

**DERECHO PENAL
COLOMBIANO**

(Parte general)



Por el Dr.

Gustavo Rendón G.

PARTICIPACION Y COMPLICIDAD

El concepto de unidad del delito, objetivamente considerado, no se modifica por el hecho de participar en su ejecución o consumación varias personas, por cuanto la vinculación de distintos delincuentes a una empresa criminal cualquiera es cuestión accesoria respecto del delito. Pero en orden a determinar jurídicamente la responsabilidad penal, la pluralidad de agentes criminales es asunto de mucha importancia y trascendencia, que exige fórmulas precisas sobre el grado y naturaleza de la participación de cada persona en la comisión del delito, como que no siempre la actividad de todos los que intervienen es igual en eficacia.

Formas y grados de la participación

La participación hay que estudiarla por diferentes aspectos, relacionados con la naturaleza o modo de los actos del partícipe, el grado de eficacia y oportunidad.

Por lo que respecta al modo, es decir, a la naturaleza de los actos de vinculación de la persona al delito, la participación puede ser **moral** o **física** que en su orden corresponden estos conceptos a los aspectos subjetivo u objetivo del hecho ilícito. "Es moral —dice Florián— cuando el concurso prestado se refiere a la formación de la voluntad, del designio, de la determinación de delinquir; es física cuando el concurso se refiere a la ejecución exterior del delito".

En cuanto al grado, la participación asume las formas de **principal** o **primaria** y **accesoria** o **secundaria**. La primera se presenta, expresa el autor citado, "cuando el concurso se refiere a los actos de consumación del delito; existe la segunda, cuando el concurso se exterioriza en un auxilio prestado en los actos pre-

paratorios o en los actos de ejecución. La participación de la primera clase se llama en la ciencia coautores o codefines; la de la segunda especie recibe el nombre de cómplice”

Carrara distingue entre autores principales y accesorios: “autor principal es sólo el que concibe, prepara o ejecuta el acto físico en que consiste la consumación del delito; y cuantos más lo ejecutan en todos aquellos grados tantos serán los autores principales; todos los demás son delincuentes accesorios, denominados también secundarios o cómplices”.

Para fijar con alguna precisión las distintas formas o modalidades que ofrece la participación o concurso en los dos grados enunciados precisa examinar las características de cada uno de ellos.

Autores y coautores.—Individualmente considerado, el autor del delito es aquel que ejecuta los actos propios de consumación; y si son varios los ejecutores, en igual grado y con actos también eficaces o necesarios para la consumación, se denominan coautores.

Autores intelectuales.—Cuando el concurso es moral, la participación necesaria, genéricamente denominada *instigación*, convierte a quien la ejerce en autor intelectual del delito, pero su actividad, a diferencia de la del autor material, nada tiene que ver directamente con los actos físicos propios a la consumación del evento. La instigación se cumple por **provocación** o **inducción**, formas éstas que indican una actividad orientada a la formación de la resolución criminal o a la determinación del agente material del delito, que actúa, precisamente, por causa de la instigación.

No toda participación moral es necesaria o principal, a efecto de convertir al instigador en autor intelectual del delito. Puede, por tanto, ser accesoria, en la misma forma que la complicidad material o física. Respecto de la instigación en su grado principal, expresa el profesor Florián:

“La determinación debe manifestarse de tal modo que la actividad del instigador se convierta en la causa principal y eficiente del delito. Los autores intelectuales son causa moral del delito ya que provocaron en otros la resolución criminosa; provocaron el delito. La verdadera provocación al delito tiene lugar si se ha determinado a otros a cometer el delito, lo que significa que se haya hecho nacer en otros la determinación criminosa.

“Al decir que debe ser, no sólo la causa primaria, sino también eficiente del delito, se aclara exactamente el valor de la dis-

posición textual, excluyéndose el caso de que alguno haga nacer, con la instigación la primera idea delictuosa en la mente del autor material, pero que éste sea impulsado a delinquir por una fuerza moral exclusivamente suya y no del instigador. En este último caso la instigación determina, pero no domina la voluntad ajena; ella es la causa ocasional mas no eficiente del hecho punible”.

Fijando los aspectos penales de la instigación y sus condiciones generales, el mismo tratadista formula los siguientes conceptos:

“La instigación debe ser seguida de la ejecución del delito, sea éste consumado, o tan sólo frustrado o tentativa; por tanto, no son punibles ni la proposición no aceptada, ni la proposición aceptada y bien no seguida de ejecución. En estos casos, faltando la ejecución habrá intención, pero no el elemento físico del delito; sólo habrá instigación intentada como dicen los alemanes.

“No obstante el hecho de la instigación no aceptada o no seguida de ejecución puede considerarse y castigarse como delito *per se*, siempre que el legislador lo prevea como tal... Puede también incriminarse la instigación a un hecho que no constituya delito. La instigación debe ser especial, en el sentido que por ella se proponga la ejecución de un delito preciso. El motivo psicológico que determina el crimen puede ser diverso en el instigador o en el ejecutor: si este último ha cometido el delito por motivos propios, también se estima generalmente que la pena del instigador debe atenuarse. Si el ejecutor material es un instrumento inconsciente en manos del instigador, o ha actuado en virtud de la violencia que aquél ha usado con él, no puede hablarse entonces de correos, sino que el instigador será el único autor del delito, él lo habrá cometido por medio de otro (autor mediato)”.

La instigación, como forma de participación en el delito, es cierto que exige la realización plena o imperfecta del evento criminal, puesto que la responsabilidad está en relación con el hecho a cuya ejecución se ha determinado a otro. Pero, de otra parte, cuando por no llevarse a término el delito, por no aceptar la propuesta criminal, o incumplirla, después de aceptada, el autor material, no hay lugar a responsabilidad en cuanto al hecho pretendido, la sola *instigación* es *per se* una infracción penal, de carácter formal, prevista en nuestro código en el Título V. Libro II, que trata “de la asociación e instigación para delinquir y de

la apología del delito". (Sobre el particular pueden consultarse los artículos 209, 210, 211 y 212).

La instigación a un hecho no constitutivo de delito está prevista en la ley penal colombiana para el caso de la inducción al suicidio, que específicamente sanciona como una forma de homicidio, de acuerdo con el artículo 367.

Formas de la instigación

Distinguen los autores las siguientes formas de instigación: el **mandato**, la **orden**, la **coacción**, el **consejo** y la **sociedad**. A esto podría agregarse la **apología del delito**, que sin constituir específicamente una forma de participación, es una instigación de carácter genérico, que constituye igualmente una infracción penal, como aparece en el artículo 210 de nuestro Código.

a).—**Mandato**. Se presenta cuando una persona encarga a otra la comisión de un delito, o le propone su realización, debiendo actuar el mandatario como autor material del hecho y por cuenta del mandante. Esta participación que coloca en igualdad de condiciones penales en un sentido general—al que propone como al que ejecuta el delito, requiere como elementos integrantes: la proposición del delito, específicamente formulada, la aceptación del mandatario y la realización, perfecta o imperfecta, del hecho criminal. No es indispensable el pago o la promesa remuneratoria, aunque por lo común el mandato obedece a esta condición.

El mandato remunerado, en el que hay precio o promesa remuneratoria lo considera de una manera especial el Código Penal colombiano, para calificar de asesinato el homicidio, respecto del mandante y del mandatario, según el ordinal 9o. del artículo 363.

Cuando el mandato es ejecutado y la empresa criminal tiene, por tanto, cumplimiento, los partícipes responden en igual grado ante la ley penal. Pero, de no realizarse el evento propuesto, también hay responsabilidad, no por el hecho proyectado, sino por la instigación en sí, que afecta tanto al que propone la ejecución del delito como al que acepta la propuesta. En nuestro Código, la responsabilidad se rige en el primer caso por el artículo 19, y en el segundo conforme a los artículos 211 y 212.

Las infracciones formales que las dos últimas disposiciones contemplan surgen sólo en la hipótesis de la no ejecución del

delito propuesto; realizado éste o intentado hay una participación cuyos efectos penales están previstos por el artículo 19, sin que por ningún motivo haya lugar a un concurso de delitos.

Importantes problemas plantea el mandato, especialmente en los casos de revocación de la orden, desistimiento del mandante, exceso en su cumplimiento y otras cuestiones semejantes. Refiriéndose a ellas expone el profesor Florián:

"El mandato puede ser revocado o el mandatario puede actuar de manera diversa a la intención del mandante. Surge así la teoría de la revocación del mandato, o según la expresión de Carrara, de la falta de coherencia de la voluntad de los agentes, y la del exceso o defecto en la ejecución o, de acuerdo con el mismo autor, de la falta de coherencia entre la acción y la voluntad. La revocación del encargo, para lograr exonerar de pena al mandante, debe, antes de todo ser comunicada al mandatario; de donde resulta que si, aún por caso fortuito, ella permanece ignorada por el mandatario y éste comete el hecho punible, la revocación no favorece al mandante. Además, debe ser comunicada en tiempo oportuno; y no beneficia si se comunica demasiado tarde o después de consumado el delito. Si el mandatario, conocida en tiempo oportuno la revocación, comete no obstante el delito, él sólo es punible. Sin embargo para que pueda beneficiar al mandante en tal caso la revocación, es necesario, que él haya eliminado todos los efectos de su designio. En cuanto al defecto o al exceso en la ejecución, si resultó cometido un delito menor, es de justicia que se impute solamente éste; si por el contrario, hubo exceso, es necesario hacer una distinción, la cual fue indicada por primera vez por Rossi. El exceso puede ser en los medios, en el sentido de que el ejecutor haya adoptado medios diversos de los acordados con el mandante o de los que están en la naturaleza de las cosas para conseguir el fin indicado, y entonces, en términos generales, el exceso no podrá imputarse al mandante. Por regla general, para que el exceso le pueda ser imputado, es necesario que el mandante lo hubiese previsto. El exceso puede ser en el fin, cuando habiéndose adoptado los medios acordados o comunes, el resultado fue mayor que el previsto. Tal efecto mayor puede haberse obtenido por caso fortuito o por culpa del ejecutor, y entonces, con tal de que sea previsible, el exceso se imputa al mandante; por dolo específico del ejecutor mismo, y entonces no puede ser imputado al mandante. El exceso puede verificarse

carse también en los medios y en el fin conjuntamente, y en este caso se aplican las reglas precedentes. El mandatario puede hacer que otro cometa el delito por no haberle sido expresamente prohibido. Al contrario de la opinión muy difundida en la Edad Media, la ratificación, (*ratihabitio*) del delito cometido por otro, nunca puede equipararse al hecho del mandato, por la razón esencial de que sería posterior a la ejecución del hecho punible. La ratificación no podría constituir, si acaso, más que un delito especial”.

b).—**Orden.** Mientras el mandato presupone el acuerdo de voluntades, la aceptación no obligada del mandatario para la ejecución del delito, la orden entraña la imposición de una voluntad sobre otra, determinada por la subordinación jerárquica del que obedece respecto del que ordena.

Como tuvimos ocasión de analizarlo al estudiar las causas de justificación, la obediencia jerárquica exige de responsabilidad al agente subordinado, dentro de los límites establecidos por dicha causal, que el Código Penal colombiano contempla en el ordinal 1o. del artículo 25, concordante con el artículo 21 de la Constitución Nacional.

En este caso, si por razón de la obediencia jerárquica el ejecutor material del hecho encuentra justificación, la responsabilidad recae única y exclusivamente en quien ordena. Así lo resuelve nuestro Código en el artículo 26, por cuanto se trata de un autor mediato del delito. En cambio, si la orden no tiene el carácter de obligatoria y es acogida por el subordinado, la situación penal se resuelve como en el caso del mandato.

c).—**Coacción.** “Es un mandato impuesto con la amenaza de un mal grave” (Florián). La responsabilidad penal, igual que cuando se trata de la orden, recae sobre el instigador, pues respecto del ejecutor material del delito no existen siquiera las condiciones mínimas de imputabilidad. Así, por ejemplo, conforme al ordinal 1o. del artículo 23 del Código Penal no es responsable (ni imputable) el que comete el hecho ilícito “por insuperable coacción ajena o en estado de sugestión hipnótica o patológica, siempre que el sugestionado no haya consentido previamente en cometerlo”. Pero el que determina la acción delictiva, como autor único y mediato del hecho, que se ha valido del agente material como de un cuerpo inerte, responde en los términos del artículo 26, ya citado.

d).—**Consejo.** Es una forma de instigación que consiste en inducir a otra persona a cometer un delito, cuya ejecución no interesa directamente al inductor sino al inducido. No es por lo común capaz la inducción o el consejo de determinar la calidad de coautor del delito en el instigador, reduciéndose la participación a una complicidad accesoria de carácter moral. En el consejo, salvo especiales casos de inducción eficaz, la determinación al delito no depende de una manera exclusiva del instigador, bien por existir en el aconsejado el propósito criminal, que el instigador se limita a estimular, o porque en la formación del designio actúa con plena capacidad la conciencia del agente ejecutor.

Por tanto, si el agente obra determinado de una manera eficaz por el inductor, éste es autor intelectual del delito, en los términos del inciso segundo del artículo 19 de nuestra ley penal. Si el consejo no determina de una manera absoluta el hecho, se trata de un caso de complicidad o participación accesoria, que se rige por el artículo 20

La instigación por medio del consejo puede asumir, como lo expresamos anteriormente, condiciones de infracción penal independiente, lo que ocurre, de no cometerse el hecho aconsejado, en el caso de la incitación pública a cometer un delito determinado, según lo dispuesto en el artículo 209; en la inducción al suicidio. (artículo 367), y en los delitos contra la existencia y la seguridad del Estado. (artículos 127 y 149).

e).—**Sociedad.** No exactamente corresponde la participación así denominada a una forma de concurso moral, como que más que instigación supone la sociedad (*societas criminis* o *societas sceleris*) un concierto o acuerdo celebrado entre varios individuos para llevar a término un delito con fines comunes a todos los partícipes. Más bien comprende esta figura el llamado **concurso recíproco**, conforme al cual los delincuentes actúan, con unidad de intención y de fin, en una determinada empresa criminal, quedando todos los partícipes en condición de coautores del delito.

Es preciso hacer una distinción: el concurso criminal de sociedad, así entendido, no es lo mismo que la asociación para delinquir o banda de delincuentes, que constituye una organización estable y con propósito permanente de parte de sus integrantes para cometer delitos. La sociedad es ordinariamente una forma de participación que para los efectos penales se vincula al hecho

cometido. La asociación, fuera de la participación o concurso, constituye formalmente un delito, sin que exija para su integración que se realicen los hechos para cuya ejecución fue formada la asociación. En este caso, puede haber lugar al concurso de delitos (concurso formal), lo que no ocurre en las otras formas de instigación que hemos examinado. Así se desprende del artículo 208 del Código que establece el delito de asociación o banda de delincuentes, sancionándolo "sin perjuicio de la sanción que le corresponda, por los delitos que cometa".

El concierto para la comisión de un delito determinado, por su parte, puede también constituir en algunos casos una infracción. Tal ocurre por ejemplo en el Código Penal Colombiano al sancionar los hechos de que tratan los artículos 124 y 145 (Delitos contra la Existencia y Seguridad del Estado), en los que la represión opera respecto de actos simplemente preparatorios.

f).—**Apología del delito.** Puede entenderse, aunque se trata de una infracción formal que tiene autonomía en la ley penal, que la apología del delito constituye una participación moral, una especie de instigación o consejo en la que su nota propia y distintiva es el carácter general y no concreto de la instigación, dado que no se pretende llevar al ánimo de una persona el designio criminal sobre un determinado delito, sino que se estimula la comisión de infracciones penales, defendiéndolas o haciéndolas aparecer como buenas o justas ante otras personas.

Esta figura la comprende el artículo 210 del Código, única aplicable porque, en nuestro concepto, la apología del delito no hace al agente partícipe de los hechos que pudieran derivarse de su infracción. Por este motivo no constituye la apología del delito, jurídicamente hablando, una forma de participación de la que se deriven consecuencias penales fundadas en la complicidad.

PARTICIPACION ACCESORIA (COMPLICIDAD)

La participación moral o física, de acuerdo con lo expuesto, es principal si los actos cumplidos por el partícipe son necesarios a la consumación del evento. En cambio, si el concurso versa sobre los actos preparatorios, ejecutivos o posteriores sin

ofrecerse como precisos para la consumación del hecho, la participación es accesoria y quienes la prestan se denominan **cómplices**, para distinguirlos de los autores y coautores.

El grado de participación en cuanto a su eficacia influye en la calificación penal de ésta y en la responsabilidad. Así, los partícipes necesarios (autores y coautores, materiales o morales) son tratados por la ley penal en el mismo grado de responsabilidad, si bien ciertas circunstancias que la modifican o sirven para la calificación de los hechos no son siempre comunicables a los partícipes en quienes personalmente no concurren, mientras que los cómplices (partícipes accesorios o secundarios) sufren sanciones inferiores.

— La participación accesoria está constituida por actos anteriores, coexistentes o posteriores al delito, que no representan una cooperación necesaria. Su carácter secundario indica la insuficiencia de los elementos que son propios al concurso recíproco, bien porque habiendo unidad de voluntad no la hubo de acción, ya porque, no obstante la unidad de intención y de acción, los actos del cómplice no contribuyeron eficazmente a la consumación del hecho punible.

La participación en cuanto al tiempo

La vinculación de la persona a un delito puede ser, con relación al momento de su ejecución, **anterior, concomitante o posterior**. Lo ordinario es que la participación proceda de la ejecución de los actos anteriores o concomitantes del hecho, pues el auxilio posterior no podría jurídicamente ser considerado como forma de concurso o complicidad, por tratarse de un delito ya producido, respecto del cual la participación posterior, sin acuerdo previo, no guarda relación alguna. Para que surja la complicidad por actos cumplidos con posterioridad al delito, aquellos deben obedecer a previo acuerdo, a promesas anteriores a la comisión, caso en el cual sí existe una vinculación precisa entre el autor o autores y el cómplice.

El encubrimiento que corresponde a los actos de auxilio posteriores al delito, sin previo acuerdo ni promesa anterior, constituye una infracción penal autónoma, que en nuestro derecho afecta los intereses de la administración de justicia. (artículos 199 y 200). Cuando la participación posterior se hace cum-

pliendo promesas anteriores, resulta la forma de complicidad accesoria o secundaria contemplada en el artículo 20.

Elementos y condiciones de la participación

Toda forma de participación o complicidad en el delito, de acuerdo con las ideas que dejamos expuestas, tiene jurídicamente que reunir los siguientes elementos y condiciones:

1o.—Vinculación voluntaria del partícipe al hecho delictuoso. Sin una cooperación intencional ordenada a producir el evento, no es admisible forma alguna de concurso. "Considerado el concurso en relación con el elemento psíquico del delito, parece evidente la posibilidad del concurso de voluntades sin concurso de acción, pero no viceversa". (Florián).

La exigencia en la participación de voluntad de delinquir, expresada ésta en la ejecución de actos necesarios o secundarios con relación a un hecho determinado, de carácter criminal, impide lógicamente hablar de concurso o complicidad en los delitos culposos, puesto que en éstos el agente no procede de manera intencional, sino por imprevisión, imprudencia, impericia, etc. Tampoco de manera culposa cabe vincular a una persona a un delito intencional.

2o.—La participación, a más de exigir una vinculación de voluntades entre el partícipe (principal o accesorio) y el autor o autores del delito, requiere ser manifestada externamente con la ejecución de actos propios a la realización del evento. Claro está que la naturaleza de estos actos varía, según se trate de participación material o moral, y del grado, principal o accesorio. Como el concurso hace relación a un hecho delictuoso determinado, en cuya ejecución se comprometen y participan varias personas, no es admisible, por no ser la participación un delito propiamente tal, sino la expresión concreta de un designio criminal, la tentativa de complicidad.

En el examen del elemento material del concurso expone el profesor Florián estos conceptos:

"En relación con el elemento material, el concurso debe manifestarse en actos externos, si bien de índole diversa, según que sea moral o material: en este último caso los actos deben ser ejecutivos en relación, desde luego, con delito cuya realización se persigue. De aquí se deriva el que no se admita la tentativa de

complicidad. Esta correspondería a una intención malvada y criminal que ha quedado sin efecto. Debe, sin embargo, investigarse si un auxilio materialmente ineficaz no puede constituir un concurso moral útil. Es discutible si puede admitirse la complicidad; pero no hay razón teórica que la excluya cuando en el hecho concurren los dos elementos, objetivo y subjetivo. Se pregunta si puede constituir concurso una actividad puramente negativa, como sería el hecho de no impedir el delito que se va a cometer o de no revelarlo, y presenciar la perpetración del mismo (complicidad negativa). La opinión dominante contesta que nó, ya que no habría allí ni concurso de acción, ni concurso de voluntad. Pero no debe confundirse la complicidad negativa no imputable con la complicidad por actos negativos; esta última es plenamente admisible, como sería el caso en que se prometiese no revelar un delito y tal promesa hubiese influido en la determinación de cometerlo, o cuando la presencia inactiva en el lugar del delito fuese acordada y preparada con el agente con el fin de vigilar o de prestarle auxilio.

"De lo expuesto resulta manifiesto el carácter jurídico-accesorio propio del concurso. Este surge y se desarrolla sobre el supuesto de un delito cometido y en relación con la figura del autor del delito. Ello determina importantes aplicaciones de derecho penal y procesal".

Disposiciones penales sobre participación

En el Código Penal Colombiano dos disposiciones regulan las formas y grados de la participación, con criterio técnico y alejado de todo casuismo, lo que facilita la apreciación judicial en cada caso concreto para definir la responsabilidad de las distintas personas comprometidas en la comisión de un delito. Dichas disposiciones son:

Art. 19 "El que tome parte en la ejecución del hecho, o preste al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, quedará sometido a la sanción establecida para el delito.

En la misma sanción incurrirá el que determine a otro a cometerlo".

Art. 20 "El que de cualquier otro modo coopere a la ejecución del hecho o preste una ayuda posterior, cumpliendo promesas anteriores al mismo, incurrirá en la sanción correspondiente al delito, disminuída de una sexta parte a la mitad".

El artículo 19 comprende en su primer inciso la participación material en grado necesario, y en el segundo la participación moral necesaria, o sea, la instigación. El artículo 20 se refiere a la complicidad accesoria, sea material o moral.

Respecto del autor mediato del delito, cuya actividad puede presentarse en los casos de que dan cuenta el numeral 1o. del artículo 23 y numeral 1o. del artículo 25, el Código dispone:

Art. 26 "En los casos del numeral 1o. del artículo 23 y del numeral 1o. del artículo 25, será responsable el que determinó a otro a obrar".

Fuera de las disposiciones aludidas deben tenerse en cuenta todos los artículos a que hemos hecho referencia a lo largo de este capítulo, referentes a formas especiales de instigación, constitutivas de infracciones penales autónomas.

Por último, conviene observar, como excepción a lo establecido en los artículos 19 y 20 el caso singular del delito de duelo. Este hecho constitutivo de infracción penal, de acuerdo con la reglamentación que le es propia, se celebra con la intervención de padrinos, los cuales participan en el ejercicio de sus funciones en dicho delito. Sin embargo no son responsables por esa participación, salvo los casos en que dolosamente y con perjuicio de los duelistas, faltan a sus deberes.

Complicidad correspectiva

Fuera de las características ordinarias de la participación existe una figura atípica de cooperación denominada complicidad correspectiva o correlativa, cuya aplicación sólo se hace para los delitos de homicidio y lesiones personales. Se refiere a los casos en los que varias personas toman participación en el homicidio o en las lesiones, sin que sea posible determinar cual de ellas ejecu-

tó el hecho criminal. Los requisitos de la complicidad correspectiva son:

- a).—Que se trate de homicidio o de lesiones;
- b).—Que sean varias personas las que intervienen en su comisión, y
- c).—Que no sea posible determinar el autor, ni formular una tesis normal de concurso.

Está prevista la complicidad correspectiva en el Código Penal Colombiano, según la siguiente disposición:

Art. 385 "En los casos en que varias personas tomen parte en la comisión de un homicidio o lesión y no sea posible determinar su autor, quedarán todas sometidas a la sanción establecida en el artículo correspondiente, disminuída de una sexta parte a la mitad".

Como se ve, mediante esta fórmula, la ley penal trata de resolver situaciones difíciles de orden probatorio, que frecuentemente se presentan en los delitos de homicidio y lesiones de carácter tumultuario. Para resolverlas sacrifica los principios fundamentales del concurso, al imponer a todos los partícipes, necesarios o accesorios, una penalidad igual, que es la correspondiente al delito cometido, apreciablemente disminuída.

COMUNICABILIDAD DE CIRCUNSTANCIAS

Un último punto nos falta por tratar en relación con la participación y es el referente a la comunicabilidad de circunstancias, agravantes o favorables.

La tesis general en materia de participación es la de que cada una de las personas que toman parte en la ejecución de un delito responden solamente del hecho que se han propuesto cometer y en armonía con el grado de la cooperación prestada a tal efecto. Sin embargo este criterio no rige de una manera absoluta, siendo varios los casos en los que hay lugar a modificar las

condiciones de responsabilidad penal de los partícipes en virtud de comunicarse a éstos circunstancias que son propias a otros, especialmente tratándose de circunstancias agravantes o calificatorias.

Las hipótesis que precisa examinar a este respecto son las siguientes:

a).—En los llamados delitos propios, o sea aquellos en los que las condiciones personales del sujeto activo se incorporan como elemento constitutivo de la infracción, es absolutamente indispensable admitir la comunicabilidad de la circunstancia porque de otro modo no podría existir el delito respecto del partícipe en quien no concurriría. Así, por ejemplo, se requiera la calidad de cónyuge para el delito de bigamia, la de funcionario público para los delitos de abuso de autoridad, prevaricato, etc., pero quien participa en uno de estos delitos, no precisa de esa calidad personal, que le es comunicada por el autor en quien concurre.

b).—Las circunstancias personales que suprimen la imputabilidad penal, dan lugar a la justificación del hecho o disminuyen la responsabilidad, no son comunicables a los partícipes y sólo operan respecto de aquellos en quienes concurren. Así, por ejemplo, la legítima defensa, el estado de necesidad, la coacción, el error esencial, etc., no se consideran sino respecto del partícipe a quien favorece la circunstancia, salvo que de hecho concurre en los demás.

c).—Las circunstancias personales agravantes, por su parte ofrecen dos aspectos distintos: "1o.) Las que son estimadas así porque representan la violación de un deber más importante que incumbe al autor, como por ej: la cualidad de hijo en el homicidio. 2o.) Las que se refieren a la persona, pero se reflejan sobre la ejecución del delito, representan, por decirlo así, un modo del mismo y lo facilitan. Así sucede, por ej: con la calificación del abuso de confianza en el hurto. Las primeras no se comunican porque no van más allá de la persona, con respecto a la cual existen; las segundas se comunican, ya que son condiciones, por así decirlo, reales, adquieren un carácter objetivo, son un modo de la acción" (Florián).

De acuerdo con esta distinción las circunstancias personales que dan especial modalidad al delito y que son en cierta forma privativas o propias de uno de los partícipes, no se comunican a los demás. Esta tesis, que es muy clara, como lo veremos un

poco más adelante, no está formulada con suficiente claridad en el Código Penal Colombiano, lo que ha llevado a interpretar en muchos casos en forma contraria a ella el artículo 21, referente a las circunstancias personales y a su comunicabilidad. Así, por ejemplo, se sostiene que el cómplice de un parricidio queda afectado, por comunicación, de la circunstancia personal del autor, constitutiva de asesinato, como es el parentesco de consanguinidad entre la víctima y el autor del delito. En nuestro concepto las circunstancias personales que entrañan la violación de un deber y que se refieren específicamente a uno de los partícipes, no son propiamente circunstancias agravantes, sino calificatorias del delito, no debiendo regir respecto de ellas la comunicabilidad, salvo la hipótesis prevista en el aparte a). En cambio, las otras circunstancias personales que tienen que ver con el proceso delictivo, si son comunicables, y es a éstas a las que se refiere el inciso segundo del artículo 21.

d).—Las circunstancias materiales, que agraven o atenúen el hecho, lo mismo que las que modifiquen su denominación jurídica son comunicables, cuando el partícipe ha tenido conocimiento previo de ellas o ese conocimiento es concómitante con la comisión del hecho.

Las circunstancias materiales, en consecuencia, pueden producir los siguientes efectos: atenuar la responsabilidad, agravarla o modificar el delito para darle una denominación distinta, de naturaleza más grave o más leve ante la ley penal. En todos estos casos se cumple la comunicabilidad siempre y cuando el partícipe tenga conocimiento preciso de tales circunstancias. El conocimiento puede ser anterior al hecho, por enterarse el cómplice de la forma y condiciones en que el delito va a realizarse, o concomitante, si las circunstancias se presentan durante su ejecución y el cómplice persiste en la cooperación.

Disposiciones penales al respecto

Art. 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”.

Contempla este artículo las circunstancias personales, favorables y desfavorables. Las primeras, que son las que disminuyen o excluyen la responsabilidad, son absolutamente personales e incommunicables. Las segundas, que tienen por efecto agravar la sanción, son comunicables al partícipe que las ha conocido, pero la sanción por la agravación correspondiente puede disminuirse hasta en una sexta parte. Insistimos en que estas circunstancias personales agravantes no comprenden sino las que obran como medio operativo del delito, según lo expresado atrás.

Art. 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”.

Se refiere la disposición a las circunstancias objetivas cuyos efectos son agravar, atenuar o modificar el hecho delictuoso. Los requisitos para la comunicabilidad que consagra son los ya enunciados, es decir, conocimiento previo o concomitante, calidad material de las circunstancias, su influencia en la cantidad del delito o en su denominación jurídica.

CONCURSO DE DELITOS

El delito en su integración jurídica no se presenta siempre como un hecho simple en el que a la unidad de acción corresponda una sola lesión jurídica y por ende la violación de únicamente un dispositivo legal. En muchos casos el delito presenta complejidad tanto en lo que respecta a los actos mismos de ejecución como en relación con los resultados. Ya expusimos al tratar de la división de los delitos, que los hay simples, continuados y permanentes, de una parte y que las infracciones penales pueden dar lugar al concurso formal o material, de otra. De estas distintas modalidades, que determinan consecuencias penales especiales vamos a ocuparnos en el presente capítulo.

Los casos que se presentan son los siguientes:

1o.)—**Unidad de acción y de resultado.** Lo ordinario en los hechos delictuosos es la unidad de acción y de resultado, es decir, que la infracción esté constituida por un solo hecho y una sola violación de la norma penal. En este caso la unidad del delito no se desvirtúa por contener la acción varios actos, que desde el punto de vista del proceso delictivo se consideran como uno solo. Ejemplos de esta unidad son el delito de lesiones personales para cuya realización el agente causa al ofendido varias heridas, y el de homicidio por envenenamiento cuando el tóxico es suministrado a la víctima en dosis sucesivas.

2o.)—**Pluralidad de acciones y un solo resultado.** En el caso en que el delito sea el resultado de varias acciones, no de varios actos, que concurren todos a integrar un solo resultado, el delito conserva su unidad y toma la denominación de **continuado**. Lo característico en esta clase de hechos es que el agente procede con un sólo propósito y que la violación de la ley, precisamente por ser uno el designio criminal, se concreta al mismo precepto.

Pessina define esta especie de delito como “la repetición de actos criminosos constitutivos de delito y distintos entre sí, pero unidos en una sola conciencia delincuente porque van dirigidos al cumplimiento de un mismo propósito criminoso”.

Para estudiar ordenadamente los elementos del delito continuado empezamos por copiar el texto de la disposición que en el Código Penal Colombiano consagra esta figura:

Art. 32 "Se considera como un solo hecho la infracción repetida de una disposición de la ley penal, cuando revele ser ejecución del mismo designio; pero la sanción deberá aumentarse de una sexta parte a la mitad".

Examinando el contenido de la disposición dedúcese que para que surja la figura del delito continuado se requiere:

a).—Distintas acciones, cada una de las cuales entraña de por sí, objetivamente, la realización delictuosa, es decir, comporta todos los elementos propios del delito o la completa violación de la ley. Pero esa acción objetivamente completa es parcial desde el punto de vista de la intención del agente, cuyo propósito es alcanzar mediante hechos repetidos un determinado resultado.

b).—Violación de una misma disposición legal, en cuanto que todas las acciones o hechos representan individualmente un delito de la misma especie. A este respecto algunos penalistas entienden que para la existencia de esta figura las acciones repetidas deben afectar siempre igual precepto legal, criterio este a que parece acogerse el Código Penal Colombiano al establecer que debe tratarse de una **disposición**, término que equivale a artículo de la ley. Otros tratadistas afirman que por precepto no debe entenderse una determinada disposición sino el título del hecho punible, aun cuando sean diversos los modos o las formas de ejecución, atendiendo para formular esta tesis a que la finalidad que se busca con la admisión en los Códigos del delito continuado es no agravar la responsabilidad del imputado, ya que la unidad de intención sólo puede entenderse en forma genérica.

Conforme a este último criterio, habría delito continuado tratándose de hechos contra la propiedad cometidos con un mismo designio, aunque esa calificación específica fuera para unas acciones, de hurto; para otras de robo, etc. Pero, en nuestro concepto, no es admisible esta interpretación porque el delito continuado ofrece desde el punto de vista de las acciones homogeneidad en las formas de ejecución e identidad del interés jurídico lesionado.

c).—Unidad en la intención o designio criminal, lo que equivale a expresar que todos los hechos ejecutados obedecen a un

solo propósito, están "unidos en una sola conciencia delincuyente", según la definición de Pessina.

d).—Unidad del bien jurídico lesionado, es otra de las condiciones que se exige para el delito continuado. Este elemento hay que tomarlo en el sentido que es propio al interés jurídico que se tutela en las diversas infracciones, pero no entraña que sea indispensable la identidad de la persona ofendida. En otros términos, las acciones delictuosas pueden afectar diversas personas pero ha de ser el mismo respecto de todas el bien jurídico sobre el cual recae el delito. Por ejemplo: una persona toma la resolución de hurtarse veinte cabezas de ganado, y en actos sucesivos cumple las sustracciones de haciendas distintas y de diversos dueños. El delito es continuado en el caso propuesto. En cambio no sería de esta naturaleza y habría pluralidad de delitos si un sujeto se sustrae hoy una suma de dinero, mañana una res y más tarde unas alhajas.

Se explica la unidad en el delito continuado porque el elemento básico para la integración de los hechos es el que hace relación al propósito criminal. En realidad de verdad sólo hay una intención criminosa que acompaña al agente en los distintos hechos integrantes de la infracción compleja que examinamos. Pero para los efectos de la responsabilidad la sanción no puede ser la que corresponde al delito simple, puesto que la propia persistencia del agente en la ejecución del delito es índice de su peligrosidad. Por ello los Códigos optan por agravar la sanción del delito, tal como lo estatuye la disposición atrás copiada.

3o).—Unidad de acción y pluralidad de resultados. (**concurso ideal**). Cuando una acción produce diversos resultados y se afectan en consecuencia distintos intereses jurídicos con violación de varias disposiciones de la ley penal, deja de haber unidad para presentarse el concurso ideal de delitos.

Esta figura la consagra en los siguientes términos nuestro Código Penal:

Art. 31 "El que con un mismo hecho violare varias disposiciones de la ley penal, quedará sometido a la que establezca la sanción más grave, aumentada hasta en una tercera parte".

Para que el concurso sea de esta naturaleza han de reunir-

se las siguientes condiciones:

a).—Que el hecho ejecutado por el agente sea único, tanto objetiva como subjetivamente. Por el hecho precisa entender la acción en un sentido más amplio que para el caso del delito continuado, pues si objetivamente el hecho es uno, en su apreciación material, jurídicamente la acción se descompone en resultados diversos que constituyen violaciones independientes de la ley penal. La unidad, en consecuencia, se entiende desde el punto de vista físico y de la intención criminal.

b).—Que se violen distintos preceptos o disposiciones de la ley penal, circunstancia esta que indica que el hecho determina más de una lesión jurídica. La pluralidad de lesiones ocurre: o por violación de distintos intereses jurídicamente tutelables, como en el caso de violencia carnal e incesto, por ser el autor del hecho padre o hermano de la ofendida; o por afectar el hecho el mismo interés respecto de varias personas. Esta última forma de concurso ideal no es admitida por muchos tratadistas que exigen la diversidad de disposiciones violadas con el hecho. Además, se confundiría con el delito continuado, admitida una sola intención.

De las condiciones expuestas y que se consideran necesarias para que haya lugar al concurso formal o ideal de delitos ofrecen especial dificultad las referentes a la unidad objetiva y subjetiva de la acción delictuosa. En primer término, hay que entender que la unidad objetiva supone la ejecución de un solo hecho material. El resultado también debe ser uno desde ese punto de vista, lo que indica que en el concurso formal la acción se traduce en un daño material, siendo las demás lesiones jurídicas de carácter formal. Si hay diversidad de daños, como lesiones a varios individuos con un solo disparo no habría lugar al concurso formal por ser, objetivamente, varios los hechos delictuosos.

De otra parte, exigiéndose para el concurso formal la violación de varias disposiciones de la ley penal, esta condición obliga a aceptar la tesis de la unidad objetiva en la forma que la hemos expresado.

En cuanto a la unidad de intención en el concurso formal resulta precisamente porque el sujeto activo del delito sólo pretende la comisión de un hecho determinado. Pero éste, por su naturaleza, al consumarse afecta intereses jurídicos de diversos órdenes. En el caso de la violencia carnal que citábamos antes, lo pretendido por el agente es lograr el acceso carnal recu-

riendo para ello a la fuerza o la intimidación. Pero por recaer el hecho en la hija o la hermana, el acceso no sólo integra el delito contra la libertad y el honor sexuales, sino el de incesto, que es delito contra la familia.

El sistema de represión en el concurso formal empleado por el Código Penal colombiano es el más adecuado pues parte de la pena correspondiente al delito más grave, autorizando su agravación en una proporción que consulte las circunstancias de peligrosidad que son medida de la responsabilidad penal.

4o).—**Absorción jurídica.** No obstante lo que hemos expuesto sobre la integración del concurso formal de delitos, hay casos en los que esta figura formal no puede surgir aunque el hecho produzca la violación de distintas disposiciones de la ley penal. Tal ocurre cuando una de las infracciones absorbe la otra por comportar todos los elementos que le son propios al delito fin el delito medio. En la estafa, por ejemplo, este hecho delictuoso puede ser absorbido por la falsedad como delito medio, en razón de que la falsedad es un hecho de fraude que comporta los elementos propios de la estafa.

5o).—**Pluralidad de acciones y de resultados (Concurso material).** Cuando hay varias acciones y se trata de distintos hechos independientes entre sí o conexos, se presenta el concurso real o material de delitos.

En nuestro código penal esta forma de concurso la establece la siguiente disposición:

Art. 33 "Al responsable de varios delitos cometidos separada o conjuntamente y que se juzguen en un mismo proceso, se le aplicará la sanción establecida para el más grave, aumentada hasta en otro tanto". (Los incisos siguientes tratan sobre penalidad accesoria).

Se caracteriza el concurso material de delitos por ser uno mismo el agente criminal, varios los hechos ejecutados, distintos los fines y varias las violaciones de la ley penal. Requiere, además como condición procesal, unidad de acción o acumulación de juicios, para que haya fallo único.

Teniendo en cuenta las características enunciadas el concurso material puede presentarse en los siguientes casos:

a).—Cuando se trata de hechos diversos que no guardan entre sí relación distinta a la de haber sido cometidos por el mismo agente. Este concurso lo determina la identidad de sujeto pasivo de la acción penal.

b).—Cuando los hechos cometidos por la misma persona son simultáneos, es decir, cometidos o ejecutados conjuntamente, guardando entonces relación, no sólo por la identidad del autor, sino por su conexión cronológica o accidental.

c).—Cuando se trata de delitos conexos. La conexidad puede presentarse tanto en el concurso material como en el formal, según la naturaleza de los hechos y la vinculación que tengan entre sí.

En distintas formas se presenta la conexidad: **Jurídica**, si uno de los hechos pierde su autonomía para convertirse en elemento constitutivo del otro. Por ejemplo, si se comete el delito de homicidio empleando dinamita o sustancias explosivas, por esta circunstancia el hecho se califica de asesinato y es a la vez delito contra la salud y la integridad colectivas. (artículos 261 y 363. ordinal 8o. del C. P.). **Ideológica**, si entre los delitos existe una relación necesaria de medio fin (falsificar para estafar). Esta forma de conexidad determina la absorción y no el concurso. **Material**, cuando uno de los delitos sirve de medio a otros o los facilita, sin existir una relación de necesidad, por ejemplo: matar para robar. **Consecuencial**, la que se presenta cuando con un delito se trata de asegurar la comisión de otro anterior, buscar la impunidad, ocultarlo, etc.

Para la aplicación del artículo 33 del C. P. se requiere que el responsable de varios delitos sea juzgado en un mismo proceso. Esto significa que ninguno de los delitos debe haber sido materia de juicio y recibido sentencia en firme, pues de lo contrario no surtiría efectos la disposición. Debe tenerse presente, también, que para la correcta aplicación del artículo 33 han de observarse las normas procedimentales, sobre competencia y acumulación, cuyo estudio no es materia de este curso.

En cuanto a los sistemas de represión del concurso material de delitos las doctrinas penales no están muy de acuerdo, señalándose como principales criterios los siguientes:

a).—**Acumulación material**. Sistema que se reduce a la aplicación de las distintas penas correspondientes a los delitos cometidos. Con este criterio se llega a la imposición, en muchos ca-

sos, de penalidades exageradas y aun absurdas. El C. P. de 1890 se regía en esta forma aunque, por otra parte, limitaba el máximo de la pena privativa de la libertad a 25 años.

b).—**Aplicación de la pena más grave**. Este método llamado de la absorción deja impunes los delitos de menor entidad y propicia la comisión de otros hechos delictuosos, prevalido el agente de que no habrá sanción por causa de ellos.

c).—**Acumulación jurídica**. Es una acumulación intensiva. Quiere este criterio que no se apliquen todas las penas correspondientes a los distintos delitos, pero sí modificar, sustituir las penalidades para que "ganen en intensidad lo que pierden en duración".

d).—**Responsabilidad única**. Este sistema, definido por Impallomeni, con base en la concurrencia de delitos, aumenta la responsabilidad y conduce a la aplicación de la pena señalada para el delito más grave aumentada proporcionalmente.

Este es el criterio de la ley penal colombiana en principio, pero hay que advertir que el Código autoriza medidas accesorias en orden a combatir la delincuencia habitual o por tendencia, de una parte, y, de otra, limita la duración de las penas, conforme al artículo 45.

Como la concurrencia de delitos es índice revelador de peligrosidad social del agente criminal, establecida la tendencia al delito o su carácter habitual, la mayor responsabilidad traducida en una fuerte represión con el empleo de las penas comunes, va acompañada de medidas accesorias, como relegación a colonias agrícolas especiales, con el objeto de eliminar o segregarse por largo tiempo al delincuente, o rehabilitarlo mediante un sistema ordenado de trabajo industrial o agrícola. Según el artículo que comentamos, cuando se trata de cuatro a más delitos y hay motivos para afirmar la temibilidad del delincuente, se imponen dichas medidas accesorias.