

**LA RACIONALIDAD DEL TRATAMIENTO PROCESAL Y LEGISLATIVO DE LAS
CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES EN EL HURTO SIMPLE.**

Juan Carlos Martínez Castilla

Universidad de EAFIT

Facultad de Derecho

2017

**LA RACIONALIDAD DEL TRATAMIENTO PROCESAL Y LEGISLATIVO DE LAS
CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES EN EL HURTO SIMPLE.**

JUAN CARLOS MARTINEZ CASTILLA

**Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al título de Magister en
Derecho Penal**

ASESOR: FRANCISCO JAVIER TAMAYO

Universidad de EAFIT

Facultad de Derecho

2017

Nota de aceptación.

Presidente del Jurado.

Jurado.

Jurado.

Medellín, 12 de junio de 2017

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

La tesis a continuación pretende explicar cuál es la interpretación que se le debe dar al Artículo 74 del Código Procesal Penal, el cual presenta la lista taxativa de los delitos que deben entenderse como querellables, entre los que se encuentra el Hurto Simple. Esto, sin aludir expresamente a las circunstancias de agravación contenidas en el Art. 241 del Código Penal, es decir, ¿debemos incluir o no el Hurto Simple con circunstancias de agravación en los delitos que requieren querrela? El mismo interrogante debe proyectarse en relación al delito de Lesiones Culposas que trae el artículo en comento, planteamiento procesal que a su vez podría enmarcar un problema de derecho sustancial de mayor calado, cual es la posible usurpación por parte de los operadores jurídicos, al momento de interpretar la norma en cita, de las facultades que le son propias al legislador, pues a través de una interpretación que podríamos denominar extensiva y amplia de la norma estarían eventualmente construyendo un tipo delictivo agravado, autónomo, que no existe, conforme al cual califican el hecho y de facto modifican el artículo 74 en cita.

JUSTIFICACIÓN

En nuestro ordenamiento jurídico penal se ha establecido que es al Estado a quien corresponde adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar de oficio la investigación de los hechos que tienen las características de un delito, salvo que se trate de una querrela. La anterior precisión es importante pues dependiendo de la calificación que el operador jurídico realice de la comisión de una posible conducta delictual que se pueda calificar de tal, se desprenderán consecuencias diametralmente opuestas de una misma circunstancia de facto.

Esto es lo que ocurre actualmente con la tipificación del Hurto Simple Agravado conducta sobre la que centraremos nuestro análisis y las conclusiones a las que se lleguen serán extendidas al tipo de lesiones Culposas Agravadas.

OBJETIVOS PRINCIPALES:

OBJETIVO GENERAL

Explicar la irracionalidad del tratamiento procesal y legislativo de las circunstancias agravantes en el tipo penal de hurto simple en relación con los delitos querellables.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Describir el problema de la irracionalidad en el tratamiento de los fiscales de las circunstancias de agravación en el tipo penal de hurto simple.
2. Criticar los argumentos de la corte suprema de justicia expuestos en la sentencia n° 46110 del 18 de mayo de 2016 donde afirma que el hurto simple con circunstancias de agravación es un delito sui generis y por ende no querellable.
3. Exponer de manera muy sucinta y con un enfoque crítico, las principales modificaciones introducidas en el Código Procesal Penal Colombiano a través de la ley 1826 de 2017.

CONTENIDO

El presente trabajo se desarrollara en tres capítulos

- El primer capítulo se compondrá del marco teórico, integrado fundamentalmente por los presupuestos requeridos para imputar responsabilidad penal, la reseña histórica sobre el fenómeno de las circunstancias, posiciones doctrinales sobre la misma, las circunstancias en el derecho comparado, la comunicabilidad de las circunstancias del autor al partícipe.
- En el segundo capítulo, luego de decantar los marcos conceptuales, desarrollaremos las razones por las que consideramos que los operadores jurídicos realizan una interpretación límite y extrema del artículo 74 C.P.P. y se analizarán los pronunciamientos jurisprudenciales respecto de los delitos querellables, puntualmente frente al delito de hurto simple y se realizará una valoración crítica sobre los argumentos expuestos por la corte suprema de justicia.
- En el tercero se expondrán brevemente las modificaciones que se dieron al interior del código de procedimiento penal colombiano con la ley 1826 de 2017, que tocan con el tema en desarrollo.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

1. CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO Y ANALÍTICO

1.1. Responsabilidad Penal.

1.2. Reseña Histórica de las Circunstancias.

1.3. Posiciones Doctrinales sobre las circunstancias.

1.4. Las circunstancias en el derecho comparado.

1.5. Comunicabilidad de las circunstancias.

1.5.1. Desarrollo Dogmático de la figura.

1.5.2. Comunicabilidad en Colombia.

1.5.3. Comunicabilidad en España.

2. CAPÍTULO II:

El delito Sui Generis y valoración crítica a los argumentos jurisprudenciales dados al hurto simple con circunstancias de agravación.

2.1. Planteamiento.

2.2. Presupuestos Dogmáticos.

2.2.1. La incidencia de las circunstancias de la parte especial en las relaciones entre tipos delictivos.

2.2.2. Elementos esenciales y accidentales del delito.

2.3. Tratamiento Jurisprudencial del Hurto agravado en Colombia.

2.4. Valoración crítica del tratamiento dispensado por la Fiscalía y la Judicatura al Hurto agravado desde la perspectiva Dogmática y Político Criminal.

3. CAPÍTULO III:

La ley 1826 de 2017: Valoración Dogmática y político criminal dado a las circunstancias del hurto y del proceso abreviado.

3.1. La ley 1826 de 2017 como respaldo de la posición sustentada en este trabajo.

3.2. Valoración crítica de la ley 1826 de 2017 desde la perspectiva político criminal.

4. CONCLUSIONES.

5. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

En la presente tesis magistral, es pertinente resaltar la importancia de identificar con claridad cuál es la actual naturaleza de la acción penal y las diferentes formas de activar la misma, bien de oficio o a petición de parte. Lo anterior, mostrando la modificación que se gestó a través de la Reforma Constitucional del art. 250 de la Carta Política Colombiana realizada en el año 2012, la cual dio apertura a la dualidad en la titularidad de la acción penal (Decreto 379 de 2012, 2012)¹, modificándola, pues anteriormente no se podía predicar dicha duplicidad y era impreciso aludir a delitos de acción pública o privada. La mencionada reforma constitucional tuvo desarrollo legislativo mediante la normatividad 1826 de 2017, puntualmente en su artículo 1, el cual introdujo cambios en el artículo 66² del Código Penal Colombiano³ y que contiene un proceso abreviado que no se aplicará a todas las tipologías penales (Código penal, 2000, art. 66).

La Corte Constitucional al hacer referencia a la acción penal indicaba que ésta siempre era pública, aunque el titular para su ejercicio fuese la persona lesionada. En otras palabras, debía hablarse de delitos perseguibles de oficio o a instancia de la persona ofendida por el delito o del titular del bien jurídico tutelado. Asimismo indicó que la determinación de cuáles delitos deben

¹ Cfr. Art. 250. parágrafo 2º Constitución Política de Colombia. Parágrafo corregido por el artículo 1 del Decreto 379 de 2012.: Atendiendo la naturaleza del bien jurídico o la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente.

² Cfr. Art. 66. Código Penal Colombiano, Titularidad y obligatoriedad. El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de una conducta punible, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este código. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez de control de garantías. Cuando se autorice la conversión de la acción penal pública a privada, y entre tanto esta perdure, la investigación y la acusación corresponderán al acusador privado en los términos de este Código.

³ La misma solo entrará en vigencia a partir de Julio de la presente anualidad.

ser investigados de oficio o a petición de parte es tan sólo un criterio de clasificación que utiliza el legislador para ordenar las conductas penalmente reprochables, pero no representa una diferencia ontológica entre los mismos. Estableció además, que salvo algunos casos tales como la prohibición de la tortura, el genocidio, la desaparición forzada y las ejecuciones extrajudiciales, no existe el deber constitucional de criminalizar conductas ni de exigir la investigación de oficio de las mismas, pues ello corresponde a la valoración del legislador, al que compete apreciar la conveniencia y oportunidad de establecer cuáles son los instrumentos de protección de los derechos de las personas que resultan más efectivos (Corte Constitucional, 2008, Sentencia C-245).

En nuestro ordenamiento Penal, podemos hablar entonces de delitos perseguibles de oficio y a instancias de la persona ofendida, estos últimos conocidos como querellables, entendiendo la querrela como un requisito previo al ejercicio de la acción y como un instrumento de la política criminal del Estado y no como una condición de punibilidad del hecho, el cual no depende de la voluntad del lesionado, sino, de la normatividad que lo crea, delitos que se encuentran reglados en el Art. 74 del C.P.P. (C.P.P., 2004, Art. 74)⁴.

⁴ Cfr. Art 74, Código Procedimiento Penal Colombiano, DELITOS QUE REQUIEREN QUERRELLA. Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 11826 de 2017: Para iniciar la acción penal será necesario querrela en las siguientes conductas punibles: 1. Aquellas que de conformidad con el Código Penal no tienen señalada pena privativa de la libertad, con excepción de: Ofrecimiento, venta o compra de instrumento apto para interceptar la comunicación privada entre personas (C. P. artículo 193); Divulgación y empleo de documentos reservados (C. P. artículo 194); Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto (C. P. artículo 416); Revelación de secreto (C. P. artículo 418); Utilización de asunto sometido a secreto o reserva (C. P. artículo 419); Utilización indebida de información oficial privilegiada (C. P. artículo 420); Asesoramiento y otras actuaciones ilegales (C. P. artículo 421); Utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de función pública (C. P. artículo 431); Utilización indebida de influencias derivadas del ejercicio de función pública (C. P. artículo 432). 2. Inducción o ayuda al suicidio (C. P. artículo 107); lesiones personales sin secuelas que produjeren incapacidad para trabajar o enfermedad sin exceder de sesenta (60) días (C. P. artículo 112 incisos 1 ° Y 2°); lesiones personales con deformidad física transitoria (C. P. artículo 113 inciso 1°); lesiones personales con perturbación funcional transitoria (C. P. artículo 114 inciso 1°); parto o aborto preterintencional (C. P artículo 118); lesiones personales culposas (C. P. artículo 120); omisión de socorro (C. P. artículo 131); violación a la libertad religiosa (C. P. artículo 201); injuria (C. P. artículo 220); calumnia (C. P. artículo 221); injuria y calumnia indirecta (C. P. artículo 222); injuria por vías

La querrela debe ser interpuesta por un querellante legítimo, so pena de decretarse su caducidad, luego de pasados seis meses desde la ocurrencia de los hechos. Con la ley citada se amplió el número de sujetos que tienen esa legitimidad, abarcando a los miembros de la policía nacional que conozcan de los casos de hurto cuando estos sean querellables.

Entre los delitos que demandan querrela, se halla el tipo penal de Hurto Simple, respecto al cual entraremos a analizar si la materialización del mismo bajo las circunstancias de Agravación contempladas en el art. 241 del Código Penal Colombiano, permite su clasificación como tal (Código Penal., 2000, art. 241).

Para el efecto, será relevante entrar a estudiar el fenómeno de las circunstancias de agravación que modifican la responsabilidad penal, sobre las que se presenta la discusión tendiente a establecer si estas hacen parte de los elementos constitutivos del tipo penal o son elementos accidentales o contingentes. De allí se desprende entonces una problemática sustancial que trae consecuencias procesales relevantes, que expondremos mediante un ejemplo, a efectos de facilitar el entendimiento del presente trabajo, toda vez, que los lectores del mismo podrán no ser

de hecho (C. P. artículo 226); injurias recíprocas (C. P. artículo 227); maltrato mediante restricción a la libertad física (C. P. artículo 230); malversación y dilapidación de los bienes de familiares (C. P. artículo 236); hurto simple cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. artículo 239 inciso 2°); alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado (C. P. artículo 243); estafa cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. artículo 246 inciso 3°); emisión y transferencia ilegal de cheques (C. P. artículo 248); abuso de confianza (C. P. artículo 249); aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito (C. P. artículo 252); alzamiento de bienes (C. P. artículo 253); disposición de bien propio gravado con prenda (C. P. artículo 255); defraudación de fluidos (C. P. artículo 256); acceso ilegal de los servicios de telecomunicaciones (C. P. artículo 257); malversación y dilapidación de bienes (C. P. artículo 259); usurpación de tierras (C. P. artículo 261); usurpación de aguas (C. P. artículo 262); invasión de tierras o edificios (C. P. artículo 263); perturbación de la posesión sobre inmuebles (C. P. artículo 264); 2° daño en bien ajeno (C. P. artículo 265); usura y recargo de ventas a plazo (C. P. artículo 305); falsa autoacusación (C. P. artículo 437); infidelidad a los deberes profesionales (C. P. artículo 445); Violación de los derechos de reunión y asociación (C. P. artículo 200).
Parágrafo. No será necesario querrela para iniciar la acción penal respecto de casos de flagrancia o en los cuales el sujeto pasivo sea menor de edad, inimputable o se refieran a presuntas conductas punibles de violencia contra la mujer.

Colombianos o pertenecer a sistemas jurídicos de otras latitudes, puntualmente adscritos al sistema jurídico penal Español. La situación de facto sería la siguiente:

Pedro Pérez, ingresa a un establecimiento abierto al público y sustrae tres buzos térmicos por valor de sesenta mil pesos colombianos cada uno, por un total de ciento ochenta mil pesos. Se aclara que las prendas no tenían pines de seguridad y que el agente no ejerció ningún tipo de violencia para apoderarse de las mismas y sale del almacén. A escasas dos calles, es capturado por la Policía debido a las llamadas de los vigilantes del establecimiento configurándose, así la situación de flagrancia⁵. Esta conducta tal cual esta descrita, se encuadra dentro del tipo penal de Hurto simple regulado en el artículo 239⁶ del código penal Colombiano, con las circunstancias de agravación contemplada en el numeral once del Art. 241 de la misma normatividad (Código Penal, 2000, art. 239 y 241)⁷.

⁵ Cfr. Art 301 Código Procedimiento Penal Colombiano, FLAGRANCIA. Se entiende que hay flagrancia cuando:

1. La persona es sorprendida y aprehendida durante la comisión del delito.
2. La persona es sorprendida o individualizada durante la comisión del delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o cuando fuere señalado por la víctima u otra persona como autor o cómplice del delito inmediatamente después de su perpetración.
3. La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que acaba de cometer un delito o de haber participado en él.
4. La persona es sorprendida o individualizada en la comisión de un delito en un sitio abierto al público a través de la grabación de un dispositivo de video y aprehendida inmediatamente después.
La misma regla operará si la grabación del dispositivo de video se realiza en un lugar privado con consentimiento de la persona o personas que residan en el mismo.
5. La persona se encuentre en un vehículo utilizado momentos antes para huir del lugar de la comisión de un delito, salvo que aparezca fundadamente que el sujeto no tenga conocimiento de la conducta punible.

⁶ Cfr. Art. 239. Código Penal Colombiano, Hurto. El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses. La pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

⁷ Cfr. Art. 241. Código Penal Colombiano, Circunstancias de agravación punitiva. La pena imponible de acuerdo con los artículos anteriores se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes, si la conducta se cometiere (...):
11. En establecimiento público o abierto al público, o en medio de transporte público (...).

Una vez la persona es capturada, es dejada a disposición de la autoridad competente, para el caso la Fiscalía General de la Nación, para que esta disponga lo correspondiente. En esta instancia, el detenido, bajo la legislación actual, puede verse sometido a dos tipos de tratamiento diferentes y ello dependerá de la concepción que el operador jurídico de turno tenga sobre la forma de entender las circunstancias del artículo 241 del Código Penal.

De un lado hay quienes exponen que aunque concurren o no, las circunstancias de agravación en el hurto simple, que se relacionan en el art. 74 del C.P.P.C, este seguirá siendo hurto simple. En consecuencia, su actuación estaría dentro del catálogo de los delitos querellables y por ende, no procederían las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento, hasta tanto no se agote la instancia de conciliación entre las partes tal como lo regula el artículo 522 del Código de Procedimiento Penal. Lo anterior pues dicha actuación es obligatoria. Así mismo, la normatividad estipula que el capturado no puede pasar más de 36 horas detenido mientras se realizan los actos de investigación en casos de flagrancia, por tanto, corresponde al fiscal de turno ordenar la libertad de ese ciudadano⁸, el cual

⁸ Cfr. Art 302, Código de Procedimiento Penal Colombiano, PROCEDIMIENTO EN CASO DE FLAGRANCIA. Cualquier persona podrá capturar a quien sea sorprendido en flagrancia.

Cuando sea una autoridad la que realice la captura deberá conducir al aprehendido inmediatamente o a más tardar en el término de la distancia, ante la Fiscalía General de la Nación.

Cuando sea un particular quien realiza la aprehensión deberá conducir al aprehendido en el término de la distancia ante cualquier autoridad de policía. Esta identificará al aprehendido, recibirá un informe detallado de las circunstancias en que se produjo la captura, y pondrá al capturado dentro del mismo plazo a disposición de la Fiscalía General de la Nación.

Si de la información suministrada o recogida aparece que el supuesto delito no comporta detención preventiva, el aprehendido o capturado será liberado por la Fiscalía, imponiéndosele bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario. De la misma forma se procederá si la captura fuere ilegal.

La Fiscalía General de la Nación, con fundamento en el informe recibido de la autoridad policiva o del particular que realizó la aprehensión, o con base en los elementos materiales probatorios y evidencia física aportados, presentará al aprehendido, inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, ante el juez de control de garantías para que este se pronuncie en audiencia preliminar sobre la legalidad de la aprehensión y las solicitudes de la Fiscalía, de la defensa y del Ministerio Público.

PARÁGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 22 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> En todos los casos de captura, la policía judicial inmediatamente procederá a la plena identificación y registro del

será convocado de manera posterior para celebrar la conciliación con la víctima, trámite este, que bajo el gran cúmulo de procesos, puede tardar unos meses.

Entre tanto, si el fiscal de turno interpreta que el Art. 74 alude exclusivamente al hurto simple cuando no concurren en el circunstancias de Agravación, en el momento en que estas se den en el caso concreto, ubicará la conducta fuera del ámbito de los delitos querellables y por tanto le dará la naturaleza de conducta oficiosa con las consecuencias gravosas que de ello se desprenden.

En ese caso, no requerirá para proseguir con el ejercicio de la acción penal el tramitar la figura de la conciliación, lo que le permite en ese término de 36 horas, si tiene los medios de prueba necesarios conforme al artículo 302 de la codificación reseñada, realizar las audiencias preliminares y vincular formalmente al indiciado al proceso penal e incluso imponerle medida de aseguramiento, llevándolo en algunos casos a privarlo de la libertad mientras se surten las otras etapas del proceso.

Como se ha evidenciado los tratamientos conllevan a consecuencias penales diferentes lo que no debe ser admisible, pues ello atenta contra los principios de seguridad jurídica e igualdad, que se conciben como pilares de un Estado que se denomine democrático y de derecho.

aprehendido, de acuerdo con lo previsto en el artículo 128 de este código, con el propósito de constatar capturas anteriores, procesos en curso y antecedentes.

CAPITULO I

1. MARCO TEORICO

1.1. RESPONSABILIDAD PENAL

Antes de hablar del fenómeno de las circunstancias, es pertinente indicar que las mismas hacen parte de un fenómeno macro que las engloba y que se conoce como Responsabilidad Penal, concepto que entran a modificar y sobre el cual nos detendremos meridianamente a estudiar y desglosaremos intentando imprimir algo de claridad en la definición del mismo.

El termino responsabilidad, se encuentra inmerso en todo el orden jurídico, sumergido en cada una de las diferentes Ramas del Derecho, (Civil, Penal, Administrativo, Laboral etc.) y según la real academia de la lengua Española debe entenderse por tal: Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, la consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal, en el campo de jurídico puede entenderse como un enunciado mediante el que se expresa un juicio de valor negativo (un reproche jurídico) sobre una conducta de un sujeto que ha infringido una norma de un ordenamiento dado (Sanz, 1998, p.29).

En lo que atañe la responsabilidad penal, por ella debemos entender la realización de un juicio de valor negativo sobre la conducta concreta del individuo, es decir, un reproche. Por consiguiente, dejando a un lado las críticas realizadas por el determinismo, la responsabilidad penal, ha de sustentarse sobre la culpabilidad, ya que, para poder imputar la responsabilidad por un acto a un sujeto, ha de considerarse a dicho sujeto un agente moral, lo que implica admitir su capacidad de libre decisión (Sanz, 1998, p.29).

En la actual teoría del delito, para imputar responsabilidad Penal al agente de una conducta, éste debe crear un riesgo jurídicamente desaprobado para un bien jurídico en concreto, lo que se debe materializar en un resultado lesivo, consistente en la realización del riesgo y debe mediar entre la acción y el resultado un nexo de causalidad necesario aunque no suficiente, (lo que se conoce como injusto penal).

La acción se puede materializar de forma dolosa o culposa y debe estar exenta de cualquier causal de justificación, hecho sobre el cual se realiza un juicio de culpabilidad para cada evento en concreto, no en abstracto, y se resalta que es sobre el hecho que el ordenamiento jurídico ha valorado como un comportamiento típico y antijurídico y no por ningún otro evento, como podría ser el modo de vida, apreciaciones políticas, religiosas, sexuales etc. Esto lo que se conoce como juicio de reproche, acompañado de la conciencia de antijuridicidad, consistente en que el sujeto sabe que lo que realiza está prohibido.

Adicionalmente, se le reprocha al autor que pudo haber ajustado su conducta conforme la norma, pero opta por actuar de una manera diferente alejada del derecho, y finalmente se establece la capacidad mental del sujeto para entender la ilicitud de su actuar y de esta manera, determinar su conducta conforme a dicha comprensión. La conducta debe ser analizada en un contexto determinado en donde se mezclan diferentes aspectos tales como los políticos, religiosos, sociales, históricos y es lo que se conoce como imputabilidad, concepto que es definido con claridad por el profesor Carlos Alberto Mojica Araque, como la capacidad mental que debe tener el autor al momento de realizar la conducta punible y que le permite, sin sombra de duda, comprender el carácter ilícito de su conducta y en consecuencia, dirigir su actuación de conformidad con esa comprensión (Mojica, 2010, p. 658).

1.2. RESEÑA HISTÓRICA:

Es pertinente realizar una breve reseña histórica en relación al origen de las circunstancias, como elementos modificativos de la responsabilidad penal. En González Cussac, encontramos una breve síntesis de la evolución de esta figura, quien informa que: desde el antiguo Derecho Romano se conocía la existencia de agravantes y atenuantes, los cuales no estaban contemplados de manera genérica, sino, que en su mayoría se habían establecido como circunstancias especiales previstas para determinados delitos. Durante la época imperial se tenía en cuenta como principales circunstancias, aquellas que giraban en torno a los medios empleados para realizar la conducta, al tiempo y lugar de realización de la misma, la persona del ofendido y el comportamiento anterior y posterior al delito. En lo que alude al derecho Germánico, se puede decir que sus creaciones legislativas, entre las que cabe resaltar, el Breviario de Alarico, el Código de Eurico y el Fuero Juzgo, no contenían una parte general como se entiende hoy e inicialmente se trató de un Derecho Penal Fundado exclusivamente en el resultado, pero que con posterioridad, fue adquiriendo un carácter eminentemente personal, surgiendo así, en numerosos delitos un buen número de circunstancias que los acompañaban.

Fue con el surgimiento del Derecho Penal Canónico, que se empiezan a configurar las teorías individualizadoras de las penas y por ende las circunstancias modificativas, fundadas en la importancia concedida al elemento subjetivo de la infracción, en otras palabras, se dio un desarrollo del fuero interno como del externo en la valoración de la conducta, con el humanismo del siglo XVI y XVII, se produjo un retorno a las formas de interpretación histórico- filológicas, como reacción contra el mundo de formas espirituales de la edad media y en la edad moderna se caracteriza por un excesivo arbitrio judicial, donde la ley no tenía una clasificación de las

circunstancias, ni atenuantes ni agravantes, sino que se dejaban al criterio del juez, según cada caso en particular, lo que desencadenaba en una falta de seguridad jurídica (González, 1998, pp. 8-13).

Finalmente, el nacimiento de la teoría general de las circunstancias queda vinculado al movimiento codificador y, puntualmente a la proclamación del principio de igualdad como indiscutible valedor de la individualización de la pena, así como de la formación de la parte General del Derecho Penal (González, 1998, p. 15).

Las anotaciones preliminares nos permiten acercarnos a una definición de la noción de Circunstancias indicando que la misma proviene etimológicamente de las raíces *Circum*: Circulo, y *Stare*: estar, esto es, estar alrededor de, acerca de; o, como dice el léxico: “accidente de tiempo, lugar, modo etc; que está unido a la sustancia de algún hecho o dicho”. Si se refiere esta noción al Derecho Penal, debe entenderse por tal lo que rodea el 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 correspondiente (Velásquez, F., 2009, pp. 937 – 938).

Podemos encontrar en este mismo sentido, una definición más profunda sobre el fenómeno analizado, en la doctrinante española Carmen Salinero Alonso, quien aborda la definición desde sus raíces etimológicas y manifiesta que circunstancia es aquello que está “alrededor de” o “entorno a” algo, a lo que se adhiere y que existe con anterioridad: el delito. Por tanto deriva de allí una primera característica a esa institución cuál es su *carácter secundario*, cobrando plena significación únicamente cuando se añade al elemento primario, por tanto para que se pueda

hablar de circunstancias, es necesario que se dé la previa constatación del injusto culpable “delito” que en cuanto elemento primario permite que uno secundario “circunstancia” se adhiera a él (Salinero, 2000, pp. 26-27).

En razón de lo anterior, el tipo penal tiene una existencia autónoma, indistintamente si se presenta o no el fenómeno de la circunstancia, pues ésta no hace parte de los elementos esenciales de su estructura, es tan solo una parte accidental o accesorio del mismo.

1.3. POSICIONES DOCTRINALES SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS

No existe en la actualidad consenso sobre un único sistema de circunstancias, por el contrario, estas han dado origen a diversos modelos al momento de intentar fijar la pena más justa, allí se conjugan dos necesidades que son imperiosas, a saber: de un lado el mandato de certeza y determinación de las normas penales en un Estado de Derecho y por otra parte, la exigencia de adecuar la pena a las características concretas del hecho y su autor. (Salinero, 2000, p.6).

Así, de la prelación que se le dé a una u otra posición, pueden surgir al menos dos grandes sistemas de configuración de circunstancias: el primero atinente a las causas de atenuación y agravación de la pena contenidas en la parte General de los ordenamientos (conocidas como circunstancias genéricas) que en principio afectan a todas las tipologías, y, el segundo las contenidas en la parte especial de los códigos penales, y que aplican para algunos tipos específicos (conocidas como circunstancias específicas) (Salinero, 2000, p.6), aclarando desde ya, que también existen sistemas mixtos donde se pueden encontrar códigos por ejemplo como el Colombiano donde se conjugan ambos sistemas.

Frente a las circunstancias, existe la discusión sobre si por tales deben entenderse las consagradas tanto en la parte general del código, como las contenidas en la parte especial del mismo.

Algunos autores parten de reconocer que son otros los elementos normativos que constituyen o fundamentan el delito base del cual ellas se predicen; de tal manera que las circunstancias son accidentales, pues si no concurren, el delito base al que pertenecen subsiste; y secundarias, pues no se podría predicar su existencia de manera autónoma, es decir, previamente se debe establecer la configuración del delito que pretenden modificar.

Entre tanto, otros consideran que las circunstancias de la parte especial no son más que elementos del tipo penal circunstanciado, y deben ser tratados como tales. En nuestro medio, autores como Fernando Velázquez, indican que en principio las circunstancias de carácter específico deben ser entendidas como elementos del supuesto de hecho, ello acorde con una concepción del tipo circunstanciado, indicando que cuando el legislador habla de “circunstancias agravantes” o “atenuantes” al describir las diversas figuras típicas, hace referencia a elementos o exigencias típicas, e incluso frente a las llamadas circunstancias Genéricas, el precitado autor indica que algunas pueden ser de carácter típico y toma como ejemplo las circunstancias Genéricas de menor punibilidad regladas en el artículo 55 del Código Penal Colombiano a saber: cuando el agente obra por motivos nobles o altruistas, núm.- 3 _ bajo apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible, etc.... En cuanto a las agravantes del artículo 58, indica que pueden ser calificadas todas de naturaleza típica y concluye diciendo que lo anterior demuestra que no puede afirmarse a priori, que todas las circunstancias genéricas “no desintegran ni modifican el delito” poniendo ello de manifiesto que

el número de auténticas circunstancias se reduce así considerablemente (Velásquez, 2009, pp. 940 – 941).

En el Código Penal Colombiano, se tienen dos tipos de circunstancias; las generales y las específicas. Es justo sobre estas últimas sobre las que recaerá el debate y la discusión. Sin embargo, autores como el profesor Francisco Tamayo, indican que se debe entender por circunstancias tanto las genéricas como las específicas, pues se considera que el problema no consiste en que para darse el delito circunstanciado debe darse la circunstancia específica, pues igual acontece con la circunstancia genérica en el sentido de que previo a derivar sus consecuencias debe estar debidamente probada y asegurado el conocimiento de la misma conforme al principio de culpabilidad (Código Penal, 2000, art. 12).

Por el contrario, la sustancia del asunto se encuentra, y ello legitima la idea de unificación, en que ambos elementos se encuentran separados de una decisión previa que estableció una pena determinada, y además que de desaparecer estos elementos ello no impide la decisión inicial de sanción en el delito básico, y lo más importante, que la característica de ambas es su incidencia en la modificación de la pena, aunque, se reconoce, en diferente dimensión. El hecho que las genéricas sirvan más para individualizar la pena ya determinada y las específicas permitan afirmar un ámbito nuevo de sanción, lleva simplemente a aceptar las características de cada tipo de circunstancias, pero no negar tal condición a las de tipo específico (Tamayo, F, 2012, pp. 13-31).

En similar sentido se ha pronunciado el Profesor, Juan Oberto Sotomayor, al indicar que debe entenderse por circunstancia toda aquella condición que modifica la responsabilidad penal, requiriéndose entonces que se trate de una condición diferente del Injusto y la culpabilidad, pues

estas no modifican, sino que fundamentan la responsabilidad (Sotomayor, & Gallego, 199, pp. 36).

De la mano con lo expuesto de manera precedente, la doctrina también ha realizado esfuerzos por hallar el fundamento de las circunstancias, y se ha discutido sobre la posibilidad de ubicarlas al interior de la teoría de la pena o sobre la teoría del delito. Los de la primera corriente plantean que el delito en ocasiones presenta caracteres accidentales que transforman su fisonomía a efectos de la pena, pero estos elementos denominados (circunstancias), no afectan a la sustancia del mismo, sino que la dejan intacta, proyectan por tanto su eficacia hacia la medición de la pena o la modificación de la responsabilidad criminal. En cuanto a los segundos, consideran que es en la teoría del delito donde deben enmarcarse las circunstancias, afirman que su razón de ser se encuentra en la mayor o menor gravedad del contenido del injusto del hecho o en la mayor o menor culpabilidad del autor por el hecho realizado, donde gradúan el injusto y la culpabilidad, determinando la mayor o menor gravedad del delito, es por ello que el monto de la pena a imponer, como consecuencia jurídica por el delito cometido va a variar de la concurrencia o no de circunstancias, es decir, de la mayor o menor gravedad del delito (Pérez, 1995, pp. 40 - 41).

1.4. LAS CIRCUNSTANCIAS EN EL DERECHO COMPARADO.

En el derecho comparado el fenómeno de las circunstancias ha sido abordado de manera diferente. No obstante lo anterior, existe consenso en el hecho de que estas surgen como una forma de poner coto a los excesos de los arbitrios judiciales y como una manera de precisar o determinar la responsabilidad penal del procesado que finalmente hubiese sido condenado atendiendo a los eventos de cada hecho en particular. Entre las diversas codificaciones que cabe analizar por el desarrollo dado a la materia. Encontramos la doctrina Alemana, Italiana, Francesa

y la Española, para lo cual nos apoyaremos en lo expuesto por el maestro González Cussac, a saber:

Al interior de la doctrina Italiana, se viene desarrollando de manera mayoritaria la posición de considerarlas como elementos accidentales, al punto de entenderlas como elementos accesorios de la infracción penal y que no afecta para nada su esencia, indicando que frente a los elementos constitutivos o esenciales del tipo, pueden agregarse nuevos elementos que se consideran como accidentales y que no influyen en la estructura típica del delito, sino, solo en su gravedad o cantidad, surgiendo de esta manera la problemática de establecer si las circunstancias, al interior de un tipo penal determinado pueden entrar a distinguirse de los elementos que lo constituyen, o si por el contrario se funden con éstos de tal manera que dan origen a una nueva figura típica, siendo posible entonces encontrar en el sistema italiano tres posibles supuestos:

- El delito simple, esto es, sin circunstancias.
- El delito circunstanciado, es la estructuración del delito simple con circunstancias sin perder su autonomía.
- El delito distinto, es una figura nueva y autónoma construida sobre la base del delito simple pero con nuevos elementos que lo trasforman (González, 1998, pp. 61- 62).

En otros ordenes jurídicos como el Alemán, el tratamiento es diferente, pues éste sistema solo admite causales de agravación y atenuación especialmente determinadas y solo frente a algunos delitos, por ende el desarrollo dogmático de la figura es muy precario, simplemente se les ha denominado como causas de determinación de la pena, o fundamentos generales de atenuación o agravación. Se carece entonces de cuadros de circunstancias comunes o generales y las el conjunto de reglas para contenida en su parte general, así como las circunstancias innominadas

de la parte especial, no son se les puede dar el trato de verdaderas circunstancias (González, 1998, pp. 45-47).

En un mismo sentido se pronunció Salinero Alonzo, cuando manifiesta que el Código Penal Alemán, parte de un sistema de determinación de la pena que no tiene correspondencia con el Español, puesto que aquel recoge reglas de determinación de la pena, que en ningún caso, pueden ser entendidas a la manera de las previstas en el código penal Español y que estas deben ser entendidas como simples criterios y factores a considerar dentro de la estricta individualización judicial (Salinero, 2000, pp. 11-15).

En cuanto al derecho francés, cabe decir que adoptó un carácter mixto, entre los sistemas germánicos y latinos, de allí que se encuentren algunos esfuerzos por dar una definición del concepto de circunstancia, dotado de las siguientes características:

- a) No existe un concepto unitario de circunstancia modificativa, se construye un concepto diferente dependiendo según se trate de un agravante o un atenuante
- b) Se definen las primeras como hechos fijados por la ley de modo expreso y determinado que entrañan un aumento de la pena, mientras que las segundas están abandonadas a la libre apreciación judicial, a su discrecionalidad.
- c) Mayoritariamente los autores indican que las circunstancias agravantes son hechos accesorios al delito o elementos accidentales de la infracción.
- d) Por lo anterior surge la necesidad de distinguir entre los elementos esenciales y los accesorios de la infracción penal, indicando que la diferencia estriba en que sin los primeros el delito deja de existir, entre tanto sin los segundos la existencia del delito se mantiene (González, 1998, p. 65).

Por otra parte, en cuanto al Derecho Español desde el código penal de 1822, se ha adoptado el sistema de configurar cuadros de circunstancias en la parte General de los distintos códigos penales, estableciendo catálogos que se corresponden a circunstancias atenuantes y agravantes, desde entonces los diversos códigos penales y proyectos de los mismos, han introducido nuevas circunstancias, han suprimido otras, pero en general el sistema se ha mantenido intacto (Salinero, 2000, p. 8).

1.5. COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS:

1.5.1. DESARROLLO DOGMÁTICO DE LA FIGURA.

Como ya se ha expuesto en el presente trabajo, en la doctrina no existe unanimidad sobre lo que debe entenderse, en relación al fenómeno analizado de las circunstancias y dependiendo del fundamento y posición que con ocasión a la misma se adopte, se derivan de ello circunstancias problemáticas, que llevan consigo consecuencias dogmáticas que tocan entre otros temas, los de la comunicabilidad o no de éstas del autor al partícipe.

Las circunstancias admiten un amplio catálogo de categorizaciones, temática que como bien lo expone Salinero, no es nada pacífica, y sobre lo cual enseña:

Las circunstancias modificativas han sido objeto de múltiples clasificaciones atendiendo a diversos criterios no siempre válidos y útiles para su mejor conocimiento y comprensión. De entre todas ellas la más común y reiterada entre la doctrina, no sólo histórica, sino, también actual, es la que de acuerdo con su naturaleza distingue entre circunstancias objetivas y subjetivas (como se cita en Arroyo & Berdugo, 2001, pp. 1297 – 1298).

Así mismo, la autora en cita manifiesta que el problema se agrava, porque todas las circunstancias poseen, al tiempo, componentes subjetivos y objetivos que hacen muy difícil su inclusión en una u otra estructura sin riesgos a equivocaciones. Es más, desde este punto de vista, habría que concluir que todas las circunstancias son mixtas, lo que nos lleva a un aparente círculo sin salida, pero frente a esto propone que solo se podría llegar a una solución satisfactoria analizando cada una de las circunstancias de forma independiente, indagando en su *ratio*, y poniendo de manifiesto el predominio o prevalencia de uno u otro carácter. Y todo ello, claro está, sin prejuzgar una fundamentación dogmática que la vincule apriorísticamente al injusto o a la culpabilidad, fundamentación que en algunas ocasiones no existirá (como se cita en Arroyo & Berdugo, 2001, pp.1298 – 1299).

Castro, De La Vega y Caldas, (2004), agrupan estas clasificaciones en:

A. CIRCUNSTANCIAS PERSONALES Y MATERIALES

Se denominan personales las circunstancias que se refieren a condiciones, cualidades o características del sujeto activo, como sería, p. ej., la relación de parentesco del sujeto agente con la víctima (núm. 7 art. 58), o la posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad (núm. 9 art. 58). Y se les denomina materiales o reales cuando atañen a aspectos temporales, modales o espaciales de la conducta típica que tienen eficacia jurídica sin consideración a la persona del autor, verbigracia, la nocturnidad o el lugar despoblado.

B. CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS Y SUBJETIVAS.

Se consideran objetivas las circunstancias relacionadas con el aspecto externo del delito, como los medios empleados para su realización, o las que denotan una mayor o menor

peligrosidad del hecho, tales como aprovechar circunstancias de tiempo, modo o lugar que dificulten la identificación del autor o partícipe (núm. 5 art. 58). Y se habla de circunstancias subjetivas cuando tienen que ver con el sujeto activo del delito, como ocurriría con la situación de indigencia (núm. 8 art. 55), o las que indican una motivación particular del mismo, tal como los móviles de intolerancia, los motivos racistas u otra clase de discriminación (núm. 3 art. 58), o el obrar por motivos nobles o altruistas (núm. 2 art. 55)

C. CIRCUNSTANCIAS GENÉRICAS (GENERALES O COMUNES) Y ESPECÍFICAS

Se denomina genéricas a las circunstancias que en principio son aplicables a todos los delitos, p. ej., las consagradas en los artículos 55 y 58 C. P., exceptuándose aquellas que ya han sido incluidas por el legislador como elemento del injusto de un delito específico y, por ende, están ya contenidas en la propia estructura típica, siendo esta exclusión consecuencia de la estricta aplicación del *non bis in idem*, que impide en un caso como estos valorar doblemente un mismo hecho (como elemento estructurante del tipo penal y, además, como circunstancia); de manera que si se comete un homicidio, p. ej., valiéndose de la actividad de un inimputable (núm. 5 art. 104), no se puede tener en cuenta la circunstancia genérica de agravación contenida en el numeral 11 artículo 58, que alude a la misma situación.

Por el contrario, se llama específicas a las circunstancias que son aplicables solamente a un delito determinado o a un grupo de delitos, y están señaladas bien sea en la parte especial o bien sea en la parte general del Código Penal, verbigracia las del artículo 241, que consagra las circunstancias de agravación punitiva para el delito de hurto (Castro, et. al, 2004, pp. 112 - 113).

D. COMUNICABLES Y NO COMUNICABLES:

Las comunicables pueden trascender a todos los intervinientes del delito, mientras las no comunicables no advierten esta posibilidad (Ferre, Nuñez & Ramírez, 2010, p. 631).

Esta clasificación es importante traerla a colación para cuando aterricemos sobre el análisis del artículo 62 del Código Penal Colombiano, que regula el tema analizado, problemática que se pone de presente con especial relevancia en los delitos especiales, entendiendo por estos, aquellos que pueden ser cometidos solo a título de autoría, por un círculo limitado de sujetos (Gómez, 2003, p.1).

Así mismo en el sistema jurídico español, frente a los delitos especiales se ha dicho que son aquellos que requieren, para poder ser autor, una específica cualificación en el agente (así, el delito de malversación de caudales públicos del art. 432 requiere el carácter de autoridad o funcionario; el de prevaricación judicial del art. 446 exige ser juez o magistrado; el de falso testimonio del art. 458 precisa reunir el carácter de testigo). Delito común es aquel que no requiere reunir tal cualificación para ser autor (así, por ejemplo, el delito de hurto). Entre los delitos especiales se distingue, a su vez, entre especiales propios (aquellos que sólo se han previsto para sujetos cualificados y no existen al margen de éstos) y especiales impropios (aquellos que, junto a una modalidad para sujetos cualificados admiten otra para sujetos no cualificados: así, junto al delito de hurto, hay que tener en cuenta que la conducta de malversación de caudales públicos del art. 432 coincidirá con la del hurto en muchos casos) (Universidad de Navarra, 2017, párr..2).

Las circunstancias, pueden ser vistas desde un sentido amplio y otro restringido, si se asume la primera postura, podemos definir las como:

Los hechos, relaciones o datos concretos que son tenidos en cuenta por la ley para medir la gravedad de lo injusto o de la culpabilidad, quedando comprendidas bajo este concepto no sólo las agravantes y atenuantes consagradas en la parte general del Código Penal, sino también aquellas que sirven para formar subtipos agravados o privilegiados contenidos en la parte especial del mismo Código (Castro, De La Vega y Caldas, 2004, p. 115).

El adoptar esta tesis trae consecuencias dogmáticas de diversa índole. En efecto, sustentar este planteamiento en el ámbito de los *delitos especiales impropios*, trae aneja como principal consecuencia la necesidad de afirmar que pueden ser calificados como circunstancias, los agregados de los tipos básicos que conforman los tipos subordinados (agravados o privilegiados), siendo, por tanto, predicable de ellos su comunicabilidad o incommunicabilidad del autor a los partícipes en aplicación de la cláusula que para el efecto consagra el Código Penal en su parte general (Castro, De La Vega y Caldas, 2004, p. 116).

Siendo consecuentes con lo expuesto, si se aplica estrictamente esta arista, especialmente a las circunstancias que se clasifican como personales, se verá como necesario en ocasiones dividir el título de imputación jurídica del delito, indilgando al partícipe (cómplice o determinador) responsabilidad penal por la comisión del delito básico y al autor cualificado por la realización del delito subordinado (Castro, De La Vega y Caldas, 2004, p. 116).

No obstante lo anterior, hay autores entre los que se destacan Reyes Echandía y Bacigalupo

que muy a pesar de entender que los elementos personales que constituyen la calificación del sujeto activo exigida por el tipo penal tienen naturaleza circunstancial, llegan a concluir que el título de imputación jurídica en algunos eventos no se divide, de forma tal que la responsabilidad penal del partícipe se fundamenta en el mismo delito cometido por el autor, bajo el entendido de que la circunstancia personal se comunica del autor al partícipe (Castro, De La Vega y Caldas, 2004, p. 116).

De otra parte, en relación con los *delitos especiales propios* este sector doctrinal, de modo general, considera que son delitos independientes por antonomasia, dado que no existe una figura común paralela a la cual sea posible adecuar la conducta del *extraneus* interviniente en la realización del delito (Castro, De La Vega y Caldas, 2004, p. 117).

Aquellos autores que adoptan un concepto estricto o restringido de circunstancia sostienen que éste cobija única y exclusivamente a aquellos datos, relaciones o características que no tienen vínculo alguno con el supuesto de hecho de la norma penal y que, por lo tanto, son elementos accidentales que, por su carácter de tales, de ninguna manera pueden influir sobre la estructuración del injusto penal pues se trataría de situaciones atinentes bien a la culpabilidad y a la punibilidad o con influencia solamente sobre la determinación de la pena (Castro, De La Vega y Caldas, 2004, p. 117).

Como corolario de ello, de una parte, se establece una separación tajante entre circunstancia en sentido estricto (esto es, la que debe ser tomada en cuenta a efectos de comunicabilidad) y las causales excluyentes de responsabilidad: supuestos de inacción, atipicidad, justificación e inculpabilidad; y, de otra parte, se concluye que forma parte del injusto específico del respectivo delito, todo dato, característica o relación que tenga vinculación con el

supuesto de hecho de la norma penal, es decir, se consideran aquí los elementos típicos esenciales, por lo cual no se podría enmarcar dentro del concepto de circunstancia aquellos agregados de los tipos básicos que conforman los tipos subordinados (agravados o privilegiados) (Castro, De La Vega y Caldas, 2004, p. 118).

1.5.2. LA COMUNICABILIDAD EN COLOMBIA

Aterrizando en el ámbito penal colombiano, el tema de las circunstancias se regula en el artículo 62 del código penal que consagra:

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.

Como logramos ver, la norma trascrita, de entrada, zanja cualquier posibilidad de predicar la comunicabilidad de las circunstancias entre los autores o coautores, y ello es lógico toda vez que estos realizan el tipo penal por sí mismos o mediando un acuerdo común, con división del trabajo criminal atendiendo la relevancia del aporte.

En igual sentido, se puede decir que en tratándose de autores, cada uno de ellos responderá en la medida en que haya realizado conducta típica, antijurídica y culpable; al paso que en los eventos de coautoría la decisión común al hecho es el elemento que permite efectuar la imputación recíproca de las diversas contribuciones a cada uno de los codelincuentes (Castro, De La Vega y Caldas, 2004, p. 132).

La trascendencia del análisis del artículo en cita, se centrará de una parte en el hecho de entender que las circunstancias de carácter personal que concurran en el autor, no se transmiten a los partícipes, muy a pesar de que estas sean conocidas por éstos, pues éstas, son de tal especificidad y calidad, que solo cobijan la persona del autor de tal manera que las hacen incomunicables a los otros sujetos intervinientes en la realización de la conducta, tal sería el caso de la relación de parentesco entre el agente y la víctima, verbigracia: El numeral primero del artículo 104 del Código Penal colombiano contempla la agravación del Homicidio cuando éste se da respecto de la madre o padre de familia, ese evento especialísimo de ser hijo, solo se predicará de quien ostenta esa calidad y no en relación a quien si bien, la conoce, se distancia de la misma, como lo sería ser un simple allegado o amigo del occiso.

Cobra relevancia la clasificación indicada al principio del presente subcapítulo, la cual es retomada por el propio artículo 62, al precisar que la comunicabilidad no procede frente a las de carácter personal y lo ratifica en su inciso segundo, al manifestar que las materiales sí serán objeto de transferencia al partícipe cuando sean conocidas por éste⁹.

Así mismo, como ya quedo expuesto, en criterio del autor del presente trabajo, quien adopta una concepción amplia respecto a las circunstancias, lo cual implica entenderlas como elementos accesorios al injusto y no como parte esencial del mismo, de éstas se podrá predicar su comunicabilidad, a menos, de que sean de aquellas clasificadas de carácter personal, conforme a lo reseñado de forma precedente.

⁹ Cfr. Art. 62 Código de Procedimiento penal: Las circunstancias agravantes o atenuantes de índole material que concurran en el autor, se comunicarán a los partícipes que las hubiesen conocido en el momento de la planeación o ejecución de la conducta punible.

Entre tanto, para quienes las entienden como parte del injusto, la consecuencia que se deriva entonces, es que quien realiza la conducta, ejecuta el tipo, por ende no se predica de éste comunicabilidad alguna, pues no hay hechos accesorios de ninguna naturaleza, sino la realización de la estructura del tipo, por ende la regla del artículo 62 ya expuesta se excluye. Lo anterior, puesto que como se ya se manifestó la comunicabilidad no podrá pregonarse entre los autores, y como quedo sentado, los tipos penales básicos en donde se materialicen las circunstancias específicas, serán tipos autónomos e independientes, con un injusto distinto, según la corriente restrictiva ya expuesta. En consecuencia, quien lo ejecute, será autor y de estos se reitera no se predica comunicabilidad alguna.

1.5.3. LA COMUNICABILIDAD EN ESPAÑA

La categoría de la comunicabilidad¹⁰ de circunstancias en el sistema jurídico español, está regulada en el artículo 65 de la codificación vigente, y su estudio ha suscitado diversas posturas. El maestro Díez Ripollès, citado por Carmen Salinero Alonso, indica como la mayoría de los autores antes del código español de 1944, concluían que: Toda circunstancia de naturaleza subjetiva, se refiere a la culpabilidad, y en cuanto a la comunicabilidad acude al párrafo 1 del artículo 60 (*actual 65*). A su vez, toda circunstancia de naturaleza objetiva, se refiere a la antijuridicidad, y es comunicable a tenor del párrafo 2 del artículo 60.

¹⁰ Cfr. Art. 65, Código Penal Español:

1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurren.
2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.
3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate.

Relación que es refutada por la autora en cita, al manifestar que: el actual artículo 65 – anterior art. 60 VCP– tiene un campo de acción muy determinado al señalar las pautas que han de seguirse a la hora de la posible extensión o comunicación de circunstancias a los partícipes, pero esas reglas no están pensadas para clasificar las circunstancias en subjetivas y objetivas. Lo que pretende este artículo es “dar una norma clara a través de la cual no pierda vigencia el principio de culpabilidad en relación con las circunstancias”, sin que sea lícito ver algo más en él (Arroyo & Berdugo, 2001, pp. 1300 – 1301).

En el artículo en cita, se contienen tres reglas, definidas por Muñoz Conde y García Arán así:

1. La del primer párrafo el cual establece la incomunicabilidad a los partícipes de las circunstancias que consintieren “en cualquier causa de naturaleza personal”, las que se aplicarán solo a los sujetos en quienes concurran.
2. El segundo párrafo se destina a las circunstancias afectantes a la ejecución material del hecho o a los medios empleados, que se aplicaran solo a quienes las conocieren al momento de su intervención en el hecho.

Estos dos primeros párrafos del art. 65, pueden interpretarse como una conformación del principio de culpabilidad en materia de circunstancias modificativas. Las circunstancias personales solo deben afectar a aquellos que las posean, mientras que las relativas a las modalidades del hecho deben ser abarcadas por el dolo del autor.

3. La tercera regla alude, al problema de los partícipes en los delitos especiales, cuando los mismos no reúnen las características personales exigidas para el autor en la correspondiente figura legal, por lo que se le denomina extraneus. A quienes se le puede

imputar responsabilidad penal pero imponiendo una pena menor en grado de inductor o cooperador necesario (Muñoz & García, 2012, pp. 481- 482).

Partiendo de esta distinta caracterización, el legislador establece dos contenidos distintos, de tal modo que las circunstancias personales no podrán apreciarse más que en aquellas personas en quienes “concurran”, y las relativas a la ejecución podrán aplicarse a todos aquellos que tuvieron conocimiento de ellas al tiempo de la acción o de su cooperación para el delito (Arroyo & Berdugo, 2001, pp. 1300 – 1301).

A efectos de la aplicación del artículo en cita, en la doctrina española se presentan dos grandes vertientes. La primera es aquella que estima que las circunstancias a las que hace referencia el artículo 65 son tanto las genéricas como las específicas, extendiendo de este modo sus efectos, a ámbitos como la participación en delitos *sui generis* o especiales, que en principio le serían vedados a un precepto que desarrolla su eficacia respecto a simples circunstancias modificativas de la responsabilidad. Por otra parte, la mayoría de la doctrina niega la aplicación del artículo 65, ya sea directa o analógicamente, a las circunstancias específicas, reservándolo de forma exclusiva para las circunstancias de los artículos 21, 22 y 23 (Muñoz & García, 2012, pp. 1315 – 1316).

Para lograr entender cuándo nos encontramos en presencia de unas circunstancias que aludan a las cláusulas de pertenencia o de relación personal, con la consecuencia que de ello se deriva, cual es la de la comunicabilidad de éstas, Salinero Alonso, ha intentado desarrollar los siguientes conceptos:

- Circunstancias que consisten en “la disposición moral del delincuente”. Son

aquellas que agravan o atenúan la responsabilidad en consideración a la postura o actitud del sujeto en relación a los valores éticos. Son criterios morales, subjetivos o anímicos, en definitiva, internos, los que dan forma y lugar a la circunstancia.

- Las que consistan en “sus relaciones (del delincuente) particulares con el ofendido”. Con esta expresión se alude a cualquier nexo o ligamen de cualquier tipo – familiar, laboral, sentimental, etc.– que vincule al delincuente con su víctima, que en todo caso debe tratarse de una persona física.

- Las que consistan en “otra causa personal”. Bajo esta expresión y a modo de cláusula residual o cajón de sastre, se englobarían todas aquellas circunstancias en las que cualquier otro aspecto o cualidad individual o personal, distintos a los anteriores, fundamenten una atenuación o agravación de la pena (Muñoz & García, 2012, pp. 1321 – 1322).

Y para entender cuándo estamos en presencia de las circunstancias que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, se deben concebir aquellas “circunstancias que agravan o atenúan la responsabilidad penal 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” (Muñoz & García, 2012, p. 1323).

CAPITULO DOS:

EL DELITO SUI GENERIS Y VALORACIÓN CRÍTICA A LOS ARGUMENTOS JURISPRUDENCIALES DADOS AL HURTO SIMPLE CON CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN.

2.1. PLANTEAMIENTO:

Para abordar la respuesta a la problemática planteada, se debe indicar preliminarmente que podrían ser dos las soluciones a las que nos podemos ver enfrentados, dependiendo del tipo de concepción o definición que del término circunstancia adoptemos dentro de la actual dogmática jurídico penal. Por ello, expusimos las diferentes posturas acogidas al interior de la doctrina nacional y algunas de derecho comparado (específicamente el desarrollo que las mismas han tenido al interior del Derecho Penal Español), pero puntualmente abordaremos el análisis jurisprudencial que sobre el referente, ha asumido la Corte Suprema de Justicia Colombiana, mediante el cual intentó zanjar la presente problemática que suscita ineludiblemente la discusión o controversia entre la autonomía o no del delito de Hurto Simple bajo las circunstancias de agravación ya reseñadas.

2.2. PRESUPUESTOS DOGMÁTICOS.

2.2.1. LA INCIDENCIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA PARTE ESPECIAL EN LAS RELACIONES ENTRE TIPOS DELICTIVOS.

La dinámica y sistemática del derecho penal implica que se relacione no solamente con otros subtipos de control social, sino también con el articulado que el mismo contiene. Puntualmente

cuando estas interacciones se dan en la parte especial, empiezan a surgir las relaciones de dependencia o independencia entre estos, esta temática es abordada por el profesor Víctor Gómez Marín, quien sobre el referente expresa que:

Esta conexión puede revestir una doble naturaleza. Un tipo puede encontrarse, en primer lugar, en una relación de *dependencia* de naturaleza *normativa* con respecto a otro tipo. En esta relación de dependencia entre tipos, la doctrina denomina al tipo que depende de otro “subtipo”, “tipo dependiente”, “tipo derivado”, “derivaciones típicas” o “variante dependiente”. El delito del que depende este último tipo suele recibir el nombre de “tipo básico”. La segunda clase de vinculación que puede darse entre algunos tipos de la Parte Especial consiste en una relación de parentesco *fenomenológico* o *criminológico* y de *autonomía* o *independencia normativa*. Los tipos que se encuentran en tal relación con otro tipo son denominados “delitos autónomos”, “delitos independientes”, “variantes independizadas” o “*delicta sui generis*”. En conclusión: en atención a su conexión con otros tipos, los tipos pueden ser clasificados en tipos básicos, tipos dependientes y tipos autónomos. El descubrimiento de esta clasificación de los tipos constituye el punto de partida de la doctrina del “*delictum sui generis* (Gómez, 2005, p. 06: 3).

En su obra continua el autor en cita exponiendo que la doctrina en comento, más que proponer una exposición teórica sobre el delito Sui Generis, da unas pautas o criterios que permiten determinar cuándo estamos en presencia o no de los mismos. No obstante, Gómez resalta que algunos autores como Nagler y Maurach, intentan dar una definición sobre estos.

Frente al primero señala que el *delictum sui generis* consistiría en una categoría que “se basa típicamente en una clase de delito ya regulada de otro modo con la que, por consiguiente es (al menos en parte) sustancialmente idéntica, pero que, por el contrario, aparecería como una nueva construcción autónoma, por lo que se distingue desde un punto de vista externo de aquella clase de delito, excluyéndola”. Afirma Nagler, además, que “por designio de la ley, el delito autónomo constituye, gracias a la especial formación de su tipo, un nuevo concepto de delito, y se contrapone, según esto, a otras clases de delitos de parecida estructura. La ley dota a esta construcción de un especial contenido de sentido y le permite llevar una vida propia”. Al delito *sui generis* contrapone Nagler el delito cualificado. En opinión de este autor, no puede decirse que el delito cualificado sea un delito “con vida propia” o “una nueva construcción autónoma” frente al tipo básico de referencia (Gómez, 2005, p. 06: 8).

El tipo de injusto del delito cualificado no sería un tipo de injusto *distinto* al del tipo de injusto del tipo básico de referencia, sino que, por el contrario, sería una mera *extensión* o *prolongación* suya. Nagler expresa esta idea mediante la siguiente *metáfora* (nótese el carácter *lingüístico* del concepto de este autor): si el delito básico es un edificio, el delito cualificado no representa la construcción de *otro* edificio, de un edificio *distinto*, sino de un *nuevo* piso, de un piso *adicional* en el *mismo* edificio ya existente (Gómez, 2005, p. 06: 8).

En cuanto a los delitos autónomos, Maurach distinguió entre un aspecto material y un aspecto formal. Si bien desde un punto de vista material sería preciso señalar que el delito autónomo *se derivaría* del delito básico de referencia, desde un punto de vista *formal* el delito autónomo devendría “una estructura jurídica unitaria de nuevo rango valorativo”, “un concepto autónomo de delito con contenido propio, con vida jurídica propia y con un ámbito

especial de eficacia”. En el tipo penal autónomo los elementos integrados en el tipo básico se refundirían para Maurach, en suma, en una nueva unidad cerrada en sí (Gómez, 2005, p. 06: 9).

Frente al delito distinto, manifiesta que resulta ciertamente lícito, e incluso necesario a determinados efectos, preguntarse si el delito A es el mismo delito que el delito B con el que se encuentra emparentado, o bien es, por el contrario, un delito distinto. O dicho con otros términos, más precisos desde la perspectiva que se adopta en este trabajo: si el tipo de injusto del delito A es el mismo que el del delito B, o bien se trata de un tipo de injusto distinto. Pero no es posible resolver satisfactoriamente esta cuestión de forma apriorística mediante un procedimiento lógico deductivo válido para todos los supuestos donde aquella cuestión puede plantearse (Gómez, 2005, p. 06: 48).

Así mismo indica el autor que la pretensión de extraer de la ley el concepto de delito “distinto” no es susceptible de censura. Por el contrario, es incluso digna de elogio, no obstante cuestiona el método para llegar a tal concepto el (lógico – formal), el cual simplemente serviría para cumplir una función expositiva y sistemática e indica que el único método interpretativo que permite advertir la existencia de una gran cantidad de delitos “distintos” cuyas respectivas naturalezas jurídicas nada tendrían que ver entre sí, que el fundamento de que estas clases de delitos puedan ser considerados “distintos” sería diferente para cada caso, y de explicar que las consecuencias dogmáticas previstas para cada una de las constelaciones delictivas en juego pueden ser distintas sería un método orientado a la voluntad y los fines de la ley. Esto es, el método teleológico cuyas respectivas naturalezas jurídicas nada tendría que ver entre sí (Gómez, 2005, p. 06: 49).

No en vano, una parte considerable de los autores que defienden en Alemania la idea del delito “distinto” consideran que el criterio decisivo para determinar la presencia de un delito distinto vendría representado por la constatación de que el tipo de injusto del delito que se analiza, es distinto respecto del delito al que se encuentra emparentado. Según este criterio, lo que convertiría en “distinto” a un delito, lo que le dotaría de sustantividad propia respecto de otros delitos sería, precisamente, la “especialidad” de su tipo de injusto, del objeto de la prohibición penal. De entre los representantes de este punto de vista, la mayor parte de ellos han creído ver la especialidad del injusto al que ahora me refiero en la existencia de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico distinto al protegido en el delito respecto del que guarda relación (Gómez, 2005, p. 06: 49).

2.2.2. ELEMENTOS ESENCIALES Y ACCIDENTALES DEL DELITO

Existen a su vez diferentes teorías, a efectos de poder establecer cuándo nos encontramos en presencia de delitos autónomos o frente a delitos dependientes. Hay un sector de la doctrina que expone que para fundamentar tal distinción, es suficiente realizar un proceso de abstracción mental, en donde se elimine algún elemento de la estructura del tipo penal y si éste aún subsiste, nos encontraríamos en presencia de un elemento circunstanciado. Entre tanto si realizado dicho ejercicio, desaparece la conducta punible, estamos entonces hablando de un elemento propio de la conducta (Fiandanca, 2006, p. 417).

Otros teóricos exponen, que realizar dichas diferencias solo es plausible en el plano jurídico, a través de un proceso de valoración e interpretación, puesto que estos elementos pueden tener una doble connotación, es decir, ser circunstanciado o esencial, pero ello dado a una valoración eminentemente legislativa (Alamo, 1981, pp. 208-209).

En el mismo sentido y tomando algunos argumentos de Mercedes Álamo, se ha pronunciado Carmen Salinero Alonso, indicando que la determinación de cuando un dato concreto opera como elemento esencial o accidental no puede ser resuelta desde una perspectiva meramente ontologista, ni a priori, ni con carácter general, la manera más razonable de llegar a una solución o zanjar el problema, es acudiendo a la valoración que el legislador haya podido realizar del dato o característica en concreto. La clave está en la valoración que de los elementos facticos realice el legislador a la hora de configurarlo como esencial o accidental y para tal finalidad el intérprete dispone de los medios hermenéuticos a su alcance, tales como el bien jurídico protegido, la sistemática seguida por el legislador y su concreta ubicación dentro del conjunto normativo, si posee o no *nomen iuris* propio y la identidad o no de la pena con que se conminan, son solo elementos auxiliares o instrumentales que allanan el camino, pero que en ningún caso los mismos pueden reemplazar y sustituir el trabajo del intérprete (como se cita en Salinero, 2000, pp. 30 - 31).

Para otros, una forma de diferenciarlos es a través de establecer una relación de Género a Especie. Desde esta óptica el tipo básico (genérico) es aquel que viene definido por un menor número de notas o requisitos y la formación de un tipo cualificado o privilegiado a partir de él, se produce por la adición a esas características de, al menos, un nuevo elemento típico, que viene a especificar ese tipo delictivo en orden a una agravación o atenuación de la responsabilidad (Ramos, 2016. pp. 85 -86).

Es lo que pasa en legislaciones como la Española en donde doctrinariamente se discute la autonomía o no del tipo penal de homicidio, en relación con el asesinato, y la controversia radica en determinar cuál de ellos es tipo básico y cual el derivado, para lo cual se ha establecido que

bastaría donde se encuentra recogido el concepto general del Homicidio Doloso, y donde una especificación del mismo con ciertas características o circunstancias particulares.

En este sentido es pertinente traer a colación, lo expuesto por Cobo del Rosal, Juan y Rodríguez Mourullo, Gonzalo, quienes indican que:

Para establecer la relación, genero- especie entre tipos delictuales hay que atender exclusivamente a la estructura interna de los propios tipos, y el sentido común indica que hay que considerar como tipo básico aquel más simple cuyas características están contenidas y se repiten en los demás tipos. Es improcedente traer a colación argumentos de otra naturaleza , que están más allá de la estructura del tipo, como sería, por ejemplo, en este caso, aducir que criminológicamente, el tipo fundamental es el de asesinato, por contraposición al cual se configura, luego, el de homicida” (Cobo del Rosal & Rodriguez, 1962, p. 193)

Sobre esta línea de discusión en España, han venido coexistiendo varias posturas sobre su naturaleza:

Unos estiman que el homicidio es el delito básico, mientras que el asesinato es un mero tipo agravado del homicidio, sin sustantividad propia, de tal manera que los elementos del asesinato (alevosía, ensañamiento y precio, recompensa o promesa) tienen la consideración de circunstancias modificativas de la responsabilidad (al igual que las del [artículo 22 del Código Penal](#)). “La mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia vienen entendiendo, al contrario, que el

asesinato es un tipo de delito autónomo frente al homicidio, de tal forma que las circunstancias contempladas por el [artículo 139 del Código Penal](#) son elementos constitutivos del delito de asesinato y no meras circunstancias agravantes (Wolters Kluwer, 2017, párr.3).

2.3. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL HURTO AGRAVADO EN COLOMBIA.

Jurisprudencialmente en Colombia el tema de cómo entender las circunstancias, ha sido abordado en muy pocas sentencias, pero se ha analizado puntualmente a través de la providencia 46110 de mayo de 2016 de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Luis Antonio Hernández Barbosa, en la que se examina la problemática objeto de discusión en este trabajo y es la de cómo entender el art. 74 del Código Penal Colombiano con ocasión a los delitos querellables, específicamente entrando en el estudio del Tipo penal de Hurto Agravado. La situación de facto estudiada fue la siguiente:

El 28-03-12 en horas de la tarde, unidades de policía fueron alertadas sobre la comisión de un hurto en el almacén Éxito de ciudad Victoria, lugar donde personal de vigilancia tenía retenida a la señora ADIELA DE JESÚS PINEDA, señalada de pretender sacar del almacén sin cancelar algunas prendas de vestir, valuadas en \$51.800, elementos que llevaba consigo en el interior de su blusa (Corte Suprema de Justicia, 2016 providencia 46110).

Luego de analizar el factor de competencia, la Corte Suprema de Justicia admite el recurso y al estudiar los argumentos de las partes realiza varias consideraciones en relación a la naturaleza que

le asiste al delito de hurto agravado, es decir, si es o no, un delito querellable y dependiendo de ello si debe ser concebido como uno oficioso, manifestado lo siguiente:

Debe señalarse que la discusión surgida en torno a la no inclusión expresa del artículo 241 del Código Penal en el listado antes mencionado implica concluir que el delito allí previsto es perseguible de oficio o si, por el contrario, esa omisión conduce a entender que corre la misma suerte de la conducta contemplada en el artículo 239 ibídem, es decir, requiere querrela de parte cuando la cuantía no desborda el límite señalado en el artículo 74 arriba citado, fue zanjada por esta Corporación al pronunciarse sobre tema similar con ocasión del abuso de confianza. Así, La Corte Suprema de Justicia expresó:

El punible de abuso de confianza simple del artículo 358 del Decreto Ley 100 de 1980 o 249 de la Ley 599 de 2000, así como el genéricamente agravado por la cuantía en los términos de los artículos 372 de aquél ordenamiento o 267 de éste, requerían y requieren para su investigación querrela de parte, ello por cuanto si bien los preceptos 358 y 249 citados prevén un delito básico, completo y autónomo, tales caracteres no se pierden para entender que emerge un nuevo tipo penal o uno diferente a aquél porque concurra una circunstancia genérica de agravación derivada en este caso de la cuantía, precisamente porque se trata de una que irriga la totalidad de los delitos previstos en el correspondiente título en este asunto contra el patrimonio económico; el abuso de confianza simple, si así se le puede denominar, esto es sin agravación por razón de la cuantía y el abuso de confianza agravado precisamente por esa circunstancia genérica no corresponden a delitos dogmáticamente diversos, por

eso mal podía exigirse del legislador que en el listado de delitos querellables incluyera expresamente al segundo, cuando ciertamente ya se entendía incluido con la simple referencia a esa ilicitud.

Diferente es la situación cuando legislativamente se habla de delitos específicamente agravados o calificados como que en tales eventos sí debe entenderse que aunque se trata de tipos que generalmente conservan el verbo rector del básico, constituyen un delito diverso de éste que permite calificarlos como tipos penales especiales en tanto además de los elementos propios del básico contienen otros nuevos o modifican requisitos del fundamental, de ahí que se apliquen con independencia de él; tal es el caso precisamente del abuso de confianza específicamente agravado que preveía el artículo 359 del Código Penal del 80, o el abuso de confianza calificado que señala el artículo 250 de la Ley 599 de 2000.

Tratándose entonces de tipos penales especiales, independientes, su no inclusión en la lista de punibles querellables permite concluir que ellos sí son ilícitos perseguibles de oficio (subraya la Corte, en esta oportunidad) (Corte Suprema de Justicia, 2010, rad. 31088).

De acuerdo con el citado precedente, a diferencia de lo que ocurre con preceptos en los cuales se establecen circunstancias de agravación de carácter genérico como las previstas en el artículo 267 del Código Penal, en cuyo caso la no mención expresa en el sentido de ser delitos querellables no los despoja de esa condición, la no inclusión en el listado respectivo de tipos penales especiales que

agravan o califican de manera concreta un tipo básico hace que estos últimos sean perseguibles de oficio.

La anterior situación, sin duda, acontece con el artículo 241 del Código Penal, que agrava de manera específica el hurto cuando quiera que concurra alguna de las causales allí previstas. Y lo mismo, huelga señalar, ocurre con el delito de hurto calificado previsto en el artículo 240 del estatuto punitivo, así como con la estafa agravada contemplada en el artículo 247 ibídem, que no requieren querrela para la iniciación de la respectiva acción penal, contrario a lo acaecido con el hurto tipificado en el artículo 239 y con la estafa a que se refiere el artículo 246, mencionados expresamente por el numeral 2º del artículo 74 de la Ley 906 de 2004¹¹

2.4. VALORACIÓN CRÍTICA DEL TRATAMIENTO DISPENSADO POR LA FISCALIA Y LA JUDICATURA AL HURTO AGRAVADO DESDE LA PERSPECTIVA DOGMÁTICA Y POLÍTICOCRIMINAL

Los operadores jurídicos, llámense fiscales o jueces, vía interpretativa no pueden vulnerar el principio de tipicidad estricta y so pretexto de indagar sobre el verdadero sentido de una norma, no podrían invadir esferas y competencias, que le son vedadas, y es lo que pareciera ocurrir cuando los fiscales que avocan conocimiento de las presuntas conductas tipificadas como Hurto Simple, según ya fue expuesto en la parte introductoria del presente trabajo, deciden darle el carácter de delito oficioso cuando en este concurren las circunstancias de agravación contenidas en el Art. 241 del Código Penal Colombiano, es decir, lo excluyen de la lista de querellables del art. 74 del Código de Procedimiento Penal.

¹¹ Siempre que la cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales, según la modificación que le efectuó el artículo 108 de la Ley 1453 de 2011.

Este tipo de interpretación puede proyectar una forma extensiva y amplia de entender el Derecho Penal, pero a su vez, una manera racional y legítima de entenderlo, sin que sea plausible indicar que ésta forma de darle sentido a la norma, constituya en manera alguna una vulneración del principio de legalidad¹², toda vez, que predicar una comprensión extrema o límite de un precepto normativo, en modo alguno puede servir de sustento para predicar que ello sea entendido como una trasgresión al principio ya reseñado.

La labor realizada por los operadores judiciales, como ya se esgrimió, podría ser una interpretación límite, pero ello no trastoca los principios de tipicidad y legalidad estrictos reinantes dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal, respecto de los cuales, la Corte Constitucional ha establecido: “(i) que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material) y que (ii) es obligatorio respetar el principio de tipicidad: “*nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa*”” (Corte Constitucional, 2012, sentencia, C-939). De manera que el legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad)

Se es enfático, sí, en afirmar que las circunstancias de agravación son simples elementos accesorios que entran a graduar la responsabilidad del agente incurso en la descripción contenida en el tipo y ello se eleva como una postura opuesta a la radiografía presentada en la práctica judicial descrita, por ello es relevante decir, que las adiciones al supuesto de hecho del tipo base,

¹² Cfr. Art.6 Código Penal Colombiano, Legalidad. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco. La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.

La analogía sólo se aplicará en materias permisivas.

no introducen una modificación tal sobre el tipo que lo doten de una especialidad tal, que afecte su injusto, al punto que es inverosímil pensar en una especificidad que le permita evolucionar a un tipo penal diferente. Mírese, como el bien jurídico tutelado sigue siendo el mismo, (el patrimonio económico) y el verbo rector que debe ejecutar el agente es igual, (apoderarse de cosa mueble ajena), la adición fáctica señalada en el agravante, no genera un distanciamiento tal del supuesto de hecho respecto del tipo con el que se encuentra relacionado, que permita afirmar que es un delito distinto.

Vemos entonces según lo expuesto que nuestra Corte Suprema de Justicia, acoge la tesis de que los tipos penales que tienen circunstancias específicas y no genéricas, deben ser tratados como nuevas figuras típicas y autónomas, es decir, una especie de delito Sui Generis, independiente del tipo base sobre las que éstas se predicán, teoría que es defendida en nuestro medio por doctrinantes como el profesor Fernando Velásquez para quien los hechos descritos en las circunstancias específicas, entran a formar parte de los elementos esenciales del tipo y no como parte accesorio del mismo (Velásquez, F., 2009, pp. 940).

Argumentos jurisprudenciales que no son compartidos por el autor del presente trabajo fundamentalmente por las siguientes razones:

1. Parece obviar la Corte Suprema de Justicia, que a diferencia de otras codificaciones, nuestro Código Penal adoptó una estructura en donde se identifica una parte Genérica y otra Especial, y en ambas incorporó la figura de las circunstancias y no existiría, siendo ello así, razón para incluir (las específicas) como elementos propios del tipo, por el solo hecho de su ubicación en la parte especial y excluir a las otras (las genéricas) por estar localizadas en la parte general de éste. Ello carece de cualquier vestigio de dogmática y más para la creación

de normatividades que afectan los derechos fundamentales en la manera en que lo realiza el derecho penal.

Recordemos que éste, es la última herramienta de control social cuya egida solo debe ser plausible cuando los otros subsistemas de control sean ineficaces. Esta forma de establecer lo esencial o no de los elementos que integran los tipos penales, no es más que una muestra de la irracionalidad de los procesos de creación legislativa penal en la que se encuentran sumergidos los sistemas jurídicos contemporáneos, los cuales como órganos normativos de control social, no se esfuerzan por la creación de normas que confronten el fenómeno de la delincuencia de manera articulada. De allí que muchas veces nos veamos avocados a interpretaciones escasas de profundidad argumentativa y carentes de suficiencia, sustentadas más en razones político criminales, y no apoyadas en razones eminentemente jurídicas, políticas que deben ser trazadas solo por los órganos competentes y no por las cortes de cierre de nuestra justicia ordinaria¹³.

Pero siendo más reflexivos y críticos aún, esos argumentos político criminales responden a intereses de ciertos sectores de la sociedad, puntualmente de las establecimientos de comercio conocidos como grandes superficies, quienes son víctimas de los delitos de hurtos en una forma considerable, y se ha demostrado que existen organizaciones que se dedican a esta actividad las cuales actúan en varios departamentos del País.

No obstante ser ello cierto y evidenciarse una disfunción social que requiere atención, las respuestas deben estar impregnadas de cierto nivel de racionalidad sobre todo de un componente ético¹⁴, que permita llegar al mayor consenso social respecto de qué debe ser abordado como objeto de tutela por parte del derecho penal y no simplemente que este sea

¹³Cfr. Sobre esta temática se puede ver a Díez, 2015.

¹⁴Cfr. Sobre esta temática se puede ver a Díez, 2015.

utilizado como una herramienta que atienda solo a los haberes de ciertas capas de la sociedad, los cuales se hacen visibles por los grandes ecos que logran generar, principalmente a través de los medios de comunicación quienes son los encargados de reiterar tal disfuncionalidad y mostrar los aspectos negativos de la misma, al punto que se vea necesaria su intervención por parte de los subsistemas de control social.

Lo anterior acompañado, al hecho de que nuestros legisladores cada vez más están en función de captar la atención de potenciales bases populares en pro de sus campañas electorales y no en el rol de producir normas de contenido sistemático y fundadas en soportes teóricos que permitan dar una oportuna respuesta al fenómeno de la criminalidad en cuanto a producciones normativas de carácter penal, lo que constituye un frontal atropello entre otros al desarrollo del principio de legalidad, tipicidad estrictas, y del principio de culpabilidad, los que emergieron como una contera a los excesos en la utilización del Ius Puniendi Estatal.

2. Pero la segunda de las razones, será la de mayor relevancia, ya que lo que debe determinar el carácter o no de esencial de un elemento, para que éste se incorpore a un tipo penal, es que sea constitutivo del tipo de injusto, es decir, cuando sea el fundamento de un determinado tipo penal y sustente la responsabilidad y no cuando la modifique; por el contrario estaríamos en presencia de un elemento accidental, cuando su rol en el tipo sea tan solo modificar la responsabilidad penal, graduando la gravedad de un determinado hecho punible, es decir, cuando se valore la gravedad del injusto o de la culpabilidad del autor en cuanto al hecho por éste ejecutado. Es válido en este apartado traer a colación los argumentos expuestos de manera precedente con ocasión a la creación vía interpretativa del

delito sui generis, comentarios a los cuales solicito al lector remitirse¹⁵, debiendo indicar por lo tanto simplemente que las adiciones de facto aportadas por las circunstancias en el Hurto Simple, no tienen la entidad para configurar un Injusto autónomo y diferente del contenido en el tipo base ya reseñado.

Lo anterior nos permite concluir, que tanto las circunstancias genéricas como las especiales, carecen de vida autónoma o independiente, esto es sin la configuración previa de los supuestos contenidos en un tipo base, al cual se deben estas no podrían materializarse. Las circunstancias muy a pesar de que agreguen nuevos elementos de facto, solo adicionan criterios de graduación respecto de la gravedad del hecho, a tal punto que sin la existencia de estos elementos accesorios, el tipo base no desaparece, se mantiene incólume.

CAPÍTULO III:

LA LEY 1826 DE 2017: VALORACIÓN DOGMÁTICA Y POLÍTICO CRIMINAL DADO A LAS CIRCUNSTANCIAS DEL HURTO Y DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO.

3.1. LA LEY 1826 DE 2017 COMO RESPALDO DE LA POSICIÓN CRÍTICA SUSTENTADA EN ESTE TRABAJO.

Desde los albores del presente trabajo, se han mostrado algunas de las modificaciones que a través de la ley precitada se introdujeron en la normatividad procesal colombiana, y en el presente capítulo de manera sucinta y a fin de no desviarnos del objetivo principal de esta tesis se realizarán unos breves comentarios críticos con ocasión a la misma.

¹⁵ Ver capítulo II del presente trabajo apartado 2.2.2. Elementos Esenciales y Accidentales del Delito.

Ya se ha reseñado que a través de ésta se crea un procedimiento abreviado y se desarrolla la figura novedosísima en nuestro sistema jurídico penal del acusador privado, así lo deja consignado la propia normatividad y sobre el referente encontramos que el ente acusador en Colombia ha indicado:

Con el fin de proponer estrategias que propugnen por la descongestión del sistema judicial, en especial el sistema penal acusatorio, el Congreso de la República expidió la Ley 1826 del 2017 “Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado”. A través de esta legislación, el Congreso crea un procedimiento especial abreviado, que no obstante respetar todas las garantías al debido proceso, hace mucho más corto el procedimiento penal para algunas conductas delictivas previamente establecidas. Así, frente a un catálogo de delitos contemplados en la legislación penal, se podrá realizar un trámite mucho más expedito y ágil con el propósito de dar mejores y mayores respuestas a la ciudadanía (Fiscalía General de la Nación, 2017, pág. 11)

En lo que toca con el procedimiento abreviado, éste se aplicara conforme al artículo 534 de la ley en cita a un catálogo de delitos expresamente señalados por éste, a saber:

I. Catálogo de delitos querellables:

Entiéndase por tal, aquellas que requieren querrela para el inicio de la acción de parte, y que encontramos en el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal, estas se dividen en aquellos que contemplan pena privativa de la libertad y aquellos que no. Como excepciones a esta primera

clausula encontramos algunos delitos que a pesar de ser querellables, no se guiaran por el procedimiento abreviado.¹⁶

Frente a los delitos querellables, con ley citada se amplió el número de sujetos que tienen esa legitimidad para interponer la querella, facultándose a los miembros de la policía nacional que conozcan de los casos de hurto cuando estos no sean de oficio. Esta modificación muestra una decisión político criminal en favor de los establecimientos de comercio denominados como grandes superficies, pues al ser éstas personas jurídicas, solo estaban facultados sus apoderados para iniciar la acción penal. Como vemos fue un gran favor el que les hizo el legislador, puesto que ya no tendrán que acudir a las unidades de Reacción Inmediata para poner en conocimiento de la autoridad competente los atentados contra el patrimonio económico del que sean víctimas¹⁷.

Adicionalmente suprimió la querella, cuando medie la flagrancia en estos tipos de delitos, con lo cual le acorta sustancialmente los procedimientos y le imprime mucha celeridad, pues ya no

¹⁶Cfr. Art. 74. Código de Procedimiento Penal Colombiano: Conductas punibles que requieren querella. Para iniciar la acción penal será necesario querella en las siguientes conductas punibles:

1. Aquellas que de conformidad con el Código Penal no tienen señalada pena privativa de la libertad, *con excepción de*: Ofrecimiento, venta o compra de instrumento apto para interceptar la comunicación privada entre personas (C. P. artículo 193); Divulgación y empleo de documentos reservados (C. P. artículo 194); Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto (C. P. artículo 416); Revelación de secreto (C. P. artículo 418); Utilización de asunto sometido a secreto o reserva (C. P. artículo 419); Utilización indebida de información oficial privilegiada (C. P. artículo 420); Asesoramiento y otras actuaciones ilegales (C. P. artículo 421); Utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de función pública (C. P. artículo 431); Utilización indebida de influencias derivadas del ejercicio de función pública (C. P. artículo 432).

¹⁷ Cfr. Art 71. Código de Procedimiento Penal Colombiano: Querellante legítimo. La querella únicamente puede ser presentada por la víctima de la conducta punible. Si esta fuere incapaz o persona jurídica, debe ser formulada por su representante legal. Si el querellante legítimo ha fallecido, podrán presentarla sus herederos. Cuando la víctima estuviere imposibilitada para formular la querella, o sea incapaz y carezca de representante legal, o este sea autor o partícipe de la conducta punible, puede presentarla el Defensor de Familia, el agente del Ministerio Público o los perjudicados directos. El Procurador General de la Nación podrá formular querella cuando se afecte el interés público o colectivo. La intervención de un servidor público como representante de un menor incapaz, no impide que pueda conciliar o desistir. El juez tendrá especial cuidado de verificar que la causa de esta actuación o del acuerdo, se produzca en beneficio de la víctima para garantizar la reparación integral o la indemnización económica.

Parágrafo. Cuando el delito de hurto, no haya sido puesto en conocimiento de la Administración de Justicia por el querellante legítimo, por encontrarse en imposibilidad física o mental para interponer la querella, esta podrá ser instaurada dentro del término legal, por el miembro de la Policía Nacional, que en el ejercicio de la actividad de policía, tenga conocimiento del hecho. En estos casos, la víctima de la conducta seguirá siendo querellante legítimo y el único facultado para ejercer la acusación privada.

sería necesaria la audiencia de conciliación previa, antes de proceder a vincular al formalmente al indiciado al proceso penal.¹⁸

II. Tipologías que se no son querellables:

Entre estas conductas encontramos delitos cualificados, como es el hurto calificado, frente al cual se pueden aplicar los mecanismos de justicia restaurativa, los que son definidos en el Art. 518 del código de Procedimiento Penal como : “ *todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador*” e incluye las figuras de la conciliación pre procesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación¹⁹, posibilidad que en principio podría decirse no se permite al interior del procedimiento ordinario normado en la ley 906 de 2004, en donde esta tipología de hurto, es oficiosa, y no permite vía aplicación de los mecanismos aludidos la extinción de la acción penal y mucho menos la concesión de subrogados por prohibición expresa de la ley 1709 de 2014.

No obstante lo expuesto de forma precedente y habiendo dejado claro que los mecanismos de justicia restaurativa, pueden aplicarse al procedimiento especial abreviado conforme a lo estipulado en el artículo 24 de la ley en cita, su aplicación solo será posible, hasta antes que se emita fallo de primera instancia, lo cual traerá como consecuencia la extinción de la acción penal de conformidad con lo previsto en el artículo 77 de la ley 906 de 2004 y 82 del código penal.

¹⁸ Cfr. Art 71. Código de Procedimiento Penal Colombiano: Parágrafo. No será necesario querrela para iniciar la acción penal respecto de casos de flagrancia o en los cuales el sujeto pasivo sea menor de edad, inimputable o se refieran a presuntas conductas punibles de violencia contra la mujer.

¹⁹ Cfr. Art. 521 Código de Procedimiento Penal Colombiano: Son mecanismos de justicia restaurativa la conciliación pre procesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación.

Efectos estos, que podrían hacerse extensivos por aplicación del principio de Favorabilidad al Hurto Calificado rituado en la ley 906 de 2004, facultad que encuentra asidero en el artículo 29 de nuestra Carta Política²⁰ y el inciso final del artículo 6 del código Penal Colombiano²¹ frente a la posibilidad de poder aplicar una norma posterior de forma retroactiva la Corte Constitucional ha establecido una suerte de requisitos a saber:

En virtud del principio de favorabilidad, la Ley 906 de 2004 debe aplicarse a hechos sucedidos antes de su entrada en vigencia e independientemente del distrito judicial donde estos se presentaron, si ello redunda en beneficio del procesado. (Corte Constitucional, 2007, sentencia, T-444)

Al respecto se manifestó en la Sentencia T-091 de 2006:

“7. La Sala Plena de esta Corporación se ha pronunciado, de manera uniforme y reiterada, sobre la reafirmación del principio de favorabilidad en referencia a la aplicación de la Ley 906 de 2004 a hechos acaecidos antes de su vigencia y en los Distritos judiciales en donde aún no ha entrado en vigor, no obstante las

²⁰ Cfr. Art 29. Constitución Política de Colombia: El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

²¹ Cfr. Art.6 .Código Penal Colombiano, Legalidad: La analogía sólo se aplicará en materias permisivas.

disposiciones de vigencia que este sistema normativo establece²² y el método progresivo adoptado para su implementación.

“Así en las sentencias 1092 de 2003²³ y C- 592 de 2005²⁴ la Corte declaró que la única interpretación posible del inciso tercero del artículo 6° de la Ley 906/04 es la que deriva de la conjugación de los principios de legalidad, irretroactividad de la ley, y favorabilidad penal.

“(…)

“11. En conclusión, la jurisprudencia constitucional de esta Corporación ha sentado varias directrices que interesan al análisis del caso que aquí se plantea, en materia de favorabilidad penal, referida a la Ley 906 de 2004, así: (I) El principio de favorabilidad como parte integrante del cuerpo dogmático de la Constitución, conserva pleno vigor y aplicabilidad respecto de la Ley 906 de 2004, no obstante las normas de vigencia que ella consagra, orientadas a reafirmar el principio general de irretroactividad de la ley penal, el cual no es excluyente sino complementario de la favorabilidad; (ii) el principio de favorabilidad conserva su vigor en todo el territorio nacional, no obstante el método progresivo elegido para la implantación gradual del nuevo sistema; (iii) el principio de favorabilidad rige también situaciones de

²² El artículo 5° transitorio del A.L. 03 de 2002 establece que “El presente acto legislativo rige a partir de su aprobación, pero se aplicará de acuerdo con la gradualidad que determine la ley, y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca” Por su parte el artículo 6° de la Ley 906/04 que enuncia el postulado de la favorabilidad determina que “Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia” (El original sin subrayas).

²³ En esta sentencia la Corte se pronunció sobre el artículo 5° transitorio del Acto Legislativo No. 03 de 20002.

²⁴ En esta sentencia se decidió sobre la exequibilidad de la expresión “Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia” contenida en el artículo 6° del nuevo estatuto procesal penal.

coexistencia de regímenes legales distintos, siempre que concurren los presupuestos materiales del principio de favorabilidad, lo que implica que no pueda ser aplicado frente a instituciones estructurales y características del nuevo sistema y como tales sin referente en el anterior; (iv) la aplicación del principio de favorabilidad reclama un estudio particularizado de cada caso a fin de determinar el impacto de las normas en conflicto sobre la situación del procesado.”

4.3. El principio de favorabilidad se aplica a toda la normatividad penal, independientemente de si se trata de normas sustanciales o procesales, aunque en este último caso es necesario considerar las especificidades de cada régimen procesal penal.²⁵ Por eso, los instrumentos de la Ley 906 de 2004 son aplicables a situaciones decididas con base en la Ley 600 de 2000, si ellos son favorables para el procesado y siempre y cuando del contexto de cada régimen procesal penal no se deduzca una razón que impida aplicar el principio de favorabilidad, como ocurriría si las instituciones relevantes en el régimen anterior y el posterior son completamente diferentes o no es posible compararlas. Es decir, para que sea posible la aplicación de los instrumentos de una nueva ley procesal penal a hechos cumplidos o juzgados en la época de vigencia de otra normatividad penal es necesario que los dos ordenamientos procesales penales contengan supuestos de hecho comunes.

4.4. La figura de la solicitud de sentencia anticipada contemplada en el art. 40 de la Ley 600 de 2000, no solo es una institución comparable sino que es equivalente a la aceptación unilateral de los cargos o allanamiento que regula el art. 351 de la Ley 906 de 2004. La equivalencia entre estas dos normas permite que las personas condenadas

²⁵ Ver al respecto, entre otras, las Sentencias C-592 de 2005 y C-207 de 2003. También las Sentencias T-291 de 2006 y T-015 de 2007.

bajo las normas contempladas en el art. 40 de la Ley 600 de 2000 soliciten que se les aplique el art. 351 de la Ley 906 de 2004, en virtud del principio de favorabilidad penal. (Corte Constitucional, 2007, sentencia, T- 444).

Para el caso objeto de análisis, según lo expuesto es totalmente viable poder aplicar el artículo 24 de la ley 1826 de 2017, para aquellos casos que ocurridos antes de la entrada en vigencia de la norma en comento, es decir, para aquellos ocurridos antes del 12 de julio de 2017 y que se ritualizan por la ley 906 de 2004, pues la aplicación de los mecanismos de justicia restaurativa como medio en el que las partes en conflicto puedan mediante conceso resolver el conflicto derivado de un delito, deriva indefectiblemente en provecho del procesado pues existe la posibilidad de poder extinguir para él la acción penal, amén de que en ambas procedimientos se aborda una misma institución cual es la posibilidad de aplicar los mecanismos de justicia restaurativa.

Esta decisión legislativa, es un argumento adicional que nos permite respaldar la tesis que venimos sosteniendo, en cuanto, a que las circunstancias de agravación, cuando concurren en el hurto simple relacionado en el art. 74 del C.P.P.C., no le hacen mutar su naturaleza de delito querellable, seguirá siendo hurto simple, por ende, es obligatorio la realización de la conciliación, antes de proceder con el ejercicio de la acción penal.²⁶

²⁶ Cfr. Art, 522 Código de Procedimiento Penal Colombiano: La conciliación se surtirá obligatoriamente y como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, cuando se trate de delitos querellables, ante el fiscal que corresponda, o en un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido como tal.

En el primer evento, el fiscal citará a querellante y querellado a diligencia de conciliación. Si hubiere acuerdo procederá a archivar las diligencias. En caso contrario, ejercerá la acción penal correspondiente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación.

Si la audiencia de conciliación se realizare ante un centro o conciliador reconocidos como tales, el conciliador enviará copia del acta que así lo constate al fiscal quien procederá al archivo de las diligencias si fue exitosa o, en caso contrario, iniciará la acción penal correspondiente, si fuere procedente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación.

3.2. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA LEY 1826 DE 2017 DESDE LA PERSPECTIVA POLÍTICO CRIMINAL.

Ahora bien, para identificar las características fundamentales del procedimiento abreviado, vale la pena traer a colación la exposición de motivos del proyecto referenciado en la Gaceta del Congreso No. 591 del 12 de agosto de 2016.

Al respecto, reseña la exposición de motivos que se pretende crear un procedimiento especial abreviado "... que se basa en dos audiencias principales: una en la que se comunican los cargos, se descubren y solicitan pruebas y otra en la cual se practican, se adelanta el contradictorio y culmina con una decisión de fondo" (Fiscalía General de la Nación, 2017, pág. 11).

La reforma opera solo frente aquel catálogo de delitos conocidos por el derecho penal clásico o de primera velocidad, que es aquel frente al cual este subsistema de control social robustece su intervención, en socavo claro ésta, de las garantías del sector poblacional que con mayor frecuencia trasgrede el catálogo de delitos reseñado que no es otro, que le de las clases menos favorecidas de la sociedad, esta idea se aprecia con claridad en las críticas que eleva el Maestro José Luis Díez Ripollès, al modelo del derecho penal de la seguridad ciudadana al señalar que: "es un modelo que asume un sesgo clasista. De un modo insostenible dentro de las sociedades social demócratas actúales, establece muy significativas diferencias entre las intervenciones sociales a practicar sobre las conductas lesivas de los sectores socialmente poderosos, y aquellas que deben ejercerse sobre comportamientos nocivos de las clases bajas y marginales" (Díez, 2015, pp.129 -130).

La inasistencia injustificada del querellante se entenderá como desistimiento de su pretensión. La del querellado motivará el ejercicio de la acción penal, si fuere procedente.
En cualquier caso, si alguno de los citados fuere incapaz, concurrirá su representante legal.

El procedimiento abreviado y expedito, no está concebido para perseguir otro tipo de conductas criminales, como lo serían los delitos contra la administración pública, delincuencia propia de las elites sociales, que son los que tienen las maquinarias políticas que le permiten generar leyes y procedimientos que siempre estén en favor, de que las conductas punibles por ellos cometidos, sean difícilmente perseguibles, por ende, el estado de cosas por ellos creado se mantendrá.

Con procedimientos como este, se busca ser selectivos para mostrar eficacia y rapidez frente a los delitos más comunes, pero irónicamente son aquellos que generan una menor afectación, no obstante delitos como la corrupción que lesionan de manera mayúscula las arcas estatales, siguen dentro del letargo que implica el procedimiento ordinario de la ley 906 de 2004.

En éstos últimos, la justicia en muy contadas ocasiones cuenta con la capacidad para procesar y judicializar a los autores y partícipes de dichas conductas, y los daños que estas producen, no son equiparables con aquellas lesiones o afectaciones que generan conductas, si bien más “reiteradas” como el hurto callejero y el hurto a establecimientos de comercio, no tienen la magnitud ni la entidad lesiva de las primeras, no obstante de manera enfática, se les muestra como unas de las disfunciones sociales, que generan mayor sensación de inseguridad entre los miembros de la sociedades actuales, su reincidencia se expone, de tal manera, que se hace ver como necesaria una intervención fuerte y radical por parte del derecho penal y una suerte de tolerancia cero frente a las mismas.

En lo que atañe a la figura del acusar privado, este tendrá las mismas facultades de investigación que la defensa²⁷ y se le limita la posibilidad de adelantar actos investigativos que

²⁷ Cfr. Art. 125 Código de Procedimiento Penal Colombiano.

afecten derechos fundamentales, los que implican valga decirlo, la mayor complejidad argumental e investigativa por la intromisión que involucra sobre los derechos de mayor relevancia para el imputado, acá se eleva otra crítica, toda vez, que en estos eventos la titularidad de la acción penal retorna de manera transitoria a la Fiscalía General de la Nación y luego de evacuado los mismos, se devuelven al acusador privado. Esto implica poner al ente acusador, el cual es una institución pública, que se sustenta con recursos estatales y que debe velar por el interés general, para que se ponga al servicio de la justicia privada, con lo que indefectiblemente se está desdibujando el fin constitucional para el cual fue concebida.

CONCLUSIONES:

En especial la defensa tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

1. Asistir personalmente al imputado desde su captura, a partir de la cual deberá garantizársele la oportunidad de mantener comunicación privada con él.
2. Disponer de tiempo y medios razonables para la preparación de la defensa, incluida la posibilidad excepcional de obtener prórrogas justificadas para la celebración del juicio oral.
3. En el evento de una acusación, conocer en su oportunidad todos los elementos probatorios, evidencia física e informaciones de que tenga noticia la Fiscalía General de la Nación, incluidos los que sean favorables al procesado.
4. Controvertir las pruebas, aunque sean practicadas en forma anticipada al juicio oral.
5. Interrogar y contrainterrogar en audiencia pública a los testigos y peritos.
6. Solicitar al juez la comparecencia, aun por medios coercitivos, de los testigos y peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos materia de debate en el juicio oral.
7. Interponer y sustentar, si lo estimare conveniente, las nulidades, los recursos ordinarios y extraordinarios y la acción de revisión.
8. No ser obligado a presentar prueba de descargo o contrapueba, ni a intervenir activamente durante el juicio oral.
9. Abstenerse de revelar información relacionada con el proceso y su cliente, conforme a la ley.

En el ocaso del presente vale esbozar unas conclusiones que si bien están de una u otra manera plasmadas en el desarrollo del mismo, es necesario, extraerlas y mostrar con ellas la posición asumida por el autor, a saber:

- En cuanto al fenómeno de las circunstancias, se adopta una concepción unificada, es decir, aquella que entiende por tal, tanto las de la parte General como especial del Código, comprendiéndolas siempre como un elemento accesorio al tipo penal, y no como un componente esencial para la estructura del mismo, su relevancia se centra en la modificación de la pena previamente establecida en un tipo penal básico, a la cual entrar a graduar, pero jamás dependerá de estas la subsistencia o no de aquel.

En síntesis, las circunstancias no hacen parte de la fundamentación del Injusto, ni de la culpabilidad por ende, no se les puede entender como parte del supuesto del hecho del tipo al modo de ver del profesor Fernando Velasquez, y la gran mayoría de la doctrina Española.

- Como consecuencia de lo anterior debe indicarse, respecto del tema analizado, que el hurto simple, cuando se configura con circunstancias de agravación, no constituye un tipo penal diferente o autónomo, o como mal lo llama la Corte Suprema de Justicia de Colombia delito “Sui Generis”. Las adiciones de facto que contienen las circunstancias de agravación del artículo 241 del Código Penal Colombiano, no tienen la entidad suficiente como para variar la estructura del supuesto de hecho contenido en la figura de típica del artículo 239 de la misma normatividad, que regula el hurto simple, de tal manera que cuando aquellas se materializan no lo hacen mutar a una nueva figura típica.

Es claro que existe una relación entre los diversos tipos penales de la parte especial del código, algunas serán de dependencia o independencia, tal como lo señala el profesor

Gómez Marín: En primer lugar, en una relación de *dependencia* de naturaleza *normativa* con respecto a otro tipo, lo que la doctrina denomina al tipo que depende de otro “subtipo”, “tipo dependiente”, “tipo derivado”, “derivaciones típicas” o “variante dependiente”. La segunda clase de vinculación que puede darse entre algunos tipos de la Parte Especial consiste en una relación de parentesco *fenomenológico* o *criminológico* y de *autonomía* o *independencia normativa*, son denominados “delitos autónomos”, “delitos independientes”, “variantes independizadas” o “*delicta sui generis*” (Gómez, 2005, p. 06: 3).

Para el hurto objeto de estudio, el subtipo derivado cuando se da con circunstancias de agravación, es un tipo dependiente, y al no ser una nueva figura típica, conserva entonces su naturaleza de delito querellable. Como bien lo señala Nagler, el tipo de injusto del delito cualificado no sería un tipo de injusto *distinto* al del tipo de injusto del tipo básico de referencia, sino que, al contrario, sería una mera *extensión* o *prolongación* suya (Como se cita en Gómez, 2005, p. 06: 8).

Ello es justamente lo que acontece con el tipo penal de Hurto simple agravado, éste continuando siendo, hurto simple, muy a pesar de las circunstancias que sobre este se puedan adicionar. Esta precisión tal cual como se indicó al principio de este trabajo, se extiende al delito de lesiones personales culposas cuando en este concurren circunstancias de agravación, es decir, que éste tipo penal será querellable, por ende indistintamente de que en el converjan las circunstancias, no mutará hacia un tipo penal diferente. En consecuencia tal como lo establece el artículo 522 de la ley de procedimiento penal deberá agotarse la audiencia de conciliación entre las partes involucradas en la investigación, antes

de realizar las audiencias preliminares y poder vincular de manera formal al indiciado al proceso, así mismo caben todas las acotaciones expuestas respecto al hurto simple.

- Finalmente cabe decir que en cuanto a ley 1826 de 2017, es una normatividad que como ya se expresó en el capítulo precedente, está desprovista de cualquier sentido de igualdad y es un fiel reflejo de la carencia de contenidos éticos de las normas penales, pues la misma busca abordar el tratamiento de disfunciones sociales, que si bien demandan tutela por parte del derecho penal, crean un procedimiento más expedito y abreviado, pero solo frente al catálogo de delitos más comunes y de mayor reiteración en “apariencia”, como son los hurtos callejeros, pero de menor entidad lesiva, si lo comparamos con tipologías que lastiman de manera efectiva y de forma exponencial bienes jurídicos de mayor entidad como son la administración pública y los recursos estatales, los cuales son de carácter colectivo y no de resorte particular como los primeros.

Amén de afirmar, que los primeros tipos son los ejecutados por las clases sociales menos favorecidas y excluidas de la sociedad, frente a los cuales se exige un proceso penal que sea mucho más eficaz, contundente y abreviado, reduciendo así, so pretexto de la inmediatez predicada, las garantías connaturales al interior del proceso penal, por lo cual es pertinente volver a retomar las palabras del Maestro Ripollès, quien sobre el referente a manifestado: “es un modelo que asume un sesgo clasista. De un modo insostenible dentro de las sociedades social demócratas actuales, establece muy significativas diferencias entre las intervenciones sociales a practicar sobre las conductas lesivas de los sectores socialmente poderosos, y aquellas que deben ejercerse sobre comportamientos nocivos de las clases bajas y marginales.” (Díez, 2015, pp.129 -130).

BIBLIOGRAFIA

- Álamo, M., (1981) El sistema de circunstancias del delito, estudio general. Valladolid, España: Universidad de Valladolid.
- Castro, J., De la Vega, O., Caldas, L., (2004). Reflexiones sobre la comunicabilidad de las circunstancias del autor al partícipe. *Revista Derecho Penal y Criminología*, 25, (75), 111- 133.
- Arroyo, L. &/ Berdugo, I., (2001). Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In memoriam, España: Universidad de Salamanca-Universidad de Castilla-La Mancha,
- Cobo Del Rosal, J. & Rodríguez, G., (1962). Derecho Penal Español (parte Especial). “delitos contra las personas”. Madrid, España: Tirant Lo Blanch
- Código Penal Colombiano.
- Código Penal Español.
- Código Procedimiento Penal Colombiano.
- Constitución Política de Colombia.
- Corte Constitucional, Sentencia C - 425 de 28 abril de 2008, M.P., Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional, Sentencia, T-444 ,de 30 de Mayo de 2007, M.P., Manuel José Cepeda Espinoza.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia 31088 15 de septiembre de 2010, M.P., Alfredo Gómez Quintero.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia 46110 de mayo de 2016, M.P., Luis Antonio Hernández Barbosa.

- Díez, J., (2015), *la política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires, Argentina: editorial B de F.
- Díez, J., (2013), *la racionalidad de las leyes penales* editorial. Madrid, España: Trotta.
- Ferre, J., Núñez, M. & Ramírez, P., (2010). *Derecho Penal Colombiano parte General*. Bogotá, Colombia: grupo editorial Ibáñez.
- Fiandanca, G., (2006) *Derecho penal parte general*, Bogotá, Colombia: Temis.
- Gómez, V., (2005). La doctrina del “*delictum sui generis*”: ¿queda algo en pie? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (06 – 06),06:1-06:52. Recuperado en mayo 20 de 2017 en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-06.pdf>
- Gómez, V., (2003). *Los delitos especiales*. Tesis de grado no publicada. Universitat de Barcelona, Barcelona, España. Recuperado el 22 de mayo de 2017, de: <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/41556/3/TESIA.pdf>
- González, J., (1988). *Teoría General de las Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal*. Valencia, España: Universidad de Valencia.
- Fiscalía General de la Nación, (2017), *Manual de Procedimiento Abreviado y Acusador Privado*. Recuperado el 22 de mayo de 2017, de: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/MANUAL-PROCEDIMIENTO-PENAL-ABREVIADO-Y-ACUSADOR-PRIVADO-24-02-2017.pdf>
- Mojica, C., (2010). *Derecho Penal, Parte General*. Medellín, Colombia: Universidad de Medellín.

- Muñoz, F. & García, M., (2012). Derecho Penal, parte general. Ciudad de México, México: Tirant lo Blanch.
- Peñaranda, E., (2016). Estudios sobre el Delito de Asesinato, Buenos Aires, Argentina: B de F Ltda.
- Pérez, J., (1995) *Teoría General de las Circunstancias Especial consideración de las Agravantes Indeterminadas en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*. Granada, España: Editoriales de Derecho Reunidas
- Salinero, C., (2000). *Teoría General de las Circunstancias Modificativas de Responsabilidad Criminal y Art 66 del Código Penal* (1ra Ed.). Granada España: Comares
- Sanz, A., (1998). El Concepto Jurídico de Responsabilidad en la Teoría General del Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Recuperado el 20 de mayo de 2017 de: <https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/ElconceptojuridicoderesponsabilidadenlaTeoriaGeneraldelDerecho.pdf>
- Sotomayor, J y Gallego, G., (1999). Las circunstancias agravantes en el homicidio imprudente en el código penal colombiano. *Revista Nuevo Foro Penal*, (61), 25-55.
- Tamayo, F., (2012). Las circunstancias de agravación punitiva en el derecho penal colombiano. *Revista Nuevo Foro Penal*, 8, (79), 13-31.
- Universidad de Navarra, (2017). Delitos comunes y delitos especiales. Recuperado el 10 de mayo de 2017 de: <http://www.unav.es/penal/crimina/topicos/delitoscomunesyespeciales.html>
- Velásquez, F., (2009). *Derecho Penal* (4ta Ed), Bogotá, Colombia: Comlibros

- Wolters Kluwer, (2017). Asesinato. Recuperado el 26 de septiembre de 2016 de:
[http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA
AEAMtMSbF1jTAAAUNDM2NDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-
ckhlQaptWmJOcSoA4qDT4zUAAAA=WKE](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA
AEAMtMSbF1jTAAAUNDM2NDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-
ckhlQaptWmJOcSoA4qDT4zUAAAA=WKE)