

COMUNICABILIDAD DE CIRCUNSTANCIAS

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO**

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

RENÉ MOLINA CARDENÁS

**PROFESOR
ALFONDO CADAVID QUINTERO**

FEBRERO DE 2019

INTRODUCCIÓN

Las ideas que se presentaran a continuación, están basadas en los desarrollos legales y doctrinales debatidos por autores, especialmente españoles, alrededor de la explicación dogmática de las circunstancias de agravación y atenuación punitiva, específicamente en el punto de su comunicabilidad. De modo que se busca brindar una interpretación de la comunicabilidad de circunstancias, regulada en la legislación Colombiana en el artículo 62 del C.P. a partir de aquellos desarrollos.¹ La utilidad se justifica en tanto el contenido y redacción del texto legal genera, aún para el lector medianamente calificado, algunos interrogantes, cuya solución será definitiva para la aplicación punitiva en el asunto concreto a resolver.

La comunicabilidad de circunstancias es una regla desarrollada en el artículo 62 del C.P. Colombiano de la siguiente manera:

“Las circunstancias agravantes o atenuantes de carácter personal que concurren en el autor de la conducta no se comunican a los partícipes, y sólo serán tenidas en cuenta para agravar o atenuar la responsabilidad de aquellos que las hayan conocido.

Las circunstancias agravantes o atenuantes de índole material que concurren en el autor, se comunicarán a los partícipes que las hubiesen conocido en el momento de la planeación o ejecución de la conducta punible.”

Varios interrogantes deben dilucidarse para una adecuada comprensión de la comunicabilidad de circunstancias.

¹El desarrollo jurisprudencial en el país del artículo 62 es escaso. Consultada la relatoría de la Sala Penal de la CSJ solo se dio cuenta de una sentencia sobre esa disposición. CSJ Penal. e 44197, 24 de feb. 2016 M.P. Barceló Camacho. Esa misma dependencia relacionó otra acerca de la comunicabilidad de circunstancias, pero referida al artículo 25 del C.P. anterior (1980). CSJ Penal e 15915, 13 de mar. 2003 M.P. Pérez Pinzón.

Uno primero, que por aparentemente obvio no deja de ser útil y necesario, es definir qué se debe entender por *circunstancia*, según su naturaleza y a efectos de su comunicabilidad.

No es posible avanzar en una adecuada comprensión de las circunstancias modificativas de la punibilidad, sin establecer cuál es su relación con las categorías dogmáticas del delito.

Dado que la clasificación entre circunstancias, agravantes o atenuantes, no genera mayores dificultades para el propósito de este escrito, se abordará la clasificación entre circunstancias personales y materiales. Así se debe establecer qué se entiende por circunstancia *personal*. La precisión resulta relevante dado que este criterio permite establecer en qué eventos una determinada circunstancia, por tener tal carácter, no permite su comunicabilidad a los partícipes y en consecuencia la variación de la pena.

Luego, respecto al inciso segundo, se determinarán los criterios para definir *el carácter material* de una circunstancia, con el propósito de conocer las razones que permiten la comunicación de autor a partícipe. En esta vía se determinará qué se entiende por *conocimiento* para efectos de la comunicabilidad de las circunstancias.

También se indagará por el ámbito de aplicación del artículo 62 del C.P.. Es sabido que existen circunstancias genéricas, contempladas en la parte general de Código Penal y otras específicas, previstas en la parte especial de manera particular para determinados tipos penales, de forma que cabe el interrogante en torno a si la comunicabilidad aplica para unas y otras.

Finalmente, establecido qué es lo que se comunica, será obligatorio dilucidar de *quién a quién* se comunican las circunstancias y en especial qué justifica tal comunicación. Para el efecto se hará referencia a la

incidencia del principio de accesoriadad de la participación en el ámbito de la comunicabilidad de las circunstancias.

1. Circunstancia.

Es necesario determinar un concepto de *circunstancia* que no se limite a su acepción semántica por la obvia razón que el artículo 62 del C.P. requiere aclarar su significado dentro del sistema penal. Esta determinación tiene consecuencias referidas a la función de aminorar o incrementar la pena.

Por circunstancia, desde el punto de vista semántico, se designa toda suerte de accidentes, elementos ocasionales o accesorios que se agregan a un referente sustancial o principal.²

Ahora bien, en sentido jurídico -en el ámbito del derecho penal- el concepto de *circunstancia* hace relación a los elementos ocasionales comunes al delito, que tienen la función de variar la pena contemplada en la descripción penal básica buscando acercar la magnitud de la pena a las particularidades del caso.

Esta definición se acerca a otra que en términos negativos plantea la doctrina en Colombia que se ofrece así: debe entenderse por tal lo que rodea al tipo penal, lo accesorio a él, de tal manera que una cosa sería *la circunstancia* y otra *el elemento del tipo*, pues, en tanto que este configura la estructura misma del supuesto de hecho, aquella apenas juega un papel secundario en cuanto no está contenida en la descripción correspondiente³

²<http://dle.rae.es/?id=9Ka81Rt>

³ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Derecho Penal Parte General*. 4 edición. Pág. 938. En similar sentido: GÓMEZ LÓPEZ, JOSÉ ORLANDO. *Tratado de Derecho Penal- Parte General*. Pág. 1052: “Se denomina *circunstancias del delito* a ciertas características no esenciales del tipo y que por tanto no son parte de la estructura básica, y que, en consecuencia, pueden faltar o no, sin que por ello el delito se desnaturalice o se pierda la adecuación al tipo”

Ahora, se debe resaltar que existen circunstancias, dentro del Código Penal, que no responden a la definición por la que se opta para efectos del artículo 62, es decir, que constituyen circunstancias desde el punto de vista semántico, pero no en el sentido que acá se les otorga.⁴⁵

De forma que al plantear esta definición funcional no se deja de reconocer que en el propio contenido de los tipos penales base existe descripción de circunstancias, en sentido semántico, que particularizan las conductas y

⁴ Numeral 1 párrafos 3 y 4 ut supra.

⁵En GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUÍS *“Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal”*, se realiza una completa relación de ocasiones en que la ley penal acude a circunstancias en sentido diverso al de las modificativas de la punibilidad, que se puede resumir así: No son circunstancias los elementos constitutivos o esenciales del delito; no son circunstancias modificativas aquellas que provocan un cambio en el título del delito; no son circunstancias algunas posiciones subjetivas que son inherentes a las personas que comete el delito: habitualidad, reincidencia, peligrosidad, tendencia a delinquir; no son circunstancias modificativas ni las causas de justificación, ni las causas de inculpabilidad porque además de excluir la pena afectan a sus elementos esenciales; no son circunstancias modificativas las que excluyen la pena o la punibilidad porque estas últimas hacen desaparecer la sanción y no suelen guardar relación con el delito; no constituye una circunstancia la tentativa a pesar que suponga una pena menor- la tentativa se refiere al delito consumado y exige que contenga, al menos hipotéticamente todos los elementos constitutivos de la figura legal- la tentativa y la frustración atenúan la pena pero no son circunstancias, son formas imperfectas de ejecución del delito; No es circunstancia el concurso de delitos, ya sea real o material, ni el delito continuado ni la coparticipación criminal; tampoco la preterintencionalidad, ni la reincidencia; la autoría y la participación en la que se analizan la intervención de varias personas en la realización del delito, eventualmente- complicidad- disminuyen la pena pero determinada en función de su colaboración en la realización del hecho delictivo o en su posterior auxilio a los que lo ejecutan, pero estas razones no se hallan en una menor necesidad de pena sino en atención a su limitada e inferior participación en la comisión del hecho; No constituye circunstancias modificativas el concurso de delitos: a pesar de que el concurso está adscrito a la teoría de la pena, son fenómenos completamente distintos- el concurso tiene como presupuestos de su valoración jurídica la pluralidad de delitos, referencia objetiva, singular o plural, unidad del sujeto a que se refieren y unidad de enjuiciamiento- no se trata de elementos accidentales del delito. El autor también considera que no son circunstancias en este sentido las específicas del delito previstas en la parte especial, a pesar de que como se verá su diferenciación es en realidad un poco más difusa.

hacen parte de su contenido principal. Tampoco se entenderá como circunstancia la cualificación del sujeto activo en los delitos especiales.

Igualmente se excluyen de este concepto de *circunstancia* otras eventualidades relativas a la particularización de la pena que lo son en sentido semántico tales como las causales excluyentes de la responsabilidad penal del artículo 32 del C.P. o los excesos contenidos en los numerales 10 y 11, excepto cuando estos atenúan la pena.

En abstracto, la diferenciación propuesta, entre circunstancias modificativas y las que no tienen tal carácter no ofrecería mayores dificultades. No obstante, la configuración legislativa de algunos delitos hace que se presenten dificultades para establecer líneas conceptuales entre delito base y circunstancias o elementos accidentales que lo particularizan.

Un ejemplo sirve para ilustrar tal aspecto: El delito de feminicidio⁶. Una interpretación razonable podría plantear que en el delito de homicidio, matar a otro es el elemento esencial. Así que la muerte de una mujer por razón de su género no sería más que una *circunstancia*, esto es, un elemento no esencial en la definición de la conducta que consiste en privar de la vida a otro ser humano.

Según este ejemplo, que se repite en varios otros tipos penales⁷, aquello que determina la naturaleza circunstancial de una conducta no es su carácter accidental, sino que, además, resulta definitiva la ubicación y definición como tal por parte del legislador.

No obstante, que el legislador otorgue el carácter de esencial a un aspecto cuya naturaleza es discutible, implica que el intérprete tendrá que

⁶Ley 1761 de 2015 artículo 104 A del C.P. Incluso la ley 1257 adicionó el numeral 11 como circunstancia específica del homicidio la agravante por cometer homicidio contra una mujer por el hecho de ser mujer.

⁷ Homicidio por piedad artículo 106 del C.P.; Secuestro extorsivo artículo 169 del C.P.; Abuso de Confianza calificado artículo 250 del C.P., entre otros.

solucionar al momento de establecer la responsabilidad concreta, si todos los que intervienen- autores o partícipes- deben responder por la pena incrementada que supone la incorporación de la circunstancia en la descripción del núcleo del delito. En cualquier caso, la solución no puede exceder la limitación que impone el *principio de culpabilidad*.⁸⁹

El carácter genérico o específico de las circunstancias también está muy determinado por la decisión legislativa. Desde la perspectiva sistemática su diferenciación parece muy clara: unas, las específicas, aparecen en la parte especial del Código penal junto a los tipos penales e inciden directamente en los extremos punitivos mínimos y máximos del delito en abstracto; otras, las genéricas corresponden a la parte general y allí cumplen la función de determinar en cuál de los cuartos de punibilidad se ha de ubicar el Juzgador en el proceso de individualización de la pena en atención a su presencia o ausencia¹⁰. Luego, ya establecido el cuarto de movilidad punitiva, reaparecen las circunstancias genéricas, pero en esta ocasión como uno de los criterios que puede atender el Juez¹¹, de acuerdo con la naturaleza de las circunstancias, si decide apartarse del límite mínimo de aquel cuarto previamente determinado.

Sin embargo, con otro ejemplo veremos que aquella diferenciación no aclara situaciones fácilmente verificables: actuar en coparticipación es una

⁸MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal. Parte General*. 10 edición. Págs. 134,135 “En este sentido, bajo la expresión *principio de culpabilidad* pueden incluirse diferentes límites al *ius puniendi*, que tienen de común exigir, como presupuesto de la pena, que pueda *culpase* a quien sufra el hecho que la motiva. Para ello es preciso, en primer lugar, que no se haga responsable por delitos ajenos: principio de personalidad de las penas (...) Mas no basta requerir que el hecho sea materialmente causado por el sujeto para que pueda hacerse responsable de él; es preciso además de el hecho haya sido querido (doloso) o se haya debido a imprudencia: principio de dolo o culpa.”

⁹ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal Parte General* Tomo I. Pág. 46 “Si la pena presupone culpabilidad, sólo se podrá hablar de culpabilidad si antes del hecho el autor sabía, o al menos hubiera tenido la oportunidad de averiguar, que su conducta estaba prohibida; pero ello presupone a su vez que la punibilidad estuviera determinada antes del hecho.”

¹⁰Artículos 54 y 58 del C.P. Colombiano.

¹¹Inciso 3 artículo 61 C.P. Colombiano.

circunstancia de agravación, genérica según la previsión del artículo 58 del C.P., pero así mismo la concurrencia de personas para la comisión del delito es una circunstancia específica de agravación en el delito de Hurto.

El asunto tiene trascendencia para la comunicabilidad de circunstancias, en tanto que la participación de varias personas en el delito de Hurto¹² se aplicaría para todos quienes concurren, más allá de su conocimiento, según es de aceptación en la doctrina española-como se verá más adelante¹³;- en cambio, esta misma circunstancia, que en su contenido sustancial no difiere de la concurrencia de personas en otro tipo de delitos, solo será considerada como genérica de agravación¹⁴ para los partícipes si se cumplen los requisitos del inciso segundo del artículo 62 del C.P.

Con los ejemplos -delito feminicidio y hurto en concurrencia de personas- se pretende ilustrar cómo la acepción de *circunstancia* y su ubicación dentro del sistema de regulación penal, afecta directamente sus consecuencias penales y plantea interrogantes, que se desarrollarán a continuación, relacionados con la fundamentación dogmática de las circunstancias, la ruptura del título de imputación, la accesoriedad de la participación y, en definitiva, con su comunicabilidad.

¹²Art .241 numeral 10 C.P. "(...) o por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto."

¹³ Infra numeral 5.

¹⁴Art.58 numeral 10 C.P. "Obrar en coparticipación criminal". No sobra aclarar que en ningún caso podrá concurrir esta agravante con la específica del artículo 241 numeral 10. El propio 58 establece: "Son circunstancias de mayor punibilidad, **siempre que no hayan sido previstas de otra manera:**"

2. Fundamentación dogmática de las circunstancias modificativas de la punibilidad.

Se discute en la doctrina, dada la naturaleza no principal respecto de las conductas que modifican, si las *circunstancias* encuentran su fundamento en los elementos del delito- injusto y culpabilidad- o simplemente constituyen elementos aislados de dichas categorías que encontrarían su soporte punitivo en razones de política criminal, que surgen para cubrir eventualidades particulares que requieren una especial respuesta penal, sin relación clara con aquellas.

Se denominará incluyente a la tendencia explicativa que afirma la relación de las circunstancias modificativas con los elementos de delito, y excluyente las que la niegan.

2.1. Tendencia excluyente

González Cussac¹⁵ hace un recuento de las principales razones de la tendencia doctrinal excluyente¹⁶¹⁷, para negar la relación:

- La mayoría de circunstancias modificativas no tienen que ver con las categorías centrales del delito, en tanto responden a razones político criminales, esto es, a una mayor o menor necesidad de tutela y en consecuencia a una mayor o menor necesidad de pena.¹⁸

¹⁵ Ídem.

¹⁶ Ibidem págs. 126 y 127 el autor refiere a Roxín, Mezger y Hassemer en Alemania.

¹⁷ Ibidem págs. 140 a 143. En España el autor refiere a Cobo del Rosal, Vives Antón, Berenguer, Quintano Ripolles.

¹⁸ Ibidem. Pág. 94

- Si las circunstancias son elementos accidentales no pueden afectar el núcleo del delito, es decir al tipo de injusto, pues si en ellas se materializa la lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente protegido, dejarán de ser accesorias al delito y pasaran a convertirse en elementos esenciales del delito.¹⁹
- Si las circunstancias modificativas no son necesarias para la existencia del delito, son accidentales y ajenas a operar ningún cambio sobre los elementos esenciales del delito, parece contradictorio llevarlas hasta el injusto y la culpabilidad para allí afirmar que su fundamentación se halla en la modificación de estos.²⁰
- Las circunstancias modificativas están más relacionadas con la determinación de la pena en función de consideraciones preventivas y de política criminal, a pesar de tener alguna relación con la culpabilidad.
- La tendencia excluyente parte de una concepción objetiva de la antijuridicidad que presupone que en esta solo es relevante el desvalor de resultado. Implica, esta visión del injusto, minimizar la trascendencia del desvalor de acción en la comprensión del delito; señala que si la función del derecho penal se centra en la protección de bienes, solo podrán considerarse injustas aquellas conductas que efectivamente lesionan o ponen en peligro los bienes penalmente tutelados. En esta perspectiva, si las circunstancias constituyen aspectos accidentales, no varían de forma alguna el mayor o menor contenido del injusto, en otras palabras, las circunstancias no supondrían un *plus* o un *minus* de antijuridicidad.²¹

¹⁹ Ibidem. Pág. 145

²⁰ Ibidem. Pág. 146

²¹ Ibidem. Pág. 146

- La desvaloración del juicio de antijuridicidad debe vincular únicamente un juicio jurídico. Por el contrario, las circunstancias modificativas por su misma significación y sentido, conllevan importantes connotaciones moralizantes. De forma que vincular las circunstancias con la antijuridicidad implica refundir esas connotaciones en un juicio cuya desvaloración debe ser exclusivamente jurídica.²²
- Considera el autor que el intento de explicar las circunstancias con base al mayor o menor reproche culpabilístico supone abrir la puerta a una corriente moralizante en el juicio de culpabilidad, en tanto que con ellas se pretende justificar agravantes como la premeditación, alevosía, ensañamiento, nocturnidad, actuar en lugar despoblado o en bandas o cuadrillas, todas basadas en mayores facilidades comisivas, en las superiores probabilidades de alcanzar la impunidad, en la disminución de la capacidad defensiva de la víctima o en la superior alarma social causada, de forma que se castigaría el *delito bien hecho*.²³ Con el término *delito bien hecho*, el autor quiere significar que se agrava el delito por razón de las circunstancias propias para la comisión normal del delito, dado que sería connatural a la comisión del delito el aprovechamiento normal de las circunstancias propicias para su comisión. Precisa que el *delito bien hecho* coincide con el *delito normal*, puesto que se estaría obligando al delincuente a que deje de aprovechar las *condiciones normales* para su comisión. Así, la inclusión de la culpabilidad como explicación de las circunstancias modificativas no sería coherente con una

²² Ibidem. Pág. 147

²³ Ibidem. Pág. 148

concepción de ese elemento como reproche personal al autor por la realización del injusto típico.²⁴

- La fundamentación de las circunstancias incide en la mayor o menor gravedad del hecho, pero desde la necesidad de tutela. La gravedad del delito se determina de conformidad con tres criterios: el contenido del injusto, reproche culpabilístico y la necesidad de tutela. Los dos primeros determinan el marco legal abstracto. Luego dentro de una pena ya proporcionada, a efectos de determinar el marco concreto operan las circunstancias modificativas que atienden la mayor o menor necesidad de tutela y por consiguiente a la mayor o menor necesidad de pena que corresponda al sujeto por el hecho realizado.²⁵
- A su vez, la necesidad de tutela responde a necesidades de política criminal que intentan lograr una correcta y más adecuada individualización del castigo. De esta forma las agravantes se fundan en criterios como la mayor facilidad para cometer el delito, la superior posibilidad de lograr mayor impunidad, la mayor indefensión del bien jurídico y el incremento de la alarma social.²⁶

²⁴ Ibidem. Pág. 148

²⁵ Ibidem. Pág. 149

²⁶ Ibidem. Pág. 150

2.2. Tendencia incluyente.

Ahora, de la mano de Miguel Ángel Boldova Pasamar²⁷ se expondrán las razones de la que hemos denominado la tendencia incluyente, por las que resulta más adecuado afirmar la relación entre elementos del delito y circunstancias modificativas de la punibilidad:

- Si se acepta que las circunstancias responden al principio de culpabilidad y a este se vinculan los criterios de imputación jurídico penal en su conjunto, ellas también responden a la cuestión de los presupuestos y el grado en que una persona puede ser responsabilizada por un suceso jurídico penalmente relevante. De forma que, de cara a los elementos de la teoría del delito, las circunstancias principalmente cumplen la función de graduar la medida de lo injusto y de la culpabilidad.
- Las circunstancias influyen en la caracterización de delito, aunque por su propia naturaleza accidental no puedan constituirlo, ni excluirlo, sino únicamente modificarlo: un delito con circunstancias y el mismo delito sin circunstancias, no son (dos) delitos distintos, pero sí es un delito diferentemente caracterizado. Las agravantes que elevan el injusto penal inciden no solo en la gravedad del injusto, sino también en la medida de su relevancia penal.²⁸

²⁷BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ANGEL. *La comunicabilidad de circunstancias y la participación delictiva*. 1 edición Página 39. Ubica en esta tendencia a Antón Oneca, Puig Peña, Rodríguez Devesa, Luzón Domingo, Córdoba Roda; Bustos Ramírez, Alonso Álamo.

²⁸MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal. Parte General*. págs. 648 a 663

- La comprensión de las circunstancias desde la teoría de la pena olvida que el efecto penológico de ellas no es otro que el de establecer la mayor o menor gravedad del delito de forma que no pueden desligarse de su presupuesto, esto es, las circunstancias son del delito, de forma que no se pueden concebir sino determinadas por él y de contera de sus elementos, a saber, el injusto y la culpabilidad.
- El autor plantea que las circunstancias vienen favorecidas por una concepción más garantista y doctrinariamente más profunda respecto del injusto y la culpabilidad. Las circunstancias cumplen la función de concreción del delito y, en consecuencia, de lo injusto y de la culpabilidad del hecho jurídicamente relevante, ya que aquéllas se corresponden con la naturaleza graduable y los contenidos valorativos de estas categorías que permiten afirmar el delito: puede ser mayor o menor el contenido del desvalor de acción y del desvalor de resultado, del mismo modo que susceptibles de graduarse los elementos que componen la medida de culpabilidad. Mientras la delimitación y los contornos de lo punible vienen dados por los elementos permanentes de la estructura del delito, las circunstancias favorecen únicamente el juicio de caracterización singular o particular de cada aspecto esencial de lo punible. A través de las circunstancias se permite al Juez definir con mayor detalle el hecho delictivo, aportando con su presencia un determinado sentido de positividad o de negatividad que se integra, en el juicio negativo general que sigue a la presencia consecutiva de los elementos permanentes de la estructura del delito.²⁹³⁰

²⁹ *ibidem* página 43

³⁰En el mismo sentido: ALONSO ÁLAMO, MERCEDES. *El sistema de las circunstancias del delito*. Págs. 358-369

2.3 Toma de postura

La afirmación de que las circunstancias responden a criterios de política criminal, utilizada para apartarlas de su fundamentación en los elementos de delito no parece muy convincente, puesto que las mismas categorías dogmáticas responden a criterios dicha naturaleza. En otras palabras, es una decisión de política criminal aceptar que las categorías dogmáticas sirvan como un control al poder punitivo del Estado, de forma que dicha afirmación no contiene sino una especie de obviedad, que no sirve de respuesta a la pregunta sobre la fundamentación de las circunstancias modificativas de la punibilidad.

Este escrito se inscribirá en la tendencia incluyente acerca de la fundamentación de las circunstancias. Se entenderá que si alguna utilidad tiene los elementos que integran la estructura del delito es fundamentar la pena por medio de esos criterios y a la luz de principios tales como el respeto a la dignidad humana, la intervención mínima, el principio de culpabilidad, la protección de bienes jurídicos esenciales, y la proporcionalidad de la pena, entre otros.

De forma que incluir la fundamentación en los elementos de injusto y la culpabilidad permite aportar criterios racionales a las circunstancias modificativas que inciden directamente en la magnitud de la pena y concretamente con el lapso mayor o menor que puede pasar una persona en prisión como consecuencia de una conducta penalmente prohibida.

La preferencia por la explicación incluyente de las circunstancias, no impide reconocer que se encuentran en la legislación penal algunas que no responden a las categorías del delito. El pago de perjuicios, el reintegro de lo apropiado, la reparación del daño, presentarse voluntariamente a las

autoridades después de haber cometido la conducta punible o evitar la injusta sindicación de terceros, entre otras, son circunstancias modificativas de la punibilidad que obedecen a criterios basados en fenómenos postdelictuales que tienen fundamentaciones que atienden a criterios eminentemente punitivos.

A continuación, se abordará la clasificación legal entre circunstancias personales y materiales. Su comprensión es relevante en tanto el artículo 62 del C.P. la utiliza como criterio para definir su comunicabilidad.

3. Circunstancias personales.

Aceptado mayoritariamente que las circunstancias modificativas de la punibilidad se fundamentan en los elementos de delito, se dirá que las circunstancias personales son aquellas que basan su incidencia punitiva en razones que atañen en la culpabilidad de quien concurre al delito.

Lo anterior obliga a afirmar que este tipo de circunstancias tiene relación directa con el juicio de reproche que se le formula a quien ha incurrido en un injusto. Este juicio de reproche puede ser, en punto de proporción de la pena, mayor o menor en atención a especiales circunstancias que hubieren asistido o apremiado a quien actúa ilícitamente.

Dado que se trata de un juicio individual por su concreto actuar, las razones previamente determinadas por el legislador para graduar la pena no podrán ser otras que las que le asisten de manera particular a quien concurre en la acción injusta y que por ese carácter particular no pueden ser comunicables a otros partícipes. Más adelante se verá que la clasificación debe ser matizada puesto que el injusto penal tiene elementos personales.

Para decirlo de manera más sencilla: si se trata de circunstancias personales, no podrán afectar o beneficiar sino a quien se ha visto determinado por ellas.

Esta es la interpretación que se ofrece del contenido del inciso primero del artículo 62 del C.P. que en su texto explicita: "**Las circunstancias agravantes o atenuantes de carácter personal que concurren en el autor de la conducta no se comunican a los partícipes**". Más adelante se abordará el problema que surge de la segunda parte de este inciso.

Por lo pronto se entenderá que si el legislador quiso que las circunstancias de este tipo no se comuniquen, esto es, que no afecten o beneficien a cómplices y determinadores, es porque en principio acepta que el juicio de reproche tiene carácter particular y las razones que le llevaron al autor a separarse de una actuación conforme al derecho, no pueden hacer parte de un juicio general e indiscriminado, que no tenga en cuenta las especiales, personales y concretas circunstancias que determinaron el injusto, de forma que no son extensibles a quienes no actuaron bajo las mismas condiciones personales.

Ahora bien, ¿cuáles circunstancias de agravación y atenuación tienen este carácter personal?

Se puede comenzar afirmando que las circunstancias personales son aquellas referidas a la disposición moral del delincuente³¹, sus relaciones particulares con el ofendido u otra causa personal.

Entre ellas los autores reseñados³² han incluido las atenuantes de ira e intenso dolor, la marginalidad y la pobreza extrema, el actuar por precio, promesa o recompensa, abuso de condiciones de superioridad, las relacionadas con el parentesco, el carácter público o de especial posición o cargo, la alevosía, el arrebató o la obcecación, obrar por motivos innobles o fútiles y especial premeditación.

De nuevo, una clasificación tal aparece elemental como enumeración, pero resulta un poco menos al auscultar su carácter en un ejercicio más concreto, es decir, no es claro que el carácter personal de una circunstancia se pueda afirmar a partir de su mera enunciación como tal.

³¹En los términos de la legislación Española. Moralidad social entendida como respeto por las normas jurídicas. Este término no hace relación a alguna connotación moralista o religiosa.

³²GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUÍS. *Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ANGEL. *La comunicabilidad de circunstancias y la participación delictiva*.

Al estudiar de forma un poco más detenida su estructura se pueden encontrar elementos que parecen no responder a un carácter meramente personal.

Más allá de la controversia acerca del fundamento de las circunstancias modificativas de la pena, se acepta desde ambas perspectivas – teoría del delito o teoría de la pena- que la delimitación entre circunstancias personales y aquellas denominadas materiales no se puede determinar *a priori*.³³

González Cussac explica que no es posible una equiparación entre elementos objetivos-injusto- y subjetivos-culpabilidad, en tanto hay elementos subjetivos en el tipo de injusto y existen datos objetivables en el juicio de culpabilidad. Recalca que desde la óptica del sujeto cognoscente todas las circunstancias son subjetivas y desde el punto de vista de la sociedad cualquier estado psíquico del individuo, constituye una entidad objetiva en cuanto necesita ser captada por la conciencia social. En este sentido, explica que circunstancias que en abstracto son consideradas de carácter no personal (material) – referidas al injusto como la nocturnidad o el lugar despoblado- exigen un elemento subjetivo de aprovechamiento o que sean buscadas a propósito. Pues junto a su comprobación, será necesaria la constatación de una referencia objetiva, de determinados

³³ En este sentido en SALINERO ALONSO, CARMEN *Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y el artículo 66 del Código Penal*, se plantea: La naturaleza jurídica de las circunstancias no es una cuestión que pueda resolverse de modo unitario y unívoco, y mucho menos acudiendo a generalizaciones y abstracciones que no aportan sino confusión y oscuridad al tema. Este es el caso del binomio objetivo/subjetivo (...) Ni es cierto que se pueda caracterizar a una circunstancia como puramente objetiva o subjetiva, ni menos aún que de ello puedan extraerse consecuencias de cara a su fundamentación dogmática o su comunicabilidad o incommunicabilidad a los partícipes en el hecho delictivo. No cabe hablar, por tanto, de la naturaleza jurídica de las circunstancias como si se tratara de algo único para todas las agravantes y las atenuantes. Tales determinaciones han de pasar necesariamente por un análisis individual de cada una de ellas, de su ratio y valoración legislativa y todo ello en el contexto del caso concreto de que se trate.

modos, medios o formas, como que sea de noche o que exista una absoluta inexistencia de personas.

Por su parte, Boldova Pasamar también explica las dificultades que implica la clasificación de las circunstancias para la identificación como personales.

Así resalta que la clasificación entre circunstancias personales y no personales no es automática, y por el contrario, es preciso interpretar y valorar cada circunstancia dado que hay algunas que no se agotan en el momento personal, sino que reclaman una especial modalidad de acción.

Explica que algunas circunstancias se fundamentan en la existencia de una determinada causa personal, que, a su vez, sirve de base o se complementa con un especial momento de ejecución del hecho- relativo a la acción o al resultado- que también es *ratio essendi* de la circunstancia, por ejemplo : ejecutar el hecho con alevosía; aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución; abusar de superioridad; obrar con abuso de confianza; prevalerse del carácter público.³⁴

No obstante, el autor reconoce- como se verifica en la legislación colombiana- que la regla que determina la comunicabilidad de circunstancias no acepta de manera explícita el carácter mixto de algunas circunstancias. Se predicen como mixtas aquellas que, como se vio en el párrafo anterior, contiene elementos que no se pueden calificar como personales sin reconocer que revelan un momento de ejecución del hecho.

³⁴En el mismo sentido en la Doctrina Colombiana FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN. *Derecho Penal. Parte General Teoría del delito y de la pena*. Vol. II Pág. 909: Los accidentes típicos de la acción, referentes al lugar, tiempo o modo de su realización, son en general circunstancias materiales en el sentido que exige la norma sobre comunicabilidad contenida en el artículo 62 del C.P., en tanto que las calidades del autor o exigencias anímicas especiales son circunstancias personales. Unas y otras pueden tener efectos agravantes o atenuantes del injusto o de la responsabilidad (por lo común incidirán en ambos, pero se clasifican en atención a su componente principal)

Ante esta realidad legal, propone Boldova que para definir su carácter en clave de comunicabilidad se determine si la circunstancia en discusión tiene uno u otro sentido, a partir del predominio o prevalencia de uno de ellos, esto es, la *preponderancia cualitativa*, en principio abstractamente considerada, de unos aspectos sobre los otros, según la *ratio* unitariamente considerada que inspira la configuración de la circunstancia.

Indica que un criterio útil para solucionar los eventos en que las circunstancias poseen elementos mixtos debe ser el *predominio o intensidad* de los elementos personales o materiales que evidencia la circunstancia, esto es, que una de estas características pueda verificarse de forma más intensa en el caso en concreto.³⁵

La situación descrita y explicada por los autores representa un reto interpretativo para el Juez, quien, ante la inexistencia de clasificaciones legales sobre la naturaleza jurídica de las circunstancias, habrá de determinar de manera explícita y razonada por qué en el caso en concreto se asigna la naturaleza personal para excluir de su comunicabilidad a los partícipes o afirmar su carácter material, tal motivación garantiza no solo la dilucidación judicial de estos aspectos sino que permite la controversia a la partes.

³⁵BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ANGEL. *La comunicabilidad de circunstancias y la participación delictiva*. "Para tratar de establecer la mayor intensidad de una vinculación sobre la otra en **las circunstancias que a tales efectos hemos llamado mixtas**, hay que resaltar que no puede hacerse depender la comunicabilidad de una circunstancia del solo dato de que contenga un elemento subjetivo específico. **Cuando se trata de elementos subjetivos pertenecientes a la culpabilidad el efecto de intransmisibilidad está justificado en virtud tanto de la esencia individual del juicio de culpabilidad**, como del principio derivado de ello de que no se participa de la culpabilidad ajena, sino que únicamente se responde de la propia o, si se prefiere, del principio de accesoriadad limitada, **pero cuando los elementos subjetivos forman parte de lo injusto, la respuesta ya no es tan segura**. Sabemos que desde una concepción personal de lo injusto se admite sin dificultades la participación en lo injusto del autor, injusto que compromete no sólo la parte objetiva de un hecho, sino también el dolo y, en su caso, otros elementos subjetivos específicos, elementos que no pueden considerarse personales en el sentido de comunicables. Así las cosas, **la existencia en determinadas circunstancias mixtas de elementos subjetivos específicos no impone necesariamente su comunicabilidad**. Su presencia es un aspecto que tomar en consideración, pero no constituye la clave para resolver los problemas que puedan presentar estas circunstancias."

Ahora bien, ello no obsta para que en abstracto y con fines meramente indicativos, sujetos, claro está, a cualquiera de las particularidades ya destacadas, se enuncien circunstancias modificativas de la pena en la legislación penal Colombiana que *prima facie* presentan rasgos más cercanos al carácter personal y por tanto no comunicables a los partícipes en virtud de la regla del párrafo primero del artículo 62, esto es, que por su “*carácter personal que concurren en el autor de la conducta no se comunican a los partícipes*”.

Veamos:

- Circunstancias de menor punibilidad del artículo 55 del Código Penal:

Obrar por motivos nobles o altruistas, obrar en estado de emoción, pasión excusable, o de temor intenso, la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible, la indigencia o la falta de ilustración, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible, las condiciones de inferioridad psíquica determinadas por la edad o por circunstancias orgánicas, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible.

- La del artículo 56 del C.P.:

El que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad.

- La del artículo 57 del C.P.:

El que realice la conducta punible, en estado de ira o de intenso dolor causadas por comportamiento ajeno grave e injustificado.

- Circunstancias de mayor punibilidad artículo 58 del C.P.:

Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria, ejecutar la conducta punible con quebrantamiento de los deberes que las relaciones sociales o de parentesco impongan al sentenciado respecto de la víctima, la posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio.

4. Circunstancias materiales y conocimiento.

Las circunstancias materiales han sido explicadas como aquellas relacionadas con el modo de ejecución del delito, que inciden en el injusto, por representar un mayor desvalor de acción o incremento en el desvalor del resultado.

Explica Salinero Alonso³⁶, haciendo referencia al párrafo 2 del artículo 65 del C.P. Español que allí se acogen dos posibilidades distintas: las que consisten en la ejecución material del hecho y las que consisten en los medios empleados. Sin embargo, la autora generaliza como materiales todas aquellas circunstancias que agravan o atenúan la pena en consideración a la modalidad ejecutiva, es decir, a la forma de realización del correspondiente hecho típico, constitutivo de la acción principal en la que se participa.

En el artículo 62 del C.P. Colombiano no se explicita este fundamento. No obstante, nada impide que a partir de la mención de las *circunstancias materiales* se acoja esta definición en vía de una mejor comprensión del propósito y delimitación de los supuestos a los que va dirigida la disposición.

Ahondando en la distinción, Boldova explica que las circunstancias que consisten en la ejecución material del hecho que aumentan el desvalor de acción encuentran su fundamento en el facilitamiento de la ejecución del hecho que suministra la interposición de medios o el aprovechamiento de determinadas condiciones vistas desde la perspectiva *ex ante*.

Sobre las circunstancias que aumentan esencialmente el desvalor de resultado refiere que el fundamento de estas se basa, bien en la lesión de

³⁶SALINERO ALONSO, CARMEN *Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y el artículo 66 del Código Penal* págs. 104-105.

bienes jurídicos secundarios o unidos yuxtapuesta o accesoriamente al bien jurídico principal, o en la mayor intensidad del ataque a aquel.

Ahora, con la misma salvedad realizada al momento de enlistar las circunstancias personales, se hará referencia a aquellas que *prima facie* están más relacionadas con el modo de ejecución del delito y por tanto como circunstancias materiales:

Circunstancias de menor punibilidad del artículo 55 del Código Penal:

Procurar voluntariamente después de cometida la conducta, anular o disminuir sus consecuencias.

Circunstancias de mayor punibilidad artículo 58 del C.P.:

Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común; ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima aprovechando circunstancias de tiempo, modo y lugar que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe; hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible; aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito; cuando se produjere un daño grave o una irreversible modificación del equilibrio ecológico de los ecosistemas naturales; cuando para la realización de la conducta punible se hubieren utilizado explosivos, venenos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva; cuando para la realización de las conductas punibles se utilicen medios informáticos, electrónicos o telemáticos.

En punto de transmisibilidad de estas circunstancias materiales resulta relevante auscultar el significado del término *conocimiento* que se

constituye en el requisito previsto por el inciso 2 del artículo 62 para afectar la punibilidad de los allí relacionados.

*Las circunstancias agravantes o atenuantes de índole **material** que concurren en el autor, se comunicarán a los partícipes que las hubiesen **conocido** en el momento de la planeación o ejecución de la conducta punible.*

El conocimiento allí previsto, para hacerlo compatible con los elementos del delito, no puede ser comprendido de una forma genérica tal que bastara del simple enteramiento de su ocurrencia. La acepción del conocimiento debe estar ligada al conocimiento útil en vía de la concreción común del objeto delictual. El conocimiento debe colmarse para el cumplimiento del requisito subjetivo del tipo. En este punto existe consenso en la doctrina Española.

Salinero Alonso³⁷ expone que deben concurrir los elementos de conocimiento y voluntad que abarca el concepto de dolo, para que pueda aceptarse la eficacia de la comunicación de la circunstancia, tanto en cabeza del autor como en el partícipe.

De la misma manera Boldova³⁸ plantea que con la expresión los que *tuvieren conocimiento* se alude a los que no han realizado por propia mano las circunstancias de la ejecución, es decir, en este caso sí, a los partícipes de ellas. En palabras de González Cussac³⁹, de manera más detallada: siempre y en todo caso, dichas modalidades ejecutivas deberán estar captadas por la voluntad del sujeto, es decir, se requerirá que el sujeto tuviera conocimiento de las mismas, que no es otra cosa que el contenido del

³⁷SALINERO ALONSO, CARMEN *Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y el artículo 66 del Código Penal* Págs. 106-107

³⁸BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ANGEL. *La comunicabilidad de circunstancias y la participación delictiva*. pág. 122

³⁹GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUÍS. *“Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. pág. 217

elemento subjetivo. El conocimiento consiste siempre en un conocimiento actual, no potencial, de los presupuestos y contenidos de la circunstancia correspondiente y equivale a la conciencia o representación efectiva de la circunstancia en cuestión.

5. Ámbito de aplicación de la comunicabilidad de circunstancias a partir de su carácter genérico o específico.

En este apartado se indagará por el ámbito de aplicación del artículo 62 del C.P. dado que el legislador dispuso como circunstancias genéricas de agravación las contempladas en la parte general de Código Penal y por otra parte las específicas- previstas en la parte especial de manera particular para determinados tipos penales- se deberá establecer a cuáles de estos dos tipos de circunstancias se aplica la disposición de la comunicabilidad.

Como ya se anotó, las circunstancias específicas están básicamente relacionadas al mayor o menor grado de injusto por la forma de ejecución del delito o su modalidad particular o al grado de culpabilidad e inciden directamente en los extremos punitivos mínimos y máximos del delito en abstracto; por su parte las genéricas corresponden a la parte general y allí cumplen la función de determinar en cuál de los cuartos de punibilidad se ha de ubicar el Juzgador en el proceso de individualización de la pena en atención a su presencia o ausencia. Establecido el cuarto de movilidad punitiva, reaparecen las circunstancias genéricas, pero ya como uno de los criterios a los que puede acudir el Juez si decide apartarse del límite mínimo de aquel cuarto previamente determinado de acuerdo con la naturaleza de las circunstancias.

Como se verá, una primera respuesta doctrinal considera que el ámbito de aplicación de la comunicabilidad se limita a las circunstancias genéricas. Esta explicación resalta que si las circunstancias específicas determinan y caracterizan el delito e inciden en los límites punitivos no pueden ser consideradas accesorias o accidentales, de forma que tal naturaleza solo

la poseen en sentido estricto las circunstancias genéricas, para efectos de la comunicabilidad.

González Cussac estima que no son circunstancias modificativas las circunstancias propias que imponen la obligación de aplicar un aumento de pena establecida para el delito simple, explica que las circunstancias específicas fundamentan el efecto jurídico específico en cuestión, v.g. matar sería, en su comprensión, sustancialmente distinto de matar en estado de indefensión⁴⁰. En esta comprensión, el aumento de pena por razón de este tipo de circunstancias no se limita a condicionar, modificar o excluir la aplicación de la consecuencia jurídica y por tanto no cumplen con los presupuestos de aquellas circunstancias.

En Boldova Pasamar se encuentra una respuesta similar. Luego de explicitar las similitudes entre las circunstancias genéricas y específicas⁴¹ señala que un criterio unificador entre ellas no sería convincente, especialmente si a

⁴⁰ No obstante, el autor acepta al abordar el tema de la diferencia entre circunstancias generales y específicas que: “la diferencia fundamental con las circunstancias especiales radica en la distinta técnica legislativa empleada, por cuanto gozan del mismo concepto, naturaleza y fundamento; sin embargo, en determinados supuestos la ley les otorga una relevancia excepcional, posibilitando la aparición de delitos circunstanciados que sí son autónomos respecto del delito base”

⁴¹ “Que hay diferencias entre una circunstancia del catálogo general y una circunstancia específica a nadie se le oculta, y esto sucede si la específica es idéntica a la general, como si no lo es. Pero esas diferencias desde la perspectiva de nuestro derecho penal vigente no alteran la condición de circunstancias como elementos cuya naturaleza se corresponde con lo injusto o con la culpabilidad. Tales diferencias, primordialmente, son las siguientes: dos de índole dosimétrica (i) la primera de las cuales está basada en los criterios legales de valoración de las circunstancias, consistiendo el más destacable en que **las específicas producen, por lo común un efecto superior al de las generales en la graduación de lo injusto y de la culpabilidad, lo que viene revelado por el quantum de más o menos pena que la ley les confiere**; (ii) la segunda, según la cual el efecto de una **circunstancia específica siempre antecede al previsto para la general, determinando el marco penal en que estas juegan**. También existe una diferencia de orden cualitativo, a saber, que solo las circunstancias específicas que pertenecen a lo injusto pasan a formar parte del tipo delictivo en concreto. Del que dan medida de lo injusto específico, a diferencia, tanto de las generales que nunca forman parte de los tipos, y de las específicas que influyen en la medida de la culpabilidad, pues, no admitiendo un tipo de la culpabilidad, no pertenecen tampoco al tipo (de lo injusto). Fuera de esto, sin embargo, las circunstancias generales no varían de fundamento y naturaleza, en el sentido de su correspondencia a lo injusto o a la culpabilidad, ni de función de concreción valorativa de estas categorías, porque en alguna ocasión sean empleadas por el legislador para conformar distintas figuras delictivas. **En conclusión, si cuando son específicas influyen en la medida de lo injusto o de la culpabilidad, también sucederá lo mismo cuando se configuren como generales y viceversa.**”

través de él se prescinde de algunas diferencias existentes entre las circunstancias y los elementos constitutivos de los delitos en materias clave como el error, la participación y los grados de ejecución.

Igualmente expone que es opinión común en la doctrina que las circunstancias propias de la descripción típica no pueden ser comunicables porque constituyen el delito, pero al mismo tiempo reconoce que si se contempla la posibilidad de su aplicación es porque: *“o bien mantiene que dichos elementos siguen siendo en el fondo circunstancias, o bien niega que tales conformen un delito independiente”*.

Curiosamente González Cussac en este mismo punto señala que la doctrina mayoritaria extiende la eficacia de la aplicación de la comunicabilidad, también a las circunstancias especiales y a toda clase de características contenidas en la parte especial.

Entre los autores nacionales se encuentra que Velásquez⁴² sigue aquella corriente aduciendo que, si la norma penal la estructuran un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, no pueden entenderse como circunstancias los agregados de la figuras básicas o fundamentales que conforman los tipos modificados, atenuados o agravados. Incluso menciona que existen algunas disposiciones de la parte general del Código Penal que, pese a llamarse circunstancias, son en realidad verdaderos elementos típicos.

A pesar de las respuestas negativas al interrogante sobre la aplicación de la comunicabilidad a las circunstancias específicas de la parte especial, como se ha visto, se debe reconocer que el tema no está concluido.

Así lo plantean Muñoz Conde y García Arán al reseñar que en relación con las circunstancias de agravación específicas previstas en algunos tipos

⁴²VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Derecho Penal Parte General*. 4 edición. Páginas 937 a 944.

penales-como las del hurto- debe aclararse si su previsión determina la constitución de un marco penal autónomo respecto del delito sin circunstancias, en caso afirmativo, tales circunstancias quedan sustraídas al régimen de comunicabilidad⁴³. De esta afirmación se puede extraer *contrario sensu* que, si la circunstancia no constituye tal autonomía, sí serán susceptibles de aplicarse las reglas de comunicabilidad.

Boldova no cierra esta posibilidad de interpretación, pero a la vez propone una restricción: Si se extienden las reglas de comunicabilidad a las circunstancias específicas se aplica por analogía sólo cuando favorezca dado que no procedería de forma distinta que la de analogía *in bonam partem*.

Así las cosas, y dado que no existe una restricción legal, ni una regla de adscripción que defina si la comunicabilidad de circunstancias tiene como ámbito de aplicación las circunstancias específicas que aumentan los límites máximos y mínimos, el asunto está abierto a la interpretación del Juez.

No parece irrazonable plantear que, en un evento determinado, algunos partícipes que concurran a la comisión de algún tipo penal, actúen determinados o favorecidos por circunstancias específicas. Además, nada obsta para que no las conozcan o su acción no esté determinada en forma alguna por ellas.

Volviendo al ejemplo del homicidio en estado de indefensión: ¿debería responder con la agravante aquel partícipe que colabora desconociendo que el autor actúa en la ejecución de la muerte aprovechando tal condición de la víctima?

⁴³MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. GARCÍA ARÁN. MERCEDES. *Derecho Penal Parte General*. 8ª Edición. Págs. 481 y 482

Una respuesta afirmativa obviaría el principio de culpabilidad y naturalmente afectaría la configuración típica subjetiva en el conocimiento y voluntad de la realización de una determinada conducta.

Si las circunstancias modificativas de la punibilidad buscan especificar el hecho, adecuar la pena al delito realizado, buscando una más clara proporcionalidad entre el delito y la pena, no parece coherente limitar ese fin de razonabilidad, y particularización punitiva, a que la ubicación de las circunstancias se ofrezca por el legislador en la parte especial o en la general, si es posible asignar una interpretación de las circunstancias específicas que respete esa comprensión.

Resulta ilustrativo reseñar que en repetidas ocasiones la ley establece como genéricas algunas circunstancias que cumplen la función de las especiales a pesar de tratarse de idénticos o muy similares supuestos fácticos⁴⁴. Como lo reconoce la doctrina⁴⁵ *"si cuando son específicas influyen en la medida de lo injusto o de la culpabilidad, también sucederá lo mismo cuando se configuren como generales y viceversa"*.

⁴⁴En el mismo sentido TAMAYO PATIÑO, FRANCISCO JAVIER. *Las circunstancias de agravación punitiva en el derecho penal colombiano. Aproximaciones a una fundamentación.* <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1908/1918>. "No deja de asombrar que la mayoría de autores que ha estudiado monográficamente la teoría general de las circunstancias coincidan en este punto. Otros, por el contrario, desde una perspectiva de unificación, 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 algunas circunstancias específicas son en ocasiones idénticas a las genéricas.** 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.**" Negrilla no original.

⁴⁵BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ANGEL *La comunicabilidad de circunstancias y la participación delictiva.* Pág.46

Veamos:

- El artículo 58 numeral 2, circunstancia genérica. *Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria*, contiene idéntico presupuesto de la circunstancia prevista como específica del delito de homicidio en el artículo 104 numeral 4. *Por precio, promesa remuneratoria, ánimo de lucro o por otro motivo abyecto o fútil.*
- Artículo 58 numeral 12 *Cuando la conducta punible fuere cometida contra servidor público por razón del ejercicio de sus funciones o de su cargo, salvo que tal calidad haya sido prevista como elemento o circunstancia del tipo penal.* Prevista como específica en el artículo 104 numeral 10 *Si se comete en persona que sea o haya sido servidor público, periodista, juez de paz, Defensor de Derechos Humanos, miembro de una organización sindical legalmente reconocida, político o religioso en razón de ello.*
- Artículo 58 numeral 8 *Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.* Prevista como específica en el artículo 104 numeral 6. Homicidio con sevicia.
- Artículo 58 numeral 3 *Que la ejecución de la conducta punible esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión, o las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima.* Prevista como específica en el artículo 216 numeral 4. *Se cometiere sobre personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, etnia, discapacidad física, psíquica o sensorial, ocupación u oficio.*

- Artículo 58 numeral 5. *Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima, o aprovechando circunstancias de tiempo, modo, lugar que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe.* Prevista como específica en el artículo 229 inciso segundo cuando la conducta recaiga sobre un menor, una mujer, una persona mayor de sesenta y cinco (65) años o que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión.
- La anterior genérica esta igualmente prevista como específica en el artículo 240 numeral 2 *Colocando a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad o aprovechándose de tales condiciones.*
- Artículo 58 numeral 1. *Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad.* A su vez el artículo 241 en los numerales 12. *sobre efectos y armas destinados a la seguridad y defensa nacionales,* y 13. *sobre los bienes que conforman el patrimonio cultural de la Nación.*
- La misma genérica está igualmente prevista como específica en el artículo 266 numeral 4 *Sobre objetos de interés científico, histórico, asistencial, educativo, cultural, artístico, sobre bien de uso público, de utilidad social, o sobre bienes que conforman el patrimonio cultural de la Nación.*
- Artículo 58 numeral 15. *Cuando para la realización de la conducta punible se hubieren utilizado explosivos, venenos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva,* está igualmente prevista como

específica en el artículo 266 numeral 3 *empleando sustancias venenosas o corrosivas*.

- *Artículo 58 numeral 11.11. Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable. está igualmente prevista como específica en el artículo 384 numeral 1 literal a Valiéndose de la actividad de un menor, o de quien padezca trastorno mental, o de persona habituada.*

Ahora, nada impide al legislador utilizar de forma indistinta circunstancias que contienen idénticos o similares presupuestos y ubicarlas a efectos de variar la pena, según las funciones genéricas y específicas. Pero no se puede dejar de resaltar que si, en cuanto circunstancias, comparten su naturaleza accidental y accesoria, esto es, no hacen parte de la acción esencial de las descripciones típicas, no se entiende qué razón pueda impedir la aplicación de las reglas de comunicabilidad si es claramente posible que las circunstancias sean conocidas, aprovechadas o definidas por algunas de las personas que concurren a la comisión de las conductas punibles y que no hayan sido ni conocidas, ni su actuación determinada por otros concurrentes.

Un ejemplo puede ilustrar la eventual necesidad de reglas para la comunicabilidad entre autores y cómplices respecto de circunstancias agravantes previstas en la parte especial del código, es decir, de circunstancias específicas. Piénsese en el caso de un cómplice que se limita a transportar a quienes cometieron un delito de hurto. El transportador puede saber que los autores estaban cometiendo un hurto, pero si ellos actuaran lejos de la vista del cómplice y, sin conocimiento de este, se valieran de disfraz o invocaron falsa orden para lograr la consumación del

delito contra el patrimonio económico, es claro que surge de inmediato la pregunta acerca de si el cómplice deberá responder por el Hurto agravado por esa circunstancia.

La utilización de las reglas de comunicabilidad de circunstancias del artículo 62 tiene la ventaja de brindar criterios puntuales y útiles a fin de resolver el interrogante. La ley no limitó expresamente el ámbito de aplicación de esas reglas para las circunstancias genéricas⁴⁶. Con base en ellas es posible abordar de manera clara y razonable una discusión acerca de la aplicación de las circunstancias específicas, acudiendo a los criterios relativos a la naturaleza de la circunstancia, personal o material. Además, se ofrecen pautas relativas al conocimiento y al momento en que se adquiere, que permiten una decisión mejor fundamentada y con unos límites más claros en vía de su controversia. Estas premisas evidencian la utilidad de la aplicación de las reglas del artículo 62 más allá de los límites de la parte general del Código Penal.

De cualquier manera, si se asume la posición que niega la aplicación de la comunicabilidad de circunstancias para las previstas en la parte especial del estatuto punitivo y se reserva su ámbito de aplicación a las contempladas en la parte general, se deberá brindar una respuesta ante eventos en los que algún partícipe no conozca la circunstancia específica a pesar de su concurrencia en el delito base. Tal respuesta no podrá obviar el principio de culpabilidad ni el requisito ineludible de actuación atribuible subjetivamente como elemento típico respecto de cada uno de los restantes elementos normativos del tipo por parte del responsable.

⁴⁶CSJ Penal. e 44197, 24 de feb. 2016 M.P. Barceló Camacho." Así mismo, **el legislador en el artículo 62 ibidem, al regular el instituto de la comunicabilidad no hace distinción alguna acerca de si su operatividad es específica o genérica**, solo precisa que las agravantes o atenuantes, bien sean de carácter personal o de índole material, se hacen extensivas a los partícipes que las hayan tenido presentes." (negrilla no original)

La respuesta negativa al interrogante en cuestión, afirma que si la circunstancia no se limita a regular la medición de la pena, sino que incide en la delimitación de los extremos punitivos de la pena particular del delito, se impone negar la aplicación de la comunicabilidad para las circunstancias especiales.

En esta vía de interpretación se ubica Salinero Alonso⁴⁷, quien aduce razones formales y materiales para negar la aplicación del artículo 65 del C.P. Español a las circunstancias específicas. El argumento formal reseña que la disposición está ubicada sistemáticamente entre las reglas para la determinación de la pena, que recoge en su seno las agravantes y atenuantes generales.

En este mismo sentido aduce que el contenido del artículo 67 establece: Las reglas del artículo 66⁴⁸ no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse.

Como razón material ofrece la distinta valoración por parte de legislador, a la que asigna especial significación normativa, tanto en los casos en que la circunstancia adquiere el carácter esencial, como cuando cualifique o privilegie un tipo.

En contra de estas razones se dirá que la ubicación legal de la comunicabilidad de circunstancias en la parte general surge insuficiente. Las circunstancias específicas no son tenidas en cuenta en las regulaciones de la parte general en el proceso de individualización de la pena, no obstante tal constatación legal, como la constatación legal de la utilización

⁴⁷SALINERO ALONSO, CARMEN. *Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y el artículo 66 del Código Penal*. Págs. 92-93.

⁴⁸ El artículo 66 establece la incidencia de las circunstancias generales en el proceso individualización de la pena del delito cuyos límites ya han sido fijados en la parte especial.

de circunstancias como elementos esenciales o circunstanciales específicos del delito, no dan respuesta alguna frente al problema real que surge en los eventos que se debe definir la concurrencia de estas circunstancias específicas en la responsabilidad de quienes concurren de distinta forma al delito.

La propuesta que aquí se defiende no es novedosa dado que, no solo la doctrina, sino la jurisprudencia española viene extendiendo la eficacia de la comunicabilidad de circunstancias a las circunstancias especiales, González Cussac⁴⁹ considera que dicha aplicación se hace sólo por consideraciones de justicia material y en explicitación del principio de culpabilidad, extensiva en beneficio del reo.

No obstante, en punto del ámbito de aplicación de los criterios de artículo 60, es importante anotar que la discusión no hace relación únicamente a su aplicación a las circunstancias claramente establecidas como específicas en la parte especial del C.P.. En la doctrina se ha discutido incluso con mayor ahínco la relevancia de dichos criterios frente a los tipos especiales. Particularmente sobre la aplicación del párrafo primero del artículo 60 del C.P. español- actual numeral primero del artículo 65- a los delitos especiales.⁵⁰

Concretamente se evalúa la corrección de considerar que la calidad del autor de esa clase de delitos pueda considerarse circunstancia personal y a partir de dicha referencia negar la transmisibilidad a los partícipes.

En este punto Peñaranda Ramos⁵¹, explica que la tendencia doctrinal y jurisprudencial es admitir la aplicación del antiguo 60 a esa clase de delitos,

⁴⁹GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUÍS. *Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. Página 215 refiere algunas sentencias en este sentido.

⁵⁰ Esta discusión se aborda con el fin de ilustrar la pluralidad de comprensiones que genera la aplicación de la comunicabilidad de circunstancias, aunque en la definición que se acoge en este escrito los delitos especiales no son entendidos como circunstancias.

⁵¹PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE. *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. págs. 483 y s.s

pero a partir de críticas de Gimbernat algunos autores se han apartado de esa comprensión. Sin embargo, reconoce que las críticas se han apoyado principalmente en el argumento formal de la ubicación de la disposición de la comunicabilidad de circunstancias en la parte general y en la contradicción que implica, la aplicación del 60 para estas circunstancias referidas al autor, con el principio de accesoriedad de la participación.

Aduce que además de estas razones el propio código penal Español impide desplegar los efectos de las circunstancias de la parte general a las circunstancias personales de los tipos de la parte especial.

Comentando tal controversia, Boldova⁵² expone que si se trata de delitos especiales propios no sería posible su aplicación dado que la característica especial es fundamento de la pena y la solución pasa por aplicar la pena del delito como partícipe o aceptar la impunidad para el no calificado; si se trata de delitos especiales impropios, se discute si es posible la ruptura del título de imputación. Frente a esta última hipótesis reseña que algunos autores plantean que no es posible, dado que, en realidad, el otro delito no ocurrió. No obstante, replica que al hacer responder al partícipe por un delito que contiene una obligación o condición que no le asiste, la punibilidad iría en contra de la particularización de la pena.

En el mismo sentido Rodríguez Ramos se interroga ¿Cabría extender esta individualización a los tipos circunstanciados? Y responde: Así lo hace la jurisprudencia, por ejemplo a la hora de imputar la participación en la muerte de una persona a título de parricidio, homicidio, asesinato o infanticidio; esta praxis significa para algunos, si como en estos casos parece que se trata de delitos autónomos (con nombre propio: homicidio, asesinato, etc.), ruptura del título de imputación y , en consecuencia, de la

⁵²BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ANGEL. *La comunicabilidad de circunstancias y la participación delictiva*. Págs. 251 a 255

accesoriedad en la participación, pero en principio no existe otro recurso más justo o menos injusto y la justicia material compensa alguna discutible incorrección dogmática que pueda surgir de esta propuesta.⁵³

Estos autores nos ubican en un aspecto clave en la comunicabilidad de circunstancias: el tema de la participación y en especial en la accesoriedad como elemento limitante de la responsabilidad penal.

Previamente una anotación en el ámbito de Código Penal Colombiano: el inciso final del artículo 30 contiene una regla que pretende solucionar la participación de sujetos no cualificados en los delitos especiales: *Al interviniente que no teniendo las calidades exigidas en el tipo penal concurra en su realización se le rebajará la pena en una cuarta parte*. Esta disposición agrega a la discusión referida un nuevo ingrediente, en punto de particularización de la pena, que aunque no hace parte del objeto de este escrito, propone una respuesta legislativa al interrogante sobre la aplicación del artículo 62 en los tipos penales especiales.

⁵³RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS. *Compendio de Derecho Penal Parte General*. Páginas 271-277.

6. Comunicabilidad de circunstancias y accesoriadad de la participación.

Para responder al interrogante que surge del contenido del artículo 62 sobre *entre quiénes se comunican las circunstancias-* y obviamente *entre quiénes no se comunica en los eventos de circunstancias personales-* es necesario abordar varios aspectos:

6.1 Redacción del inciso primero del artículo 62 C.P. Circunstancias personales.

¿Cómo se entiende la redacción del artículo 62? : Ya se reseñó que la primera parte del inciso primero señala que: **Las circunstancias agravantes o atenuantes de carácter personal que concurren en el autor de la conducta no se comunican a los partícipes**; pero a continuación expresa: *sólo serán tenidas en cuenta para agravar o atenuar la responsabilidad de aquellos que las hayan conocido.*

Si se acepta que la primera parte del inciso prohíbe la comunicación de circunstancias personales al ordenar **-no se comunican a los partícipes-** se evidencia una contradicción que al mismo tiempo exprese que sí se comunican para agravar o atenuar la responsabilidad de **aquellos** que las hayan conocido.

Dado que, como se explicó, las circunstancias personales hacen parte del juicio individual de reproche y en principio solo pueden afectar punitivamente en quien concurren, no es lógico entender que el legislador haya querido expresar que no se comunican al partícipe, para

seguidamente afirmar que sí se comunican a aquel con la sola condición que las conozca, a pesar de su naturaleza personal.⁵⁴

La única comprensión que no incurre en la contradicción de prohibir la comunicabilidad a los partícipes y al mismo tiempo ordenarla, es aclarando a quiénes se refiere la ley cuando utiliza la expresión **aquellos**.

De forma que si la ley ya prohibió la comunicabilidad de circunstancias personales a quienes exclusivamente actúan en calidad de partícipes, una comprensión no contradictoria es que con dicha expresión el legislador haya previsto la comunicabilidad respecto de otros autores y la restrinja a quienes hayan conocido las circunstancias personales del autor. Sin embargo, esta solución también evidencia una inconsistencia dogmática, puesto que, si las circunstancias son personales de forma que afectan la pena en una determinada proporción, a partir de un juicio de reproche individual, tampoco es acertado que incida en la punibilidad del coautor que simplemente la conoce, pero no actúa determinado por ella.

Así las cosas, la única comprensión posible y consistente es que con la expresión **aquellos** se remita únicamente a las circunstancias atenuantes que hubieren sido conocidas por coautores o partícipes a partir de una interpretación que produzca efectos favorables.

En este mismo sentido, a pesar de la explícita referencia legal de que las circunstancias personales se comunican a aquellos que las hayan conocido, es claro que dicha comunicación surge contraria al carácter personal de la circunstancia modificativa de la responsabilidad. Si como se planteó el juicio

⁵⁴Una comprensión en este sentido del artículo 62 del C.P. se plantea en CALDAS BOTERO, LUISA FERNANDA. ANDRADE CASTRO, JASON ALEXANDER Y DE LA VEGA MARTINIS ORLANDO HUMBERTO. Reflexiones sobre la comunicabilidad de circunstancias <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1043/987>. “Las personales, sin atender a su carácter de atenuantes o agravantes, siempre que concurran en el autor, a pesar de que no se comunican a los partícipes, sí pueden atenuar o agravar la responsabilidad de estos últimos, siempre y cuando las hayan conocido”

de reproche tiene carácter particular y las razones que le llevaron al autor a separarse de una actuación conforme al derecho, no pueden hacer parte de un juicio general e indiscriminado, que no tenga en cuenta las especiales, personales y concretas circunstancias que determinaron el injusto, de forma que no son extensibles a quienes no actuaron bajo las mismas condiciones personales, una comunicación por el sólo conocimiento de la circunstancias de otro, no constituiría un reproche jurídico individual y se desviaría a cargas de índole moral por el conocimiento de asuntos que se derivan de circunstancias de terceros.

Además, una interpretación literal del inciso primero tendría el siguiente significado: las circunstancias personales, agravantes o atenuantes, que concurren en el autor siempre se comunican a los partícipes, basta que las hubieren conocido.

6.2 Redacción del inciso segundo y comprensión total del artículo 62 del C.P.

De manera que no solo se comunicarían las personales sino también los materiales dado que el inciso segundo, prevé: *Las circunstancias agravantes o atenuantes de índole material que concurren en el autor, se comunicarán a los partícipes que las hubiesen conocido en el momento de la planeación o ejecución de la conducta punible.*

Total, que una lectura de dicha índole significa también lo siguiente, ya del contenido completo del artículo 62:

Todas las circunstancias agravantes y atenuantes, personales y materiales se comunican a los partícipes, basta que las conozcan, en las materiales sólo se excluyen las conocidas de manera posterior al delito. En otras palabras:

Las circunstancias materiales agravantes y atenuantes posteriores son las únicas que no se comunican a los partícipes, sobre el resto es suficiente que las conocieren. Bastaba entonces que el legislador estableciera esta última forma si es el significado literal el que se pretende asignar al artículo 62 del Código Penal.

Esta interpretación, no resulta plausible, dado que su contenido y significado implicaría la innecesidad de las clasificaciones que ella misma propone.

Por el contrario, la interpretación que se ofrece maximiza dichas diferenciaciones legales, es más compatible con la fundamentación dogmática de las circunstancias y es consistente con el principio de culpabilidad. Además, si uno de los objetos principales y más antiguos de las circunstancias modificativas de la punibilidad⁵⁵ es tomar en consideración las particularidades del delito y no solo de él sino de quienes a él concurren, diferenciando cualitativa y cuantitativamente su aporte, no tiene ningún sentido que estas diferencias desaparezcan para efecto de la determinación de los criterios en vía de la comunicabilidad de circunstancias.⁵⁶

⁵⁵ González Cussac explica que las primeras referencias a las circunstancias provienen del derecho Romano, en los casos de multas en cuya imposición se permitía que el aplicador flexibilizara su aplicación atendiendo el daño causado y otras no previstas en la ley; luego en la época imperial, se reconocían las primeras circunstancias en los juicios criminales relacionadas con el medio empleado en la ejecución: al tiempo y lugar del delito; y a la persona del ofendido. Así mismo, se reseña algunos desarrollos en el derecho Canónico y durante los siglos XVI Y XVII con la obra de TIRAQUELLOS que fue el primer autor en recoger de modo completo y generalizador la totalidad de circunstancias modificativas de la pena. ob. cit. Págs. 8- 13

⁵⁶En el mismo sentido en la Doctrina Colombiana FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN. *Derecho Penal. Parte General Teoría del delito y de la pena* Vol. II Págs. 909 y 910 : “Es posible, sin embargo, que exista un error de redacción en el artículo 62 del C.P. y que por tanto éste no haya querido disponer la comunicación de las circunstancias personales agravantes o atenuantes, o sea que se tengan en cuenta para todo el que las “haya conocido”, sino para aquellos en quienes realmente concurren. Solo de este modo el inciso segundo de dicha disposición contiene una normativa distinta- esta sí ligada al conocimiento de las circunstancias- para las circunstancias materiales del injusto. Porque en efecto, carece de sentido que el artículo dedique el primer inciso a proporcionar la regla de que las circunstancias personales no se comunican y luego en el segundo estipule la misma regla para las circunstancias materiales.”

6.3 Comparación con la redacción del artículo 65 de la legislación penal española.

Que las circunstancias personales solo afectan la pena de aquel en quien concurren es un asunto más pacífico en España dado que la redacción del numeral primero del artículo 65 así lo facilita:

“Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurren.”

Esta fórmula legislativa permite que en la doctrina de ese país exista completa claridad⁵⁷ en torno a que el carácter personal de la circunstancia, en razón de su esencia, no permite ningún tipo de transmisibilidad a otros concurrentes en la conducta penal.

Véase que, además, la redacción del 65 citado no habla de circunstancias personales *del autor de la conducta* como lo hace la disposición contenida en el artículo 62 colombiano. En cuanto al sujeto de quien se predicen las circunstancias personales utiliza una expresión que problematiza en menor medida su aplicación: *de aquéllos en quienes concurren*.

Otra pregunta acerca del ámbito de aplicación de las circunstancias, ilustra la necesidad de acudir a significados no meramente literales del texto del artículo 62. ¿Qué sucede con las circunstancias personales que concurren

⁵⁷Boldova afirma de manera excluyente: No cabe articular en ningún caso una participación en esta clase de circunstancias. No existen posibles partícipes en una circunstancia personal. Las circunstancias personales no sirven para agravar o atenuar la responsabilidad, en consecuencia, la pena, de aquellos culpables en quienes no concurren. Ob cit. Por su parte González Cussac explica: Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, su eficacia se limita al sujeto en que efectivamente concurren, impidiéndose su transmisibilidad a los otros partícipes del delito. Ob. cit. Distinto es que exista polémica en cuanto a si toda circunstancia personal pertenece a la culpabilidad o no, según lo reseña igualmente SALINERO ALONSO, CARMEN. *Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y el artículo 66 del Código Penal*. Págs. 86-88

en el *partícipe de la conducta* y no el *autor de la conducta*?, ¿No está regulado este evento?

La situación se ilustra y explicita de manera más clara con un ejemplo: ¿Cómo se define la comunicabilidad, y la pena derivada de la circunstancia de un determinador en quien concurre la agravante del numeral 1 del artículo 104 del C.P., si en el determinador es en quien concurre la agravante, y una lectura meramente literal del inciso 1 del artículo 62 parece indicar que las circunstancias personales que se conozcan se comunican de autor de la conducta a partícipe??

Si se asume esta última interpretación, aquel que quiere la muerte de su padre y determina a otro para que lo haga, responde por el delito del autor, de forma que como sobre el autor no concurre aquella circunstancia personal, quedará exento de la agravante señalada.

El resultado surge completamente paradójico: si quiere la muerte de su padre y lo comete él mismo responde como autor del delito de homicidio agravado artículo 104 numeral 1; pero si quiere la muerte de su padre y determina a un tercero que lo lleva a cabo, no responderá por el homicidio con la agravante. El resultado no puede surgir más absurdo, en términos de proporcionalidad y justicia material: con el mismo resultado y mayor grado de preparación intelectual e instrumental del delito, se obtiene menor pena.

En la regulación española la respuesta aparece con la fórmula legal: **Las circunstancias agravantes...** que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán... la responsabilidad **sólo de aquéllos en quienes concurren.**

Véase que con esta fórmula legislativa la aparición de una circunstancia personal en autores o partícipes se soluciona con la agravación de la pena

únicamente para aquel en quien concurra, sea este autor, coautor, determinador o cómplice.

6.4 Comunicabilidad y accesoriidad.

No obstante, subsiste aún en la disposición del numeral 1 de artículo 65 del C.P. Español, un interrogante. Si por regla general el partícipe responde por la conducta punible en la que incurre el autor, en el entendido que la responsabilidad de este sirve de límite respecto de la que le corresponde al partícipe ¿cómo se explica que para un partícipe pueda aplicarse una agravante en la que no incurre el autor?

Dicho en otras palabras, qué implicación tiene para la accesoriidad de la participación la regla del numeral 1 del artículo 65.

La respuesta ha sido planteada por Boldova⁵⁸ en el sentido de que la vinculación de una circunstancia al autor no significa que deba referirse al autor del hecho *stricto sensu*, puesto que las circunstancias personales pueden concurrir también en un partícipe y el artículo 60 en su párrafo primero⁵⁹, permite considerar los elementos personales tanto en relación al autor como en relación a los partícipes, de modo que la vinculación aludida debería ser entendida como el alineamiento y basamento de la circunstancia con la persona interviniente en el hecho, más que con el hecho mismo.

Dicho en otras palabras, lo que se propone es una interpretación dirigida a que el autor del delito es, para efectos de la comunicabilidad, distinto al

⁵⁸ Se aclara en este punto que la solución de Boldova es planteada por ese autor para las circunstancias genéricas y no para las específicas, pero sus presupuestos se consideran útiles para la posición que acá se sostiene.

⁵⁹ Actual 65 numeral primero.

autor de la circunstancia, de forma que si la circunstancia tiene el carácter personal y concurre en el partícipe del delito- autor de la circunstancia- ella no se comunicará, pero sin duda a él sí le afectará la punibilidad.

De acuerdo con esa propuesta la accesoriedad de la participación termina en el tipo de la parte especial, dado que el papel asignado a los sujetos en el hecho principal no condiciona el que pueda corresponderles respecto a las circunstancias, ni limita la eficacia de éstas a una clase particular de sujetos -los autores-.

Ahora bien, no se puede simplemente extrapolar la explicación de la limitación de la accesoriedad de la participación, para ser acogida en el ámbito del artículo 62 del C.P. Colombiano, sin explicitar las diferencias con el presupuesto legal del artículo 65 del C.P. Español.

El primer inconveniente se presenta ya que el 62 relaciona la no comunicabilidad de las circunstancias personales que concurren *en el autor de la conducta*, sin prever la posibilidad de que esta especie de circunstancias puede concurrir en sólo un coautor o en los partícipes.

Si se entiende que la no comunicabilidad de circunstancias personales se refiere únicamente al autor de la conducta, ¿qué sucede cuando las circunstancias personales concurren en el partícipe?

La primera posible respuesta de conformidad con la aplicación del principio de accesoriedad de la participación no es otra que la no aplicación de la circunstancia, en atención a la relación de dependencia de la participación con respecto al hecho principal, que busca de definir estrictamente el ámbito de lo punible.⁶⁰

⁶⁰ Se toma para el efecto el concepto básico de accesoriedad de la participación ofrecido por PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE en *la Participación en el delito y el principio de accesoriedad* págs. 449-450.

Una segunda posible respuesta que se descarta por su evidente debilidad, es que si la circunstancia personal concurre en el partícipe ella se comunicará a aquellos que la conocieren.

La tercera y última una respuesta: seguir la pauta sugerida por Boldova en el sentido de que existe el *autor de la circunstancia*, limitando para estos efectos el alcance de la accesoriedad de la participación, y que en este sentido el partícipe del hecho principal, debe entenderse como *autor de la circunstancia*, implica, en el ámbito del artículo 62, interpretar que el término *conducta* se refiere a la circunstancia no comunicable en cabeza del autor de esta. Esta interpretación tiene como presupuesto sistemático que, en realidad, lo regulado en esta disposición no es la sola *conducta ilícita* del tipo base, sino la circunstancia personal que modifica su punibilidad.

Más específicamente habría que entender que el partícipe en quien concurre la circunstancia es el único autor de una conducta afectada por la eventualidad personal que le es reprochable únicamente a él. Esta solución tiene fundamento dogmático en el hecho de que la conducta punible comprende no solo una acción, típica y antijurídica que por sí sola ya implica la concurrencia del injusto o ilicitud, sino el posterior reproche en sede de culpabilidad que implica un juicio individual, que permite diversos reproches frente a cada uno de quienes concurren en el delito.

Finalmente, se podrá concluir que una circunstancia personal afectará únicamente la pena de aquel en quien concurre, esto es, en el autor de la circunstancia, única propuesta que respeta íntegramente la responsabilidad personal y el principio de culpabilidad.

Esta interpretación que se propone tiene dos presupuestos: el primero asume que la forma en que se encuentra redactado el inciso primero del artículo 62 no es la más adecuada y, el segundo, que para ser interpretado se debe acudir a las normas rectoras del código penal.

No es la más adecuada por cuanto una lectura literal del inciso primero se presenta totalmente contraria a la naturaleza de las circunstancias personales.

Ante esta constatación es necesario acudir a las normas rectoras que permitirían conciliar y hacer compatible la pretensión particularizadora de la pena, que es la esencia de la comunicabilidad de circunstancias, con la prevalencia de la responsabilidad personal y el principio de culpabilidad que se extrae de los principios contenidos en los artículos 9,10,11 y 12 del Código penal.

Para efectos de la fuente normativa de una interpretación como la propuesta se acude al artículo 13 del C.P. relativa a las normas rectoras y su fuerza normativa: Las normas rectoras contenidas en este Código constituyen la esencia y orientación del sistema penal, prevalecen sobre las demás e informan su interpretación.

7. Resumen

La regulación de la comunicabilidad de circunstancias prevista en el artículo 62 del C.P. Colombiano, requiere de una interpretación que supera la estrictamente literal a fin de hacerla compatible con el principio de culpabilidad.

Al efecto es relevante destacar la directa relación de las circunstancias modificativas de la pena con las categorías dogmáticas del delito, sin desconocer que algunas de atienden factores postdelictuales. Más allá de esta precisión, la ventaja concreta de relacionarlas con los elementos injusto y culpabilidad es que permite aportar criterios racionales a las circunstancias modificativas dado que ellas inciden directamente en la magnitud de la pena y concretamente con el lapso mayor o menor que puede pasar una persona en prisión como consecuencia de una conducta penalmente prohibida.

Las circunstancias personales se fundamentan principalmente en la culpabilidad, en tanto hacen relación al juicio de reproche de carácter particular, de forma que las razones que le llevaron al autor a separarse de una actuación conforme al derecho, no pueden hacer parte de un juicio general e indiscriminado, que no tenga en cuenta las especiales y concretas circunstancias que determinaron el injusto, de forma que no son extensibles a quienes no actuaron bajo las mismas condiciones personales.

Las circunstancias materiales se fundamentan esencialmente en la modalidad o forma de ejecución del delito que inciden en el injusto, por representar un mayor desvalor de acción o incremento en el desvalor del resultado. En punto de comunicabilidad el *conocimiento* previsto por el legislador colombiano, para hacerlo compatible con los elementos del

delito, no puede ser comprendido de una forma genérica tal que bastara del simple enteramiento de su ocurrencia. La acepción del *conocimiento* debe estar ligada al conocimiento útil en vía de la concreción común del objeto delictual. El conocimiento debe colmarse para el cumplimiento del requisito subjetivo del tipo.

El artículo 62 del C.P. es aplicable no solo a las circunstancias genéricas de agravación sino también a las específicas de la parte especial del C.P..La ley no limitó expresamente el ámbito de aplicación de esas reglas para las circunstancias genéricas. Con base en ellas es posible abordar de manera clara y razonable una discusión acerca de la aplicación de las circunstancias específicas, acudiendo a los criterios relativos a la naturaleza de la circunstancia, personal o material, además, ofrecen pautas relativas al conocimiento y al momento en que se adquiere, que permiten una decisión mejor fundamentada y con unos límites más claros en vía de su controversia.

La redacción del artículo 62 del C.P. no es la más adecuada, puesto que permite interpretaciones que contradicen el carácter personal de las circunstancias modificativas de la responsabilidad. Siendo consistente con las definiciones previas: si la circunstancia es personal no puede comunicarse a los partícipes, como se derivaría de alguna lectura descontextualizada de la disposición. Si la circunstancia tiene carácter personal solo puede modificar la pena de quien actuó determinado por esa condición. Ahora, si la circunstancia es material es comunicable a los partícipes que hubieren tenido conocimiento en el momento de la planeación o ejecución de la conducta punible. Finalmente, la disposición no contempla una respuesta clara al evento de que la circunstancia personal concorra no el en autor del delito sino en un partícipe. Al respecto se propone una interpretación, a partir de la naturaleza de las circunstancias personales, basada en la propuesta de Boldova que limita la accesoriadad

de la participación a la conducta básica y se destaca la diferencia entre la conducta ilícita y el posterior juicio de reproche.

8. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO ÁLAMO, MERCEDES. *El sistema de las circunstancias del delito*. Universidad de Valladolid. Tesis Doctoral 1982.

BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL. *La comunicabilidad de circunstancias y la participación delictiva*. Editorial Civitas. Primera edición 1995.

CALDAS BOTERO, LUISA FERNANDA. ANDRADE CASTRO, JASON ALEXANDER Y DE LA VEGA MARTINIS ORLANDO HUMBERTO. *Reflexiones sobre la comunicabilidad de circunstancias*.
<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1043/987>

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN. *Derecho Penal. Parte General Teoría del delito y de la pena* Grupo Editorial Ibáñez 2016. Vol. II

GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUÍS. *Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. Colección de Estudios Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal. Universidad de Valencia. 1998

GÓMEZ LÓPEZ, JOSÉ ORLANDO. *Tratado de Derecho Penal- Parte General*. Doctrina y Ley 2003.

MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal. Parte General*. 10 Edición Editorial Reppertor Barcelona 2016.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. GARCÍA ARÁN. MERCEDES. *Derecho Penal Parte General*. Editorial tirant lo blanchMèxico D.F. Octava Edición. 2012.

PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE. *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*. Editorial B de F Montevideo – Buenos Aires. 2015.

RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS. *Compendio de Derecho Penal Parte General*. Editorial Trivium Madrid 1988.

ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Traducción de la 2 edición alemana. Civitas. 2008.

SALINERO ALONSO, CARMEN. *Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y el artículo 66 del Código Penal*. Editorial Comares Granada 2000.

TAMAYO PATIÑO, FRANCISCO JAVIER. *Las circunstancias de agravación punitiva en el derecho penal colombiano. Aproximaciones a una fundamentación*.

<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1908/1918>.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Derecho Penal Parte General*. Cuarta Edición. Comlibros 2009.

