

LAS CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO. APROXIMACIONES A UNA FUNDAMENTACIÓN

Francisco Javier Tamayo Patiño*

Resumen

El artículo propone la reflexión sobre el sistema de circunstancias modificativas de responsabilidad en sentido agravado en el derecho penal colombiano. Partiendo de identificar las discusiones doctrinarias sobre su fundamentación y las características de ellas en el sistema positivo colombiano, se hace una propuesta de control de la configuración y aplicación de las circunstancias de agravación desde el contenido material del delito.

Abstract

The paper proposes a reflexión about the system of modificative circumstances of responsibility in aggravated sense in Colombian criminal law. Starting by identifying the doctrinal discussion about their foundation and characteristics in the Colombian`s positive system, it is proposed a configuration control and application of agravative circumstances from the material content of the crime.

Palabras clave:

* Profesor de Derecho penal de la Universidad de Antioquia, Medellín. Trabajo realizado con ocasión de la investigación sobre “*Las circunstancias de agravación punitiva en el Derecho penal colombiano*” para optar por el Título de Magister en Derecho penal de la Universidad EAFIT.

Circunstancias genéricas, circunstancias específicas, circunstancias agravantes, fundamentación de circunstancias.

Sumario.

- 1. Introducción.**
- 1.1. La importancia de una reflexión sobre las circunstancias y su incidencia en el derecho penal colombiano**
- 1.2. Descripción del sistema de circunstancias en el derecho penal colombiano**
- 2. El concepto de circunstancias en la doctrina**
- 2.1. Las circunstancias y los elementos constitutivos del tipo penal**
- 2.2. Circunstancias especiales y genéricas. La opción unificadora**
- 2.3. El fundamento de las circunstancias: fundamento dogmático versus fundamento político criminal**
- 2.4. El tratamiento de las circunstancias en el Derecho penal colombiano**
- 3. Las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal en Colombia. Lineamientos para reducir su irracionalidad en el Derecho penal vigente**
- 3.1. Concepto adoptado de circunstancias**
- 3.2. La antijuridicidad material como referente de justificación de las circunstancias de agravación**
- 3.3. La prohibición de *non bis in idem*. Límite a la configuración de agravantes**
- 3.4. La culpabilidad no es fundamento de las circunstancias agravantes**

1. Introducción

1.1. La importancia de una reflexión sobre las circunstancias y su incidencia en el derecho penal colombiano

El estudio del sistema de circunstancias que modifican para agravar la responsabilidad en el Derecho penal colombiano permite dimensionar la realidad de la expansión e irracionalidad que caracteriza a este ámbito del ordenamiento jurídico en la actualidad. Basta revisar el código penal para advertir que aunque originalmente se encontraba un número importante de circunstancias agravantes en la parte especial, las posteriores reformas realizadas al código penal en sus más de diez años de vigencia han optado por adicionar a los delitos existentes circunstancias que modifican la responsabilidad principalmente para agravar la pena asignada, generándose una red de normas que amplían lo punible y los márgenes de sanción¹. La insistencia en esta técnica

¹ Algunas de las reformas que modifican o adiciona los agravantes en la ley penal colombiana son: Ley 733 de 2002: artículo 3, que modifica el artículo 170; artículo 6, que modifica el artículo 245; Ley 747 de 2002: artículo 3, que adiciona el artículo 188B; Ley 813 de 2003: artículo 1, que deroga el numeral 6 del artículo 241; Ley 890 de 2004: artículo 14, que modifica el artículo 104, 166, 245, 247, 344; Ley 1028 de 2006: artículo 1, que adiciona el artículo 327E; Ley 1098 de 2006: artículo 200, que modifica el artículo 119; artículo 14, que modifica el artículo 170; Ley 1142 de 2007: artículo 51, que modifica el artículo 241; artículo 52, que modifica el numeral 4 del artículo 247; artículo 53, que modifica el artículo 290; Ley 1236 de 2008: artículo 2, que modifica el artículo 58, numeral 17; artículo 7, que modifica el artículo 211; artículo 10, que modifica el artículo 216; Ley 1257 de 2008: artículo 26, que modifica el numeral 1 del artículo 104 y adiciona el numeral 11 del artículo 104; artículo 27, que introduce un inciso al artículo 135; artículo 28, que modifica el numeral 4 del artículo 170; Ley 1273 de 2009: artículo 1, que adiciona el artículo 269H; Ley 1311 de 2009: artículo 2, que adiciona el artículo 377B; Ley 1326 de 2009: artículo 1, que modifica el artículo 110; Ley 1329 de 2009: artículo 3, que adiciona el artículo 217A; Ley 1356 de 2009: artículo 3, que adiciona el numeral 18 al artículo 58; Decreto 126 de 2010: artículo 30 que adiciona el artículo 298A; artículo 34, que adiciona el artículo 399A y 400A (declarados inexequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C-302 de 2010); Ley 1426 de 2010: artículo 2, que modifica el numeral 10 del artículo 104; artículo 3, que modifica el numeral 11 del artículo 170; Ley 1453 de 2011: artículo 41, que modifica el artículo 130; artículo 7, que adiciona el artículo 188D; artículo 22, que modifica el artículo 377B; Ley 1474 de 2011: artículo 15, que adiciona los numerales 5 y 6 del artículo 247; artículo 33, que adiciona el artículo 324; artículo 23, que adiciona el artículo 399A; artículo 24, que adiciona el artículo 400A; Ley 1482 de 2011: artículo 4, que adiciona el artículo 134C.

legislativa justifica la preocupación por hallar criterios de control para contener la inflación punitiva de nuestro sistema penal; ello, como condición para promover la existencia real de un Estado de Derecho social y democrático, que tiene en la Constitución y en la idea de libertad y mínima intervención, su ideal regulativo. Es por esto, que si bien en la teoría general del Derecho penal y en especial del delito el tema de las circunstancias modificatorias de responsabilidad no es novedoso, si lo es la propuesta de analizar el asunto desde el derecho positivo colombiano y en especial en perspectiva de los límites que se derivan de una comprensión integral del Estado constitucional de derecho, lo cual significa entender que los principios y normas reguladoras de la intervención penal previstas en la Constitución como la dignidad (art.1), la libertad (arts. 16 y 28) y la responsabilidad por el hecho (art.29), entre otras garantías constitucionales, además de las previstas en la parte general del Código penal, se deben integrar constantemente a la configuración de todas las normas penales de todos los niveles. Es por lo anterior, que el presente trabajo tiene como objeto de estudio la comprensión, análisis y crítica del tema de las circunstancias, en especial agravantes, desde el Código penal vigente en Colombia, con la intención de elaborar una mirada crítica a este tipo de normas, que sepa distanciarse de aquellas lecturas eminentemente descriptivas y asépticas, dominantes en el escenario jurídico colombiano.

Así pues, el acercamiento al problema de las circunstancias propuesto en este escrito parte desde dos perspectivas: la primera, relativa a la descripción y comprensión del sistema de circunstancias específicamente las agravantes que modifican la responsabilidad en el Derecho penal general y concretamente en el colombiano, y a su incidencia en la adjudicación de la pena; y la segunda, más problemática pretende una aproximación crítica para formular algunos criterios de (des)legitimación de las circunstancias desde la perspectiva constitucional, proponiendo una idea de Derecho penal mínimo que halle su fundamento de intervención en un concepto material de delito fundado en la protección de

bienes jurídicos y en la culpabilidad como límite, no fundamento de la responsabilidad penal.

Con esto se pretende desarrollar la tesis de que en el caso colombiano las circunstancias que modifican la responsabilidad para agravarla, sean genéricas o específicas, son escenarios de expansión penal y son una creación normativa no consecuente con los límites en la configuración penal de normas que se derivan del sistema de garantías fundado en los principios del Derecho penal garantista y en la misma Constitución colombiana.² Por ello, se ha de sostener que si las circunstancias generales y específicas tienen en el Derecho penal colombiano tantas y tan importantes consecuencias en la determinación de la pena, entonces esas normas deben realizar, al igual que los delitos, los principios que sintetizan el Estado de Derecho, para que de esa forma las circunstancias no sean, como ahora lo son, un conjunto de normas de excepción al sistema de imputación penal previsto en la ley que es respaldado por la Constitución. En tanto el interés es por la expansión del Derecho penal expresado en la configuración de circunstancias de agravación, en ello se explica que en el texto los esfuerzos estarán dirigidos principalmente a analizar los problemas derivados de las circunstancias agravantes.

Precisamente porque este trabajo es sobre Derecho positivo, en él se patrocina la opción de un pensamiento dogmático influyente en la configuración legal del Derecho penal que, sin olvidar las condiciones políticas y sociológicas de la creación del mismo, ponga de presente la necesaria coherencia de toda creación normativa con el conjunto de postulados y garantías que están en todo el ordenamiento, que bien utilizados son una fuente indiscutible de legitimación.

² Téngase en cuenta que el referente conceptual más significativo del presente trabajo se encuentra en la obra de LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, Ed. Trotta, Madrid, 2004.

Así pues, el presente trabajo tiene el propósito de influenciar los dos niveles de realización del Derecho penal; en su fase de formación y construcción a través de la configuración legislativa, pues se plantea la necesidad de construir las circunstancias de agravación, específicas o genéricas, sólo a condición de que representen una modificación definitiva en el injusto; además, la argumentación desarrollada lleva a una revisión del sistema actual de circunstancias que tomada en serio generaría una derogatoria de circunstancias agravantes que no cumplen con las condiciones de legitimación propuestas.

De otra parte, a través de la idea de que es propósito de la dogmática asegurar la coherencia del sistema penal, en especial la real vigencia de los postulados fundamentales y las garantías, se ofrece al aplicador razones para determinar el ámbito de aplicación de las circunstancias y en casos extremos alegar su incompatibilidad, por tanto, su inaplicabilidad por inconstitucionales.

Falta por decir que este es un trabajo exploratorio que se ocupa del Derecho nacional vigente, que pretende incentivar reflexiones más específicas sobre el objeto de estudio y no incluye una reflexión histórica sobre el fenómeno normativo de las circunstancias, ni específico sobre circunstancias en especial. Se considera que este trabajo realizaría su objetivo si logra promover un ambiente de reflexión crítica que pudiera servir de inicio a un movimiento de reforma más acorde con los parámetros garantistas de la Constitución.

1.2. Descripción del sistema de circunstancias en el Derecho penal colombiano

Para dimensionar la justificación del presente trabajo importa saber que desde un concepto amplio de circunstancias, que más adelante explicaremos, el sistema penal

colombiano tiene dos tipos importantes: las genéricas y las específicas, las primeras van dirigidas en principio a todos los delitos contenidos en la parte especial del código y permiten concretar el ámbito de punición efectiva dentro del marco de mínimos y máximos establecido por la ley; las últimas en cambio, son para un grupo determinado de delitos y amplían el marco previsto para el delito básico de que parten, constituyéndose en tipos circunstanciados que a la vez pueden ser individualizados a través de las circunstancias genéricas.³

Así entonces, en el capítulo segundo de la ley 599 de 2000 que contiene “*los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad*” se incluye un conjunto de circunstancias generales, *de menor punibilidad* en el artículo 55 y *de mayor punibilidad* en el artículo 58. Su incidencia punitiva se determina en el artículo 61 que establece la metodología y los *fundamentos para la individualización de la pena*; allí se establece entonces que según el sistema de cuartos:

*El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes o agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva*⁴.

Respecto a las circunstancias específicas que *modifican* el límite de la sanción, el artículo 60 establece un conjunto de parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables⁵.

³ Más adelante se profundizará sobre el debate de si las circunstancias específicas son circunstancias o elementos del tipo circunstanciado.

⁴ No se debe olvidar que la ley 890 de 2004 en su artículo 14, estableció que *el sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la fiscalía y la defensa*.

⁵ Aunque comentando la anterior legislación, condiciones análogas son definidos por Sandoval Huertas como fundamentos reales no modificadores de los límites de la pena. EMIRO SANDOVAL HUERTAS. *La pena privativa de la libertad en Colombia y en Alemania Federal*, Bogotá, Temis, 1988, p. 145.

De lo anterior, se tiene que en Colombia el sistema de adjudicación de pena es reglado, y sólo le es posible al juez un ámbito de movilidad mínimo determinado por diferentes ámbitos reducidos de sanción (cuartos de movilidad), con la obligación de motivar según se establece en el artículo 59 del código penal, pues “*toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cuantitativa y cualitativa de la pena.*”

Frente a esto, simplemente adelantamos una observación que más adelante será desarrollada, y es que según la norma transcrita, en el sistema penal colombiano, contrario a toda lógica, los atenuantes genéricos no sirven para atenuar, pues con su concurrencia o su ausencia se mantiene el mismo ámbito de movilidad punitivo⁶. La verdadera incidencia de los atenuantes acontece cuando concurren con una circunstancia agravante porque con ello se impide que se parta demáximo ámbito de sanción.

En cuanto a las específicas, preocupa el recurrente método de introducir alrededor de los delitos de mayor sensibilidad social un conjunto de circunstancias específicas de agravación que, como se anotó, suponen una manera irracional de ampliar lo punible. Irracional en tanto, como se intentará mostrar en el presente trabajo, las mismas no obedecen más que a decisiones políticas en muchos casos populistas⁷, y en todo caso

⁶ Por eso Velásquez Velásquez ha propuesto que cuando solo concurren atenuantes la pena debe asignarse por debajo del mínimo para de esa forma dar sentido a los postulados de razonabilidad y proporcionalidad. FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal parte general*, Bogotá, Comlibros, 2009, p. 1128.

⁷ Se ha presentado un proyecto de reformar para adicionar el artículo 113 del código penal, en el siguiente sentido Artículo 2. Adiciónese un inciso al artículo 113 de la ley 599 de 2000, así: Cuando las lesiones sean causadas en rostro y cuello con agente químico, líquido o sólido caliente que genere grave deterioro, pérdida funcional, daño de los tejidos y apariencia física, la pena será de prisión de diez (10) a veinte (20) años y multa de noventa y cuatro (94) a trescientos setenta y cuatro (374) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV). Tal iniciativa fue motivado por el hecho de que una estudiante de 21 años, a quién el pasado 8 de agosto de 2011, mientras se disponía a atravesar un parque cercano a su casa en horas de la mañana en el sector de Patio Bonito, en la localidad de Kennedy, un hombre le arrojó un ácido sobre su cabeza.

siempre coyunturales, que no se corresponden con el sistema de fundamentos de responsabilidad elegidos políticamente a través de su positivización en el Código penal y en la Constitución⁸.

Toda esa potencialidad punitiva derivada de las circunstancias específicas de agravación, se ha de integrar a la realidad procesal dominante en Colombia, pues según los artículos 350 y 351 de la ley 906 de 2004⁹, como consecuencia de un preacuerdo entre la fiscalía y el acusado, a cambio de la aceptación de responsabilidad de éste, el fiscal puede eliminar de su acusación una causal de agravación punitiva o tipificar la conducta dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.

Información tomada de http://www.cej.org.co/doc_sl/SL_PL_CAM_091_2011.pdf : Acceso el 9 de febrero de 2012.

⁸ Para evidenciar la incidencia de la inflación de las circunstancias de agravación punitiva en el modelo de Derecho penal mínimo, es suficiente mostrar algunos ejemplos: el delito de homicidio agravado (art. 104) tiene once numerales, algunos de los cuales contienen más de una circunstancia de agravantes específicos, que aumentan la pena de 17.3 años en el mínimo a 33.3, y de 37 a 60 años en el máximo, entre ellos, el numeral 10 fue modificado en dos ocasiones el mismo año, por las leyes 1309 de 2009 y 1426 de 2010; el delito de homicidio culposo, tiene varios agravantes, algunos ratificados por la Corte constitucional mediante sentencia C-115 de 2008, entre ellos se tiene que si al momento de los hechos el agente se encontraba transportando pasajeros o carga pesada sin el lleno de los requisitos legales, la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad, y de forma sorprendente repite la misma circunstancia pues también se agrava la conducta si al momento de los hechos el agente se encontraba transportando niños o ancianos sin el cumplimiento de los requisitos legales, la pena se aumentará en igual proporción, de igual forma el delito de desaparición forzada tiene 9 circunstancias de agravación punitiva, frente a una de ellas se pronuncio la Corte Constitucional mediante sentencia C-100 de 2011 afirmando que era constitucional la circunstancia del numeral 5 en el entendido de incluirse a el compañero o compañera permanente y el cónyuge, situaciones que no fueron previstas originalmente por la ley y por tanto con el fallo se ampliaron los supuestos del agravante; el delito de hurto tiene 15 circunstancias específicas de agravación, entre ellas está la de realizar la conducta con *destreza*, como si fuere la torpeza en la realización del delito la condición de no agravación; el delito de extorsión tiene previsto once numerales de circunstancias de agravación, entre ellas está cuando se afecte gravemente los bienes o la actividad profesional de la víctima, como si no fuera un delito que naturalmente causa perjuicio económico, y como forma de disciplina carcelaria se sanciona también como agravante cuando la conducta se comete total o parcialmente desde un lugar de privación de la libertad; en el delito de porte de armas modificado con la ley 1453 de 2011, se estableció una pena mínima para delito de porte de armas en nueve años y se dispuso que los agravantes específicos duplicaban la pena con lo cual se torna más punible el porte de armas que el homicidio. Así podría citar un buen número de normas penales frente a las cuales una vez determinado el tipo básico el legislador amplía lo punible a través de circunstancias específicas.

⁹Actual Código de procedimiento penal.

Aquí se afirma relación entre problemas procesales y sustanciales relevantes, y entre ellos en cuanto a las circunstancias, los relativos a la congruencia y las posibilidades de un uso estratégico del ente acusador que con el propósito de lograr penas altas infla las imputaciones para que con los eventuales acuerdos se excluyan circunstancias que desde el inicio no debieron predicarse, lo que lleva en la práctica a que en ocasiones quienes aceptan su responsabilidad mediante preacuerdos no obtengan ningún beneficio pues resultan condenados con la pena que igual se hubiese impuesto de darse un juicio con una acusación correcta. Esto es mucho más posible frente a una judicatura que bajo la idea de que la imputación es un acto de parte y de mera comunicación, renuncia al ejercicio de la jurisdicción justo cuando inicia formalmente su intervención¹⁰.

El estudio de las consecuencias sobre el proceso penal, que se derivan de la técnica legislativa en materia de agravantes, así como la denuncia de la flexibilización de las garantías procesales a partir de un uso estratégicamente punitivo por parte del órgano acusador de las circunstancias agravantes, permite empezar a tender puentes conceptuales entre el Derecho penal material y el Derecho procesal penal, hasta ahora ausentes en la reflexión jurídica dominante.

2. El concepto de circunstancias en la doctrina

El estudio de las circunstancias que modifican la responsabilidad encuentra su primera dificultad en hallar un concepto que permita identificar cuándo se está en presencia

¹⁰MARÍA ISABEL ARANGO H. “A propósito del papel del juez de garantías en la audiencia de formulación de imputación” en *Nuevo Foro Penal*, 3° época, Vol. 6, (julio-diciembre de 2010) N° 75, Medellín, Universidad Eafit, 2011, pp. 232-242. “Y ni que decir de los posibles abusos que esta concepción podría representar para el imputado, pues no es absurdo pensar el que se presente una agravación de la imputación por parte de la Fiscalía, sin contar con los elementos para ello o desbordando la interpretación de aquellos que posee, sólo con la voluntad de amedrentar al imputado y lograr de esa manera un allanamiento a cargos”.

de tal fenómeno normativo o cuando simplemente se trata de otra manifestación del poder de configuración de legislador penal. Y se sabe lo definitivo de esta elección, pues es frente a tal concepto que se desarrolla todo el discurso que ahora se ha decidido presentar.

En efecto, son varias las polémicas que en torno al concepto de circunstancias penales se han dado entre la doctrina penal más tradicional, pero para efectos del presente trabajo se considera que las más relevantes y definitivas son las siguientes: En primer lugar se discute cómo diferenciar las circunstancias o normas modificativas de la responsabilidad penal de aquellos elementos del delito que lo fundamentan. En segundo lugar, se discute si dentro del concepto de circunstancias debe considerarse sólo las genéricas, o si deben también incluirse las específicas, y en tercer término, se debate si el fundamento de las circunstancias está dentro de los elementos del delito, esto es, si se encuentran en el injusto y la culpabilidad o son un elemento externo al concepto de delito que sólo se consideran para determinar e individualizar la pena correspondiente, y por tanto, de esta posición, que criticamos, se podría deducir que considera que las circunstancias tienen una estructura que es ajena a las categorías propias del delito.

2.1. Las circunstancias y los elementos constitutivos del tipo penal

Una discusión recurrente en la teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal es la relativa a la diferenciación entre elementos constitutivos del tipo penal, y meras circunstancias o elementos accidentales o contingentes. Por eso, se habla de *accidentalia delicti* para destacar justamente 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 misma¹¹.

¹¹GIOVANNI FIANDACA Y ENZO MUSCO, *Derecho penal parte general*, Temis, 2006, p. 417.

El concepto de circunstancias que modifican la responsabilidad penal, según la definición que se asumirá en este texto, 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.

Quienes en la doctrina creen que es fácil tal separación sugieren la siguiente regla: para distinguir entre los elementos del delito y los elementos de las circunstancias proponen hacer un ejercicio de abstracción mental de un determinado elemento, de tal manera que si eliminado el mismo se conserva la estructura de la conducta criminal punible, estaremos ante una circunstancia, mientras que si al separar el elemento desaparece el delito, se tratará de un elemento propio de la conducta punible¹². A esta propuesta se objeta que hay elementos del delito que cuando se excluyen la conducta permanece punible sin que lo excluido sea una característica accidental, por ejemplo, cuando se excluye el dolo a algunos delitos no desaparece la responsabilidad sino que ésta se transforma en imprudencia, en caso de ser punible el tipo culposo¹³. Aunque, esta crítica no es tan fundada porque si bien no pierde relevancia jurídico penal la conducta si desaparece el tipo penal inicial y básico.

Otro autor, en cambio, descarta de plano la posibilidad de diferenciar ontológicamente entre elementos esenciales y elementos accidentales o meras circunstancias, pues considera que “un hecho o característica puede ser valorado legislativamente como elemento esencial o circunstancia. La misma materia puede cumplir

¹²FÁTIMA FLORES MENDOZA, *El error sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el ordenamiento jurídico español*, Granada, Ed. Comares, 2004, p.12. En igual sentido MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Madrid, Civitas, 1995, p.285.

¹³SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal, parte general*, 5ta edición. 1999.p. 553

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”¹⁴. En esa línea otro opina que “la única vía para arbitrar una solución satisfactoria sea la de analizar la significación normativa que pueda tener, la valoración que el legislador haya podido realizar del dato o característica en concreto. La clave estriba pues, en la estimación que de tal elemento fáctico realice el legislador a la hora de configurarlo como elemento esencial o accidental ”¹⁵.

En el propósito de determinar las cualidades diferenciadoras del concepto de circunstancia frente a los elementos constitutivos del tipo penal González Cussac propone distinguir entre un concepto legal impropio y un concepto legal propio de circunstancia. En términos impropios, serían circunstancias aquellos “*elementos accidentales que así mismo desempeñarían una función accidental característica*”, este concepto incluye las eximentes incompletas y las circunstancias de la parte especial. En cambio, el concepto legal propio de circunstancia sería aquel elemento del que no depende la existencia del delito, es decir, que puede darse o no darse y el delito subsistirá igualmente¹⁶. Aunque no es clara esta diferencia, parece que el autor enmarca esta clasificación en la capacidad de incidencia que tiene la circunstancia en la configuración de la responsabilidad y su relación con el delito. Llevándolo a aceptar como circunstancia en sentido propio sólo las que pueden identificarse como circunstancias genéricas.

¹⁴MERCEDES ALONSO ALAMO. *El sistema de circunstancias del delito, estudio general*, Universidad de Valladolid, 1981, pp. 208 y 209.

¹⁵CARMEN SALINERO ALONSO, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del código penal*, Granada, Editorial Comares, 2000, p. 30.

¹⁶JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría General de las circunstancias*, cit. 95.

De lo anterior, debe advertirse que en el proyecto de diferenciar las circunstancias de los elementos que constituyen el delito vale la propuesta de abstracción mental del elemento cuya condición se quiere determinar. Pero, esto sólo representa un primer paso, pues tal hallazgo no permite aceptar que las circunstancias sean normas sin referencia a los presupuestos fundamentales de la responsabilidad penal, como adelante se discutirá.

En todo caso no será suficiente la mera nominación, pues existen muchas normas que parecieran circunstancias, pero que en realidad son elementos constitutivos del delito¹⁷. En este sentido es que se afirma que el lenguaje legislativo no es definitivamente vinculante para el intérprete¹⁸. Aunque otros autores siguen considerando como criterios auxiliares para tal diferenciación los constituidos por el *nomen iuris*, los precedentes históricos y el título de la norma¹⁹.

Nótese así como puede, por ejemplo, perfilarse la diferencia entre un delito autónomo y uno circunstanciado, v.gr.el infanticidio²⁰ (art. 108 C.P.) y el homicidio agravado (Art.104 C.P.) pues en el primer ejemplo las condiciones del tipo básico se cualifican constituyéndose toda la descripción valorativa en una sola norma suficiente para la respectiva punición, en cambio en el segundo delito el elemento esencial (tipo penal básico) en relación con los agravantes -circunstancias- se mantiene inalterado y la modificación se hace por medio de una norma separada que adiciona o cualifica un

¹⁷ González Cussac realizó un ejercicio en el código español de cuántas veces y de qué manera es utilizada la palabra circunstancia: JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Valencia, Universidad de Valencia, 1988, pp 67-71. MERCEDES ALONSO ALAMO, *el sistema de circunstancias del delito*, cit.p.194. También MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR, *la comunicabilidad de circunstancias*, cit.p. 285.

¹⁸MERCEDES ALONSO ALAMO, *el sistema de circunstancias del delito*, cit. p.208

¹⁹GIOVANNI FIANDACA, ENZO MUSCO, *Derecho penal parte general*, cit. p421.

²⁰ Sobre esta discusión se remite a JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS y LUIS GRACIA MARTIN, *delitos contra bienes jurídicos fundamentales, vida humana independiente y libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp.26-28.

elemento para adjudicarle una valoración especial que se expresa en una mayor pena. Al respecto plantean Muñoz Conde y García Arán:

*Los tipos cualificados o privilegiados añaden circunstancias agravantes o atenuantes pero no modifican los elementos fundamentales del tipo básico. El delito autónomo constituye por el contrario, una estructura jurídica unitaria, con un contenido y ámbito de aplicación propios, con un marco legal autónomo, etc.*²¹

No obstante, debe advertirse que la posibilidad de diferenciar entre el delito circunstanciado o dependiente y el delito autónomo cada vez se hace más difícil, sobre todo por las prácticas legislativas que no reparan en ningún criterio que le ofrezca objetividad a esa separación.²² En ese sentido, Gómez Martín²³ pone de presente precisamente que los criterios o indicadores como el de *nomen iuris*, el sistemático, el penológico, e incluso el relativo al bien jurídico son insuficientes. Por ello, se propone que la técnica empleada por la doctrina del delito *sui generis* consistiría en deducir lógicamente de la ley el concepto. Y en ello está de acuerdo Roxin para quien sólo cuando de ese modo se haya llegado a la conclusión de que existe una amplia autonomía, se puede calificar un tipo como delito *sui generis*, o en su caso, autónomo.²⁴

²¹ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, MERCEDES GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, parte general*, Valencia, 6 Edición, 2004, p.258.

²² Un ejemplo de esto es lo acontecido con el delito de hurto calificado (art.240 C.P.) y los agravantes del hurto (art.241 C.P). En efecto, si se elige como criterio de diferenciación la constatación de que el delito autónomo incluye una protección adicional a otro bien jurídico por lo que su sustantividad se determina por la especialidad del injusto, en el caso del hurto simple en relación con el calificado tal criterio tendría que descartarse porque mediante la ley 813 de 2003 lo que se tenía como un agravante del hurto ahora es un calificante, o sea sin mayor razón la voluntad legislativa va de una categoría a otra.

²³ VÍCTOR GÓMEZ MARTIN, “La doctrina del “*delictum sui generis*”: ¿Queda algo en pie?” en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.7, 2005, pp.6-52. Consultado en <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-06.pdf>

²⁴ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I. Fundamentos. La estructura del delito [trad. de la 2ª edición en alemán por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal], Madrid, Civitas, 1997, p.341.

Al encontrarse que algunos elementos del delito son circunstanciales y otros no, tal diferenciación encuentra utilidad en las necesidades de identificar el fundamento de los elementos adicionales al delito, las razones de su existencia, la refrendación en cada caso concreto de su significado frente a la conducta que se enjuicia, no siendo ello por tanto sólo un ejercicio meramente intelectual o de descripción.

2.2. Circunstancias especiales y genéricas. La opción unificadora

En este punto hay quienes consideran que sólo son circunstancias las que están en la parte general, pues entiende que las específicas o circunstancias de la parte especial, son más bien elementos del tipo circunstanciado y por tanto deben entenderse como elementos de un tipo penal con condiciones especiales. No deja de asombrar que la mayoría de autores que ha estudiado monográficamente la teoría general de las circunstancias coincidan en este punto²⁵. Otros, por el contrario, desde una perspectiva de unificación²⁶, entienden que la ubicación de las circunstancias ya sea en la parte general o en la especial es indiferente, pues la característica de que las primeras determinen ámbitos de movilidad para la aplicación de la pena prevista en el delito y las otras lo amplían o modifican no constituyen definitivas condiciones para diferenciarlo. Además, se dice, es tan similar su naturaleza que

²⁵ Opinan que no son circunstancias las reguladas en la parte especial, JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría General de las circunstancias*, cit. p. 89; MERCEDES ALONSO ALAMO, *El sistema de circunstancias del delito*, cit., p. 274, MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR, *la comunicabilidad de circunstancias*; cit. p. 57; CARMEN SALINERO ALONSO, *Teoría general de las circunstancias*, cit. p.39. En Colombia patrocina esta idea en especial FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal parte general*, cit. p. 940.

²⁶ En favor de la unificación está, entre otros “en el concepto de circunstancias están comprendidas no solo las atenuantes y agravantes comunes o generales, aplicables en principio en todos o en varios delitos, comprendidas en los artículos 21, 22 y 23 del Código penal, sino también, en un sentido amplio, las que sirven para formar tipos atenuados (privilegiados) o agravados (calificados) en la parte Especial. JOSE CEREZO MIR, *Obras completas Derecho penal parte general*, tomo 1, Perú, Ara Editores, 2006, p. 784.

algunas circunstancias específicas son en ocasiones idénticas a las genéricas²⁷. Sobre este punto, y en especial sobre el Derecho penal positivo colombiano, se considera que la diferencia en el marco punitivo de las circunstancias genéricas (artículos 55 y 58) y las demás circunstancias de la parte especial, no es una razón suficiente para desconocer su identidad, la cual está dada principalmente por la incidencia que ambas suponen en la modificación de la pena, solo que en un ámbito ya determinado las circunstancias genéricas establecen diversos grados de pena (art. 61 C.P.), y las específicas establecen un ámbito diferente.

No se niega que existe la opinión de quienes consideran que las circunstancias de la parte especial no son más que elementos del tipo penal circunstanciado, y deben ser tratados como tales. Según ellos por tanto no pueden ser sometidas al régimen jurídico de las circunstancias, pues hacerlo “*supondría, en principio, negar la valoración específica que de tal elemento fáctico ha llevado a cabo el legislador, para posteriormente ofrecerle otra (...) a la que normativamente se le ha querido sustraer*”²⁸. Además, y sólo en estotienen razón, simplemente no puede desarrollarse el delito agravado sin la verificación de todos los elementos previstos en la circunstancia, y en tal medida, estos elementos se identifican con aquellos que constituyen el delito circunstanciado; así quienes entienden que las circunstancias especiales son elementos de un delito que llaman delitos circunstanciados no advierten la importancia de su estudio separado, pues las circunstancias serían elementos tan esenciales como los otros. Entonces, para estos, la cuestión acerca de las relaciones estructurales entre la circunstancia y el delito básico no debe ser sobrevalorada, dado que carece de importancia práctica real²⁹.

²⁷ En el caso colombiano, por ejemplo las circunstancias agravantes genéricas 2, 4, 5, 8,11, 12 del artículo 58 del C.P. son análogas a las específicas del delito de homicidio art.104, numerales 4, 3, 6, 7, 5 y 10.

²⁸ CARMEN SALINERO ALONSO, *Teoría general de las circunstancias*, cit. p. 39.

²⁹ GIOVANNI FIANDACA Y ENZO MUSCO, *Derecho penal parte general*, cit. p. 419.

Sin embargo, la posición aquí defendida es de unificación, esto es, de entender como circunstancias tanto las genéricas como las específicas, pues se considera que el problema no consiste en que para darse el delito circunstanciado debe darse la circunstancia específica, pues igual acontece con la circunstancia genérica en el sentido de que previo a derivar sus consecuencias debe estar debidamente probada y asegurado el conocimiento de la misma conforme al principio de culpabilidad (art. 12 C.P). Por el contrario, 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. El hecho de que las genéricas sirvan más para individualizar la pena ya determinada y las específicas permitan afirmar un ámbito nuevo de sanción, lleva simplemente a aceptar las características de cada tipo de circunstancias, pero no negar tal condición a las de tipo específico.

Desde otra perspectiva, la idea restringida de las circunstancias, es decir, la consideración de que sólo las genéricas tienen tal calidad, ha favorecido que el legislador no tenga interés en justificar la configuración de circunstancias específicas, en tanto no se ve compelido a explicar en qué varía la valoración de las conductas punibles cuando decide variar la sanción con este tipo de normas. Ello por cuanto, si se concibe la circunstancia como un elemento del delito, su justificación se incluye en la ofrecida para todo el delito, y no se tendría que demostrar individualmente.

Un argumento final es entonces que quienes desconocen la posibilidad incluir dentro del concepto de circunstancias a las genéricas y las específicas no reparan en el hecho ya señalado de que los elementos de las circunstancias específicas tienen la misma funcionalidad en términos de la pena que las previstas en la parte general, y lo más

importante, que el tipo penal básico mantiene su condición esencial ante la ausencia de una circunstancia específica igual que sucede con una de tipo genérico.

Recuérdese también que en el Derecho colombiano el error sobre los elementos que configuran las circunstancias, sean genéricas o específicas, simplemente la excluyen, sin que esto afecte el tipo básico del cual dependen (Art. 32 10, C.P.).

Así entonces, se asume en este trabajo un concepto *amplio*, y por tanto unificador del concepto de circunstancias que involucra tanto las específicas como las genéricas, lo cual conlleva una consecuencia para el caso colombiano muy relevante consistente en incluir a ambos tipos en la regulación sobre comunicabilidad prevista en el artículo 62 del código penal, insistimos, por cuanto la única diferencia relevante es la incidencia en la determinación de la pena. Con esto adelantamos una conclusión de la presente investigación.

2.3. El fundamento de las circunstancias: fundamento dogmático versus fundamento político criminal

Después de lo anterior, la discusión que se tiene como más relevante consiste en determinar el fundamento dogmático de las circunstancias, esto es, encontrar la razón o razones por las que simples elementos accidentales pueden provocar un aumento o disminución de la pena dentro del marco penal establecido legalmente para un determinado delito. En este punto se encuentran, principalmente, dos posiciones fundamentales³⁰. Por un lado, aquel sector de la doctrina – mayoritario- que orienta las circunstancias a los

³⁰CARMEN SALINERO ALONSO, *Teoría general de las circunstancias*, cit. p. 65.

elementos del delito, ya sea al injusto o a la culpabilidad³¹, y aquellos autores que reconducen su ubicación sistemática y estudio a la teoría de la pena³². Se han señalado las posiciones extremas, pues no falta quienes además de encontrar las razones de fundamentación en el injusto y la culpabilidad, aceptan otros motivos o razones que explican las circunstancias³³; claro está que la última opción asume como única función dogmática la descripción y no la ordenación sistemática y la validación a través de la legitimidad del fundamento. Así se podría identificar otra corriente que critica la primera opción porque encuentra circunstancias que responden a razones ajenas al injusto o a la culpabilidad, llamándolas razones de política criminal³⁴. Pero quienes afirman que las circunstancias encuentran su respaldo en la política criminal, olvidan que lo injusto y la culpabilidad tienen contenidos político criminales evidentes³⁵.

Se tiene entonces que al considerarse la posibilidad de graduar los juicios de injusto y de culpabilidad, las circunstancias serían los elementos normativos que concretan esta gradualidad o valoración, y es por esta razón que entienden que las circunstancias modificarían, accidentalmente, los elementos a los que van referidas, esto es, el injusto y la culpabilidad.

³¹JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho penal, Tomo I, Fundamentos del derecho penal y teoría del delito y del sujeto responsable*, Bogotá, 2 edición, Leyer, 2008. p.858; SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit. P.552, JOSE CEREZO MIR, *Obras completas*, cit.

³² Por todos JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría General de las circunstancias*, pp.53 y s.s.

³³FÁTIMA MENDOZA, separa la discusión de los fundamentos del concepto de circunstancia y sostiene que circunstancia es “*todo dato, relación, o hecho tenido en cuenta por la ley para modificar la responsabilidad penal del delito con independencia de cuál sea su fundamento*”. FÁTIMA FLORES MENDOZA, *El error sobre las circunstancias modificativa*, cit. p.10.

³⁴Ibid, p.13.

³⁵CARMEN SALINERO ALONSO, *Teoría general de las circunstancias*, cit. p. 71. Este es uno de los fundamentos del pensamiento de ROXIN, para quien “el postulado *nullum crimen (sic)*, la ponderación reguladora de los intereses sociales en situaciones conflictivas y las exigencias de la teoría de los fines de la pena sirven de base, desde el punto de vista político criminal, a nuestras conocidas categorías delictivas. De ellas, la teoría del tipo y de la culpabilidad, hay que interpretarla con principios específicamente jurídico penales: mientras que el ámbito de la antijuridicidad se extiende a otros sectores del ordenamiento jurídico”. CLAUD ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, 2. Ed, Hammurabi, Argentina, trad. Francisco Muñoz Conde, 2002, p. 60.

La otra posición comentada, tiene como punto de partida la consideración de que las circunstancias como elementos accidentales no afectan la esencia ni la existencia del delito. Así se considera que las circunstancias no pueden encontrar su asentamiento en los elementos previamente constatados y por tanto las mismas serían solo causas de medición de la pena³⁶.

2.4. El tratamiento de las circunstancias en el Derecho penal colombiano

El tratamiento del fenómeno normativo de las circunstancias en el Derecho penal colombiano se caracteriza por un trabajo de aproximación conceptual de las mismas, esto es, reflexiones que pretenden determinar el ámbito de aplicación, los requisitos y las consecuencias derivadas de algunos problemas dogmáticos como los de error y de concurso. Sin embargo, no se logra conocer monografías o discusiones sistemáticas en castellano que encaren el problema de la legitimación de las circunstancias específicas y las genéricas.

No obstante, debe reconocerse algunos esfuerzos críticos, que se acercan mucho a lo pretendido en el presente trabajo, entre ellos, Sandoval Huertas³⁷, quien identifica algunos principios vinculados a la creación y aplicación de las circunstancias específicas y genéricas, en cuanto fundamentos modificadores de la determinación punitiva, y que según su criterio son taxatividad³⁸, legalidad, “non bis in idem”, individualidad, culpabilidad y plena demostración. En esta propuesta, no obstante, se echa de menos una exigencia

³⁶CARMEN SALINERO ALONSO, *Teoría general de las circunstancias*, cit. p. 69.

³⁷EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *La pena privativa de la libertad en Colombia y en Alemania Federal*, cit. pp. 116-143.

³⁸Ibid. pp. 118 y 171

relacionada con la verificación de mayor daño antijurídico como condición para la creación y aplicación de las circunstancias.

Otros autores como Estrada Vélez aceptan la gradualidad del injusto, desarrollando por esta vía la idea de lesividad, y por tanto fundamentando en éstas razones de sanción, pues considera que esto se relaciona con:

*La esencia de un derecho penal de acto, que rechaza las tendencias subjetivas en la concepción del injusto. Es decir, lo que importa como criterio mensurador de la pena no es la violación del deber únicamente, sino también y preponderantemente el resultado del comportamiento, vale decir, la concreta violación del bien jurídico*³⁹

.Sin embargo, considera que son circunstancias precisamente las que nada tienen que ver con el delito, pues, según afirma, su existencia o inexistencia no afecta en lo más mínimo el hecho punible, porque ya este se ha perfeccionado⁴⁰.

De igual modo, en cuanto a la no relación de las circunstancias con el contenido del delito se manifiesta Velásquez Velásquez para quien 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 penal, con lo cual le niega la condición de circunstancias a las especiales, pues estas son sólo elementos típicos del mismo delito circunstanciado⁴¹. Contrario a Salazar Marín⁴², para quien “sólo es circunstancial, pues, algún componente de tiempo, modo, o lugar, que hace parte de la descripción típica del

³⁹FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal, parte general*, Segunda edición, Temis, Bogotá, 1986. p. 376.

⁴⁰ *Ibídem*, p. 369.

⁴¹FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal parte general*, cit., p. 940

⁴²MARIO SALAZAR MARÍN, *Teoría del delito, con fundamento en la escuela dialéctica del derecho penal*. Bogotá, Ibanez, 2007.p. 522.

injusto y que da lugar a un incremento o disminución de pena”, con lo cual, se manifiesta a favor de la relación entre delito y circunstancia.

En la tradición jurídica colombiana también ha sido relevante el criterio de Reyes Echandía⁴³ que en un estudio sobre el fenómeno de la comunicabilidad de las circunstancias, propone una clasificación que ya ha devenido clásica, aunque no sobra advertir que este autor no tiene especial interés en discutir sobre los fundamentos de las mismas; sin embargo, se resalta que incluye dentro del concepto de circunstancias las específicas, y además reafirma como criterio de diferenciación entre las circunstancias y los elementos propios del delito el propuesto por Etcheberry consistente en 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, quiere decir que no se trata de un agravante sino de la esencia mismo (sic) del hecho delictivo⁴⁴.

El interés por las circunstancias sólo desde el punto de vista descriptivo y no desde perspectivas críticas y de cuestionamiento a la configuración normativa de éstas, se evidencia principalmente en los discursos de la parte especial. La gran mayoría de los doctrinantes opta por identificar las condiciones históricas de inclusión de las circunstancias; en algunas ocasiones se preguntan por las razones por las cuales se consideran más graves las conductas, pero sin relacionarlas a una categoría dogmática que explique desde la construcción del delito la ubicación de la misma, y ello se deduce no obstante se consultaron doctrinantes previos al Código actual, pues no debe olvidarse que

⁴³ ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Obras completas. Volumen III*. Bogotá, Temis, 1998, p.p. 607-618.

⁴⁴ ALFREDO ETCHEBERRY, *Derecho penal, parte general*, t II, Santiago de Chile, 2da Edición, Editorial Gabriela Mistral, 1976, p. 66, citado por ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Obras completas*, cit., p.611.

en el decreto- ley 100 de 1980 existían unas normas análogas a los artículos 9, 11 y 12 del Código penal vigente⁴⁵.

Un ejemplo⁴⁶ del tratamiento solo “descriptivo” de las circunstancias de agravación se encuentra en el tratamiento dogmático realizado por la doctrina colombiana a la circunstancia agravante específica del homicidio previsto en el artículo 104, numeral 4 del Código penal actual, y antes, en el artículo 324, numeral 4, del decreto- ley 100 de 1980, legislación derogada.

Así, Gómez Méndez⁴⁷ se apoya en Mesa Velásquez⁴⁸ para decir que la razón de dicha norma es el merecimiento de un “grado mayor de reproche social y jurídico”; en tanto Gómez Pavajeau y Urbano Martínez⁴⁹ sin ninguna consideración sobre el fundamento o las razones del agravante que determinarían el ámbito de aplicación satisfacen su discurso con la descripción de lo que entienden por lo fútil y abyecto; igual camino elige Tocora⁵⁰. Por su

⁴⁵El Código penal anterior, Decreto ley 100 de 1980, establecía: artículo 2o. Hecho punible. <Decreto derogado por la ley 599 de 2000> para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable. artículo 3o. Tipicidad. <decreto derogado por la ley 599 de 2000> la ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca. artículo 4o. Antijuridicidad. <decreto derogado por la ley 599 de 2000> para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley. artículo 5o. Culpabilidad. <decreto derogado por la ley 599 de 2000> para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad. queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

⁴⁶ Se toma este ejemplo porque consideramos la circunstancia específica del motivo abyecto o fútil como el tipo de circunstancia más cuestionable desde la perspectiva crítica que se desarrolla en el presente escrito.

⁴⁷ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ, *Delitos contra la vida y la integridad personal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Tercera Edición, reimpresión 1998, p. 141.

⁴⁸LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ, *Delitos contra la vida y la integridad personal y delitos contra la propiedad*. 2 ed. Bogotá, Universidad externado de Colombia, 1974, pp. 11-14

⁴⁹CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU Y JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ, *Delitos contra la vida y la integridad personal*, en: *Lecciones de Derecho penal parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 933

⁵⁰LUIS FERNANDO TOCORA, *Derecho Penal Especial. Delitos contra la vida y la integridad personal, el patrimonio económico la libertad y el pudor sexual*, Bogotá, 4 Ed. Ediciones Librería del profesional, 1996, p. 20.

parte Molina Arrubla⁵¹, recordando Pacheco Osorio y Arenas explica que tal agravante es incompatible con la atenuante de ira e intenso dolor y no repara más en más análisis de fundamento; por otra parte Gómez López, aunque es uno de los más prolijos en el tratamiento de la circunstancia insiste en explicar su fundamento en un reproche moral y social, formulando así un análisis fuera de las categorías que según el código penal actual fundamentan la responsabilidad penal; este autor en términos generales, explica que:

La (sic) valuación de por qué el hombre se decidió a matar, ofrece uno de los aspectos más importantes sobre el contenido moral y social de hecho y del autor; así mayor alarma social, inseguridad, desconfianza en el Estado de derecho se vive, cuando las personas se enteran de que un sujeto mató a otro por los motivos más bajos y abominables⁵².

Pero lo que más se quiere resaltar de este autor es que observando serias objeciones desde el punto de vista de la legalidad y la defensa, pues advierte que es de difícil prueba y que además el juez “completa el elemento del agravante”, se conforma con describir el defecto de las garantías y no se decide a impugnar esta circunstancia mediante la excepción de inconstitucionalidad⁵³, cuestión que sí mencionan Posada Maya y Hernández Beltrán, pues analizando la circunstancia genérica la consideran propia de un Derecho penal de autor y no conforme con la Carta fundamental⁵⁴.

⁵¹CARLOS MARIO MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la vida y la integridad personal*, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1995, p.145.

⁵²JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *El homicidio*, Tomo 1. 3ra Ed., Bogotá, Universidad Santo Tomás, Ediciones Doctrina y ley. 2006. pp.811-812.

⁵³GÓMEZ LÓPEZ afirma: “*La prueba de las circunstancias plenamente subjetivas, como el motivo abyecto, es un tanto difícil, por cuanto el calificativo de abyecto o fútil corresponde a los juicios de valor del juez, pero no puede tratarse de un juicio individual y personal de funcionario, sino de un juicio de índole social y cultural, pues de lo contrario entraríamos en el campo del imponderable personal, en que un mismo móvil podría ser abyecto par un juez y no para otro. No sobra destacar aquí que aquí la seguridad jurídica ofrece un pequeño tropiezo, por cuanto la tipicidad de la circunstancia no es clara, y muy fácilmente el criterio de lo abyecto o fútil puede variar según las regiones, razas y condiciones, con lo cual corresponderá al juez completar un elemento del tipo agravado, tan importante, que permite imponer pena tan elevada como la de un homicidio agravado.*” Ibid. p. 604

⁵⁴RICARDO POSADA MAYA, HAROLD M. HERNÁNDEZ BELTRÁN, *El sistema de individualización de la pena en el derecho penal Colombiano*, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, Diké, 2001, p. 511.

Lo que se advierte entonces es que la mayoría de la doctrina colombiana, al abordar el problema de las circunstancias específicas sólo desde la perspectiva descriptiva favorece la expansión, porque no elabora razones fundadas y cualificadas de crítica que le sirvan al legislador de contención a sus decisiones configurativas. Se llega así, en relación con las circunstancias, a una dogmática sin consecuencias, pero no en el sentido propuesto por Burkhardt⁵⁵ en cuanto a una dogmática afortunada y no escuchada, sino en tanto una dogmática que por su silencio legitima cualquier manera de ser del Derecho penal.

En lo que tiene que ver con la jurisprudencia, si bien son varias las decisiones donde se considera el tema de las circunstancias, la principal discusión que en ellas se encuentra hace relación a los temas de congruencia y de *non bis indem*, aunque en alguna se tomó partido por la idea restringida de circunstancias considerando que sólo hacen parte de ese concepto las genéricas, pues según la Corte, la esencia del concepto:

Realmente radica en que éstas no describen una conducta típica ni se integran con un tipo básico para conformar un tipo de injusto, esto es, que por sí solas no constituyen un elemento del delito sino una circunstancia reguladora de la punibilidad con incidencia exclusiva en su dosimetría⁵⁶.

Este discurso lleva a excluir la aplicación del artículo 62 de C. P. en las circunstancias en relación con las circunstancias específicas y así Velásquez Velásquez⁵⁷ obtiene respaldo en su lectura restringida según la cual sólo son circunstancias las previstas en la parte general. Por otra parte las prolijas discusiones jurisprudenciales sobre la

⁵⁵BJÖRN BURKHARDT, *Dogmática penal afortunada y sin consecuencia*, en: *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo Milenio*, Versión Española, FRANCISCO MUÑOZ CONDE (cor). Valencia, Tirant lo blanch, 2004, pp. 117-116.

⁵⁶Corte Suprema de Justicia, Sentencia en proceso con radicado 12.245, M.P. Dr. CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE, treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve. (1999).

⁵⁷FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal parte general*, Cit. p. 940.

congruencia y el *non bis in idem* en el tema de las circunstancias ponen en evidencia que este tema importa para reconocer las relaciones siempre necesarias entre el Derecho penal sustancial y el proceso penal, además de la relevancia de las circunstancias, genéricas y específicas, en la determinación de las consecuencias penales en el Derecho penal Colombiano.

3. Las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal en Colombia. Lineamientos para reducir su irracionalidad en el Derecho penal vigente

Si se acepta el concepto más recurrente de circunstancias según el cual estas son elementos contingentes que se adicionan a la estructura básica del delito para modificar la responsabilidad penal, se deberá responder, al tiempo, porqué en el Derecho penal colombiano un elemento que doctrinariamente se presenta como un aspecto secundario al delito tiene la posibilidad de ampliar en una entidad tan importante la pena derivada para los mismos, hasta llegar, en muchos casos, a duplicarla.

Y, es que si se quiere un argumento práctico para justificar el presente trabajo deberá recordarse las consecuencias de tener como probada una circunstancia de agravación, sea genérica o específica, pues en ambos casos la pena aumentará sustancialmente. De allí que vistas hasta ahora las cuestiones más generales y los puntos de discusión más relevantes que suscita el tema de las circunstancias, debemos pasar en nuestra exposición de un nivel sistemático y descriptivo, a un análisis más crítico y propositivo.

Por lo tanto, y tal cómo fue insinuado cuando se informaba sobre la polémica en torno a la naturaleza y fundamento de las circunstancias, teniendo como correcta la

corriente de pensamiento que las identifica siempre en relación con el injusto o la culpabilidad, en lo que sigue se quiere desarrollar la tesis de que el concepto de delito compatible con el Código penal colombiano es funcional al empeño de racionalizar las circunstancias de agravación punitiva generales y específicas en el Derecho penal colombiano. Y aunque parezca obvio, ha de decirse que se intentará demostrar cómo la relación de circunstancia y delito en la ley penal colombiana, permite desarrollar una línea de comprensión de las circunstancias que incideen su análisis, aplicación y configuración, pues se desarrollará igualmente la idea de que las circunstancias son normas penales con igual compromiso de coherencia sobre el sistema penal que las normas que contienen tipos penales completos o delitos⁵⁸.

Todo por cuanto es preciso lograr una ruptura en la manera como tratan el Juez y el legislador las circunstancias, cuestión que se explica en mayor medida por la actitud de la doctrina de descuidar su tratamiento, pues mientras que a la estructura del delito se le presta toda la atención, en tratándose de las circunstancias que modifican la responsabilidad, no obstante sus consecuencias punibles, poco o nada se ha dicho en Colombia. Por ello, la vía de superación de tal omisión debe partir por integrar la circunstancia al delito, y determinar en él su carácter y fundamentación. Y esta relación que supone la opción por una corriente de pensamiento que no es pacífica⁵⁹, la consideramos como la más apropiada, si se quiere identificar las normas sobre circunstancias dentro del sistema penal y no por fuera de él.

⁵⁸ Sin embargo hay autores que excepcionan esto, así: JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y sistema de determinación de la pena*. en: *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI, Homenaje al profesor Antonio González- Cuellar García*, España, Editorial Colex, 2006, p. 126: “debe de (sic) decirse de inmediato que el hecho de que una norma pertenezca al Derecho penal, como sin duda ocurre con la que reconoce una circunstancia modificativa, atenuante o agravante, de la responsabilidad penal, no quiere decir que esté sometida a las mismas restricciones a las que está sometida la norma penal que establece la responsabilidad penal”.

⁵⁹ Los principales contradictores son JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría General de las circunstancias*, cit pp. 177 y ss. y MERCEDES ALONSO ALAMO, *el sistema de circunstancias del delito*, cit. pp.193 y s.s.

3.1. Concepto adoptado de circunstancia

Si se comienza a comenzar por un concepto de circunstancias según el diccionario de la Real Academia Española "*como accidente de tiempo, modo, lugar, etc., que está unido a la sustancia de algún hecho o dicho*", o igualmente en su referencia legal de "*agravante*" como un motivo legal para aumentar la responsabilidad penal del condenado. O como atenuante, motivo legal para disminuirla, o según se dice como "*dicho de una cosa: Que de algún modo está influida por una situación ocasional*"⁶⁰; nos permite un acercamiento necesario en tanto es lo más básico del concepto, puesto que el uso gramatical y su significado jurídico penal no se diferencian sustancialmente. Las circunstancias son elementos adicionales al delito pero relacionados con su esencia, para mejor decir, no hay circunstancia sin algo que le es principal y referente, y eso, para el contexto que nos interesa son los elementos constitutivos del delito.

Así entonces, se parte de aceptar con la doctrina mayoritaria lo importante de diferenciar entre elementos constitutivos y elementos circunstanciales del delito; pero adicionando por nuestra parte 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.

De lo anterior, se deriva una línea de control porque la búsqueda de una condición referida al injusto o a la culpabilidad resulta sumamente útil para criticar algunas

⁶⁰Diccionario de la Lengua Española, Real Academia de la Lengua Española. Vigésima segunda edición, 2001. p. 379.

circunstancias agravantes en la que ninguno de dichos elementos resulta incrementado , por tanto, no justifica la aplicación de una pena más grave⁶¹.

Para demostrar lo plausible de defender esta posición, a continuación la contrastaremos con lo sostenido por González Cussac, quien si bien no es el único en representar la posición contraria⁶², sí logra en su texto recrearla de manera comprensible, determinando además sus consecuencias. Y aunque tal concepto no es elaborado en el Derecho colombiano y menos conforme a su ley penal sustancial, si representa el paradigma que ha sido tomado de apoyo para el caso colombiano.

González Cussac, entiende que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal se asientan en la consideración de que se tratan de causas de medición de la pena, y “así configuradas, aparecen como instrumentos desligados de los elementos esenciales del delito que están concebidas con la finalidad de ayudar a una mejor individualización de la pena”⁶³ por lo que considera que “la teoría de las circunstancias corre paralela al delito”⁶⁴.

Lo que mejor sintetiza la posición que se controvierte es el siguiente resumen:

La naturaleza jurídica de las circunstancias es puramente accidental al no afectar la sustancia de la infracción, esto es, ni a la lesión o puesta en peligro del bien

⁶¹ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, MERCEDES GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, parte general*, cit., p. 478.

⁶² En la misma línea MERCEDES ALONSO ALAMO, *El sistema de circunstancias del delito*, cit. pp. 193 y s.s. y en Colombia de manera principal FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal parte general*, cit. p. 940.

⁶³ JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría General de las circunstancias*, cit. p. 177. Aunque varios de estos autores no realizan sus juicios sobre el sistema penal colombiano, la línea de su argumentación frente al mismo problema permite asociarlos.

⁶⁴ *Ibid.* p. 181.

jurídico, ni a su posterior reproche. Se trata, como hemos señalado en sede de su concepto, fundamento y naturaleza, de elementos accidentales que pueden existir o no, y que pueden tener relevancia penal o no tenerla. Porque como ya hemos apuntado veladamente a lo largo de este trabajo, lo que resulta definitivo a la hora de definir las circunstancias, y también en el momento de hallar su fundamento y naturaleza jurídica, es el dato normativo⁶⁵.

Como se anunció, en Colombia esta línea es seguida principalmente por Velásquez Velásquez, para quien las circunstancias en el Derecho penal colombiano no han de comprenderse desde el 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 penal⁶⁶.

Nótese cómo al afirmar que las circunstancias son accidentales porque no afectan la sustancia de la infracción, o porque no tienen ninguna vinculación con el supuesto de hecho de la norma penal, éstas resultan desligadas de cualquier relación con el núcleo del delito, y si se recuerda que sólo es punible lo antijurídico y culpable (art.9 C.P.) se puede concluir que este pensamiento legitima derivar sanción fuera de las condiciones fundamentales declaradas por el mismo legislador en la afirmación de los postulados generales del Derecho penal.

La afirmación del autor citado, según el cual sólo un dato normativo permite identificar que es una circunstancia, es un juicio que desdice de la comprensión del Derecho penal en términos de coherencia y sistema, además renuncia a la interacción entre la parte especial y los fundamentos previstos en la parte general del Código y deja todo a la voluntad de configuración del legislador para que sea circunstancia aquello que él quiera sin miramientos en su compromiso de ser coherente con las declaraciones políticas de

⁶⁵ Ibid. p.181.

⁶⁶ FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal parte general*, cit., p. 940.

principios antes realizadas en el Código penal y con reflejo en algunas normas de tipo constitucional como aquellas referidas a la garantía de la libertad y responsabilidad por el hecho (arts. 16, 28 y 29 Cons. Nal) .

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 fijada por el legislador. En cuanto a la culpabilidad *infra* se explicará la posición que se propone en su relación con la fundamentación de los agravantes. 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.

Lo anterior, desarrolla el principio de retribución en su comprensión garantista⁶⁷, pues la línea de pensamiento que tanto se ha controvertido en el presente estudio, que fundamenta las circunstancias por fuera del injusto y la culpabilidad, olvida la idea básica según la cual las condiciones de sanción están dadas por las condiciones de responsabilidad, y en tanto, en el caso colombiano, la responsabilidad está condicionada por la realización efectiva de un daño antijurídico de forma voluntaria (Art. 9 C.P) ninguna razón fuera de tal condición se tiene para imponer más pena a un ciudadano. Por ello, en cuanto a las circunstancias, así sean advertidas las condiciones fácticas de realización en forma voluntaria, si de las mismas no se advierte aquello que según la decisión política contenida en el código penal y en la Constitución legitima la intervención penal y la pena,

⁶⁷LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit. p. 368.

no se podrá derivar de tal comprobación una autorización de mayor sanción, se repite, por más que se advierta la realización fáctica de la misma.

Separar las circunstancias agravantes del contenido del delito, es permitir que una norma faculte la imposición de pena sin que tenga relación con lo que origina la pena, que en el caso colombiano es la conducta típica, antijurídica y culpable (Art.9 C.P.). Por lo menos para éste nivel del discurso no tenemos que elegir un tipo de sistema de delito que nos explique el contenido de cada una de tales categorías, basta que se reconozca lo imprescindible de cada una de ellas al tiempo de asignar una pena.

De allí la necesidad no sólo discursiva, sino la exigencia de valoración empíricamente determinada de la relación e implicación de las circunstancias en el contenido del delito.

No se trata de frenar la creación legislativa sin porqué o sin razón, lo que sucede es que la dogmática tiene como propósito recordar que el esquema del delito sintetiza un conjunto de decisiones políticas positivizadas en el Código y en la Constitución, que obligan al legislador cuando quiere seguir tejiendo normas en el sistema penal, de tal forma que su nueva creación no es un lote sin par, sino que debe ser coherente y consistente con el contenido previo de un sistema también decidido por él, sólo que en forma previa.

Continuando con el autor citado:

Por ello llama poderosamente la atención la postura de quienes, acogíendose a las más vanguardistas configuraciones dogmáticas, se empeñan en integrar tan disparatados institutos en las categorías centrales del delito, hoy felizmente despojadas casi por completo de escorias moralizantes.

Por eso decíamos, que estas posturas partidarias de conectar las agravantes con injusto y culpabilidad, son reflejo más bien de un deseo que de una construcción anclada en la realidad positiva. Con ello quizás más que adelantarse, se retrocede, porque para dar cabida a estas agravantes se tiene forzosamente que ensanchar peligrosamente los conceptos de antijuridicidad y culpabilidad⁶⁸.

Aunque, es preciso recordar que el autor citado no realiza el juicio transcrito frente al sistema legal colombiano, de todas formas su línea discursiva se enmarca dentro de lo que hoy, inclusive en el Derecho penal colombiano, es sostenido por importantes autores⁶⁹. En réplica a este discurso se debe afirmar que no es que las categorías del delito deban acomodarse a las extrañas condiciones de las circunstancias en muchos casos imposibles de justificar, por el contrario, serán esas razones de irracionalidad lo que las torna inaplicables cuando no sean compatibles con la afirmación de que significan una modificación de las condición que según la decisión también del legislador son fundamentos de responsabilidad penal.

Nótese cómo el texto citado parte de un concepto poco feliz de la función de la dogmática, pues entiende que a una idea de delito cabe cualquier cosa con solo así nombrarla. Por el contrario, aquí se propone totalmente lo inverso en el sentido de que si se crean, interpretan y/o aplican las circunstancias conforme a una idea objetiva y material de delito, lo que no soporte ser compatible con sus postulados no puede llamarse circunstancia aplicable en un Derecho penal liberal. O sea que por medio de un juicio dogmático se seleccionan las circunstancias que son coherentes con tal sistema. Sí bien, la dogmática no es un método creado por el legislador, sí puede ser un método que sintetice y ordene sus más importantes postulados, de esa manera el sistema del delito, que es su principal producto, puede representar un mecanismo de selección y de aseguramiento de coherencia

⁶⁸JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría General de las circunstancias*, cit., p. 203.

⁶⁹FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal parte general*, cit., p. 940.

y consistencia de las nuevas creaciones legales, en este caso de las circunstancias, con el sistema general de responsabilidad por el que se ha optado.

Se debe decir que se trata simplemente de recordar que si el legislador ha decidido que para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable (art. 9 C.P.) se obedece a su voluntad cuando se exige que para derivar consecuencias punitivas de las circunstancias no sea suficiente que simplemente estén en la ley penal. Pues además, recuérdese según el artículo 13 del Código penal las normas rectoras constituyen la esencia y orientación del sistema penal y además informan su interpretación. Así, las normas sobre circunstancias deben poner en línea con el esquema de responsabilidad y en esa medida podrá advertirse que se está en algunos casos fuera del ámbito de su aplicación por no concurrir las razones de su fundamento, o no sintonizar con el sistema de principios. De manera que en caso de obviarse su aplicación se tendrá no como un acto de rebeldía o desobediencia, sino como la manera de atender las decisiones legislativas que más sintonía tienen con la Constitución, todo en la comprensión de que al aplicador de la Ley penal le es obligatorio considerar las normas que desarrollen los postulados fundamentales de la Ley penal.

En muchos casos entonces ni siquiera será necesario apelar a argumentos de inconstitucionalidad o inaplicabilidad (Art. 4. Const. Nal.), sino que de la relación normativa que se hace se podrá advertir la no concurrencia de la circunstancia legalmente prevista porque para el caso concreto no desarrolla los postulados de principio que legitiman un aumento de penas, tratándose de circunstancias agravantes.

Se tiene entonces que una idea dogmática tomada en serio al fundarse en los más elementales postulados del sistema penal, en el caso colombiano en los principios del Código penal y en los axiomas de la Constitución, sirve de criterio de selección, o de validación sobre el tipo de circunstancias que le son compatibles. Frente a lo anterior, se

puede formular una pregunta que será definitiva en el desarrollo del presente trabajo, y es si la dogmática sirve para limitar la expansión punitiva en el caso colombiano expresada mediante la configuración de circunstancias de agravación punitiva genéricas y en especial específicas, a qué modelo de dogmática se hace referencia, de qué concepto de delito se parte, y sobre todo cuáles son las razones para su preferencia.

Ante todo debe recordarse con Zaffaroni que un concepto penal es un concepto político, y que un discurso jurídico bien estructurado no es otra cosa que un programa político elaborado con precisión⁷⁰. Por ello, la dogmática debe dar cuenta de un tipo de política, la que constituye el conjunto de decisiones que se toman en relación con lo sancionado y los sancionados por el derecho penal en su ámbito más fundamental y estructural, esto es, en los principios generales contenidos para el caso colombiano en el código penal y en la Constitución política.

Por fortuna el código penal colombiano no solo tiene principios sino que también establece categorías normativas que contienen a aquellos, de tal manera que se debe optar por un discurso que los desarrolle de manera integral.

La política y el derecho penal tienen relación en cuanto a que la forma en que se organiza políticamente una sociedad y el modelo de Estado que adopta se reflejan en la utilidad o misión que es confiada al Derecho penal⁷¹.

⁷⁰EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Política y dogmática jurídico penal*. en: *El estado actual de las ciencias penales, Homenaje a la Facultad de derecho de la Universidad de Antioquia*. Bogotá, Ibáñez, 2009, p. 78 - 79.

⁷¹ En este punto de relación entre Estado y delito, sostiene Barreta Ardila: “El legislativo facultado para hacer las leyes encuentra límites en los fines esenciales del Estado, en el respeto y la promoción de la persona humana; no puede imponer un orden social; ha de respetar la diversidad, la diferencia, el pluralismo y la disidencia, partiendo del reconocimiento de una permanente situación de conflicto de intereses, propia de las

Según lo anterior, se parte de considerar que el concepto de delito está afectado por la idea de Estado social y democrático del Derecho, que es al tiempo la opción política realizada en la Constitución de 1991. Pues si el modelo de Estado debe determinar una concepción del Derecho penal, ésta ha de ofrecer el soporte de los dos componentes básicos, la pena y el delito: Estado, Derecho penal, pena y delito se hallan en una estricta relación de dependencia. La teoría del delito constituye, en efecto, la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser prohibido y penado por el Derecho penal, y da respuesta a la pregunta de cuáles son los elementos que deben concurrir, como mínimo y con carácter general para que algo sea jurídico penalmente prohibible y punible⁷².

En punto a la incidencia del Estado social y democrático del Derecho frente a las intervenciones del Derecho penal, si bien es necesario aceptar que tal idea política a más del valor de la libertad promueve otras condiciones sociales, entre ellas la igualdad y la participación, no es posible olvidar que en el Estado social las características liberales del Estado de Derecho no desaparecen, por el contrario se aseguran con intervenciones estatales en otros campos para que se permita la generación de concretas condiciones de igualdad material y por tanto de oportunidades. Así pues se considera que sigue siendo una característica del Estado social y democrático de Derecho la idea de Derecho penal mínimo desarrollada por el principio de intervención mínima⁷³.

sociedades democráticas. La ley penal tiene que responder a unos principios y fines que le dan legitimidad material, más allá de la simple validez formal, lo que se refiere tanto a su creación como a su aplicación, lo cual compromete tanto al legislador como a los funcionarios judiciales, quienes asumen un papel político de garante de los fines del Estado y del logro de la justicia en la decisión, pues se reconoce que justicia y ley no son sinónimos” HERNANDO BARRETA ARDILA, *Concepción del Estado y su influencia en la teoría del delito*, en: *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 49

⁷²SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal, parte General*, 7ª edición, España, Reppertor, 2004, p. 145.

⁷³JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, 3ra Edición. Tirant lo Blanch alternativa, 1999, p.123 y s.s.

Según este esquema, en tanto la intervención del Estado a través del Derecho penal perturba de manera definitiva una condición básica y fundamental del ser humano cual es la libertad, las decisiones punitivas deben tomarse sobre el ideal del más estricto juicio de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto en toda intervención que se haga frente al valor de la libertad.

Es por eso que una importante propuesta del presente estudio es meditar sobre si la forma de generar mayor pena a través de diversas circunstancias agravantes, sean genéricas o específicas, contradice o no, el esquema constitucional de mínima intervención y aseguramiento de la libertad, que es entre otros, un fin declarado del Estado (art. 2 Const. Nal.) debiéndose, en caso de tenerse por cierto, como en efecto lo creemos, proponer al legislador una cruzada descriminalizadora mediante la reducción de las circunstancias como camino de coherencia con el valor fundante de libertad que debería caracterizar al Derecho penal moderno declarado positivamente a través de los principios contenidos en el código penal y en los pertinentes de la Constitución. Así la idea de desarrollar ese modelo de Estado, que no carece de respaldo normativo de alto perfil, demanda en el caso colombiano un discurso adecuado para enfrentar de forma crítica la realidad punitiva existente y los discursos que la legitiman como compromiso ineludible⁷⁴.

3.2 La antijuridicidad material como referente de justificación de las circunstancias de agravación

Si bien no estamos en condiciones de sostener que el Código penal colombiano sólo permite una forma de comprensión dogmática, esto no conduce a aceptar que permite una dogmática abierta sin sistema⁷⁵; así entonces es dable afirmar que no cualquier posición

⁷⁴JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, *Garantismo y Derecho Penal en Colombia*, en: *Garantismo y Derecho penal*, Bogotá, Temis, 2006, p.113.

⁷⁵JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, 3ra Edición, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2004. p.393.

metodológica en la comprensión de la estructura, condiciones y finalidades de delito le es compatible, pues se piensa con Jescheck que la teoría del delito debe deducirse de la ley o, al menos, ser compatible con ella⁷⁶. Así aunque se torne la idea circular esto explica la relación entre la dogmática y el derecho positivo. Pues, si como antes se afirma en la dogmática se identifican las categorías más relevantes del derecho positivo, cuando se enfrenta a través de dicho método el estudio de los casos y normas puntuales, el mismo sistema debe exponer lo que no le es compatible y viceversa, sólo lo que sintonice con los postulados más significativos de la ley penal puede llamarse dogmática posible.

En esa línea importa decir que el artículo 9° “*Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable*”, junto a los postulados del artículo 11. C.P. Antijuridicidad. *Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro efectivamente, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal*; además del mandato contenido en el artículo 12 C.P. Culpabilidad. *Solo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad*. Encierran un marco de imputación que condiciona mínimamente el ámbito de lo punible.

Así entonces, volviendo al interrogante planteado adelante, sólo es compatible con la ley penal la dogmática que informe como condición de lo antijurídico “*la lesión o puesta efectivamente en peligro, sin justa causa de un bien jurídico*” y tenga la culpabilidad como condición de sanción, pues entiende que *no hay penas sin la misma*. Aunque, se sabe que es un empeño ingenuo tratar de derivar todo el potencial conceptual de estas categorías desde una lectura textual de ellas, con todo esto se quiere poner de presente que estos conceptos que al tiempo son decisiones políticas tienen unos contenidos mínimos que no deben ser desconocidos al momento de la creación de las descripciones normativas realizadas por el legislador y que inclusive a pesar de éste, el jurista debe aplicarlos junto con los demás

⁷⁶HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal, parte general*, 4ta edición, Granada, Editorial Comares, 1993, p. 177.

postulados superiores aun cuando de esa obediencia resulten desconocidas otras normas de menor peso determinadas por el mismo legislador.

Para concretar el discurso se afirma que al definirse en forma positiva por un concepto determinado de antijuridicidad, esto es, aquel que supone un daño verificable de afectación de bienes jurídicos (art. 11 C.P.) es clara la opción del legislador colombiano a favor de un concepto material de delito y su negativa a la adopción de otra comprensión del concepto que suponga, por ejemplo, la legitimación sólo formal de la ley penal por ser aprobadas conforme a los procedimientos previstos en la Constitución, y a la creencia de que “no existe ningún contenido genuino de las normas penales, sino que los contenidos posibles se rigen por el respectivo contexto de regulación”⁷⁷.

La opción entonces por un concepto material de delito que en términos simples supone comprenderlo sólo a condición de representar un daño o peligro para un bien jurídico, determina por parte de la doctrina más tradicional varias consecuencias, y entre ellas la más significativa para el tema que tratamos es la condición de gradualidad del injusto. Esto es, el reconocimiento de que el juicio sobre el daño o el peligro que supone el injusto pueden variar según la intensidad de la acción en su contra o del resultado obtenido con dicha acción⁷⁸.

La idea que se patrocina pasa por aceptar la posibilidad de tal gradualidad desde el ámbito del desvalor de acción y desde el ámbito del desvalor de resultado, porque se entiende además que ambos son significativos y fundamentales en la constitución del injusto penal⁷⁹.

⁷⁷GÜNTHER JAKOBS, *Derecho penal, parte General y fundamentos de la teoría de la imputación*, España, Marcial Pons, 1995, p. 44 y 45.

⁷⁸JOSÉ CEREZO MIR, *Obras Completas. Tomo II*, cit. pp, 781-807.

⁷⁹SUSANA HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, España, Tecnos, 1984, p.120.

Esto tampoco ha sido de pacífico tratamiento en la doctrina sobre el tema, pues unos han entendido que la fuerza del injusto se encuentra en el desvalor de acción basándose en consecuencia en una idea subjetiva del injusto, como alguna vertiente del finalismo. Otra comprensión basada en lo objetivo entiende que el mayor significado del injusto está en el desvalor de resultado, entendido como:

Juicio de desaprobación que recae sobre el hecho por cuanto éste supone la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; en tanto que al desvalor de acción sólo se le atribuye, en este contexto, un papel secundario en la construcción del injusto, no siendo en muchos casos, un elemento esencial de la misma⁸⁰.

En esto no se puede olvidar que la consideración de gradualidad de lo antijurídico en nada es compatible con la comprensión funcionalista radical del delito, pues, cuando se tiene como bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción⁸¹, esa infracción a la norma se da o no se da, pero no puede graduarse⁸². Al parecer aquí no importa la distancia en que se separa el infractor del sendero fijado por el mandato normativo.

En este punto del discurso se halla un espacio para explicar y justificar el fenómeno normativo de las circunstancias en relación con el delito. Pues, si el injusto es graduable, entonces las circunstancias permiten identificar y describir esos niveles de diferencia,

⁸⁰Ibid., p. 20.

⁸¹GÜNTHER JAKOBS, *Derecho penal, parte General*, cit. p. 45. Y se afirma que el fundamento de la teoría funcionalista radical es refractario a los fundamentos de responsabilidad establecidos en el código penal colombiano, pues no sólo se dijo que la conducta típica ha de ser antijurídica, sino que se dio contenido a lo que de antijurídico puede entenderse, esto es, en tanto se requiere que la conducta *lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal (art. 11. C.P.)*; recuérdese además que el concepto de bien jurídico es referido expresamente por la ley penal en los artículos 25 y 32.

⁸²RAFAEL ALCACER GUIRAO, *Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, Barcelona, 2003.

permiten por decirlo así cualificarlo. Se insiste, no cualquier alteración o diferencia justifica una circunstancia, más de tipo agravante, porque no cualquier dato nuevo o específico tiene la posibilidad de alterar el injusto en una de las dimensiones comentadas (desvalor de acción y desvalor de resultado).

Lo anterior, aunque no es novedoso, no se ha llevado a sus últimas consecuencias, ni siquiera en relación con los dogmáticos de habla hispana que han ayudado a perfilar estas consideraciones. Es el caso de Mir Puig, quien no obstante afirmar de manera contundente que todas las circunstancias agravantes deben aumentar lo injusto penal del hecho, sin que puedan elevar la imputación personal⁸³, cuando se ocupa del análisis de cada una de las circunstancias, olvidando esa condición de legitimidad, acepta algunas que se caracterizan por “*una motivación particularmente indeseable*” y otras por “*una actitud más contraria al derecho*” como la reincidencia⁸⁴.

Volviendo a las discusiones sobre el contenido del injusto, se ha optado por una comprensión objetiva y material del mismo, esto es, se parte de la exigencia del resultado y no de la satisfacción del injusto con la sola ocurrencia del desvalor de acción. Se asume entonces una concepción dualista que tiene por base que tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado son elementos constitutivos del injusto penal⁸⁵. Pero se advierte

⁸³SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal Parte general*, Barcelona, 6º edición, Editorial Reppertor, 2002. Barcelona, p. 610.

⁸⁴ *Ibid.* p. 611.

⁸⁵ Para una discusión más profunda del tema se remite a SUSANA HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, cit, y a NELSON R. PESSOA, este autor, contrario a lo que consideramos, entiende basándose en la subjetivización del injusto tomada del finalismo de KAUFMANN, que “la gravedad del injusto penal doloso – sea consumado o tentado, sea de “resultado” o de “pura conducta”(si se acepta esta calificación) *está determinada exclusivamente por los dos factores que integran la conducta: el dolo y la ejecución de éste.* El resultado, sea entendido como modificación del objeto de acción (y que solo lo tienen los tipos de resultado) o, como afectación del bien jurídico (y entonces todos los delitos tienen resultado) *no incrementa el injusto o desvalor de ilicitud de la conducta, ni su ausencia disminuye el desvalor de injusto. El resultado no tiene ninguna influencia en el grado de injusto*”. NELSON R. PESSOA, *Injusto penal y tentativa, Desvalor de acción y desvalor de resultado, Injusto tentado e injusto consumado*, Buenos Aires, Hammurabi. 2007, p. 35.

que los elementos subjetivos del injusto para ser compatibles con el esquema deben estar referidos al contenido antijurídico del delito; muy bien lo afirma Welzel, “el delito no es simplemente voluntad malvada, sino la voluntad malvada realizada en un hecho. El fundamento real de cualquier delito (es) la objetivización de la voluntad en un hecho exterior.”⁸⁶ Aunque producido en otro ambiente el argumento, lo que se explica tiene bastante relación con el postulado axiológico recordado por Ferrajoli en el principio de materialidad de la acción penal, *nullu iniuria sine actione*; esta categoría se relaciona porque marca el límite de sanción frente a lo objetivo, y eso ya lo refirió Hobbes

*Respecto a las intenciones que nunca se manifiestan por un acto externo, no existe lugar para la acusación humana. Del mismo modo, los latinos significan por peccatum, que quiere decir pecado, toda forma de desviación de la ley, mientras que como crimen (palabra que deriva de cerno, que significa percibir) consideran solamente aquellos pecados que pueden ser evidenciados ante un juez y que, por tanto, no son meras intenciones*⁸⁷.

Todo lo anterior para cuestionar la validez de aquellas circunstancias específicas en el caso colombiano, como la prevista en forma genérica en el artículo 58 numeral 2º: *Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria*. Y la correlativa del homicidio, artículo 104 numeral 4: “*por precio, promesa remuneratoria, ánimo de lucro o por otro motivo abyecto o fútil*”. La crítica a esta circunstancia en especial merece una monografía, pues ella sintetiza todos los desenfrenos y despropósitos predicables de una manera de construcción de normas penales sin reparo al sistema de garantías, y sin sintonía de las más básicas condiciones de legitimación del Derecho penal en un Estado de Derecho como son la estricta legalidad, la

⁸⁶ Citado por HANS JOACHIM HIRCH, *los conceptos de desvalor de acción y desvalor de resultado o sobre el estado de cosas*. en: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo, libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 765.

⁸⁷ THOMAS HOBBS, *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Traducción de Manuel Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, Cáp. XXVII, pp. 238-239.

materialidad y la separación del derecho y la moral. Lo que llama la atención es que gran parte de la doctrina ha estado dispuesta a adecuar estas categorías abiertas y moralizantes a categorías dogmáticas, con lo que resultan *lavando* su impropia condición y la introducen al esquema de responsabilidad penal.

Así, por ejemplo Velásquez Velásquez justifica la agravante genérica porque según su criterio, “*a no dudarlo (sic), toca con un mayor contenido de injusto derivado del desvalor de acción que aquí es más elevado que en condiciones normales*”⁸⁸. De nuestra parte, por el contrario, se parte de comprender que si bien se pueden y deben valorar elementos subjetivos del injusto, sólo deben tener significación aquellos que en realidad incidan en él. Más claro, y en clave finalista, como recuerda Salazar Marín que enseñaba Welzel, el tipo objetivo es:

*El núcleo real-material de todo delito, pero no es algo externo puramente objetivo, libre de momentos subjetivo anímicos, pues en general las acciones dolosas no pueden ser aprehendidas suficientemente sin la tendencia de la voluntad que las conduce y anima. El tipo objetivo no es objetivo en el sentido de ser ajeno a lo subjetivo, sino en el sentido de lo objetivado en el mundo exterior*⁸⁹.

Y en verdad sostiene Welzel que “con el descubrimiento de los elementos subjetivos de lo injusto se produjo una grieta profunda en la separación, aparentemente tan clara, de lo externo y lo interno, lo objetivo y lo subjetivo y en la asignación de lo ‘externo’ a lo injusto y lo ‘interno’ a la culpabilidad”⁹⁰. En la misma línea considera Roxin que “así mismo existe actualmente un amplio acuerdo en que también se deben interpretar conforme

⁸⁸FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal parte general*, cit., p. 1114.

⁸⁹MARIO SALAZAR MARIN, *Teoría del delito*, cit., p. 149.

⁹⁰HANS WELZEL, *Derecho penal Alemán*, Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 4 edición castellana. p.73.

al derecho penal del hecho, y no al de autor, los tipos que tienden a determinados motivos o actitudes internas del sujeto activo⁹¹.

De nuevo en relación con la discusión que adelante se planteó en cuanto a la potencialidad de contención y aseguramiento sistemático de los principios, esto es, las posibilidades críticas y de transformación de la dogmática y no sólo su aporte descriptivo o explicativo de las ocurrencias normativas del legislador. Se debe advertir que mucho puede lograrse si aceptando el postulado de la necesidad de relacionar el delito con las circunstancias, se hace práctico el empeño en la fundamentación de las mismas sólo bajo las condiciones de mayor injusto, identificando específicamente su naturaleza en un mayor grado de desvalor de acción o de resultado.

Es preciso recordar que la antijuridicidad con contenidos materiales es una norma constitucional⁹². Y esto se ha comprendido hasta el punto de declararse inexecutable normas penales que no tienen un contenido material o que no significan un daño o peligro para ningún bien jurídico; así mediante sentencia C-430 del 12 de septiembre de 1996 la Corte Constitucional afirmó:

En los delitos de peligro debe considerarse la mayor o menor cercanía de la conducta peligrosa al bien jurídico protegido. Cuando el peligro es remoto, el bien no se halla amenazado en forma concreta, y lo que en realidad se castiga es la mera desobediencia o violación formal de la ley con la realización de una acción inocua en sí misma. En última instancia, la potencialidad dañina que encierra la conducta se juzga realizable a partir de consideraciones que involucran no al acto mismo sino a su autor.

⁹¹CLAUS ROXIN, *Derecho penal, parte General*, cit. p. 185.

⁹²DIANA RESTREPO RODRÍGUEZ, Aproximación al concepto de bien jurídico en un “Derecho penal Colonizado”: el caso colombiano, en: *Nuevo foro Pena*, 3° época, Vol. 6, (julio-diciembre de 2010) N° 75, Medellín, Universidad Eafit, 2011, p. 132-192.

Más claridad sobre la relación del bien jurídico con la Constitución y la antijuridicidad como condición de la ley penal se hace en la sentencia C- 205 de de 2003 en donde se advierte que el legislador “debe abstenerse de realizar una punición arbitraria, imprecisa, retroactiva o carente de todo bien jurídico a proteger”⁹³. También, la Corte Suprema de Justicia ha dado consecuencias prácticas a la idea de antijuridicidad material como condición de legitimidad en la aplicación de la sanción penal pues considera que:

*El principio de lesividad de la conducta punible surgió como un criterio de limitación del poder punitivo dentro del moderno Estado de Derecho, en el entendido de que constituye una obligación ineludible para las autoridades tolerar toda actitud o comportamiento que de manera significativa no dañe o ponga en peligro a otras personas, individual o colectivamente consideradas, respecto de los bienes y derechos que el ordenamiento jurídico penal está llamado como última medida a proteger*⁹⁴.

Si entonces la antijuridicidad, entre otros requisitos, es una condición ineludible para poder imponer una pena, y si las circunstancias generales o específicas tienen como consecuencia la atribución de una pena mayor, entonces las circunstancias también deben estar limitadas por el criterio de la lesividad o antijuridicidad material, la cual, desde una comprensión material del delito debe realizarse en un daño o peligro mayor al derivado de la ocurrencia del delito básico. En resumen, si un hecho sin daño no puede ser punible, una circunstancia agravante que no contenga un mayor daño tampoco puede serlo.

⁹³ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-205 del 11 de marzo de 2003, CLARA VARGAS HERNÁNDEZ.

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 13 de mayo de 2009, Rad. 31.362.

La circunstancia agravante debe permitir concretar un juicio valorativo de mayor daño de tal trascendencia que permita por esa vía desarrollarla idea de proporcionalidad (art. 3 del C.P.) pues con eso se sientan las bases que deriven las razones de la mayor pena asignada. Así, por ejemplo, en relación con los agravantes previstos en el inciso 3° del artículo 365⁹⁵, si tales circunstancias duplican la pena, pasando de nueve a diez y ocho años de prisión, en el mínimo, es necesario determinar cuál es la relación de estos nuevos elementos con el delito básico, que es el que cualifican y adjetivan⁹⁶.

Tomar en serio las normas generales supone entonces que las circunstancias permitan un juicio sobre la proporcionalidad, la necesidad y razonabilidad.

Con lo dicho se tiene que si se reconoce en la configuración de circunstancias un escenario en el cual también deben recrearse los postulados básicos que identifican el

⁹⁵ Esta norma modificada por la ley 1453 de 2011, en su artículo 19 establece: “la pena anteriormente dispuesta se duplicará cuando la conducta se cometa en las siguientes circunstancias: 1. Utilizando medios motorizados. 2. Cuando el arma provenga de un delito. 3. Cuando se oponga resistencia en forma violenta a los requerimientos de las autoridades. 4. Cuando se empleen máscaras o elementos similares que sirvan para ocultar la identidad o la dificulten. 5. Obrar en coparticipación criminal. 6. Cuando las armas o municiones hayan sido modificadas en sus características de fabricación u origen, que aumentan su letalidad. 7. Cuando el autor pertenezca o haga parte de un grupo de delincuencia organizado”.

⁹⁶ Determinar una metodología propicia para tal hallazgo resulta una empresa por fuera de las posibilidades del presente trabajo, pero se puede afirmar que en el Derecho penal colombiano se han realizado esfuerzos discursivo para enfrentar este problema, en ello se puede citar a las profesoras ARIAS HOLGUÍN y LOPERA quienes en su texto sobre *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales en la determinación judicial de la pena*, desarrollan la tesis de que la observación del principio de proporcionalidad en la aplicación de la ley penal permite la aplicación de la pena por debajo del mínimo previsto en la ley. GLORIA PATRICIA LOPERA MESA y DIANA PATRICIA ARIAS HOLGUÍN, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales en la determinación judicial de la pena*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Sala administrativa, 2010. Este trabajo además de su valor intrínseco, tiene gran significado que haya sido publicado por la escuela judicial de la rama judicial de Colombia. Así mismo en JUAN PABLO ALONSO cita el ejemplo en la legislación argentina, en el que mediante una ley se sancionaba de forma más intensa el robo de automotores que el mismo homicidio, por lo que la Corte Suprema de Justicia en los fallos Martínez, José Agustín s/robo calificado “ de 06/06/1989 y “Gómez, Ricardo, Federico, Eduardo s/robo agravado por tratarse de automotor y mediante uso de arma de fuego” del 08/06/1989, decretó la inconstitucionalidad del artículo 38 del decreto 6582/58” JUAN PABLO ALONSO *Interpretación de las normas y derecho penal*, Buenos Aires, Colección de tesis doctoral, Editores del puerto, 2006, pp. 155-156.

Derecho penal en el Estado de Derecho constitucional, y que por ejemplo, el artículo 16 de la Constitución al igual que el preámbulo aseguran unos márgenes amplios de libertad como decisión fundamental del constituyente frente a los ciudadanos, la configuración de las circunstancias deben obedecer a la línea de política criminal que esta opción representa y en ese propósito debe participar la dogmática pues, recordando a Roxin, la propia limitación jurídica del *ius puniendi* es también un objetivo importante de la política criminal de un Estado de derecho⁹⁷.

En el propósito de configurar un modelo de racionalidad ética penal, Díez Ripollés identifica unos principios fundadores del Derecho penal ordenándolos en tres grandes grupos: los principios de protección, que sentarían las bases con las que delimitar los contenidos de tutela del Derecho penal, los principios de responsabilidad, que se ocuparían de los requisitos fundamentales que deben concurrir en un comportamiento para que se pueda exigir responsabilidad criminal por él, y los principios de sanción, que determinarían los criterios configuradores de las reacciones sancionadoras a la conducta criminalmente responsable⁹⁸.

Aquí se encuentra la razón de que las circunstancias atenuantes no tengan, como acontece con las agravantes, que estar referidas al injusto. Pues la naturaleza aflictiva del Derecho penal genera una licencia en blanco al legislador para configurar normas que limiten o atenúen sus consecuencias, sin necesidad de que cada una de esas decisiones esté expresamente referida a una categoría dogmática, y simplemente obedezca, ahora sí, a razones de política criminal.

⁹⁷CLAUS ROXIN, *Derecho penal, parte General*, cit., p. 224.

⁹⁸JOSÉ LUIS DIEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales. Teoría y práctica*. España, Ed. Trotta. 2003, p.137.

Según lo hasta ahora afirmado, se considera que la configuración de circunstancias agravantes sólo puede hallar fundamento en lo denominado por Díez Ripollés *principios de protección*; categoría dentro de la cual se incluye el principio de lesividad, el principio de esencialidad o fragmentariedad y el principio de interés público.

En punto al primero ya desarrollamos la idea que consiste en exigir la relevancia frente al bien jurídico de la circunstancia como medio para determinar un aumento del grado del injusto y así tener como justificado un aumento de pena. En cuanto a la fragmentariedad, se ha notado que en el derecho penal colombiano las circunstancias son oportunidades de expansión penal⁹⁹, pues la mayoría de reformas antes que descriminalizar – nunca sucede – amplían el ámbito de lo punible, sea directamente mediante delitos o por medio de tal tipo de normas. De manera que teniéndose el imperativo constitucional de reducción del Derecho penal, pues éste, *prima facie*, siempre es contradictorio con la libertad de acción (Art. 16 Cons.Nal.), ha de procurarse recurrir a la configuración de circunstancias cuando resulte absolutamente necesario y no se halle, por ejemplo, posibilidad de significación de lo contenido en la circunstancia dentro del delito básico al que dicha circunstancia se anexa. Esta última cuestión la relacionamos con el fenómeno de la inherencia descrito expresamente en algunos ordenamientos¹⁰⁰ y que en el derecho colombiano tiene su correlativo en el artículo 8 del C.P prohibición de doble incriminación¹⁰¹.

⁹⁹ Ver cita 1.

¹⁰⁰ El artículo 67 del Código penal Español, refiere: “Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podrían cometerse”.

¹⁰¹ El artículo 8° de la ley 599 de 2000, Código penal, establece: A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales.

En esta relación, con una actitud reduccionista del legislador fácil le sería entender que muchas de las circunstancias hacen parte de contenidos que es dable predicar de muchos de los delitos que tienen de base, pudiendo llegar a la conclusión de que con tales nuevos elementos se generan intervenciones no necesarias, o lo peor, que ya existen con tipos penales vigentes, problema éste que en muchas ocasiones provoca en el aplicador serias dudas dogmáticas como las que se derivan de las posibilidades de optar por concurso de delitos o concursos aparentes¹⁰².

3.3. La prohibición de *non bis in idem*. Límite a la configuración de agravantes

La prohibición de doble incriminación o *non bis in idem*¹⁰³ que establece el artículo 8° del Código penal colombiano, es uno de los grandes referentes con que cuenta el operador jurídico para contener la expansión que se expresa en muchas de las normas penales que configuran circunstancias de agravación. En efecto, en la medida en que se encuentren en los contenidos del delito básico los mismos fundamentos fácticos o jurídicos de la circunstancia, o que la circunstancia solo constituya una descripción de las

¹⁰² En el Derecho penal Colombiano existen casos de circunstancias en los cuales se establece con ella una antijuridicidad independiente, o mejor propende por la protección de un bien jurídico diferente al contenido en el delito básico. Por ejemplo, vale la pena preguntarse si quien es condenado por porte de armas agravado (artículo 365) según el numeral 5, cuando el autor pertenezca o haga parte de un grupo de delincuencia organizada, puede serlo también en concurso con el delito de concierto para delinquir (art. 340). También si quien ha sido condenado por el delito de secuestro extorsivo agravado por el numeral 2° del artículo 170, puede al tiempo ser sancionado por un delito contra la libertad sexual como es el acto sexual violento (art. 206). Por demás es que no estamos de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia cuando descartó la violación del *ne bis in idem* en la concurrencia del agravante genérico del artículo 58 numeral 10, con la imputación en calidad de coautoría o de complicidad, desarrollando las siguientes razones “(...) 1. Son fenómenos distintos desde el punto de vista de la tipicidad y la punibilidad. 2. Se aplican en diferentes momentos del proceso de dosificación de la pena. 3. Generan efectos sustanciales y significativamente disimiles. 4. Desde la óptica de su aplicación difieren. 5. La prohibición de concurrencia opera, “siempre que no hayan sido previstas de otra manera” 6. (como conclusión) No viola principio constitucional o legal alguno.” Así de forma contradictoria termina la Corte, pues no obstante acepta que ambas condiciones (la coautoría y la circunstancia) tienen origen en un mismo presupuesto fáctico, niega que ambos juicios de desvalor provengan del mismo fundamento. Cfr. C.S.J. Cas. Penal. Mayo 27/2004. Rad. 20642 M.P. Alfredo Gómez Quintero.

¹⁰³ Un estudio específico sobre el Non Bis In Idem su relevancia constitucional y las relaciones sustanciales y procesales que se derivan se puede encontrar en MERCEDES PÉREZ MANZANO, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Valencia, Tirant lo blach, 2002.

posibilidades de significado del delito a que se refiere, entonces, en línea minimalista como corresponde con al Estado descrito en la Constitución, quien aplica la norma debe desconocer la circunstancia, en tanto ella, ya viene contenida en el delito y por tanto reconocerle sus consecuencias punitivas supone infringir el mandato superior mencionado.

Una muestra de las posibilidades críticas que frente al Derecho penal positivo implica tomarse en serio la prohibición del *non bis in idem* relación con las agravantes, fue el análisis realizado por Sotomayor Acosta y Gallego García frente a los agravantes del homicidio culposo¹⁰⁴. Allí, según los autores:

Agravar en estos casos significaría una doble valoración jurídico- penal del hecho de actuar bajo el influjo de alcohol o sustancias que producen dependencia psíquica o física: a los efectos de la constitución del homicidio imprudente (infracción del deber objetivo de cuidado), y a los efectos de aumentar la punibilidad del hecho (circunstancia agravante del homicidio culposo).

No obstante lo claro del argumento, otra lectura realizó la Corte Constitucional pues para ella “compete al operador judicial establecer, ‘*ex ante*’ al acto imputado, si el consumo de esas sustancias fue determinante en la producción del riesgo, pues no es suficiente que el agente esté bajo su efecto al momento de cometer la conducta punible. Si no tiene relación con el resultado causado no hay lugar a la agravación de la pena y, de esa forma, la norma no comporta una violación al principio *non bis in idem*, por lo cual se declarará su constitucionalidad”¹⁰⁵, con tal argumento olvida la Corte que si la embriaguez determina el

¹⁰⁴JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA y GLORIA MARÍA GALLEGO GARCÍA, “Las circunstancias agravantes del homicidio imprudente en el Código penal Colombiano” en *Nuevo Foro Penal*, Medellín, Universidad de Antioquia, Nro. 61, Agosto de 1999. pp. 35- 55.

¹⁰⁵ Sentencia de Corte Constitucional C-115 de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

delitosa, entonces fue esa condición ya sancionada en la configuración de la conducta culposa y no debe ser nuevamente desvalorada y sancionarse a través de la agravante¹⁰⁶.

El agravante del homicidio culposo sirve para demostrar las condiciones de irracionalidad, por lo menos frente al discurso dogmático, en las cuales se configuran legalmente las circunstancias agravantes en Colombia. Así en los debates previos a la ley 1326 de 2009, que modificó, adicionando tres nuevos agravantes al delito de homicidio culposo, se sostuvo por los ponentes:

El proyecto busca incriminar los actos de los conductores de vehículo automotor que no guardan los deberes de cuidado, la debida diligencia y prudencia y a causa de este comportamiento se consuma un homicidio culposo o unas lesiones personales culposas.

En estos eventos se castiga la negligencia y la falta de cuidado en la conducción de vehículos, actividad de alto riesgo y que merece la mayor atención por parte de los conductores, a los cuales se les agravará la conducta por homicidio culposo y lesiones personales culposas, cuando no tengan licencia de conducción vigente o sean reincidentes en las infracciones de tránsito¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Sin embargo, otra experiencia pone en evidencia esas posibilidades correctivas y limitadoras del *non bis in idem*, se encuentra en la sentencia C-521 de agosto 4 de 2009, M.P. Maria Victoria Calle Correa, en relación con la causal 4 del artículo 211, cuando la conducta se realizare sobre persona menor de catorce (14) años. A declararse constitucional de manera condicionada en el entendido de que dicha causal no se aplica a los artículos 208 y 209 del código penal. En igual sentido mediante sentencia del 9 de agosto de 2011, rad. 36.174, M.P. María del Rosario González, la Corte Suprema de Justicia reiteró la tesis según la cual si la edad de la víctima se encuentra dentro del tipo penal, la pena no puede agravarse por esa misma circunstancia.

¹⁰⁷ Informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley 017 de 2007. Gaceta de la Cámara de Representantes.

Lo anterior desemboca en algo así como un comportamiento imprudente agravado por la imprudencia¹⁰⁸. Pues parten de un supuesto falso al considerar que esas conductas antes de la configuración legislativa de las circunstancias son impunes, cual ellas ya solas constituyen el tipo culposo básico.

3.4. La Culpabilidad no es fundamento de las circunstancias agravantes

Ahora bien, si se ha apoyado la tesis según la cual las circunstancias deben fundamentarse siempre en los contenidos del delito, entonces es preciso analizar una de las derivaciones más recurrentes de tal idea, que consiste en fundamentar algunas circunstancias en la culpabilidad.

En efecto, algunos autores entre ellos Cerezo Mir¹⁰⁹ identifican circunstancias que aumentan la reprochabilidad, como el precio, la recompensa o promesa remuneratoria y los motivos racistas, entre otros. Es más, en el caso colombiano se discute si las circunstancias personales se relacionan con la culpabilidad y las materiales con el injusto¹¹⁰.

Por el contrario, en el presente trabajo se considera que dadas las funciones reconocidas en el Estado constitucional de Derecho al principio de culpabilidad, ésta como categoría tienen finalidades de principio limitador y no fundamentador de responsabilidad.

¹⁰⁸JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, GLORIA MARÍA GALLEGO GARCÍA, *“Las circunstancias agravantes del homicidio imprudente Sotomayor acosta, el delito imprudente, cit. p.45.*

¹⁰⁹ Entre muchos, una muestra es CEREZO MIR, quien identifica algunas circunstancias como aquellas que aumentan la “reprochabilidad” y en esa línea en punto a la circunstancia de precio, recompensa o promesa dice “*esa especial motivación determina, a mi juicio, una mayor gravedad de la culpabilidad, es decir de la reprochabilidad penal de la conducta antijurídica*” JOSÉ CEREZO MIR, *Obras Completas*, cit. p.1019. De igual forma GRACIA MARTIN para quien “*la mayor culpabilidad se da en el obrar con esa motivación (...)*” Cfr. JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS y LUIS GRACIA MARTIN, *Comentarios al Código penal, parte especial* cit. p.107.

¹¹⁰FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal parte general*, cit., p. 940.

Así ya la culpabilidad no es un juicio abstracto o personal, sino debe estar referido al hecho, al daño, al injusto. Pues una culpabilidad pura, esto es, no referida ni circunscrita a la ejecución de un hecho externo determinado y concreto, deriva hacia la penalización del fuero interno y las actitudes éticas del individuo (derecho penal del ánimo o de la voluntad, culpabilidad por la “actitud interna”, ante el derecho)¹¹¹.

Ahora, si bien los contenidos de la culpabilidad ofrecidos por la doctrina contemporánea son bien diversos¹¹², la idea que más se respalda consiste en excluir de forma definitiva el fundamento de la culpabilidad desde el fin preventivo, y condicionar la misma a la medida del injusto, con lo cual se realiza el principio de retribución no en su acepción de teoría absoluta de la pena sino en su comprensión de principio, según el cual cualquier pena debe estar medida por el hecho y que desarrolla el apotegma garantista *nulla poena sine crimen*. En el artículo 29 de la Constitución tiene esto principio referencia. Así, se acoge un criterio de validación garantista que permite argumentos de refutación frente a decisiones de sanción que superan el hecho. La garantía de responsabilidad por el hecho – en virtud de la cual nadie puede ser castigado más que por lo que ha hecho (y no por lo que es o lo que se quiere que sea)- sirve precisamente para excluir, al margen de cualquier finalidad preventiva o de cualquier otro modo utilitarista, el castigo del inocente, aun cuando se le considere de por sí malvado, desviado, peligroso o proclive al delito¹¹³. Por eso, se ha sostenido la idea de que la prevención general no debe perseguirse fuera de la pena adecuada a la culpabilidad y que, en cualquier caso, una agravación más allá de dicha

¹¹¹JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal parte general, principios y categorías dogmáticas*, Bogotá, Ibáñez, 2011, p. 348.

¹¹²JUAN M. TERRADILLOS BASOCO, *La culpabilidad*, México, Indepac Editorial, 2002.

¹¹³LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 369

pena viola el derecho constitucional a la dignidad humana (Art. 1 Const. Nal), por convertir al individuo en un mero medio político criminal¹¹⁴.

Se trata entonces de considerar la culpabilidad desde una perspectiva de límite y no de fundamento de responsabilidad. Así, se tiene que la pena no puede rebasar el límite de culpabilidad y por el contrario, por diversas razones, casi siempre de política criminal, puede ser inferior la sanción o inclusive excluirse no obstante se den condiciones de culpabilidad pero se carezca de fines preventivos.

Esta lógica cercana a las propuestas de Roxin¹¹⁵ también involucra la consideración de una idea de prevención como filtro adicional de responsabilidad de forma que la culpabilidad será condición necesaria pero no suficiente para la pena. En sentido similar en Colombia se había pronunciado Estrada Vélez, para quien el grado de culpabilidad no puede servir como exclusivo fundamento de la pena como lo quieren algunos, pero sí como uno de los criterios para medirla, y, en tal virtud como una barrera contra los excesos de la jurisdicción¹¹⁶.

La culpabilidad se gradúa por lo bajo –menor culpabilidad- pero no por lo alto – mayor culpabilidad, pues existen condiciones que reducen la imputabilidad, o que limitan el conocimiento de lo antijurídico o reducen la exigibilidad de una conducta conforme Derecho, en fin, inclusive pueden ser menores las necesidades de prevención y todo llevar a atenuaciones punitivas e incluso a exclusión de la sanción, de lo primero son ejemplos los artículo 56 y 57 del C. P. y de lo segundo la causal de oportunidad prevista en lo numerales

¹¹⁴EDUARDO DEMETRIO, “Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin” en *Derecho penal contemporáneo, Revista internacional*, Nro. 25, Bogotá, Octubre- diciembre 2008, pp. 87-131.

¹¹⁵CLAUS ROXIN, *Derecho penal, parte General. Fundamentos*, cit., p.792.

¹¹⁶FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal, parte general*, cit. p. 377.

1,7 y 13 del artículo 324 del C.P.P. Así pues, no se comparte la idea de mayor culpabilidad, o sea más que la necesaria para fundamentar la imputación de responsabilidad.

Entonces, cuando se fundamentan las circunstancias de agravación bajo el pretexto de sancionar la mayor culpabilidad, lo que se hace es apoyarse en tal categoría para legitimar una sanción muchas veces de tipo moral o extrajurídico, pues aunque se acepta que la ley penal puede considerar los motivos y a ellos asignarle significación jurídica hasta el punto de privilegiar consecuencias¹¹⁷, cuando se trata de derivar fundamentos para sancionar los únicos elementos subjetivos que tienen relevancia son los que afectan directamente el injusto¹¹⁸. De allí que se entienda que tiene justificación la diferencia de la sanción entre el delito doloso y el delito culposo, todo porque el dolo no sólo supone un enfrentamiento más abierto al Derecho que la imprudencia, sino que generalmente también implica un conducta objetivamente más peligrosa para el bien jurídico que la imprudencia¹¹⁹.

Según lo anterior tienen serias dificultades de legitimación circunstancias específicas como las contenidas en los numerales 2 y 4 del artículo 104 del Código penal, así mismo las circunstancias genéricas de los números 2,3 y 7 del artículo 58, además de todas las que le son análogas.

¹¹⁷ Así acontece con la piedad en el delito de homicidio por piedad (art. 106 C.P.).

¹¹⁸ Contrario a ésta opinión, entre otros, LUIS GRACIA MARTIN, JOSÉ LUIS DIEZ RIPOLLÉS, PATRICIA LAURENZO COPELLO, *comentarios al código penal, parte especial. Títulos I a VI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 107. Así en relación con la circunstancia de precio, promesa o recompensa, afirman “a mi juicio, no es la fuerza causal el motivo para generar la resolución delictiva, lo que fundamenta la mayor reprochabilidad, sino la vileza del mismo”.

¹¹⁹ ALFONSO CADAVID QUINTERO. *Introducción a la teoría del delito. Biblioteca Jurídica DiKe*, 1998, p.18. *en la misma línea* DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal, Parte General I*, Madrid, Universitas S.A., 1996, p.331. En este sentido MIR: “*El hecho doloso se encuentra en una relación de oposición al bien jurídico afectado más intensa que el hecho no doloso y simplemente imprudente (...) El dolo guarda relación con la peligrosidad de la conducta para el bien jurídico.*” Cfr. SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal, parte General*. 6° Edición. Editorial Reppertor, España, 2002, pp.168-169.

Bibliografía

ALCACER GUIRAO, RAFAEL, *Lesión de bien jurídico o lesión de deber, apuntes sobre el concepto material del delito*, Atelier Libros, Barcelona, 2003.

ALONSO ALAMO, MERCEDES, *El sistema de circunstancias del delito, estudio general*, Universidad de Valladolid, 1981.

ALONSO, JUAN PABLO, *Interpretación de las normas y derecho penal*, Colección de tesis doctoral, Buenos Aires, Editores del puerto, 2006.

ARANGO H., MARIA ISABEL, “A propósito del papel del juez de garantías en la audiencia de formulación de imputación” en *Nuevo Foro Penal*, 3º época, Vol. 6, (julio-diciembre de 2010) N° 75, Medellín, Universidad Eafit, 2011.

BARRETA ARDILA, HERNANDO, “Concepción del Estado y su influencia en la teoría del delito”, en: *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Madrid, Civitas, 1995.

BURKHARDT, BJÖRN, *Dogmática penal afortunada y sin consecuencia*, en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo Milenio*, versión Española, Francisco Muñoz Conde (cord). Valencia, Tirant lo blanch, 2004.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Derecho penal, Tomo I, Fundamentos del derecho penal y teoría del delito y del sujeto responsable*, 2 edición, Bogotá, Leyer, 2008.

CADAVID QUINTERO, ALFONSO, *Introducción a la teoría del delito*, Biblioteca Jurídica DiKe, Medellín, 1998.

CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, 3ra Edición. Tirant lo Blanch, Madrid, 1999.

CEREZO MIR, JOSÉ *Obras completas Derecho penal parte general*, tomo 1, Perú, Ara Editores, 2006.

CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN, “Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y sistema de determinación de la pena,” en: *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI, Homenaje al profesor Antonio González- Cuellar García*, España, Editorial Colex, 2006.

DEMETRIO, EDUARDO, “Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin” en *Derecho penal contemporáneo, Revista internacional*, Nro. 25, Bogotá, Octubre- diciembre 2008, pp.87-131.

DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, *La racionalidad de las leyes penales. Teoría y práctica*. España, Ed. Trotta, 2003.

ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO, *Derecho penal, parte general*, Segunda edición, Temis, Bogotá, 1986.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho penal fundamental*, 3ra Edición, Bogotá, Ed. Ibañez, 2004.

_____, *Derecho penal parte general, principios y categorías dogmáticas*, Bogotá, Ibañez, 2011.

_____, *Derecho penal fundamental, Teoría general del delito y punibilidad*, 2º edición, Vol II, Temis, Bogotá, 1989.

FERRAJOLI LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. Perfecto Andrés Ibañez y otros, Madrid, Trotta, 7ª ed., 2004.

FIANDACA, GIOVANNI/ ENZO MUSCO, *Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, Temis, 2006.

FLORES MENDOZA FÁTIMA, *El error sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el ordenamiento jurídico español*, Granada, Ed. Comares, 2004.

GÓMEZ MARTIN, VÍCTOR “La doctrina del “*delictum sui generis*”: ¿Queda algo en pie?” en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.7, 2005, pp.6-52.
Consultado en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-06.pdf>

GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *El homicidio*, Tomo 1. 3ra Ed., Universidad Santo Tomás, Ediciones Doctrina y ley, Bogotá, 2006.

GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO, *Delitos contra la vida y la integridad personal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Tercera Edición, reimpresión 1998.

GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO Y URBANO MARTÍNEZ, JOSÉ JOAQUÍN, *Delitos contra la vida y la integridad personal*. en: *Lecciones de Derecho penal parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp.869-1013.

GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ L., *Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Valencia, Universidad de Valencia, 1988.

GRACIA MARTIN, LUIS, DIEZ RIPOLLÉS JOSÉ LUIS, LAURENZO COPELLO PATRICIA, *Comentarios al código penal, parte especial. Títulos I a VI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

_____, *delitos contra bienes jurídicos fundamentales, vida humana independiente y libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

HOBBS, THOMAS, *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Traducción de Manuel Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, Cap. XXVII.

HUERTA TOCILDO, SUSANA, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Madrid, Tecnos, 1984.

IBÁÑEZ GUZMÁN, AUGUSTO J, *Apuntes de Derecho penal, parte general*, 2º edición, 1998.

JAKOBS, GÜNTHER. *Derecho penal, Parte general*. Fundamentos y teoría de la imputación [trad. 2ª edición alemana por Cuello Contreras y Serrano Murillo], Madrid, Marcial Pons, 1995.

JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de derecho penal, parte general*, 4ta edición, Granada, Editorial Comares, 1993.

HIRCH, HANS JOACHIM, “Los conceptos de desvalor de acción y desvalor de resultado o sobre el estado de cosas”, en: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo, libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2003

LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA yARIAS HOLGUÍN, DIANA PATRICIA, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales en la determinación judicial de la pena*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Sala administrativa, 2010.

LÓPEZ MORALES, JAIRO, *Antecedentes del nuevo código penal. Proyecto de ley y exposición de motivos. Ponencias y modificaciones en el congreso. Objeciones del gobierno y texto definitivo: ley 599 de 2000*, Bogotá, Ediciones doctrina y ley, 2000.

MANUEL LUZÓN PEÑA, DIEGO, *Curso de derecho penal, Parte General I*, Madrid, Universitas S.A., 1996.

MESA VELÁSQUEZ, LUIS EDUARDO, *Delitos contra la vida y la integridad personal y delitos contra la propiedad*. 2 ed. Bogotá, Universidad externado de Colombia, 1974.

MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal, parte General*, 7º edición, Reppertor, 2004.

MOLINA ARRUBLA, CARLOS MARIO, *Delitos contra la vida y la integridad personal*, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1995.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho penal, parte general*, Tirant lo Blanch, 6 Edición, Valencia, 2004.

PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in ídem*, Valencia, Tirant lo blach, 2002.

PESSOA, NELSON R., *Injusto penal y tentativa, desvalor de acción y desvalor de resultado, Injusto tentado e injusto consumado*. Buenos Aires, Hammurabi. 2007.

POSADA MAYA, RICARDO, y HERNÁNDEZ BELTRÁN, HAROLD M., *El sistema de individualización de la pena en el Derecho penal Colombiano*, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, Diké, 2001.

RESTREPO RODRÍGUEZ, DIANA, “Aproximación al concepto de bien jurídico en un ‘Derecho penal Colonizado’: el caso colombiano”, en: *Nuevo Foro Penal*, 3º época, Vol. 6, (julio-diciembre de 2010) N° 75, Medellín, Universidad Eafit, 2011, pp. 132-192.

REYES ECHANDIA, ALFONSO, *Obras completas. Volumen III*. Bogotá, Temis, 1998.

ROXIN, CLAUS, *Política criminal y sistema del derecho penal*, 2. Ed, Hammurabi, Argentina, trad. Francisco Muñoz Conde, 2002.

_____, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I. Fundamentos. La estructura del delito [trad. de la 2ª edición en alemán por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal], Madrid, Civitas, 1997.

SALAZAR MARÍN, MARIO *Teoría del delito, con fundamento en la escuela dialéctica del derecho penal*, Bogotá, Ibáñez, 2007.

SALINERO ALONSO, CARMEN, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del código penal*, Granada, Editorial Comares, 2000.

SANDOVAL HUERTAS EMIRO. *La pena privativa de la libertad en Colombia y en Alemania Federal*, Bogotá, Temis, 1988.

SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, GALLEGO GARCÍA, GLORIA MARÍA, “Las circunstancias agravantes del homicidio imprudente en el Código penal Colombiano”, en: *Nuevo Foro Penal*, Medellín, Universidad de Antioquia, Nro. 61, Agosto de 1999 .

_____, Garantismo y Derecho Penal en Colombia, en: *Garantismo y Derecho penal*, Bogotá, Temis, 2006.

TERRADILLOS BASOCO, JUAN M. *La culpabilidad*, México, Indepac Editorial, 2002.

TOCORA, LUIS FERNANDO, *Derecho Penal Especial. Delitos contra la vida y la integridad personal, el patrimonio económico la libertad y el pudor sexual*, Bogotá, 4 Ed. Ediciones Librería del profesional, 1996.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho penal parte general*, Bogotá, COMLIBROS, 2009.

WELZEL, HANS, *Derecho penal Alemán*, Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 4 edición castellana, 1993.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, “Política y dogmática jurídico penal”. en: *El estado actual de las ciencias penales, homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia*, Bogotá, Ibáñez, 2009.