

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



ANÁLISIS DEL NUMERAL TRES DEL ARTÍCULO 36 DEL CÓDIGO PENAL

MARIO EFRAIN RAMOS CASTRO

GUATEMALA, JUNIO DE 2013

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

ANÁLISIS DEL NUMERAL TRES DEL ARTÍCULO 36 DEL CÓDIGO PENAL

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARIO EFRAIN RAMOS CASTRO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, junio de 2013

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Víctor Andrés Marroquin Mijangos
VOCAL V: Br. Rocael López González
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Saulo de León Estrada
Vocal: Lic. Carlos Alberto Velásquez Polanco
Secretario: Lic. Artemio Rodulfo Tánchez Mérida

Segunda Fase:

Presidenta: Lic. Marco Tulio Pacheco Galicia
Vocal: Licda. Gloria Verna Guillermo Lemus
Secretario: Lic. César Noel Rodríguez Marroquín

RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



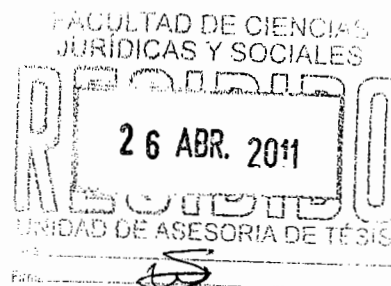
Lic. NORBERTO WALDEMAR ALVARADO CANEL

Bufete: 11 calle 10-56, zona 1. Edif. Santo Domingo 4to. Nivel. Oficina 402.

Teléfono: 57514609. Colegiado 8243

Guatemala, 11 de abril de 2011

Licenciado **Carlos Manuel Castro Monroy**
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Como asesor del Bachiller **MARIO EFRAIN RAMOS CASTRO**, en la elaboración del trabajo titulado: **“ANÁLISIS DEL NUMERAL TRES DEL ARTÍCULO 36 DEL CÓDIGO PENAL”**, con base en el Art. 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Publico, me complace manifestarle lo siguiente:

El presente estudio constituye un aporte científico que el ponente logra hacer, con base en la aplicación de los métodos de investigación que hizo acopio a lo largo de su preparación académica, en consecuencia sus apreciaciones revisten el grado técnico requerido.

La redacción del informe de tesis, cumple con los mínimos requeridos y exigidos por el normativo citado.

Las citas de autores nacionales y extranjeros, fundamentan doctrinariamente el estudio en el sentido de revestir una verdadera tesis con una bibliografía y citas al pie de página, que sirven para interpretar los temas que componen la investigación de mérito.

Las conclusiones que el estudiante elabora en su trabajo son subsecuentes de la comprobación de la hipótesis de investigación. Esta última está referida a la necesidad de reformar el Artículo 36 del Código Penal, sobre todo en cuanto a la aplicación de las



teorías modernas de la autoría y participación en el delito, siendo estas la del dominio del hecho y de accesoriedad.

La principal recomendación consiste en sugerir al Estado de Guatemala, por medio del Congreso de la República de Guatemala, una reforma de la ley en cuestión, para modernizar así, la aplicación de justicia penal.

Los métodos de investigación empleados son: el deductivo, que se aplicó para la exposición de los temas de lo general a lo particular; el inductivo, para establecer las generalizaciones adecuadas a las conclusiones del trabajo; el analítico, para abordar el estudio en general; y para poder recomponer las clasificaciones en un todo, se empleó el método sintético

Se acompañó el proceso investigativo junto al estudiante, y se puede confirmar la comprobación de la hipótesis planteada, conforme a la proyección científica de la investigación.

El trabajo de mérito reúne los requisitos mínimos reglamentarios, y se emite el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, para los efectos que las leyes académicas contemplan.

Atentamente,

LICENCIADO
Norberto Waldemar Alvarado Can.
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 26 de abril de 2011.

Atentamente, pase al LICENCIADO JULIO ROBERTO GARCÍA MONTENEGRO, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del estudiante MARIO EFRAIN RAMOS CASTRO, intitulado: "ANÁLISIS DEL NUMERAL TRES DEL ARTÍCULO 36 DEL CÓDIGO PENAL".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual establece: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



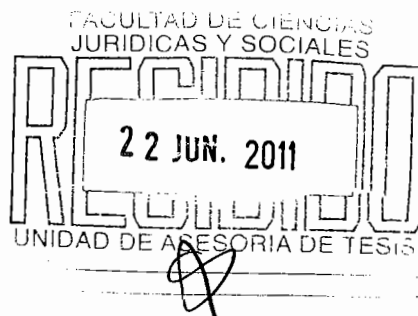
cc.Unidad de Tesis
CMCM/sllh.



LIC. JULIO ROBERTO GARCÍA MONTENEGRO
Abogado y Notario
Colegiado 5,532

Guatemala, 22 de junio de 2011

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho



Respetable Licenciado Castro Monroy:

Cumpliendo la disposición contenida en la resolución emanada de esa Unidad de Asesoría de Tesis, de fecha veintiséis de abril de dos mil once, procedí a realizar el análisis correspondiente como **REVISOR** del trabajo de tesis del bachiller **MARIO EFRAIN RAMOS CASTRO**, titulado "**ANÁLISIS DEL NUMERAL TRES DEL ARTÍCULO 36 DEL CÓDIGO PENAL**", por lo que me complace informarle que la investigación contiene lo siguiente:

- 1) Una investigación que aborda una problemática jurídica, ya que se establece y analiza desde el punto de vista de la dogmática penal moderna, representa la regulación del autor en el Código Penal guatemalteco, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República, evidenciándose el atraso de esta regulación en la actualidad.
- 2) Los métodos de investigación son los correctos. Tanto la inducción como la deducción cumplen un papel primordial en el contenido de la investigación.
- 3) El trabajo de referencia constituye un aporte científico a la ciencia jurídica, ya que desde el planteamiento de la hipótesis, se confirma que el Código Penal fue influenciado por las corrientes dogmáticas prevalecientes en su época, tales como el positivismo jurídico, misma que a finales del siglo XX fue superada, derivándose de esta forma, el atraso de muchas figuras e instituciones reguladas en tal normativa, como el caso de la autoría.



LIC. JULIO ROBERTO GARCÍA MONTENEGRO
Abogado y Notario
Colegiado 5,532

- 5) La bibliografía utilizada, se considera oportuna y congruente con el trabajo técnico de esta naturaleza, derivado que fueron consultados documentos bibliográficos, que contienen información técnica y jurídica de actualidad y sobre todo, de aplicación al tema relacionado con la doctrina de índole penal.

En virtud, que el trabajo de tesis en cuestión, reúne los requisitos estipulados en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y el Examen General Público, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que la misma pueda continuar con el trámite correspondiente, para una posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular, me suscribo atentamente,

Lic. Julio Roberto García Montenegro
Revisor de tesis

Licenciado
Julio Roberto García Montenegro
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 03 de mayo de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante MARIO EFRAIN RAMOS CASTRO, titulado ANÁLISIS DEL NUMERAL TRES DEL ARTÍCULO 36 DEL CÓDIGO PENAL. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/slh.



Lic. Avilán Ortiz Orellana
DECANO



Rosario 






DEDICATORIA

- A DIOS:** Supremo creador de todo lo que existe, por darme la sabiduría e iluminar el camino para alcanzar mis metas.
- A MIS PADRES:** Don Efraín Ramos y Doña María Isidra Castro Del Cid, por su amor, comprensión y los esfuerzos que hicieron por mí.
- A MI ESPOSA:** Silvia Lucrecia Alvarado Cabrera, por su amor, comprensión y apoyo en los buenos momentos y aquellos que fueron difíciles.
- A MIS HIJOS:** José Efraín (QEPD) y Mario Fernando, con amor y agradecimiento por su apoyo y confianza.
- A MIS HERMANOS:** Luz del Carmen, Marta Isabel y Carlos Alberto, con amor.
- A MIS CUÑADOS:** Con especial aprecio.
- A DOÑA LOLA:** Tía de mi esposa, por su apoyo moral.
- A MI FAMILIA:** En general, por el apoyo y cariño que siempre encontré en ellos.
- A MIS AMIGOS:** En especial: al Licenciado Rafael Bracamonte y a la Licenciada Adely Vásquez de Bracamonte, por su amistad y apoyo.
- A:** Mis compañeros de trabajo en EMPAGUA, con aprecio por su solidaridad y amistad.



A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, Alma Mater formadora de hombres de ciencia, futuro de Guatemala.

A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, como un reconocimiento por la formación académica que recibí.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Aspectos generales acerca del delito.....	1
1.1. Generalidades sobre la concepción del delito.....	1
1.2. Fundamentos generales de la teoría del delito.....	4
1.3. Evolución histórica de la concepción del delito.....	5
1.4. Elementos del delito.....	14

CAPÍTULO II

2. Autoría y participación en el delito.....	17
2.1. La acción en el delito.....	17
2.2. Diferencias entre autoría y participación.....	20
2.3. Autoría.....	23
2.4. Clases de autoría.....	27
2.4.1. Autor mediato.....	27
2.4.2. Autor inmediato.....	32
2.5. Participación en el delito.....	34

CAPÍTULO III

3. Teorías sobre la participación en el delito.....	39
3.1. Generalidades sobre accesoriedad.....	39
3.2. Teoría del dominio del hecho.....	44
3.3. Teoría sobre la comunicabilidad de las circunstancias.....	57

CAPÍTULO IV

4. Análisis del numeral tres del Artículo 36 del Código Penal.....	65
--	----



	Pág.
4.1. El cooperante en el delito.....	65
4.2. La cooperación en el derecho comparado.....	67
4.3. El caso del numeral tres del Artículo 36 del Código Penal guatemalteco.....	69
CONCLUSIONES.....	81
RECOMENDACIONES.....	83
BIBLIOGRAFÍA.....	85



INTRODUCCIÓN

El presente tema, surge como idea de investigación en el ponente de la misma, como consecuencia de la confusión evidente que provoca la redacción del Artículo 36 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, cuando incluye entre los términos que regulan al autor, a los de cooperantes o cómplices.

La principal justificación para la realización del presente estudio, consiste en el hecho de que los roles que juegan los sujetos activos en un delito, puesto que permiten establecer todo un análisis de sus niveles de participación. Al momento de su realización los roles podrían ser modificados debido a las circunstancias o los elementos accidentales del hecho. Pero lo importante radica en dos momentos: El de la preparación del delito y el de consumación.

Las teorías que han orientado el desarrollo del presente estudio, se pueden resumir en tres: La primera por importancia es la denominada teoría del dominio del hecho. La segunda, el principio de accesoriedad y la tercera, la comunicabilidad de las circunstancias.

La hipótesis queda demostrada en el desarrollo del presente contenido, y consiste en: La necesidad de que el Congreso de la República de Guatemala excluya de las formas de autoría que contiene en el numeral tres del Artículo 36 del Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, la cooperación por ser parte de una participación y no la autoría en el delito.

Entre los objetivos planteados en la realización del presente trabajo se encuentra, el determinar la exclusión de la cooperación como forma de autoría en el Código Penal; y, por ende, la debida ratificación del hecho de que el cooperante forma parte de la participación en el delito, puesto que está mas cerca de la complicidad que de la responsabilidad directa en la comisión del hecho delictivo.



Entre los métodos utilizados se encuentran: El método inductivo, que sirvió de base para el estudio específico de la cooperación, y su confrontación con las formas de participación en el delito. El método deductivo, ha permitido la exposición de los temas de forma general a lo particular. El método analítico, ha servido para establecer las distintas formas de autoría y de complicidad así como la participación en el delito. Entre las técnicas aplicadas en el presente estudio se encuentran, la documental y la observación científica.

Para la exposición del tema, se ha hecho una exposición que queda contenida en cuatro capítulos: El primero, contiene lo relativo a los aspectos generales del delito, para determinar así la influencia de tal tema en el contenido de la participación y autoría en el delito; el segundo, contiene lo relativo a la autoría y participación en el delito, haciendo énfasis en el elemento de la acción, como entidad caracterizadora de la acción atribuible al autor y responsabilizar en grado distinto al partícipe; el tercero, las teorías que explican la participación en el delito, haciendo énfasis en las tres que ya han quedado mencionadas; y finalmente el cuarto, contiene el análisis del numeral tres del Artículo 36 del Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, en el cual se puede encontrar una forma de comparación con lo regulado al respecto en la legislación española, puesto que tal normativa ya ha excluido el tema de la cooperación como forma de autoría y lo ha ubicado sistemáticamente entre las de complicidad o participación en el delito.

Sirva el presente estudio, para demostrar la necesidad de reformar el Artículo 36 del Código Penal guatemalteco, en el sentido de excluir la cooperación como forma de autoría, puesto que la participación no constituye como se mencionó al principio, una forma de autoría.

CAPÍTULO I

1. Aspectos generales acerca del delito

La concepción que se tiene sobre delito en una sociedad, deriva de la forma en que tal institución del derecho penal, se encuentra regulada en la legislación. Esto resulta así, a pesar de los criterios que pudieran sostener los distintos autores y tratadistas al respecto.

Lo que se indica, importa para la presente investigación como consecuencia de sus repercusiones en la autoría y participación en el delito, pero especialmente para el tema de la cooperación. Por ello, en el presente capítulo se exponen los criterios más generales acerca de tal figura.

1.1. Generalidades sobre la concepción del delito

Desde que el criterio legalista del siglo XIX concibiera al delito como: “Lo prohibido por la ley”¹. La teoría ha avanzado grandemente, según lo refieren los autores que hacen acopio de tal definición en su exposición acerca de la evolución histórica de su definición, y de quienes se toma la anterior cita, es decir, De Mata Vela y De León Velasco.

Efectivamente, el concepto delito ha variado ampliamente desde entonces.

¹ De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal De León Velasco. **Curso de derecho penal guatemalteco**. Pág. 129.

La teoría del delito más actual; sostenida por autores como Juan Bustos, confirma que: “El delito es una conducta típica (acción u omisión), antijurídica y culpable”². Concepción está con la que se está de acuerdo, sobre la base que en la misma ya se incluyen los elementos como partes de una unidad en conjunto.

En consecuencia, delito ya no puede ser únicamente lo que prohíbe la ley, sino más bien una conducta.

Esta concepción encuentra su más madura forma, en las expresiones que se utilizan hoy para denominar al delito, tales como: ilícito penal, figura delictiva o incluso injusto penal. Términos que ya son utilizados en la práctica por los profesionales del derecho, y como uso común en el lenguaje técnico.

El ilícito penal, al concebirlo como una conducta, deja de ser únicamente un Artículo del Código Penal y se puede ver como algo aplicable al ser humano, como una acción o como una omisión. Es decir, que su regulación en la ley, el tipo penal, únicamente constituye una de las partes del delito. Pero en esta importantísima institución penal, existe otra serie de elementos que lo caracterizan, le dan forma y lo tornan positivo.

Es importante señalar que el delito, ha atravesado por diferentes etapas en la historia, sin embargo, al mencionarlo en el presente apartado de esta investigación, únicamente sirve para afirmar que hoy día ya no se trata de un tema poco estudiado.

² Bustos Ramírez, Juan. **Manual de derecho penal, parte general**. Pág. 148.

Además de lo mencionado, se puede afirmar que el concepto de delito que se adopta en una legislación, permite derivar de sus elementos, aspectos de mucha relevancia como el caso de la forma de su comisión, la autoría, la participación y la cooperación para cometerlo.

Se puede tomar el caso específico de la cooperación, como una forma en que puede participar una persona en la comisión de un delito, sin que para ello deba ser tomado como un autor, sino más bien como una forma de cómplice.

La participación en el delito, está íntimamente ligada al concepto del delito en general puesto que si en esta se incluye la culpabilidad, entonces para determinar el grado de participación se podrá determinar el grado de responsabilidad del sujeto activo y demás autores concomitantes y cómplices en general. Esto ya sin mencionar la participación intentada y la cooperación que se explican más adelante en este estudio.

Todo lo mencionado en relación con el concepto del delito y los elementos de este, son posibles gracias al desarrollo histórico científico de la teoría del delito. Por ello conviene a los efectos buscados en el presente estudio, los cuales consisten en determinar la inexistencia de una norma jurídica que regule la cooperación en el delito; exponer a continuación los fundamentos más generales de la teoría del delito. Con esto se pretende lograr una adecuada forma de concebir una figura delictiva, pese a que el Código Penal guatemalteco, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, no lo contenga.

1.2. Fundamentos generales de la teoría del delito

La teoría del delito tiene por objeto proporcionar los instrumentos conceptuales que permitan establecer que un hecho realizado por el autor es precisamente el mismo hecho que la ley prevé como presupuesto de una pena.

Para alcanzar esta meta la teoría del delito procede mediante un método analítico, descompone el concepto de delito en un sistema de categorías jurídicas que facilitan la aplicación de la ley penal por parte de los tribunales, de esta manera, la teoría del delito rechaza como adecuada a su función una apreciación total o global del hecho, la afirmación de que un determinado suceso protagonizado por un autor es un delito dependerá por lo tanto, no de una intuición total, sino de un análisis que permita comprobar cada una de las notas correspondientes al concepto del delito, "trata de dar una base científica a la práctica de los juristas del derecho penal proporcionándoles un sistema que permita la aplicación de la ley a los casos con un considerable grado de seguridad"³. La teoría del delito es la encargada de proveer de instrumentos o herramientas al derecho penal objetivo, para que este pueda definir las figuras delictivas e incorporarlas a la legislación.

Con esto se contribuye a aplicar justicia penal lo más apegado al principio de legalidad posible. Es decir la justa aplicación de los tipos penales es un aspecto de competencia plena de la teoría del delito.

³ Bacigalupo Enrique. **Elementos de la teoría del delito**. Pág. 13.

La teoría del delito, expresa una serie de elementos que se presentan de forma común a todo delito, lo que permite una apreciación más general de todos los delitos, además de fijar una postura jurídica dentro del ordenamiento jurídico-penal.

Cada legislación penal en el mundo se ve influenciada directamente por la doctrina penal que la informa, es decir, que según la dogmática asumida por cada legislador, así se manifestará el conjunto de delitos en la parte especial del Código Penal, sustentada por las normas de la parte general.

El Código Penal, surge en la década de los `70, (se promulga en 1973), fecha para la cual, modernas dogmáticas llamadas más propiamente **sistemáticas**, sobre la concepción de la teoría del delito, apenas y comenzaban a llegar a conclusiones importantes.

Por lo que el Código Penal guatemalteco, surge desprovisto de dicha influencia. Para tener presente el devenir de la teoría del delito, se hace un breve repaso por ella y se demuestra con lo mismo la relación de influencia que ha sufrido dicho Código.

1.3. Evolución histórica de la concepción del delito

No se puede referir a una teoría del delito en el medievo. En la Edad Media, no existía una concepción del delito, como la que tenemos hoy día.



En aquellas épocas de oscurantismo y absolutismo, el delito era un oscuro campo que no permitía distinguir fronteras entre los actos inmorales o antireligiosos (pecado) y un acto netamente ilícito.

Por lo mismo, la conducta del delincuente era tomada como consecuencia de un mal en sí mismo, que era preciso erradicar por medio de una pena o penitencia. Parece extraño, pero aún en nuestra época, el sistema penitenciario guarda en común algo más que solo el nombre, con aquel tipo de concepción.

Es importante volver a citar a Juan Bustos en el presente estudio, de conformidad con la exposición acertada con la que aborda el tema de la evolución histórica de la teoría del delito: “Con la preocupación de los canonistas, de establecer una relación personal entre el sujeto y su hecho, como se explicó anteriormente, y con la potencial graduación de la culpabilidad que deberían incorporar a la pena un concepto de expiación, se inicia con el análisis de todas aquellas circunstancias que: modifican, agravan, atenúan, o eximen de la culpabilidad”⁴. Empieza por tanto a concebirse ya la idea de que el delito no debe ser, por todo lo mencionado un asunto meramente unitario, único, solitario.

Un simple hecho o una acción que deba aplicar el derecho penal en sus tipos, a quien desarrolla una serie de acciones parecidas a lo que dice ese mismo tipo. Surge por tanto, la necesidad de concebir al delito como un ente más amplio, en todo caso como lo señala la teoría del delito, como un ente granítico, que no solo es un hecho aislado y nada más,

⁴ Bustos Ramírez. **Ob. Cit.** Pág. 131.

sino un hecho provisto de una serie de características susceptibles de ser descompuestas en lo que se conoce hoy como sus elementos.

Lo que nos hace afirmar que el delito no es monolítico, sino más bien granítico, en otras palabras es un todo, que incluye una serie de elementos que permite observarlo en forma más adecuada a todo delito.

Sin embargo, dicha concepción es producto de que a la vuelta de los tiempos, la historia demuestra que el delito debe ser considerado por medio de sus diferentes componentes. Y de la forma en que se pueden ordenar estos, es que surgen los diferentes autores en el tiempo, para explicar la importancia de cada uno de los elementos del delito, y sistematizarlos así en diferentes teorías.

Cronológicamente, aparecen primero, los que como consecuencia de la concepción medieval del delito, consideraban a la acción que provocaba el delito como el elemento más importante de este.

Decían que no podía haber delito sino había acción, sin embargo, poco les importó cuáles eran los móviles de aquella acción, en tanto que sí les importó la misma para ordenar en torno a ella todos los demás elementos del delito.

Es decir que la acción como acto meramente humano, (forma en que se le concibe aún en muchas legislaciones del mundo, a la acción, especialmente en Centroamérica), se

convierte en el primero de los elementos del delito, y la tipicidad, la antijuridicidad y el resto, resultan meras características del mismo, según esta concepción.

En otras palabras, eran formas de calificar a la acción. Esta forma de concebir al delito, duró muchos años, desde finales del Siglo XIX hasta casi el final de la Segunda Guerra Mundial, cuando los principales autores alemanes pierden fuerza a nivel mundial, no solo por la situación internacional a la que fue sometido dicho pueblo como consecuencia de la guerra, sino también por el surgimiento de nuevos autores que empezaron a desmitificar a la acción y por tanto a desmentir que fuera el elemento más importante de toda la teoría del delito.

El planteamiento posterior fue el hecho de que no debía concebirse una jerarquía vertical en cuanto a los elementos del delito, sino en una forma horizontal, producto de la importancia que cobra el análisis de los motivos que tiene el sujeto para delinquir y de la propia importancia de cada uno de los demás elementos del delito.

Retomando la historia de la teoría del delito, se referirá a cuatro momentos durante el desarrollo de la misma. Los cuatro momentos se dan sobre todo en el presente siglo.

Un primer momento sitúa a Beling como el principal fundador de una primera sistemática de la teoría del delito, que en 1906, establecía la relación de la acción como acto natural del hombre, y la que ya se explicara párrafos antes.

Esta concepción es biológica, como consecuencia del auge que toman los estudios psíquicos en particular del delincuente. Sin embargo, según el autor citado anteriormente: “Para finales de la Primera Guerra Mundial se inicia un proceso que concluye Mezger para 1929, que establece que si bien la acción es el elemento más importante de la teoría del delito, debe establecerse que dicha acción puede ser resultado también de una omisión, y por tanto ya no es solo un acto mecánico, puesto que entonces la omisión tendría que ser una actividad también mecánica y dicha tesis es insostenible”⁵. Además pudiera ser que exista una acción que siendo la que establece el tipo penal, fuera producto de un error o bien pudiera estar atenuada por alguna circunstancia o causa justificante. Mezger iniciaba con dichas concepciones un segundo momento para la teoría del delito y su principal aporte consistió en la valoración que le daba a las características de la acción.

En el primer momento se habló de una acción natural, por lo que esta etapa de la historia de la teoría del delito es conocida como sistemática causalista natural.

El segundo momento, lo establece Mezger, que ciertamente por estar basada en que la acción es un causalismo, pero por incorporar elementos valorativos ha venido en llamársele causalismo valorativo.

Luego, ya para finales de la Segunda Guerra Mundial resultaban poco consistentes aquellos postulados, y difíciles de defender, porque establecían a la acción como centro de toda la teoría del delito, y en un intento por recuperar toda aquella sistemática, Eberhard Shmidt un autor alemán de mediados del siglo XX, afirma que la acción con certeza que

⁵ Ibid.

realiza el hombre y que se torna injusta y típicamente antijurídica, tiene raíces claramente sociales, puesto que es la sociedad quien condiciona tanto al individuo para delinquir como a los mismos delitos que son tales por estar contenidos en un tipo penal, que la sociedad ha dispuesto de esa forma.

Con este tercer momento, se genera así la teoría de la acción social. Es decir la acción sigue siendo el centro de la teoría del delito, pero en Shmidt, las motivaciones y condicionamientos de esa acción ya no son más naturales, sino ahora lo son **sociales**.

El principal error en que incurrieron todos los autores mencionados hasta aquí y todos los que les siguieron aceptando sus postulados, (además de los que les siguen a la presente fecha), es pensar que la acción es el centro alrededor del cual giran todos los demás elementos del delito.

Nada más equivocado, porque si bien la acción tiene una importancia capital, para efectos de establecer finalmente los móviles que incidieron en el sujeto para delinquir, no significa con esto que tenga que restarle importancia a los demás elementos del delito, situándolos en un plano de subordinación a la acción.

Es por tanto, más justificado que para finales de la Segunda Guerra Mundial, en que se intenta rescatar aquella teoría nacida casi con el siglo, se empiece paralelamente a suscitar una nueva sistemática en la teoría del delito.

Esta sistemática, establece a la acción en un plano de igualdad frente a los demás elementos del delito, y se permite de esa forma estudiar con más adecuación los móviles que tuvo el delincuente para su conducta ilícita.

De tal manera que, los elementos valorativos del tipo pueden servir para valorar también la acción, es decir todas aquellas palabras que deba, por su naturaleza que dárseles una valoración jurídica posterior a cometido el acto, debe saberse con el más alto grado de exactitud si los conocía el sujeto en el momento de delinquir.

Aunque no se permita la ignorancia de la ley, para efectos de establecer el grado de culpabilidad es posible establecer una cierta relación con el conocimiento que el sujeto tiene con todos los elementos del tipo. Por otro lado, ¿Qué tanto, la omisión riñe con el orden jurídico?. Y finalmente, ¿Es posible delinquir ya sea por acción o por omisión, por imprudencia? o simplemente si la acción u omisión se ajusta al tipo penal ¿ya se delinquirió con dolo?. Todas estas preguntas encuentran una respuesta un poco más consistente en esta última forma de concebir a la teoría del delito, que partiendo de los fines que tiene el sujeto para delinquir, establece de esa forma su propia denominación, puesto que a esta sistemática se le conoce como teoría finalista, y constituye el cuarto momento del que se habló en un principio de esta exposición.

Resumiendo, se puede decir que: "Durante siglos, existió una teoría dominante, que algunos autores la ubican como clásica y que empieza su derrumbamiento a partir de críticas bien fundadas, que se le hacen durante los primeros años del Siglo XX, cuando

comienza, la teoría que llaman neoclásica”⁶. Se encuentra de mejor forma nombrada a la primera como: causalismo naturalista y causalismo valorativo a la segunda. Sin embargo, el nombre poca relevancia tiene, en cuanto a lo bien diferenciado que manifestaron ambas, el aporte tan significativo a la teoría del delito.

Esta segunda etapa sirve como inicio para la afirmación de la existencia de los distintos componentes del delito, y además para la reformulación del contenido de algunos, aunque no tarda más de medio siglo sin derrumbarse, pese a que recientemente se le haya replanteado la concepción de la acción, en lo que se conoció como teoría de la acción social.

Todos los conceptos y significaciones que aportaran las distintas etapas que consolidaron la teoría del delito, sirvieron como base para que antes de empezar la segunda mitad del Siglo XX, surgiera la teoría de la acción finalista del delito, y que se consolidara en definitiva para el año 1965, iniciándose a partir de entonces toda una nueva etapa para los estudios con relación a la teoría del delito.

En Guatemala, pese a que el Código Penal fue aprobado ocho años después, no recibió mayor influencia de la misma, y la mayoría de delitos, así como su parte general, acusa una notoria posición causalista, no solo por el contenido del texto del Artículo 10 del Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

⁶ Bustos Ramírez. **Ob. Cit.** Pág. 138.

No se puede decir, que la teoría finalista sea la forma más adecuada de concepción de todos los elementos del delito, puesto que aún siendo la última, ya ha sido criticada en algunos de sus postulados, ciertamente es la más actual y una de las más tórridas formas de concebir al delito mismo, sin embargo, para los efectos de la omisión, como se explica en el segundo capítulo, la teoría finalista enfrenta algunas dificultades de justificación.

La importancia del método elegido por cada sistemática, ha influido en la historia en la aplicación de la ley penal, y por lo tanto, una mejor realización del principio de legalidad.

La teoría del delito, tiene por objeto proporcionar instrumentos conceptuales que permitan establecer que un hecho realizado por un autor, es el mismo hecho que la ley prevé como presupuesto de una pena.

En palabras más exactas, como lo expone el Doctor Julio Arango Escobar: “Se preocupa del estudio de los presupuestos jurídicos de la punibilidad de la acción. No implica el estudio de los elementos que describen cada uno de los tipos de delito en particular, sino de aquellos que concurren en todo hecho punible”⁷. Se puede definir a la teoría del delito como la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar qué es delito en general y cuáles son las características que ha de tener cualquier delito.

Por ello, es preciso a continuación, pasar a determinar el contenido de los elementos del delito.

⁷ Arango Escobar, Julio Eduardo. **Las sistemáticas causalista y finalista en el derecho penal.** Pág. 5.

1.4. Elementos del delito

Se cita a continuación a Eugenio Cuello Calón, para comprobar lo expresado por el mismo en relación con los elementos del delito a los cuales les nombra como entidades: “En la teoría del delito, permiten una descripción del problema complejo que se enfrenta, cuando se trata de estudiar al delito, visto, por tanto, no como un todo englobado, sino como un todo integrado en varias partes, susceptibles cada una de ser reformadas”⁸. Como es evidente, es importante el tema de los elementos del delito para la concepción idónea del delito en general.

Los albores de la teoría del delito, los encontramos en la Edad Media, con “la preocupación de los canonistas de establecer una relación personal o subjetiva entre el sujeto y su hecho, lo que era una lógica consecuencia del sentido expiatorio... que se le daba a la pena, por lo que la culpabilidad no solo surge como un presupuesto y fundamento de la pena, sino al mismo tiempo permite graduarla”⁹. Lo que permite una medida a su imposición.

Se iniciaba con todo aquello una nueva corriente de pensamiento, más analítico, que más tarde vendría a incorporar la antijuridicidad, como acompañante unida indisolublemente a la culpabilidad, dentro de la teoría del delito. Lo que va generando diferentes momentos dentro de la concepción del delito.

⁸ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal, parte general**. Tomo IV. Pág. 188.

⁹ Bustos Ramírez. **Ob. Cit.** Pág. 131.



El tipo por otra parte, constituye un presupuesto necesario y en cierta forma especial, en cuanto a la política legislativa del crimen, que ha de considerarse de esta forma, para el establecimiento de normas tuitivas. Solo son hechos delictivos aquellos que aparecen descritos en un tipo legal. Tipo legal, es por tanto, aquella parte de una disposición legal que describe un determinado hecho. La tipicidad, es la encargada dentro de la teoría del delito, de definir la adecuación de un hecho (constituye este una acción o bien una omisión) con la descripción que de él hace un tipo legal. La antijuricidad o antijuridicidad, la contravención de ese hecho típico, con todo el ordenamiento jurídico. Y la culpabilidad, el reproche porque el sujeto pudo actuar de otro modo.

Tal como se señaló en la definición anterior para entender el delito, y que quedó apuntada, el delito debe definirse de forma tripartita, incluida en esta; la tipicidad, la antijuridicidad, y la culpabilidad. Sin embargo; los elementos del delito son: la acción o conducta humana, la tipicidad, la antijuricidad, o antijuridicidad, la culpabilidad, la imputabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad, la punibilidad. "Nombrándose en algunos casos, a los mencionados como elementos positivos del delito, y a sus respectivas formas antagónicas como elementos negativos del delito"¹⁰. Por lo que la concepción tripartita del delito tiene toda la formulación adecuada a las características prioritarias de este.

¹⁰ De mata Vela, y De León Velasco. **Ob. Cit.** Pág. 141.



CAPÍTULO II

2. Autoría y participación en el delito

La autoría resulta distinta a la participación en el delito. Esto es así, pese a que el Capítulo I, Título V, del Libro Primero del Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, contenga únicamente como epígrafe a ambas: la participación en el delito.

Todo esto se explica en el presente capítulo, ante la necesidad de exponer la estructura legislativa y los criterios doctrinarios que se refieren a las formas de cooperación en el delito.

Por ello, será preciso abordar cada tema en forma separada. Se procede primero a exponer el tema de la acción como un elemento del delito, que determina entre otras las características de un autor en su conducta delictiva y luego el autor determina al partícipe.

2.1. La acción en el delito

Las normas del derecho penal tienen por objeto acciones humanas; se refieren tanto a la realización de una acción en sentido estricto (como comportamiento activo), como a la omisión de un comportamiento humano.

La función del concepto de acción no es otra que la de establecer el mínimo de elementos que determinan la relevancia de un comportamiento, humano.

Para el derecho penal la acción es: “Todo comportamiento derivado de la voluntad, y la voluntad implica siempre una finalidad”¹¹. El contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir, un fin; la acción es siempre un ejercicio de una voluntad final.

La dirección final de la acción se realiza en dos fases, siendo estas: Fase interna y otra externa.

Estas fases las conocemos como el *iter criminis*, que significa el camino del crimen hasta su realización, es la vida del delito desde que nace de la mente de su autor hasta la consumación.

- **Fase interna**

Ocurre en el pensamiento del autor, en donde se propone la realización de un fin, para llevar a cabo ese fin selecciona medios necesarios, esta selección solo ocurre a partir de la finalidad, cuando es autor esta seguro de lo que quiere decide resolver el problema como lo quiere.

¹¹ *Ibid.* Pág. 184.

- **Fase externa**

Después de realizar internamente el autor, ejecuta la actividad en el mundo externo; ahí pone en marcha conforme a su fin sus actividades, su proceso de ejecución del acto.

La acción como elemento positivo del delito consiste en una manifestación de la conducta humana, consiente o inconsciente, algunas veces positiva o negativa que causa una modificación en el mundo exterior y esta previsto por la ley.

Cuando falta la voluntad no hay acción penalmente relevante como en los siguientes casos:

- Fuerza irresistible. El Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, indica que la fuerza irresistible es una causa de inculpabilidad, o sea que en este caso lo toma como ausencia de voluntad.
- Movimientos reflejos. Los reflejos físicos o movimientos instintivos no constituyen acción, pues tales movimientos no están controlados por la voluntad, quien tiene una convulsión epiléptica y como consecuencia de ello causa un daño no tiene voluntad puesta en ello.
- Estado de inconsciencia. Se pueden realizar actos que no dependen de la voluntad y en consecuencia no hay acción penalmente relevante, ejemplo un sonámbulo o un hipnotizado.

En consecuencia, el delito es un ente compuesto por varios elementos, entre los cuales está la acción, misma que ha sido explicada con relativa profundidad. De los elementos externos en la comisión del delito se puede determinar quien es el responsable directo, a quien se puede nombrar como autor, que es el tema que se pasa a explicar.

2.2. Diferencias entre autoría y participación

Como se indicó, según el Código Penal guatemalteco concibe a la autoría como participación y viceversa, mientras que algunos sectores de la doctrina como el autor Francisco Muñoz Conde, con quien se está de acuerdo, establece una clara distinción entre una y otra: “Desde el punto de vista dogmático, la distinción entre autoría y participación es fundamental y necesaria porque la participación en sí misma no es nada, son un concepto de referencia que supone siempre la existencia de un autor principal en función del cual se tipifica el hecho cometido”¹². En consecuencia se puede concebir al autor como el sujeto activo del delito, de cuya acción u omisión dependerá el concurso de cualquier partícipe en las diversas formas que se abordan más adelante.

La teoría del delito permite determinar una teoría de la participación en el mismo, por lo visto anteriormente.

Según la teoría de la participación: “No es posible distinguir entre autoría y participación, sino que todo sujeto que interviene en un hecho debe ser considerado autor del mismo. Se fundaría en la teoría de la equivalencia de las condiciones: Si toda condición del hecho, en su concreta configuración, es causa del mismo, todos quienes aportan alguna

¹² Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. **Derecho penal, parte general**. Pág. 384.

intervención que afecte al hecho deben considerarse causas del mismo y, por consiguiente, autores”¹³. Pero la concepción que se examinó responde ante todo a una opción político-criminal que estima conveniente castigar por igual a todos los intervinientes en un hecho.

“De ahí que esta opinión haya sido defendida por la dirección moderna que basa el Derecho Penal en la peligrosidad del delincuente, por considerar especialmente peligrosa la intervención de varios delincuentes, y por la corriente nacionalsocialista, que partía de un derecho penal de la voluntad. Legislativamente ha sido acogida en Italia tal vez por influjo de la escuela positiva”¹⁴. Los derechos como el español y el alemán que distinguen expresamente entre autores y otros partícipes, se oponen a la admisión del concepto unitario de autor.

Parece preferible esta concepción a la distinción de autoría o participación, pues el planteamiento unitario desconoce la necesidad de matizar suficientemente las responsabilidades según su objetivo.

En consecuencia, todos los sujetos dentro de la realización tienen una función que puede determinarse por la teoría de la participación.

No obstante, la doctrina alemana admite el concepto unitario de autor en los delitos imprudentes, de lo que discrepa un importante sector doctrinal y jurisprudencial español.

¹³ Mir Puig, Santiago. **Tipos de autoría y tipos de participación: Concepto de autor y autoría mediata.** Pág. 16.

¹⁴ **Ibid.**

Dos concepciones principales intentan ofrecer un criterio de distinción de autoría y participación: El concepto extensivo y el concepto restrictivo de autor.

Ahora bien, la necesidad de una distinción puramente subjetiva de autoría y participación encierra inconvenientes político-criminales. Ha conducido a la jurisprudencia alemana, que la acoge, a resultados criticados por la doctrina. Así, los tribunales alemanes han castigado como meros partícipes a sujetos que han realizado por sí mismos todos los elementos del tipo, mientras que han considerado autores a quienes no han tenido intervención material en el hecho.

Una sentencia en Alemania, condenó como cómplice, y no como autor, a quien había matado a un niño recién nacido a solicitud y por interés de la madre. Se produce, como se ve, una discutible subjetivización de la responsabilidad penal. No basta para encubrir el hecho de que en la práctica se deduzca la voluntad de autor de la existencia de interés en el hecho por parte del sujeto.

Ni el concepto extensivo de autor ni su consecuencia, la teoría subjetiva de la participación, han sido estudiados y para el derecho resultan poco diferenciados.

El dato predominantemente subjetivo de una previa resolución conjunta ejecutar el hecho entre varios, con independencia de los actos materiales realizados.

La doctrina censura tal construcción, que de hecho implica sustituir los requisitos legales, de carácter objetivo, por un dato subjetivo no previsto por la ley viniéndose a aproximar así, curiosamente, la jurisprudencia española a la tradicional en Alemania.

Esta aproximación de ambas jurisprudencias no es casual. Responde a necesidades político-criminales que aconsejan evitar lagunas en el tratamiento de los sujetos que merecen ser considerados como autores por la importancia de su intervención. Mas estas necesidades no pueden ser colmadas apartándose de la ley sin que con ello se infrinja el principio de legalidad.

El autor y el partícipe, se asumen en el presente estudio, derivado de lo ya expuesto, como dos entidades distintas y dependientes una de la otra en relación con una serie de circunstancias y fenómenos que se presentan en la comisión delictiva y que reparten o permiten establecer grados de responsabilidad por ende, grados de punibilidad.

2.3. Autoría

Según el autor Muñoz Conde a quien se toma por lo expuesto anteriormente: "Quien toma parte directa en la comisión de un delito"¹⁵. Lo que indica que no puede ser una persona concomitante a la realización del delito. En otras palabras, el autor no puede ser considerado como alguien que induce a otro a cometer un delito, no puede ser considerado asimismo, quien coopera con la realización del mismo y en consecuencia no

¹⁵ Muñoz Conde. **Ob. Cit.** Pág. 385.

puede ser un cómplice, sino quien ya ha resuelto cometer un delito, lo ha planeado y lo lleva a cabo.

Si durante la comisión del delito, el autor ha tenido la ayuda, cooperación o colaboración de otras personas, esto puede permitir establecer la diferencia entre quien tomó parte en el delito, desde el momento de su planeación, de su ejecución o de sus actos posteriores.

El autor es un sujeto que se encuentra en una relación particularmente importante respecto de alguno de los hechos previstos como delitos en la parte especial del Código Penal o que constituyen fases de imperfecta ejecución de los mismos la doctrina entiende que dicha relación especial concurre cuando el sujeto realiza como propio alguno de los hechos mencionados.

Autor es, el sujeto a quien se puede imputar uno de tales hechos como suyo. Este es el llamado concepto ontológico o concepto real de autor.

En la frase: El que matare a otro, significa que los tipos de la parte especial son tipos de autoría, pues es autor quien los realiza por responder al significado propio de la palabra autor. El verdadero autor de un hecho es, en efecto, aquel que lo realiza y que se puede afirmar que es suyo.

Si el autor realiza el tipo, podría considerarse preferible estudiar la autoría en el marco sistemático del tipo objetivo, entre las condiciones necesarias para la imputación objetiva

del hecho: Autor sería el que realiza una conducta a que es imputable objetivamente el hecho. Sin embargo, esto solo resultaría acertado para una clase de tipos, los previstos en la parte especial y sus formas de imperfecta realización, los únicos cuyo sujeto puede llamarse autor. Quedarían fuera los tipos definidos en la parte general que consisten en participación de un sujeto en el hecho del autor. El sujeto de estos otros tipos pese a realizarlos tanto como ejecuta el autor los tipos de la parte especial puede recibir el nombre de autor.

No es cierto, que autor sea quién realiza un tipo, sino solo quien realiza una clase de tipos, los tipos de autoría y no puede equipararse la autoría a la realización del tipo ni estudiarse solo el marco de la imputación objetiva, sino que debe distinguirse entre tipos de autoría y tipos de participación.

Ahora bien, por utilidad expositiva al referirse a la realización del tipo, a la participación en el hecho, etc., en el sentido abreviado de referencia a los tipos de autoría. Y entonces, la realización del tipo y, por tanto la imputación objetiva suponen la autoría.

Autor por lo tanto es la persona que desarrolla o ejecuta las acciones descritas en el tipo penal, aunque por supuesto debe, para ser realmente un autor, reunir en su acción, los demás elementos del delito. No obstante, en la comprensión de esta concepción, se puede colegir las características y responsabilidad penal del autor penal.

Autor del delito es aquel cuya actividad es subsumible, sin más, en el tipo de la parte especial. El que golpea y causa las lesiones, el que yace con la estuprada, el que toma

la cosa hurtada, etc. Ciertamente que todas estas conductas son también acciones ejecutivas, pero para castigarlas no hace falta dar el rodeo de irse del tipo de la parte especial al Artículo 36 numeral 1o. Aunque en el Libro I del Código faltase el artículo 36, numeral 1, seguiría siendo punible, por ejemplo, la conducta de el que con algún impedimento dirimente no dispensable contrajere matrimonio (artículo 472 A código penal). Pues es el mismo Artículo 472 A el que directamente señala la pena al que se comporta de esa manera.

El concepto extensivo de autor parte también de la teoría de la equivalencia de las condiciones.

Se entiende que desde el punto de vista lógico todos los sujetos que aportan alguna intervención que afecten al hecho son igualmente causas del mismo, pero reconoce que la ley obliga a distinguir distintos grados de responsabilidad.

Los tipos legales de participación aparecen, entonces, como causas modificativas de la responsabilidad penal, puesto que sin ellas debería castigarse a todos los intervinientes como autores.

Sin una diferenciación objetivo causal es imposible lógicamente, distinguir entre autores y partícipes como impone la ley habrá que buscar el criterio de distinción en el plano de lo subjetivo: Será autor quien obre con ánimo de autor, será partícipe quien solo con ánimo de partícipe *animus socii*.

Es lo que se conoce con el nombre de teoría subjetiva de la participación, que constituye el complemento necesario del concepto extensivo de autor.

Según Mir Puig: “El autor es un sujeto que se encuentra en una relación especialmente importante respecto de alguno de los hechos previstos como delitos en la Parte Especial o que constituyen fases de imperfecta ejecución de los mismos. La doctrina entiende que dicha relación especial concurre cuando el sujeto realiza como propio alguno de los hechos mencionados. Autor es, en este sentido, el sujeto a quien se puede imputar uno de tales hechos como suyo”¹⁶. Definición que se acerca suficientemente a lo que se ha querido establecer como concepto de autor. Lo cual permite a continuación plantear las clasificaciones de tal entidad.

2.4. Clases de autoría

Las clases de autores según la doctrina procedente de las teorías que se exponen más adelante en la presente investigación, son el autor mediato y el autor inmediato.

2.4.1. Autor mediato

Autoría mediata, es aquella que tiene lugar cuando el hecho punible no se realiza por el agente de modo personal y directo, sino acudiendo a otras personas de las que se sirve y a las que instrumentaliza para su perpetración, lo cual no es posible cuando estemos en presencia de un delito de los llamados de propia mano que, por su misma naturaleza,

¹⁶ Mir Puig, Santiago, **Introducción a las bases del derecho penal**. Pág. 446.

impiden la autoría mediata. La coautoría supone la realización compartida y la colaboración necesaria entre varios para llevar a efecto la acción delictiva.

“El autor mediato realiza el tipo, ya sea a través de otro, por lo que su consideración de autor se desprende directamente del tipo correspondiente de actor especial”¹⁷. Puede suceder que el instrumento actúe sin acción, sin antijuricidad o sin habilidad.

En el primer caso no se halla justificado acudir a la autoría mediata, pues la utilización meramente material de un hombre, sin que este como tal bajo el control de su voluntad, no tiene porque distinguirse del pleno de otro instrumento no humano. Conviene considerar al hombre de más autor directo. Ejemplo: Alguien empuja a otro que estaba distraído al borde de una piscina y causa al caer al agua lesiones a un bañista. El que pelea la fuerza irresistible es el autor directo.

La falta de antijuricidad de la conducta del instrumento puede proceder de falta de concurrencia en ella del tipo o por existir alguna causa de justificación. A su vez la falta de tipo puede provenir de su parte objetiva o de su parte subjetiva.

El instrumento puede obrar atípicamente, en este sentido, por engaño, por violencia o por in idoneidad para ser autor del delito. Ejemplo de engaño: A hace tocar a B un cable de alta tensión ocultándole esta circunstancia y produciéndole de esta forma la muerte; B no realiza el tipo objetivo del homicidio ni ningún otro, porque el matarse a sí mismo es atípico. Ejemplo de violencia: En los campos de concentración nazis se obligaba a los

¹⁷ Ibid.

presos a permanecer largo tiempo en agua helada, lo que les producía lesiones; el autolesionarse es también atípico. Ejemplo de inidoneidad del instrumento para ser autor (instrumento doloso no cualificado): La secretaria particular del funcionario público destruye a solicitud de este papeles que el mismo tiene confiados por razón de su cargo; solo comete delito el funcionario que realiza la mencionada conducta, y la secretaria no posee dicho carácter público. En todos estos casos solo puede imputarse el hecho al hombre de atrás, como autor mediato. Si no se le considera autor, resultaría una absurda impunidad del mismo, que no podría ser castigado como partícipe (inductor) del instrumento porque este no realiza ningún hecho antijurídico en el que participar (principio de accesoriadad de la participación).

Un sector de la doctrina española niega, pese a ello, la posibilidad de autoría mediata en el supuesto del instrumento doloso no cualificado, alegándose que un tal instrumento no actúa sometido al hombre de atrás, sino con plena libertad.

Esta crítica es comprensible desde la concepción usual de la autoría como realización de una conducta intrínsecamente fundamental para la producción del hecho. Lo que normalmente se asocia al dominio del hecho entendido como control del hecho. “Ciertamente, la importancia de la intervención del funcionario en la producción del hecho no es mayor, en términos del control del hecho, por la circunstancia de que el mediador no sea también funcionario. Desde el prisma del control del hecho, el papel del

funcionario de atrás es el mismo. ¿Por qué considerarle inductor si el mediador es un sujeto cualificado (funcionario) y, en cambio, autor mediato si no lo es?”¹⁸.

De esta manera, se entiende la autoría como una relación de pertenencia del hecho, que ocurre en el sujeto causante del mismo al que puede y debe imputársele como suyo porque ningún otro sujeto se halla en mejor situación para disputárselo.

En el caso que se analizó anteriormente, el funcionario de atrás es causa del hecho sin él no se hubiera producido la actuación del mediador, con lo que ya es posible imputárselo como autor si otro sujeto, el mediador, no puede serlo.

“En la medida que haya un sujeto causante del hecho, este no puede quedar sin autor. De otro modo surgiría una inadmisibles laguna: pese a causar la lesión del bien jurídico protegido, el funcionario quedaría impune”¹⁹. Por supuesto que si hay un hecho hay un autor.

Dos supuestos son posibles: Por una parte, que el instrumento actúe sin dolo y, por otra que falten en el mismo los elementos subjetivos del injusto requeridos por el tipo, cuando ambas cosas concurren en el hombre de atrás. “Ejemplo de instrumento sin dolo: Alguien introduce en el vehículo de un amigo que lo desconoce una importante cantidad de dinero, con objeto de aprovechar el hecho de que el vehículo ha de pasar la frontera y proceder así a la ilícita evasión. Ejemplo de instrumento sin elementos subjetivos del

¹⁸ Reynoso, Eleuterio. **Autoría y coautoría en derecho penal**. Pág. 15.

¹⁹ **Ibid.**

tipo: A se hace tomar por su criado B los gansos del corral vecino; aunque B conoce la ajenitud de los gansos no los toma con ánimo de lucro como exige el hurto”²⁰. Este segundo caso (llamado del instrumento doloso sin intención) se rechaza por un sector doctrinal español, por la misma razón que se opone a la figura del instrumento doloso no cualificado: Porque el mediador actúa libremente y con conocimiento de la situación.

Esto no es argumento decisivo desde el prisma jurídico adoptado solo sería suficiente la demostración de que en casos como el del ejemplo propuesto para considerarse que el mediador si realiza el tipo.

Se entiende que el hurto no requiere el ánimo de quedarse la cosa para sí, sino que basta tomarla con la intención de disponer de ella (por ejemplo, para regalarla), que es lo que en el ejemplo considerado haría el criado al entregar los gansos a su principal.

Pero no siempre será posible esta solución. Suponiendo que el criado no sabe que el señor pretende quedarse con los gansos. Pese a ello seguirá tomando los gansos ajenos dolosamente, pero sin ánimo de apropiación. Aquí será innegable la autoría mediata. Sin embargo cabe aún imaginar supuestos en los que el mediador no incurra en error alguno: Así la madre soltera pide al padre que dé muerte al recién nacido para ocultar su deshonor. El padre no puede ser el autor del delito de infanticidio, porque este se limita a la madre que mata al niño para ocultar su deshonor. El padre es a la vez un sujeto doloso no cualificado y sin intención. La solución de considerar a la madre autora mediata de infanticidio, y no inductora de parricidio, me parece satisfactoria. La

²⁰ Ibid.

conducta del padre plantea un concurso de leyes entre parricidio y cooperación necesaria en el infanticidio. Como queda claro, esta figura también tiene su importancia en lo que se pretende determinar.

2.4.2. Autor inmediato

Autoría inmediata, unipersonal, individual o directa se da cuando el sujeto realiza la acción típica de modo completo, por sí solo y sin servirse de persona alguna a tal efecto, sin resultar relevante que actúen junto a él otras personas como partícipes o también como autores inmediatos, los cuales pueden distinguirse o bien individualizarse unos de otros.

A pesar de lo apuntado anteriormente, es necesario hacer una cita textual de la autora María González quien afirma que: “En la actualidad, la ciencia del derecho penal reconoce la existencia de la categoría de la autoría mediata, a través de la cual se permite imputar la comisión de un ilícito a título de autor al que se vale de otra persona para ello (autor inmediato o instrumento). Durante las dos décadas pasadas, los países de América Latina se caracterizaron por una ola de violencia social y de terror organizado que se tradujo en desaparición de personas, ejecuciones extrajudiciales, torturas... etc. ... Esta situación trajo aparejada la desarticulación del tejido social, la desconfianza de las instituciones y la perpetuación de la impunidad para cometer estos delitos. ...Si a los efectos negativos del sistema inquisitivo imperante le sumamos la existencia de una legislación penal que respondía a concepciones positivistas, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que el derecho y el sistema judicial, una vez más, no dieron respuesta a los conflictos que en la

realidad social se estaban generando y por consiguiente, no resguardaron los derechos de los ciudadanos”²¹.

Es autor inmediato por ejemplo en un hurto, el que toma de su perro amaestrado la cosa ajena que este le trae.

Depende mucho de la palabra escrita en la ley. La palabra: **tomare**, que se utiliza para describir el supuesto, permite subsumir directamente la actividad del supuesto autor mediato en el tipo del hurto.

“Todavía podría pensarse en otra solución para castigar a un sujeto, al que, por no haber ejecutado el hecho con un instrumento sin dolo, no se le puede punir como cooperador necesario de un hurto. La otra solución es esta: Como el que tiene la cosa en su poder es un sujeto engañado, nada se opone a construir aquí una estafa: Se lesiona al propietario, engañando al que dispone tácticamente, aunque no legítimamente, sobre la cosa (el sujeto engañado) para que la entregue. La estafa se consumaría, no en el momento en que el instrumento se apodera del objeto de hurto, sino en el momento en que en base al mismo engaño (la creencia de que la cosa pertenece a quien en realidad no pertenece) se la entrega. Nadie discute la presencia de una estafa en un caso similar: Cuando mediante engaño se obtiene de un ladrón (que dispone fáctica pero no legítimamente de ella) una cosa robada”²². Estableciéndose de esta forma, el elemento subjetivo del delito en cuestión.

²¹ González, María. **La Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder**. Pág. 34.

²² **Ibid.**

Como es evidente, se ha explicado la forma en que un autor puede realizar un delito de forma mediata. Aunque un tanto compleja, queda explicada por consecuencia, la realización de la acción inmediata en el caso del hurto (mediante engaño).

2.5. Participación en el delito

La participación en el delito consiste en graduar la responsabilidad penal de sujetos que están vinculados con la perpetración de un delito. De tal manera que si varios sujetos participan en un hecho delictivo pueden presentarse dos casos, o que su participación sea exactamente la misma, (en cuanto a responsabilidad), lo que conlleva tomarlos a todos como coautores, o bien, que uno o más sean los responsables directos y otros participantes simplemente tengan relación de complicidad. Y, a esto último es lo que la doctrina nombra como participación en el delito.

Aunque el Código Penal señala dos figuras como los responsables penalmente del delito: autores y cómplices, estos segundos son realmente los que **participan** del hecho que realizan los autores.

“Son responsables penalmente del delito: Los autores y los cómplices. De las faltas solo son responsables los autores”. Artículo 35 del Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

Además este tipo de regulación no permite individualizar por ejemplo figuras como la de encubridores o instigadores, que aunque tengan contemplada una figura delictiva

determinada en la ley, se colige que a los mismos se les toma como autores directos, eliminando de esta forma también la teoría de la participación en el delito, para este efecto.

En cuanto a la participación en el delito, Muñoz Conde señala: “Este diverso tratamiento penal de las distintas personas responsables e importantes particularidades de cada una de ellas obliga a estudiarlas separadamente, pero dentro de unas categorías dogmáticas básicas, como son los conceptos de autoría y participación, que no coinciden exactamente con las legales. Desde el primer momento conviene dejar establecido con claridad que una cosa es lo que, a efectos de pena el Código Penal considera autores, y otra cosa es lo que desde un punto de vista conceptual puede entenderse como tales”²³. De tal manera que debemos aclarar que el partícipe no realiza su propio injusto, con lo que se rompería la teoría del tipo legal. Tampoco se trata de crear un tipo legal, para cada partícipe.

De tal forma que tendríamos atiborrado de posibles figuras delictivas nuestro Código Penal, situación que indudablemente tendería a la confusión segura de los juzgadores.

No se debe perder de vista que la participación en el delito es un asunto de parte general y no de parte especial del derecho penal.

Son cómplices:

- Quienes animan o alientan a otro en su resolución de cometer un delito.
- Quienes prometen ayuda o cooperación para después de cometido un delito.

²³ Muñoz Conde, y García Arán. **Ob. Cit.** Pág. 384.

- Quienes proporcionan informes o suministran medios necesarios para la realización de un delito.
- Quienes sirvan de enlace para obtener la concurrencia de estos en el delito.

El primero de los mencionados casos de complicidad, presenta grandes dificultades para individualizarlo de lo que se considera autor que “coopera en la perpetración de un delito”²⁴.

En el segundo de los casos ¿Qué medios de prueba materiales pueden haber para comprobar que alguien a prometido una ayuda para luego de cometido el delito?. Se trata pues de una tesis indefendible, puesto que la ayuda se tendría que materializar y no solo estar prometida. La suposición o presunción, aunque ciertamente es admitida como prueba para juzgar a alguien, no necesariamente es la prueba idónea para condenarlo.

En el tercero, es el caso más cercano a la figura de cómplice, sin embargo, es aquí donde toma capital importancia el hecho de que este tipo de informes o medios que suministra y que constituyen el elemento que los convierte en cómplices, debe regularse con mayor exactitud, a manera de adecuar la figura del cómplice simple, distinguiéndola de la del cómplice necesario.

Finalmente, el último de los casos se trata de una actividad no definida correctamente, puesto que el sujeto que realiza dichas actividades puede que las realice como parte de un plan, y esto lo convierte en coautor. Sin embargo, lo que nos interesa es que no entra en la

²⁴Muñoz Conde, **Ob. Cit.** Pág. 54.

esfera de cómplice. Aunque claro está, que justificándose la necesidad de reformar la figura del cómplice debe también hacerse lo mismo con la del autor.

La doctrina establece dos clases de cómplices, el cómplice necesario y el cómplice simple o eventual.

En el caso del cómplice necesario el problema fundamental de la complicidad, consiste en que el sujeto que participa bajo esta figura en la perpetración de un delito o ilícito, puede hacerlo de diferentes formas y grados de participación. Es decir, su participación puede revestir importancia, esencialidad, como puede que no la tenga. En el caso de que la participación de un sujeto revista esencialidad, es decir, que sin su concurso el delito no podría haberse llevado a cabo, entonces se dice que su participación en dicho ilícito es necesaria. Si el sujeto no presta esa complicidad, el ilícito puede no llevarse a cabo.

Es decir que el cómplice necesario, no es un coautor. Un coautor es un autor.

El concepto de necesidad como se dijo, también es el segundo aspecto de la problemática del cómplice necesario, puesto que no se tiene bien definido qué se debe entender por medios necesarios para la realización de un hecho delictivo, lo que conlleva a la dificultad de regular la figura del cómplice necesario.

Cómplice necesario, es aquel que de su participación depende la realización del delito, pero porque entrega un elemento, objeto o instrumento que resulta indispensable para la realización del hecho.

La figura del cómplice necesario la desarrolló Gimbernat, con su teoría de “los bienes escasos, si el autor del delito no cuenta con los suficientes medios para llevar a cabo su injusto”²⁵. Estos termina proporcionándose los otro sujeto, este último es el cómplice necesario, puesto que sin él, el autor no comete su delito.

Esta figura la nombra Juan Bustos Ramírez como “cómplice necesario, asimismo Ignacio Berdugo de la Torre le llama: Cooperador necesario”²⁶. El cómplice simple es aquel que participa en el hecho delictivo, pero su participación no es esencial para la perpetración del delito. En otras palabras, sin el concurso de este sujeto, que ha de juzgarse como cómplice ulteriormente, el delito de todas formas se puede llegar a realizar.

Es decir que este tipo de cómplice tampoco tiene dominio del hecho, puesto que si no se le tomaría como coautor, pero, su participación se genera a partir de un comportamiento que no es tan relevante que de eso mismo pueda depender la realización del delito. El sujeto como partícipe puede ser reemplazado por otro sujeto o por algún medio que cumpla su función, desde un punto de vista del autor. Es decir que si el cómplice necesario aportaba un medio indispensable, es decir un medio abundante, entonces se constituía como tal, pues eso mismo sirve para determinar que el cómplice simple es quien no aporta un medio esencial.

Es lógico que este cómplice deba recibir una pena menor que la que se le ha de asignar al cómplice necesario. De ahí su importancia en cuanto a la regulación de ambos.

²⁵ Gimbernat, Enrique. **Autor y cómplice en derecho penal**. Pág. 152.

²⁶ Bustos. **Ob. Cit.** Pág. 293.

CAPÍTULO III

3. Teorías sobre la participación en el delito

Entre las más importantes teorías de la participación en el delito se pueden mencionar la del dominio del hecho y la de accesoriidad.

Se procede a expresar cada una, a manera de que sea comprendida la cooperación en el delito en una forma más adecuada.

3.1. Generalidades sobre accesoriidad

Es importante empezar citando a Francisco Pavón, para entender el planteamiento de esta teoría, cuando refiere lo siguiente: "Si nos decidimos a separarnos del concepto de accesoriidad como fundamento de la responsabilidad de los partícipes, veremos desaparecer aquella limitación con que por algún tiempo se consideró conveniente el título de autores solo para quienes ejecutaban el acto material constitutivo del delito, pues tal cosa tenía por objeto fijar el centro de donde pudiera irradiar la responsabilidad para todos los que actuaran en relación con él, como agentes accesorios del verdadero delincuente"²⁷. Este mismo autor que expresa lo citado en el párrafo anterior, señala la importancia de la institución de la autoría y lo que representa para el derecho penal.

²⁷ Pavón Vasconcelos, Francisco. **Manual de derecho penal mexicano**. Pág. 97.

“Hoy podríamos decir que son autores todos los que ponen una causa eficiente del delito y como estas causas son siempre una actuación o una conducta que requiere, para serlo, un elemento psíquico y un elemento físico, nada impide considerar la posible separación de tales elementos y el reconocimiento, por tanto, de autores materiales, que serían los que físicamente realicen los actos característicos del tipo penal; autores morales o intelectuales cuyo aporte sea simplemente de esta naturaleza, como voluntad que opera en otras sobre otra voluntad induciendo a cometer la infracción; autores por cooperación, siempre que se preste un auxilio necesario para la consecución del fin delictivo; autores mediatos, llamados así porque realizan el delito a través de una persona exenta de responsabilidad que por lo mismo, no es partícipe en el delito sino simplemente en el acto material, como instrumento físico y no como sujeto de la infracción penal”²⁸. Son coautores los que realizan conjuntamente y de mutuo acuerdo un hecho.

Los coautores son autores porque cometen el delito entre todos. Los coautores se reparten la realización del tipo de autoría.

Este principio surge como complementario de la necesidad de viabilizar una forma de introducir a los sujetos que sin ser autores directos de un delito, toman parte en la realización del mismo.

Tiene como fundamental objeto establecer que todo delito tiene un determinado autor, que surge respecto de la realización del correspondiente tipo legal, lo que constituye el

²⁸ **Ibid.**

hecho principal; todo otro interviniente realiza una acción *accesoria*. La accesoriad entonces tiene el privilegio de enfatizar que existe un hecho principal, del cual se desprende la participación eventual de otros sujetos, quienes son indispensables o no en la relación del delito.

Como si ninguno de ellos por sí solo realiza completamente el hecho, no puede considerarse a ninguno partícipe del hecho de otro. No rige, pues, aquí el principio de accesoriad de la participación, según el cual el partícipe solo es punible cuando existe un hecho antijurídico del autor, sino un principio en cierto modo inverso: El principio de imputación recíproca de las distintas contribuciones.

Según este principio, todo lo que haga cada uno de los coautores es imputable (es extensible) a todos los demás. Solo así puede considerarse a cada autor como autor de la totalidad. Para que esta imputación recíproca pueda tener lugar es preciso el mutuo acuerdo, que convierte en partes de un plan global unitario las distintas contribuciones.

Ejemplo: A y B vierten veneno en el café de C. Si A y B actúan de mutuo acuerdo, ambos serán coautores de la muerte de C aunque por separado cada dosis sea claramente insuficiente. Pero si A y B actúan con independencia y sin conocer el uno la intervención del otro, la muerte de C no puede imputarse a ninguno de ambos, cada uno de los cuales solo puede castigarse por frustración por falta de imputación objetiva, salvo que la coincidencia fuera previsible.

La delimitación de la coautoría depende, claro está, del concepto (ontológico) de autor de que se parta. Mientras que la doctrina actual aplica la teoría del dominio del hecho, la

doctrina española dominante maneja la teoría objetivo-formal. Ello sucede en dos direcciones distintas. Por otra parte, se ha acudido a la doctrina del acuerdo previo. Finalmente, un sector admite en nuestro país la teoría del dominio del hecho.

“La posición tradicional en España entiende que la coautoría, como verdadera autoría en sentido ontológico, concurre en los que toman parte directa en la ejecución del hecho, como reza el No. 1 del Artículo 36 del Código Penal. Los otros dos números del Artículo 36 del Código Penal, que se refieren al inductor y al cooperador necesario, pese a que en dicho precepto se consideran autores, no serían materialmente más que formas de participación asimiladas a la autoría en orden a su punición. El tomar parte directa en la ejecución del hecho se interpreta como realización de algún acto típico en el sentido estricto de la teoría objetivo-formal como último acto decisivo para la presencia de alguno o todos los elementos del tipo. Ejemplo: Si uno amenaza con un arma a la víctima mientras otro toma el dinero, ambos son coautores del Artículo 36 numeral 1, del código penal, porque tanto la violencia como el apoderamiento son elementos expresamente descritos en el tipo”²⁹. Un sector importante sostiene actualmente en nuestro país que la verdadera coautoría no se halla prevista en el Código Penal, sino que se desprende directamente del tipo correspondiente (en principio, de la parte especial).

Esto supone una restricción aún mayor del concepto de autoría, pues implica que no basta para la verdadera coautoría realizar un acto típico en el sentido estricto de la teoría objetivo formal lo que según esta doctrina equivale al tomar parte directa en la ejecución, sino que tal situación comentada anteriormente con detalle resulta en todo caso que

²⁹ **Ibid.**

precisa la realización total del tipo por parte de todos los coautores. El Artículo 36 del Código Penal guatemalteco no definiría la coautoría, sino formas de participación accesoria en el hecho del verdadero autor.

Ejemplo: El que sujeta a la mujer para que otro pueda yacer con ella no sería verdadero coautor, sino solo partícipe de la violación, porque no es él quien yace. El problema es que tampoco el que yace realiza por sí solo la violación, pues yacer no es aún violar. La posición aquí expuesta debería llegar a la curiosa conclusión de que en el caso contemplado no hay ningún autor en sentido propio.

Un sector minoritario de la doctrina, que parte de la teoría del dominio del hecho para delimitar el concepto de autor. Considera verdaderos coautores no solo a los que toman parte directa en la ejecución del hecho sino también a sujetos que tendrían el dominio del hecho. Al referirse a los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiese efectuado, que contemplaría casos en que el cooperador tendría en sus manos la ejecución del hecho.

Coherente con el concepto de autor mantenido anteriormente: Autoría es pertenencia del hecho; es autor todo aquél que realiza el hecho en condiciones reales que puede imputársele como suyo. Esta pertenencia no se da solo en quien realiza por sí solo todos los actos ejecutivos en el sentido estricto de la teoría objetivo-formal. La pertenencia del hecho, la autoría, se atribuye también al autor mediato que realiza el tipo mediante otra persona a la que en general, no puede pertenecer el hecho. Más difícil es saber a quién corresponde la pertenencia del hecho cuando intervienen en él varios

sujetos que no solo lo causan, sino que además reúnen las condiciones típicas necesarias (dolo, calificación personal). Nadie discute que entre el inductor y el ejecutor inmediato, este tiene preferencias para asumir la autoría, porque su aportación causal es la más próxima a la consumación.

3.2. Teoría del dominio del hecho

La teoría del dominio del hecho consiste en el conocimiento que el autor inmediato de un hecho delictivo tiene acerca de la comisión de este. Es decir, se trata del conocimiento que tiene un sujeto acerca del delito que se cometió, desde antes de su realización y no en ningún estado posterior al mismo.

Es importante citar las consecuencias que se generan del dominio del hecho como se puede apreciar en la siguiente cita textual: “El hecho se atribuye a quienes intervienen en la ejecución inmediata del hecho con preferencia a quienes solo cooperan (mediatamente) en un momento preparatorio. Quedan entonces los que intervienen en el momento de la ejecución inmediata: ¿Son todos ellos autores o solo quienes realizan los actos ejecutivos en el sentido estricto objetivo-formal?. La fenomenología de la codelincuencia muestra que en la realización colectiva de un hecho no siempre los actos literalmente ejecutivos constituyen la parte más difícil o insustituible y que, en cambio, el éxito del plan depende de todos quienes asumen una función importante en el seno del mismo. Lo acertado es, pues, considerar coautores no solo a los que ejecutan en sentido formal los dominios del tipo, sino a todos quienes aportan una parte esencial de la relación del plan durante la fase ejecutiva. A todos ellos pertenece el hecho, que es

obra inmediata de todos, los cuales comparten su realización al distribuirse los distintos actos por medio de los cuales tiene lugar³⁰. En el atraco a un banco el jefe de la banda asume el papel que entiende mas del tema y ha aportado su mayor experiencia, a saber, desconectar el sistema de alarma además de dirigir a otros dos que se encargan de amenazar con armas de fuego a los presentes y a un cuarto sujeto, el de menos experiencia, que tiene encargada la parte más sencilla: tomar el dinero.

Sería absurdo considerar al jefe solo partícipe y no autor. Véase, además, cómo el acto consumativo puede ser el más elemental y menos importante en el conjunto del plan.

Un caso especialmente discutido es el del jefe de la banda que no acude al lugar del hecho.

Un sector de la doctrina lo considera autor si asume la planificación del hecho. Debe serlo sin duda si solo él conoce la totalidad del plan, del que los demás no son sino piezas parciales del mismo modo que el arquitecto es el autor de la casa antes que el albañil, y también si sigue controlando el hecho a distancia y no deja en manos de otro u otros su dirección última.

“Si se interpreta en sentido objetivo-formal el Artículo 36 numeral 1° del Código Penal como suele hacerse, no cabrán en él todas las formas de coautoría aquí admitidas, sino solo las que impliquen ejecución en sentido típico estricto. Habría que incluir entonces los demás casos de coautoría en el Artículo 36 numeral 3° del código penal, que sin duda lo permite (aunque no solo) al referirse a todos aquellos que cooperan a la

³⁰ **Ibid.**

ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera cometido. Mas acaso sea preferible deslindar más nítidamente los campos propios de los numerales 1° y 3° del Artículo 36 del código penal ampliando la interpretación del primero a todos los casos de coautoría señalados y dejando el numeral 3° del Código Penal para los supuestos de cooperación necesaria en la fase preparatoria y coetáneas a la fase ejecutiva que no constituyan parte esencial del plan global. Tal vez sea preferible, digo, porque los términos centrales de ambos números se adaptan mejor a la sustancia de los casos en ellos incluidos. El Artículo 36 numeral 1° del Código Penal refiere de los que toman parte directa de la ejecución, que alude a la idea de compartir la pertenencia del hecho que define la esencia de la coautoría y, sobre todo el Artículo 36 numeral 3° se refiere a los que cooperen, verbo que responde perfectamente a la naturaleza de la complicidad (siquiera asimilada legalmente a la autoría) (en esta línea STS 31 mayo 85). Y no me parece imposible la ampliación propuesta del Artículo 36 numeral 1° antes bien acaso necesario para evitar contradicciones en que tal vez incurre su interpretación usual. Así, hay coincidencia en considerar que toma parte en la ejecución según el Artículo 36 del Código Penal³¹. (sic.)

Quien sujeta a la víctima del homicidio, cuando no realiza la ejecución del delito en sentido estricto formal en ninguna de sus fases, siquiera en la de su comienzo, pues la fase inmediatamente previa a la causación efectiva de la muerte no es el sujetar, sino el iniciar la acción homicida decisiva (así, abalanzarse con el cuchillo sobre la víctima): Antes de esa acción el sujeto es solo prepararlo y durante la misma, concomitante. Sin duda el que sujeto toma parte en la ejecución, pero no porque practique ningún acto

³¹ **Ibid.**

estrictamente ejecutivo. Lo mismo ocurriría respecto al que ayuda a encaramar a otro para que pueda alcanzar el objeto del hurto. Más coherente sería reconocer que toman parte en la ejecución según el Artículo. 36, 1° del Código Penal no solo quienes ejecutan en sentido estricto sino también los que toman parte en la realización del plan de ejecución.

En el Artículo 36 numeral 1° del Código Penal se incluye la coautoría en sentido estricto no puede objetarse diciendo que la verdadera autoría debería desprenderse directamente del tipo. El legislador hubiera podido decir en cada tipo: El que por sí solo o junto con otros... Pero elementales errores de economía aconsejaban evitar la repetición acudiendo a una fórmula general en el Libro que, puesta en relación con el artículo correspondiente de la parte especial permitiese deducir el completo alcance de la expresión el que, de cada tipo. Así sucede en Alemania en cuyo Código Penal, define sin duda la coautoría ontológica y así puede interpretarse como lo ha hecho la doctrina dominante. Por lo demás la expresión los que tomen parte en la ejecución del hecho no supone que otro ejecute ese hecho en que se toma parte, pues el hecho puede ejecutarse entre varios como lo prueba el que a veces la ejecución se reparte por completo (dos sujetos vienen, de común acuerdo, cada uno con parte del veneno necesario en la bebida de la víctima).

Aunque es excesiva la doctrina de acuerdo previo mantenida por la jurisprudencia tradicional, según la cual basta dicho acuerdo para la coautoría importa subrayar la necesidad de un mutuo acuerdo para la presencia de la coautoría.

Sería, importante una interpretación literal que considere lo suficiente el tomar parte materialmente en el plan de ejecución del hecho. Un entendido en el sentido indicado en los apartados anteriores.

Debe entenderse que solo toma parte en la ejecución del hecho quien se inscribe concientemente en el plan global, sabiendo que su intervención constituye una parte del mismo.

La exigencia de que el sujeto consciente de su posición objetiva de parte del todo, de que toma parte o solo de que efectúa materialmente actos ejecutivos, responde al postulado de que, aunque no lo diga expresamente la ley, en principio hace falta que las conductas penadas se realicen dolosamente.

Normalmente existirá un acuerdo precedente y expreso, en virtud del cual los coautores se repartirán los papeles. Bastará que el acuerdo se produzca durante la ejecución (coautoría sucesiva) y que sea tácito.

El caso límite es el de que el sujeto sepa que otro u otros están realizando un delito y contribuye a él por propia iniciativa.

Si los demás advierten y aceptan, siquiera tácitamente, su intervención, no hay duda de que existe coautoría aunque no lleguen a conocerse. No bastará, en cambio, que el sujeto sepa que contribuye, si los otros no lo saben o no lo admiten.

No podría, en este caso, operar el principio de imputación recíproca que caracteriza a la verdadera coautoría.

Según este, la ejecución empieza y termina para todos en cuanto uno de los coautores la empieza o culmina, de modo que cuando uno alcanza la tentativa o la consumación, ello vale para todos. También tiene iguales consecuencias para todos los errores de uno, etc. Como se ve, el principio de imputación recíproca se funda en la aceptación por parte de todos de lo que va a hacer cada uno de ellos, por ello no tendría sentido aplicar el principio respecto de quien interviene unilateralmente. Su contribución ha de enjuiciarse de forma independiente. Se expone entonces, como siempre que falta el acuerdo mutuo, de autoría accesoria (que no es verdadera coautoría).

“Ejemplo: Dos ladrones esperan a que pase una posible víctima; en el momento en que uno de ellos se dirige a una víctima, el otro ha de acudir a continuación; la tentativa empieza para ambos en cuanto el primero acomete a la víctima. Si A sabe que B ha vertido una cantidad claramente insuficiente de veneno en la bebida de C y añade lo necesario para matarle sin que B lo sepa, no existe coautoría en sentido estricto de A y B; A es autor individual de un asesinato y B debe responder a una frustración si falta la imputación objetiva del resultado. Si A no sabe que B ha bebido la primera dosis. Puede faltar la imputación objetiva para ambos. En ambos casos, la tentativa no empieza para A con la actuación previa de B, sino solo cuando él vierte el veneno”³².

³² Pavón Vasconcelos. **Ob. Cit.** Pág. 112.

Qué ocurre cuando existe un acuerdo previo de que ejecute el hecho solo el primero que pueda o, simplemente, el que pueda. Ejemplo: A y B resuelven matar a C, pero no saben si pasará por la calle 1 o por la calle 2, por lo que deciden esperarlo cada uno en una de ellas; C pasa por la calle 2 y B le da muerte. Hay coautoría para ambos, o B es autor individual mientras que A queda en la fase de actos preparatorios. Roxin resuelve los casos como estos en favor de la coautoría juzgando decisiva la necesidad de ambas contribuciones, por lo menos, A podría ser castigado como cooperador necesario.

Cuando uno de los coautores se excede por su cuenta del plan acordado sin que los demás lo consientan, en principio el exceso no puede imputarse a los demás: más allá del acuerdo mutuo no hay imputación recíproca.

Todo coautor debe reunir las condiciones personales necesarias para ser autor en los delitos especiales. El interviniente no cualificado no puede ser coautor, sino solo partícipe. Debe entenderse también por sujeto cualificado todo aquél que reúne las condiciones personales necesarias para realizar una parte del tipo. Ejemplos: Si el funcionario destruye papeles confiados por razón de su cargo conjuntamente con su secretaria particular, esta no puede ser coautora del delito de responsabilidad de funcionario. Pero, la mujer que sujeta a otra para que un hombre la viole es coautora de la violación, porque la violencia constituye un acto típico que puede realizar cualquiera.

Se discute en la doctrina del supuesto de la muerte del padre a manos, conjuntamente de su hijo y un extraño. Existe ciertamente acuerdo en que la coautoría en sentido propio requeriría la calificación típica personal, por lo que no concurre en este caso.

Pero las opiniones se dividen a la hora de decidir si el extraño toma parte en la ejecución de parricidio, o no.

Si bien aunque la amplitud de interpretación según la cual el Artículo. 36 numeral 1° del Código Penal no contiene supuestos de verdadera coautoría, sino de participación; el extraño participaría del parricidio del hijo tomando parte en él. En cambio, otro sector considera en todo caso inaplicable el Artículo 36 numeral 1° al extraño por entender que no realiza actos ejecutivos de la muerte de su padre. La interpretación del Artículo 36 numeral 1° mantenida en esta exposición, que la restringe a la verdadera coautoría, debe oponerse a la posibilidad de incluir en él al extraño.

Un caso debatido en la doctrina alemana es el de error in objeto que conduce a dañar una cosa propiedad de uno de los coautores. Puesto que en esta falta la calidad de no propietario necesaria para el delito, un sector opina que solo los demás consuman el delito, mientras que el propietario queda en frustración.

La doctrina alemana no admite la coautoría en los delitos imprudentes, por entender que no es posible en ellos el acuerdo mutuo (no puede haber acuerdo para matar por imprudencia). Más en España, en donde se admite la participación en tales delitos, resulta coherente reconocer también la posibilidad de coautoría de los mismos, el común acuerdo no podrá referirse al resultado, pero sí a la conducta imprudente, que puede ser obra conjunta de varios sujetos. El resultado aparecerá entonces como producto de esa obra común.

Cabe también coautoría en los delitos de omisión, el supuesto más claro se da cuando el deber infringido solo podía ser cumplido por la actuación conjunta de varias personas. Cuando concurren sujetos que actúan unos positivamente y otros omisivamente, será preferible considerar al omitente como partícipe (cooperador) de un delito de comisión positiva único concurrente según el criterio de la preferencia de la calificación del hecho como delito de comisión positiva.

La autoría supone, en efecto, que el hecho es imputable al sujeto como suyo, supone una relación de pertenencia.

“Esta pertenencia supone en primer lugar al ejecutor material individual, cuando es el único causante al que es imputable el tipo (no hay inductores ni ningún otro causante del hecho), porque no existe posibilidad de atribuirle a otro aquella pertenencia, y cuando concurren otros causantes no ejecutores (así un inductor), porque estos desempeñan un papel previo menos próximo y decisivo en cuanto dependen de que el primero ejecute o no el delito, que queda en sus manos a título propio”³³. Es seguro que si la pertenencia de la acción típica también corresponde, al autor mediato que utiliza a un instrumento bajo su total control.

El hombre de atrás es el único causante del hecho al que puede imputársele como propio, puesto que el instrumento, pese a hallarse más próximo a la consumación, no puede disputarle la pertenencia del mismo.

³³ Reynoso. **Ob. Cit.** Pág. 15.

Ya se vio al estudiar la autoría mediata que esta fundamentación permite justificar en otros casos en que el instrumento actúa con libertad respecto del hombre de atrás.

La pertenencia del hecho se comparte por quienes se distribuyen partes esenciales del plan global de ejecución del delito (coautoría).

Los defensores de la teoría del dominio del hecho limitan a los delitos, dolosos el ámbito de aplicación de la misma y, con ella del concepto restrictivo de autor. Ello se explica por el sentido originariamente subjetivo de la teoría, vinculado a la idea de finalidad. Solo en los delitos dolosos puede hablarse de dominio final del hecho típico, mientras que los delitos imprudentes se caracterizan precisamente por la pérdida del control final del hecho.

La doctrina dominante alemana maneja, sobre esta base, dos conceptos distintos de autor: En los delitos dolosos el concepto restrictivo de autor fundamentado en la teoría del dominio del hecho, y en los delitos imprudentes un concepto unitario de autor que impide distinguir entre autoría y participación. Todo sujeto que cause por imprudencia el hecho será autor.

“En un sentido distinto, Roxin excluye la teoría del dominio del hecho de los delitos consistentes en la infracción de un deber como por ejemplo, los delitos de funcionarios o los de omisión. En ellos entiende que lo único decisivo es la infracción del deber típico por parte del obligado por el mismo, que siempre sería autor con independencia si

realiza o no por sí mismo los actos descritos en el tipo”³⁴. Ambas decisiones del concepto de autor han sido criticadas por la doctrina.

“Tanto la opinión dominante entre los autores como el autor admiten la distinción de autoría y participación en los delitos imprudentes. Como fundamento de esta actitud de nuestra doctrina se alega la necesidad que impone el Artículo 565 de que el autor del delito imprudente realice la misma conducta objetivamente necesaria para el delito doloso correspondiente un a hecho que si mediare dolo constituiría delito. Si para matar dolosamente es preciso, algo más que interponer cualquier condición causal de la muerte, lo mismo será necesario para matar por imprudencia”³⁵. El concepto restrictivo de autor parte de un concepto de realización del tipo más estricto que el de su mera causación: No todo causante del hecho realiza el tipo. Y, ello no se debe a razones que dependan del dolo del sujeto, sino al significado objetivo del verbo típico: Si no todo causante de muerte mata aunque haya querido el resultado, ello se debe a que socialmente matar es algo objetivamente más estricto que causar la muerte.

Para matar es preciso no solo causar la muerte, sino que esta muerte pueda imputarse objetivamente al sujeto como a su autor, esto es, como hecho suyo, como perteneciente a él.

La teoría de la autoría no solo es un fragmento de la teoría del tipo, sino, más concretamente, de la imputación objetiva. Los partícipes se distinguen del autor en que

³⁴ Pavón Vasconcelos. **Ob. Cit.** Pág. 98.

³⁵ Don C., Gibbons. **Delincuentes juveniles y criminales.** Pág. 83.

no realizan el tipo objetivo de la parte especial, porque, aunque causen el hecho, este no les es imputable objetivamente como obra suya.

Pues bien, si la autoría equivale a la realización objetiva del tipo (en principio de la parte especial), su concepto no puede ser distinto en los hechos dolosos y en los imprudentes, pues ambos requieren la realización del mismo hecho objetivo lo único distinto ha de ser la presencia del dolo.

El concepto restrictivo de autor ha de ser, pues, común a los delitos, dolosos y a los imprudentes, de lo que se sigue que los demás causantes del hecho no podrán ser autores del mismo. En la medida en que sean imaginables las actividades de inducción o de cooperación respecto a un hecho imprudente, dichos causantes solo podrán ser penados como inductores o cooperadores. Ejemplo: El acompañante determina a conducir en forma imprudente al conductor, el cual atropella por ello a un peatón; el acompañante será inductor.

Tal planteamiento tiene la ventaja de que permite mantener en los delitos imprudentes la posibilidad de graduar las responsabilidades según la importancia de la forma de intervención en el hecho. Así, cabrá distinguir entre cooperación necesaria y no necesaria. Ejemplo: Si alguien accede a acompañar en su coche a quien manifiesta su deseo de conducir a una velocidad inadecuada, será cooperador necesario en caso de accidente cuando sin su compañía el conductor no hubiera efectuado la carrera, y solo cómplice si de haber rechazado la invitación otro hubiera accedido a acompañar al chofer. Por otra parte, substituirá en los delitos imprudentes el límite de la accesoriedad

de la participación: Quien induce a otro a llevar a cabo una actividad peligrosa para este por ejemplo, una escalada difícil, no podrá ser castigado si se produce un accidente, porque su cooperación tropieza con el obstáculo de la atipicidad de la conducta del inducido matarse o lesionarse a sí mismo por imprudencia es atípico.

La doctrina española ha objetado a la construcción de Roxin de los “delitos consistentes en la infracción de un deber”³⁶. Que se opone al principio de legalidad, porque desconoce la necesidad de que en tales delitos se realicen también los actos expresamente requeridos en el tipo.

La validez de esta crítica depende, claro está, del concepto de realización de los actos típicos. Solo será válida si esta se entiende exclusivamente en el sentido de ejecución material del último acto decisivo. Pero cabe pensar que el autor mediato también realiza el tipo. Habrá que ver, pues, si los delitos consistentes en la infracción de un deber pueden considerarse realizados en autoría mediata por el titular del deber infringido que se sirve de la otra persona no obligada para la práctica material de los actos últimos necesarios para completar el tipo. La cuestión será respondida afirmativamente más abajo.

Ejemplo: El funcionario hace destruir a su secretaria particular unos papeles que tiene confiados por razón de su cargo. Es punible la destrucción de tales papeles.

³⁶ Mir Puig. **Ob. Cit.** Pág. 23.

La posición de la doctrina, se declara a favor del concepto restrictivo de autor, pese a lo cual va más lejos y el Artículo 36 establece punición a otras conductas que de lo contrario serían atípicas al aplicarle el Artículo que fuera. A la pregunta de por qué los sujetos cuya conducta se define en el Artículo 36, son los auténticos autores porque su conducta es la descrita en las figuras de delito, y a ellos se refiere la amenaza penal consiguiente. Los demás preceptos sobre codelincuencia no hacen sino extender a otros sujetos, cuyos actos no están comprendidos en la figura delictiva, la penalidad establecida para esta.

“En la doctrina alemana, donde, la ciencia entiende que es coautor, por lo menos, el que realiza un acto o ejecuta, en donde se define la coautoría (Si varios ejecutan conjuntamente una acción punible, cada uno de ellos será castigado como autor), que el coautor no es partícipe, sino auténtico autor y que, por ello, para él no rige la accesoriedad. El hecho principal es, respecto de él, aquel que el mismo lleva a cabo y no el que realiza el otro coautor; por consiguiente, un coautor puede ser castigado como asesino y el otro como homicida; uno como autor de robo y el otro como autor de hurto”³⁷.

3.3. Teoría sobre la comunicabilidad de las circunstancias

El tema de la comunicabilidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal entre sujetos que han participado conjuntamente en un ilícito, es necesario profundizarlo y tratarlo por dos razones en particular: En primer término, porque no se

³⁷ Ibid.

encuentra tratado lo suficiente por la legislación; y segundo, debido al proceso penal imperante en el país, es urgente puesto que del mismo dependen ciertos principios del proceso penal, tales como el debido proceso, el de persecución única y otros.

El principio de accesoriadad no contenido, pero respetado por la jurisprudencia, es quebrantado cuando dos personas que han participado en un mismo ilícito se les juzgan y acusan por dos delitos distintos. Es decir se les juzgan por dos tipos penales diferentes a cada uno. Tal el caso del ejemplo en que un sujeto colabora con el asesino de su propio padre, lo que ocasiona la dificultad de juzgar al hijo como cómplice de asesinato, cuando la acción que comete se encuadra más bien en parricidio. Pero si a este se le juzga como cómplice de parricidio, cómo podría juzgársele al autor inmediato por tal delito, si no tiene ningún parentesco con la víctima.

La afectación que sufre el proceso penal consiste en dividir el hecho principal que se juzga y por tanto desnaturalizar el principio de accesoriadad. En realidad se rompe la accesoriadad del partícipe en el hecho principal tan solo por negarle la comunicabilidad de determinada circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, ya sea esta privilegiada o calificada.

Puede ser que en un delito las circunstancias sean atenuantes y beneficien a un sujeto y en sentido contrario no. Como el caso del ejemplo planteado, cuando se juzga a dos sujetos por la muerte del padre de uno de los dos, a uno se le juzga por parricidio pero no existiendo relación familiar entre el otro sujeto y la víctima, no puede haber comunicabilidad de las circunstancias.



Entonces por un lado se les juzga separadamente y se aplicaría erróneamente el principio de accesoriedad o por otro lado, se les juzga conjuntamente (aplicando radicalmente el principio de accesoriedad) y las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal son llevadas al absurdo.

Hay que distinguir entre circunstancias (atenuantes o agravantes) personales y materiales. Respecto de las personales rige el criterio que solo afectan a aquellos en quienes concurren (por ejemplo la atenuante o agravante de parentesco solo favorece o desfavorece a quien tiene esa relación dentro del hecho que ha intervenido). Las materiales, en cambio, afectan a todos los que han tenido conocimiento de ellas, aunque no hayan intervenido en relación a ellas (por ejemplo la agravante de auxilio de gente armada, o de realizar el delito con ocasión de incendio, etc.)

En general, esta regla en sí no presenta problemas, salvo el de determinar respecto de cada atenuante o agravante si es de carácter personal o material. Se trata de elementos accesorios al hecho principal, por tanto no afectan al injusto mismo y no hay entonces dificultad en dar reglas diferentes para los intervinientes en el hecho.

Sin embargo, el problema surge con relación a circunstancias personales que han dejado de ser tales, pues han pasado a constituir parte del injusto, son cofundantes, como sucede con el parentesco en el parricidio (agravante) o en el infanticidio (atenuante).

¿Cuál es la forma idónea de juzgar a dos o más personas que actúan en un mismo ilícito, con diferentes funciones o participación en el delito, si el mismo se ve afectado por circunstancias que modificarán la responsabilidad penal a favor de uno y perjudicarán al otro o a los otros?

En Guatemala, dos Artículos son los atinentes a la problemática que se ha pretendido explicar en el presente contenido, el Artículo 30 y el Artículo 31 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, con los cuales se establece: Por un lado (con el Artículo 31) las circunstancias mixtas de parentesco las que como se señaló, pueden operar para atenuar o agravar la pena según el caso, en las situaciones entre esposos y parientes. Es decir entre parientes consanguíneos o de afinidad.

En el caso planteado el hijo debe ser juzgado como parricida (por darle muerte a su padre) y por tal motivo la conducta ya se calificó y por tanto ya se observa una agravante en el caso. Sin embargo, a juzgar por lo que establece el Artículo 30 del mismo cuerpo de leyes citado, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, esta puede ser considerada una circunstancia (la de que el hijo es pariente de la víctima) incommunicable hacia el sujeto que le dio muerte puesto que este último no es pariente de la víctima.

Solucionada aparentemente la problemática tan solo nos quedaría una cuestión a resolver, el hecho de que el asesino no se le puede juzgar como parricida ni siquiera en ejercicio del principio de accesoriedad puesto que el asesino no tiene relación de parentesco con la víctima.

Por lo tanto se puede colegir que con los Artículos en mención subsiste o persiste la problemática de cómo se juzgará al asesino (o en su caso al hijo).

En la legislación española se aplica el Artículo 60 del Código Penal de aquella nación el cual consiste en el criterio que las circunstancias personales solo afectan a aquellos en quienes concurren, y así señala Juan Bustos “por ejemplo la atenuante o agravante de parentesco solo favorece o desfavorece a quien tiene esa relación dentro del hecho que ha intervenido”³⁸. En el caso planteado la solución aplicable por los españoles consiste en el cumplimiento irrestricto de lo que regula el Artículo 60 del Código Penal español (homologable con el Artículo 30 del Código Penal guatemalteco), por lo que como el parentesco del hijo es circunstancia modificativa personal, no se transmite o comunica al asesino quien no tiene esta situación privilegiada.

Esta misma fórmula resulta la aplicada en Guatemala, pero como se expreso no cumple con solucionar la problemática.

Conviene en este caso citar textualmente otra vez a Juan Bustos, quien expresa con claridad las distintas opiniones de soluciones que al respecto debiese darse al problema y las ventajas y desventajas que surgen con ocasión de su aplicación, especialmente por el hecho que se ha considerado como una problemática penal sin solución a la presente fecha.

³⁸ Bustos Ramírez. **Ob. Cit.** Pág. 334.

“La jurisprudencia ha tendido a aplicar por analogía los principios del Artículo 60 del Código Penal, con lo cual entonces como el parentesco es circunstancia personal solo va a concurrir en quien posea tal relación. Así, Pedro extraneus, participa en el hecho de Diego, intraneus (hijo), de dar muerte a Isaías (padre): Diego cometerá parricidio y Pedro será partícipe solo en un homicidio (ya que conforme al Artículo 60 párrafo 1 no se le computa la relación de parentesco): Al revés, si Diego Intraneus, participa en el hecho de Pedro, extraneus, en la muerte de su padre, Diego será colaborador de parricidio y Pedro solo autor de homicidio. Esta situación parece bastante anómala, pues se divide el hecho principal (el tipo legal o título principal) y se crean interpretativamente dos tipos de injusto, ya que en estos casos las circunstancias personales son parte del injusto. Se rompe el principio de accesoriedad (Rodríguez Mourullo piensa que el título se puede romper por interpretación de los tipos de la parte Especial, rechaza así la aplicación del Artículo 60). Es, también, cierto que si se mantiene radicalmente el principio de accesoriedad, se llega al absurdo. Así, si Pedro, extraneus, participa con Diego, intraneus, en la muerte de Isaías, resultaría que tendría una pena más elevada que si hubiese ejecutado por sí mismo el hecho (pena solo de homicidio y no de parricidio), y, al revés, a Diego le convendría ser siempre solo partícipe (inductor o cómplice)”³⁹. Como es evidente, esta problemática presenta adicionalmente la comunicabilidad de circunstancias penales.

Abordadas hasta aquí las distintas formas en que se puede enfrentar o se ha enfrentado la problemática que brinda la incomunicabilidad de las circunstancias personales se puede ya asumir una postura con respecto a este tipo de cuestiones.

³⁹ Bustos Ramírez. **Ob. Cit.** Pág. 335.

Habiéndose resumido la mayoría de las posturas en lo expuesto en la cita textual del tratadista Juan Bustos Ramírez, la solución más viable puede ser la de aplicar la fórmula del concurso ideal de delitos, para el caso en que parientes y no parientes cometen un delito, esto permite la incomunicabilidad de las circunstancias, pero a la vez permite también que se le aplique las circunstancias mixtas personales a quien lo amerite.

Lo único que quedaría por dilucidar entonces es la forma legislativa en que se debe enfrentar dicha problemática, si reformando el Artículo 30 del Código Penal que se refiere a las excluyentes incomunicables o bien el Artículo 70 del concurso ideal de delitos.

Lo más conveniente para completar la presente investigación, es anticipar la conclusión de que deben reformarse ambos Artículos.

En el caso del Artículo 30 del Código Penal guatemalteco debe expresarse textualmente los casos en que deberá aplicarse la incomunicabilidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y en el caso del Artículo 70 del mismo cuerpo de leyes deberá expresarse la fórmula que permita al concurso ideal de delitos solucionar los casos en que deben comunicarse las circunstancias en mención.

En el Artículo 30 mencionado anteriormente. quien participa en el hecho de una persona que si es pariente de la víctima. las agravantes no se comunicaran por ser circunstancias

hecho de uno que no es pariente de la víctima, la solución aconsejable ha de ser la del concurso ideal de delitos.

Finalmente, en el caso del Artículo 70 del Código Penal guatemalteco, para su reforma debe considerarse que hay ocasiones en que el hecho principal no se divide, además que en él puedan concurrir dos o más tipos legales necesariamente, lo cual no es ajeno al derecho penal, ya que es la base de la teoría del concurso ideal de delitos.

Se puede afirmar que el concurso ideal de delitos hace innecesario el tema de la comunicabilidad de circunstancias personales, cuando existen tipos legales específicos como en el caso del parricidio, puesto que en este tipo ya va contenido la agravante, lo que permite simplemente hacer concurrir en el caso de que un pariente comete el delito y uno que no es pariente participa en él, dos tipos legales, que es la base (como se decía) del concurso ideal de delitos, estableciéndose que el pariente autor es responsable de homicidio y parricidio a la vez, mientras que el que participa, no siendo pariente de la víctima resulta cómplice de homicidio, convirtiendo a este último en tipo legal base de ese caso.

Por lo tanto, en el Artículo 70 del Código Penal guatemalteco debe expresarse claramente el eventual caso de que sean dos sujetos los responsables uno como autor y el otro como cómplice, siendo el primero pariente y el segundo no, para que las circunstancias personales no se le transmitan al segundo como resultado de aplicar erróneamente la comunicabilidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

CAPÍTULO IV

4. Análisis del numeral tres del Artículo 36 del Código Penal

Para analizar debidamente el numeral tres del Artículo 36 del Código Penal guatemalteco, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República, se hace preciso exponer primero los fundamentos teóricos más generales del concepto de cooperación y luego aplicarlo a la figura del cooperante en el delito.

Cooperar es una forma de participar en el delito, pero no debe constituir una forma de autoría. Esto se demuestra con el siguiente análisis contenido en el presente capítulo.

4.1. El cooperante en el delito

Cooperar en la relación de un delito, no necesariamente significa haber conocido los detalles de su planeación o inclusive haber participado en forma directa en su realización.

Según el diccionario de derecho, cooperar significa: "Colaborar en la comisión de un delito"⁴⁰. Esto evidencia que no se trata de una autoría, es decir de una responsabilidad directa. Se trata de una colaboración, en tanto que la autoría ha sido o puede corresponder a otro sujeto en la acción.

⁴⁰ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 99.



La participación en sus dos formas (instigación y complicidad), es el aporte doloso que se hace al injusto doloso de otro.

La participación debe ser siempre accesoria de un injusto ajeno. No puede haber participación criminal (sea instigación o complicidad) en la conducta de otro. Esta última no es típica y antijurídica. En consecuencia, puede asumirse que la cooperación al no significar una autoría, representa una forma de participación en el delito. Es decir que está más cerca de la complicidad que de la autoría, pese a lo cual se ha regulado en el ámbito nacional guatemalteco como parte del Artículo 36, es decir como una forma de autoría, en el numeral tercero.

La cooperación es accesoria del hecho principal, es decir, si el hecho principal se intenta, el partícipe es penado conforme a la escala del delito en grado de tentativa con la que le corresponde con la escala de participación (pena del autor o pena reducida).

Tiene carácter accesorio en nuestra ley penal, pero dentro de las opiniones que sostienen su naturaleza accesoria, hay distintas teorías:

La teoría de la accesoriedad mínima: La participación es accesoria de una conducta típica.

La teoría de la accesoriedad limitada: Lo es de una conducta típica y antijurídica (injusto).

Según la accesoriedad extrema: Lo es de una conducta típica, antijurídica y culpable.

4.2. La cooperación en el derecho comparado

La cooperación está regulada en los artículos 28 b) y 29 del Código Penal español. Estos Artículos distinguen entre cooperación necesaria y complicidad. El Artículo 28 b) se centra en la cooperación necesaria, y establece como cooperador necesario el que coopera en la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se habría efectuado. El cooperador necesario es aquel que interviene en la comisión del delito a través de una aportación determinante para que sea posible la realización del hecho.

En la cooperación necesaria distinguimos entre un elemento subjetivo y otro objetivo:

En cuanto al elemento subjetivo debe de haber un acuerdo previo para delinquir. El elemento objetivo se basa en la aportación eficaz, necesaria y trascendente en el resultado producido. La aportación basta con que sea difícilmente reemplazable.

Por su parte, el Artículo 29 del Código Penal español indica que son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el Artículo 28 precedente, y cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos. El cómplice es aquella persona que auxilia, contribuyendo o favoreciendo, eficazmente al ejecutor o ejecutores del delito colaborando voluntariamente sin incidir en la realización del hecho. Su actuación es importante para la consecución del hecho, pero no es esencial.

Entre los requisitos que establece la legislación española para la cooperación en el delito, es decir para encuadrar a una persona como cooperante y no como autor, están:

- Debe de haber un acuerdo de voluntades previo.
- El cómplice debe de conocer el plan del autor.
- Conocimiento de que se está cooperando en el plan.
- La contribución debe de ser secundaria.

El último tiene relevancia para establecer de forma clara que no se trata de un cooperador necesario, sino la contribución del cooperante ha de ser secundaria.

Es relevante la distinción entre el cooperador necesario y el cómplice porque de ella depende que al sujeto activo se le castigue como si fuera el autor del hecho o con la pena inferior en grado.

Es importante citar nuevamente al autor Juan Bustos quien señala: “Para diferenciar estas dos figuras debemos de preguntarnos si es necesaria la cooperación para la producción del resultado. Asimismo, hay que acudir a la teoría de los bienes escasos fundamentada por Gimbernat, según la cual lo importante de la aportación es que sea complicado su reemplazo. Para saber si específicamente la aportación es determinante, es necesario el estudio de las circunstancias de cada caso. En la STS 6869/1994, de 26 de octubre, podemos observar como el Tribunal Supremo acepta este criterio relacionándole con otros como son la teoría de la *condictio sine qua non* y la del dominio del hecho”⁴¹. Sentencia que por lo visto, es de difícil homologación con las formas procesales que guardan las resoluciones en Guatemala.

⁴¹ Bustos, **Ob. Cit.** Pág. 334.

4.3. El caso del numeral tres del Artículo 36 del Código Penal guatemalteco

Según la teoría del dominio del hecho, son autores los que conocen que se va a realizar un delito y el plan para desarrollar el mismo o sea quienes lo hacen suyo, en caso contrario, cualquier otro sujeto que interviene es un cómplice.

En el derecho comparado el artículo 47 del Código Penal de Costa Rica señala que: Son cómplices los que presten al autor o autores, cualquier auxilio o **cooperación** para la realización del hecho punible.

Ahora bien, en cuanto al autor señala que es: Autor del hecho punible tipificado como tal, quien lo realizare por sí o sirviéndose de otro u otros, y coautores los que realizaren el delito conjuntamente con el autor.

Como es evidente, no explica tal regulación al autor como un cooperante, sino como un verdadero autor. En ningún momento establece al cooperante como autor.

El verbo cooperar según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española significa: Facilitar el trabajo de una persona ayudándole. Según el artículo 11 de la Ley del Organismo Judicial de Guatemala, Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala: Las palabras de la ley se entenderán de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, aplicando este criterio de interpretación al Artículo 36 del Código Penal guatemalteco, son autores..quienes **cooperan** a la realización de un delito... es decir, que son autores, quienes facilitan el trabajo de otra persona

ayudándole. Esto no puede ser más que la intención de ver equivocadamente a un cooperante como un autor.

Se considera que el cooperante, según la definición en el diccionario, no debería ser tomado como autor.

Si después de lo expuesto, se insiste en ver a un cooperante como autor, entonces se está frente a un derecho penal de peligrosidad, que es una forma dogmática más estricta y que en muchas ocasiones exagera al punto de querer castigar por sus características a un sujeto y no por la acción que desarrolla.

El efecto principal de tal redacción que considero equivocada, oscura y confusa es la determinación de dificultades en la aplicación en los casos prácticos de la teoría de la participación en el delito.

En consecuencia se propone como posible solución a tal problemática, la reforma del Artículo 36 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, de forma que como autor de un delito se entienda a un autor y no a un cómplice o a un cooperante.

Es preciso reformar el Artículo 36 del Código Penal, en el sentido de regular la coautoría como forma de actuación de varios sujetos en categoría de autores de un mismo hecho delictivo a la vez.

Según la teoría de la accesoriidad, es autor quien realiza el acto delictivo o conducta típica; así, hay una conducta principal y otras accesorias que corresponden a los partícipes.

Dando por supuesta a la unidad del delito y exagerando la dependencia de los auxilios prestados por los partícipes a quien ejecutó los actos constitutivos directamente del tipo penal, se creyó encontrar en este autor principal el núcleo de unificación de todas las actividades convergentes, las cuales se tuvieron como accesorias, pues se pensó que solo así se podría explicar el hecho de que muchos actos ejecutados por distintos sujetos, con discutible antijuridicidad y la conciencia y voluntad que hacía responsable a sus autores, no se tuvieran como otros tantos delitos.

Y tan fuerte llegó a ser la convicción de este carácter accesorio de la responsabilidad de los partícipes, respecto a la del agente principal, que aun en el efecto eximente de algunas causas de inimputabilidad, por parte del verdadero delincuente o autor material del delito, se comunicaban y beneficiaban a quienes habían auxiliado a este, pues tales conductas accesorias se tenía por cierto que tenían o debían seguir la naturaleza de la principal y, no siendo esta delictuosa ni punible, no lo eran tampoco las de todos los demás.

Teoría que afirma la pluralidad de delitos. Frente a esas dos posiciones anteriores e insistiendo en asignar a cada responsable una penalidad adecuada al acto por él ejecutado, a su responsabilidad y a su peligrosidad demostrada, se pensó que tal propósito era incompatible con la unidad y comunidad del delito y se quiso cortar el mal

de raíz, para lo cual se atribuyó a cada concurrente (que ya no podía llamarse partícipe) un delito autónomo con su pena propia.

Así, además, se podrían estimar para cada sujeto las excluyentes, agravantes o atenuantes que a él se le ligaran, con absoluta independencia de los demás, cuyos actos tenían sus elementos propios y formaban unidades distintas.

Massari, es indicado de ordinario, como responsable de esta doctrina si bien colaboraron en su producción otros varios como Foinitzky, Getz y Bataglini, sin que la tesis haya logrado mayor fortuna.

La teoría más adecuada es la de la causalidad, siempre que se haga un análisis profundo de cada elemento del delito, considerando los objetivos y los subjetivos.

En cualquier caso, cada partícipe debe responder por el daño causado.

Desarrollo definitivo de la teoría causal. Liquidados los errores sobre una supuesta necesidad de igualar las penas y con una sensación valoratoria más fina, según la expresión de Mezgre, se volvió a la aspiración de sancionar a cada partícipe de acuerdo con su menor o mayor aportación objetiva en la realización de lo que indiscutiblemente es un solo delito, pero de acuerdo también con los datos individuales y subjetivos de responsabilidad, lo cual significa la verdadera síntesis de los ensayos anteriores.

Así orientada la estimación de la responsabilidad que corresponde a cada partícipe debemos separadamente examinar cada uno de los datos que concurren a formarla: Tanto el objetivo de mayor o menor eficacia causal o del aporte prestado para la realización del hecho típico, como el subjetivo que se refiere a la perversidad demostrada por cada sujeto o a su más o menos franca y reprochada actitud de oposición al orden social.

La coautoría en el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, no se encuentra debidamente regulada.

En la coautoría es preciso que exista un codominio del hecho, esto es que todos y cada uno de los intervinientes dominen el hecho. Como señala Roxin: “el que coactúa ha codecidido hasta el último momento sobre la realización del tipo pues, cuando alguien aporta al hecho una colaboración necesaria, tiene por este medio en sus manos la realización del tipo”⁴². El dominio del hecho no se presenta únicamente en los casos en los que el sujeto por sí mismo realiza el tipo, sino que también existe aunque cada persona que interviene no realice por sí solo y enteramente el tipo, pues es posible derivar en dominio del hecho, en razón a cada aportación al mismo, basada en la división del trabajo o de funciones entre los intervinientes.

Con base en lo anterior, se puede referir con propiedad acerca de dominio funcional del hecho.

⁴² Claus Roxin, Eduardo. **Derecho penal, parte general**. Pág. 13.

La distribución de funciones no solo se presenta entre coautores sino también entre el autor y cómplice, por lo que es indispensable contar con algún criterio que permita establecer la distinción.

El criterio correcto debe establecer si la división de tareas acordada importa una subordinación de unos respecto de otros. Para la existencia de coautoría es necesario que no haya subordinación a la voluntad de uno o de varios que mantengan en sus manos la decisión sobre la consumación del delito.

El Tribunal Supremo de España tradicionalmente venían manteniendo la teoría del acuerdo previo, conforme a la cual basta con el *pactum scaeleris* y no es necesario que el sujeto realice aportación alguna, dado que la delincuencia no se determina por la intervención en el mal físico causado, sino por la concurrencia del elemento intencional en relación con el hecho externo que la manifiesta. Sin duda esta teoría aplica sobre cualquier distinción entre autores, coautores, inductores, cómplices, etc.

Para una conceptualización correcta de la coautoría, es preciso tener en cuenta las siguientes reglas: Sin aporte no es posible coautoría; cualquier aporte no da lugar a coautoría; y, no todo común acuerdo configura una coautoría. Es preciso el dominio del hecho con todos los requisitos que la conforman.

También debe tenerse presente que el aporte ha de ser esencial; con esta expresión, en modo alguno se quiere decir que sea causal, aporte esencial y aporte causal no son sinónimos.

El codominio del hecho es una consecuencia de una decisión conjunta, pero el problema se presenta al tratar de identificar la decisión conjunta que fundamenta la coautoría de la división de tareas acordadas entre autor y cómplice. Creemos que el criterio correcto de distinción está en si la división de tareas acordadas importa o no subordinación de unos respecto de otros.

Fundamenta el dominio del hecho, el cual debe ser conjunto, cada coautor domina el suceso global en colaboración con otro o con otros. Por consiguiente la coautoría consiste en una división de trabajo, que hace posible el delito, lo facilita o disminuye sustancialmente el riesgo del hecho, es por ello que en este aspecto objetivo cada coautor debe mostrar una determinada medida de significado funcional, de forma que el desarrollo de cada uno del papel que le corresponde se presente como una pieza esencial en la realización del plan delictivo conjunto.

Otra cuestión que se debe tener en cuenta es la del momento en el que se produce la aportación del interviniente: El coautor tiene que realizar su aportación en fase ejecutiva.

En otras palabras, su contribución tiene que ser actualizada al momento de la realización del tipo. La razón es clara, solo así puede decirse que el sujeto tiene el dominio del hecho.

Esto conduce a que la misma contribución pueda tener un significado distinto para el derecho en virtud del momento en que se produzca.

Así pues: Un aporte esencial durante la ejecución dará lugar a la coautoría; el mismo aporte pero durante la preparación dará lugar, en el derecho español, a la cooperación necesaria. Los demás aportes, es decir, los no esenciales, tanto tengan lugar durante la ejecución como durante la preparación, deberán considerarse complicidad.

Por ello, Roxin afirma que “lo importante es saber si la realización estructurante del hecho tiene lugar en la preparación o durante la ejecución del hecho. Solo en el último caso puede existir una coautoría. mientras que en los restantes casos debe imponerse una pena de cómplice”⁴³. Los requisitos para que exista la coautoría son: La decisión común del hecho, es el acuerdo expreso o concluyente sobre la distribución de las aportaciones singulares a un hecho. Se distingue del acuerdo de voluntades propio de la participación por su contenido y reciprocidad: Todo interviniente debe saber que otros cooperan dolosamente.

Se trata de dos grupos de casos:

Cuando un delito se compone de segmentos aislables de acciones ejecutivas y cada uno de los segmentos los ejecuta distinta persona, los intervinientes responden por el todo en concepto de autor, solo si se unen con la finalidad de alcanzar el todo. La decisión común del hecho es aquí necesaria para la responsabilidad a título de autor por todo lo ocurrido.

⁴³ Ibid.

Si falta la decisión común del hecho no hay sino responsabilidad en concepto de autor por una parte.

En la medida en que varias acciones delictivas las cometen distintas personas sin mediar acuerdo, aprovechando idéntica ocasión, cada uno responde en concepto de autor, pero solo por su organización.

Si un delito solo requiere una única acción ejecutiva o si, requiriéndose varias acciones, las ejecuta una sola persona, también un partícipe, de cuyas aportaciones el ejecutor nada sepa, puede cooperar tan intensamente que codetermine esencialmente la configuración de la ejecución en cuanto a lugar, tiempo y modalidades.

Ejemplo: Alguien le da un somnífero a la víctima, a quien se va a matar a golpes mientras duerme, sin mediar acuerdo con el ejecutor, le abre además la puerta al autor, deja preparado un instrumento comisivo apropiado y además después utilizado y finalmente antes de la ejecución del hecho, impide que terceros perturben la ejecución.

La autoría única (autoría simultanea) de los partícipes decae por la falta de acciones de ejecución propia, la autoría mediata por la falta de subordinación de ejecutar, y por último la coautoría, según la doctrina dominante, por la falta de un plan común, de modo que solo quedaría la posibilidad de complicidad, decisión cuando menos dudosa.

Por eso será más correcto, en lugar de una decisión común del hecho, en el sentido de un acuerdo siempre recíproco, conformarse en estos casos con una decisión de

ajustarse con la que el partícipe que no ejecuta directamente, pero coopera en la configuración, vincula su aportación con el hacer del ejecutor. Si el ejecutor no sabe nada de esta aportación, no se le puede atribuir nada de la gravedad delictiva de esta, lo que se deriva de las reglas generales.

La decisión común del hecho en el sentido descrito, reducido a una decisión de ajustarse, no tiene por que producirse de modo libre de coerción o error.

Sobre todo, carece de trascendencia si el partícipe en la decisión está inclinado a hacer propias las aportaciones de los demás o incluso a hacérselas imputar. La responsabilidad es consecuencia del ajuste e independiente de la voluntad de tener responsabilidad.

Así, en el seno de una banda, la decisión común del hecho se producirá a menudo mediante astucia o coerción, ejemplo: A un malhechor se le indica que si no coopera en el próximo hecho, se le va a delatar.

Es necesario, pero no suficiente, que el dolo y la decisión de ajuste concurren al realizar la propia aportación al hecho; si se abandona el dolo antes de la acción ejecutiva que lleva a cabo otro, ello no impide la coautoría si la aportación conserva su eficacia.

La responsabilidad la limita el dolo y la delimitan otros elementos delictivos personalísimos, por el exceso de un interviniente, es decir, por una acción que no está

prevista y por tanto, tampoco cubierta por la decisión de ajuste o encaje, no cabe responder en concepto de coautor, por falta de dolo.

El error *in persona vel objecto* del ejecutor constituye un exceso si este, de haberse esforzado por atenerse a los criterios acordados, no habría actuado en la situación dada, de modo que la acción ejecutada solo se lleva a cabo porque él individualiza el objeto del hecho por su propia cuenta.

No obstante, si el autor que ejecuta se ajusta, poniendo todo de su parte, al programa acordado, su acción ejecutiva se imputa a los demás intervinientes, y además presupuesta la co-configuración de esta acción ejecutiva. Por ejemplo: Los coautores de un robo, todos armados, se disponen a tirar a matar contra los posibles perseguidores a fin de asegurar su huida; uno de ellos confunde a un cómplice, que también huye, con un perseguidor y le dispara, no existe exceso, de modo que también la víctima escogida es coautor de la tentativa de homicidio si concurre una suficiente co-configuración de la acción ejecutiva.

En consecuencia, se ha demostrado con el estudio y análisis teórico del Artículo 36, especialmente en lo referente al numeral tres, que la cooperación no forma parte de la autoría sino más bien de la participación en el delito.

En consecuencia se ha de reformar la norma jurídica en mención de manera que se pueda excluir de su texto y tipo la inclusión que se hizo en la promulgación de tal normativa, la figura el cooperante.

La cooperación en el delito, constituye una forma de colaborar con el autor de un delito, siempre que la participación del cooperante sea secundaria y no aplique de forma especial en la realización del delito, puesto que sino se estaría frente a la figura del cómplice necesario, misma que tampoco se encuentra regulada en el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

Se puede afirmar entonces, de acuerdo con lo expuesto a lo largo del presente estudio que, en lo relacionado a la participación en el delito, regulada en el Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, no ha tenido alguna reforma directa que actualice y aplique las teorías modernas de la dogmática penal, en especial en el numeral tres del Artículo 36 del Código Penal guatemalteco, en el que regula que: **Son autores (...) 3. Quienes cooperan a la realización del delito, (...)**, pero la cooperación, como se mencionó a lo largo de la investigación no constituye autoría sino más bien una forma de complicidad, que según lo exponen las teorías modernas penales, podría ser complicidad necesaria o bien complicidad simple, dependiendo de la forma y grado de participación en la realización de un delito, si la participación es esencial y sin su contribución el delito no podría haberse cometido se considera como complicidad necesaria, de lo contrario como complicidad simple o eventual, por lo que es importante que el Estado de Guatemala, por medio del Congreso de la República, realice una reforma del Artículo 36 de ese cuerpo normativo, en el sentido de modificar la redacción del numeral 3 eliminando la figura del cooperante para ubicarla de mejor manera en otro Artículo de la misma Ley, de acuerdo con las teorías modernas de la dogmática penal.

CONCLUSIONES

1. La cooperación en el delito, constituye una forma de colaborar con el autor del mismo, siempre que la participación del cooperante sea secundaria y no aplique de forma especial en la realización del ilícito, puesto que sino sería un cómplice necesario, que tampoco se encuentra regulado en el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.
2. La participación en el delito, como se encuentra regulada en el Código Penal, equivocadamente establece al cooperante como sujeto activo de un delito, al punto que le otorga un papel preponderante en la consumación del hecho delictivo, cuando la dogmática penal moderna lo enfoca de manera distinta, como partícipe.
3. El Numeral tres del Artículo 36 del Código Penal, establece actualmente, que quienes cooperan con un acto sin el cual no se hubiera podido cometer el delito, son autores del delito, lo que trae consigo una confusión en cuanto a los términos doctrinarios de participación y autoría, puesto que el partícipe no puede ser autor, porque este último debe tener desde un principio, el dominio del hecho.





RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República de Guatemala debe reformar el Artículo 36 del Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, concibiendo a la cooperación en el delito, como una forma de colaborar con el autor de un ilícito, aunque preste una acción sin la cual no es posible la comisión del hecho.
2. El Congreso de la República de Guatemala debe reformar el Artículo 37 del Código Penal, para incluir en ese Artículo, al cooperante en el caso que la participación del mismo no sea determinante para la realización del delito, como equivalente al cómplice simple o eventual, en armonía con la dogmática penal moderna.
3. El Congreso de la República de Guatemala debe reformar el Numeral tres del Artículo 36 del Código Penal, excluyendo del mismo al cooperante, para que deje de aparecer como autor del delito, y crear la figura del cómplice necesario, para ubicar al cooperante, cuya participación es esencial al grado que sin su contribución el delito no podría haberse cometido.



BIBLIOGRAFÍA

ARANGO ESCOBAR, Julio Eduardo. **Las sistemáticas causalista y finalista en el derecho penal.** Ed. Universitaria, Guatemala, 1982.

AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Gricelda. **Derecho penal.** Colección de Textos Universitarios, Ed. Harla, S. A., México, 1998.

BACIGALUPO, Enrique. **Elementos de la teoría del delito.** Bogotá Colombia 1984.

BERDUGO, Ignacio. **Derecho penal español.** Ed. Heliasta S.R.L., Madrid, España, 1996.

BINDER, Alberto. **Proceso penal guatemalteco.** Departamento de capacitación del Ministerio Público, Guatemala, 1996.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal parte general.** 3ª ed. Ed. Ariel, S.A., Barcelona, España.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental.** Ed. Heliasta SRL, Buenos Aires, Argentina, 2008.

CALDERÓN MENÉNDEZ, Rubén A. **Política criminal e instituciones Desjudicializadoras.** Revista CREA Año 1 No. 1. Guatemala 1995.

CLAUS ROXIN, Eduardo. **Derecho penal, parte general.** Ed. Ariel, España, 1984.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal, parte general.** Tomo IV, Ed. Casa Bosch, Madrid, España, 1947.

DE MATA VELA, José Francisco y Héctor Aníbal De León Velasco. **Curso de derecho penal guatemalteco.** 4ª. ed. corregida, (s.e.) Guatemala, 1989.

DON C., Gibbons. **Delincuentes juveniles y criminales.** Ed. Fondo de Cultura Económica, 7ª. ed. 1984.



GIMBERNAT, Enrique. **Autor y cómplice en derecho penal**. Ed. Ariel, España, 1992.

GONZÁLEZ, María. **La Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder**. Ed. Fundación Mirna Mack, Guatemala, 1998.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Lectura de derecho penal**. (s.e.) Colección clásica del Derecho, México 1998.

MAPELLI CAFFARENA, Borja y Juan Terradillos Basoco. **Las Consecuencias jurídicas del delito**. Ed. Civitas S. A., 3ª. ed. Madrid, España, 1996.

MIR PUIG, Santiago. **Tipos de autoría y tipos de participación: concepto de autor y autoría mediata**. Ed. Tirant Lo Blanch, Barcelona, España, 1999.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. (s.e.) Madrid, España, 1982.

MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Arán. **Derecho penal parte general**. España, Helista, 1986.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **Manual de derecho penal mexicano**. Ed. Porrúa, 4ª. ed. México, 1979.

QUINTANO RIPOLLÉS, Alberto. **Comentarios al Código Penal**. 2ª. ed. Ed. Ariel, Madrid, España, 1896.

REYNOSO, Eleuterio. **Autoría y coautoría en derecho penal**. Ed. Havie. México. 1994.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. **Derecho penal español**. Ed. Porrúa S.A., México, 1984.

VALENZUELA O., Wilfredo. **Lecciones de derecho procesal penal**. Ed. Universitaria 1994.



ZAFFARONI, E. Raúl. **Tratado de derecho penal, parte general**. Tomo III, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1981.

OMEBA, **Enciclopedia Jurídica**. Tomos XIII y Tomo XXI, Ed. Driskill, Buenos Aires, Argentina, 1982.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea nacional Constituyente, 1986.

Código Procesal Penal. Decreto número 51-92, 1992 del Congreso de la República de Guatemala.

Código Penal. Decreto numeró 17-73, 1973 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley del Organismo Judicial. Decreto número 2-89, 1989 del Congreso de la República de Guatemala.