

Las circunstancias de agravación punitiva en el derecho penal colombiano. Una propuesta interpretativa a la luz del principio de non bis in ídem.

Sandra Milena Rojas Londoño

Resumen

Este texto pretende desarrollar una propuesta de interpretación restrictiva de la aplicación del sistema de circunstancias de agravación de la responsabilidad en el Derecho penal colombiano, con especial acento en las circunstancias genéricas de agravación punitiva, teniendo como referente interpretativo el principio constitucional de non bis in ídem.

Palabras claves

Circunstancias genéricas, circunstancias específicas, circunstancias agravantes, non bis ídem, coparticipación criminal, plan criminal mínima intervención del Derecho penal.

Sumario

1 Introducción: criterio de mínima intervención del Derecho penal como referente hermenéutico. 2. Concepto de circunstancias que modifican la responsabilidad penal. 3. Diferencias entre circunstancias y elementos constitutivos del tipo penal. 4. Concepto amplio y concepto restringido de circunstancias. 4.1. Descripción del

sistema de circunstancias que modifican la responsabilidad penal en el Código penal colombiano. 5. Circunstancia genérica de mayor punibilidad consistente en obrar en coparticipación criminal. 6. Non bis in ídem como criterio de interpretación restrictiva en la aplicación de circunstancias de agravación penal. 7. Caso concreto. 7.1. Toma de posición.

1. Introducción:

Criterio de mínima intervención del Derecho penal como referente hermenéutico

En esencia, la idea que se quiere abanderar tras avanzar en el estudio de la teoría de las circunstancias que modifican la responsabilidad penal para agravarla, concretamente en lo que hace a la aplicación de la circunstancia genérica de obrar en coparticipación criminal, es la de mínima intervención del Derecho penal en la regulación de los comportamientos humanos que revisten connotación jurídica, intervención que, en todo caso, por mínima que sea, ha de consultar principios basilares del Derecho penal que orientan su filosofía e interpretación.

Coetáneamente, la idea de mínima intervención del Derecho penal, de raigambre constitucional, funge como principio cofundante de la actividad judicial y como límite impuesto al ejercicio de configuración normativa respecto de los delitos y de las penas¹ y al poder punitivo del Estado, esto es, opera como talanquera ante la irracionalidad legislativa y judicial que circunda al Derecho penal.

¹ Al respecto se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C-334 del 13 de junio de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub en los siguientes términos: "..., en ejercicio de la potestad de configuración normativa, el legislador puede adoptar - entre otras decisiones- las de criminalizar o despenalizar conductas, atenuar, agravar, minimizar o maximizar sanciones, regular las etapas propias del procedimiento penal, reconocer o negar beneficios procesales, establecer o no la procedencia de recursos, designar las formas de vinculación, regular las condiciones de acceso al trámite judicial de los distintos sujetos procesales, etc. Sin embargo, como se dijo anteriormente, el alcance de dicha regulación no puede comprometer la integridad de los valores, principios y derechos establecidos por la Constitución".

Dicho principio se traduce en que el Derecho penal debe ser la última ratio “el último recurso al que hay que acudir a falta de otros menos lesivos, pues si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso ni se debe utilizar estos”².

Tal postulado vigoriza y exalta la idea del Estado liberal y democrático, garante de los derechos básicos de los individuos el cual, para el cumplimiento de las finalidades que le son propias, no precisa de injerencias injustificadas en las libertades reconocidas a sus asociados³.

En este sentido, las circunstancias que modifican la responsabilidad penal, por supuesto aquellas que la agravan, no se escapan del mandato constitucional que limita la labor sancionatoria criminal, ya sea en ejercicio de la facultad de configuración legislativa ora desde el punto de vista de la tarea judicial, por cuanto su tipificación y consiguiente aplicación en el ámbito de la determinación de la pena deberá obedecer ineludiblemente al criterio de mínima intervención del Estado en las acciones humanas que revisten connotación jurídico penal, con mayor razón porque las consecuencias de su aplicación recaen sobre la sanción penal que ha de soportar un individuo que, por regla general, limita su derecho fundamental a la libertad⁴.

A tal efecto, acoger un concepto de circunstancias lo más concreto y delimitado posible, reviste la mayor importancia en la medida en que le permite al operador jurídico establecer cuando está ante dicho fenómeno normativo y por tanto si el

² Diego Manuel Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal Parte General, 2º edición ampliada y revisada*, Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pp. 25 y 26.

³ Acogiendo la línea de pensamiento minimalista desarrollada por el autor Luigi Ferrajoli, adviértase que quienes asumen una doctrina de justificación del Derecho penal de corte liberal y democrático, éste, el Derecho penal, opera como garantía para las personas y, por consiguiente, como un límite ante su misma intervención.

⁴ Es importante recordar que mediante el artículo 295 del Código de procedimiento penal, Ley 906 de 2004, el constituyente derivado introdujo la cláusula de afirmación de la libertad, en el entendido de que su limitación procede solo de manera excepcional, postulado que ha de interpretarse y aplicarse como imperativo dentro del sistema penal, sustancial y procesal.

mismo ha de integrarse a la determinación de la pena o si, por el contrario, se acude simplemente ante una decisión de política criminal como manifestación de la indeseada expansión del derecho penal y, por consiguiente, lo que procede es desecharla de la acusación⁵. Aunado a ello, es preciso determinar cuándo resultan aplicables tales circunstancias de agravación de la pena de cara a evitar la violación de los derechos fundamentales y mínimas garantías de los procesados, porque si bien se puede admitir la estructuración de una circunstancia, no necesariamente ha de producirse la respectiva modificación del delito porque, por ejemplo, respecto del mismo su presencia no conlleva un mayor desvalor del resultado que legitime el correspondiente aumento de pena.

Lo que se pretende entonces, es plantear un concepto de circunstancias que permita la mejor realización de los principios constitucionales, como lo es para el caso concreto la prerrogativa de non bis in ídem, o lo que es igual, que en vigencia del principio de mínima intervención del Derecho penal, las garantías constitucionales de racionalización de la actividad legislativa y judicial en materia de circunstancias penales, orienten, como debe ser, su diseño e interpretación.

La condición, a efectos de admitir la presencia de determinada circunstancia de agravación penal en el delito, es que en su íntima relación con los presupuestos que integran la responsabilidad penal, ésta, es decir, la circunstancia modificativa, represente una afectación adicional en relación con el bien jurídico tutelado, porque de otra manera no sería posible admitir la circunstancia por hallarse injustificada al compás de los postulados que propugnan por la mínima intervención del Derecho penal.

Ahora bien, más allá de adelantar un exhaustivo estudio histórico de la teoría de las circunstancias y su fundamentación en el Derecho penal colombiano, este

⁵ Situación que ha de proceder por supuesto cuando se configuran circunstancias de agravación punitiva, por cuanto las que atenúan la responsabilidad penal, finalmente tienen una incidencia positiva en la determinación de la pena, eso sí, siempre y cuando concurren con otras de mayor punibilidad.

texto tiene por objetivo central ofrecer a la comunidad académica una propuesta de interpretación restrictiva del sistema de circunstancias genéricas que modifican la responsabilidad penal para agravarla, teniendo como referente interpretativo el principio constitucional y legal que contempla la prohibición de doble incriminación.

Para ello y de manera previa, en el segundo capítulo de este texto se retomarán algunas de las posturas más representativas en lo que respecta al concepto de circunstancias con especial énfasis en el examen de aquellas que agravan la pena, y se adoptará el concepto de circunstancias que mejor describe la materia de acuerdo con la línea de pensamiento minimalista que guiará este artículo. A continuación, en el capítulo tercero se abordará la polémica que se ha suscitado con fuerza al interior de la doctrina referente a la diferenciación entre circunstancias modificativas del tipo y elementos constitutivos del tipo penal para, seguidamente, en el capítulo cuarto, aludir a los conceptos de circunstancias en sentido restringido y en sentido amplio y describir brevemente el sistema de circunstancias en la legislación colombiana, Ley 599 de 2000.

Ahora bien, el capítulo quinto estará dirigido a estudiar la circunstancia genérica de mayor punibilidad, consistente en obrar en coparticipación criminal, en lo que hace a su procedencia y aplicación, al tiempo que en el apartado sexto la labor se orientará a caracterizar rápidamente el principio de non bis in ídem como rector de la ley penal y como criterio para la aplicación restrictiva de circunstancias de agravación punitiva.

Finalmente, en el capítulo séptimo se expondrá un caso concreto en el que la Sala de descongestión penal del Tribunal superior de distrito judicial de Antioquia avaló la acusación que en su momento realizó la Fiscalía General de la Nación en disfavor de unos ciudadanos por el concurso de conductas punibles de concierto para delinquir y extorsión agravada en armonía con la circunstancia de agravación genérica de la pena de obrar en coparticipación criminal, pese a que dichos

comportamientos delictivos fueron desarrollados por los mismos sujetos activos como consecuencia de un mismo plan criminal.

Es justamente en este estado del texto, en el que se desarrollará la propuesta interpretativa que justifica la elaboración del presente artículo, de cara a solucionar el problema jurídico resuelto por la colegiatura, dando aplicación a los axiomas que orientan el principio no bis in ídem en materia penal.

Con todo, lo que se sostendrá a partir del análisis de la hipótesis fáctica y jurídica resuelta por la Sala de descongestión penal del Tribunal superior de distrito judicial de Antioquia, es la improcedencia de la imputación jurídica de la circunstancia genérica de mayor punibilidad descrita en el numeral décimo del artículo 58 del estatuto represor consistente en obrar en coparticipación criminal, respecto de los delitos que concursan con el concierto para delinquir y que son ejecutados justamente en razón del convenio criminal, es decir, que devienen como consecuencia directa de la finalidad delictiva que llevó a los autores del concierto a conformarse como asociación delincuencia, habida consideración que el sustrato fáctico que estructura tal circunstancia genérica de agravación, constituye a su vez la característica fundante del sujeto activo del delito de concierto para delinquir, del que se derivan las conductas punibles concursantes y, siendo así, la presencia de tal circunstancia no refleja un mayor desvalor de resultado que conlleve un verdadero aumento de los injustos penales que integren tal concurso de delitos.

En ese cometido, no se pretende profundizar, ni mucho menos, en el estudio dogmático del delito de concierto para delinquir ni en su evolución normativa, puesto que, para los efectos prácticos que se persiguen con este artículo, basta hacer una caracterización sucinta del componente objetivo de autor que integra el tipo en íntima relación con el concepto de plan criminal, para develar la irracionalidad judicial en la que se incurre al pretender derivar del comportamiento concursal de los autores del concierto la circunstancia genérica descrita en el numeral 10º del artículo 58 del Código penal cuando, en casos como el que se

considera, se insiste, el delito que concursa con el de concierto para delinquir ha sido cometido por el mismo sujeto activo con idéntica finalidad delictual.

Justamente, la conclusión a la que se arribará luego de exponer las razones que nos llevan a apartarnos de la decisión de la colegiatura será que, tras una aplicación del principio constitucional y legal de non bis ídem como criterio de interpretación restrictiva de las circunstancias que modifican la responsabilidad penal para agravarla, es posible reivindicar el postulado de mínima intervención del derecho penal o, dicho de otra manera, contener la irracional expansión del sistema penal que choca abiertamente con su filosofía garantista patrocinada desde la misma Constitución política nacional.

Precisamente como lo que se quiere defender una vez más es la característica de ultima ratio del derecho penal como presupuesto de garantía para los ciudadanos, esta investigación estará orientada a descubrir los problemas que se desprenden de la aplicación de las circunstancias agravantes que, a pesar de alcanzar un cierto umbral de legitimación en determinados eventos, como ocurre con la consistente en obrar en coparticipación criminal operan, en todo caso, como presupuestos de expansión del derecho penal si no consultan postulados constitucionales que orientan su aplicación racional.

2. Concepto de circunstancias que modifican la responsabilidad penal

Como uno de los objetivos centrales de esta investigación es la afirmación del principio de mínima intervención del Derecho penal como garantía para los ciudadanos que han infringido la ley penal y que, por tanto, prima facie se hacen acreedores a la imposición de la una pena, surge el imperativo de adoptar un concepto de circunstancias lo más concreto y delimitado posible, que sirva como herramienta para el operador jurídico en punto a limitar la intervención en los

derechos fundamentales cuando se integra dicho fenómeno normativo al ámbito de la punibilidad⁶.

El concepto de circunstancias que se adoptará en este texto, con lo cual comulga la doctrina mayoritariamente, parte de diferenciar los elementos constitutivos del delito de aquellas circunstancias que lo modifican, admitiendo de contera su relación siempre con los presupuestos esenciales del delito pero, adicionalmente, nos sumamos en esta oportunidad a la tesis patrocinada por el profesor Francisco Javier Tamayo Patiño, en el entendido de que “esos elementos circunstanciales deben estar directa y necesariamente relacionados con las categorías del delito que explican la entidad de la pena, esto es con la antijuridicidad y con la culpabilidad en el caso colombiano según el artículo 9° del Código penal”⁷.

Ello, en tanto dicha postura respalda en buena medida la propuesta de interpretación que justifica este artículo, toda vez que, como se explicará en su momento, si bien la circunstancia de obrar en coparticipación criminal ha de entenderse legítima para agravar la responsabilidad penal en ciertos eventos, en el caso particular que se analizará, aquel resuelto por la Sala de descongestión penal del Tribunal superior de distrito judicial de Antioquia, y que servirá de base para desarrollar la propuesta interpretativa que justifica este texto, no es posible sostener dicha diferenciación, básicamente porque tal circunstancia genérica de responsabilidad, constituye al mismo tiempo el elemento objetivo de autor del delito de concierto para delinquir, ilicitud de la cual se desprendió, como se verá más adelante, el atentado contra el patrimonio económico de la víctima.

⁶ Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán, *Derecho Penal Parte General, Séptima edición, revisada y puesta al día*, Tirant lo blanch, Valencia 2007 p. 474 “se desprende que la mayor virtualidad de las circunstancias modificativas, se produce en el ámbito de la teoría de la pena, en tanto en cuanto afectan a su medición.”

⁷ Francisco Javier Tamayo Patiño, “Las circunstancias de agravación punitiva en el derecho penal colombiano. Aproximación a una fundamentación”, *Nuevo Foro Penal* Vol.8, No. 79, julio-diciembre 2012, Universidad Eafit, Medellín, p. 33.

De ahí que, cuando se imputa jurídicamente una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, ésta, aunque íntimamente ligada con las categorías del delito, necesariamente ha de ser diferente de sus presupuestos esenciales porque, de no ser así, nada justificaría, en términos de mínima intervención del Derecho penal, el aumento de pena que conlleva. Si bien, esos elementos circunstanciales deben estar directa y necesariamente relacionados con las categorías del delito que explican la entidad de la pena, en modo alguno podrá constituir el presupuesto mismo de responsabilidad penal, cualquiera que sea.

La pretensión se concreta, en todo caso, en determinar cuándo resultan aplicables las circunstancias de agravación de la pena o, en su defecto, cuando de plano no procede su imputación jurídica, de cara a evitar la violación de los derechos fundamentales y mínimas garantías de los procesados, concretamente, la prerrogativa constitucional y legal de non bis in ídem.

Sobre el concepto de circunstancias ha dicho la doctrina lo siguiente:

Para Bustos Ramírez y Hormazabal Malaree “las circunstancias del delito son elementos accidentales nominados o innominados dentro de la estructura del delito, que influyen en la determinación de la pena”⁸. Entienden los autores que la accidentalidad de las circunstancias conlleva que las mismas no componen ni el injusto ni la responsabilidad del sujeto, es decir, no forman parte del delito.

Santiago Mir Puig afirma que, “las circunstancias modificadoras son elementos accidentales del delito, en el sentido de que de ellos no depende el ser del delito, sino solo su gravedad”⁹.

⁸ Juan J, Bustos Ramírez y Hernán Hormazabal Malaree, *Lecciones de Derecho Penal Volumen II*, Editorial Trotta 1999, p 396

⁹ Santiago Mir Puig, *Derecho Penal Parte General, 5ª edición*, TECFOTO S.I., Barcelona, Julio de 2003. p. 628.

A su turno, sostienen los teóricos del Derecho Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, que las circunstancias que modifican la responsabilidad penal son “situaciones que rodean a la realización del hecho o que suponen especiales condiciones del autor, determinando la modulación de la pena aplicable. Por tanto, su toma en consideración exige, obviamente, la previa comprobación de la existencia del delito con todos sus elementos”¹⁰.

Entretanto, Alfonso Reyes Echandia de manera escueta acota que “en sentido amplio se entiende por circunstancia aquel accidente de modo, tiempo o lugar que está unido a la sustancia de algún hecho”. Y, más adelante, añade que “también es predicable el concepto de circunstancias a los aspectos modales, temporales o espaciales con que la conducta típica ha de realizarse; en tales casos, la respectiva circunstancia se integra al elemento del cual se predica”¹¹.

Según Juan Fernández Carrasquilla, “por circunstancias debe entenderse, pues, para usar expresiones de Beling, los accidentes que pertenecen a la “periferia del tipo”, jamás los elementos de su núcleo. Son por ende circunstancias los factores que inciden sobre la gravedad de injusto o responsabilidad personal, o sobre penalidad, no los propios elementos fácticos, normativos o personales del injusto típico”¹².

A su turno, Rodríguez Collao afirma que, “las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal son aquellos hechos, situaciones o datos, ajenos a la estructura del tipo, a los cuales la ley confiere la virtud de servir como instrumento de medición de la intensidad que ha de revestir la pena en cada caso concreto”¹³.

¹⁰ Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán, *Derecho Penal Parte General, Séptima edición, revisada y puesta al día*, cit p. 473.

¹¹ Alfonso Reyes Echandia, *Obras completas volumen III*, cit. P. 607

¹² Juan Fernández Carrasquilla, *Derecho penal parte general, teoría del delito y de la pena, volumen 2, dispositivos amplificadores, concursos y pena*, Grupo editorial Ibáñez, Bogotá 2012, p. 910

¹³ Luis Rodríguez Collao “Los principios rectores del derecho penal y su proyección en el campo de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal”, *Revista de derechos fundamentales*, Universidad Viña del Mar No. 8, 2012.p 116.

Hasta aquí, y sin que sea del caso determinar si los conceptos reseñados aluden a un concepto restringido o amplio de circunstancias¹⁴, con las conocidas consecuencias que apareja optar por una u otra corriente de pensamiento¹⁵, y sin que sobre anticipar que la postura asumida en este texto será la de entender las circunstancias desde un concepto general y amplio, nótese que la mayoría de las definiciones que ofrece la doctrina consultada apunta a separar, de manera tajante, las circunstancias que modifican la responsabilidad penal de los elementos o presupuestos esenciales del delito, es decir, a considerarlas solo como elementos accidentales y secundarios que sirven para modificar el hecho típicamente antijurídico, relacionándolas en todo caso con la pena y su graduación, pero sin consideración a una relación necesariamente ligada entre éstas y los presupuestos que fundamentan la responsabilidad penal.

Este asunto no obstante, el de la íntima relación entre las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y los elementos esenciales del injusto, ha sido desarrollado por el profesor Francisco Javier Tamayo Patiño quien aduce que las circunstancias son elementos adicionales al delito pero relacionados con su esencia, en sentir del autor no hay circunstancia sin algo que le es principal y referente, y eso, para el contexto que nos interesa son los elementos constitutivos del delito¹⁶.

Concretamente, respecto del concepto de circunstancias que agravan la responsabilidad penal y su íntima conexión con los presupuestos del delito, afirma el autor que:

¹⁴ Más adelante, en el capítulo cuarto, se volverá sobre los conceptos de circunstancias en sentido estricto y en sentido amplio.

¹⁵ Para quienes optan por un concepto amplio de circunstancias, éstas incluyen tanto a las genéricas como a las específicas previstas en la parte especial del Código Penal para cierto número de delitos, en tanto que aquellos que asumen un concepto restringido de la materia, pregonan que solo pueden ser consideradas verdaderas circunstancias las genéricas de la parte general, porque las específicas operan como elementos que se integran a la estructura del delito a la par de aquellos presupuestos que determinan su esencia.

¹⁶ Francisco Javier Tamayo Patiño “Las circunstancias de agravación punitiva en el derecho penal colombiano. Aproximación a una fundamentación”, Cit, p.33

“Se tiene, que si bien las circunstancias agravantes son diferentes a los elementos que componen el delito, las mismas deben mantener una relación con éste, pues para legitimar el aumento de pena que ellas involucran deben incidir en algo que sea de tan importante significado que precisamente legitime la modificación de la pena. Además, no basta modificar el hecho, es necesario alterar el injusto para que se den las condiciones de una adición en la sanción ya prevista en el delito básico o sin circunstancias fijadas por el legislador... Se sostiene entonces que las circunstancias agravantes suponen algo más en el delito, pero algo más cualificado y relevante, valorado así por todo el sistema de imputación penal”¹⁷.

De lo expuesto, se concluye entonces que las circunstancias que modifican la responsabilidad penal, son aquellos acontecimientos que al producirse en el mundo fenoménico provocan la transformación del hecho punible achacado a un individuo, datos, acontecimientos o características que afectan o modifican el delito y que, no obstante, tener diversa connotación desde el punto de vista de la determinación cuantitativa y cualitativa de la pena, su desaparición no conlleva el desvanecimiento del delito.

Sin embargo, aunque las circunstancias que modifican la responsabilidad penal son diferentes de los elementos que integran el delito, deben guardar estrecha relación con estos, situación que surge como un imperativo impuesto por el Estado Social y Democrático de Derecho, a fin de justificar el respectivo aumento en la sanción a imponer. Se precisa que el dato que se añade al injusto lo altere significativamente de modo que se evidencie la necesidad de aumentar la

¹⁷ Francisco Javier Tamayo Patiño “Las circunstancias de agravación punitiva en el derecho penal colombiano. Aproximación a una fundamentación”, Cit, p.35

represión por el acto o, dicho en otras palabras, que legitime la expansión del Derecho penal a través de la aplicación de las circunstancias que modifican la responsabilidad penal para agravarla.

A continuación se expondrá brevemente y de forma descriptiva algunas de las tantas clasificaciones que se han elaborado al interior de la teoría de las circunstancias con especial acento en las que agravan la responsabilidad penal.

Según su origen, las circunstancias pueden ser personales o materiales, siendo las primeras aquellas circunstancias predicables del sujeto activo de una conducta típica, como por ejemplo la calidad de servidor público, la edad, etc., en tanto que las materiales aluden a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodean la realización del hecho típico¹⁸.

En cuanto a su radio de acción, estas pueden ser genéricas, esto es, las que se predicán de cualquier hecho punible¹⁹. Son las que en principio son aplicables a todos los delitos²⁰. Y, específicas, aquellas que se refieren a un determinado delito o contravención²¹.

De otra parte, en cuanto a sus efectos, se dividen en agravantes y atenuantes. Estas, las atenuantes, son aquellas cuyo reconocimiento genera disminución de pena para el responsable del hecho punible en quien concurren²². También se agrupan en esta clasificación las llamadas excluyentes de la punibilidad, aquellas

¹⁸ Al respecto véase: Alfonso Reyes Echandia, *Obras completas volumen III*, cit p 608 y Jasan Alexander Andrade Castro, Luisa Fernanda Caldas Botero, Orlando Humberto de la Vega Martínis, "Reflexiones sobre la comunicabilidad de circunstancias del autor al partícipe", cit 112-

¹⁹ Alfonso Reyes Echandia, *Obras completas volumen III*, cit. P. 609

²⁰ Jasan Alexander Andrade Castro, Luisa Fernanda Caldas Botero, Orlando Humberto de la Vega Martínis, "Reflexiones sobre la comunicabilidad de circunstancias del autor al partícipe", cit 113

²¹ Alfonso Reyes Echandia "Obras completas volumen III, Ibídem.

²² Alfonso Reyes Echandia "Obras completas volumen III, Ibídem.

que de llegar a concurrir, traen aparejada la exclusión de la pena como serían las causales de justificación o inculpabilidad²³.

Ahora bien, respecto de las circunstancias de agravación punitiva sostiene Reyes Echandia que son aquellas cuyo reconocimiento implica aumento de pena para el responsable del hecho punible en quien concurren²⁴. Afirma que son circunstancias las que, sin modificar la estructura del delito, envuelven mayor drasticidad en su sanción²⁵.

Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, dividen las circunstancias de agravación punitiva en objetivas y subjetivas. Son circunstancias objetivas aquellas en las que es posible apreciar una mayor gravedad del mal producido por el delito o bien una mayor facilidad de ejecución que supone mayor desprotección del bien jurídico. Entretanto, son subjetivas aquellas en las que no es posible hallar datos por los que el hecho objetivamente considerado resulte más grave o por los que aumente el reproche al autor por el hecho cometido²⁶. Aclaran que ese mayor reproche al autor, sin embargo, no se refiere al hecho concreto que se juzga.

Con todo, son circunstancias que agravan la responsabilidad penal, aquellos supuestos de hecho que hacen presencia una vez conformado el delito y que aumentan significativamente el desvalor de acción o de resultado que éste apareja, o bien que afectan negativamente la culpabilidad del autor, y sea que se tengan como genéricas o como específicas, lo determinante de cara a estimar configurado un hecho con la virtualidad suficiente para incidir en la determinación de la pena, porque ha modificado el delito, sin duda alguna es que altere sus presupuestos esenciales de modo que, como a nuestro juicio atinadamente lo

²³ Jasan Alexander Andrade Castro, Luisa Fernanda Caldas Botero, Orlando Humberto de la Vega Martínis, "Reflexiones sobre la comunicabilidad de circunstancias del autor al partícipe", *ibidem*

²⁴ Alfonso Reyes Echandia, *Obras completas volumen III, cit, p. 609*.

²⁵ Alfonso Reyes Echandia *Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1998, p. 267

²⁶ Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán, *Derecho Penal Parte General, Séptima edición, revisada y puesta al día*, cit p. 484

advierte el profesor Tamayo Patiño, se den las condiciones de una adición en la sanción que legitime el aumento de pena.

3. Diferencias entre circunstancias y elementos constitutivos del tipo penal

Luego de adentrarnos en el concepto de circunstancias propiamente dicho, por estimarse relevante en punto al tema que se resolverá como principal en este texto, aquel consistente en la aplicación restrictiva de las circunstancias de agravación de la pena, conviene aludir a la diferenciación entre circunstancias y elementos constitutivos del tipo penal, tópico debatido al interior de la doctrina sobre la teoría de las circunstancias.

El asunto pasa por dilucidar cuándo se está en presencia de un elemento que fundamenta la responsabilidad penal y, sin el cual, el delito deja de existir y, cuándo, por el contrario, el dato o característica fáctica que se añade al delito solo cumple la función de modificarlo, alteración que, por supuesto, incide directamente en la determinación de la pena pero, que si se sustrae del injusto, éste no pierde su esencia, y, por consiguiente, continua existiendo.

En cuanto a las circunstancias “en su relación con el delito debe reseñarse, que la simple lectura de dichas causas y, en suma, la expresión más utilizada de circunstancias, revelan que no afectan a su sustancia, sino que más bien la dejan totalmente intacta. El delito existe, se den o no las circunstancias agravantes y atenuantes, y no guarda, por tanto, ninguna relación esencial con el mismo, puesto que únicamente afectan al quantum de la pena”²⁷.

Para el autor Juan Fernández Carrasquilla “distinguir entre las circunstancias y los elementos del delito no es siempre fácil tarea. En general, se entiende por circunstancias un componente accidental o accesorio del delito –sea que se

²⁷ M. Cobo del Rosal –T.S Vives Antón, *Derecho penal parte general*, cit p 739.

agreguen al injusto típico o a lo que comúnmente se llama culpabilidad-, sin el cual el delito puede perfectamente subsistir aunque varía la penalidad”²⁸.

En ese mismo sentido, el profesor Francisco Javier Tamayo Patiño señaló que “el concepto de circunstancias que modifican la responsabilidad penal, parte del hecho de reconocer que son otros los elementos normativos que constituyen o fundamentan el delito base del cual ellas se predicen. De tal manera que las circunstancias son contingentes, pues si no concurren, el delito básico permanece incólume; y secundarias, pues primero se debe determinar la existencia del delito del que dependen”²⁹.

Para Federico Estrada Vélez, son circunstancias las que nada tienen que ver con el delito porque su existencia o inexistencia no afecta en lo más mínimo el hecho punible, porque ya este se ha perfeccionado³⁰.

Ahora bien, como un criterio que estimamos relevante para diferenciar los elementos esenciales del delito de las circunstancias, Reyes Echandia cita el propuesto por Alfredo Etcheverry quien asegura que:

“Si la descripción legal, separada hipotéticamente de tal circunstancia, sigue constituyendo un delito (aunque sea a otro título) quiere decir que se trata sólo de un agravante que se incorpora a la figura; si prescindiendo de la circunstancia en cuestión, el hecho deja de ser delito o es imposible de concebir,

²⁸ Juan Fernández Carrasquilla, *Derecho penal parte general, Teoría del delito y de la pena volumen 2*, Grupo Editorial Ibáñez 2012, p. 908

²⁹ Francisco Javier Tamayo Patiño, “Las circunstancias de agravación punitiva en el derecho penal colombiano. Aproximación a una fundamentación”, cit p.21

³⁰ Federico Estrada Vélez, *Derecho penal parte general*, segunda edición, Bogotá, Temis 1986. P. 369, citado por Francisco Javier Tamayo Patiño, “Las circunstancias de agravación punitiva en el derecho penal colombiano. Aproximación a una fundamentación”, cit p.28.

quiere decir que no se trata de un agravante sino de la esencia mismo del hecho delictivo”³¹.

Finalmente, Reyes Echandia asegura que “desde el punto de vista jurídico-penal la circunstancia se opone al elemento del tipo; en tanto que éste integra la estructura misma de la figura delictiva o contravencional, aquella juega un papel secundario en cuanto no forma parte del delito o de la contravención; su misión es la de actuar en el plano de la punibilidad para aumentarla, disminuirla o excluirla”³².

Nótese como la generalidad en las citas reseñadas admite la separación entre circunstancias que modifican la responsabilidad penal y elementos esenciales del delito, bajo la premisa de que aquellas constituyen un dato fáctico secundario que se suma al hecho típico para modificarlo y que solo afecta el merecimiento de pena, en tanto los elementos del delito, al integrar su estructura misma y, por tanto, fungir como presupuestos de responsabilidad, ante su ausencia conllevan el decaimiento del hecho punible.

Sin embargo, un sector de la doctrina precisa que no es posible diferenciar entre circunstancias y elementos esenciales del delito. Al respecto se dice que:

“Un hecho o característica puede ser valorado legislativamente como elemento esencial o circunstancia. La misma materia puede cumplir funciones diferentes. No cabe, pues, distinguirlos en el terreno ontológico. La distinción puede realizarse sólo en el plano jurídico a través de un proceso de valoración e interpretación”³³.

³¹ Alfredo Etcheberry, *Derecho penal, parte general, t II*, 2da Edición, Santiago de Chile, Gabriela Mistral, 1976, p. 66, citado por Alfonso Reyes Echandia, *Obras completas. Volumen III*. Bogotá, Temis, 1998., p. 607.

³² Alfonso Reyes Echandia, *ibídem*.

³³ Mercedes Alonso Álamo. *El sistema de circunstancias del delito, estudio general*, Universidad de Valladolid, 1981, pp. 208 y 209, citado por Francisco Javier Tamayo Patiño, “Las circunstancias de

Con todo, la posición a la que se adhiere en esta oportunidad es aquella que admite la separación entre elementos constitutivos o esenciales del tipo, aquellos que fundamentan la responsabilidad penal, y circunstancias que lo modifican, diferencia que estriba en que las circunstancias, tanto las genéricas como las específicas, son elementos contingentes y secundarios que pueden echarse de menos sin que el injusto desaparezca, en cambio, si falta un elemento que fundamenta la responsabilidad penal, es decir, un elemento esencial del delito se evapora la figura criminal en si misma considerada.

4. Concepto amplio y concepto restringido de circunstancias

Una consideración adicional obligada en este acápite del texto, es aquella que consiste en dilucidar si la legislación colombiana incluye dentro del concepto de circunstancias penales tanto las genéricas como las específicas o si solo son circunstancias las genéricas previstas en la parte general del Código penal, siendo las específicas genuinos elementos del delito que, en ausencia de ellas, excluye la conducta punible de la que se predicen.

En este punto, el as de posibilidades con las que según la doctrina se cuenta para resolver el tópico en cuestión, reúne la corriente de pensamiento que asume el concepto de circunstancias en un sentido general y amplio, aceptando que tanto las genéricas como las específicas integran la materia y aquella que patrocina un concepto restringido de circunstancias, entendiendo por tales únicamente a las de la primera variedad, es decir, a las genéricas porque las específicas componen como elemento esencial el delito del que se predicen.

A tal efecto, atendiendo a un sentido general y amplio “puede entenderse por circunstancias todas aquellas condiciones de variada índole que modifican la

agravación punitiva en el derecho penal colombiano aproximación a una fundamentación” p 21 y 22

responsabilidad penal. Se trata por consiguiente de condiciones diferentes a las constitutivas de los elementos del injusto y de la culpabilidad, pues estos no modifican sino que fundamentan la responsabilidad y por lo tanto el merecimiento de pena”. Entretanto, en un sentido restringido o estricto, por el contrario, puede entenderse por circunstancias, “simplemente, aquel dato, característica o relación legal, que si bien integra por lo general el merecimiento de pena, no tiene una vinculación directa con el supuesto de hecho, en el sentido de no entrañar ninguna modificación en la configuración del injusto sino solo en su graduación”³⁴.

Sobre el particular, la doctrina más reciente ha sostenido que “un concepto amplio de circunstancias entiende que pueden ser calificados como tales los hechos, relaciones o datos concretos que son tenidos en cuenta por la ley para medir la gravedad de lo injusto o de la culpabilidad, quedando comprendidas bajo este concepto no solo las agravantes y atenuantes consagradas en la parte general del Código Penal, sino también aquellas que sirven para formar subtipos agravados o privilegiados contenidos en la parte espacial del mismo Código”³⁵. En tanto que un concepto restringido de circunstancias “cobija única y exclusivamente a aquellos datos, relaciones, o características que no tienen vínculo alguno con el supuesto de hecho de la norma penal y que, por lo tanto, son elementos accidentales que, por su carácter de tales, de ninguna manera pueden influir sobre la estructuración del injusto penal”³⁶, pues solo afectan la determinación de la pena.

Quienes afirman que no son circunstancias las específicas, estiman que estas “serán aquellas que se encuentran incrustadas en el delito, y que es absolutamente necesario se produzcan para que aquel pueda ser afirmado, hasta

³⁴ Juan Oberto Sotomayor Acosta y Gloria María Gallego García “Las circunstancias agravantes del homicidio imprudente en el Código Penal colombiano”, en Nuevo Foro Penal No. 61, Agosto 1999.

³⁵ Jasan Alexander Andrade Castro, Luisa Fernanda Caldas Botero, Orlando Humberto de la Vega Martínis, “Reflexiones sobre la comunicabilidad de circunstancias del autor al partícipe” Revista Derecho penal y criminología, Universidad Externado de Colombia, volumen 25, número 75, 2004, p.115

³⁶Ibídem, P. 117

el punto de perder la función modificadora de la pena para convertirse, en definitiva, en auténticos elementos del tipo delictivo”³⁷.

En el ámbito Nacional, favorece la idea de que no son circunstancias las específicas, acogiendo con ello un concepto restringido de la materia, el autor Fernando Velásquez Velásquez, quien directamente señala que “considerada la actual redacción legal es claro que solo se puede asumir una concepción estricta de “circunstancias””³⁸. Para este autor las circunstancias en el Derecho penal colombiano no han de comprenderse desde un punto de vista amplio sino restringido, entendiendo por tales aquel dato, característica o relación que no tenga ninguna vinculación con el supuesto de hecho de la norma penal³⁹.

4.1 Descripción del sistema de circunstancia que modifican la responsabilidad penal en el Código Penal colombiano

Ahora bien, revisada la legislación interna respecto del tópico de las circunstancias que modifican la responsabilidad penal, se observa la adopción de un concepto amplio o de unificación de las circunstancias, es decir, que por tal se entiende tanto las genéricas como las específicas. Esta situación, que compartimos cabalmente, la retoma el profesor Francisco Javier Tamayo Patiño para quien “la sustancia del asunto se encuentra, y ello legitima la idea de unificación, en que ambos elementos se encuentran separados de una decisión previa que estableció una pena determinada, y además que de desaparecer estos elementos ello no impide la decisión inicial de sanción en el delito básico, y lo más importante, que la característica de ambos es su incidencia en la modificación de la pena, aunque, se reconoce, en diferente dimensión”⁴⁰.

³⁷ M. Cobo del Rosal-T.S. Vives Antón, *Derecho penal parte general*, Universidad de Valencia 1984, p. 737.

³⁸ Fernando Velásquez Velásquez, *Manual de derecho penal parte general*, Temis, 2002, p. 559.

³⁹ Fernando Velásquez Velásquez, *Derecho penal parte general*, Bogotá, Comlibros, 2009, p. 940.

⁴⁰ Francisco Javier Tamayo Patiño, “Las circunstancias de agravación punitiva en el derecho penal colombiano. Aproximación a una fundamentación”, cit. 25.

Lo anterior conduce a sostener que ante la ausencia de circunstancias específicas, igual que ocurre con las genéricas, el tipo penal básico no se desvanece, mantiene, al menos en principio, su condición de delito, toda vez que “las circunstancias son elementos contingentes que pueden faltar sin que el delito desaparezca en tanto que si falta “un elemento esencial” del delito, desaparece la figura criminal misma”⁴¹.

De esta manera, se tiene que el capítulo segundo de la Ley 599 de 2000 –Código penal- dispone los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad, el artículo 54 alude tácitamente a la existencia de circunstancias de mayor y menor punibilidad genéricas y específicas.

Las primeras, esto es, las genéricas, previstas en los artículos 55 y 58, aplicables, en principio a todos los delitos de la parte especial del Código penal, en tanto las de carácter específico, se predicen de ciertos delitos en particular constituyéndolos en tipos circunstanciados.⁴²

Las circunstancias genéricas inciden en la determinación de los cuartos, mínimo, medios y máximo en los que ha de moverse el sentenciador para imponer la respectiva sanción penal en consonancia con los parámetros trazados en el artículo 61, al tiempo que las específicas amplían los extremos punitivos del delito del que se predicen, sin perjuicio de que del tipo circunstanciado pueda derivarse una o varias de las causales genéricas de mayor o menor punibilidad. Así mismo, para determinar la modificación que sufren los extremos punitivos de un tipo penal circunstanciado, el legislador desarrolló el artículo 60 del estatuto represor que contiene los parámetros legales que han de aplicarse a cada caso concreto.

⁴¹ Giovanni Fiandaca y Enzo Musco, *Derecho penal parte general*, Temis, 2006, p. 417.

⁴² Un entendimiento correcto de ambas clases de circunstancias de agravación punitiva, en cuanto a su aplicación, estriba en que su presencia en el injusto solo ha de aceptarse a condición de que no se conviertan en elemento constitutivo del tipo penal del que se deriva. Esto es, que el supuesto de hecho que las fundamente no sea al mismo tiempo elemento cofundante de la responsabilidad penal. Además, que conlleven un verdadero aumento del injusto penal o de la culpabilidad.

En cuanto a la definición e incidencia de las circunstancias genéricas y específicas, Pedro Alfonso Pabón Parra afirma que “se denominan circunstancias genéricas de mayor o menor punibilidad aquellas peculiaridades, personales o materiales, que pueden rodear la ejecución de la conducta y que en concepto criminológico del legislador, deben influir en la determinación punitiva final y se pueden aplicar a cualquier género o especie delictiva contemplada en la parte especial del Código. A su vez, las circunstancias específicas revisten las mismas características, pero en cuanto a determinado género o especie delictivo, razón por la cual se encuentran siempre enunciadas en la parte especial del estatuto”⁴³.

A lo anterior se añade que las circunstancias que modifican la responsabilidad penal descansan sobre los presupuestos de la pena “puesto que si la existencia del hecho punible exige la configuración de un injusto y la culpabilidad del autor...una mayor o menor gravedad de la responsabilidad penal también debe encontrar su fundamento en un mayor o menor injusto (bien porque implique un mayor o menor desvalor del acto o del resultado) o una mayor o menor culpabilidad del sujeto (mayor o menor exigibilidad)”⁴⁴.

Siendo así, la adjudicación de pena en el sistema colombiano, no está librado al arbitrio judicial, puesto que el legislador, a través del Capítulo segundo de la Ley 599 de 2000, fijó las bases de interpretación judicial respecto de la determinación cualitativa y cuantitativa de la determinación penal.

Con todo, cabe resaltar que la diferenciación que existe entre una y otra clase de circunstancias –genéricas y específicas- radica en la incidencia que tienen en la determinación de la pena, sin que su sistematización en el Código penal, implique,

⁴³ Pedro Alfonso Pabón Parra, *Manual de derecho penal parte general-parte especial, sexta edición*, Ediciones doctrina y ley Ltda, 2003, p. 469

⁴⁴ Juan Oberto Sotomayor Acosta y Gloria María Gallego García “Las circunstancias agravantes del homicidio imprudente en el Código Penal colombiano”, en *Nuevo Foro Penal* No. 61, Agosto 1999, p.38.

respecto de las específicas, echar de menos su carácter de circunstancias que se afirma en cuanto a las genéricas.

Vale la pena acotar, pese a que las circunstancias de agravación específicas de la responsabilidad penal no son el eje central de este trabajo, que en numerosas ocasiones su incorporación en la parte especial del Código penal a través de los diferentes delitos básicos que las contienen, no es más que el reflejo del populismo que permea la legislación penal, puesto que, más que constituir verdaderas circunstancias modificativas de la responsabilidad, son una consecuencia sin legitimación alguna de la inflación punitiva.

Allí, donde el legislador crea circunstancias sin fundamento que las legitime, radica en buena medida el imperativo de reivindicar el principio de mínima intervención del Derecho penal en punto a maximizar las garantías procesales y sustanciales que orientan la hermenéutica de un Estado social y democrático de derecho.

Con todo, de lo expuesto en el capítulo anterior, concatenado con lo que viene de reseñarse, la posición que se asume en esta oportunidad y que, en todo caso, se refleja a lo largo de estas líneas, es, por supuesto, de entender las circunstancias desde un punto de vista de unificación, es decir, que el concepto abarca tanto las genéricas como las específicas derivadas de los tipos penales. Ello implica que independientemente de la ubicación sistemática de la circunstancia, sea en la parte general del Código Penal, ora en la parte especial, la característica de ambas es esencialmente su reflejo en la modificación de la pena en la forma como ya se explicó.

Tal situación conlleva afirmar que la interpretación de las circunstancias específicas, al igual que sucede con las genéricas, debe permitir la mejor realización de los principios constitucionales, como lo es para el caso concreto la prerrogativa de non bis in ídem, a fin de que en vigencia del principio de mínima

intervención del Derecho penal, las garantías constitucionales de racionalización de la actividad legislativa y judicial, condicionen su aplicación.

Una conclusión adicional que se desprende de lo expuesto, es que las circunstancias específicas análogas a la genérica de obrar en coparticipación criminal que se estudia en este texto, y que han sido previstas de modo particular para ciertos tipos penales, verbigracia, caso de los delitos descritos en los artículos 365 y 366 del Código Penal, para los cuales el legislador previó como circunstancia específica de agravación de la pena la de obrar en coparticipación criminal, deber someterse el mismo tratamiento de interpretación restrictiva en cuanto a su aplicación, porque su presencia en el injusto solo podrá legitimarse siempre y cuando conlleve un mayor desvalor de acción, de resultado o de autor que amerite la correspondiente modificación del delito.

5. Circunstancia genérica de mayor punibilidad consistente en obrar en coparticipación criminal

Corresponde ahora determinar cuándo procede válidamente la imputación jurídica de la circunstancia genérica de obrar en coparticipación criminal, bajo el entendido de que en los delitos denominados por la doctrina como plurisubjetivos, aquellos que conceptualmente exigen la intervención de más de un autor⁴⁵, por expresa prohibición impuesta por el principio de non bis in ídem, como se explicará en su oportunidad, no resulta aplicable tal circunstancia de agravación penal.

Vale decir que el estudio de esta circunstancia genérica modificativa de la responsabilidad penal, obrar en coparticipación criminal, no ha sido abordado por la doctrina especializada, al menos no de manera concreta y detallada, de allí que su examen se adelantará de forma interpretativa, estableciéndose para el efecto

⁴⁵ Diego Manuel Luzón Peña, *Lecciones de derecho penal parte general*, segunda edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2012, p. 163.

correspondencias doctrinales y jurisprudenciales, de cara a fijar el alcance en cuanto a su procedencia y aplicación.

En primer lugar, en lo que hace al género de las circunstancias a la que se alude en esta oportunidad, recordemos la definición proporcionada por el autor Pedro Alfonso Pabón Parra para quien “se denominan circunstancias genéricas de mayor o menor punibilidad aquellas peculiaridades, personales o materiales, que pueden rodear la ejecución de la conducta y que en concepto criminológico del legislador, deben influir en la determinación punitiva final y se pueden aplicar a cualquier género o especie delictiva contemplada en la parte especial del Código”⁴⁶.

En este sentido, el estatuto represor colombiano, Ley 599 de 2000, en el título IV denominado “de las consecuencias jurídicas de la conducta punible”, capítulo segundo, “de los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad”, en los artículos 55 y 58, enumera las circunstancias genéricas de menor y mayor punibilidad respectivamente, que son aplicables, prima facie, para todas las conductas punibles descritas en la parte especial del Código penal.

Por su parte, en el numeral décimo del artículo 58, el legislador dispuso como circunstancia genérica de mayor punibilidad la de obrar en coparticipación criminal.

Ahora bien, la coparticipación criminal, que en criterio del constituyente derivado, funge como presupuesto material modificador de la responsabilidad penal, es examinada doctrinariamente en el terreno del concurso de personas en la conducta punible⁴⁷.

⁴⁶ Pedro Alfonso Pabón Parra, *Manual de derecho penal parte general-parte especial, sexta edición*, cit, p. 469.

⁴⁷ Al respecto, no se precisa realizar en extenso profundas disertaciones en relación con el tópico del concurso de personas en la conducta punible, toda vez que es otro el tema principal el que fundamenta la elaboración de este artículo. No obstante, si vale la pena traer a colación la clasificación que hace el profesor Fernando Velásquez Velásquez, bajo el entendido de que, por un lado, se consideran autores: el autor inmediato, el autor mediato, el coautor y el autor accesorio

Al respecto, Juan Fernández Carrasquilla afirma que “se habla en general de codelincuencia, cooperación criminal, o coparticipación –y la ley vigente específicamente de personas que, como autores o partícipes concurren en la realización de la conducta punible- para aludir al concurso o intervención de varias personas en la realización del delito”⁴⁸.

Y, a continuación, señala el autor que:

“El concepto de coparticipación solo cobra sentido cuando un delito es cometido por varias personas, sea que éstas colaboren a su realización en plano de igualdad o desigualdad de sus aportes (...)

Más adelante acota:

“El sentido de la institución enfrenta con los delitos monosubjetivos que eventualmente resulten cometidos por más de una persona, pudiendo entonces darse la coautoría o propiamente la participación”⁴⁹.

En cuanto a la improcedencia de la coparticipación criminal en los delitos plurisubjetivos, aquellos que requieren la intervención de varios autores para la realización del tipo penal, justamente, éste es uno de los eventos que, según la doctrina, no constituyen concurso de personas en el hecho punible⁵⁰.

también conocido como autor paralelo. Por otro lado, aparecen los partícipes, caracterizados porque concurren en el hecho ajeno, sea a título de instigador, sea como cómplice. Fernando Velásquez Velásquez, *Manual de derecho penal parte general*, Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia, 2002, pp. 440,441.

⁴⁸ Juan Fernández Carrasquilla, *Derecho penal parte general, teoría del delito y de la pena, volumen 2, dispositivos amplificadores, concursos y pena*, Grupo Editorial Ibáñez, 2012, p. 785.

⁴⁹ Juan Fernández Carrasquilla, *Derecho penal parte general, teoría del delito y de la pena, volumen 2, dispositivos amplificadores, concursos y pena, ibídem*, p. 788.

⁵⁰ Fernando Velásquez Velásquez, *Manual de derecho penal parte general*, ibídem, 443.

De allí que la procedencia de la aplicación de la circunstancia genérica de agravación de la pena prevista en el numeral décimo del artículo 58 del Código penal, se establezca a condición de que se predique de conductas punibles monosubjetivas, en cuya realización interviene un número plural de personas, sea como autores o partícipes.

Establecida la procedencia de la circunstancia genérica de coparticipación criminal, se precisa determinar cuándo resulta aplicable o, dicho en otras palabras, cuándo su imputación jurídica deviene como consecuencia de un ejercicio de racionalidad judicial, que consulta la teleología del sistema de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

En este aspecto, ilustrativa resulta la decisión adoptada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia con radicado 35.116 del 24 de octubre de 2012, en la que, frente a la aplicación de las circunstancias de agravación de la pena, en el caso concreto objeto de pronunciamiento por la corporación se indicó:

“Ahora bien, frente a las circunstancias que agravan la pena para los delitos citados, la Sala ha dicho que su imputación depende de la existencia de una relación causal entre ellas y los verbos rectores que los describen, en cuanto conlleva a un mayor riesgo para la seguridad pública⁵¹.

Lo cual traduce, ni más ni menos, que para determinar la aplicación de una circunstancia de agravación penal, -para el caso que nos interesa, aludimos en particular a la circunstancia genérica de obrar en colaboración criminal-, inevitablemente ésta debe alterar los presupuestos esenciales del delito del que se pretende derivar, para que se repute legítimo el aumento de pena que conlleva. Es ésta justamente, la relación causal a la que se refiere la Corte entre la comisión

⁵¹ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Pernal, sentencia 35.116 del 24 de octubre de 2012, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

del delito y las circunstancias, que ha de reflejarse necesariamente en la mayor potencialidad de riesgo o lesión para el bien jurídico protegido que entraña la realización de una conducta delictiva con circunstancia de mayor punibilidad.

Concretamente, en lo que respecta al hecho de obrar en coparticipación criminal, su justificación como circunstancia modificadora de la responsabilidad penal, está dada en que accionar conjuntamente, facilita la comisión del hecho criminoso del que se predica tal comportamiento, creando, por tanto, un mayor riesgo no solo para el sujeto pasivo de la conducta, sino para el bien jurídicamente tutelado. La acción delictiva realizada por varias personas, es más eficaz y, por consiguiente, más reprochable, entre otras razones, por el temor que conductas así desplegadas generan para la comunidad.

Siendo así, el fenómeno de la coparticipación, alude a la intervención conjunta de agentes actores en la ejecución de una conducta delictiva, haciendo relación a todos los eventos de comisión plural de un delito que, por supuesto, no podrá ser catalogado como plurisubjetivo, porque, de ser así, acarrearía la improcedencia de la coparticipación como circunstancia de agravación de la responsabilidad penal.

Su justificación o criterio de legitimación en el injusto, se orienta por la necesidad, al menos desde la perspectiva político criminal, de represión de la codelincuencia que de suyo aumenta, como se advirtió, el grado de lesión o puesta en peligro para los bienes jurídicos, o bien, el desvalor de acción.

Sin embargo, queda claro que no siempre que una pluralidad de personas interviene en la realización de una conducta punible, se configura el fenómeno jurídico de la coparticipación criminal, porque puede ocurrir que el comportamiento ilícito a realizar corresponda a un tipo penal de los llamados plurisubjetivos, que exige para su configuración la presencia de varios autores.

Con todo, la circunstancia genérica de mayor punibilidad consistente en obrar en coparticipación criminal, prevista en la legislación colombiana en el numeral décimo del artículo 58 del Código penal, aplicable en principio a cualquier género o especie delictiva contemplada en la parte especial del estatuto represor, es una situación de índole material que al rodear la ejecución de una conducta punible, en criterio del legislador, debe influir en la determinación punitiva final, por cuanto su configuración conlleva un mayor desvalor de acción y de resultado.

6. Non bis in ídem como criterio de interpretación restrictiva en la aplicación de circunstancias de agravación penal.

Como de lo que se trata, ya se ha dicho reiteradamente a lo largo de estas líneas, es de ofrecer un criterio que oriente la interpretación y aplicación restrictiva de las circunstancias de agravación punitiva en procura de frenar la irracionalidad legislativa y judicial en el terreno de la determinación de la pena, se echará mano del principio constitucional y legal de non bis in idem en punto a brindar elementos de juicio para adelantar dicha labor, sin que, por supuesto, sea este principio el único que facilite la tarea.

A tal efecto, basta con realizar una sucinta caracterización de la prerrogativa a no ser juzgado o sancionado dos veces por la misma conducta, básicamente desde la perspectiva jurisprudencial en el ámbito nacional, para seguidamente ilustrar sobre los efectos de dicho principio rector de la actividad judicial entorno a la prohibición de agravar la pena imponible a un comportamiento delictivo, en virtud de una circunstancia que ya fue tomada en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal.

La finalidad, por supuesto, no es otra que la de impedir, por virtud del principio constitucional y legal de non bis in ídem, que las causales de agravación se impongan de modo arbitrario e injustificado a quienes sean responsables de la comisión de un delito.

De contera, adviértase que el principio de la referencia funge como criterio de racionalización de los delitos y de las penas, en tanto el legislador se rige por el imperativo de guiar su labor de configuración normativa al compás de los límites que imponen los derechos y garantías fundamentales reconocidos en un Estado Social y Democrático de Derecho como el nuestro.

El desarrollo normativo del principio non bis in ídem aparece consignado en el artículo 29 de la Constitución política nacional como uno de los componentes del debido proceso. Así mismo, su desarrollo legal consta en los artículos 8 y 21 de las Leyes 599 de 2000 y 906 de 2004 respectivamente como normas rectoras de la actividad sustancial y procesal penal.

La Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento del 18 de marzo de 2015 proferida dentro del proceso con radicado 36.828, respecto del principio rector del non bis in ídem precisó que este es aquel según el cual:

“...no puede juzgarse dos veces igual causa, esto es, no es viable investigar, enjuiciar o castigar a una persona más de una ocasión por el mismo motivo, pues, ello, en últimas, atenta severamente contra el principio de proporcionalidad, habida cuenta que la imposición de una doble sanción por una sola acción reprobada normativamente, conduciría a reprochar un hecho, excediendo el ámbito de retribución legal y forjando en el ciudadano la idea de injusticia e inseguridad”⁵².

Ahora bien, tres son los presupuestos que se estiman deben concurrir en un mismo asunto para que se verifique la configuración del principio de non bis in ídem.

⁵² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia con radicado 36.828 del 18 de marzo de 2015, M.P. Eyder Patiño Cabrera.

En la misma sentencia que viene de citarse, recordando lo desarrollado en este punto por la Sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 24 de noviembre de 2010, radicado 34.482, adujo la corporación que éste principio está sometido a las siguientes exigencias:

“...primero exige que el mismo individuo sea incriminado en dos o más ocasiones; el segundo, la identidad de objeto, requiere que el factum motivo de imputación sea igual, aún si el nomen iuris es diverso; y el tercero, la identidad en la causa, postula que la génesis de los dos o más diligenciamientos sea la misma”⁵³.

En materia penal, la prerrogativa de la referencia apareja las prohibiciones de Investigar, acusar, enjuiciar o sancionar penalmente a una persona por un delito por el cual ya había sido juzgada en un proceso penal anterior ya finalizado; investigar, acusar, enjuiciar o sancionar penalmente a una persona por un hecho por el cual ya había sido absuelta por una sentencia debidamente ejecutoriada; sancionar a una persona por un hecho por el cual ya había sido sancionada por una sentencia en firme y, agravar la pena imponible a un comportamiento delictivo, en virtud de una circunstancia que ya fue tomada en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal⁵⁴.

Ahora bien, la Corte Constitucional, en sentencia C-521 del año 2009, en cuanto a las finalidades constitucionales del principio non bis in ídem como prerrogativa del debido proceso, puntualizó que “el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho persigue la finalidad última de racionalizar el ejercicio del poder sancionatorio en general, y especialmente del poder punitivo”⁵⁵.

⁵³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia con radicado 34.482 del 24 de noviembre de 2010, citada en la sentencia con radicado 36.828 del 18 de marzo de 2015, cit.

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-521 del 04 de agosto de 2009. MP. María Victoria Calle Correa.

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C-521 del 04 de agosto de 2009, Cit.

Concretamente, en lo que atañe a las circunstancias que agravan la responsabilidad penal, precisó el alto tribunal constitucional que:

“...el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho persigue evitar que el legislador penal agrave injustificadamente las penas imponibles a una persona a quien se le imputa la comisión de un delito. En ese sentido, en la Sentencia T-575 de 1993, la Corte encontró que se desconocía el principio non bis in ídem cuando en la sentencia penal se había ordenado una adición a la pena con base en una causal genérica de agravación establecida en el artículo 372 del Código Penal pese a que previamente se había aumentado la pena básica de conformidad con las causales específicas de agravación contempladas en su artículo 351, pues el principio non bis in ídem actúa así como una protección al acusado o condenado contra una posible doble incriminación total o parcial”⁵⁶.

La prohibición de agravar la pena imponible a un comportamiento delictivo, en virtud de una circunstancia que ya fue tomada en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal, se concreta en la restricción tanto para el legislador como para el operador judicial de valorar un mismo suceso como presupuesto esencial del tipo penal y de paso, como circunstancia de agravación del delito, sea que se le derive como específica o como genérica. Lo cierto es que una misma circunstancia de hecho no puede ser objeto de doble examen en el injusto, independientemente del nomen iuris que se le dé.

En este puntual aspecto, tal como lo planteó el máximo tribunal constitucional, al prohibir que una misma circunstancia se convierta en elemento constitutivo del tipo

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia T-575 de 1993, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. Citada por la Corporación en la sentencia C-521 de 2009.

penal y en causa de agravación del mismo, el principio non bis in ídem persigue evitar que las causales de agravación se impongan de modo arbitrario e injustificado a quienes sean responsables de un delito⁵⁷.

Es así que, establecido que un acontecimiento es constitutivo de una circunstancia porque no integra los elementos esenciales del delito pero, no obstante, cuenta con la entidad suficiente para agravarlo, en tanto guarda íntima relación con el supuesto de hecho que motivó la intervención penal, en vigencia del principio non bis in ídem, ha de constatarse que el ilícito fue cometido en condiciones que se estiman más reprochables y que esas condiciones en verdad lo alteran significativamente, para que se legitime el aumento de pena que conlleva proceder por una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal.

Por ello, si la circunstancia que agrava la pena configura igualmente un supuesto fáctico que ya fue considerado en el tipo penal como elemento fundante, ya sea del desvalor de acción o de resultado, ora de la culpabilidad, su atribución jurídico-penal habrá de desecharse, porque de lo contrario, no solo se afectaría la garantía de non bis in ídem como parámetro para morigerar la actividad judicial sino porque, de contera, se patrocinaría la indeseada expansión del Derecho penal que atenta abiertamente contra las garantías más esenciales del ser humano como lo es, por ejemplo, el derecho fundamental a la libertad.

Si una de las principales motivaciones del Derecho penal es la tutela de los bienes jurídicos, y su protección, sea efectiva o preventiva, se alcanza con la sanción que ha determinado el legislador para el tipo penal básico del que posteriormente se deriva determinada circunstancia de agravación que guarda similitud con la acción o con los presupuestos que integran el hecho punible, nada justifica que además se proceda por ésta, provocando un aumento en la sanción penal que solo representa un exceso, por cuanto los fines de la pena se verían garantizados suficientemente con la sanción prevista para el tipo penal básico.

⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia C-521 del 04 de agosto de 2009, cit.

7. Caso concreto

Lo que viene de exponerse, permite concluir a grandes rasgos, que las circunstancias que modifican la responsabilidad penal son aquellos, datos, acontecimientos o características de hecho que al producirse en el mundo fenoménico afectan o modifican el delito y, sin embargo, su desaparición no conlleva el desvanecimiento del hecho punible por tratarse justamente de elementos que modifican pero no fundamentan la responsabilidad penal. Y aunque se trata de presupuestos diferentes a los que constituyen la esencia del delito, deben estar directa y estrechamente relacionados con éstos, a fin de justificar el respectivo aumento en la sanción a imponer.

Ahora bien, cuando el supuesto de hecho que configura la circunstancia es al mismo tiempo presupuesto esencial del injusto, nos encontramos ante un evento de vulneración del principio non bis in ídem, en cuanto a la prohibición de agravar la pena imponible a un comportamiento delictivo en virtud de una circunstancia que ya fue tomada en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal, prohibición que tiene como propósito evitar que las causales de agravación se impongan de modo arbitrario e injustificado a quienes sean responsables de un delito.

Esta situación, la de la doble valoración de un presupuesto fáctico como elemento esencial del delito y al mismo tiempo como circunstancia que modifica la responsabilidad penal, será estudiada a continuación a raíz de una decisión adoptada por una Sala de decisión penal del Tribunal superior de distrito judicial de Antioquia, en la que, en nuestro criterio, se deja entrever la irracionalidad, en este caso, judicial, a la hora de aplicar las circunstancias genéricas de agravación de la pena.

Así, en lo que sigue, se intentará demostrar que la decisión adoptada por la corporación además de ser irracional por aparejar una innecesaria expansión del

Derecho penal que choca con el criterio de mínima intervención, supone un ejercicio irreflexivo en cuanto a la procedencia y aplicación de la circunstancia genérica de agravación prevista en el numeral 10º del artículo 58 del Código penal, veamos:

El 28 de julio del año 2014, la Sala penal de descongestión del Tribunal superior de distrito judicial de Antioquia, resolvió el recurso de apelación interpuesto por la representación de víctimas y el delegado de la Fiscalía General de la Nación en contra de la sentencia No. 033 proferida por el Juzgado segundo penal del circuito especializado de Antioquia el 29 de julio de 2013, dentro del proceso penal distinguido con el código único de investigación 05001 60 00000 2013 00001, proveído mediante el cual se condenó a los señores Jesús Alfonso Minota Copete, Reinaldo Alfonso Jiménez Sierra y Fredy Alonso Palacios Cárdenas, en calidad de autores del concurso de conductas punibles de concierto para delinquir agravado según lo dispuesto en el inciso segundo de la norma que lo contiene y extorsión agravada, tras la aceptación unilateral de cargos que hicieron los procesados en el desarrollo de la audiencia preparatoria.

Las circunstancias fácticas que dieron origen al proceso penal de la referencia, fueron relacionadas en el pronunciamiento de segunda instancia, el cual, en este aspecto, guarda identidad con la sentencia condenatoria, de la siguiente manera:

“El 5 de noviembre de 2011, en momentos en que se disponía a abandonar la finca, ubicada en la vereda el rayo de Tarazá, el señor Gustavo Zuluaga Atehortúa, en compañía de otra persona, fue víctima de un atentado con arma de fuego.

Estando en recuperación, en el mismo hospital donde era atendido, el 7 de noviembre de 2011, dos días después del atentado, el señor Zuluaga recibió una llamada al celular donde le informaban quien era la persona que hablaba, identificándose

como integrante de la organización en inicio FARC y después de los Rastrojos que trabajaban en acuerdo y le dijo que había sido el autor de los disparos, y que no le respondería por su vida, que tenía que abandonar a Tarazá y sus negocios y que no podía volver a la finca. Después recibió otra llamada en la que le hacen la exigencia de la entrega de 30 millones de pesos y una arroba de carne o de lo contrario se atentaría nuevamente en contra de su humanidad, la de su familia, de su hijo, ya que sabían dónde vivían y cuáles eran sus movimientos.

Así fue como se acordó que el 7 de noviembre de 2011, se entregaría por parte del señor Zuluaga la suma de ocho millones de pesos y una arroba de carne y los 22 millones de pesos restantes a los ocho días siguientes; de esta manera, los primeros ocho millones, y la carne fueron enviados por la víctima por intermedio de uno de sus trabajados, donde fue recibida a las afueras del municipio de Tarazá.

Ya para la entrega del dinero restante, los 22 millones de pesos y otra arroba de carne adicional, se fijó como fecha el 2 de diciembre de 2011, en horas de la mañana; pero para esa entrega, el Gaula de Antioquia preparó un operativo y en el momento en que recibía el paquete que simulaba tener el dinero y la carne exigidos, fue capturado el ciudadano LUIS CARLOS MERCADO RÍOS, al igual que el señor JESÚS ALFONSO MINOTA COPETE que lo acompañaba, debido a que juntos habían llegado al lugar en el mototaxi que trabajaba el señor Mercado.

Ante esta captura el señor MERCADO RÍOS, informó quien fue la persona que lo había buscado para reclamar el encargo y el sitio

donde se encontraba, lugar al que se dirigió el personal del GAULA, encontrando al señor FREDY ALONSO PALACIOS CÁRDENAS, al que se capturó por la información que dio el señor Mercado y otros dos sujetos que allí se encontraban al notar la presencia policial se dieron a la huida.

Como el señor Mercado Ríos indicó a los policiales el sector al que debía dirigirse el encargo, los condujo hacia el mismo y en efecto durante el recorrido, ya en las afueras del municipio de Tarazá cerca al río que lleva el mismo nombre, observaron dos personas que esperaban en la vía, los policiales los abordaron, pero estos emprendieron veloz carrera y uno de ellos enfrentó a los agentes del orden con arma de fuego, por lo que estos reaccionaron, hirieron a las dos personas y finalmente lograron capturar a una de las personas heridas a la que se le halló un revolver, 3 cartuchos calibre 38 especial y un celular. Esta última persona resultó ser REINALDO ALFONSO JIMÉNEZ SIERRA y la otra persona logró huir arrojándose al río Tarazá”⁵⁸.

Por estos hechos, la fiscalía delegada, dando inicio a la etapa de juzgamiento del proceso, presentó acusación en contra de los ciudadanos Jesús Alfonso Minota Copete y Fredy Alonso Palacios Cárdenas por los delitos de concierto para delinquir agravado y extorsión agravada y, respecto del señor Reinaldo Alfonso Jiménez Sierra, la acusación comprendió además de los punibles mencionados el de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones. Así mismos, del comportamiento achacado a los procesados, dedujo el ente acusador la circunstancia genérica de obrar en coparticipación criminal descrita en el numeral 10º del artículo 58 de la Ley 599 de 2000.

⁵⁸ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Antioquia, Sala Penal de Descongestión, radicado 053186100127201180396, INT. 2014-0670-4, 28 de julio de 2014 M.P María Victoria Gómez Botero.

Sin embargo, al momento de proferir la respectiva sentencia condenatoria, luego del allanamiento unilateral a cargos, el Juez de primera instancia se abstuvo de aplicar, en la dosificación de la pena, la circunstancia genérica de agravación contemplada en el numeral 10º del artículo 58 del Código de las penas, pese a que la misma hizo parte de la formulación de acusación y de la aceptación de los cargos, bajo el argumento de salvaguardar el principio de non bis in ídem, puesto que en su sentir “no debe olvidarse que hay un delito acusado y tipificado que requiere la pluralidad de sujetos que es el concierto para delinquir, de suerte que si este delito hace referencia a la coparticipación de personas para la comisión del delito, mal podría tenerse en cuenta la circunstancia de mayor punibilidad ya que se estaría violando el principio del Non bis in ídem al estar juzgándolos y sancionándolos dos veces por haber actuado con pluralidad de personas”⁵⁹.

Ahora bien, aunque la sentencia de primer grado fue impugnada tanto por el apoderado de la víctima como por el delegado de la fiscalía, solo se hará referencia a los argumentos que sustentan el recurso de alzada del representante del Estado, por cuanto la decisión adoptada por la Sala penal de descongestión del Tribunal superior de distrito judicial de Antioquia en punto a resolver tal disenso, constituye la esencia de la crítica que se hace a la decisión en esta oportunidad.

A tal efecto, de la sentencia de segundo grado⁶⁰, se desprende lo siguiente:

“El motivo de disenso se centra en que el juzgador de instancia al momento de aplicar la sanción, se movió dentro del primer cuarto mínimo, desconociendo que se dedujo la circunstancia genérica de agravación punitiva consagrada en el numeral 10 del artículo 58, lo

⁵⁹ Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, sentencia No. 033 del 29 de julio de 2013, radicado 050016000000201300001.

⁶⁰ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Antioquia, Sala Penal de Descongestión, radicado 053186100127201180396, INT. 2014-0670-4, Cit.

que obligaba la imposición de la pena en el primer cuarto medio como lo norma el inciso segundo del artículo 61 del C.P.

Aduce el ente acusador que, contrario a lo manifestado por el juez de instancia, sí es compatible la aplicación de la agravante genérica de la coparticipación criminal, con la imputación del delito de concierto para delinquir en concurso con extorsión.

...finaliza su alocución afirmando que la acusación por el concierto no absorbe la genérica del numeral 10 del artículo 58 a más que, en el presente caso la agravante a la que se ha hecho alusión se dedujo respecto del delito de extorsión, más no frente al concierto...”

Ante este panorama, la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Antioquia, entendió que el problema jurídico que debía resolverse consistía en “determinar si es compatible la aplicación de la agravante genérica que consagra el numeral 10 del artículo 58 del C.P., cuando se imputa el delito de concierto para delinquir concursante con el punible de extorsión.”

Y, tras resolver las cuestiones accesorias inherentes al pronunciamiento en sede de apelación, atinente al problema jurídico planteado, la Corporación sentó su posición en los siguientes términos:

“La tesis que sustentará esta Sala para resolver el problema jurídico planteado, consistirá en sostener, que en el presente caso resulta procedente la aplicación de la agravante de la coparticipación, en el entendido que la misma fue deducida por la Fiscalía General de la Nación, frente al delito de extorsión.

...en el caso bajo estudio, resulta procedente la aplicación de la agravante genérica que extraña el señor fiscal, ello en razón a que,

como lo indicó la parte impugnante, la misma se dedujo frente al delito de extorsión, que en modo alguno, requiere para su tipificación una pluralidad de sujetos, lo que descarta una posible violación a la prohibición de doble incriminación por el mismo aspecto, esto es, la concurrencia de varios sujetos en la comisión del injusto.

...esta Colegiatura es de la postura que, cuando se acusa de forma exclusiva por el concierto para delinquir, no es viable deducir *per se*, la agravante de la coparticipación, pues ese elemento de pluralidad de sujetos, es precisamente, un elemento configurativo del tipo, de tal suerte que, con la misma circunstancia, -pluralidad de sujetos-, no solo se configura un delito, sino que, se consagra una agravante que repercute en una sanción mayor.

...si bien a los acusados se les condenó anticipadamente por el delito de concierto para delinquir en concurso con extorsión agravada, lo cierto es que, la agravante genérica deducida, no la circunscribió la fiscalía al delito contra la seguridad pública, sino frente al punible contra el patrimonio económico de suerte que no resulta ninguna incompatibilidad”⁶¹.

7.1 Toma de posición

Es cierto, tal y como se desprende de la reseña fáctica y procesal que antecede, que la Colegiatura no desconoce con su decisión que el delito de concierto para delinquir, por ser un tipo penal para cuya realización se requiere de la intervención plural de autores, descarta de suyo la imputación jurídica de la circunstancia

⁶¹ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Antioquia, Sala Penal de Descongestión, radicado 053186100127201180396, INT. 2014-0670-4, *ibidem*.

genérica de mayor punibilidad de obrar en coparticipación criminal. Ese, por lo tanto, no es el tópico controvertible.

Pero, ¿qué ocurre cuando el delito de concierto para delinquir concursa con otra conducta delictiva que fue ejecutada por los autores del concierto, como consecuencia de su finalidad delincuencia, y respecto de ésta conducta sobreviniente se deriva la circunstancia de agravación de la pena de obrar en coparticipación criminal?

Fue esa justamente la situación que se le planteó a la Sala de descongestión penal del Tribunal superior de distrito judicial de Antioquia, a quien le correspondió dirimir la polémica propuesta por el delegado de la fiscalía, cuando censuró la decisión del a quo de echar de menos en el proceso de determinación de la pena, la circunstancia genérica prevista en el numeral décimo del artículo 58 del Código penal, bajo el entendido de que de no procederse de esa manera, es decir, de mantener la acusación que en su momento se hizo por esta circunstancia de agravación penal, se estaría incurriendo en una evidente conculcación del principio non bis in ídem.

Y, en nuestro criterio, ciertamente acoger la postura que respaldó la corporación, actuando como Juez de segundo grado, transgrede abiertamente el postulado constitucional que prohíbe la doble incriminación en cuanto a la prohibición de agravar la pena imponible a un comportamiento delictivo, en virtud de una circunstancia que ya fue tomada en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal.

Ya se anticipó que las circunstancias de agravación se justifican en la ley penal, cuando el delito es cometido en ciertas situaciones de tiempo, modo o lugar que se reputan más reprochables porque, verbigracia, conllevan un mayor peligro o lesión para el bien jurídico. Ello conduce, por supuesto, a contraponer la tesis de que no es justificable una circunstancia de agravación punitiva si su presencia en

el injusto simplemente no representa una modificación que legitime el respectivo aumento de pena.

Es lo que se observa en el caso práctico, en el que la circunstancia de obrar en coparticipación criminal deducida del delito de extorsión, finalmente no justifica una mayor represión por el hecho, llanamente porque ese atentado contra el patrimonio económico fue ejecutado por los autores del concierto como consecuencia clara de la finalidad que los llevó a constituirse como empresa criminal, de ahí que la formulación del cargo contra la seguridad pública se agravó en los términos del inciso segundo de la norma que lo prohíbe y sanciona⁶², que entre otras finalidades para concertarse, incluye la de extorsionar.

Esta situación quedó al descubierto en la reseña fáctica en la que se lee que dos días después del atentado que padeció la víctima, ésta recibió una llamada al celular donde el interlocutor se identificó como integrante de la organización en inicio FARC y después de los Rastrojos que trabajaban en acuerdo, atribuyéndose la responsabilidad en el referido atentado. Posteriormente, la víctima recibió otra llamada del mismo sujeto en la que le exige la entrega de 30 millones de pesos y una arroba de carne, bajo la amenaza de atentar nuevamente en contra de su humanidad y la de su familia.

Ninguna duda queda entonces en cuanto a que los acusados fungieron al mismo tiempo como autores del concierto para delinquir agravado, entre otros, con fines de extorsión, y de la extorsión propiamente dicha que tuvo como sujeto pasivo al ciudadano Gustavo Zuluaga Atehortúa, extorsión que fue ejecutada por los

⁶² Reza el artículo 340 del Código Penal, agravado por el inciso segundo que: “*Concierto para delinquir*. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta...inciso segundo: “Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será...”Código Penal, Ley 599 del 24 de julio de 2000.

procesados en su calidad de integrantes de la banda criminal autodenominada “los Rastrojos”.

En este punto, vale la pena aclarar que el acuerdo de voluntades que media entre los autores del concierto y que los convierte por tanto en el sujeto activo plural de dicho injusto, se circunscribe a la comisión de indeterminadas conductas delictivas, aunque a la postre estas puedan ser individualizadas, situación que ha sido suficientemente decantada por la jurisprudencia de la Sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia, de cara a diferenciar el delito en mención de la figura de la coautoría⁶³. Ello quiere decir, que independientemente de que se verifique la realización por separado de las diferentes conductas delictivas para las cuales se conformó la empresa criminal, el concierto para delinquir existe como delito autónomo y basta con que se demuestre el hecho de la concertación con la finalidad de cometer indistintos injustos penales, para que se estructure la referida conducta punible.

Pues bien, para establecer si en el asunto bajo consideración resultaba procedente achacarles a los procesados la circunstancia de obrar en coparticipación criminal, debió el ente acusador y la segunda instancia constatar que éstos actuaron, respecto del punible de extorsión, delito que no requiere para su ejecución de pluralidad de sujetos activos como sí ocurre con el punible de concierto para delinquir, en calidad de coautores o partícipes, porque concurrieron a la realización de la conducta, como consecuencia de la finalidad exclusiva de atentar contra el patrimonio económico de la víctima en compañía de otros sujetos activos y no, como, en verdad ocurrió, a consecuencia de su finalidad de concertarse para la realización de indistintos injustos penales, uno de los cuales, la extorsión del señor Zuluaga Atehortúa, efectivamente se consumó y logró ser demostrada en el proceso, de ahí que se estructurara el fenómeno del concurso real de conductas punibles.

⁶³ Sentencia 40.545 del 25 de septiembre de 2013, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, M.P. María del Rosario González Muñoz

En este punto, más allá de las reglas relativas al concurso de delitos que se estructuran sobre la base del concurso ideal o real, con independencia del enfoque dogmático que se acoja al respecto, subyace un problema de determinación de la pena a imponer que adquiere relevancia y significado en la medida en que se desborden los linderos que separan un comportamiento delictivo de otro, límites que, para este caso concreto, radican esencialmente en el componente objetivo de autor.

Precisamente, es ese, el componente objetivo de autor, que cobra relevancia en este estado de argumentos, el que, entre otras razones, permite sostener que la corporación erró al mantener la acusación en el caso de autos por la circunstancia de obrar en coparticipación criminal, tras desconocer que los delitos endilgados a los sentenciados, así se tratara de un concurso real de conductas punibles, fueron ejecutados por los mismos sujetos activos sin que para su realización se verificara la intervención de personas ajenas a la empresa criminal.

Nótese como de la reseña fáctica que se hizo en el acápite anterior, quedó suficientemente claro que fueron los acusados como integrantes de la banda criminal de los Rastrojos y no otros, quienes en su condición de concertados decidieron realizar la respectiva exigencia económica al señor Zuluaga Atehortua, configurándose así el delito de extorsión que le les imputó en concurso con el punible de concierto para delinquir agravado.

Y si bien en este caso se presentó un concurso real de delitos, habida consideración que el tipo penal de concierto para delinquir es un delito autónomo que como se dijo supra, independientemente de que se verifique la realización por separado de las diferentes conductas delictivas para las cuales se conformó la empresa criminal, existe per se, y basta con que se demuestre el hecho de la concertación con la finalidad de cometer indistintos injustos penales, para que se estructure la referida conducta punible, lo cierto del caso es que la extorsión

achacada a los procesados fue ejecutada única y exclusivamente por ellos, de modo que ninguna razón de ser tenía haberseles imputado la circunstancia de mayor punibilidad de obrar en coparticipación criminal, bajo el argumento de que la misma no se estaba derivando del delito contra la seguridad pública sino respecto del atentado contra el patrimonio económico de la víctima.

Cosa distinta hubiera sucedido, y allí si le asistiría razón a la segunda instancia, si para la ejecución de la extorsión, los acusados hubieran actuado en coautoría o participación con otros sujetos extraños a la empresa criminal, evento en el cual podría sostenerse que respecto de dicho punible se configuró el fenómeno jurídico de la coautoría o de la complicidad y, desde ese punto de vista, si procedería válidamente, al menos en principio, la imputación jurídica de la circunstancia genérica de agravación de la pena de obrar en coparticipación criminal.

Pero tal situación, no pasa de ser una simple hipótesis que no halla respaldo en las circunstancias fácticas que fueron puestas a consideración de la segunda instancia, puesto que lo que se desprende con claridad de los hechos debatidos en el proceso es que la exigencia económica que menguó el patrimonio de la víctima fue cometida por los autores del concierto como consecuencia de su finalidad o plan delincencial, aquel que los condujo a reunirse como empresa criminal.

El argumento que llevó a la Sala de decisión penal del Tribunal superior de Antioquia a revocar en lo pertinente la sentencia de primer grado, consistió básicamente en advertir que la circunstancia genérica de obrar en coparticipación criminal se dedujo del delito de extorsión, que para su configuración no precisa de pluralidad de sujetos activos, más no respecto del atentado contra la seguridad pública, por lo que era totalmente viable deducir la referida circunstancia genérica de mayor punibilidad.

Argumento que, en nuestro criterio, no obstante, desconoce abiertamente la prerrogativa de non bis in ídem, en cuanto a 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.

Ello por cuanto, se reitera, los autores del delito de extorsión fueron los mismos que se concertaron con la finalidad de cometer indistintos injustos penales y, justamente, ese atentado contra el patrimonio económico del señor Zuluaga, devino como consecuencia directa de la finalidad que llevó a los acusados a asociarse como empresa criminal.

De ahí entonces que, atribuirles además la circunstancia genérica de mayor punibilidad de obrar en coparticipación criminal, ningún plus de lesividad representa en el injusto de extorsión.

Por el contrario, sí se conculcó la prerrogativa constitucional que prohíbe la doble incriminación, porque se procedió a aumentar la pena impuesta a los acusados, la que en todo caso se incrementaría necesariamente en razón del concurso de conductas punibles, estimando configurada una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal que al mismo tiempo estructura el presupuesto objetivo de autor que describe el delito de concierto para delinquir, del que se desprendió como consecuencia directa el atentado contra el patrimonio económico de la víctima.

Si esa extorsión que padeció la víctima fue desplegada por los autores del concierto como consecuencia directa de su plan criminal, el que los llevó a reunirse en pro de cometer delitos, incluyendo aquel, nada justifica en términos de mayor desvalor de resultado, que además se les acusara por haber obrado en colaboración criminal cuando, justamente esa ayuda mutua es la que se exige para la configuración del elemento esencial de autoría respecto del punible contra la seguridad pública que, se reitera, motivó la ejecución del delito de extorsión.

Por ello, no era justificable la presencia en el injusto contra el patrimonio económico de la circunstancia genérica descrita en el numeral 10º del artículo 58 del Código penal, porque simplemente con la imputación de tal circunstancia lo que se logró fue agravar la pena impuesta atribuyéndoseles jurídicamente a los encausados dos veces el mismo hecho, esto es, obrar en coparticipación criminal, pese a que esa es justamente la característica objetiva de autor que conlleva el delito de concierto para delinquir del que se desprendió la extorsión.

De lo expuesto se concluye, a tono con la doctrina que ha estudiado el tema de la aplicación de las circunstancias de agravación de la pena, que las circunstancias agravantes suponen la previa realización de los elementos del hecho punible y por lo mismo su contenido no puede coincidir en todo o en parte con los elementos del delito, pues ello entrañaría una doble desvaloración jurídica del hecho (como elemento del delito y como circunstancia agravante). No significa, sin embargo, que tales circunstancias sean totalmente independientes de los elementos del delito; por el contrario, solo pueden considerarse justificadas en la medida que impliquen un aumento del desvalor de la acción o del resultado o de la culpabilidad del sujeto, esto es, de los elementos del hecho punible⁶⁴.

Con todo, salta de bulto la improcedencia de la imputación jurídica de la circunstancia genérica de mayor punibilidad descrita en el numeral décimo del artículo 58 del estatuto represor consistente en obrar en coparticipación criminal, respecto de los delitos que concursan con el concierto para delinquir y que son ejecutados justamente en razón del convenio criminal, es decir, que devienen como consecuencia directa de la finalidad delictiva que llevó a los autores del concierto a conformarse como asociación delincuencia, habida consideración que el sustrato fáctico que estructura tal circunstancia genérica de agravación,

⁶⁴ Juan Oberto Sotomayor Acosta y Gloria María Gallego García "Las circunstancias agravantes del homicidio imprudente en el Código Penal colombiano", en Nuevo Foro Penal No. 61, Agosto 1999. 38

constituye a su vez la característica fundante del sujeto activo del delito de concierto para delinquir, del que se derivan las conductas punibles concursantes y, siendo así, la presencia de tal circunstancia no refleja un mayor desvalor de resultado que conlleve un verdadero aumento del hecho punible.

Lo anterior, no significa negarle el carácter de circunstancia de agravación penal al hecho de obrar en coparticipación criminal, lo que se afirma es que para el caso bajo examen, por las razones esbozadas, su presencia en el injusto no representa un mayor desvalor del resultado que legitime el correspondiente aumento de pena.

Es así que, tras una aplicación del principio constitucional y legal de non bis ídem como criterio de interpretación restrictiva de las circunstancias que modifican la responsabilidad penal para agravarla, atendiendo en este caso concreto a la prohibición de agravar la pena impuesta por un comportamiento que ya fue tenido en cuenta por el legislador como presupuesto esencial de tipo penal, es posible reivindicar el postulado de mínima intervención del derecho penal y de contera, frenar la irracional expansión del sistema de represión punitiva.

Bibliografía

1. Alonso Álamo, Mercedes. *El sistema de circunstancias del delito, estudio general*, Universidad de Valladolid, 1981, citado por Tamayo Patiño, Francisco Javier, "Las circunstancias de agravación punitiva en el derecho penal colombiano aproximación a una fundamentación"
2. Andrade Castro, Jasan Alexander, Caldas Botero Luisa Fernanda, De la Vega Martínis, Orlando Humberto, "Reflexiones sobre la comunicabilidad de circunstancias del autor al partícipe" *Revista Derecho penal y criminología*, Universidad Externado de Colombia, volumen 25, número 75, 2004
3. Bustos Ramírez, Juan J, y Hormazabal Malaree Hernán, *Lecciones de Derecho Penal Volumen II*, Editorial Trotta 1999
4. Cobo del Rosal, M. Vives Antón, -T.S., *Derecho penal parte general*, Universidad de Valencia 1984
5. Echeverry, Alfredo, *Derecho penal, parte general, t II*, 2da Edición, Santiago de Chile, Gabriela Mistral, 1976, citado por Reyes Echandía, Alfonso, *Obras completas. Volumen III*. Bogotá, Temis, 1998
6. Estrada Vélez, Federico, *Derecho penal parte general*, segunda edición, Bogotá, Temis 1986, citado por Tamayo Patiño, Francisco Javier, "Las circunstancias de agravación punitiva en el derecho penal colombiano. Aproximación a una fundamentación."
7. Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho penal parte general, Teoría del delito y de la pena volumen 2*, Grupo Editorial Ibáñez 2012
8. Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo, *Derecho penal parte general*, Temis, 2006, citado por Tamayo Patiño, Francisco Javier, "Las circunstancias de agravación punitiva en el derecho penal colombiano. "Aproximación a una fundamentación"
9. Luzón Peña, Diego Manuel, *Lecciones de Derecho Penal Parte General, 2º edición ampliada y revisada*, Tirant lo Blanch, Valencia 2012
10. Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal Parte General, 5º edición*, TECFOTO S.I., Barcelona, Julio de 2003.
11. Muñoz Conde, Francisco, García Arán, Mercedes, *Derecho Penal Parte General, Séptima edición, revisada y puesta al día*, Tirant lo blanch, Valencia 2007
12. Pabón Parra, Pedro Alfonso, *Manual de derecho penal parte general-parte especial, sexta edición*, Ediciones doctrina y ley Ltda, 2003
13. Reyes Echandía, Alfonso, *Obras completas. Volumen III*. Bogotá, Temis, 1998
14. Rodríguez Collao, Luis, "Los principios rectores del derecho penal y su proyección en el campo de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal", *Revista de derechos fundamentales*, Universidad Viña del Mar No. 8, 2012

15. Sotomayor Acosta, Juan Oberto y Gallego García, Gloria María “Las circunstancias agravantes del homicidio imprudente en el Código Penal colombiano”, en Nuevo Foro Penal No. 61, Agosto 1999
16. Tamayo Patiño, Francisco Javier, “Las circunstancias de agravación punitiva en el derecho penal colombiano. Aproximación a una fundamentación” en Nuevo Foro Penal No. 79 volumen 8, 2012
17. Velásquez Velásquez, Fernando, *Manual de derecho penal parte general*, Temis, 2002.
18. Velásquez Velásquez, Fernando, *Derecho penal parte general*, Bogotá, Comlibros, 2009, citado por Tamayo Patiño, Francisco Javier, “Las circunstancias de agravación punitiva en el derecho penal colombiano. Aproximación a una fundamentación” en Nuevo Foro Penal No. 79 volumen 8, 2012
19. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, sentencia 35.116 del 24 de octubre de 2012, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.
20. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia con radicado 36.828 del 18 de marzo de 2015, M.P. Eyder Patiño Cabrera.
21. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia con radicado 34.482 del 24 de noviembre de 2010, citada en la sentencia con radicado 36.828 del 18 de marzo de 2015
22. Corte Constitucional, sentencia C-521 del 04 de agosto de 2009. MP. María Victoria Calle Correa.
23. Corte Constitucional, sentencia T-575 de 1993, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. Citada por la Corporación en la sentencia C-521 de 2009
24. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Antioquia, Sala Penal de Descongestión, radicado 053186100127201180396, INT. 2014-0670-4, 28 de julio de 2014 M.P. María Victoria Gómez Botero.
- 25.¹ Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, sentencia No. 033 del 29 de julio de 2013, radicado 050016000000201300001.
26. Sentencia 40.545 del 25 de septiembre de 2013, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, M.P. María del Rosario González Muñoz
27. Código Penal, Ley 599 de 2000, del 24 de julio de 2000
28. Corte Constitucional en sentencia C-334 del 13 de junio de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub