

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



**ANÁLISIS DE LA EXCLUSIÓN DE LAS FORMAS
DE COOPERACIÓN EN LA REALIZACIÓN DEL
DELITO, DE SU REGULACIÓN ACTUAL EN EL
CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO**

LUBY ZURINA JAVIER DÍAZ

GUATEMALA, MAYO DE 2007.

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

**ANÁLISIS DE LA EXCLUSIÓN DE LAS FORMAS DE COOPERACIÓN
EN LA REALIZACIÓN DEL DELITO, DE SU REGULACIÓN ACTUAL
EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

LUBY ZURINA JAVIER DÍAZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA

EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, mayo de 2007.

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



DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V: Br. Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

RAZON: “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 la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.)



AUGUSTO ALEJANDRO PORRAS RUANO
ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala, 19 de septiembre de 2005.

Licenciado
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho

En virtud de la resolución emanada por esa Casa de Estudios, me permito informar que he procedido a asesorar el trabajo de la Bachiller LUBY ZURINA JAVIER DIAZ, estudiante de esa unidad académica con carné número 9513187, el cual se intitula "**ANÁLISIS DE LA EXCLUSIÓN DE LAS FORMAS DE COOPERACIÓN EN LA REALIZACIÓN DEL DELITO, DE SU REGULACIÓN ACTUAL EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO**".

Durante el proceso de asesoría brindada de mi parte de manera *ad honorem*, se estableció que el trabajo en cuestión, a la vez que brinda una interesante perspectiva acerca del tema planteado, es una investigación novedosa.

De tal manera que, no tengo reparo ni objeción en considerar al presente documento adecuado para los efectos correspondientes, y consecuentemente emito el **Dictamen favorable** que me compete en la calidad antes indicada y justificada.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para suscribirme de usted;

Atentamente,

f) 
Augusto Alejandro Porras Ruano
Abogado y Notario
Colegiado 3079



UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS
DE GUATEMALA



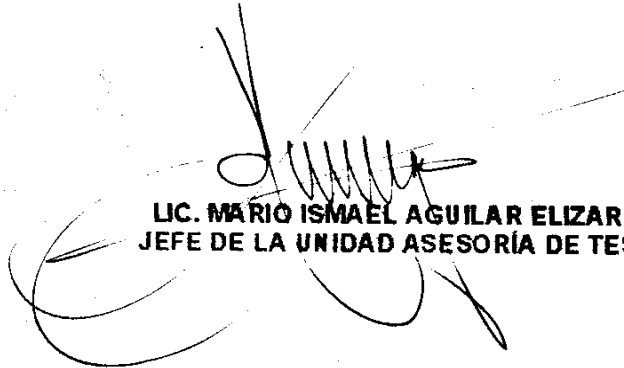
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES



UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintinueve de febrero de dos mil seis.

Atentamente, pase a la **LICDA. CLAUDIA LUCRECIA SANTIAGO GÓMEZ**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la estudiante **LUBY ZURINA JAVIER DÍAZ**, intitulado: **"ANÁLISIS DE LA EXCLUSIÓN DE LAS FORMAS DE COOPERACIÓN EN LA REALIZACIÓN DEL DELITO, DE SU REGULACIÓN ACTUAL EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO"**.

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 de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

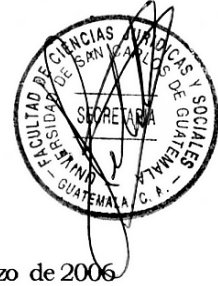


LIC. MARIO ISMAEL AGUILAR ELIZARDI
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MIAE/slh

LIC. CLAUDIA LUCRECIA SANTIAGO GÓMEZ
3^a ave. Sur, condominio San José, Casa 18, San Juan Sacatepequez
Tel. 78 303500
Colegiado No. 4884



Guatemala, 20 de marzo de 2006

Licenciado **Bonerge Amílcar Mejía Orellana**
Decano Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Tengo el honor de dirigirme a usted, para hacer de su conocimiento que en virtud de la resolución emanada por esa Casa de Estudios, me permito informar que he procedido a Revisar el trabajo de la Bachiller LUBY ZURINA JAVIER DÍAZ, estudiante de esa unidad académica, el cual se intitula "ANÁLISIS DE LA EXCLUSIÓN DE LAS FORMAS DE COOPERACIÓN EN LA REALIZACIÓN DEL DELITO, DE SU REGULACIÓN ACTUAL EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO".


A mi consideración, la investigación llena los requisitos establecidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, toda vez que en el mismo se analizó tanto la forma como el fondo, estableciendo en uno como en otro caso los siguientes extremos:

- a) El tema abordado por el estudiante, refleja la preocupación por perfeccionar la legislación nacional, en cuanto al tema objeto central.
- b) La presente investigación llena los requisitos exigidos por el Instructivo General para Elaboración y Presentación de Tesis, emitido por la Unidad de Asesoría de Tesis, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Encontrando que el trabajo de mérito expone una hipótesis que se comprueba, y siendo que el mismo se presenta con los requisitos mínimos de forma para esta clase de estudios, no encuentro más óbice para emitir el **DICTAMEN FAVORABLE** correspondiente.

Sin otro particular, aprovecho para suscribirme de usted,

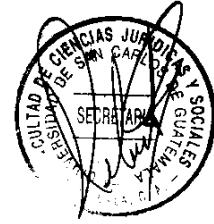
Atentamente,


Claudia Lucrecia Santiago Gómez
Abogada y Notaria

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, C. A.

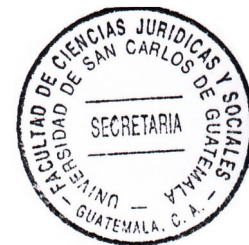


**DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES.** Guatemala, quince de enero del año dos mil siete-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante LUBY ZURINA JAVIER DÍAZ Titulado ANÁLISIS DE LA EXCLUSIÓN DE LAS FORMAS DE COOPERACIÓN EN LA REALIZACIÓN DEL DELITO, DE SU REGULACIÓN ACTUAL EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/sllh





DEDICATORIA

A MI DIOS

TODOPODEROSO: Por darme la vida, la sabiduría y la perseverancia para llegar a este momento.

A MI ESPOSO: Nicolás. Por su apoyo como mi compañero de vida.

A MI HIJA: Sofía Isabel. Por ser la que me inspira a seguir luchando.

A MIS PADRES: Federico Augusto Javier Gularte y Berta Antonia Díaz Chajón de Javier. Por sus sabios consejos y ser la base para las directrices de mi vida. A ellos mi máximo agradecimiento y como reconocimiento a sus innumerables esfuerzos.

A MI HERMANO: Alex Federico. Por su ineludible cariño y apoyo.

A MIS TÍAS: Maribel Gularte de Trent y Yolanda Gularte de Nash. Con especial agradecimiento porque siempre me han demostrado su apoyo y cariño.

A TODOS MIS

FAMILIARES: Por el cariño que me brindan.

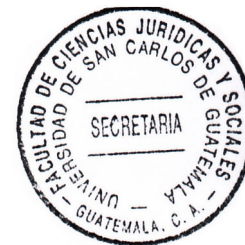
EN ESPECIAL

AGRADECIMIENTO: Al Lic. Augusto Alejandro Porrás Ruano. Por sus aportes a la presente investigación.



A:

A mi gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales: por ser mi fuente de sabiduría.



ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Cooperación.....	1
1.1. Definición de cooperación.....	1
1.2. La cooperación en el Código Penal.....	2
1.3. La teoría del dominio del hecho y la cooperación.....	3

CAPÍTULO II

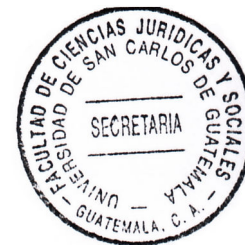
2. La autoría.....	13
2.1. Definición.....	13
2.2. Clases.....	19
2.2.1. Autoría Inmediata.....	19
2.2.2. Autoría Mediata.....	20
2.2.2.1. Instrumento que actúa sin antijuricidad.....	22
2.2.2.2. Falta de concurrencia de la parte objetiva del tipo.....	22
2.2.2.3. Concurrencia de causas de justificación.....	28
2.2.2.4. Instrumento que actúa sin culpabilidad.....	30

CAPÍTULO III

3. Cómplice.....	35
3.1 Generalidades.....	35
3.2. Análisis del cómplice necesario.....	38

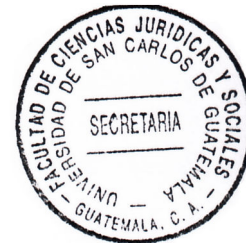
CAPÍTULO IV

4. Teorías convencionales de autoría.....	41
4.1. Teoría de la participación en el delito.....	41
4.2. Teorías modernas.....	51
4.2.1. Teoría del Dominio del hecho.....	51
4.2.2. Teoría de accesoriedad.....	52



CAPÍTULO V

5.	La autoría mediata y su importancia en la legislación guatemalteca.....	57
5.1	Necesidad de su regulación y ubicación sistemática.....	57
	CONCLUSIONES.....	71
	RECOMENDACIONES.....	73
	BIBLIOGRAFÍA.....	75

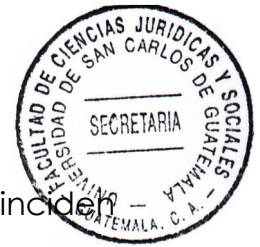


INTRODUCCIÓN

Las Ciencias Jurídicas, en su rama penal, es el área de estudio que comprende el presente trabajo, la situación problemática radica en que la cooperación es una forma de participación en el delito, distinta de la autoría y de la complicidad, sin embargo en el Código Penal, Decreto número 17-73 de El Congreso de la República, se regula actualmente algunas formas de cooperación tanto en la autoría como en la complicidad, concretamente en algunos numerales del Artículo 36 y 37 del cuerpo legal antes mencionado. Por lo tanto, esto evita que en la práctica los juzgadores apliquen debidamente esta forma de participación, por lo que su regulación debe ser diversa de la del autor y del cómplice.

La solución a la presente problemática consiste en una regulación actualizada del tema de la cooperación, excluyéndose sus formas prejurídicas, es decir, aquellas formas que no son específicamente legales.

Este diverso tratamiento penal de las distintas personas responsables e importantes particulares de cada una de ellas obliga a estudiarlas separadamente, pero dentro de una categoría dogmática básica,



como son, los conceptos de autoría y participación, que no coinciden exactamente con las legales.

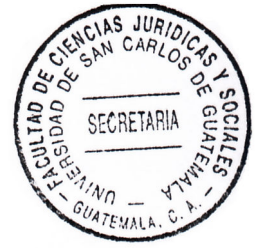
Orientándose a partir de la hipótesis que señala que: La cooperación considerada actualmente como una forma de participación intentada en el Código Penal Guatemalteco, constituye una categoría prejurídica que es preciso eliminar del contenido del mismo.

Dentro de este contexto, se plantea como objetivo analizar la exclusión de la figura jurídica de la cooperación como hecho típico dañoso en el ordenamiento penal guatemalteco, buscando con ello un cambio en el sistema de punición, de manera que se respete la teoría del dominio del hecho, para la institución de la participación en el delito, actualizándose con las modernas doctrinas del derecho penal, excluyendo del contenido del numeral 2 y 3 del artículo 36 y 37 del Código Penal la forma de cooperación regulada en ellos, en virtud de que como quedo establecido no es posible encuadrarla la figura de cooperación dentro de la figura jurídica de autor, derivado de que éste es el que ejecuta un hecho delictivo, realizando los elementos que integran el tipo penal, mientras que el sujeto que coopera contribuye causalmente de forma que no toma parte en el dominio del hecho.



La metodología escogida fue de tipo documental, con diseño bibliográfico, utilizando el análisis crítico, de contenido, inductivo y deductivo de los documentos consultados, desde una perspectiva descriptiva.

De esta manera, el presente trabajo se estructura en cinco capítulos. El primero enfoca que es la cooperación, la cooperación en el Código Penal y la teoría del dominio del hecho y la cooperación. El segundo capítulo establece que es la autoría, las clases de autoría. El capítulo tres define que es el cómplice y se realiza un análisis del cómplice necesario. En el capítulo cuatro se describen las teorías convencionales de autoría, la teoría de la participación en el delito, las teorías modernas. En el capítulo cinco se define la autoría mediata y su importancia en la legislación guatemalteca, la necesidad de su regulación y ubicación sistemática. Por último se enumeran las conclusiones y recomendaciones, que de alguna manera al ser tomadas en cuenta pueden contribuir para determinar la diferencia entre autoría y complicidad, a efecto de establecer una regulación legal adecuada.



CAPÍTULO I

1. Cooperación

Debido a que en la legislación guatemalteca se ha confundido la figura del cooperador con la de autoría o complicidad, como se demostrará a lo largo de la presente investigación, resulta necesario empezar definiendo y explicando en general, la cooperación.

1.1. Definición de cooperación

En sentido general o "*lato sensu*", se entiende por cooperación: "Del latín: *cooperatio*, *-ōnis*, que significa acción y efecto de cooperar".¹ Por este último término en el mismo sentido, se entiende: "Obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin."²

"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

¹ Real Academia Española, **Diccionario de la lengua española**, pág. 132.

² **Ibíd**, pág. 132.



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”.³

1.2. La cooperación en el Código Penal

En el Código Penal se confunde el contenido del cooperador, particularmente en el numeral 3 del Artículo 36 cuando se señala: “Quienes cooperan a la realización del delito, ya sea en su preparación o en su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer”.

Por aparte en el Artículo 37 de la complicidad, se menciona: “Quienes prometieren su ayuda o cooperación para después de cometido el delito”.

Un error de concepción debe explicar, haber incorporado este término en ambos artículos del cuerpo de leyes mencionado. No

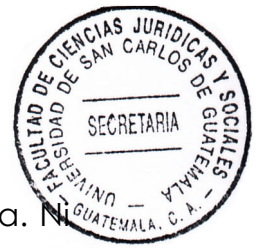
³ Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, **Derecho penal, parte general**, pág. 384.



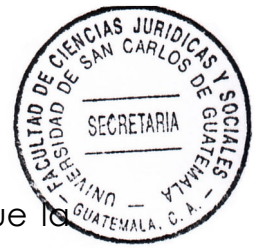
puede ser posible que un cooperador sea un cómplice y un autor a la vez.

1.3. La teoría del dominio del hecho y la cooperación

La doctrina del dominio del hecho aparece, por una parte, como una continuación de la teoría subjetiva en la formulación de ésta, de la que ya nos hemos ocupado anteriormente, de que “el partícipe somete su voluntad a la del autor de tal forma que deja al criterio de éste, el que el hecho llegue o no a consumarse. Este “dejar al criterio” es lo que constituye el “*animus socii*”. Esta conexión entre dominio del hecho y teoría subjetiva la encontramos ya en Welzel, cuando escribe: “Ciertamente que el inductor incita el hecho ajeno y el cómplice lo apoya. Pero el dominio final sobre el hecho, el dominio sobre la decisión y su ejecución real lo tiene sólo el autor”. En la misma conexión, más o menos estrecha, entre una y otra doctrina se basan, por ejemplo, las concepciones de V. Weber, Busch, Nowakowski, Bockelmann, Kohlrausch/Lange y de la fundamentación del proyecto alemán de 1962.

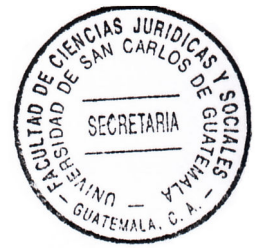


Pero la doctrina del dominio del hecho no es una subjetiva. Ni siquiera una objetivo-subjetiva como la califican muchos de sus partidarios, sin duda para dar a entender que se halla más allá de la tradicional disputa entre teorías objetivas y subjetivas, o bien para dar a entender que es una superación de las tesis tradicionales. La doctrina del dominio del hecho es una totalmente *objetiva*, por lo menos, en el sentido que se da tradicionalmente a esta expresión dentro de las teorías de la participación. El que tiene el dominio del hecho ya puede actuar con la voluntad que le de la gana, el dominio del hecho lo seguirá teniendo. Y el que no es titular del dominio del hecho, aunque se ponga como se ponga, aunque tenga voluntad de autor, aunque quiera el hecho como propio, no por ello entra en posesión del dominio que antes no tenía. Con razón insiste Maurach constantemente en este carácter objetivo del criterio del dominio del hecho. Ciertamente que es preciso que el titular del dominio del hecho sepa que lo tiene, que conozca, como dice Roxin, las “circunstancias fácticas... que fundamentan su dominio sobre el acontecimiento”; cierto que este “dolo” del dominio del hecho es algo más que un mero “presupuesto de imputabilidad”, es ya una parte integrante del dominio del hecho, del que desconoce los factores objetivos constitutivos de éste no se puede decir que lo



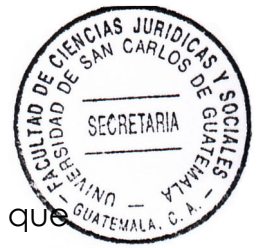
tenga, pero que por falta de dolo, no le es imputable, sino que la ignorancia de la situación objetiva lleva consigo la no existencia en el sujeto del dominio del hecho. "Si un médico ruega a su colega, que no sospecha nada, que ponga una inyección (en realidad de veneno), no es posible decir que el colega que actúa tiene "objetivamente" el dominio del hecho y que lo que sucede es únicamente que, por faltarle el dolo, no lo sabe; lo que sucede es, más bien, que no tiene el dominio del hecho en absoluto. La idea de un dominio "objetivo" del hecho así concebido sería una *contradicho* "in adiecto"; sería tan carente de sentido como querer hablar en un hecho culposo de una acción "objetivamente dolosa".

Sin dolo no existe dominio del hecho. Pero querer llamar por eso a esta doctrina una objetiva-subjetiva sería olvidar lo que tradicionalmente quiere decir "subjetivo" dentro del marco de la teoría de la participación. Quiere decir que el sujeto que se da cuenta de lo que objetivamente sucede puede ser, autor o cómplice según que sea una u otra la disposición de su ánimo. Y con esta concepción la doctrina del dominio del hecho no tiene relación. Calificarla de objetivo-subjetiva, por tanto, sólo puede dar lugar a equívocos.



Entrando ya en el contenido de esta doctrina, voy a ocuparme de ella primero en un plano general; después, en la parte crítica, trataré de examinar hasta qué punto el dominio del hecho ofrece un criterio utilizable para distinguir al autor del cómplice.

Para Welsel, “el autor final es señor de su decisión y de la realización de ésta, y, con ello, señor sobre su hecho que conforma en su existencia y en su ser-así con finalidad consciente. El dominio del hecho corresponde al que lleva a cabo con finalidad consciente su decisión de voluntad. Coautoría es autoría, cuya especialidad consiste en que el dominio del hecho delictivamente unitario no reside en un individuo, sino que reside conjuntamente en varios... El dominio del hecho corresponde aquí en común a todos: no a un individuo, ni tampoco a varios individuos en concreto, sino que todos juntos son titulares de la decisión, constituyendo la actividad de cada uno, junto con la de los demás, en virtud de la conexión de sentido dada por la decisión común de acción, un todo unitario. La esencia de la complicidad consiste en la ejecución de acciones de ayuda sin participar en la decisión ni en el dominio final del hecho. En los delitos dolosos es autor sólo aquel que, en virtud de la



dirección con finalidad consciente del acontecimiento causal que va a desembocar en el resultado típico, es señor de la producción del resultado".⁴

Para V. Weber, el dominio del hecho quiere decir que el autor "determina si y cómo el hecho ha de cometerse".⁵

Niese, cree que hay autoría cuando "el agente... posee la dirección final de la causalidad en el mundo exterior".⁶

Maurach, escribe que el "dominio del hecho es el tener en las manos dolosamente el desarrollo típico del acontecimiento, la posibilidad de la que es consciente el agente de dirección final y conformadora del tipo. El dominio del hecho lo tiene todo cooperador que se halla en la situación real, de la que es consciente, de dejar correr, detener o interrumpir, según cual sea su comportamiento, la realización del tipo". El dominio del hecho es la "dirección final del acontecimiento típico".⁷

⁴ Welsel, Hans, **Derecho penal alemán**, pág. 171.

⁵ Weber, **Derecho penal**, pág. 15.

⁶ Niese, citado por Wessels, Johannes, **Derecho penal**, pág. 148.

⁷ Maurach, Reinhart, **Tratado de derecho penal**, pág. 378.



Gallas, defensor también de este concepto de autor, cree que la “autoría significa la relación del agente a un proceso de acontecimiento y al resultado de éste, que hace aparecer el acontecimiento total como su hecho y el resultado como su obra. Esta relación se da cuando el agente, mediante la colocación – planificadamente dirigida- de los medios apropiados -adecuados al resultado- tiene el hecho “en las manos”, domina el proceso hasta el resultado, tanto si el mismo interviene directamente como si se sirve de otro como mero instrumento”.⁸

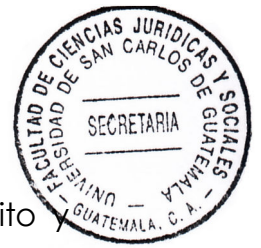
“Autor es – escribe Bockelmann – quien, junto a otro o con otro, ha insertado de tal forma el comportamiento de este otro en la propia planificación del hecho que dirige y conduce el hacer ajeno.”⁹

Sax define: para que haya dominio del hecho es preciso que el sujeto “aparezca, según la imagen objetivamente aprehensible del proceso del acontecimiento, como “señor del acontecimiento”, cuyos “hilos” tuvo en su mano”.¹⁰

⁸ Gallas, citado por Maurach, **Tratado de derecho penal**, pág. 379.

⁹ Bockelmann, **Derecho penal**, pág. 206.

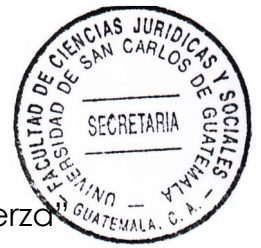
¹⁰ Sax, citado por Gimbernat Ordig, **Autor y cómplice en derecho penal**, pág. 105.



El hecho de acompañar al delincuente al lugar del delito y presenciar cómo actúa será la mayoría de las veces – a pesar de constituir una actividad claramente criminal – sólo complicidad. A no ser que el juez llegue a la conclusión de que ha sido este apoyo moral el que decidió al ejecutor a actuar.

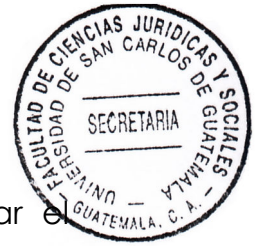
Del mismo modo que en estas conductas que consisten no en un dar, sino en un hacer, también la entrega de un objeto escaso que no se utiliza en absoluto para el delito puede fundamentar complicidad por apoyo moral. Así, el que entrega al autor principal decidido a matar una pistola, para mayor seguridad, que luego no es utilizada porque la muerte se produce por estrangulamiento, pero que le dio una mayor sensación de defensa mientras cometía el crimen.

Para acabar de delimitar la frontera de la complicidad por arriba, queda sólo por ver cuál es el contenido del Artículo 14 numeral 2, pues, negativamente también, la complicidad no puede consistir en la conducta de forzar o inducir a otros a ejecutar el delito.



Con la doctrina dominante hay que mantener que la “fuerza” del Artículo 14 numeral 2 equivale al empleo de fuerza irresistible, esto es: a ejercer “sobre el agente del delito una violencia material tan irresistible que anule por completo su libertad y le obligue a ejecutar el acto que su voluntad rechaza”. Esta frontera superior de la “fuerza” del Artículo 14, numeral 2, pocas veces añadirá algo nuevo a la delimitación de la complicidad; pues los supuestos de fuerza irresistible son ya en muchos casos, como veremos, supuestos de autoría en sentido estricto.

El concepto doctrinal y jurisprudencial de la inducción en sentido estricto es el de que el comportamiento ha de tener tal influencia que sin él el delito no habría tenido lugar. Esto hay que entenderlo en el sentido de que la instigación es la determinante de que se decida a delinquir quien aún no lo estaba. Por tanto, y por lo que se refiere al apoyo moral, habrá complicidad sólo en el caso de que se refuerce en su decisión a quien ya estaba determinado a cometer un hecho punible. Como ejemplo de esta complicidad, cuyo límite por arriba lo constituye la inducción en sentido estricto, puede servir el del sujeto que, al aconsejar a otro ya decidido que

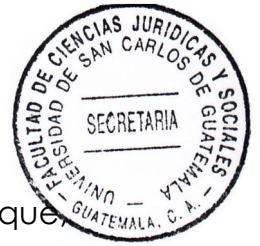


cometa el delito, no consigue otro efecto que el de reforzar el propósito del autor principal de delinquir.

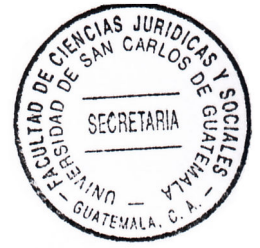
Hasta ahora nos hemos ocupado del límite máximo de la complicidad. La frontera de la complicidad por abajo se halla allí donde no se puede hablar en ningún sentido de “favorecimiento”; donde el comportamiento del sujeto le ha sido al autor principal completamente indiferente.

Ejemplos: una persona ofrece su ayuda a otra que está decidida a cometer un delito y ésta rechaza el auxilio ofrecido por aquélla; se entrega una ganzúa al sujeto que va a cometer un robo y éste la acepta para no hacer un desaire, pero decidido desde un principio a no utilizarla; el ladrón se hace acompañar de un “aprendiz de delincuente” con el único objeto de irle enseñando las “técnicas del oficio”.

En todos estos casos el comportamiento es impune. En el Artículo 36 no se puede subsumir, porque éste exige alguna clase de “cooperación a la ejecución del hecho”; y aquí no hay cooperación, sino un mero deseo de cooperación (en el caso del



aprendiz ni siquiera el deseo, él no quiere ayudar, sino que
enseñándole, le ayuden).



CAPÍTULO II

2. La autoría

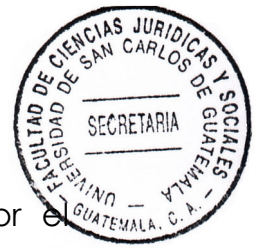
2.1. Definición

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”,¹¹ porque ha ejecutado personalmente el acto delictivo o bien para su ejecución se vale de otro sujeto que no es el autor.

Los inconvenientes político-criminales del concepto extensivo de autoría junto a otras consideraciones dogmáticas, han llevado a

¹¹ Mir Puig, Santiago, **Derecho penal, parte general**, págs. 385, 386.



la doctrina dominante alemana ha abandonar y sustituir por el concepto restrictivo de autor. Esta otra teoría no es nueva, sino anterior, pero en los últimos tiempos ha sido objeto de ciertas matizaciones que han obviado su rigidez originaria y la ha hecho aceptable por la mayoría. En España ha sido y es el punto de vista tradicional.

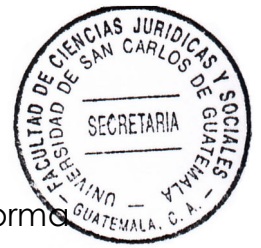
El concepto restrictivo de autor, parte de un principio opuesto al punto del concepto extensivo de autor, derivado de que no todo lo que es causalidad es autor, porque no todo el que interpone una condición causal del hecho realiza el tipo. Causación no es igual a realización del delito. Para ésta existe algo más que la causación. Los tipos de participación serán, "causas de extensión de la pena", ya que si no estuvieran previstos por la ley serían punibles. La diferencia entre autor y partícipe puede ser objetiva, en la contribución al hecho. Las opiniones se dividen a la hora de precisar el criterio que debe de decidir cuándo concurre una contribución de autor y una de partícipe. Se distinguen aquí tres direcciones: la teoría objetivo informal la teoría objetivo-formal y la teoría del dominio del hecho.



El Código Penal guatemalteco, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula en su Título V, Capítulo I, "De la participación en el delito", en su Artículo 36, la figura del autor, sin embargo, en el mismo no se encuentra regulado de forma que se pueda establecer o individualizar con claridad las distintas formas de autoría que existen, tales como la autoría mediata y la inmediata. Tal insuficiencia se debe a que la Teoría del Dominio del Hecho, consistente en que solo los autores tienen conocimiento de la comisión del delito que previamente planificaron, por lo que aquel que no tenga conocimiento previo constituye un cómplice. Esta teoría influye a todas las legislaciones penales actualmente, no sirvió de base al Código Penal guatemalteco, como puede evidenciarse en la redacción del Artículo en mención.

La doctrina moderna del derecho penal, establece una serie de nuevas teorías que hacen distar mucho, el lento proceso de renovación (si es que lo hay), que lleva nuestra legislación penal.

Con la puesta en vigencia (inminente) de un nuevo Código Penal que derogue al Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, se presenta la oportunidad de estudiar todas las figuras



que se regulan en él, de manera que puedan desarrollarse en forma adecuada.

Según Claus Roxin: “Como regla general, se puede decir que quien está en un aparato organizativo, en el cual pueda impartir órdenes a personal subordinado, pasa a ser un autor mediato en virtud de la voluntad de dominio del hecho que le corresponde”.¹²

Dentro de la doctrina española, la participación en el delito, presupone la existencia de un autor... y para este hecho basta con tener la intención criminal; de este modo desaparece la distinción entre autor y partícipe, entre hecho principal y actividad accesoria... La participación es "la intervención en un hecho ajeno". Dada esta circunstancia, de ser "ajeno", esto deja por sentado ya, la existencia de un autor, un sujeto principal"¹³

Como regla general, se puede decir que quien está en un aparato organizativo, en el cual pueda impartir órdenes a personal subordinado, pasa a ser un autor mediato en virtud de la voluntad de dominio del hecho que le corresponde, cuando utiliza sus atribuciones para ejecutar

¹² Claus Roxin, Claudio, **Derecho penal, parte general**, pág. 13.

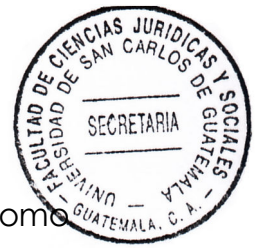
¹³Bustos Ramírez, Juan, **Manual de derecho penal español**, pág. 289.



acciones punibles. Es indiferente, en estos casos, si actuó por propia iniciativa o en interés de instancias más altas que lo han comisionado. Es que para su autoría sólo es decisiva la circunstancia de que pueda conducir la parte de la organización que le está subordinada, sin tener que dejar librado al criterio de otros la consumación del delito.

Justamente en medio de esta constelación se vuelve claro que también una acción, que sólo consiste en la firma de un documento o en una llamada telefónica, pueda transformarse en un homicidio y, precisamente, según el derecho alemán vigente, con una amplitud total y sin ninguna clase de limitaciones. Si bien es cierto el Código Penal alemán no influye al guatemalteco, si lo hace la teoría de la participación en el delito.

El dominio del hecho puede ser afirmado sin ningún titubeo aun cuando, como opina Servatius en el caso Eichmann, el acusado no tuvo participación directa ni al comienzo ni al final de los hechos y cuando su participación se limita a "la parte intermedia del desarrollo de los acontecimientos". No obstante a ello que, llegado el caso, se dé una larga cadena de "autores detrás del autor", porque, como ya hemos visto, esta figura jurídica también surge en la teoría del autor. Y

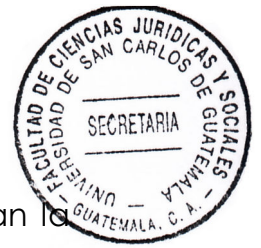


estos pequeños directores de los acontecimientos sólo sea visto como una pequeña parte, un miembro ó un eslabón de esa cadena que se prolonga muy por encima de él hasta llegar al primer inspirador, donde concluye el conjunto de la cadena.

Conforme a lo expuesto, no hemos querido decir que en las conductas punibles, en el marco de aparatos de poder organizativos, no haya participación. Cada actividad del aparato que se prolongue de modo no autónomo puede tener el efecto de fundar una participación.

Quien solamente actúa en una función de consejero, quien, sin el poder de emitir órdenes, desarrolla planes de exterminio, quien proporciona los medios para matar, sería sólo cómplice.

Del mismo modo, el denunciante que está fuera del aparato sólo es un instigador, porque él, a lo sumo, puede favorecer la decisión de cometer delitos, pero sin influir el posterior desarrollo de los acontecimientos. Naturalmente que el modo de comportamiento de este partícipe no debe ser, en concreto, menos reprochable que el del autor, pero se halla suficientemente remarcado que ello no es un



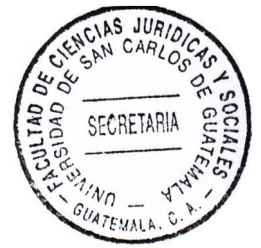
sustento para la limitación de los puntos de vista que fundamentan la participación.

2.2. Clases

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.

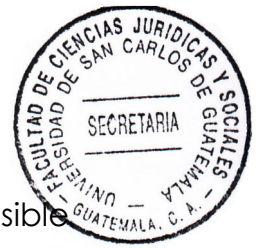
2.2.1. Autoría inmediata

Esta forma de autoría se manifiesta como dominio de la acción, que consiste en la realización por sí mismo de la propia acción delictiva. Es el caso del sujeto que realiza la acción con su propia mano, ejemplo: el que toma la cosa mueble en el hurto; el sujeto que dispara el arma de fuego dando muerte a una persona en el homicidio. El autor inmediato se identifica con el *quien*, anónimo con el que empiezan la mayor parte de los tipos penales.



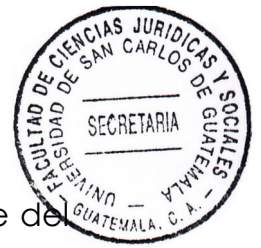
2.2.2. Autoría mediata

Es autor mediato quien realiza el hecho utilizando a otro como, instrumento. Lo decisivo es aquí la relación existente entre el autor mediato y la persona de que se sirve: la relación ha de ser tal que invierta los papeles que normalmente corresponden al realizador material y al hombre de atrás. Si en principio el autor es el realizador material y el hombre de atrás es sólo partícipe (inductor), en la autoría mediata sucede precisamente lo contrario. La razón habrá de ser que en este caso la posición respectiva de ambos sujetos ante el hecho varía en el sentido de que el papel fundamental, el que permite imputar el hecho a alguien como autor, deja de tenerlo el realizador material para pasar al hombre de atrás. Ello puede suceder por dos clases de razones: Por una parte, porque el realizador material actúe sin libertad o sin conocimiento de la situación y ello se haya provocado o se aproveche por el hombre de atrás para utilizar a aquél en una situación en la que no puede negarse a llevar a cabo materialmente el hecho. Ejemplo: A vierte veneno en la taza de café que, desconocedor de ello, debe servir a C. A utiliza a



B como instrumento inconsciente. Por otra parte, es posible que la actuación del realizador material no pueda realizar el tipo pero sí permitir que con ella el hombre de atrás lesione el bien jurídico protegido. Ejemplo: El funcionario hace destruir a su secretaria particular unos papeles confiados a aquél por razones de su cargo. En la mayoría de los supuestos de autoría mediata concurren a la vez dos tipos de razones expuestas. Así, en el ejemplo del veneno la actuación de poco realiza el tipo doloso de asesinato. Estos son los casos más discutibles de autoría mediata, porque el hombre de atrás tiene en sus manos control más importante del hecho y además es el único al que puede imputarse como suyo. Más basta que concurra sólo una u otra razón para la autoría mediata. Si el control más importante corresponde al hombre de atrás es correcto imputarle a él el hecho como propio, y lo mismo sucede si sólo puede imputársele como tal.

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 éste que como tal



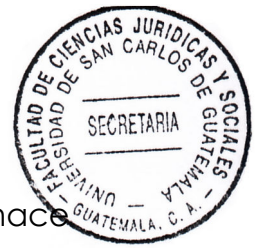
bajo el control de su voluntad, no tiene porque distinguirse del pleno de otro instrumento no humano. Conviene considerar al hombre de más autor directo. Ejemplo: Alguien empuja a otro que estaba distraído al borde de una piscina y causa al caer al agua lesiones a un bañista. El que pelea la fuerza irresistible es el autor directo.

2.2.2.1. Instrumento que actúa sin antijuricidad

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.

2.2.2.2. Falta de concurrencia de la parte objetiva del tipo

El instrumento puede obrar atípicamente, en este sentido, por engaño, por violencia o por inidoneidad

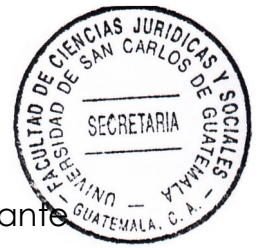


para ser autor del delito. Ejemplo de engaño: A hace tocar a B un cable de alta tensión ocultándole esta circunstancia y produciéndole de esta forma la muerte; B no realiza el tipo objetivo del homicidio ni ningún Otro, porque el matarse a sí mismo es atípico. Ejemplo de violencia: En los campos de concentración nazis se obligaba a los 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 éste papeles que el mismo tiene confiados por razón de su cargo; sólo comete delito el funcionario que realiza la mencionada conducta, y la secretaria no posee dicho carácter público. En todos estos casos sólo 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 éste no realiza ningún hecho antijurídico en el que participar -principio de accesoriedad de la participación-.



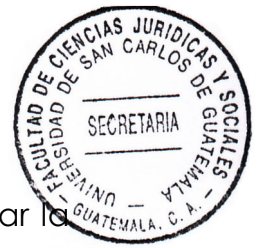
Un sector de la doctrina española niega, pese a ello, la posibilidad de autoría mediata en el supuesto del «instrumento doloso no cualificado», alegándose que un tal instrumento no actúa sometido al hombre de atrás, sino con plena libertad. Esta crítica es comprensible desde la concepción usual de la 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?

Muy distinta es la perspectiva aquí propuesta. Entendemos 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 los dos casos acabados de comparar 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. Y ello es necesario porque, en la medida que haya un sujeto causante del hecho éste no puede quedar sin autor. De otro modo surgiría una inadmisibile laguna: pese a causar la lesión del bien jurídico protegido, el funcionario quedaría impune.

Dos supuestos son aquí 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 tipo: A se hace tomar por su criado B los gansos del corral vecino; aunque B conoce la ajenidad de los gansos no los toma con “ánimo de lucro” como exige el hurto.

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 supra, solo sería suficiente la demostración de que en casos como el del ejemplo propuesto puede considerarse que el mediador si realiza el tipo. Es lo que sostiene Gimbernat, siguiendo a Maurach y Roxin, en el clásico caso planteado del hurto de los gansos.

Entienden que el hurto no requiere el ánimo de quedarse la cosa para sí, sino que basta tomarla con la



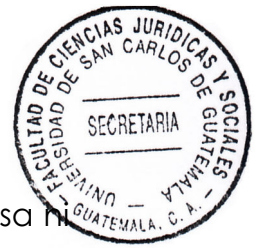
intención de disponer de ella (por ejemplo, para regalarla), que es lo que en el ejemplo considerado haría el criado al entregar los gansos a su principal.

Pero no siempre será posible esta solución. Supongamos 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. Más 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 éste 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 conducta del padre plantea un concurso de leyes entre parricidio y cooperación necesaria en el infanticidio.



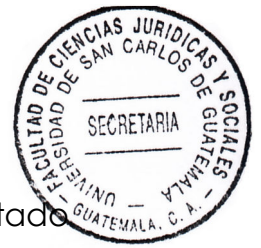
2.2.2.3. Concurrencia de causas de justificación

Cuando el instrumento actúa al amparo de una causa de justificación se habla de instrumento que actúa justificadamente. Ejemplo: Alguien interpone una denuncia falsa en contra de un enemigo, pero rodeada de una apariencia tal de veracidad que obliga a la Policía a detener de buena fe al denunciado. La Policía actúa justificadamente, en cumplimiento de su cargo, pero está siendo utilizada como instrumento por el denunciante, que es autor mediato del delito de detenciones ilegales. Lo mismo sucede cuando el funcionario cumple una orden delictiva no necesariamente antijurídica, que ha sido dictada dolosamente por el superior competente y con arreglo a las formalidades legales -obediencia debida- como causa de justificación: Artículo 25 del Código Penal, Decreto número 17-73 de El Congreso de la República.



Porque el criado no tiene la tenencia de la cosa ni es un servidor de B tenencia ajena: si sucediera una de estas dos otras cosas podría calificarse el hecho como delito de estafa en forma directa, de que engaña al tercero, pues en este delito el engañado puede ser difícilmente un sujeto pasivo.

Esta construcción permite considerar que la orden impartida constituye frente al particular eventualmente afectado una agresión ilegítima procedente del que imparte la orden, en autoría mediata, no obstante entender que el funcionario que cumple la orden actúa justificadamente. Si el particular se defiende, se planteará un caso de defensa que recae sobre un tercero no agresor -el instrumento-. -Como cuando para repeler la agresión de A, B tiene que lesionar necesariamente al tercero C, que se encuentra entre los dos primeros-, puesto que hay que decidir entonces entre dos sujetos que se encuentran ante una misma situación ante el Derecho -ninguno de ellos actúa



jurídicamente-, habrá que respetar los límites del estado de necesidad -estricta ponderación de males-.

2.2.2.4. Instrumento que actúa sin culpabilidad

Se plantea este supuesto cuando alguien se sirve para la comisión de un delito de un inimputable, o de quien actúa por miedo insuperable o en error de prohibición según la sistemática dominante que estudia este error en la culpabilidad. La utilización de un inimputable puede basarse en la previa provocación intencional de la inimputabilidad por parte del hombre de atrás o suponer simplemente un aprovechamiento de la inimputabilidad ya existente en el instrumento. Ejemplo de provocación: alguien emborracha a otro plenamente para que delinca; ejemplo de aprovechamiento: utilizar a un niño de corta edad para que cause un incendio. El caso típico del instrumento que obra por miedo insuperable es el de quien le causa el miedo para que delinca. En el supuesto de error de prohibición se da cuando alguien provoca o aprovecha



la creencia en otra persona –por ejemplo, un extranjero– de que el hecho no lesiona ningún bien jurídicamente protegido, o le hace creer fundadamente, por ejemplo, que tiene derecho a realizar el hecho.

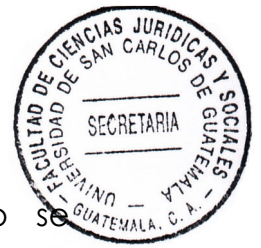
En cuanto se entiende que el instrumento actúa en todos estos casos antijurídicamente y sólo sin culpabilidad, no sería necesaria a efectos de punibilidad la autoría mediata. Se castiga al inductor igual que al autor, y cabría considerar al hombre de atrás como inductor del hecho antijurídico realizado. La presencia de antijuricidad en la conducta del mediador permitiría esta consideración de partícipe -el inductor lo es- al hombre de atrás sin vulnerar el principio de accesoriidad de la participación. Mas la doctrina alemana entiende que la posición de inculpabilidad de ejecutor lo subordina al que la utiliza, sobre todo cuando éste la ha provocado intencionalmente. Ello haría preferible la atribución del papel de autor al hombre de atrás.



Se manifiesta como dominio de la voluntad, que consiste en dominar el hecho a través del dominio de la voluntad de otro.

La autoría mediata es una construcción jurídica aceptada por la doctrina y el derecho penal alemán, principalmente porque en el sistema moderno sobre participación no sólo es autor el que realiza el acto de ejecución de propia mano, sino quien se vale de otro ser humano para realizar el delito.

Para la existencia de la autoría mediata es indispensable la participación de dos o más personas, toda vez que será indispensable la presencia de un sujeto que domina el hecho -llamado autor mediato- y otro sujeto que es utilizado por el autor mediato para la realización del delito -instrumento-. La participación del autor mediato y el instrumento es indispensable para esta forma de autoría.



Hemos dicho que la autoría mediata no se diferencia de la inmediata desde el punto de vista de la causalidad: tanto la acción del autor inmediato como del autor mediato deben estar en relación de causalidad con la realización del hecho típico. La diferencia entre ambas formas de autoría está en el modo como el autor mediato contribuye al resultado. Lo hace mediante el acto de conectar para la ejecución de la acción típica a una tercera persona.

Pero, el cartero que lleva la carta extorsiva escrita por un delincuente a la víctima -es un "instrumento"-. Si analizamos la situación con detenimiento veremos que el extorsionista hace llegar la carta a través del cartero; por consiguiente, podría concluirse que estamos en presencia de un caso de autoría mediata, pues el extorsionista introduce entre su acción y el resultado la actuación de un tercero, que es el empleado de correos. Tal conclusión es errónea, porque en el caso de la carta extorsiva existe una autoría inmediata. Diferente es el caso, por ejemplo, que el extorsionista amenace de



muerte a un tercero para que transmita a la víctima la propuesta extorsiva o para que recoja el dinero¹⁴.

Conforme lo anterior podemos afirmar que mientras la autoría inmediata identifica al sujeto que realiza la acción con su propia mano, la autoría mediata requiere la presencia de dos o más personas, una que tiene el dominio del hecho a través del dominio de la voluntad de otra persona que es utilizada como instrumento. Es indispensable que entre autor mediato e instrumento no exista acuerdo en común en cuanto a la realización del delito, toda vez que de haber acuerdo el instrumento dejará de ser tal para convertirse en coautor.

¹⁴ Castillo González, Francisco, **La autoría mediata**, pág. 22.



CAPÍTULO III

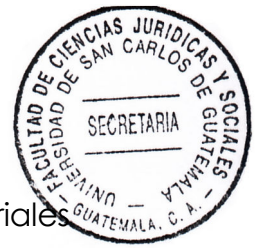
3. Cómplice

3.1. Generalidades

Son cómplices:

1. Quienes animan o alientan a otro en su resolución de cometer un delito.
2. Quienes prometen ayuda o cooperación para después de cometido un delito.
3. Quienes proporcionan informes o suministran medios necesarios para la realización de un delito.
4. Quienes sirvan de enlace para obtener la concurrencia de éstos en el delito.

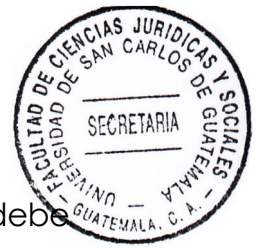
El primero de los mencionados casos de complicidad, presenta grandes dificultades para individualizarlo de lo que se considera autor que "coopera" en la perpetración de un delito -Ver numeral 3o. del Artículo 36 del Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República-.



En el segundo de los casos ¿Qué medios de prueba materiales pueden haber para comprobar que alguien ha 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 esfera de cómplice. Aunque claro está, que



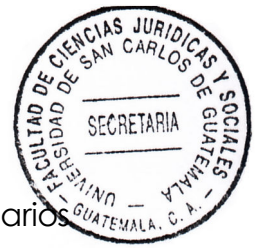
justificándose la necesidad de reformar la figura del cómplice debe también hacerse lo mismo con la del autor.

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 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.

3.2. Análisis del cómplice necesario

La figura del cómplice necesario la desarrolló Gimbernat¹⁵, con su famosa teoría de “los bienes escasos”. Según ésta, si el autor del delito no cuenta con los suficientes medios para llevar a cabo su injusto, y éstos termina proporcionándoselos otro sujeto, éste último es el cómplice necesario, puesto que sin él, el autor no comete su delito. A esta figura de *cómplice necesario*¹⁶, como le llama Bustos Ramírez, Ignacio Berdugo le llama: “Cooperador necesario”.

¹⁵ Gimbernat, Enrique. **Autor y cómplice en derecho penal**, pág. 152.

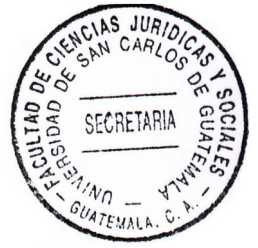
¹⁶ Bustos, **Ob. Cit**; pág. 293.

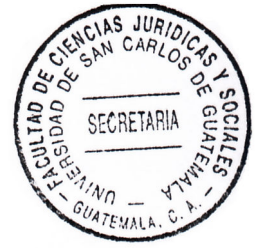


El cómplice simple es aquel que participa en el hecho delictivo, pero su participación no es esencial para la perpetración del delito. En otras palabras, sin el concurso de este sujeto, que ha de juzgársele como cómplice ulteriormente, el delito de todas formas se puede llegar a realizar.

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 debe 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.





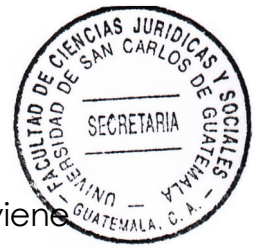
CAPÍTULO IV

4. Teorías convencionales de autoría

4.1. Teoría de la participación en el delito

La participación es "la intervención en un hecho ajeno". Dada esta circunstancia, de ser "ajeno", esto deja por sentado ya, la existencia de un autor, un sujeto principal. Este hecho, como lo señala Juan Bustos Ramírez, tiende a ser un hecho omitido por varios tratadistas, y en efecto en Guatemala, solo se toma en cuenta para efectos de la aplicación de la pena, y no para la actividad de juzgar. De este modo desaparece la situación de autor y partícipe, este segundo como instigador, como accesorio, como encubridor o como cómplice.

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



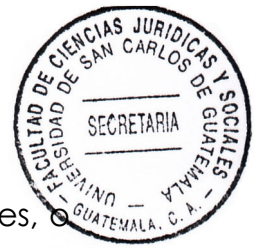
exactamente con las legales. Desde el primer momento conviene dejar establecido con claridad que una cosa es lo que, a efectos de pena el Código Penal considera autores, y otra cosa es lo que desde un punto de vista conceptual puede entenderse como tales".¹⁷

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

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, que su participación sea exactamente la misma, -en cuanto a

¹⁷ Muñoz Conde, García Arán, **Ob. Cit;** pág. 384.



responsabilidad-, lo que conlleva tomarlos a todos como coautores, o bien que uno o más sean los responsables directos y otros los participantes por lo que simplemente tengan relación de complicidad. Y a esto último es lo que la doctrina nombra como participación en el delito.

Además en la participación están las llamadas formas de participación intentada. Éstas, reciben su nombre por ser un grado de desarrollo del delito. En Guatemala, la legislación no desarrolla figuras importantes de participación intentada. Además que dicho sea de paso, y sin mayor detalle por no ser objeto de descripción de la presente investigación, empero sirve de prueba una lectura simple del Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, la tentativa inidónea y el delito frustrado tampoco se encuentran regulados, encontrándose adicionalmente la tentativa imposible, poco actualizada. Siendo las distintas formas de tentativa y el delito frustrado importantes grados de participación en el delito, y no encontrándose actualizados o regulados, es fácil de deducir que la regulación de otros grados de participación sean en forma menos técnica aún.

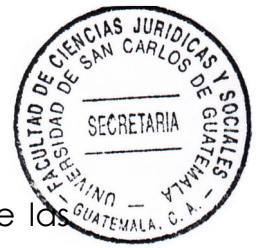


Las formas de participación intentada consisten en actos que incitan o excitan la realización de un hecho punible pero nada más, es decir que se desarrollan dichos actos para provocar a otra persona a su realización. Estos actos son considerados punibles por la comunidad de autores de doctrina, sin embargo, no ocurre lo mismo en las legislaciones, puesto que como muestra, Guatemala no regula más que en el Artículo 17 del Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República, sin embargo, dicha ubicación sistemática no se encuentra en el apartado específico de la participación en el delito, sino más bien en Artículos aislados y por tal, da poca lógica organizativa al cuerpo de leyes mencionado, a reserva de que la ubicación sistemática de cualquier figura o institución en el código, acarrea importantes implicaciones.

Se puede afirmar que las formas de participación intentada en el delito, son:

“formas preparatorias punibles de la participación”¹⁸.

¹⁸ **Ibid**, pág. 298.



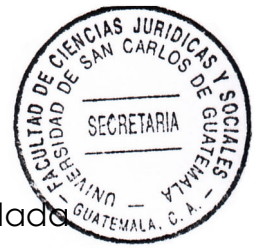
Por supuesto, las definiciones específicas de cada una de las formas que adoptan estas conductas preparatorias punibles se desarrollan en las clases de formas de participación intentada.

La doctrina señala concretamente tres formas de participación intentada: la conspiración, la proposición y la provocación.

La conspiración se presenta cuando dos o más personas se ponen de acuerdo para realizar un delito. Muñoz Conde la define como: “La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo”¹⁹

Se dice que esta clase de participación intentada es a su vez una forma de coautoría anticipada, puesto que el coautor no obrará por culpa o como resultado de la causalidad, sino más bien “conspira” se pone de acuerdo con otro y otros para la perpetración del delito, lo que evidencia una conspiración.

¹⁹ *Ibíd.*

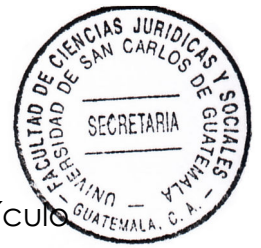


Hay que recordar que la conspiración se encuentra regulada en el Artículo 17 del Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, el cual señala que: “Hay conspiración, cuando dos o más personas se conciertan para cometer un delito y resuelven ejecutarlo”. Sin embargo, se hace énfasis en que la ubicación sistemática de dicho Artículo no es la de la participación en el delito.

La proposición es diferente a la conspiración, puesto que en esta segunda los sujetos se ponen de acuerdo desde el primer momento que surge la idea de realizar un delito, mientras que en la proposición se trata de que uno de ellos se le ocurre, lo piensa y lo planea, para luego plantearse a los otros sujetos, los que actuarán por la “proposición” del primero.

Muñoz Conde señala al respecto “la proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra y otras personas a ejecutarlo”.²⁰

²⁰ *Ibíd.*, pág. 299.

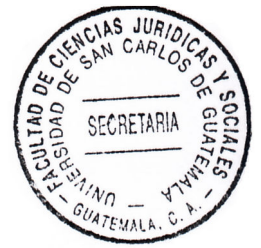


La proposición también se encuentra contenida en el Artículo 17 del Código Penal guatemalteco en los siguientes términos: "hay proposición cuando el que ha resuelto cometer un delito, invita a otra y otras personas a ejecutarlo".

Finalmente la provocación a diferencia de la proposición consiste en incitar o excitar de palabra, sea esta escrita o hablada, o por cualquier símbolo o forma de lenguaje, para que determinada persona lleve a cabo un delito. La discusión en torno a esta forma de participación intentada es que debe ser punible únicamente en caso de que se lleva a cabo el delito, y no solamente por incitarlo y que luego no se realice.

La definición de provocación la extrae Muñoz Conde del Código Penal español, en el segundo párrafo del mismo Artículo que define a la proposición, en la siguiente forma: "La provocación existe cuando se incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia, a la perpetración de cualquier delito. Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción".²¹

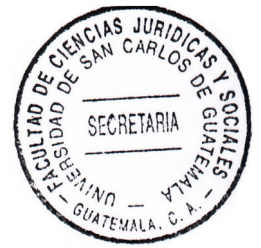
²¹ *Ibíd.*, pág. 299.



También el Artículo 17 mencionado en las formas precedentes de participación intentada y que ya se encuentran definidas, contiene la palabra provocación, sin embargo, no define este término, hecho que pone de manifiesto una laguna muy importante.

El Código Penal guatemalteco, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula en su Título V, Capítulo I, Artículos del 35 al 40 lo que denomina “De la participación en el delito”. Sin embargo, en ninguno de estos Artículos se contiene lo que se conoce como formas de participación intentada, las que pueden ir desde la conspiración hasta la proposición y provocación.

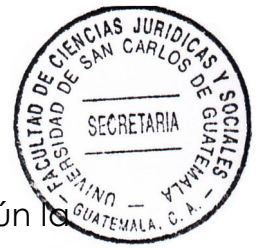
Ahora bien, la conspiración y proposición que aparece regulada en el Artículo 17 del mismo cuerpo de leyes mencionado, por encontrarse ubicado sistemáticamente en la parte del delito y no de la participación en el delito esto no permite que se pueda establecer un grado de responsabilidad penal, o que por otro lado se pueda aplicar el principio de accesoriedad limitada, por medio del cual se puede establecer la participación intentada de un conspirador o de un provocador.



Por tal motivo, es preciso realizar una investigación que permita establecer un análisis del principio de accesoriedad limitada, que permita elaborar una propuesta de regulación legal en una ubicación sistemática distinta a la actual, es decir como correctamente debe hacerse, como participación en el delito.

La instigación como tal, mencionada en el Artículo 17 del Código Penal guatemalteco, Decreto número 17-73 del Congreso de la República, no esta tratada de forma técnica.

Se puede considerar ausente de la legislación penal guatemalteca puesto que el Código no se ocupa de definirla ni ampliar su forma de aplicación. El Artículo 17 mencionado no especifica la forma en que debe entenderse lo que es instigación, y al mencionarla entre los conceptos de conspiración, proposición, provocación, hace confundir su contenido y genera ambigüedad en su interpretación. Además, al -"mal"- regularla de esa forma, no permite desarrollar dicha figura como se debe. La instigación, debe aclararse, que puede ser directa o indirecta, además de que para que se presente ésta última es necesario que se dé sobre un hecho

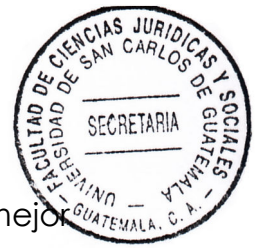


determinado y hacia una persona determinada, por lo cual según la mayoría de tratadistas (de los cuales se apuntan algunos en la presente investigación), la provocación no puede ser tomada como instigación.

La instigación, ya es una forma de “participación del delito”, en muchas legislaciones como la española, la argentina e incluso la chilena. Situación que debiese ser estudiada con mayor profundidad en la legislación nacional para un mejor desarrollo de la presente figura. Por ejemplo, la instigación al suicidio, resulta punible, por lo que es preciso juzgarla como delito.

Anticipadamente a las conclusiones que deje la presente investigación, la ponente del presente plan de trabajo establece como hipótesis, que la instigación debe ser regulada en el Código Penal guatemalteco como “participación en el delito”.

Por toda esta serie de elementos, la instigación no se encuentra regulada de forma adecuada en el contenido del Código Penal, por lo que es imperioso estudiar a fondo los efectos e



implicaciones que conlleva esta figura, para regularla de mejor forma después.

4.2. Teorías modernas

4.2.1. Teoría del dominio del hecho

Se trata pues 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 autor. Sin embargo, lo que nos interesa es que no entra en la 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.

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.

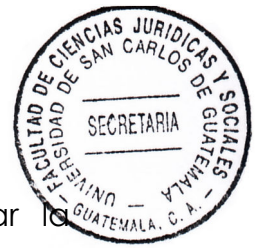


En el caso de que la participación de un sujeto reviste esencialidad, es decir, que sin su concurso el delito no podría haberse llevado a cabo, entonces se dice que su participación en dicho ilícito es “necesaria”. Claro, si el sujeto no presta esa complicidad, el ilícito puede no llevarse a cabo.

4.2.2. Teoría de accesoriidad

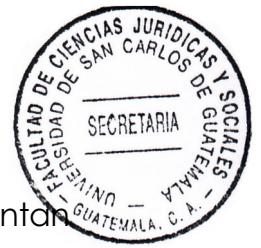
Este principio surge como complementario de la necesidad de viabilizar una forma de introducir a los sujetos que sin ser autores directos de un delito, toman parte en la realización del mismo.

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 hecho principal; cualquier otro interviniente realiza una acción *accesoria*. La accesoriidad 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.



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. A todo lo cual la ley y la doctrina nombra como “participación en el delito”.

La relevancia del análisis que brinda el estudio de la presente figura, consiste en que se debe determinar si una persona que contrata a otra para cometer un homicidio o un asesinato: ¿Participa como autor o como cómplice en la perpetración de dicho ilícito? Sin embargo, el Código Penal guatemalteco no incluye una figura legal que permita juzgar a una persona como responsable directo. En virtud de lo anterior el tema de la participación en el delito, aportará las herramientas básicas de discusión para el tercer capítulo, en el

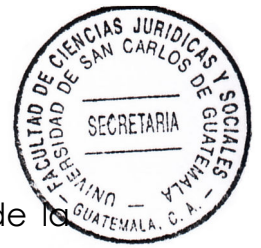


que se analizan más específicamente los delitos que atentan contra la vida y la participación en los mismos.

La participación es “la intervención en un hecho ajeno”²². Dada esta circunstancia, de ser "ajeno", esto deja por sentado ya, la existencia de un autor, un sujeto principal. Este hecho, como lo señala Bustos Ramírez, tiende a ser un hecho omitido por varios tratadistas, y en Guatemala solo se toma en cuenta para efectos de la aplicación de la pena, y no para la actividad de juzgar. De este modo desaparece la situación de autor y partícipe, este segundo como instigador, como accesorio, como encubridor o como cómplice.

En cuanto a la participación en el delito, Muñoz Conde señala: “Este diverso tratamiento penal de las distintas personas responsables e importantes particulares 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

²² Bustos, **Ob. Cit**; pág. 293.

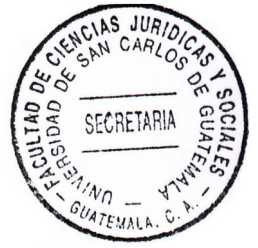


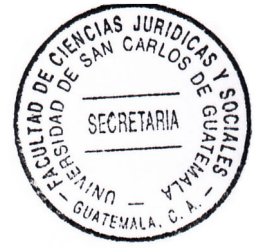
con claridad que una cosa es lo que, para los efectos de la pena, el Código Penal considera autores, y diferente es lo que desde un punto de vista conceptual puede entenderse como tales".²³

De tal manera que debemos aclarar que el partícipe no realiza un delito, ilícito o conducta que tenga personal interés en realizar, sino que es motivado por el interés de la persona que lo contrata para realizar dicha acción, con lo que se rompería la teoría del tipo legal, puesto que el dolo del sujeto que contrata no es el de realizar la acción él mismo, como lo señala el Artículo respectivo, sino pagarle o inducir a alguien más a hacerlo, por lo que el primero de los mencionados no desarrolla el tipo, por lo tanto no se le puede acusar de desarrollar dicha conducta tipificada.

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.

²³ Muñoz Conde, **Ob. Cit**; pág. 391.





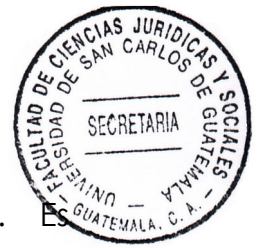
CAPÍTULO V

5. La autoría mediata y su importancia en la legislación guatemalteca

5.1. Necesidad de su regulación y ubicación sistemática

La teoría del dominio del hecho consiste en determinar que todos aquellos sujetos que forman parte en la comisión de un delito, pero que además saben con antelación de la perpetración de éste, son los autores, que por lo tanto no pueden “participar”, porque sino serían cómplices de un hecho de alguien más. Contrario a lo que establece la teoría de la participación, tal como lo regula actualmente nuestro Código Penal, de su Artículo 35 en adelante, lo denomina “Participación en el delito” incluyendo en este a autores y cómplices, confundiendo la participación de un sujeto ajeno al hecho, con el que lo planificó y desarrolló todo desde un principio.

Otra teoría que puede influir en el tema de la participación en el delito, es la de la accesoriedad, por la cual un sujeto comunica a otro que siendo coautor o cómplice, participa de las mismas



circunstancias atenuantes o agravantes según sea el caso. Es decir que por la teoría de la accesoriedad, es posible distinguir claramente que alguien "Participa", y no que todos son autores o coautores.

Por lo que debe regularse en el Código Penal guatemalteco lo concerniente a la autoría mediata, incorporando en dicha regulación, los avances que ha manifestado la dogmática penal moderna al respecto, con el objeto de que se pueda aplicar en forma efectiva el tipo de autor en la justicia. Y entre otras razones porque:

- La regulación legal de la autoría mediata precisa en su contenido, la observancia de las teorías modernas correspondientes, especialmente la teoría del dominio del hecho que por ser creada posteriormente a la promulgación del Código Penal vigente, éste no pudo ser influenciado por ella.
- La forma en que se regula actualmente la autoría, hace presumir la existencia de la autoría mediata, pero al no



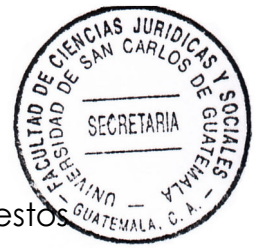
regularse taxativamente la misma puede dar lugar a confusión.

Y se evade o elude la responsabilidad.

Con la puesta en vigencia –inminente- de un nuevo Código Penal que derogue al Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, se presenta la oportunidad de estudiar todas las figuras que se regulan en él, de manera que puedan desarrollarse en forma adecuada, haciéndolo más dinámico, efectivo y funcional.

El proyecto de Código Penal, en su redacción hasta la fecha en que se desarrolla la presente investigación, no contiene exclusión alguna de forma de cooperación, y tampoco que se regula un apartado especial para las formas de participación intentada en el que se pudiera contener la cooperación de la que se habla en el Artículo 17 actual, del cuerpo de leyes mencionado.

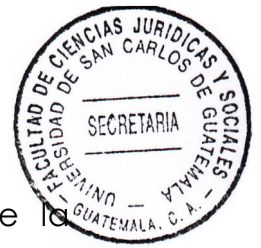
El Código Penal guatemalteco, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula en su Título V, Capítulo I, Artículos del 35 al 40 lo que denomina “De la



participación en el delito". Sin embargo, en ninguno de estos Artículos se contiene lo que se conoce como formas de participación intentada, las que pueden ir desde la conspiración hasta la proposición y provocación.

Ahora bien, la conspiración y proposición que aparece regulada en el Artículo 17 del mismo código previamente mencionado, por encontrarse ubicado sistemáticamente en la parte del delito y no de la participación en el delito esto no permite que se pueda establecer un grado de responsabilidad penal, o que por otro lado se pueda aplicar el principio de accesoriadad limitada, por medio del cual se puede establecer la participación intentada de un conspirador o de un provocador.

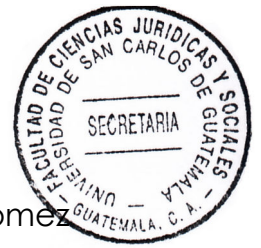
Por tal motivo, es preciso un análisis del principio de accesoriadad limitada, que permita elaborar una propuesta de regulación legal en una ubicación sistemática distinta a la actual, es decir como correctamente debe hacerse, como participación en el delito.



Por toda esta serie de elementos, figuras como la de la instigación o la cooperación, no se encuentran reguladas de forma adecuada en el contenido del Código Penal, por lo que es imperioso estudiar a fondo los efectos e implicaciones que conlleva esta figura, para regularla de mejor forma después.

Si Juan Pérez le indica a Pedro Juárez que su mujer lo ha estado engañando y por dicho motivo el segundo procede a dar muerte a su cónyuge, no se puede afirmar que, aunque sea una conducta inapropiada la de Juan Pérez, no se puede por otro lado condenarse penalmente. Toda vez que el sujeto que provoca a otro a cometer un delito, lo provoca pero este extremo resultaría muy improbable en una sentencia, la cual hoy día debe ser debidamente razonada.

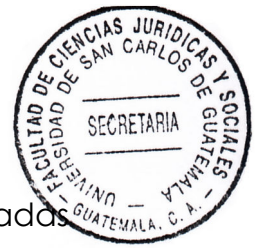
Por este motivo es contradictorio que el Código Penal mantenga una regulación sancionatoria de la llamada provocación, la cual deviene más bien únicamente como categoría psicológica



Otro ejemplo lo constituye el hecho de que, Pablo Gómez observa a un padre de familia golpear a su hijo para reprimirlo. Pablo Gómez arremete contra el padre de familia causándole lesiones graves. Pablo Gómez fue víctima de maltrato infantil cuando fue pequeño. Luego, cualquiera puede pensar equivocadamente que la imagen del menor maltratado “provocó” a Pablo Gómez para cometer el delito de lesiones, no obstante esta es una consideración psicológica y nunca jurídica, porque este hecho no puede comprobarse fehacientemente, con certeza jurídica y sin lugar a duda razonable en un juicio o proceso penal.

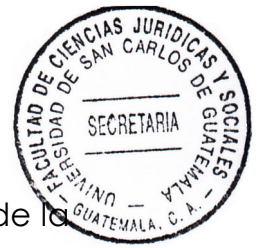
Por consiguiente, la provocación es una figura evidentemente prejurídica.

Es necesario dejar sin efecto en el Código Penal, la provocación, puesto que doctrinariamente se ha demostrado que esta es una figura prejurídica, es decir psicológica, por lo que su observancia por parte de los operadores de justicia, implica una inadecuada aplicación de justicia.



Las figuras e instituciones de derecho, deben ser consideradas desde un punto meramente jurídico. Cualquier concepción o idea que se tenga de una figura o institución desde un punto de vista psicológico, sociológico, político o psiquiátrico o inclusive patológico, resulta no jurídico o prejurídico. Con ésta última palabra se quiere dar a entender aspectos que pueden considerarse casi jurídicos pero que no lo son.

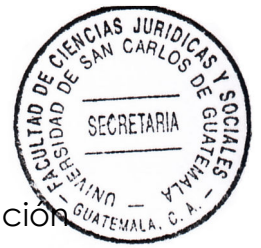
Particularmente figuras como la provocación, resultan aspectos casi jurídicos, es decir, pre jurídicos, pero que no lo son. Por lo mismo, juzgar a una persona como provocador, que es un aspecto más bien psicológico, resulta aplicar aspectos no jurídicos, que en materia de derecho penal, atentan contra la legalidad. Por ejemplo, no se puede probar que una persona provocó a otra, por estar repitiendo un discurso incendiario, en otras palabras, si el sujeto A es provocado por el sujeto B, que le miente al primero acerca de la infidelidad de su cónyuge, y el sujeto A como consecuencia maltrata físicamente a esta y le produce lesiones severas, es muy difícil comprobar que B pueda ser autor, cómplice o colaborador, sin pretender imaginar lo que



en realidad quería este lograr en A, al momento de hablarle de la infidelidad de su cónyuge.

El problema radica en que aunque sea una categoría o figura prejurídica, como se demostrará en la investigación propuesta, el Código Penal no obstante, la regula en su Artículo 17, por lo que un operador de justicia al aplicarla a un caso concreto no está haciendo más que concretizar la ley a un hecho práctico pero esa ley es insuficiente, puesto que no cuenta con definición legal ni mayor normativa, tan sólo una mención en uno de los párrafos del Artículo 17 indicado. Por lo mismo, y siendo una figura prejurídica, lo adecuado sería más bien dejar sin efecto su regulación legal, para que los operadores de justicia no incurran en esta aplicación de fundamento insuficiente.

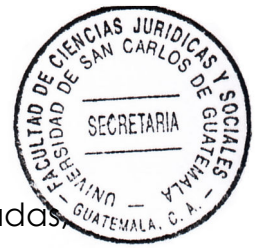
El Código Penal guatemalteco, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula en su Título V, Capítulo I, Artículos del 35 al 40 lo que denomina “De la participación en el delito”. Sin embargo, en ninguno de estos artículos se contiene lo que se conoce como formas de



participación intentada, las que pueden ir desde la conspiración hasta la proposición y provocación.

Ahora bien, la conspiración y proposición que aparece regulada en el Artículo 17 del mismo cuerpo de leyes mencionado, por encontrarse ubicado sistemáticamente en la parte del delito y no de la participación en el delito, esto no permite que se pueda establecer un grado de responsabilidad penal o que por otro lado se pueda aplicar el principio de accesoriadad limitada, por medio del cual se puede establecer la participación intentada de un conspirador o de un provocador.

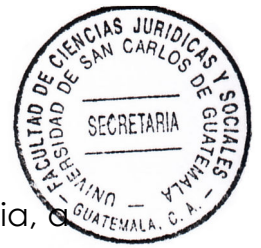
Por todo lo expuesto en los capítulos precedentes y por las implicaciones de no ubicar sistemáticamente en el lugar idóneo las formas de participación en el delito, es preciso la realización de una reforma al Código Penal en su parte conducente, y que dicha reforma vaya en dos sentidos: el primero de los cuales consiste en ubicar sistemáticamente las formas de participación intentada, como son la conspiración, la proposición y la provocación, en el Título V, Capítulo I, Parte General del Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de



Guatemala, de manera que se regulen dichas formas intentadas, adecuadamente como formas de participación en el delito y de cooperación. Y, por otro lado, la cooperación es necesario eliminarla del contenido del numeral tres del Artículo 36 y del numeral tres del Artículo 37, del mismo cuerpo de leyes mencionado.

La forma en que se regula en el Artículo 17 del Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, la figura de la provocación, genera una aplicación no jurídica de dicho término, esta debe ser punible únicamente en caso de que se lleve a cabo un delito, y no solamente por incitarlo y que luego no se realice.

La provocación a diferencia de la proposición consiste en incitar o excitar de palabra, sea esta escrita o hablada, o por cualquier símbolo o forma de lenguaje, para que determinada persona lleve a cabo un delito. La definición de provocación la extrae Muñoz Conde del Código Penal español, en el segundo párrafo del mismo Artículo que define a la proposición, en la siguiente forma: "La provocación existe cuando se incita de



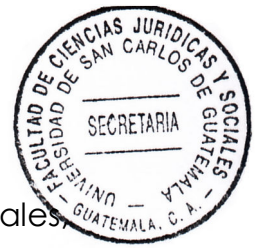
palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia, a la perpetración de cualquier delito. Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción”.²⁴

Tal como se explicó, la provocación, es una figura más bien psicológica, pero no jurídica.

En materia médico psicológica, la provocación resulta un interesante tema de estudio para los profesionales de dicha rama de la ciencia. Se puede establecer en ese contexto causas por las cuales las personas reaccionan a ciertos estímulos o comprobar la relación de causa y efecto.

No obstante en derecho, la causa y efecto ya no es más una forma de establecer el análisis, toda vez que, hoy día el fin con el que actúa un sujeto para llevar a cabo la comisión de un hecho es lo que más se observa. Es decir, el causalismo ha sido sustituido por el finalismo. Teorías o sistemáticas que en su momento se disputaron la concepción del derecho penal en general.

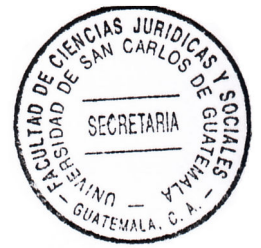
²⁴ *Ibíd.*, pág. 299.



Ciertamente el causalismo es propio de las ciencias naturales, mientras que el finalismo es parte de las ciencias sociales, tal el caso de la ciencia del derecho. Por lo mismo, cualquier categoría, figura o institución de derecho que tenga una concepción psicológica debe ser considerada como prejurídica y analizar el mantenerla regulada en el Código Penal. Tal como ocurrió con el cuasi delito en el ámbito del Derecho Civil, el cual ha sido eliminado de los Códigos Civiles en todas las legislaciones. Hoy día, debe considerarse asimismo el mantener ciertas figuras del derecho penal, tal el caso de la provocación.

Para no inducir a error a un operador de justicia, las normas jurídicas deben ser redactadas de forma técnica y científica. La problemática de regular en el Artículo 17 del Código Penal, la figura de la provocación, es una manifestación de una regulación prejurídica y anti técnica que puede llevar a los juzgadores a error.

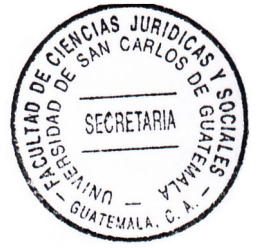
El autor es un sujeto que se encuentra en una relación especialmente importante respecto de alguno de los hechos previstos como delitos en la parte especial o que constituyen fases de imperfecta ejecución de los mismos.



Las formas de participación intentada consisten en actos que incitan o excitan la realización de un hecho punible pero nada más, es decir que se desarrollan dichos actos para provocar a otra persona a su realización.

Hay conspiración, cuando dos o más personas se conciertan para cometer un delito y resuelven ejecutarlo.

La provocación debe ser definida legalmente, al punto de corregir dicha laguna en el Código Penal vigente, en el cual se omitió establecer que debe entenderse por provocación y cuando se da la misma y cuando no.



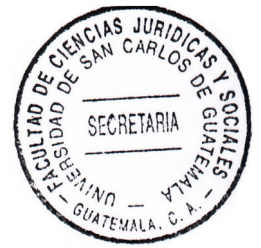


CONCLUSIONES

1. 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 del Código Penal o que constituyen fases de imperfecta ejecución de los mismos.
2. La violación a una norma penal supone la sanción al autor, sea directo o indirecto, mediato o inmediato, por virtud de la voluntad del dominio del hecho que le corresponde.
3. La participación en el delito, presupone la existencia de un autor y para este hecho basta con tener la intención criminal; de este modo desaparece la distinción entre autor y partícipe, entre hecho principal y actividad accesoria.
4. En el Artículo 36 y 37 del Código Penal, se estableció equivocadamente en su numeral segundo y tercero que autor también es el que coopera, y como quedo establecido no es posible encuadrarla dentro de la figura jurídica de autor, derivado de que éste es el que ejecuta un hecho delictivo, realizando los elementos

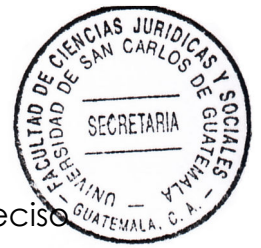


que integran el tipo penal, mientras que el sujeto que coopera contribuye causalmente de forma que no toma parte en el dominio del hecho.



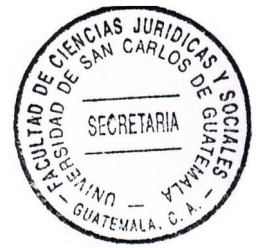
RECOMENDACIONES

1. Es preciso que el Organismo Judicial a través de programas de capacitación permanentes haga del conocimiento a los operadores de justicia, la teoría del dominio del hecho, de forma que estos tengan los suficientes elementos de conocimiento en el momento de aplicar las normas.
2. Las autoridades correspondientes deben establecer un mecanismo de estudio constante en el Organismo Legislativo de Guatemala, por medio de una asesoría jurídico penal, que revise constantemente la aplicación de las normas de autoría y participación, para que las mismas no violenten los principios de dogmática penal moderna.
3. Es necesario que el sistema de justicia guatemalteco haga énfasis en la regulación adecuada que debe contener el Código Penal, para su debida aplicación y adecuado juzgamiento de los casos concretos.
4. La autoría mediata no se encuentra regulada expresamente en el Artículo 36 de la participación en el delito del Código Penal, Decreto



número 17-73 del Congreso de la República, por lo que es preciso que el Congreso de la República de Guatemala la regule, de forma que pueda propiciarse su aplicación adecuadamente, con el fin de evitar la impunidad, para así hacer realidad la facultad de sancionar que tiene el Estado.

5. Que al regular y modificar el Artículo 36 del Código Penal, es necesario se excluya el contenido del numeral 3, con relación a la forma de cooperación regulada en él, pretendiendo de esta manera establecer correctamente lo que es un autor de un hecho ilícito.



BIBLIOGRAFÍA

ARANGO ESCOBAR, Julio Eduardo. **Las sistemáticas causalista y finalista en el derecho penal**. Guatemala: Ed. Centroamericana; 1992.

BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito**, Buenos Aires, Argentina: Ed. Hammurabi, S.R.L.; junio de 1998.

BERDUGO, Ignacio. **Derecho Penal, parte general**, 2ª. ed.; España; Ed. Praxis S.A.; 1996.

BOCKELMANN, Paul. **Derecho penal**, 4ª. ed.; Munich; (s.l.i); 1987.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal español**, 2ª. ed.; Barcelona, España; Ed. Ariel; 1996.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho Penal, parte general**, Tomo IV, Barcelona, España: Ed. Bosch; 1956.

DE MATA VELA, José Francisco y Héctor Aníbal DE LEÓN VELASCO. **Curso de derecho penal guatemalteco**, 2ª. ed.; Guatemala; Ed. Universitaria; 1991.

DE MATA VELA, José Francisco y demás autores. **Manual de derecho penal guatemalteco, parte general**, Guatemala: Ed. Artemis & Edinter, S.A.; 2001.

GIMBERNAT ORDIG, Enrique. **Autor y cómplice en derecho penal**, Madrid; Universidad de Madrid; (s.e.); 1966.



GONZÁLEZ, Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco**, Guatemala: Fundación Mirna Mack; (s.e.); 1998.

GONZÁLEZ, María. **La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder**, Buenos Aires, Argentina: Fundación Mirna Mack; (s.e.); 1996.

JIMENEZ DE AZÚA, Luis. **Lecciones de derecho penal**, México D.F.: Ed. Harla; 1998.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal, parte general**. 3ª. ed.; Barcelona, España; Ed. PPU; 1990.

MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN. **Derecho Penal, parte general**, 2ª. ed.; Madrid, España; Ed. Tirant Lo blanch; 1996.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. **Derecho Penal**, 3ª. ed.; Madrid, España; Ed. De Palma; 1987.

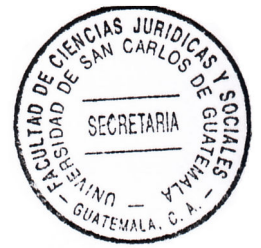
RODRÍGUEZ DEVESA, José María. **Derecho penal español**, México: Ed. Porrúa S.A. 1984.

VELA TREVIÑO, Sergio. **Culpabilidad e inculpabilidad**. 2da ed.; Bogotá, Colombia; Ed. Universidad; 1983.

WELSEL, Hans. **Derecho penal alemán**, Chile; Editorial Jurídica; 1976.

WESSELS, Johannes. **Tratado de derecho penal**, Buenos Aires; Ediciones Desalma; 1980.

ZAFFARONI, E. Raúl. **Tratado de derecho penal, parte general**, Tomo III, 2da ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Hammurabí; 1993.



Legislación

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

Código penal. Congreso de la República, Decreto número 17-73, 1973.

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

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