido, la sentencia C-521-09 de 4 de agosto de 2009, ponente Dr. María Victoria Calle Correa.

10 Así lo reconocen, entre otros autores, POSADA MAYA, RICARDO, *Delitos contra la vida y la integridad personal. El homicidio, el genocidio y otras infracciones*, p. 123. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Delitos contra la vida y la integridad personal*, p. 105. No obstante, la jurisprudencia no siempre reconoce la violación al principio del *non bis in idem* en la conjunta aplicación de los arts. 103 y 104.3 y cualquiera de las conductas típicas previstas en el Capítulo II del Título XII y en el Capítulo I del Título XIII, del libro segundo del Código Penal, como se desprende de la sentencia de la CSJ 25 de julio de 2007, rad. 27383, ponente Yesid Ramírez Bastidas, donde se afirma lo siguiente: “Por lo demás, la previsión legal de la agravante para el homicidio ejecutado “por medio de cualquiera de las conductas previstas en el Capítulo II del Título XII y en el Capítulo I del Título XIII, del libro segundo” del Código Penal, no está concebida para impedir la presencia de un concurso de delitos entre el homicidio y cualquiera de los previstos en el citado aparte normativo, amén que desde la perspectiva político-criminal resulta adecuado y necesario que todos aquellos hechos que producen o generan grave alarma social, como ocurre en el asunto sub examine, sean merecedores de la mayor reacción punitiva legalmente permitida”.

el caso del hurto calificado, arts. 239 y 240.3 CP y el delito de violación de habitación ajena, art. 189 CP<sup>11</sup>).

En el caso que dio lugar a la sentencia de casación objeto de este análisis, el supuesto en que se ubica la violación al principio al *non bis in ídem* se corresponde con el tercero de los escenarios referidos. Esto es, la aplicación por parte del Tribunal de segunda instancia de una circunstancia perteneciente a un subtipo agravado y un tipo autónomo en el que el desvalor radica en el mismo hecho. Como se indicó *supra*, a juicio de la Corte se presenta un doble desvalor, en relación con un mismo hecho, como es el acuerdo para la comisión de delitos, circunstancia presente, como se afirma en la sentencia, tanto en la circunstancia agravante del hurto como en el delito de concierto para delinquir.

## **5.2. Fundamento y fines del delito de Concierto para delinquir –art. 340 del CP– y de la circunstancia agravante del hurto –numeral 10 del art. 241 del CP–**

Como ya se indicó, la Corte sostiene que la sentencia de segunda instancia violó el principio de *non bis in ídem*, al condenar penalmente por el delito de concierto para delinquir, –art. 340 del CP– y por el delito de hurto agravado –numeral 10 del art. 241 del CP–<sup>12</sup>. Y, como también se indicó, en sustento de lo anterior la Corte invoca la equivalencia de fundamento y fines de ambas normas, lo cual conduce, en términos de la sentencia a satisfacer “. . . la triple exigencia de identidad de sujeto, objeto y causa”. Dicho esto, es preciso analizar si existe tal equivalencia de fundamento y fines, que permita la identidad de sujeto, objeto y causa.

En consideración con la circunstancia agravante del hurto –numeral 10 del art. 241 del CP–, para comenzar, no es claro que exista fundamento convincente para la mayor gravedad del tipo básico. Esto, puesto que el hecho de la participación en la

11 Por ejemplo, la sentencia de la CSJ 25 de julio de 2007, rad. 27383, ponente Yesid Ramírez Bastidas.

12 Conclusión que no dista a la que se puede presentar, conforme la legislación española, a juicio de Muñoz Conde, quien afirma, en relación con la circunstancia prevista en el numeral 9 del art. 235 del CP español, lo siguiente: “La posibilidad del concurso (real) entre este hurto cualificado y la pertenencia a una organización o grupo criminal roza el *ne bis in ídem* y, en todo caso, obliga a imponer una pena que en muchos casos puede ser desproporcionada a la gravedad del delito”, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho penal, parte especial*, 20<sup>a</sup> ed. Tirant Lo Blanch, 2015, Valencia, p. 340. En la más reciente edición de esta obra, se aclara que la relación existente entre esta circunstancia agravante y el delito de pertenencia a organización o grupo criminal es constitutiva de concurso de leyes y no de delitos: “La mera pertenencia a la organización o al grupo es constitutiva de delito, pero entre este delito de pertenencia y el hurto cualificado hay un concurso de leyes a resolver por alternatividad”, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho penal, parte especial*, 21<sup>a</sup> ed. Tirant Lo Blanch, 2017, Valencia, p. 345.

realización del delito es, *per se*, elemento que permite la imputación de responsabilidad penal a quien participa en éste. Por ello, el hecho de la participación, que ya soporta la responsabilidad penal por el tipo básico, no es claro que sea, además, justificación de la mayor gravedad<sup>13</sup>. Ahora, sin perjuicio de lo anterior, centraremos el análisis en los fines y justificación que se han ofrecido tradicionalmente a esta agravante.

La participación de dos o más personas en la comisión del hurto —numeral 10 del art. 241 del CP— se entiende, para todos los efectos, como una circunstancia agravante del tipo básico, es decir, como subtipo agravado, y no como un elemento que hace parte del tipo de hurto o de un delito autónomo de hurto<sup>14</sup>. Por esto, la participación en la

13 Un juicio receloso en relación con una circunstancia similar, esto es, la del numeral 9 del artículo 235 del CP español, tipificada con la reforma al Código penal introducida por la LO 1/2015 de 30/03/2015, se encuentra en el siguiente aparte: “En los últimos números del art. 235 se hallan varias circunstancias específicas que endurecen la sanción por diferentes motivos, siendo el más genérico la proyección de las consecuencias del renacimiento de un nuevo derecho penal de autor”, BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, “Delitos contra el patrimonio económico y el orden socioeconómico (II)”, *Derecho penal, parte especial*, González Cussac (coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 351.

14 En relación con este aspecto, la doctrina nacional tiene una muy dispar opinión sobre el concepto de circunstancia y la diferencia entre lo que sea ésta y lo que es elemento del tipo, lo que deriva en conceptos más amplios o más estrictos de circunstancia, con diferencias en la aplicación de cláusulas como la del numeral 10 del art. 241. Así, por ejemplo, un concepto estricto de circunstancia ha sido defendido por Velásquez Velásquez, quien niega el carácter de tales a los elementos que conforman los tipos agravados o atenuados, reservando el concepto sólo a elementos que no tienen vinculación con el supuesto de hecho de la norma. Dice, en este sentido, lo siguiente: “Tampoco, como se precisa luego, son circunstancias en sentido estricto aquellos agregados de los tipos básicos o fundamentales que conforman los llamados *tipos circunstanciados*, sean atenuados o agravados, a los que se refiere la ley en la Parte especial del estatuto y en las leyes penales complementarias; igual sucede con diversas consagraciones de la Parte general que, pese a llamarse “circunstancias”, son en verdad verdaderos elementos típicos. Por ello, entonces, el concepto de *circunstancia*, para los efectos presentes, no puede entenderse de manera *amplia* (todo aquello que la ley llama como tal) sino *restringida*, como aquel dato, característica o relación que no tenga ninguna vinculación con el supuesto de hecho de una norma penal”, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho penal, parte general*, Tomo II, Editorial jurídica de Chile, 2009, p. 1099. Un concepto restringido de circunstancia, también en ANDRADE CASTRO, JASON ALEXANDER, CALDAS BOTERO, LUISA FERNANDA, DE LA VEGA MARTINIS, ORLANDO HUMBERTO, “Reflexiones sobre la comunicabilidad de circunstancias del autor al partícipe”, *Derecho Penal y Criminología*. 25, 75 (1), pp. 131 y ss. En sentido contrario, esto es, una posición amplia, se sustenta en nuestra doctrina por parte de Tamayo Jaramillo, quien afirma: “Así entonces, se asume en este trabajo un concepto amplio, y por tanto unificador del concepto de circunstancias que involucra tanto las específicas como las genéricas, lo cual conlleva una consecuencia para el caso colombiano muy relevante, consistente en incluir a ambos tipos en la regulación sobre comunicabilidad prevista en el artículo 62 del Código Penal, insistimos, por cuanto la única diferencia relevante es la incidencia en la determinación de la pena. Con esto adelantamos una conclusión de la presente investigación”, TAMAYO PATIÑO, FRANCISCO, “Las circunstancias de agravación punitiva en el derecho penal colombiano. aproximaciones a una fundamentación”, *Nuevo Foro Penal* N° 79, 2013, p. 26. También, y en defensa de una posición amplia de circunstancia, la siguiente afirmación: “Creemos que, en un sentido general o amplio, en nuestro Código Penal debe entenderse por circunstancia toda aquella condición que modifica la responsabilidad penal. Se requiere, por consiguiente, que se trate de una condición diferente a las

comisión del hurto es, en tanto circunstancia, elemento accidental en la realización del tipo básico de hurto y, por ello, elemento del que no depende la existencia del delito en los precisos términos del art. 239 CP, afectando exclusivamente, por ello, la gravedad o pena aplicable al mismo. En este sentido, el fundamento de la mayor gravedad producto que dos o más personas se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto, es un *plus* en la realización de los elementos que ya pertenecen al tipo objetivo y subjetivo del delito o tipo básico de hurto. Por esto, y dado que la mayor gravedad no debe escapar a los presupuestos de responsabilidad penal, ese *plus* puede derivar bien de un mayor grado de injusto, atendiendo a un mayor desvalor objetivo o subjetivo de acción, bien a un mayor grado de culpabilidad. En el caso de la circunstancia objeto de análisis, todo apunta al mayor grado de injusto por un mayor desvalor objetivo de acción, pues la presencia de varias personas en la realización del hurto facilita la acción de apoderamiento y, consecuentemente, dificulta la defensa del objeto material<sup>15</sup>.

---

constitutivas (elementos) del injusto y de la culpabilidad, pues estas no modifican, sino que fundamentan la responsabilidad”, en SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO y GALLEGU GARCÍA, GLORIA MARÍA, “Las circunstancias agravantes del homicidio imprudente en el Código Penal colombiano”, p. 36

- 15 Este es el sentido que, en general, nuestra doctrina confiere a la circunstancia. Ejemplo de ello, entre otros, lo siguiente: “Son fundamentos claros de la agravante los siguientes: la mayor peligrosidad de un agente plural, pues lo son en más alto grado quienes se ponen de acuerdo para delinquir que los que obran individualmente; el mayor riesgo que corre la propiedad ajena ya que ofrece mayores garantías de éxito el delito cometido entre varios que el ejecutado por una sola persona; el peligro que el curso de personas representa para quienes eventualmente salgan en defensa de lo suyo, pues es obvio que la actuación colectiva hace psicológicamente a los ladrones más audaces y más fuertes”, ESCOBAR LÓPEZ, EDGAR, *Delitos contra el patrimonio económico*, Leyer, Bogotá, 2016, p. 236. “La mayor gravedad de la pena para quien actúa en banda se debe a la premeditación que ello implica, y a la mayor indefensión de la víctima que se ve a merced de sus atacantes o victimarios”, ENCISO VANEZAS, CAMILO, “Capítulo primero. Hurto y otros delitos contra el patrimonio económico”, *Manual de derecho penal, parte especial*. Tomo I. Carlos G. Castro Cuenca (coord.), Temis. Universidad del Rosario. Bogotá. 2011, p. 356. “La pluralidad de agentes concertados puede implicar, y por la intimidación, algún grado de violencia moral; proporciona seguridad en la actuación, y puede representar un medio positivo para alcanzar la impunidad; en general, la unión de mentes y voluntades ofrece eficacia a cualquier actividad humana”, PABÓN PARRA, PEDRO ALONSO, *Delitos contra el patrimonio económico*, Ediciones doctrina y ley, Bogotá, 2002 p. 103. En punto al Código penal italiano, que tipifica una circunstancia similar para el delito de hurto del art. 624 (circunstancia prevista en el art. 625 numeral 5, –si el hecho se comete por tres o más personas–), la doctrina considera que el fundamento radica bien en la mayor eficacia en la actividad criminal o la disminución de las posibilidades de defensa: “La *ratio* de la agravante en examen vine identificada en la mayor eficacia de la acción criminosa [G. Pecorella (40) 388] y/o en la disminución de las posibilidades de defensa privada [Mantovani (25) 380]”, DOLCINI, EMILIO, MARINUCCI, GIORGIO, *Codice penale commentato*, Tomo III, III Edizione, IPSOA, Milanofiori Assago (MI), 2011, p. 6145. En relación con la legislación penal alemana, que cualifica el hurto cuando éste se comete por quien es miembro de una banda (§244.2 CP alemán), el fundamento radica en consideraciones que apuntan más a una mayor peligrosidad de la acción y, por esto, en mayor grado de injusto por mayor desvalor objetivo de acción, que por la afectación de otros bienes jurídicos diferentes al patrimonio. En este sentido, por ejemplo, lo siguiente: “El fundamento de la cualificación se

Dicho esto, se niega en consecuencia que la agravante suponga un mayor desvalor de resultado, pues la presencia de diferentes personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto no comporta lesión o puesta en peligro alguno para bien jurídico diferente al patrimonio, que es aquel que se protege con la acriminación del tipo básico, esto es, con el hurto. Dicho esto, la tesis expresada en la sentencia nos resulta equivocada en un doble sentido. Por una parte, radicar la equivalencia de fundamento entre la circunstancia agravante del hurto –numeral 10 del art. 241 del CP– y el delito de concierto para delinquir –art. 340 del CP– en el hecho de pertenecer al mismo ordenamiento punitivo, no es aceptable, pues con ello tendríamos que aceptar en más casos de los deseables político criminalmente, un concurso de leyes<sup>16</sup>. Es más, en lo que al fundamento se refiere a fin de predicar equivalencia y, por ello, la posible afectación al principio de *non bis in idem*, este debe radicar en la equivalencia de desvalor entre las normas en conflicto, lo que nada tienen que ver con que éstas se encuentren en el mismo compendio normativo<sup>17</sup>.

Por otra parte, de la argumentación de la Corte deriva una segunda equivocación, cual es la equivalencia en el bien jurídico protegido por la circunstancia agravante del hurto –numeral 10 del art. 241 del CP– y el delito de concierto para delinquir –art. 340 del CP–, puesto que al justificar la finalidad de ambas regulaciones, afirma que éstas se dirigen a “salvaguardar la seguridad pública”<sup>18</sup>. Sin embargo, y como viene de expresarse, el fundamento de la circunstancia –numeral 10 del art. 241 del CP– nada tiene que ver con la protección a otro bien jurídico que no sea el patrimonio y, por ello, en nada se relaciona con la seguridad pública. Es decir, el fundamento no radica en

---

funda en la peligrosidad abstracta de la banda que deriva del vínculo que los miembros establecen para el futuro y que constituye un incentivo para continuar la actividad delictiva”, FISCHER, THOMAS, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 63 Ed. C.H. Beck, Múnich, 2016, p. 1770. En relación con la legislación alemana, más claro resulta el vínculo de la agravante en comento, con el mayor desvalor de acción, el fundamento de la agravante, conforme la explicación de Kindhäuser, quien manifiesta: “El fundamento de la cualificación del hurto en banda es la (potencial) mayor eficacia de la injerencia en la propiedad si éste es diseñado y llevado a cabo por varias personas (“peligro de la acción”)”, KINDHÄUSER, URS, *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 5 Ed. Nomos, Baden-Baden, 2013, p. 914.

- 16 Recuérdese que en este punto, la afirmación de la Corte es la siguiente: “Adicionalmente, la sanción, en ambos casos, se establece en el ordenamiento punitivo nacional, luego ambas comparten el mismo fundamento normativo”, sentencia de la Corte Suprema de Justicia, SP-1549-2019 (Rad. 49647).
- 17 Así, SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, y TORO TABORDA, MARIANA. “Fundamento y alcances de la prohibición de doble incriminación del art. 8 C.P.”, p. 129.
- 18 “Por demás, tanto el delito autónomo como la agravante buscan sancionar con mayor rigor a quienes acuerdan la comisión de delitos, con el propósito de salvaguardar la seguridad pública, indiscutiblemente afectada cuando se pacta la comisión de delitos indeterminados o la realización de un específico hecho delictivo”, sentencia de la Corte Suprema de Justicia, SP-1549-2019 (Rad. 49647).

un mayor desvalor de resultado, esto es, en una afectación adicional al bien jurídico patrimonio económico<sup>19</sup>.

Ahora, aclarado lo relativo al fundamento de la circunstancia –numeral 10 del art. 241 del CP–, decir que el fin de la misma no puede ser otro que la protección de un bien jurídico, conforme con lo establecido por el art. 11 del CP, bien jurídico que, como se ha dicho, no es otro diferente al patrimonio económico.

En relación con el delito de concierto para delinquir, –art. 340 del CP–, el fin de su tipificación es, análogamente a lo dicho previamente, la protección de un bien jurídico, como deriva del art. 11 CP. Ahora bien, en este caso, y como bien se indica en la sentencia que se analiza, el bien jurídico protegido es la seguridad pública, como se deduce, por demás, del *nomen iuris* del Título XII del CP<sup>20</sup>. En lo relativo al fundamento del delito, este radica en la protección al bien jurídico antes mencionado, en tanto el acuerdo para la comisión de delitos en general supone, a juicio de nuestro legislador, una amenaza a la seguridad pública<sup>21</sup>.

### **5.3. Relación entre delitos de lesión, delito de hurto, y de peligro, concierto para delinquir**

Este último punto está destinado a analizar la relación entre el delito de hurto agravado y el concierto para delinquir, a fin de concluir si ambos pueden ser aplicados sin violación al *non bis in idem* o, por el contrario, entre ellos se presenta un concurso de normas. Además, en caso de existir el concurso de normas, como se cree que existe, justificar la solución que al mismo debe darse.

La doctrina penal en Colombia no es unánime en la solución al conflicto que supone la aplicación de los delitos de hurto agravado –numeral 10 del art. 241 del CP– y el delito de concierto para delinquir –art. 340 del CP–. Es posible encontrar autores para quienes el concurso de delitos no supone afectación alguna al principio de *non bis in idem*, en tanto otros se decantan por un concurso de normas. Entre los primeros encontramos a Pabón Parra, quien no plantea reparo alguno al concurso

19 Se considera correcta, por demás, la tesis que defienden Sotomayor Acosta y Toro Taborda, en el sentido de que, incluso, la equivalencia de bien jurídico protegido no representa adecuadamente la identidad de fundamento que se exige para predicar la afectación al *non bis in idem*. En este sentido, SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, y TORO TABORDA, MARIANA. “Fundamento y alcances de la prohibición de doble incriminación del art. 8 C.P.”, pp. 218 y 219.

20 En este sentido, CRUZ BOLÍVAR, LEONARDO, “Delitos contra la seguridad pública”, *Lecciones de Derecho penal, parte especial*, segunda edición, Universidad Externado, 2011, pp. 465 y ss.

21 *Ibid.*, p. 468.

material<sup>22</sup>. Por el contrario, para Escobar López, casos como el que nos ocupa da lugar a un concurso de normas y no de delitos<sup>23</sup>.

La solución al problema jurídico planteado, esto es, si existe un concurso de delitos o de normas entre los supuestos de los delitos de hurto agravado –numeral 10 del art. 241 del CP– y el delito de concierto para delinquir –art. 340 del CP– y, en caso de existir, cuál aplicar en el caso concreto, pasa por aclarar dos aspectos. El primero, de orden lógico, establecer la relación entre los dos tipos en juego. El segundo, de orden axiológico, determinar la norma a aplicar, una vez constatada la relación lógica que entre ellas existe.

En relación con el primer problema, esto es, las posibilidades lógicas de relación entre los tipos penales, estas pueden dar lugar, siguiendo a Ulrich Klug<sup>24</sup>, a cuatro conceptos diferentes: heterogeneidad<sup>25</sup>, identidad<sup>26</sup>, subordinación<sup>27</sup> e interferencia<sup>28</sup>.

22 “Se incluye en esta agravante el “concierto para hurtar”, en el que varias personas se asocian para cometer un delito de hurto; si el concierto tiene como finalidad cometer delitos en forma genérica, tendremos concurso material entre hurto agravado y concierto para delinquir”, PABÓN PARRA, PEDRO ALONSO, *Delitos contra el patrimonio económico*, Ediciones doctrina y ley, Bogotá, 2002 p. 103. En el mismo sentido, más recientemente, CRUZ BOLÍVAR, LEONARDO, “Delitos contra la seguridad pública”, *Lecciones de Derecho penal, parte especial*, p. 471.

23 “Las dos o más personas a que se refiere el ordinal transcrito deben haberse reunido con el propósito específico de cometer un hurto determinado, pues si se han asociado con el propósito indeterminado de cometer delitos incurrir en el ilícito de concierto para delinquir (art. 340, C. Penal)”, ESCOBAR LÓPEZ, EDGAR, *Delitos contra el patrimonio económico*, Leyer, Bogotá, 2016, p. 236 y 237. En iguales términos: “Las dos o más personas de que habla la disposición deben haberse reunido con el propósito específico de cometer un hurto determinado, pues si se han asociado con el propósito indeterminado de cometer delitos, incurrir en concierto para delinquir (art. 186) aunque no lleguen a cometer ninguna infracción penal”, VICENTE ARENAS, ANTONIO, *Comentarios al Código penal colombiano, parte especial*, Tomo II, reimpresión, Temis, Bogotá, 1991, p. 502. Conforme la legislación penal española, no es posible un concurso material o ideal entre la circunstancia agravante del delito de hurto y la pertenencia a banda u organización, como quiera que por mandato legal el precepto más grave consume al más leve, conforme los arts. 8.4 y 570 quáter 2 del CP español, que, a juicio de Muñoz Conde, es expresión del principio de alternatividad. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho penal, parte especial*, 21ª ed. Tirant Lo Blanch, 2017, Valencia, p. 345.

24 KLUG, ULRICH, “Sobre el concepto de concurso de leyes. (Análisis lógico de la regulación lingüística de la dogmática penal)”, *Problemas de la filosofía y la pragmática del Derecho*, Fontamara, Mexico, 1996, pp. 57 a 75.

25 “Se habla de heterogeneidad cuando un objeto que cae bajo el concepto A nunca cae bajo el concepto B y viceversa”, *Ibid.*, p. 62.

26 “Como es sabido, estamos frente a la identidad (igualdad, coincidencia) de dos conceptos cuando cada objeto que cae bajo el concepto A cae también bajo el concepto B y viceversa”, *Ibid.*, p. 62.

27 “Existe subordinación (inclusión) cuando cada objeto que cae bajo el concepto A también cae bajo el concepto B, sin que valga lo inverso”, *Ibid.*, p. 62.

28 “...se habla de interferencia (intersección, cruce) cuando con respecto a dos conceptos A y B se cumplen las siguientes condiciones: por lo menos un objeto que cae bajo el concepto A cae también bajo el concepto B y por lo menos un objeto que cae bajo el concepto A no cae al mismo tiempo bajo el concepto

Para el caso del concurso de leyes o concurso aparente, las relaciones conceptualmente posibles sólo pueden ser las de subordinación e interferencia<sup>29</sup>. En el concepto lógico-conceptual de subordinación, pueden relacionarse los criterios de especialidad y alternatividad. Por el contrario, el concepto lógico conceptual de interferencia permite relacionar los criterios de subsidiariedad y consunción<sup>30</sup>.

Parece posible afirmar que la relación lógica entre los tipos penales contenidos en los arts. 241 numeral 10 (concepto A) y 340 (concepto B) del CP es de interferencia, dado que un elemento del concepto A –actuar en coparticipación criminal o “o por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto”– cae bajo el concepto B –que “varias personas se concierten con el fin de cometer delitos”–, y viceversa. En otros términos, entre los tipos penales en juego existe un elemento, sólo uno, que puede ser comprendido en cada uno de los dos delitos, mientras que son diferentes en los demás elementos típicos<sup>31</sup>. Por esto, las posibilidades de solución deben pasar por los criterios de subsidiariedad o consunción.

---

B. Además, viceversa, tiene que valer lo mismo con respecto a los objetos que caen bajo el concepto B en relación con el concepto A”, *Ibid.*, p. 63.

29 “El caso de la identidad tiene que ser considerado eliminado debido al presupuesto tácito de que siempre tiene que tratarse evidentemente de tipos recíprocamente distintos, puesto que carecería de sentido formular tipos idénticos en un mismo sistema legal positivo. (...) Como resultado *especial* para el concurso de leyes: no puede subyacer la heterogeneidad, ya que ella afirma que no es posible ningún concurso correspondiente de tipos, sólo quedan como posibilidades para la estructura lógico-conceptual la interferencia y la subordinación”, *Ibid.*, 70 y 71.

30 *Ibid.*, pp. 64 a 71.

31 La relación entre los delitos objeto de análisis no puede ser de especialidad, pues ninguno de ellos contiene todos los elementos del otro más uno adicional. Esto, como quiera que entendemos el criterio de especialidad, como la situación lógica en la que un tipo contiene todos los elementos de otro, más otros más, con lo que se convierte en especial. En este sentido, por ejemplo, la definición de especialidad por parte de Fiandaca y Musco: “La relación género a especie refleja un esquema lógico-formal de origen aristotélico. Según tal esquema, la relación de especialidad entre tipos implica que todos los elementos constitutivos de un tipo (general) estén contenidos en otro tipo (especial), el cual contiene, a su vez, ulteriores de los denominados ‘específicos’. En consecuencia, la norma general tiene una extensión más amplia respecto de la norma especial, pero la relación entre las dos implica que, si la segunda faltase, a los casos contenidos en ella se les aplicaría la primera”, FIANDACA, GIOVANNI, MUSCO, ENZO, *Derecho penal, parte general*, (Luis Fernando Niño, trad.) Temis, Bogotá, 2006, p. 671. En el mismo sentido, sobre el criterio de especialidad, ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho penal, parte general*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2014, p. 999. Tampoco la relación objeto de estudio puede ser de alternatividad, entendiendo que ningún hecho, el concertarse para la comisión del delito, puede ser ordenado por los dos tipos penales. En relación con la alternatividad, en su interpretación habitual del concepto, dice Klug que no cae bajo el concepto lógico de interferencia, pues “...aquí no quiere indicar una intersección de los tipos pues en ese caso no habría diferencia con la subsidiariedad, ya que también en la alternatividad ha de aplicarse sólo la ley más severa. Por lo tanto, no se está frente a un caso de interferencia. Pero, tal como se mostrará, no se puede tampoco tratarse de heterogeneidad; como constelaciones lógico-conceptuales para la alternatividad que dan (sic) pues sólo la identidad y la subordinación”, KLUG, ULRICH, “Sobre el concepto de concurso de leyes. (Análisis lógico de la regulación lingüística de la dogmática penal)”, *Problemas de la filosofía y la pragmática del Derecho*, pp. 68 y 69.

En consecuencia, el criterio de solución para el problema jurídico planteado ha de solucionarse por la vía del criterio de subsidiariedad, dado que, siguiendo a Klug, la consunción puede entenderse "... como un caso especial de subsidiariedad tácitamente presupuesto por la ley, de acuerdo con su sentido contextual"<sup>32</sup>.

Establecido en primer término la relación lógica de los tipos en conflicto, que es, conforme lo anterior, de interferencia y, por esto, a solucionar por la vía del criterio de subsidiariedad, cabe plantear, por último, el criterio axiológico de solución, conforme el criterio antes mencionado<sup>33</sup>. Conforme tal directriz interpretativa, explica Klug, se ha de aplicar el tipo con pena mayor<sup>34</sup> o "...a través del contexto de sentido tácitamente presupuesto y que ha de ser averiguado a través de la interpretación teleológica..."<sup>35</sup>. Ahora bien, como en nuestro caso no hay regla expresa del legislador para determinar el tipo a aplicar, ello sólo puede solucionarse por medio de directivas axiológicas o teleológicas<sup>36</sup>.

Tales directivas axiológicas o teleológicas de interpretación llevan a reconocer que en el caso en comento, como bien indicó la Corte en su sentencia, la concurrente aplicación, por vía del concurso de delitos, de la agravante del hurto y el concierto para delinquir, daría lugar a la violación del principio de *non bis in idem*. Pero esto, a diferencia de lo dicho por la Corte —admitiendo la identidad de sujeto y de hecho—, no radica en la equivalencia de fundamento y fines de cada uno de tales tipos penales ni, por tanto, en la equivalencia de bien jurídico protegido en los terminos expuestos por la Corte; tal identidad radica, siguiendo Sotomayor Acosta y Toro Taborda, en la

---

32 KLUG, ULRICH, "Sobre el concepto de concurso de leyes. (Análisis lógico de la regulación lingüística de la dogmática penal)", *Problemas de la filosofía y la pragmática del Derecho*, p. 67.

33 "Más bien, la relación de interferencia o de subordinación que se ha constatado entre los tipos que están en tela de juicio tiene que ser considerada bajo el aspecto teleológico, pues es claro que la constatación de que dos tipos legales se encuentran entre sí en la relación lógica de la interferencia o de la subordinación no dice todavía nada acerca de lo que se infiere con respecto a la aplicación de estos tipos", *Ibíd.*, p. 71.

34 Solución que, en nuestro criterio, es la que expresamente determina el legislador penal español en casos análogos a los que ahora se analizan, conforme la regulación establecida en los arts. 570 quáter.2 y 8.4 CP español. En este sentido, mirar nota al pie 22.

35 KLUG, ULRICH, "Sobre el concepto de concurso de leyes. (Análisis lógico de la regulación lingüística de la dogmática penal)", p. 59.

36 La expresa mención en el art. 340 CP "...por esa sola conducta", podría servir de fundamento a la solución del concurso de delitos. Sin embargo, dado que tal interpretación va en contra vía de las normas rectoras de la ley penal colombiana, en concreto el art. 8 CP, tal expresión debe entenderse en el sentido de confirmar la anticipación que supone la intervención penal antes de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos que se afectarían en caso de la puesta en marcha de la actividad criminal de quienes se conciertan para su realización.

“identidad en el desvalor” que supone la sanción por ambos tipos penales, del hecho de concertarse para la realización de delitos<sup>37</sup>.

Ahora bien, admitiendo con la Corte la imposibilidad de sancionar por los dos tipos, la última determinación pasa por indicar el tipo aplicable al caso. Como deriva de la sentencia objeto de examen, la Corte opta por aplicar el delito de concierto para delinquir y no la circunstancia agravante, fundamentado en que aquél “...tiene un espectro más amplio y se identifica de mejor manera con el actuar de los procesados”<sup>38</sup>.

En contra de la posición de la Corte, el tipo a aplicar debe ser el de hurto, con la circunstancia del numeral 10 del art. 241 CP. Lo anterior, puesto que la protección al bien jurídico Seguridad pública puede entenderse como el adelantamiento de las barreras de protección del Derecho penal, a fin de evitar lesiones a bienes jurídicos individuales<sup>39</sup>. En este sentido, la sanción del comportamiento tipificado en el art. 340 CP y el bien jurídico protegido al criminalizar dicho comportamiento, puede entenderse, siguiendo a Hefendehl, como protección anticipada de los bienes jurídicos individuales que se verían lesionados o puestos en peligro en caso de trascender el compromiso o acuerdo criminal pactado<sup>40</sup>. En estricto sentido, la sanción del concierto equivale a criminalizar un acto preparatorio<sup>41</sup>. Como expone

---

37 SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, y TORO TABORDA, MARIANA. “Fundamento y alcances de la prohibición de doble incriminación del art. 8 C.P.”, p. 129.

38 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, SP-1549-2019 (Rad. 49647).

39 La proyección a bienes jurídicos individuales de las conductas sancionadas bajo el título de delitos contra la seguridad pública se puede reconocer, por demás, desde la configuración doctrinal del este bien jurídico. Ejemplo de ello, CRUZ BOLÍVAR, LEONARDO, “Delitos contra la seguridad pública”, *Lecciones de Derecho penal, parte especial*, p. 467.

40 Entendemos que el bien jurídico Seguridad pública puede interpretarse, de la mano de la categoría de bienes jurídicos colectivos que, en los términos de Hefendehl, “...flanquean la vida de los miembros de la sociedad como bienes jurídicos individuales”, HEFENDEHL, ROLAND, “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (María Martín Lorenzo, trad.), Roland Hefendehl (ed.), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2007, p. 183. También: “Junto a los bienes jurídicos colectivos sistematizados hasta ahora, existen constelaciones especiales que están a caballo entre los bienes jurídicos individuales y los colectivos, por ejemplo, en forma de las así llamadas «salud pública» en el Derecho penal en materia de drogas o «seguridad en el tráfico» en los delitos de tráfico rodado o de «seguridad pública», esto es, «monopolio estatal en el derecho de armas». Hay que eliminar esas construcciones de bienes jurídicos colectivos aparentes para revelar ñas verdaderas condiciones de legitimación que atañen a la protección de bienes jurídicos individuales”, *Ibid.*, p. 191.

41 “Así pues, los delitos que pretenden proteger el bien jurídico de la seguridad colectiva, no hacen más que adelantar las barreras de protección frente al peligro que se genera, con ciertas modalidades de ataque, para bienes jurídicos individuales como la vida o la integridad personal”, SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, y TORO TABORDA, MARIANA. “Fundamento y alcances de la prohibición de doble

Susana Soto Navarro, los bienes jurídicos protegidos por este tipo de delitos, no se corresponde, propiamente, con un bien jurídico colectivo, sino como modalidades de ataque a una pluralidad de sujetos pasivos indeterminados<sup>42</sup>. Por esto, y conforme el criterio de subsidiariedad, el tipo penal contenido en el art. 340 CP debe quedar en relación de subsidiariedad cuando quiera que tal acuerdo, en principio punible por la vía del concierto para delinquir, se materialice en una lesión efectiva a bienes jurídicos individuales, como sucedió en este caso, con la lesión al patrimonio y la libertad. Así, el concierto sería, reiterando, un estadio previo a lesiones de bienes jurídicos individuales y, por esto, subsidiario a la lesión de los bienes jurídicos que con ese estadio previo se han querido evitar criminalizando tal comportamiento<sup>43</sup>. Esta solución es, en terminos político criminales, perfectamente comprensible con la completa valoración del injusto cometido y, por esto, la punición del hurto agravado no es, en este conexto, menos grave que el concierto; más cuando en terminos estrictamente de pena privativa de libertad, ya sólo el hurto agravado es más severamente sancionado, ratificando con esto el carácter subsidiario del concierto para delinquir<sup>44</sup>.

---

incriminación del art. 8 C.P.", p. p. 146. En un sentido similar, VILLANUEVA G., GUSTAVO, "Concurso entre porte de arma de defensa personal y homicidio con arma de fuego", *Nuevo Foro Penal*, N° 62, 1999.

42 SOTO NAVARRO, SUSANA, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003, pp. 199 y ss.

43 "El principio de subsidiariedad, tradicionalmente presente entre los criterios más consolidados de solución del conflicto aparente de normas, funcionaría en nomas que previeran *estadios o grados diversos de ofensa del mismo bien*, de tal modo que la ofensa mayor absorbería a la menor y, en consecuencia, la aplicación de una norma sería subordinada a la *no aplicación* de la otra (*lex primaria derogat legi subsidiariae*)", FIANDACA, GIOVANNI, MUSCO, ENZO, *Derecho penal, parte general*, p. 675.

44 En este sentido, la solución planteada resulta compatible con el criterio de subsidiariedad que plantea Roxin, en casos de actos preparatorios tipificados como delitos autónomos y delitos de lesión consumados. ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho penal, parte general*, Tomo II, pp. 1006 y 1007.