

REFLEXIONES SOBRE LA COMUNICABILIDAD DE CIRCUNSTANCIAS DEL AUTOR AL PARTÍCIPE

Jason Alexander Andrade Castro
Luisa Fernanda Caldas Botero
*Orlando Humberto de la Vega Martinis**

INTRODUCCIÓN

El objeto del presente escrito es abordar la problemática que presenta la *comunicabilidad de circunstancias* del autor al partícipe, cuestión que no ha sido unánime y cuyo tratamiento, según los fundamentos de que se parta, traerá aparejadas importantes consecuencias punitivas, razón más que suficiente para emprender el análisis de la figura. Sin embargo, como quiera que son muchos los puntos que deben abarcarse para una comprensión cabal del tema, se dividirá metódicamente la ponencia en capítulos, así:

En un primer momento se detallarán las distintas clasificaciones que la doctrina ha construido sobre el concepto de *circunstancia* para, en segundo lugar, dar paso a las definiciones del concepto y las principales consecuencias que de cada uno de éstos se derivan de cara a su posible comunicación a los partícipes, trayendo a colación ejemplos prácticos. De ahí se pasará, en tercer lugar, al tratamiento que la doctrina nacional ha dado a la figura con arreglo a las distintas codificaciones colombianas. Efectuadas estas precisiones teóricas abordaremos, en un cuarto y último capítulo, la

* Profesores auxiliares de Derecho Penal en la Universidad Externado de Colombia.

postura que aquí se defiende, atendiendo la actual regulación legal, detallando cuál es el concepto de circunstancia y su ámbito de aplicación.

I. DISTINTAS CLASIFICACIONES

A continuación se exponen, de manera general y sin tomar postura, algunas de las múltiples clasificaciones y denominaciones que se han elaborado de las circunstancias, intentando ilustrar cada una de ellas con fundamento en la ley penal vigente.

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 (num. 7 art. 58), o la posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad (num. 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 despoblado¹.

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 (num. 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 indignancia (num. 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 (num. 3 art. 58), o el obrar por motivos nobles o altruistas (num. 2 art. 55)².

-
1. Cfr. CARLOS LOZANO Y LOZANO. *Elementos de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1950, p. 221; EDMUND MEZGER. *Derecho Penal. Parte general*, Tijuana, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1985, p. 319; ALFONSO REYES ECHANDÍA. *Tipicidad*, 6.^a ed., reimp. Bogotá, Edit. Temis, 1997, p. 192; id. *Derecho Penal*, 11.^a ed., reimp. Bogotá, Edit. Temis, 2002, p. 139; FERNANDO VELÁSQUEZ. *Manual de Derecho Penal. Parte general*, 2.^a ed., Bogotá, Edit. Temis, 2004, p. 472; LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ. *Lecciones de Derecho Penal*, 2.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1974, pp. 200 y 201.
 2. Cfr. SANTIAGO MIR PUIG. *Derecho Penal. Parte general*, 4.^a ed., Barcelona, PPU, 1996, p. 637; GIUSEPPE MAGGIORE. *Derecho penal*, vol II, JOSÉ J. ORTEGA TORRES (trad.), Bogotá, Edit. Temis, 1954, p. 150; VELÁSQUEZ. Ob. cit., p. 471.

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 (num. 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 hurto³.

D. CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES, AGRAVANTES Y EXCLUYENTES DE LA PUNIBILIDAD

Se llama atenuantes a aquellas circunstancias que disminuyen la pena, como las del artículo 55 C. P.; se habla de circunstancias agravantes cuando aumentan la pena, como ocurre con las contenidas en el artículo 58 C. P.; y se llaman excluyentes de la punibilidad si, de llegar a concurrir, traen aparejada la exclusión de la pena, tal como lo es la excepción de verdad en los delitos contra la integridad moral⁴ o las causales de justificación o de inculpabilidad⁵.

E. CIRCUNSTANCIAS VINCULADAS A LA MEDIDA DEL INJUSTO, VINCULADAS A LA MEDIDA DE LA CULPABILIDAD, PROPIAS DE LA PUNIBILIDAD Y DE NATURALEZA MIXTA

Las circunstancias vinculadas a la medida del injusto son aquellas que guardan relación con el desvalor de acción o con el desvalor de resultado, tal como sería, p. ej., aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima (num. 8 art. 58) o

3. Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ y HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE. *Lecciones de Derecho Penal*, vol II, Valladolid, Edit. Trotta, 1999, pp. 397 y 398.

4. Cfr. JOSÉ CEREZO MIR. *Curso de Derecho Penal español. Parte general*, t. II, Madrid, Edit. Tecnos, 2001, pp. 349 a 351; VELÁSQUEZ. *Manual*, cit., p. 471.

5. Cfr. REYES ECHANDÍA. *Derecho penal*, cit., p. 139; GIUSEPPE BETTIOL. *Derecho Penal. Parte general*, JOSÉ LEÓN PAGANO (trad.), Bogotá, Edit. Temis, 1965, p. 534.

producir un daño grave al equilibrio ecológico de los ecosistemas naturales (num. 14 art. 58), respectivamente.

Se habla de circunstancias vinculadas a la medida de la culpabilidad si tocan con el juicio de exigibilidad de otra conducta o con una determinada conciencia de lo ilícito⁶, tal como ocurriría con el obrar en estado de emoción o pasión excusables (num. 3 art. 55).

A su turno, las circunstancias propias de la punibilidad están ligadas directamente con la tarea de imposición de la pena⁷; un ejemplo de ellas sería la excepción de verdad a la que se hizo alusión anteriormente (art. 224).

Finalmente, se trata de circunstancias de naturaleza mixta si conjugan dos o más de los mencionados criterios. Hay que poner de relieve que la doctrina ha entendido que sostener esta clasificación implica entender las circunstancias materiales siempre referidas al injusto y las personales ligadas tanto a éste como a la culpabilidad⁸.

F. CIRCUNSTANCIAS PROPIAS E IMPROPIAS

Se habla de circunstancias verdaderas o propias para referirse a las que agravan o disminuyen la pena, como las de los artículos 55 y 58 C. P.; y de circunstancias impropias para hacer alusión a las que excluyen la pena⁹.

G. CIRCUNSTANCIA EN SENTIDO AMPLIO Y EN SENTIDO ESTRICTO

El concepto de circunstancia en sentido amplio, se ha dicho, comprende todo aquello que la ley llama como tal, tanto en la parte general como en la parte especial del Código Penal; al tiempo que el de circunstancia en sentido restringido o estricto comprende aquel dato, característica o relación que no tenga vínculo con el supuesto de hecho de la norma penal¹⁰.

H. CIRCUNSTANCIAS NOMINADAS E INNOMINADAS

Son circunstancias nominadas las que estén expresamente señaladas de modo específico en la ley penal, p. ej., las de los artículos 55 y 58 C. P.; serán innominadas, en cambio, las que sólo estén comprendidas mediante una cláusula legal general y que, por ende, corresponda al juez determinarlas, tal como acontece con la previsión nor-

6. Cfr. BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE. *Lecciones*, cit., p. 398; CEREZO MIR. *Curso*, cit., pp. 352 y 353; MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR. *La comunicabilidad de circunstancias y la participación delictiva*, Madrid, Edit. Civitas, 1995, p. 47.

7. Cfr. VELÁSQUEZ. *Manual*, cit., p. 471; BOLDOVA PASAMAR. *La comunicabilidad*, cit., p. 64.

8. Cfr. VELÁSQUEZ. *Ob. cit.*, p. 471.

9. Así, BETTIOL. *Derecho penal*, cit., pp. 534 y ss.

10. Cfr. VELÁSQUEZ. *Ob. cit.*, p. 471; MIR PUIG. *Derecho penal*, cit., p. 395.

mativa contenida en el numeral 10 artículo 55 C. P., según el cual constituyen circunstancias de menor punibilidad todas aquellas de análoga significación a las mencionadas en dicho precepto¹¹.

II. CONCEPTO DE CIRCUNSTANCIA

A manera de nota preliminar debe decirse que no ha existido acuerdo al interior de la doctrina en torno a qué debe entenderse por circunstancias a las cuales se aplique la cláusula general de comunicabilidad. En efecto, uno de los principales problemas en esta materia consiste en establecer criterios que le permitan al intérprete clarificar cuáles son las situaciones que forman parte del concepto de *circunstancia*, concepto que determina el que ulteriormente pueda predicarse de ellas su comunicabilidad o incomunicabilidad del autor a los partícipes.

En este orden de ideas, al interior de la doctrina en materia penal se pueden identificar dos grandes tendencias alternativas, a saber: una que acoge un concepto amplio de circunstancia y otra que acoge un concepto restringido¹². Como es apenas obvio, la adopción de una u otra tesis traerá aparejadas consecuencias dogmáticas bastante diversas, tal como se verá a continuación.

A. CONCEPCIÓN AMPLIA DE CIRCUNSTANCIA

El sector doctrinal que acoge un concepto amplio de circunstancia entiende que pueden ser calificados como tales los hechos, relaciones o datos concretos que son tenidos en cuenta por la ley para medir la gravedad de lo injusto o de la culpabilidad, quedando comprendidas bajo este concepto no 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 Código¹³.

11. Cfr. BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE. *Lecciones*, cit., p. 397.

12. En este punto vale la pena poner de presente que en el presente escrito se adopta, con algunas variantes –cfr. infra–, la clasificación que de las circunstancias hacen FERNANDO VELÁSQUEZ, SANTIAGO MIR PUIG o JOSÉ CEREZO MIR, entre otros, cuando hablan de circunstancias en sentido estricto o restringido y de circunstancias en sentido amplio. Al respecto, cfr. VELÁSQUEZ. *Manual*, cit., p. 471; MIR PUIG. *Derecho penal*, cit., p. 395; CEREZO MIR. *Curso*, cit., p. 351.

13. Se inscriben en esta corriente: ENRIQUE BACIGALUPO. *Manual de derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1994, p. 203; CEREZO MIR. *Ob. cit.*, pp. 349 a 351; MAGGIORE. *Derecho penal*, cit., pp. 150 a 152; JORGE ALBERTO HERNÁNDEZ ESQUIVEL. “Concurso de personas en el delito”, en *DPC*, vol. xv, n.º 49, pp. 89 a 93; JOSÉ VICENTE CONCHA. *Tratado de derecho penal*, 2.ª ed., Bogotá, Librería Americana, 1907, p. 190; LOZANO Y LOZANO. *Elementos*, cit., pp. 221 a 223; REYES ECHANDÍA. *Tipicidad*, cit., pp. 192 a 194; *id.* *Derecho penal*, cit., pp. 139 y 140; CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU y JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ. “Delitos contra la vida y la integridad personal”, en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 929 y 930. Parece adoptar parcialmente esta concepción MARIO SALAZAR MARÍN. *Autor y partícipe en el injusto penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1992, pp. 164 a 168.

En torno al concepto de tipo básico, especial y subordinado, cfr. REYES ECHANDÍA. *Tipicidad*, cit., pp. 112 y 113; *id.* *Derecho Penal*, cit., p. 115; VELÁSQUEZ. *Ob. cit.*, p. 289.

Ello posibilita que las causales de justificación y las causales de inculpabilidad reciban el tratamiento de circunstancias –denominadas objetivas y subjetivas, respectivamente– que, por tanto, quedan sujetas al régimen general sobre comunicabilidad, y, por ende, se permite que ellas puedan llegar a ser calificadas eventualmente como comunicables o incommunicables¹⁴.

El adoptar esta tesis trae consecuencias dogmáticas de diversa índole. En efecto, sustentar este planteamiento en el ámbito de los *delitos especiales improprios* trae aneja como principal consecuencia la necesidad de afirmar que pueden ser calificados como circunstancia 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 general¹⁵.

Bajo esta óptica se considera, entonces, que el elemento personal que configura la calificación del sujeto activo tiene naturaleza meramente circunstancial o, lo que es lo mismo, que no resulta esencial para la configuración del tipo de injusto, lo cual hace posible aplicar la regla general sobre comunicabilidad de circunstancias¹⁶.

Como corolario de ello, si se aplica estrictamente este punto de vista, en ocasiones será necesario dividir el título de imputación jurídica del delito –por lo general tomando como base para ello, implícita o explícitamente, razones de justicia material¹⁷– atribuyendo al partícipe (cómplice o determinador) responsabilidad penal por la comisión del delito básico y al autor cualificado por la realización del delito subordinado¹⁸.

No obstante lo anterior, hay autores que, 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 partícipe¹⁹.

14. Cfr. REYES ECHANDÍA. *Derecho penal*, cit., p. 139; *id.* *Tipicidad*, cit., p. 193.

15. En extenso, BOLDOVA PASAMAR. *La comunicabilidad*, cit., pp. 243 y ss.

16. Cfr. *ibíd.*, p. 245.

17. Cfr. *ibíd.*, p. 261.

18. Por no formar parte del objeto de este escrito, deliberadamente se ha dejado de lado la discusión que pueda surgir en relación con la aplicación de la figura del interviniente, consagrada en el último inciso artículo 30 C. P., puesto que la delimitación de su naturaleza, concepto y alcance corresponde a otras ponencias presentadas en estas Jornadas y la postura que se adopte específicamente en cuanto a su naturaleza tiene la virtualidad de modificar de manera sustancial las consecuencias a las que se podrá arribar en el ámbito de la comunicabilidad de circunstancias.

19. Cfr. REYES ECHANDÍA. *Derecho penal*, cit., p. 139; *id.* *Tipicidad*, cit., p. 192. Con la misma solución, cfr. BACIGALUPO. *Manual*, cit., p. 203. Sin embargo, vale la pena aclarar que BACIGALUPO entiende que las circunstancias personales que atenúan o excluyen la punibilidad no se extienden en ningún caso a los partícipes, por lo cual afirma que en el caso del infanticidio la madre responde como autora de

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 delito²⁰.

Así, se acepta por estos autores que el elemento personal constitutivo de la calificación del sujeto activo exigida por el tipo penal es un elemento esencial del injusto, y no ya un elemento meramente circunstancial frente al cual, por tanto, no es posible dar aplicación a la cláusula general sobre comunicabilidad de circunstancias. En este orden de ideas, p. ej., al particular que presta ayuda o induce a un servidor público a realizar el delito de prevaricato sí le sería atribuible responsabilidad jurídico penal en calidad de cómplice o determinante, según el caso, del delito de prevaricato cometido por el servidor público. En estos eventos, entonces, se conserva el título de imputación jurídica del hecho realizado por el autor.

B. CONCEPCIÓN RESTRINGIDA DE CIRCUNSTANCIA

Aquellos autores que adoptan un concepto estricto o restringido de circunstancia sostienen que éste cubija 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 penal²¹ pues se trataría de situaciones atinentes bien a la culpabilidad y a la punibilidad²² o con influencia solamente sobre la determinación de la pena²³.

infanticidio y los partícipes en su calidad de tales pero respecto del delito de homicidio simple. En cambio, sostiene que las circunstancias personales que determinan una agravación de la pena, a pesar de ser personales, se transmiten a los partícipes, de suerte que los partícipes de un delito de homicidio agravado por el parentesco, p. ej., responden en su calidad de cómplice o determinante del delito agravado, solución idéntica a la planteada por el Código Penal de 1936 en su artículo 21.

20. Cfr. BOLDOVA PASAMAR. *La comunicabilidad*, cit., p. 252; HERNÁNDEZ ESQUIVEL. “Concurso de personas”, en ob. cit., p. 93.
21. Adhieren a esta postura: VELÁSQUEZ. *Manual*, cit., p. 471; BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE. *Lecciones*, cit., p. 396; MEZGER. *Derecho penal*, cit., pp. 319 a 323; BETTIOL. *Derecho penal*, cit., p. 534; MIR PUIG. *Derecho penal*, cit., p. 395; FRANCISCO MUÑOZ CONDE. *Teoría general del delito*, 2.^a ed., Bogotá, Edit. Temis, 2002, p. 160; Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Sentencias del 5 de marzo de 1976, M. P.: HUMBERTO BARRERA DOMÍNGUEZ; 3 de junio de 1983, M. P.: LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO; 30 de enero de 1991, M. P.: ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS; 5 de diciembre de 1992, M. P.: GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ; 10 de junio de 1993, M. P.: GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ; 29 de octubre de 1993, M. P.: JORGE ENRIQUE VALENCIA MARTÍNEZ; 20 de junio de 1994, M. P.: ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS. La anterior relación de sentencias puede verse en ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN. *Un siglo de jurisprudencia penal. Parte general. 1886-2000*, Bogotá, Librería del Profesional, 2000, pp. 26 a 45. También parecen ampararse implícitamente en esta concepción ÁNGEL MARTÍN VÁSQUEZ ABAD. *Tratado de Derecho Penal colombiano*, t. 1, Universidad Pontificia Bolivariana, 1948, pp. 106 y 107; FRANCESCO ANTOLISEI. *Manual de Derecho Penal*, 8.^a ed., Bogotá, Edit. Temis, 1988, p. 409. Acogen parcialmente el concepto restringido de circunstancia JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS. *La categoría de la antijuridicidad en derecho penal*, Medellín, Señal Editora, 1996, p. 81; ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG. *Autor y cómplice del derecho penal*, Madrid, Universidad de Madrid, 1966, pp. 265 y ss.
22. Cfr. VELÁSQUEZ. *Manual*, cit., p. 571. En el mismo sentido parece pronunciarse MIR PUIG cuando dice

Como corolario de ello, de una parte, se establece una separación tajante entre circunstancia en sentido estricto (esto es, la que debe ser tenida en cuenta a efectos de comunicabilidad) y las causales excluyentes de responsabilidad: supuestos de inacción, atipicidad, justificación e inculpabilidad²⁴; 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)²⁵.

En consecuencia, en relación con las causales de exclusión de responsabilidad y con los elementos esenciales del injusto específico del respectivo delito no sería factible desde esta óptica predicar su comunicabilidad o incomunicabilidad²⁶: en sentido estricto, a los partícipes se les debe imputar, en calidad de tales, la responsabilidad correspondiente al injusto cometido por el autor en virtud del principio de accesoriadad limitada que impera en materia penal.

Lo anterior es coherente con la finalidad que este sector doctrinal atribuye al concepto de circunstancia, a saber: lograr una mayor precisión de las valoraciones que componen el injusto y servir como criterio también de graduación de la responsabilidad del sujeto responsable; así como con la función o efecto que tienen: determinar el *quantum* punitivo, esto es, afectar la medida de la pena imponible²⁷.

En este orden de ideas, esta corriente doctrinal considera que, tanto en los *delitos especiales propios* como en los *delitos especiales impropios*, el elemento personal que califica al sujeto activo de la infracción no es, ni formal ni materialmente, una circunstancia o elemento accidental que esté sujeto al régimen general de comunicabilidad, sino que, antes bien, se erige como un elemento esencial o constitutivo del delito especial (propio o impropio)²⁸; bajo este prisma, entonces, las cir-

que dentro del concepto de circunstancia solamente caben las agravantes o atenuantes que producen el efecto de agravar o atenuar la responsabilidad (la cual, como es sabido, comprende la culpabilidad y la punibilidad); cfr. *Derecho penal*, cit., pp. 395 y 396.

23. Cfr. BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE. *Lecciones*, cit., p. 396.

24. Cfr. VELÁSQUEZ. *Manual*, cit., p. 472.

25. Cfr. BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE. *Ob. cit.*, pp. 396 a 398; MIR PUIG. *Derecho penal*, cit., pp. 395 y 396; VELÁSQUEZ. *Manual*, cit., pp. 471 y 472, 571 a 573; BETTOL. *Derecho penal*, cit., p. 534; Díez RIPOLLÉS. *La categoría*, cit., p. 80.

26. En contra SALAZAR MARÍN. *Autor y partícipe*, cit., p. 168. Este autor sugiere que la comunicabilidad es predicable de “los elementos personales que excluyen o atenúan el injusto”, la cual operaría “entre los sujetos que estén asistidos de tales elementos”, pero a renglón seguido sostiene que los elementos personales o causales excluyentes del ilícito no son temas propios de la comunicabilidad. Claramente puede observarse que esta postura es un tanto confusa en cuanto que ubica de manera ambivalente las causales que dan lugar a la exclusión del injusto: en la primera ocasión, como circunstancia o “elemento” comunicable; y en la segunda, como circunstancia o elemento que no puede ser objeto de comunicación.

27. Así, BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE. *Ob. cit.*, pp. 397 y 398.

28. Cfr. BOLDOVA PASAMAR. *La comunicabilidad*, cit., p. 271; VELÁSQUEZ. *Ob. cit.*, pp. 470 y 471.

cunstancias ni siquiera pueden ser catalogadas como elemento co-constitutivo del injusto específico del respectivo delito²⁹.

Se conserva así la unidad del título de imputación jurídica del hecho: autores y partícipes responden por el mismo delito, de manera que al partícipe debe atribuírsele responsabilidad por el delito subordinado realizado por el autor, sin que interese a estos efectos que se trate de un delito especial propio o impropio, agravado o privilegiado.

C. EJEMPLOS

Una forma de aclarar el panorama que se presenta en la *comunicabilidad de circunstancias* es resolver algunos casos que ponen en evidencia las ventajas y desventajas de adoptar la concepción restringida o amplia de circunstancia y, por lo tanto, lo que por ella se entienda; evidenciando de esta manera que en lo que a este tema atañe no sólo se pueden presentar cuestiones dogmáticas, sino que la inclinación que al respecto se tenga puede traer grandes implicaciones en materia político criminal. Para ilustrar esta cuestión se trabajará con fundamento en dos ejemplos que congloban las hipótesis más importantes que al respecto se plantea la doctrina.

1. *Homicidio agravado por el parentesco*

Para la concepción estricta de circunstancia en este tipo penal el parentesco juega como factor determinante de formación del subtipo agravado. Conforme a lo anterior, nótese cómo para la concepción restringida en este ejemplo no tiene aplicación alguna la regla de comunicabilidad de circunstancias, al paso que, de acuerdo a la concepción amplia de circunstancia, la regla de la parte general del Código cobra vigencia. Veamos las diferencias de aplicar una u otra en cada caso.

a. Concepto amplio de circunstancia. Aquí el parentesco constituiría una circunstancia que, al considerarse altamente personal, no es comunicable, por lo cual si A mata a su padre ayudado por B, el primero responderá de homicidio agravado por el parentesco y el segundo responderá como cómplice de homicidio simple. Claro está, para un sector doctrinal al interior de esta corriente una circunstancia como la que aquí sirve de ejemplo sí sería comunicable, pues o ella sirve como medio eficaz para consumar el delito o constituye la esencia del reato. Igual solución cabe predicar del determinador.

b. Concepto restringido de circunstancia. Para esta tesis se tiene que la relación filial entre autor y víctima ya no juega un papel de circunstancia dentro de los tipos de homicidio agravado por el parentesco y, por el contrario, pasa de ser accidental a convertirse en elemento del tipo, razón por la que la solución es bien diferente. En efecto, ambos intervinientes en el hecho responderán por el delito de homicidio agravado, solo que A responderá a título de autor mientras que B lo hará como cómplice

29. BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE. Ob. cit., p. 396.

o determinador. Es decir, conforme a esta tesis no se rompe el título de imputación, de donde se deriva que se parte del mismo *quantum* punitivo de acuerdo a las reglas de la autoría y la participación.

2. *Infanticidio*

En este caso el parentesco juega el papel inverso al expuesto en el caso anterior en la medida en que atenúa la pena en virtud de la especial situación en que se halla el autor frente a la víctima.

a. Concepto amplio de circunstancia. Desde esta óptica se tiene que si la madre mata a su hijo recién nacido con ayuda de A, ella responderá por el tipo de infanticidio y el cómplice, al que no se le comunica la circunstancia, por ser personalísima, responderá de homicidio simple. La solución será la misma si en vez de hablar de cómplice se hace referencia al determinador.

b. Concepto restringido de circunstancia. Por el contrario, desde esta concepción la solución será imputar a la madre y al partícipe el mismo delito, a la primera en calidad de autor y al segundo como cómplice o determinador del mismo, pues aquí se entiende que la calidad del autor hace parte de la descripción típica, sin tener los inconvenientes punitivos del primer caso, pues ahora se trata de un subtipo atenuado.

III. TRATAMIENTO DE LA FIGURA EN COLOMBIA

Expuestos a grandes rasgos los aspectos centrales de la regla de *comunicabilidad de circunstancias* se pasa a ver ahora, así sea a grandes rasgos, cómo ha sido su tratamiento por parte de la doctrina y la legislación nacional, tomando como punto de referencia las distintas vigencias de ley penal y la interpretación que de ella ha hecho la doctrina, sin olvidar el marco doctrinal sentado en el capítulo anterior.

A. EN VIGENCIA DEL CÓDIGO PENAL DE 1890³⁰

1. Este Código, si bien no consagraba expresamente la figura en su complicado tratamiento de la autoría y la participación³¹, sí consagraba una disposición en su artículo 17 que hacía pensar que todo aquel que participase de un hecho punible habría de responder por el resultado mayor que se produjese, con total independencia de su intención o previsión, haciendo innecesario un texto que consagrara las reglas de comunicación de circunstancias. Decía así el citado artículo 17: “No excusa de res-

30. Se decidió empezar el análisis por el Código Penal de 1890 y no por el Código Penal de 1837 pues éste último no tiene disposición alguna al respecto, ni siquiera similar al artículo 17 C. P. de 1890 y, además, porque ambas codificaciones coinciden en lo fundamental. También porque el capítulo se habría excedido en demasía.

31. Recordemos que los artículos 22 a 28 regulaban la definición y el tratamiento punitivo de los autores,

ponsabilidad la circunstancia de que el hecho ú omisión cause un mal distinto del que se propuso el culpado, ó recaiga en persona distinta de aquella á quien se proponía ofender”.

2. No obstante lo anterior, la doctrina se refirió en extenso al tema de la *comunicabilidad*, tal como lo muestra JOSÉ VICENTE CONCHA quien se preguntaba ya en 1907 “cómo influyen las circunstancias agravantes, las atenuantes y las excusas, sobre el castigo que se imponga a los diferentes responsables”³², optando por la llamada “indivisibilidad del dolo” según la cual las causas de agravación o atenuación debían apreciarse sólo en quienes concurrían dichas causas³³.

Así, la posición de CONCHA al respecto partía de la base de distinguir circunstancias objetivas o reales que, al ser referidas al delito mismo, “abrazaban” a todos los autores y partícipes, con independencia de su conocimiento sobre las mismas, y circunstancias subjetivas o personales, las cuales únicamente surtían efecto en la persona en quien concurrían, sin posibilidad de transmisión a los copartícipes.

3. Por su parte, ARCESIO ARAGÓN destacaba cómo las condiciones personales o las condiciones materiales que influyeran sobre el título del reato podían alterar las reglas ordinarias de la complicidad³⁴. En desarrollo de lo anterior afirmaba que “las condiciones materiales del hecho aumentan la responsabilidad de todos los partícipes”³⁵, obviamente bajo el supuesto de que dichas circunstancias hubieran sido conocidas por los codelincuentes, a quienes por ello se les transmitiría la agravación³⁶. Por el contrario, si las condiciones no derivaban de una situación material del hecho sino de una cualidad especial en la persona del autor se preguntaba, a título de ejemplo, lo siguiente: “¿el cómplice que no es hijo ni criado será partícipe de la agravación nacida de tales condiciones inherentes a los autores del parricidio y del hurto?”³⁷.

Para contestar tal interrogante traía a colación la teoría francesa del momento según la cual la calidad personal del autor operaría como causa eficiente para cambiar el título del reato y, por ello, se extendería a todos los partícipes³⁸. Sin embargo, el autor en comentario cuestionaba esta tesis pues, a su juicio, la misma no distinguía el carácter de la cualidad personal, que podía ser absoluta o relativa, además de las consecuencias “repugnantes” que de ella se derivaban, p. ej., que sería más gravoso para el

cómplices, auxiliares, fautores y encubridores sin mencionar regla alguna de comunicación de circunstancias entre ellos.

32. CONCHA. *Tratado*, cit., p. 188.

33. Cfr. *ibíd.*, p. 189. En igual sentido, FRANCESCO CARRARA. *Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito*, VICENTE ROMERO GIRÓN (trad.), 2.^a ed., Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1926, p. 306.

34. Cfr. ARCESIO ARAGÓN. *Elementos de criminalología y ciencia penal*, Popayán, Imprenta del Departamento del Cauca, s. f., pp. 245 y ss.

35. *Ibíd.*, p. 245.

36. *Ídem*.

37. *Ibíd.*, pp. 245 y 246.

38. *Ibíd.*, p. 246.

cómplice cooperar en el hecho del hijo parricida que cometer él mismo el asesinato, razones que lo llevaban a desechar esta tesis³⁹.

Así las cosas, prefería acoger la teoría que hacía énfasis en la violación del deber que generalmente comportan las circunstancias personales agravantes pues, en sus palabras, el “cómplice que no es hijo ni criado no violó el deber de piedad filial debido al padre, ni rompió el vínculo de fidelidad prometido al amo, luego debe ser menos castigado que el hijo o el criado”⁴⁰. Además porque la complicidad es real y no personal, es decir, “el cómplice es un accesorio del hecho, no del delincuente principal”⁴¹.

Lo anterior no le impedía introducir una diferencia, tomada quizá de CARRARA, según la cual la calidad personal tendría realidad ontológica, es decir, realidad objetiva, y agravaría por ello el delito para todos los partícipes, en dos hipótesis: “1. Si esa cualidad personal constituye la esencia del reato, y 2. Si la cualidad personal sirve de medio eficaz para la comisión del delito”⁴². Hasta aquí el importante aporte de ARCESIO ARAGÓN, el cual sorprende en extremo por su lucidez y por la documentación que soporta sus tesis.

4. Un último autor –de que tengamos noticia– que se refirió al tema en vigencia del Código Penal de 1890 fue CARLOS LOZANO Y LOZANO, quien poco después integraría la comisión redactora del Código de 1936. En efecto, este autor se preguntaba si las circunstancias personales o materiales de los codelincuentes o cómplices debían ser comunicables⁴³, para lo cual partía recordando la regla de los criminalistas clásicos según la cual “las circunstancias materiales inherentes al hecho criminoso se comunican a todos los participantes” mientras que “las circunstancias inherentes a la persona no se comunican” pues, se decía, “la complicidad no accede a la persona sino al hecho, es real, no personal”⁴⁴, regla criticada por LOZANO Y LOZANO debido a su carácter absoluto.

Así, a juicio de LOZANO Y LOZANO las circunstancias peculiares propias de algunos de los autores o partícipes debían extenderse a todos ellos cuando dichas circunstancias hubieran “servido para facilitar la ejecución del delito” o cuando revelaran “tendencias especialmente feroces o antisociales”⁴⁵, agregando que “son raros los casos en que las circunstancias peculiares de algunos de los cómplices no facilitan o agravan el delito”⁴⁶. Claro está, en su opinión era indispensable que el autor o partícipe cono-

39. *Ibíd.*, p. 246.

40. *Ídem.* Por supuesto, si esto implica adoptar la teoría de los delitos de infracción de deber en estos casos, es una temática que desborda los límites de esta ponencia.

41. *Ídem.*

42. *Ibíd.*, p. 247; CARRARA. *Teoría*, cit., p. 324.

43. CARLOS LOZANO Y LOZANO. “Conferencias de derecho penal”, *Anales del Externado de Colombia*, n.º 4, octubre de 1932, p. 574.

44. *Ibíd.*, pp. 574 y 575.

45. *Ibíd.*, p. 575.

46. *Ídem.*

ciera la situación para que ella le fuera transmitida. Como vemos, partiendo de una concepción distinta a la defendida por los autores anteriores, LOZANO Y LOZANO extendía las circunstancias personales de acuerdo con la peligrosidad manifestada por los autores o cómplices⁴⁷.

Frente a las circunstancias materiales opinaba LOZANO Y LOZANO que ellas debían extenderse a todos y cada uno de los participantes de la acción delictiva, agregando que con tal fin, más que el conocimiento actual, bastaba con la mera previsión de dichas circunstancias materiales pues “la intención de verificar un propósito dado incluye necesariamente la de verificar todos aquellos hechos que dentro del orden natural de las cosas y dentro de las previsiones de la persona sean derivaciones o corolarios de ese propósito”⁴⁸.

5. Con posterioridad advino la reforma de 1936, cuyo texto de Código Penal, acogiendo los planteamientos doctrinales expuestos en precedencia, adoptó sendas fórmulas que consagraban la comunicabilidad de circunstancias, textos incluidos en el capítulo denominado “Del delito”, así:

Artículo 21. Las circunstancias personales que disminuyan o excluyan la responsabilidad, no se tendrán en cuenta sino respecto del autor o del cómplice en quien concurren.

Tampoco se tendrán en cuenta aquellas cuyo efecto sea agravar la sanción, a menos que hubieren sido conocidas por el partícipe; pero en este último caso podrá disminuirse tal agravación hasta en una sexta parte.

Artículo 22. Las circunstancias materiales que agraven o atenúen el hecho, aunque modifiquen la denominación del delito, sólo se tendrán en cuenta para quien, conociéndolas, prestó su concurso.

Estos textos fueron poco discutidos al interior de la comisión redactora⁴⁹. En efecto, al tratar el tema de la “incomunicabilidad del dolo” simplemente se discutió la pertinencia de incluir la cuestión en el Código Penal, apelando para ello al Derecho Comparado, especialmente al Código Penal italiano. Finalmente se concluyó lo siguiente:

En estos dos artículos (se refiere el comisionado a los textos del proyecto) predomina el criterio de que las circunstancias tanto personales como materiales que sean desconocidas por el partícipe no deben tenerse en cuenta para agravar o atenuar su responsabilidad y la consiguiente penalidad; es decir, se sienta el principio de la individualización del dolo y de la pena. En el primer

47. *Ibíd.*, pp. 575 y 576.

48. *Ibíd.*, pp. 576 y 577.

49. Cfr. *Trabajos preparatorios del nuevo Código Penal. Actas de la comisión de asuntos penales y penitenciarios*, t. 1, 2.^a ed., Bogotá, Imprenta Nacional, 1938, acta n.º 54, p. 129.

inciso del artículo primeramente transcrito se habla del cómplice, pero en su más amplio sentido, que abarca a toda persona que haya participado a la comisión del delito, y se adopta el término *responsabilidad* por ser más adecuado, pues ella se presenta y estudia primero, y como consecuencia de la agravación de la responsabilidad viene la mayor penalidad. En el segundo inciso del primer artículo se dice claramente que la disminución es de la agravación y no de la penal total⁵⁰.

Esto fue todo lo que se dijo al respecto. Vale la pena destacar aquí el respeto mostrado por la comisión redactora al principio de culpabilidad al elevar el conocimiento de las circunstancias, bien fueran éstas personales o materiales, agravantes o atenuantes, como eje rector de la imputación de las mismas. Por supuesto, ello no exonera las falencias presentadas. De otro lado, la doctrina interpretó de modo distinto los textos. Veamos.

B. EN VIGENCIA DEL CÓDIGO PENAL DE 1936

1. Uno de los primeros comentaristas del Código de 1936 fue JORGE GUTIÉRREZ GÓMEZ, quien partiendo de un punto de vista peligrosista del tema adoptaba una teoría unitaria de la complicidad que le permitía mantener la unidad de imputación, adaptando la pena a la distinta peligrosidad de los delincuentes⁵¹. Con este último fin distinguía entre circunstancias materiales y personales, definiendo las primeras como aquellas que “rodean el hecho, que le son inherentes”, mientras que las segundas serían aquellas “relativas a la calidad de las personas que intervienen” en el delito⁵². Respecto de la comunicabilidad de estas circunstancias detallaba dos teorías. Según la primera, las circunstancias no serían comunicables bajo ningún supuesto, en tanto que, de acuerdo con la segunda teoría, sí serían comunicables al partícipe que las conociera, optando por esta última.

Ya en la exégesis de los textos legales opinaba GUTIÉRREZ GÓMEZ, frente a las circunstancias materiales, que ellas “se extienden a todos los partícipes” toda vez que “su intención de llevar a término un hecho delictuoso implica la previsión de todos aquellos actos que, dentro del orden natural de las cosas, se enderezan a la realización del delito”⁵³.

Por el contrario las circunstancias personales “sólo aprovechan al partícipe respecto de quien concurren”⁵⁴ pues así lo establecía el artículo 21 a juicio de GUTIÉRREZ GÓMEZ. Vale la pena destacar que este autor clasificaba como circunstancias personales la insuperable coacción ajena, la sugestión patológica, el error de hecho y de derecho, el cumplimiento de orden, la legítima defensa, el estado de necesidad y el estado de ira

50. *Trabajos preparatorios*, cit., p. 130, cursiva original.

51. Cfr. JORGE GUTIÉRREZ GÓMEZ. *Comentarios al Código Penal colombiano*, Bogotá, 1940, p. 106.

52. *Ibíd.*, p. 107.

53. *Ibíd.*, p. 108.

54. *Ídem.*

e intenso dolor, afirmando entonces que tales circunstancias no eran susceptibles de comunicación⁵⁵.

2. El profesor antioqueño ÁNGEL MARTÍN VÁSQUEZ ABAD se refirió al tema en términos muy similares a los expuestos por GUTIÉRREZ GÓMEZ, quizá por la orientación positivista de ambos. En efecto, al comentar el artículo 21 incluía VÁSQUEZ ABAD dentro de las circunstancias personales que disminuyen la responsabilidad las situaciones que hoy conocemos de causales de ausencia de responsabilidad⁵⁶, afirmando que “no hay comunicabilidad alguna entre los autores y partícipes de hechos de tal naturaleza, y, por lo mismo, no resultaría extraño que, por ejemplo, en el autor principal concorra una circunstancia justificativa que sea capaz de eximirlo de responsabilidad y, en cambio, el partícipe sea responsable”⁵⁷. Cosa distinta sucedería en caso de tratarse de una causa personal agravante, hipótesis contemplada en el inciso 2.º artículo 21, la cual sí sería transmitida en caso de ser conocida por el partícipe, eso sí, con una atenuación facultativa de la pena a cargo del juez⁵⁸.

3. Otro autor nacional que se refirió al tema en vigencia del Código de 1936 fue AGUSTÍN GÓMEZ PRADA, quien al comentar los artículos 21 y 22 partía de la división entre circunstancias materiales y personales.

Respecto de las circunstancias materiales consideraba pacífica la doctrina según la cual ellas se comunican a los partícipes siempre y cuando hayan sido conocidas⁵⁹. Así las cosas, “si un ladrón ayuda a otro a apoderarse de lo ajeno, pero no sabía que el segundo iba a emplear violencia contra las personas o las cosas, será cómplice de hurto solamente”⁶⁰, y ello porque, “al tomar parte en un común designio criminal, los cómplices participan, como es natural, de las circunstancias típicas del hecho que les sean conocidas, sean agravantes o atenuantes del mismo, porque es en ese hecho típico en el que han querido participar”⁶¹.

Con respecto a las circunstancias personales discriminaba dos situaciones, al tenor del artículo 21. La primera, cuando las circunstancias personales *exclúan* o *atenuaban* la responsabilidad, circunstancias éstas que no se comunicaban incluso pese a ser conocidas por los concurrentes al delito. La segunda situación trabajada por GÓMEZ PRADA en sede de circunstancias personales incluía aquellas que *agravaban* la sanción, caso contrario al anterior pues, con fundamento en la ley, creía que éstas sí se

55. Ídem.

56. VÁSQUEZ ABAD. *Tratado*, cit., p. 106.

57. *Ibíd.*, pp. 106 y 107.

58. *Ibíd.*, p. 107. La disminución punitiva la explicaba “con base en que la peligrosidad de uno y otro es diferente”.

59. AGUSTÍN GÓMEZ PRADA. *Derecho Penal colombiano. Parte general*, Bucaramanga, Imprenta del Departamento, 1952, p. 128.

60. GÓMEZ PRADA. *Derecho Penal*, cit., p. 129.

61. Ídem.

comunicaban siempre y cuando fueran conocidas. Así, p. ej., “el que participa en un delito de un funcionario o empleado público, es cómplice del delito del agente oficial, si conoce dicha calidad; el que ayuda a un hijo para que mate a su padre, es cómplice de asesinato y no de simple homicidio; el que conoce la confianza que el patrón le tiene a su criado y participa en el hurto de éste, se hace cómplice de hurto agravado; y así en otros casos”⁶².

4. Otro autor nacional que se refirió al tema fue BERNARDO GAITÁN MAHECHA, quien en su *Curso de derecho penal general* abordó el análisis de los artículos 21 y 22 C. P. de 1936. En efecto, respecto del primero de los citados artículos se limitaba a exponer que el texto de la ley adoptaba la fórmula de la comunicabilidad de circunstancias personales agravantes siempre que éstas hubieran sido conocidas por el partícipe⁶³. Por el contrario, afirmaba, “las circunstancias personales atenuantes o excluyentes de la responsabilidad sólo se tienen en cuenta respecto del autor o del cómplice en quien concurren”⁶⁴, al parecer con independencia del conocimiento que sobre la misma tuviera el partícipe, cuestión que le parecía razonable ya que “las agravantes establecidas en la ley se refieren a casos de excepcional gravedad sobre los cuales puede existir conocimiento del copartícipe y es forzoso deducir la comunicabilidad, no así en las atenuantes, que son beneficios exclusivos y personales ofrecidos por la ley en determinadas circunstancias, que no pueden ser aprovechados por otros”⁶⁵.

Y frente al artículo 22 afirmaba que en materia de circunstancias materiales se impone la comunicabilidad “pero siempre y cuando que hayan sido conocidas por el copartícipe”⁶⁶, regla que hacía válida tanto para las atenuantes como para las agravantes. En esta línea ubicaba, a título de ejemplo, la agravante por el parentesco como una circunstancia material que tornaba el homicidio en asesinato.

5. Otro importante autor nacional que abordó la cuestión de la *comunicabilidad de circunstancias* fue LUIS CARLOS PÉREZ, quien también partía de la base de distinguir entre circunstancias personales y materiales⁶⁷, definiendo las primeras como “ciertos títulos peculiares de cada actor, que condicionan su responsabilidad u obligan a modificarla”⁶⁸, al tiempo que las materiales serían aquellas que “modifican todo delito, sin consideración a su autor”⁶⁹.

Respecto de las circunstancias personales afirmaba que “no se comunican a los demás” en tratándose de circunstancias que atenúen o excluyan la pena⁷⁰, mientras que

62. *Ibíd.*, p. 130.

63. BERNARDO GAITÁN MAHECHA. *Curso de derecho penal general*, Bogotá, Ediciones Lerner, 1963, p. 208.

64. *Ídem.*

65. *Ídem.*

66. *Ídem.*

67. Cfr. LUIS CARLOS PÉREZ. *Tratado de Derecho Penal*, vol II, Bogotá, Edit. Temis, 1967, p. 46.

68. PÉREZ. *Tratado*, cit., p. 47.

69. *Ídem.*

70. Cfr. *ídem.*

“sí se comunican las que agraven la pena, siempre que sean conocidas”⁷¹. En el caso de las circunstancias materiales consideraba pacífica la doctrina según la cual ellas se comunican o no dependiendo del conocimiento que sobre ellas tuviera el partícipe⁷².

6. También trabajó el tema LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ, quien partía de la base de distinguir entre circunstancias personales y circunstancias materiales⁷³. De esta forma definía las circunstancias personales como “ciertas cualidades o condiciones del delincuente que modifican en alguna forma la responsabilidad”⁷⁴, al tiempo que definía las circunstancias materiales como aquellas referidas “al modo de ejecución del hecho”⁷⁵.

Al comentar el artículo 21 referido a las circunstancias personales distinguía, de una parte, las excluyentes y diminuentes y, de otra, las agravantes, concluyendo que las primeras no eran comunicables en ningún caso, al tiempo que las segundas sí, claro está, bajo el presupuesto de que hubieran sido conocidas por el partícipe a quien se comunicaban⁷⁶.

En cuanto a la comunicación de las circunstancias materiales, regla consagrada en el artículo 22, opinaba que ellas “*se comunican a los partícipes cuando hayan sido conocidas*”⁷⁷. Hasta aquí el aporte del autor en comentario.

7. Finalmente, vale la pena hacer referencia al artículo “La comunicabilidad de circunstancias en la coparticipación”⁷⁸, escrito por ALFONSO REYES ECHANDÍA en el año de 1978. En este artículo se aborda el tema de forma sistemática, distinguiendo el concepto de circunstancia según su concepción amplia, la que este autor equiparaba al significado de sentido común, en contraposición con la concepción jurídico-penal de circunstancia, la que se opondría al elemento del tipo⁷⁹.

Y ya ubicado en la concepción jurídica de circunstancia atendía básicamente la diferenciación hecha por el legislador al describir los tipos penales, distinguiendo las circunstancias según su origen, según sus efectos y según su radio de acción, concluyendo que la comunicabilidad sólo operaría en las circunstancias personales del autor que agravaran la pena y en las materiales, independientemente de que éstas agravaran o atenuaran. El fundamento de lo anterior era deducido por el autor en comentario como una consecuencia lógica “del principio de la accesoriadad que domi-

71. Ídem.

72. Ídem.

73. Cfr. MESA VELÁSQUEZ. *Lecciones*, cit., p. 200.

74. Ídem.

75. Ídem.

76. *Ibíd.*, p. 201.

77. *Ibíd.*, p. 202, cursiva original.

78. ALFONSO REYES ECHANDÍA. “La comunicabilidad de circunstancias en la coparticipación”, en *DPC*, vol. II, n.º 4, octubre-diciembre de 1978.

79. Cfr. *ibíd.*, p. 27.

na la teoría de la complicidad”⁸⁰. A su turno, excluía REYES del ámbito de comunicabilidad las circunstancias personales que disminuyeran o excluyeran la punibilidad.

8. Por último, debemos resaltar la reforma penal de 1980 pues el Código Penal que de ahí nació también acogió sendas fórmulas para el tratamiento de la comunicación de circunstancias del autor al partícipe, tanto personales como materiales, siendo importante destacar que la ubicación del artículo respectivo era el capítulo denominado “De la participación”. Decía así su artículo 25:

Comunicabilidad de circunstancias. Las circunstancias personales del autor que agravan la punibilidad y las materiales del hecho se comunicarán al partícipe que las hubiere conocido.

Las personales que disminuyan o excluyan la punibilidad solo se tendrán en cuenta respecto del copartícipe en quien concurran, o del que hubiere actuado determinado por estas mismas circunstancias.

Esta norma, al igual que su similar del Código de 1936, tampoco fue objeto de mayores debates al interior de las comisiones de 1974 y 1979, únicas que discutieron el tema. En efecto, en el seno de la comisión de 1974 el comisionado JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ ANZOLA propuso mantener idénticas las normas del Código de 1936, aduciendo a favor de tal tesis que el concurso de personas siempre iba a requerir de: “1.º Unidad de hecho punible; 2.º Intervención de varias personas en el hecho único; 3.º Una conducta o actividad individual de quienes participan en el hecho; 4.º Convergencia objetiva de las diversas actuaciones hacia la producción de un mismo resultado; 5.º Convergencia subjetiva de los distintos participantes con conocimiento de su participación en el hecho típico”⁸¹.

Propuesta que fue acogida por unanimidad de los comisionados presentes, salvo por la siguiente objeción del comisionado ALFONSO REYES ECHANDÍA: “Considero que el contenido de los artículos 21 y 22 del Código vigente presentan dificultad interpretativa, que se debe con exclusividad a la forma como están redactados. Creo que las hipótesis que en ellos se plantean, pueden quedar consignadas en un solo artículo, que haga más entendible el fenómeno o fenómenos allí previstos”⁸².

Y a continuación propuso el comisionado REYES ECHANDÍA un texto bastante similar al que se consagró posteriormente en el artículo 25 C. P. de 1980, texto que sufrió una ligera modificación en la comisión de 1978⁸³, de la que —como se sabe— desafortunada-

80. *Ibíd.*, p. 30.

81. *Actas del nuevo Código Penal colombiano*, vol. I, “Parte general”, LUIS CARLOS GIRALDO MARÍN (edit.), Bogotá, Colección Pequeño Foro, 1981, acta n.º 56, p. 328.

82. *Ibíd.*, p. 331.

83. Se agregó el inciso final, cuyo tenor reza: “... o del que hubiere actuado determinado exclusivamente por estas mismas circunstancias”.

mente no existen actas, y que en la comisión de 1979 simplemente se aprobó sin más. He aquí la transcripción del debate surtido al interior de esta última comisión:

Dr. GUTIÉRREZ ANZOLA: Pasamos al artículo siguiente, referido a la “Comunicabilidad de circunstancia”. Estoy totalmente de acuerdo en adoptar el texto del proyecto final.

Dr. ESTRADA VÉLEZ: En consideración la propuesta del Dr. GUTIÉRREZ ANZOLA.

La Comisión está de acuerdo y por unanimidad se aprueba el texto del proyecto final sobre “Comunicabilidad de circunstancias”⁸⁴.

Ese fue todo el debate que se suscitó a raíz de esta figura. Veamos ahora cómo la acogió la doctrina nacional.

C. EN VIGENCIA DEL CÓDIGO PENAL DE 1980

Pese a la amplia bibliografía publicada en vigencia de este Código resulta suficiente abordar aquí la completa posición expuesta por FERNANDO VELÁSQUEZ, quien, al interpretar el artículo 25, partía de la definición de circunstancia como contrapuesta al tipo penal, de forma tal que la circunstancia será “lo que rodea el tipo penal, lo accesorio a él”⁸⁵, reconociendo, eso sí, que no existe un criterio ontológico que permita la distinción, razón por la cual debe atenderse a la estructura lógica de la norma penal⁸⁶, acogiendo una noción estricta de circunstancia y derivando de ahí que las circunstancias de carácter específico se entiendan como elementos del supuesto de hecho típico⁸⁷. Adicionalmente deslinda, en lo que a las circunstancias genéricas se refiere, aquellas referidas al tipo de las referidas a la culpabilidad y de las referidas a la punibilidad⁸⁸.

También reconoce este autor que la regla de comunicabilidad exige un sistema legislativo que adopte un listado de circunstancias de agravación y atenuación de la pena, así como una fórmula de comunicabilidad⁸⁹. De ahí concluye lo siguiente: en primer lugar, referir la comunicabilidad “sólo a las relaciones entre *autor y partícipe*”⁹⁰. En segundo, clasificar las circunstancias “en *personales que agraven, disminuyan o excluyan la punibilidad, y materiales*”⁹¹. En tercer lugar, y debido a que la culpabilidad es personal, las circunstancias personales atinentes a la punibilidad “no se comunican aunque, por vía excepcional, son transmisibles del autor al partícipe si este las

84. *Actas del nuevo Código*, cit., acta n.º 4, p. 499.

85. FERNANDO VELÁSQUEZ. *Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1997, p. 636.

86. Cfr. *ibíd.*, p. 638.

87. Cfr. *ídem*.

88. Cfr. *ídem*.

89. Cfr. *ibíd.*, p. 639.

90. *Ibíd.*, p. 640, cursiva original.

91. *Ídem*, cursiva original.

conoce o actúa determinado por ellas”⁹², tal como sucede con las circunstancias personales atinentes a la culpabilidad que agravan o atenúan la responsabilidad. En cuarto lugar, comunicar al partícipe que las hubiere conocido las circunstancias materiales del hecho⁹³. Finalmente, en quinto lugar, “las únicas circunstancias que se han de tener en cuenta para efectos de la participación criminal son las atinentes a la culpabilidad y a la punibilidad, con lo cual el alcance de la fórmula legal se torna muy reducido”⁹⁴. Hasta aquí el importante aporte del autor en comentario.

IV. TOMA DE POSTURA

Expuestas las cuestiones teóricas objeto de los capítulos precedentes, se torna necesario destacar aquí el ámbito de aplicación y el concepto de la figura que se viene desarrollando, con apoyo en el artículo 62 C. P. vigente, que establece:

Comunicabilidad de circunstancias. 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.

A. CONCEPTO DE CIRCUNSTANCIA

Como se anunció en su momento, lo que se entienda por *circunstancia* definirá importantes consecuencias dogmáticas en sede de comunicación de las mismas. Así, se empezará por poner de presente lo que, según la tesis que acá se pretende sustentar, no debe quedar cobijado bajo tal concepto, con base en las razones puntuales que se exponen a continuación.

En ese sentido, debe recordarse cómo los autores que acogen un concepto amplio de circunstancia entienden que el elemento personal que califica al sujeto activo en los *delitos especiales impropios* no forma parte esencial del tipo de injusto y, por tanto, cae dentro del concepto de circunstancia comunicable de acuerdo con el artículo 62 C. P.

De ser coherentes con este planteamiento, en el ámbito de los *delitos especiales propios* se verían obligados a afirmar, necesaria y correlativamente, la impunidad de la conducta del *extraneus* que interviene en la realización del delito cometido por el *intraneus*, a no ser que se recurra a argumentos que no corresponden a su punto de partida dogmático.

92. Ídem.

93. Ídem.

94. Ídem.

En efecto, no se encuentra una razón dogmática que justifique el que esta corriente doctrinal otorgue un tratamiento diferencial a un elemento que ostenta la misma naturaleza: así, se cataloga como elemento meramente circunstancial el elemento personal constitutivo de la calificación del sujeto en los delitos especiales impropios y, en cambio, ese mismo elemento en los delitos especiales propios es catalogado como constitutivo de la infracción.

Si en ambos casos el elemento personal constitutivo de la calificación del sujeto agente está incluido en la definición de la conducta típica, parece necesario concluir que en todo caso forma parte del tipo penal y que, por lo tanto, es un elemento esencial del mismo, porque de no concurrir se hace imposible afirmar la tipicidad del delito especial⁹⁵.

Así las cosas, se ha visto que para la concepción amplia una misma situación se ha catalogado como elemento típico y como accidente del tipo, y ello únicamente por razones de justicia material que atienden a la punibilidad, la que varía ostensiblemente según se considere de una u otra forma.

Ello permite afirmar que la diferencia entre el elemento típico y la *circunstancia* radicará en la incidencia que el mismo tenga sobre el corredor punitivo del mismo delito. De esta forma, será elemento típico si modifica el *quantum* punitivo, al tiempo que será *circunstancia* si simplemente atañe a la punibilidad, aumentándola o disminuyéndola dentro de los fundamentos no modificadores, o excluyéndola.

Aquí se entiende que cada tipo penal –básico, agravado o atenuado– constituye una unidad valorativa independiente que se corresponde con un injusto específico, que ha sido valorado por el legislador de manera previa al atribuirle una determinada pena a esa conducta, la cual viene definida por todos y cada uno de los elementos que conforman el tipo penal respectivo, y solamente por ellos.

De esta forma, se considera que cuando no concurre alguno de los elementos del respectivo tipo penal, aunque la conducta pueda adecuarse a otro, debe afirmarse que se trata de un injusto diferente, por erigirse como la definición de una conducta diversa, considerada de mayor o menor lesividad para el bien jurídico del que se trate⁹⁶.

Por las anteriores razones se sostiene en este escrito que por circunstancia, a efectos de comunicabilidad del autor al partícipe, debe entenderse aquel hecho, dato o relación cuya existencia no modifica el marco punitivo del respectivo delito y atañe, por tanto, únicamente a la punibilidad, aumentándola, disminuyéndola o excluyéndola.

95. Cfr. *in extenso*, BOLDOVA PASAMAR. *La comunicabilidad*, cit., pp. 252 y ss.

96. En el mismo sentido, cfr. IVÁN GONZÁLEZ AMADO. “Régimen de la pena en la Ley 599 de 2000. Un análisis crítico”, en *XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 492.

Esta postura se corresponde con el concepto de accesoriadad limitada que ha acogido el Código Penal, siguiendo la doctrina dominante, porque, de un lado, al ser tales situaciones integrantes del injusto, los partícipes acceden a él íntegramente y, de otro lado, las circunstancias sujetas a comunicación no forman parte del injusto sino de la punibilidad, independientemente de que se pueda predicar que algunas de ellas atañen al injusto o a la culpabilidad.

En ese sentido se considera aquí que el concepto restringido satisface al mismo tiempo las exigencias dogmáticas del pensamiento sistema y las exigencias político criminales del pensamiento problema pues, en lo que a este último concierne, las consecuencias punitivas para el partícipe se consideran adecuadas a su acción y, en lo que a las necesidades de sistematicidad se refiere, los elementos típicos se regirán por las reglas de accesoriadad mientras que las circunstancias por la regla de comunicación.

B. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Delimitado lo que se entiende como circunstancia comunicable, es necesario atender a los criterios que permiten su aplicación, diferenciándose la aplicación en atención a los sujetos entre quienes opera la misma y según el carácter de la circunstancia comunicada.

1. *Ámbito personal*

Conforme a lo expuesto, debe entenderse que la *comunicabilidad de circunstancias* es una figura que opera del autor al partícipe, y no de autor a autor o entre coautores⁹⁷. Este aserto se sustenta en las siguientes razones.

De una parte, en que la ley penal colombiana en su artículo 62 así lo dispone, siendo éste el argumento formal y más sencillo de todos, en la medida en que la norma en cuestión utiliza diferenciadamente los vocablos autor y partícipes, luego mal haría el intérprete en dar a estas locuciones un alcance distinto al establecido en la norma. De otra parte, porque en tratándose de autores cada uno de ellos responderá en la medida en que haya realizado conducta típica, antijurídica y culpable⁹⁸; 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 codelincuentes⁹⁹.

97. En el mismo sentido, VELÁSQUEZ. *Manual*, cit., p. 473; EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA y ALEJANDRO SLOKAR. *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 768; REYES ECHANDÍA. “La comunicabilidad”, cit., p. 39; SEBASTIÁN SOLER. *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, TEA, 1978, p. 258. En contra, HERNÁNDEZ ESQUIVEL. “Concurso de personas”, cit., p.89; SALAZAR MARÍN. *Autor y partícipe*, cit., pp. 164 a 168; JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC. *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol I, TOMÁS VIVES ANTÓN (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 380.

98. Cfr. REYES ECHANDÍA. “La comunicabilidad”, cit., p. 39.

99. Sobre el principio de imputación recíproca, cfr. HANS-HEINRICH JESCHECK y THOMAS WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, MIGUEL OLMEDO CARDENETE (trad.), 5.^a ed. alemana, Granada, Edit. Comares, 2002, p. 727; CAROLINA BOLEA BARDÓN. “La coautoría: concepto y delimitación”, en *XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 252.

2. *Ámbito material*

De conformidad con el artículo 62 C. P. existen circunstancias personales y materiales, que a su turno pueden ser atenuantes y agravantes.

Las personales, sin atender a su carácter de agravantes o atenuantes, siempre que concurren en el autor, a pesar de que no se comunican a los partícipes, sí pueden atenuar o agravar la responsabilidad de estos últimos, siempre y cuando las hayan conocido.

Las materiales, solamente se comunican a los partícipes cuando las han conocido en el momento de la planeación o ejecución de la conducta punible. Lo anterior con independencia del carácter agravante o atenuante.

C. EJEMPLO

Finalmente, una vez delimitado el concepto de *circunstancia* comunicable y expuesto su ámbito de aplicación, se ilustrará la cuestión con un ejemplo.

Una persona le colabora a otra en el apoderamiento de una cosa mueble ajena, acción que se lleva a cabo gracias a la actividad de un inimputable quien realiza materialmente la acción.

Nótese cómo en este ejemplo la regla de comunicación de circunstancias cobra plena vigencia pues, de conformidad con nuestro Código Penal, el valerse de la actividad de un inimputable no constituye un elemento de aquellos que configuran el injusto del delito de hurto y, por ello, el *quantum* punitivo correspondiente al autor comenzará a contar en el cuarto final, mientras que el *quantum* punitivo del cómplice comenzará en el cuarto final o inicial, conforme conozca o no la circunstancia que concurre en el delito cometido por el autor.

