

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



**ESTUDIO SOBRE EL COOPERANTE  
COMO FORMA DE PARTICIPACIÓN  
EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO**

**GUSTAVO ADOLFO ORTIZ ARROYO**

**GUATEMALA, OCTUBRE DE 2008**

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

**ESTUDIO SOBRE EL COOPERANTE COMO FORMA DE PARTICIPACIÓN 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

**GUSTAVO ADOLFO ORTIZ ARROYO**

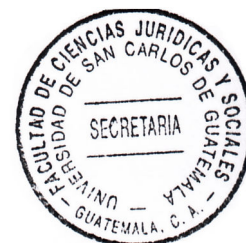
Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

Y los títulos profesionales de

**ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, octubre de 2008



**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. Héctor Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V	Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN  
TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente:	Lic. Napoleón Orozco
Vocal:	Lic. Roberto Echeverría Vallejo
Secretario:	Lic. Rafael Morales Solares

**Segunda Fase:**

Presidente:	Lic. Giovanni Orellana
Vocal:	Lic. Edgardo Enrique Enriquez
Secretario:	Lic. Rafael Morales Solares

**RAZÓN:** “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

**Lic. Armando González Villatoro**  
5 avenida 5-20, zona 2.  
Tel 2232 3083  
Colegiado 5517



Guatemala, 4 de mayo de 2014

**Lic. Marco Tulio Castillo Lutín**  
Unidad de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Su despacho

Por este medio y en cumplimiento con la resolución emanada de esa casa de estudios, con fecha veinte de abril del año dos mil cuatro, en donde se me nombra como asesor de la investigación intitulada **ESTUDIO SOBRE EL COOPERANTE COMO FORMA DE PARTICIPACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO**, propuesta por el estudiante **GUSTAVO ADOLFO ORTIZ ARROYO**; con base en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, me permito informar lo siguiente:

Se analizó debidamente el contenido del trabajo de mérito y se encontró que el estudiante y ponente de la investigación utilizó como metodología, la inducción, la deducción, el análisis y la síntesis. Entre las técnicas de investigación empleadas, se encuentran las fichas bibliográficas y de texto, así como la observación científica.

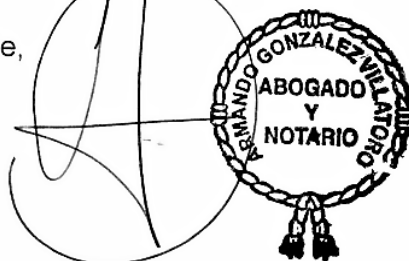
El aporte científico de la investigación, consiste en demostrar la carencia del Código Penal, al respecto de una teoría adecuada que permita aplicar en los casos de un cooperante, la normativa del autor y del cómplice.

Por ello, sus conclusiones y recomendaciones giran en torno al énfasis en la necesidad de incorporar tal figura, la del cooperante; en la normativa del Código Penal guatemalteco, Decreto 17-73 del Congreso de la República, especialmente en su Artículo 35.

En la bibliografía es posible determinar la cita de autores nacionales y extranjeros.

Encontrando que el mencionado trabajo cumple con todos los requisitos previstos para las investigaciones de esta naturaleza, procedo a emitir la correspondiente *opinión*, en sentido **favorable**, y recomendar a las honorables autoridades facultativas, sea autorizada la impresión del trabajo de mérito

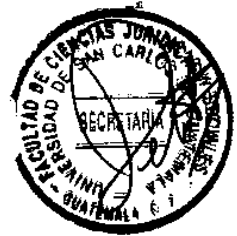
Atentamente,



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



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



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, trece de mayo de dos mil cuatro.

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (A) FREDY ALFONZO DE LEÓN MAZARIEGOS**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **GUSTAVO ADOLFO ORTIZ ARROYO**, Intitulado: **"ESTUDIO SOBRE EL COOPERANTE COMO FORMA DE PARTICIPACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO"**.

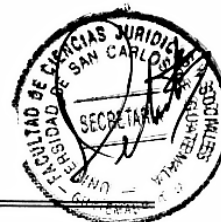
*Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.*

  
**LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN**  
**JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS**



cc. Unidad de Tesis  
MTCL/sllh

**Fredy Alfonso de León Mazariegos**  
1 avenida B, 1-13, zona 1  
col. 3657




Guatemala, 24 de septiembre de 2004

**Lic. Marco Tulio Castillo Lutín**  
Unidad de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Su despacho

Me es grato saludarle y a la vez informarle, con base en la resolución proferida por ese decanato, con fecha trece de mayo de dos mil cuatro, en donde se me nombra **revisor** de la investigación intitulada **ESTUDIO SOBRE EL COOPERANTE COMO FORMA DE PARTICIPACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO**, presentada por el estudiante **GUSTAVO ADOLFO ORTIZ ARROYO**; que he procedido a realizar la revisión correspondiente, y mi opinión se basa en los aspectos científicos y técnicos de su contenido, como lo explico a continuación:

- En la metodología se advierte la utilización de la inducción; misma que permite partir de un juicio particular, como la teoría finalista del cooperante, hacia otros de carácter general como pueden ser los distintos hechos ilícitos contemplados así en materia penal. Además, la investigación está desarrollada conforme ordena el método deductivo, puesto que desarrollándose elementos generales en el primer capítulo; es posible establecer un tema en particular en la parte concluyente del mismo. Para el estudio de cada figura se hace acopio del análisis y de la síntesis.
- La técnica de investigación empleada es la observación científica.
- La redacción del trabajo es clara y con la forma exigida para esta clase de investigaciones.
- La contribución científica de la investigación, consiste en un estudio doctrinario y legal de la figura del cooperante en los hechos delictivos y su regulación en el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, evidenciando la necesidad de actualizar tal normativa y ajustarla a las corrientes dogmáticas penales modernas, como la teoría finalista.
- En las conclusiones, el ponente asegura 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, se regula actualmente algunas formas de cooperación tanto en la autoría como en la complicidad.
- En las recomendaciones, la más importante es aquella que establece la necesidad de regular en el Código Penal, en el Artículo correspondiente a la autoría, la cooperación como una de sus formas.
- La bibliografía es adecuada, lo cual es evidente con la cita de autores y tratadistas tanto en el ámbito nacional como el internacional.

Por las anteriores consideraciones procedo a emitir el correspondiente **Dictamen favorable**, aprovechando la oportunidad para suscribirme,  
Atentamente,

  
**LICENCIADO**  
**Fredy Alfonso de León Mazariegos**  
**ABOGADO Y NOTARIO**

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12 GUATEMALA, C. A.



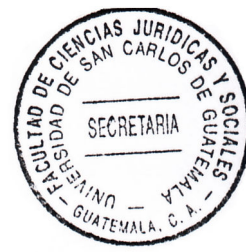
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, treinta de abril del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del <sup>I</sup> (de la) estudiante GUSTAVO ADOLFO ORTIZ ARROYO, Titulado ESTUDIO SOBRE EL COOPERANTE COMO FORMA DE PARTICIPACIÓN 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 DIOS: Supremo Ser, que ha sido mi guía y me ha dado la sabiduría para poder alcanzar esta meta.
- A MIS PADRES: Gustavo Adolfo Ortiz Bobadilla, gracias por todo, especialmente a mi madre Olga Yolanda Arroyo Gonzalez, con amor, como una pequeña recompensa por todo su esfuerzo, apoyo y amor que me ha brindado.
- A MI ESPOSA: Eunice Morán Samayoa de Ortiz, amada compañera que compartimos todo el camino hacia este triunfo.
- A MIS HIJOS: Gustavo Adolfo y María Isabel, con todo amor, que este triunfo sirva como un ejemplo en su vida.
- A MIS HERMANOS: Javier Emilio, Claudia Yolanda y Sergio Estuardo, con amor y como un ejemplo a seguir. Gracias por todo su apoyo.
- A MI SOBRINOS: Ashley, Sergio Vinicio, Oscar Estuardo, María Fernanda, Sebastián y Santiago, con amor y como un ejemplo a seguir.
- A MI ABUELITA: María Isabel Gonzalez "Meshita" (Q.E.P.D.), con todo mi amor, deseando que desde el cielo compartas este triunfo conmigo.
- A MI AMIGO: Lic. Selvin Armando Juárez Romero. Con aprecio y agradecimiento por su amistad y palabras de aliento.





A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

A: La Gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala.



## ÍNDICE

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

### CAPÍTULO I

1. Aspectos generales del delito.....	1
1.1. Concepto de delito .....	1
1.2. Una concepción valorativa .....	14
1.3. Ámbito de aplicación de la imputación objetiva .....	18
1.4. Definición .....	22

### CAPÍTULO II

2. Autoría y participación en el delito.....	25
2.1. Autores .....	25
2.2. La participación en el delito .....	30
2.2.1. Cómplices .....	32

### CAPÍTULO III

3. El cooperante en el Código Penal .....	49
3.1. Elementos generales .....	49

### CAPÍTULO IV

4. Regulación legal de las formas de participación intentada .....	69
4.1. Análisis de su regulación .....	69
4.2. Propuesta de su regulación .....	78

CONCLUSIONES.....	85
-------------------	----

RECOMENDACIONES.....	87
----------------------	----

BIBLIOGRAFÍA.....	89
-------------------	----



## INTRODUCCIÓN

La cooperación es una forma de participación en el delito, distinta de la autoría y de la complicidad, sin embargo en el Código Penal, se regula actualmente algunas formas de cooperación tanto en la autoría como en la complicidad, es decir en algunas literales del Artículo 36 y 37 del cuerpo de leyes mencionado. Por lo tanto, esto evita que en la práctica los juzgadores apliquen debidamente esta forma de participación, polo que su regulación debe ser diversa de la del autor y del cómplice.

La participación es "la intervención en un hecho ajeno". 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 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.

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

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



Finalmente, el último de los casos se trata de una actividad no definida correctamente, puesto que el sujeto que realiza dichas actividades puede que las realice como parte de un plan, y esto lo convierte en coautor. Sin embargo, lo que 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 presente investigación se ha desarrollado con respeto a las formas de redacción, forma y fondo exigidas por el Normativo para la Elaboración de tesis de Licenciatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Los métodos empleados en su contenido son los siguientes: el inductivo, deductivo, analítico y sintético. Asimismo, la técnica o herramienta de investigación empleada fue la de la observación científica.

La hipótesis ha sido debidamente comprobada así como los objetivos plantados en el plan de investigación.

Para su mejor exposición se ha dividido su contenido en cuatro capítulos a saber. El primero expresa los elementos generales del tema, en cuanto a la teoría del delito. El segundo, lo concerniente a la participación en el delito. El tercero, la teoría del cooperante o cómplice necesario. Y finalmente el capítulo cuarto constituye el conjunto de consideraciones específicas del presente tema.



## CAPÍTULO I

### 1. Aspectos generales del delito

#### 1.1. Concepto de delito

Los comienzos del presente siglo fueron dominados en el ámbito del derecho penal, por la teorías causalistas. La acción es un concepto previo sobre el cual se elevan los reproches de antijuricidad y culpabilidad, y para ello es indispensable que frente a estos conceptos posea la acción un carácter neutral, que estaría conferido justamente por su condición de fenómeno óptico. Por ello, la acción es un movimiento corporal consciente y voluntariamente producido, cuyos elementos serían un querer, una actuación y una relación de causalidad. El hecho que se incluya el querer dentro de la acción no debe ser mirado como contenido de la voluntad sino en su óptica existencia. La presencia de la voluntad es inherente a toda conducta humana como concepto óptico neutral, mientras el contenido de ese querer corresponde al estudio de la culpabilidad como juicio valorativo.

El concepto está sometido por completo al principio de legalidad, de tal forma que el principio acuñado por los juristas romanos *nullum crimen sine lege*, es su regla básica. Por esto resulta irrelevante el intento de averiguar una noción sustancial de delito, como pueda ser en otras épocas el delito natural, pues delito es solo aquello castigado por la ley. Por otro lado, también resulta evidente que la ley penal no puede ser arbitraria y castigar respondiendo al criterio exclusivo de poner a prueba a los ciudadanos, sino que pretende la defensa de bienes jurídicos concretos. Los delitos se clasifican en delitos graves y menos graves, en atención a la pena que se impone, utilizándose por tanto un principio más cuantitativo (gravedad de la pena que señala cada código), que cualitativo.

Desde una perspectiva más técnica se define el delito como acción u omisión típica, antijurídica, culpable y penada por la ley. La acción es un hecho previsto en la ley



penal y dependiente de la voluntad humana. La acción delictiva puede consistir en un acto en sentido estricto, cuando hay una realización de un movimiento corporal; en una omisión pura o propia si se trata de un no hacer algo, o una combinación de ambas posibilidades, llamada comisión por omisión u omisión impropia. La acción debe depender de la voluntad de una persona, por lo que se excluyen de las tipificaciones delictivas supuestos tales como los movimientos reflejos, los estados de inconsciencia como el sueño, la narcosis, el sonambulismo, la embriaguez letárgica o los estados hipnóticos, o cuando hay una violencia irresistible que impulsa al actor a ejecutar actos donde la voluntad se halla sometida, anulada o dirigida.

La conducta debe ser contraria a lo que el derecho demanda y encontrarse recogida por la ley. La tipicidad es una consecuencia del principio de legalidad imperante en el Código Penal. El legislador se debe valer de la abstracción y del lenguaje para definir el tipo, por lo que siempre se distingue la tensión entre el casuismo exagerado y la vaguedad que no permite definir los límites de cada supuesto. De entre los elementos del tipo se pueden distinguir: los descriptivos, integrados por los de carácter objetivo (procedentes de la realidad perceptible, como por ejemplo matar) y los subjetivos (integrantes del mundo psíquico, como tener la finalidad de algo o actuar contra la voluntad de alguien); los elementos normativos que exigen valoraciones, como los calificativos: ajeno, inmoral, peligroso... y los elementos negativos del tipo que lo excluyen por implicar la ausencia de los fundamentos de la antijuridicidad. Las causas de exclusión de la antijuridicidad son la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el cumplimiento de un deber (de tal forma que tanto el deber deriva del ordenamiento jurídico, como su cumplimiento se ajusta al mismo) o el ejercicio legítimo de un derecho, el oficio (la profesión médica por ejemplo) o el cargo, y la obediencia debida.

La culpabilidad es otro elemento del delito, de tal forma que se puede afirmar que no hay pena sin culpa (*nullum crimen sine culpa*). Con carácter general, existe culpabilidad cuando existía la opción de haber actuado de forma diferente a como se



hizo, lo cual supone situar en el fundamento de la misma a la libertad y exige la imputabilidad, definida en concreto como la capacidad de actuar de forma culpable. Así, una persona es imputable cuando por sus caracteres biopsíquicos y de acuerdo con la legislación vigente es capaz de ser responsable de sus actos. Las formas, que se excluyen a sí mismas, son el dolo y la culpa. El dolo caracteriza a quien actúa sabiendo lo que hace y con intención mientras que la culpa se produce cuando quien actúa omite la diligencia debida.

Sin embargo, la consideración óptica de la acción generó evidentes tropiezos al momento de ocuparse de los delitos de omisión, con lo que resultaba claramente incompatible con la noción naturalística de la conducta. La solución para Radbruch fue considerar la acción y la omisión como atributos alternativos del injusto, de manera que seguía considerando la conducta como concepto principal del sistema, del cual todos los demás son predicados, solo que esa noción básica debía a su vez ser dividida entre acción y omisión, duplicando todos los predicados valorativos para poder ser aplicados a esas dos modalidades del concepto básico.

La teoría del delito tiene por objeto proporcionar los instrumentos conceptuales, que permitan establecer un hecho realizado por el autor es precisamente el mismo hecho que la ley prevé como presupuesto de una pena, Para alcanzar esta meta la teoría del delito procede mediante un método analítico, descompone el concepto de delito en un sistema de categorías jurídicas que facilitan la aplicación de la ley penal por parte de los tribunales, de ésta manera, la teoría del delito rechaza como adecuada a su función una apreciación total o global del hecho, la afirmación de que un determinado suceso protagonizado por un autor es un delito dependerá por lo tanto, no de una intuición total, sino de un análisis que permita comprobar cada una de las notas correspondientes al concepto del delito; trata de dar una base científica a la práctica de: “Los juristas del derecho penal, proporcionándoles un sistema que permita la aplicación de la ley a los casos con un considerable grado de seguridad.”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Bacigalupo Enrique, **Teoría del delito**, pág. 13.



La teoría del delito es la encargada de proveer de instrumentos o herramientas al derecho penal objetivo, para que éste pueda definir las figuras delictivas e incorporarlas a la legislación. Con esto se contribuye a aplicar justicia penal lo más apegado al principio de legalidad posible. Es decir, la justa aplicación de los tipos penales es un aspecto de competencia plena de la teoría del delito.

La teoría del delito, expresa una serie de elementos que se presentan de forma común a todo delito, lo que permite una apreciación más general de todos los delitos, además de fijar una postura jurídica dentro del ordenamiento jurídico-penal. Cada legislación penal en el mundo se ve influenciada directamente; por la doctrina penal que la informa, es decir, que según la dogmática asumida por cada legislador, así se manifestará el conjunto de delitos en la parte especial del Código Penal, sustentada por las normas de la parte general.

El Código Penal, surge en la década de los años 70, (se promulga en 1973), fecha en la cual, modernas dogmáticas llamadas más propiamente “sistemáticas”, sobre la concepción de la teoría del delito, comenzaban a llegar a conclusiones importantes. Por lo que nuestro Código Penal, surge desprovisto de dicha influencia. Para tener presente el devenir de la teoría del delito, se hace un breve repaso por ella y se demuestra con lo mismo la relación de influencia que ha sufrido nuestro Código.

No se puede hablar de una teoría del delito en el medievo. En la edad media, no existía una concepción tal del delito, como la que tenemos hoy día. En aquellas épocas de oscurantismo y absolutismo, el delito era un oscuro campo que no permitía distinguir fronteras entre los actos inmorales o antireligiosos (pecado) y un acto netamente ilícito. Por lo mismo, la conducta del delincuente era tomada como consecuencia de un mal en sí mismo, que era preciso erradicar por medio de una “pena” o “penitencia”. Parece extraño, pero aún en nuestra época, el sistema penitenciario guarda en común algo más que sólo el nombre, con aquel tipo de concepción.





“Con la preocupación de los canonistas”<sup>2</sup>, de establecer una relación personal entre el sujeto y su hecho, como se explicó anteriormente, y con la potencial graduación de la culpabilidad que deberían incorporar a la pena un concepto de expiación, entramos en el análisis de todas aquellas circunstancias que: modifican, agravan, atenúan, o eximen de la culpabilidad. Empieza por tanto a concebirse ya la idea de que el delito no debe ser, por todo lo mencionado un asunto meramente unitario, único, solitario. Es decir, un simple hecho o una acción que deba aplicar el derecho penal en sus tipos, a quien desarrolla una serie de acciones parecidas a lo que dice ese mismo tipo. Surge por tanto, la necesidad de concebir al delito como un ente más amplio, que no solo es un hecho aislado y nada más, sino un hecho, provisto de una serie de características susceptibles de ser descompuestas en lo que conocemos hoy como sus elementos. Lo que nos hace afirmar que el delito no es monolítico, sino más bien granítico, en otras palabras es un todo, que incluye una serie de elementos que permite observarlo en forma más adecuada a todo delito.

Sin embargo, dicha concepción es producto de la historia la cual demuestra que el delito debe ser considerado por medio de sus diferentes componentes. Y de la forma en que se pueden ordenar estos, es que surgen los diferentes autores en el tiempo, para explicar la importancia de cada uno de los elementos del delito, y sistematizarlos, así en diferentes teorías. Cronológicamente, aparecen primero, los que como consecuencia de la concepción medieval del delito, consideraban a la acción que provocaba el delito como el elemento más importante de éste. Decían que no podía haber delito sino había acción, sin embargo, poco les importó cuales eran los móviles de aquella acción, en tanto que sí les importó la misma para ordenar en torno a la misma todos los demás elementos del delito. Es decir que la acción como acto meramente humano, (forma en que se le concibe aún en muchas legislaciones del mundo, a la acción, especialmente en Centroamérica), se convierte en el primero de los elementos del delito, y la tipicidad, la antijuridicidad y el resto, resultan meras características del mismo, según esta concepción. En otras palabras, eran formas de calificar a la acción. Esta forma de concebir al delito, duró muchos años, desde finales del siglo diecinueve hasta casi el final de la segunda guerra

---

<sup>2</sup> Bustos Ramírez, Juan. **Manual de derecho penal español**, pág. 131.



mundial, cuando los principales autores alemanes pierden fuerza a nivel mundial, no sólo por la situación internacional a la que fue sometido dicho pueblo como consecuencia de la guerra, sino también por el surgimiento de nuevos autores que empezaron a desmitificar a la acción y por tanto a desmentir que fuera el elemento más importante de toda la teoría del delito. Es decir, el planteamiento posterior fue el hecho de que no debía concebirse una jerarquía vertical en cuanto a los elementos del delito, sino en una forma horizontal, producto de la importancia que cobra el análisis de los motivos que tiene el sujeto para delinquir y de la propia importancia de cada uno de los demás elementos de delito.

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

Un primer momento sitúa a Ernesto Beling como el principal fundador de una primera sistemática de la teoría del delito, en 1906, establecía la relación de la acción como acto natural del hombre, y la que ya se explicara párrafos anteriores. Esta concepción es biológica, como consecuencia del auge que toman los estudios psíquicos en particular del delincuente. Sin embargo, para finales de la primera guerra mundial se inicia un proceso que concluye Mezger para 1929, que establece que, sí bien la acción es el elemento más importante de la teoría del delito; debe establecerse que dicha acción puede ser resultado también de una omisión, y por tanto ya no es sólo un acto mecánico, puesto que entonces la omisión tendría que ser una actividad también mecánica y dicha tesis es insostenible. Además pudiera ser que exista una acción que siendo la que establece el tipo penal, fuera producto de un error o bien pudiera estar atenuada por alguna circunstancia o causa justificante. Mezger iniciaba con dichas concepciones un segundo momento para la teoría del delito y su principal aporte consistió en la valoración que le daba a las características de la acción.

En el primer momento se habló de una acción natural, por lo que esta etapa de la historia de la teoría del delito es conocida como causalismo naturalista. Y el segundo momento, lo establece Mezger, que ciertamente por estar basada en que la acción es un



causalismo, pero por incorporar elementos valorativos ha venido en llamársele causalismo valorativo.

Ya para finales de la segunda guerra mundial resultaban poco consistentes, aquellos postulados que establecían a la acción como centro de toda la teoría del delito, y en un intento por recuperar toda aquella sistemática, Eberhard Shmidt, afirma que la acción que realiza el hombre y que se torna injusta y típicamente antijurídica, tiene raíces claramente sociales, puesto que es la sociedad, quién condiciona tanto al individuo para delinquir como a los mismos delitos que son tales por estar contenidos en un tipo penal, que la sociedad a dispuesto de esa forma. Con este tercer momento, se genera así la teoría de la acción social. Es decir la acción sigue siendo el centro de la teoría del delito, pero en Shmidt, las motivaciones y condicionamientos de esa acción ya no son más naturales, sino ahora lo son sociales.

El principal error en que incurrieron todos los autores mencionados hasta aquí y todos los que les siguieron aceptando sus postulados (además de los que les siguen a la presente fecha), es pensar que la acción es el centro alrededor del cual giran todos los demás elementos del delito. Nada más equivocado, porque si bien la acción tiene una importancia capital, para efectos de establecer finalmente los móviles que incidieron en el sujeto para delinquir, no significa con esto que tenga que restarle importancia a los demás elementos del delito, situándolos en un plano de subordinación a la acción. Es por tanto, más justificado que para finales de la Segunda Guerra Mundial, en que se intenta rescatar aquella teoría nacida casi con el siglo, se empiece paralelamente a suscitar una nueva sistemática en la teoría del delito. Esta sistemática, establece a la acción en un plano de igualdad frente a los demás elementos del delito, y se permite de esa forma estudiar con más adecuación los móviles que tuvo el delincuente para su conducta ilícita. De tal manera que, los elementos valorativos del tipo pueden servir para valorar también la acción, es decir todas aquellas palabras que deba, por su naturaleza dárseles una valoración jurídica posterior a cometido el acto, debe saberse con el más alto grado de exactitud si los conocía el sujeto en el momento de delinquir. Aunque no se permita la ignorancia de la ley, para efectos de establecer el grado de culpabilidad es posible



establecer una cierta relación con el conocimiento que el sujeto tiene con todos los elementos del tipo. Por otro lado, ¿Qué tanto, la omisión riñe con el orden jurídico?. Y finalmente, ¿Es posible delinquir ya sea por acción o por omisión, por imprudencia? o simplemente sí la acción u omisión se ajusta al tipo penal ¿ya se delinquirió con dolo?. Todas estas preguntas encuentran una respuesta un poco más consistente en esta última forma de concebir a la teoría del delito, que partiendo de los fines que tiene el sujeto para delinquir, establece de esa forma su propia denominación, puesto que a esta sistemática se le conoce como teoría finalista, y constituye el cuarto momento del que se habló en un principio de esta exposición.

Se puede decir que durante siglos, existió una teoría dominante, que algunos autores la ubican como clásica y que empieza su derrumbamiento a partir de críticas bien fundadas, que se le hacen durante los primeros años del siglo XX, cuando comienza, la teoría que llaman neoclásica<sup>3</sup>, la encontramos de mejor forma nombrada a la primera como: causalismo naturalista y causalismo valorativo a la segunda. Sin embargo, el nombre poca relevancia tiene, en cuanto a lo bien diferenciado que manifestaron ambas, el aporte tan significativo a la teoría del delito.

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

Sin embargo, todos los conceptos y significaciones que aportaran las distintas etapas que consolidaron la “teoría del delito”, sirvieron como base para que antes de empezar la segunda mitad del presente siglo, surgiera la “teoría de la acción finalista del delito”, y que se consolidara en definitiva para el año de 1965, iniciándose a partir de entonces toda una nueva etapa para los estudios con relación a la teoría del delito. En Guatemala, pese a que el Código Penal, fue aprobado ocho años después, no recibió

---

<sup>3</sup> Ibid.



mayor influencia de la misma, y la mayoría de delitos, así como su parte general, acusa una notoria posición causalista, no solo por el contenido del texto del Artículo 10°.

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

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

La teoría del delito, tiene por objeto proporcionar instrumentos conceptuales que permitan establecer que un hecho realizado por un autor, es el mismo hecho que la ley prevé como presupuesto de una pena. En palabras más exactas, “se preocupa del estudio de los presupuestos jurídicos de la punibilidad de la acción. No implica el estudio de los elementos que describen cada uno de los tipos de delito en particular, sino de aquellos que concurren en todo hecho punible”.<sup>4</sup>

Podemos definir a la teoría del delito como la parte de la ciencia del derecho penal, que se ocupa de explicar el delito en general y cuales son las características que ha de tener cualquier delito.

Los elementos o “entidades”<sup>5</sup> como le llama Eugenio Cuello Calón, en la Teoría del delito, permiten una descripción del problema complejo que se enfrenta, cuando se trata de estudiar al delito, visto, por tanto, no como un todo englobado, sino como un todo integrado en varias partes, susceptibles cada una de ser reformadas.

---

<sup>4</sup> Arango Escobar, Julio Eduardo. **Las sistemáticas causalista y finalista en el derecho penal**, pág. 5.

<sup>5</sup> Cuello Calon, Eugenio. **derecho penal**, Tomo IV, pág. 188.



Los albores de la Teoría del Delito, los encontramos en la edad media, con preocupación de los canonistas de establecer una relación personal o subjetiva entre el sujeto y su hecho, lo que era una lógica consecuencia del sentido expiatorio, que se le daba a la pena<sup>6</sup>; por lo que “la culpabilidad no solo surge como un presupuesto y fundamento de la pena, sino al mismo tiempo permite graduarla”<sup>7</sup> lo que permite una medida a su imposición.

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

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

Tal como se señaló en la definición que aceptamos para entender el delito, y quedó apuntada, el delito debe definirse de forma tripartita, incluida en ésta; la tipicidad, la antijuridicidad, y la culpabilidad. Los elementos del delito son: la acción o conducta humana, la tipicidad, la antijuridicidad, o antijuridicidad, la culpabilidad, la imputabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad, la punibilidad. Nombrándose en algunos casos: “A los mencionados como elementos positivos del delito, y a sus respectivas formas

---

<sup>6</sup> Bustos Ramírez, Juan. **Ob. Cit.**, pág. 131.

<sup>7</sup> **Ibid.**



antagónicas como elementos negativos del delito.”<sup>8</sup> Sin embargo, para la presente investigación, nos encontramos en los tres elementos mencionados.

“No hay forma de establecer una naturaleza o construcción filosófica, aceptada por todos y para siempre. Ésta comúnmente depende del tiempo y lugar, es decir coyuntura y país.”<sup>9</sup>

Para la escuela clásica fue un ente jurídico, al decir que el delito es un acontecimiento jurídico una infracción a la ley del estado, un ataque a la norma penal. El delito lo es porque depende de que aparezca en una norma. (Principio de legalidad, *nulla poena, nullo crime sine lege*). La crítica que se le formula a esta teoría, es, que el delito no puede ser sólo por consecuencia de la ley.

Para la escuela positiva, el delito fue un fenómeno natural o social, estudian al delito como la acción humana resultante de la personalidad, del delincuente, quedando completamente marginada la concepción jurídica del delito, con el apareamiento de la teoría del delito natural, y legal de Rafael Garófalo, se afirmaba que el delito no lo es sí el hombre no vive en sociedad.

Se le crítica que no sólo depende de que el hombre viva en sociedad. El estudio del delincuente puede que sea natural pero el del delito es jurídico.

La definición que brinda Enrique Bacigalupo del delito es: “el delito es una acción típica, antijurídica y culpable”.<sup>10</sup> Existen varias formas para definir al delito, que van de lo más simple a lo más complejo, atendiendo que cada uno de los estudiosos ha sentido la inquietud por los problemas del crimen, ante la imposibilidad de analizar cada una de ellas por separado resulta más conveniente para su comprensión agruparlas en torno a un juicio que se ha seguido para formularlas, a fin de condensar el proceso evolutivo que han

---

<sup>8</sup> De mata Vela, José Francisco y Hector Aníbal De León Velasco. **Curso de derecho penal guatemalteco**, pág. 14l.

<sup>9</sup> Bustos Ramírez, Juan. **Ob. Cit**; pág. 130.

<sup>10</sup> Bacigalupo, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito**; pág. 19.



tenido las ideas penales respecto al delito, y principalmente comprobar o no la validez de éstas ante el derecho penal moderno.

Von Liszt siguió los lineamientos de Radbruch. Según el primero, es conducta toda modificación del mundo exterior atribuible a la actividad de un querer humano, con lo que una vez más se pretendió hacer valer dentro del ámbito jurídico una concepción óptica de la acción. Pero para Von Liszt, la omisión era un no hacer lo esperado (no realizar la conducta debida), de manera tal que su concepto de omisión tenía connotaciones jurídicas y no eminentemente naturalísticas, donde lo determinante no es el movimiento corporal sino la acción que de la persona se esperaba.

Luego Welzel, tratando de romper con el esquema anterior, partió de la base de que la causalidad como estructura óptica era incapaz de individualizar aquello que interesa primordialmente al derecho penal, que es en definitiva la conducta humana. El parámetro necesario para distinguir si una conducta era natural o humana era el de recurrir a la intencionalidad. Ampliando este concepto, dijo ese autor que es cierto que existe un ámbito ontológico con sus propias leyes, pero todo aquello que sea exclusivamente causal, sin pertenecer a la intencionalidad, está de antemano excluido de una valoración jurídico-penal, mientras que la causalidad es ciega, la intencionalidad es vidente.

Para Yasid Reyes Alvarado, la voluntariedad con que cuenta una conducta, no es en modo alguno una noción jurídica, sino naturalística, de manera que el concepto final de acción sigue aferrado a una concepción naturalística similar a la que Welzel combatía. Por lo demás, sigue diciendo que, los causalistas tampoco negaron nunca el carácter final de la acción humana sino que, reconociéndolo, le otorgaron importancia sólo en el ámbito naturalístico y no en el jurídico, como hiciera posteriormente el finalismo.

La propuesta de Welzel fue más allá del plano óptico, ya que dio un importante paso fuera del naturalismo al señalar que los bienes jurídicos no pueden ser





considerados como entes estáticos, sino como fenómenos capaces de interrelación social. De ello se desprende que hay lesiones a los bienes jurídicos que por ser "socialmente adecuadas"<sup>11</sup> no interesan al derecho penal, en tanto que otras afectaciones merecen la intervención del sistema penal por ser socialmente rechazadas.

Asimismo, frente al buen funcionamiento del sistema en los delitos dolosos, se opuso la sistemática del delito culposos, ya que en los últimos, su característica principal era la producción de un resultado no querido, siendo en definitiva que la falta de intencionalidad no prestaba ninguna utilidad dentro del ámbito de la tipicidad.

Para solucionar este conflicto, se elaboró la noción del "deber objetivo de cuidado", de acuerdo con el cual, en el delito culposos se reprocha la no observancia del deber de cuidado exigible en el desarrollo de la acción.

En definitiva, Yasid Reyes Alvarado: "Haciendo un paneo del punto, deja en claro que la contraposición entre ambas teorías radica que mientras para Mezger la finalidad no está en el injusto, sino en lo óntico de la acción, para Welzel la intencionalidad desempeña un papel determinante dentro de su sistema penal"<sup>12</sup>. El enfrentamiento no gira al rededor de un carácter final de la acción, sino en torno de la relevancia jurídica que él debe tener; por ello, en modo alguno se niega la finalidad de la acción, sino la finalidad en sentido de la ley. El error del finalismo estaría en trasladar directamente la finalidad propia de una acción óntica al plano jurídico, cuando en verdad se debería dejar incólume la intencionalidad que en el mundo naturalístico es inherente a cada conducta, para adicionalmente reconocer la existencia de otra finalidad que sería eminentemente normativa, pero restringida al delito doloso. En cuanto a los delitos culposos, la existencia legal de los mismos indica que el derecho vigente conoce muchas conductas sin dolo, esto es sin relación final legal.

---

<sup>11</sup> Bustos Ramírez, Juan. **Manual de derecho penal español**, pág. 123.

<sup>12</sup> **Ibid.**



## 1.2. Una concepción valorativa

El derecho penal es el mecanismo normativo de control social. Las leyes que conforman una ciencia jurídica y que sirven como base para el derecho penal, no son equiparables a las leyes naturales, pues cada una tiene orígenes y pretensiones diversas.

Una teoría causalista del delito, traslada conceptos eminentemente naturalísticos al plano valorativo para construir con ellos un sistema normativo, con lo cual no se limita a reconocer la presencia de los mundos natural y normativo, sino que los confunde. La teoría causalista, equivocó su proceder al querer hacer valer la ley natural de la causalidad como elemento central del derecho penal, y además, al hablar de la interrupción de nexos causales que la naturaleza desconoce por completo, la distorsionó.

El derecho, en tanto que pretenda seguir siendo un mecanismo de control social, debe orientar sus esfuerzos a la construcción de un sistema dirigido exclusivamente a regular las situaciones sociales y no las naturales, sin perjuicio de que el derecho debe aceptar el mundo óptico tal como es, y en el cual se desarrolla la vida del hombre.

La teoría esgrimida por Welzel en cambio, tuvo dos grandes postulados; por un lado, la referencia exclusiva al aspecto subjetivo de la conducta como principio rector de su sistema, por el otro, enfocar las consideraciones de las relaciones sociales. Si bien se logró un deslinde entre los hechos naturales y los actos del hombre, no abandonó en modo alguno el ámbito naturalístico, puesto que la intencionalidad de la acción no es un atributo jurídico de la conducta humana, sino una de sus principales características ópticas. Por eso puede serle igualmente reprochada al finalismo su insistencia en pretender construir un sistema normativo de control social con el empleo de conceptos naturalísticos. Esa es la explicación de que su noción óptica de conducta intencional le haya generado tantos problemas en el campo de los delitos de omisión y en los delitos culposos, puesto que, siendo estas dos modalidades delictivas una clara construcción



normativa, no podían ser reguladas por nociones naturalísticas. No existen leyes naturales para regir las omisiones o la imprudencia porque en la naturaleza no hay ni imprudencia, ni omisiones.

“Sólo fue Günther Jakobs quien centró sus esfuerzos en el desarrollo del segundo gran pilar de la propuesta de Welzel, aquel que abandonaba el plano eminentemente naturalístico para analizar en su lugar las relaciones del hombre en sociedad.”<sup>13</sup>

En ese sentido, al derecho penal como mecanismo de control social, le interesa las realciones interpersonales, la forma en que debe transcurrir la vida en sociedad. Él, es generador de expectativas a nivel social, cuya inobservancia es considerada como una defraudación. La existencia de un sociedad depende del cumplimiento de los preceptos que le dan cohesión, pero también no todas las personas les son exigidas las mismas conductas. Por eso, las expectativas derivadas del ente social son diversas y cada persona está obligada solamente a cumplir aquellas que caen dentro de su ámbito de organización, vale decir, aquellas que le han sido asignadas para desempeñar su función social. En la vida que el derecho pretende controlar, existen pues múltiples ámbitos de competencia, y a cada persona sólo puede serle exigible aquello que caiga dentro de su respectivo ámbito de competencia.

La base de una responsabilidad penal radica entonces en los ámbitos de competencia de cada individuo, pues sólo a quien respecto de determinadas actuaciones posee una función de garante puede serle reprochado su comportamiento desviado.

La labor fundamental del derecho penal es la de individualizar la o las personas, que por haber faltado a su posición de garante, lesionó los intereses sociales. El concepto de acción en sentido naturalístico, con el factor intencional que le es

---

<sup>13</sup> *Ibid.*



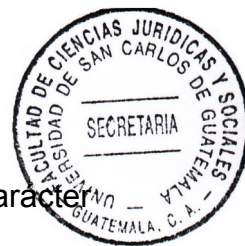
inmanente, no es negada por el derecho penal, sino que su interés no se centra en el sentido naturalístico de la conducta, sino en su significación social.

Ahora bien, un derecho penal así edificado, en donde lo que interesa son las expectativas de comportamiento que de cada persona y las eventuales defraudaciones que a esas expectativas se produzcan, pierde importancia la distinción entre la tipicidad y la antijuricidad, pues la simple adecuación formal de una conducta a la descripción de una norma penal (tipicidad) no tiene relevancia alguna si la respectiva conducta no ha atentado contra las relaciones social.

A partir de todo lo precedentemente expuesto, el autor expone una forma de visualizar la comisión de los delitos a partir de dos teorías, las que son complementarias una con la otra.

El primer concepto que esboza es el de la teoría de la imputación objetiva, en donde lo determinante es establecer si alguien en una sociedad ocupaba un rol determinado, una posición de garante, o de él se esperaba una determinada conducta, la ha desplegado llenando las expectativas, o no lo ha hecho, generando así una defraudación social. Esa consideración de cuando una conducta lesiona leyes de convivencia social debe hacerse con base en la teoría de la imputación objetiva y constituye el contenido del injusto.

Dentro ya del segundo concepto que elabora, como completo de la imputación objetiva, es necesario analizar el comportamiento del autor, no como un genérico portador de roles sino como individuo; ese aspecto individual de la conducta escapa a las consideraciones genéricas propias de una imputación objetiva y debe ser analizado dentro del ámbito de la culpabilidad, a través de la que podría denominarse imputación subjetiva. Por ello, el dolo no debe integrar el injusto sino la culpabilidad, puesto que nada tiene que ver con la genérica determinación de si una conducta se ha desarrollado o no conforme a las expectativas de un comportamiento social que se derivan de la



existencia de diversos roles, sino que atañe directamente a consideraciones de carácter personal.

Al decir de Hegel: “La voluntad supone siempre una representación de la existencia sobre la cual se actúa, de manera tal que, quien en las tinieblas dispara sobre un arbusto matando con ello a un hombre, ha matado, pero no ha cometido homicidio, en cuanto el autor no tuvo dolo, es decir, en cuanto el autor no poseía una representación sobre la realidad, puesto que no sabía que disparaba sobre un hombre. Esta acción o la de tomar un abrigo ajeno sin conocer su ajenidad -por ejemplo-, no han creado un riesgo desaprobado, puesto que no tenían la representación de esa realidad, sobre la cual actuaban, de tal manera que su conducta no le sería objetivamente imputable y sólo en el evento de que un reconocimiento hubiera sido posible para una persona en sus circunstancias, el problema se desplaza del ámbito del injusto al del error como parte de una teoría de imputación subjetiva”.<sup>14</sup>

Existen dos aspectos de la conducta. Uno es el volitivo, el cual es materia de la imputación subjetiva. El otro, es el cognoscitivo, el cual es parte esencia de la imputación objetiva, en cuanto conforma la representación de la realidad respecto de cual se predicen los deberes que emergen de los diversos roles sociales.

En resumen, el concepto jurídico penal de acción, surge cuando existen una conducta "injusta" y "culpable", es decir, cuando respecto de ella se ha agotado positivamente los juicios tanto de una imputación objetiva como subjetiva. Sin lugar a dudas, estamos frente a una nueva concepción del sistema penal, desarrollado alrededor de una teoría de la imputación, que implica abandonar los planteamientos causalistas, y la superación total de la teoría final del injusto.

### 1.3. Ámbito de aplicación de la imputación objetiva

---

<sup>14</sup> Ibid.



Su ámbito de aplicación dependerá de la forma de ver el delito, de manera tal, mientras que para algunos solo podrá referirse a ciertas modalidades delictivas, para otros, tendrá mayor ámbito de cobertura.

Si de acuerdo a lo que se expuso anteriormente, se entiende a la imputación objetiva como la teoría que permite establecer lo que para el derecho penal es una conducta lesiva de los intereses sociales, es decir, como el núcleo de la acción penalmente relevante, de la cual forma parte no sólo un resultado, sino además, el imprescindible aspecto de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

Parte de la doctrina, niega aplicación de la teoría de la imputación objetiva, tal vez porque, cuando la misma fue elaborada para solucionar los problemas que planteaba la doctrina y la jurisprudencia en los delitos cometidos culposamente.

Pero, esta visión es errónea, ya que la teoría es perfectamente aplicable a los delitos dolosos, solo que en los últimos es tan evidente la creación del riesgo desaprobado que no nos detenemos a pensar en su existencia. Por ello, esta teoría es tan aplicable a los delitos culposos como a los dolosos.

En definitiva, no existe inconveniente tampoco en aplicar esta teoría, como determinación del injusto, a los distintos delitos establecidos en la parte especial del código penal (sean delitos culposos o dolosos, de acción u omisiones, consumados o tentados), puesto que para saber si una conducta es penalmente reprochable -al menos a título de tentativa-, es necesario que con ella se haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado, el cual posteriormente resulte concretado en el resultado. Ese resultado, dentro del sistema penal propuesto, no son meras consecuencias naturalísticas, sino lesiones a las reglas de la vida de relación social.

La propuesta del autor, influenciada fuertemente por los sucesos vividos en su país, es en realidad mucho más ambiciosa de lo que parece conforme la propuesta del título, o al menos conforme lo que un lector argentino podría inferir de ese título.



En nuestro país, la imputación objetiva ha sido tratada por la doctrina como una de las formas posibles de imputar a una acción un resultado, y esto en el marco de la configuración del tipo objetivo del delito doloso (o culposo) de lesión.

Trascendiendo ese reducido ámbito, el autor propone poner de cabeza los conceptos clásicos de las dos grandes corrientes de la teoría del delito, el causalismo y el finalismo, con la pretensión de partir desde un lugar radicalmente opuesto: la consideración normativista de la acción, por oposición a lo que él identifica como el punto de partida común de los dos viejos paradigmas, el naturalismo.

Sin embargo, es dudoso que realmente haya logrado esa independencia conceptual.

En primer lugar, porque ya los modernos finalistas (entre ellos Bacigalupo) se habían acercado al normativismo como prisma; en segundo lugar, porque el intento de objetivizar el injusto suena en los oídos -entrenados- como la nueva vuelta de tuerca de un causalismo renovado, tal vez de la mano de la profundización de las ideas de Mezger.

Por lo demás, resulta algo desconcertante el contenido general de la "nueva" teoría del delito.

En primer lugar, sostiene que las acciones típicamente relevantes son aquellas que, conforme la manera en que el autor vio los hechos que sirvieron de base a su decisión de acción, se adecuan al tipo penal. Estas acciones y sólo estas (las que conforme lo que el autor conoció) son aquellas seleccionables para realizar el análisis conforme la imputación objetiva, el que consistiría básicamente en la contrastación entre lo que le es exigible a cualquier persona que revista la misma posición de garante (en sentido amplio) que el autor, con lo que este hizo.

En los inicios de la era cristiana, el delito fue concebido de acuerdo con las ideas filosóficas de la época. La cual partía de la idea de la moral, que identificaba al delito con



el pecado, no utilizaban el verbo delinquir sino hablaban de pecar, concebían al delito como una conducta contraria a la moral y a la justicia, posteriormente lo enfocan como violación o quebrantamiento del deber. Rossi sostiene por su parte, que por delito se debe entender es: “la violación de un deber”<sup>15</sup> y Pacheco señala que delito es, “un quebrantamiento libre e intencional de nuestros deberes”<sup>16</sup>, no podemos darle validez a ninguno de estos criterios, por las siguientes razones: primero, porque el pecado, indiscutiblemente, tiene una orientación divina, que no tiene relación con nuestra orientación jurídica; y segundo porque las infracciones al deber, atienden más a una norma de conducta moral, que a normas de conductas jurídicas.

En un criterio natural y sociológico, se sostiene que el delito se convierte en un hecho natural, Rafael Garófalo plantea la “teoría del delito natural” toma, como base dos clases de sentimientos siendo estos el sentimiento de piedad y el sentimiento de probidad sobre los cuales construye la definición de delito natural así: “Ofensa a los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad en la medida en que son poseídos por un grupo social determinado.”<sup>17</sup> Se convierte en un hecho natural, consecuencia de una conducta antisocial, que lesiona la moralidad media de un pueblo. Tal concepción es natural y social, pero no jurídica.

En la llamada: “edad de oro del derecho penal”<sup>18</sup> se observó un criterio puramente legalista, que coincide con la escuela clásica del derecho penal, la cual reduce todo concepto a la ley, Lo podemos resumir en la primera y poco acertada definición que ofrecieron de delito: el delito es lo que la ley prohíbe. Se le critica, porque existen muchas cosas que la ley prohíbe y que no son delito, Francesco Carrara, incluye otros elementos al decir que, delito es, “La infracción a la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos resultante de un acto externo del hombre, positivo o

---

<sup>15</sup> De Mata Vela y De León Velasco, **Ob. Cit**; pág. 21.

<sup>16</sup> **Ibid.**

<sup>17</sup> **Ibid.**

<sup>18</sup> Bustos Ramírez, **Ob. Cit**; pág. 83.





negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”<sup>19</sup>, a pesar de tener una inclinación legalista incluye otros elementos dignos de analizar con un criterio jurídico.

El criterio Técnico Jurídico, resulta, una de las corrientes más aceptadas. Sus principales aportes fueron construir definiciones en las que incluyen ya elementos característicos del delito. Por ejemplo la del alemán Ernesto Beling, que en su obra “Teoría del delito”, descubre la tipicidad, como uno de los caracteres principales del delito, y basándose en ésta define al delito así: “Es una acción típica, contraria al derecho, culpable sancionada con una pena adecuada y suficientemente a las condiciones objetivas de penalidad”<sup>20</sup>. En la construcción jurídica que presenta Beling, los elementos característicos del hecho punible operan en forma autónoma e independiente, por lo cual recibió serias críticas.

La violación a una norma que valorativamente dentro del derecho es considerada como tutelar, por un sujeto al que se le pueden asignar calidades, que inspiren por tanto un “tratamiento” de la conducta que motivó esa violación, por medio de una medida de seguridad, o la simple aplicación de una pena, como retributivo a su conducta o a su injusto, encierra lo que en voz popular dentro del derecho llamamos delito, y que hoy día insistentemente lo escuchamos en Guatemala nombrado como, ilícito.

Actualmente, el delito, es concebido en una forma tripartita: de conformidad con sus elementos principales, y los cuales son a menudo fuente de grandes discrepancias e interminables discusiones entre los tratadistas. Constituye una conducta típicamente antijurídica y culpable.

Por supuesto, la descripción hecha, es producto de una larga discusión, y sobre todo, de la construcción de una teoría del delito, que hace posible, el estudio del mismo, desde sus principales entidades, que lo vuelven una conducta particular de un sujeto, además, como se dijo, adolece de ciertas características que lo individualizan para los

---

<sup>19</sup> **Ibid.**

<sup>20</sup> De Mata Vela y De León Velasco, **Ob. Cit;** pág. 21.



efectos de aplicarle una pena o medida de seguridad. En palabras más sencillas; un delito es cometido por dos personas en diferente tiempo y región, que potencial y consecuentemente tienen una historia diferente, por lo que la pena y medida de seguridad que se le aplique a uno no necesariamente implica que se le aplique al segundo.

#### 1.4. Definición

Luis Jiménez De Asúa señala que delito es: “Un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad y que se halla conminado con una pena, o en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella”.<sup>21</sup>

Para Raúl Carrancá y Trujillo delito es: “El acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputables a un hombre y sometidos a una sanción penal”<sup>22</sup>

Delito es: "una acción típicamente antijurídica y culpable, a la que está señalada una pena".<sup>23</sup>

Para el autor Francisco Muñoz Conde, delito es: “Toda conducta que el legislador sanciona con una pena”<sup>24</sup>, ésta definición es muy corta puesto que el no señala que tipo de conducta se sanciona, todo intento de definir al delito al margen del derecho penal vigente es situarse fuera del ámbito de lo jurídico para hacer filosofía, religión, moral o sociología.

La verdad es, que las concepciones filosóficas, morales o sociológicas del delito ayudan poco en ésta materia al jurista. Esto viene a ser una consecuencia del principio

---

<sup>21</sup> Bustos Ramírez, Juan. **Ob. Cit**; pág. 21.

<sup>22</sup> **Ibid.**

<sup>23</sup> Rodríguez Devesa, José María. **derecho penal español**, pág. 53.

<sup>24</sup> Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, **derecho penal parte general**, pág. 41.



*nullum crimen sine lege*, y que impide considerar al delito toda conducta que no llega dentro de las fallas de la ley penal.

José María Rodríguez Devesa. Delito es: “El acto típicamente antijurídico y culpable a la que ésta señalada una pena”<sup>25</sup>.

Sebastián Soler, Delito es: “una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal” Carlos Fontán Balestra. Delito es: “la acción típicamente antijurídica y culpable”<sup>26</sup>.

Eugenio Cuello Calón señal que delito es: “la acción humana antijurídica, típica, culpable sancionada por la ley”.<sup>27</sup>

Para Reyes Echandía la definición del delito se debe dividir en tres grupos: “Definición formal. Delito es aquello que la ley describe como tal, toda conducta que el legislador sanciona con una pena, esta definición aun no siendo cierta, no soluciona nuestros problemas, porque no deja de ser una fórmula vacía y taxológica. Definición sustancial: el comportamiento humano que a precio del legislador compromete las condiciones de existencia, conservación y desarrollo de la comunidad y exige como respuesta una sanción penal. Esta definición si bien nos explica que motivos impulsan al legislador a sancionar unas conductas y otras no, tampoco nos dice mucho sobre el delito concreto. Y, definición dogmática: Delito es, La acción (conducta), típica, antijurídica y culpable, algunos autores añaden el requisito de punible, ésta definición nos aclara que conductas son punibles”<sup>28</sup>.

Delito es: “una acción típicamente antijurídica y culpable, a la que está señalada una pena.”<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> **Ibid.**

<sup>26</sup> **Ibid.**

<sup>27</sup> De Mata Vela y De León Velasco, **Ob. Cit**; pág. 39.

<sup>28</sup> Reyes Echandía, Alfonso. **derecho penal**, pág. 35.

<sup>29</sup> Rodríguez Devesa, José María. **derecho penal español**, pág. 53.



El delito por lo tanto es una categoría jurídica muy discutida aún.

Como se vio en su devenir, la historia demuestra dos cosas puntuales. La teoría del delito es relativamente joven, puesto que data del siglo XX, apenas se empezaba a ensayar en el año de 1906. Todo lo anterior es previo a una sistemática.

En segundo lugar, la misma historia reciente demuestra que para que los tratadistas y especialistas en el delito se pongan de acuerdo en muchos de los aspectos que componen su sistemática faltará mucho tiempo.

No obstante lo dicho, es preciso señalar que lo estudiado y presentado hasta este apartado del presente trabajo de investigación, sirve para los efectos de situar el contexto en el cual se desenvuelve la teoría de la participación en el delito; misma dentro de la cual se encontrará inmerso el tema del cooperante, el cual constituye el fundamental objeto del presente contenido.

Por lo señalado, es preciso tomar en cuenta todo lo apuntado, categorías, clasificaciones y demás conceptos para los efectos posteriores.

Lo que sigue dentro del presente estudio es cada vez más inducido hacia el tema objeto del presente trabajo. Primeramente se debe analizar la participación en el delito, como continente mediato del tema del cooperante; y luego entrar a desenmarañar éste último. Finalmente, se podrá presentar la propuesta de enfoque que debe dársele en la normativa nacional penal.



## CAPÍTULO II

### 2. Autoría y participación en el delito

#### 2.2. Autores

“Autor es, en este sentido, el sujeto a quien se puede imputar uno de tales hechos como suyo”.<sup>30</sup>

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.

Un problema continuo en la doctrina y en la aplicación jurisdiccional del derecho penal sustantivo es la determinación de la calidad de autor de un sujeto activo. Cómo establecer cuándo una persona es autor o participe de un hecho punible, al respecto distintas teorías han tratado de explicar cuando se considera autor del delito a un persona, entre ellas existen dos criterios; el negativo (Concepto extensivo de autor, Asociación criminal, Acuerdo previo) que sostiene que no hay diferencia alguna entre autor y participe y por tanto todo aquellos que contribuyen en el desencadenamiento del hecho criminal deben ser comprendido como autor de la comisión del delito, ya sea en razón a que constituye un acto asociativo, o un concierto previo, este posición fuertemente criticada porque muchos de sus postulados contiene preceptos inconstitucionales que violan las garantías del proceso penal, ha sido desestimada por nuestro código penal.

Por otra parte el criterio positivo, que si considera la existencia de diferencias entre autor y participe, comprende en él a la teoría predominante en esta materia, y nos

---

<sup>30</sup> Mir Puig, Santiago. **derecho penal, parte general**, págs. 385-446.



referimos a la teoría del dominio del hecho, que considera al autor a decir de mismo Welzel, al señor del hecho, es decir aquel que domina ultima y finalmente la realización del hecho criminal.

Este concepto del dominio del hecho ha representado un mecanismo muy útil a fin de establecer la autoría o participación de una pluralidad de sujetos en el desarrollo del evento delictivo. Sin embargo, no ha podido explicar algunas circunstancias como la autoría en los delitos especiales, que son aquellos que únicamente pueden ser cometidos por una determinada categoría de persona que el tipo penal señala.

Dado que en estos casos lo determinante no constituye la posición de dominio que tenga el sujeto sobre el hecho, sino que es necesario verificar el elemento subjetivo especial del agente (*intraneus*), en razón a que en el supuesto de estos ilícitos penales, lo que constituye el injusto penal no es el desvalor por la comisión de una conducta humana meramente prohibida que vulnera un bien jurídico protegido, sino la violación del deber jurídico de quien tiene la calidad especial de sujeto activo. Es decir; en un delito común, como el homicidio la norma penal establece "el que...", para comprender una cláusula abierta en el que pueden ser considerada como autor del delito toda persona natural, esto se explica por la misma naturaleza del delito, en el que los elementos descriptivos puede ser cometido por cualquier persona, independientemente de su cargo, profesión u oficio, dado que la sanción penal deviene como consecuencia de la realización de una acción u omisión que trasgrede un bien jurídico tutelado por el ordenamiento legal. Mientras que en los delitos especiales tales como: delitos contra la administración pública; cometidos por funcionarios públicos, delito contra el orden financiero y monetario; delitos contra el patrimonio; fraude en la administración de personas jurídicas, entre otros, lo que se penaliza no es la infracción a un bien jurídico, sino la contravención a un deber jurídico determinado en su condición de garante frente al objeto del delito. Es por ello que sólo aquellos que tiene la calidad subjetiva especial prescrita en la catalogó punitiva pueden ser responsable penalmente, porque al cumplir la tipicidad objetiva, se estaría configurando el incumplimiento del deber jurídico adquirido en razón a comisión, oficio, cargo o profesión, por ejemplo. No podrá cometer



el delito de abuso de autoridad un particular que no sea funcionario o servidor público puesto que al no tener atribución alguna no podrá hacer abuso arbitrario de ella, más aún que al actuar de ese modo no existirá antijuricidad porque el juicio de valor negativo es consecuencia de tener una actuación contraria al deber jurídico, que en tanto tiene todo funcionario o servidor público de procurar el buen uso de las facultades conferidas para el bienestar general de los administrados. Sucede lo mismo en el supuesto del delito de ocultamiento, omisión o negativa de información, dado que no podrá infringir la norma ocultando situación de liquidez o insolvencia o cuando omita, niegue información o proporcione datos falso a la autoridad de control y regulación, en principio porque es necesario adquirir la calidad de tal, para acceder a dicha información, y en segundo orden, en el caso que pudiera tener dicha información su omisión o negativa no constituiría delito porque no se encuentra compelido por ningún deber jurídico a actuar de modo distinto.

En suma lo que tratamos de manifestar es que a diferencia de los delitos comunes en el que cualquier persona que realice el tipo penal (sujeto activo) puede ser apreciado como autor del delito. En los delitos especiales en el que la calidad de sujeto activo se presente de manera determinada y debidamente señalada en la norma, no sucede lo mismo. Esto claro en un esquema teórico doctrinario que diferencie la autoría de las demás formas de participación (complicidad primaria, secundaria e instigación).

“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”.<sup>31</sup>

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

---

<sup>31</sup> Claus Roxin, Eduardo. **Derecho penal**, pág. 132.



circunstancia, de ser "ajeno", esto deja por sentado ya, la existencia de un autor, un sujeto principal"<sup>32</sup>

Según Santiago 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".<sup>33</sup>

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.

En el campo del derecho penal, se entiende por autor a quien realiza el tipo penal de delito, con independencia de que hayan intervenido en el mismo y sean asimismo castigadas personas distintas —los partícipes—, cuya responsabilidad es accesoria de la de aquél. Los grados de autoría pueden ser tres: inmediata, mediata y coautoría.

En materia de propiedad intelectual, se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica, sin que se requiera, para adquirir tal condición, el cumplimiento de requisito ni formalidad legal alguna.

En el supuesto de que surjan dudas, se presumirá autor a quien aparezca como tal en la obra, mediante su nombre, firma o signo que lo identifique. De no ser así, cuando estemos en presencia de obras anónimas o firmadas o protegidas por un seudónimo, los derechos de carácter personal y patrimonial inherentes a la condición

---

<sup>32</sup> Bustos Ramírez. **Ob. Cit**; pág. 289.

<sup>33</sup> Mir Puig, Santiago, **Derecho penal, parte general**, pág. 385.





de autor serán ejercitados por la persona natural o jurídica que saque a la luz la obra con el consentimiento del autor real, en tanto éste no revele su verdadera identidad.

“Aunque la titularidad de los derechos de propiedad intelectual viene referida, por regla general, a los autores, personas naturales, es posible que en determinados casos previstos por la ley, dicha titularidad corresponda, en principio, a las personas jurídicas. Tal sucede en los supuestos de obra colectiva, entendiendo por tal la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona, por lo común jurídica, que la edita y publica bajo su nombre y está compuesta por la reunión de aportaciones de diferentes personas, cuya contribución personal se funde en una obra única y autónoma, sin que sea posible atribuir por separado a ninguno de ellos derecho alguno sobre el conjunto realizado”<sup>34</sup>.

En materia de propiedad intelectual, la coautoría, que tiene lugar cuando varias personas han colaborado, en plano de igualdad y al margen de la parte, mayor o menor, que a cada uno corresponda, en la misma, a la creación de una obra, que es el resultado unitario del esfuerzo de todos ellos.

Podemos llamar al cómplice necesario, cooperante necesario o como quiera llamársele, sin embargo, es claro que la participación del mismo no es coautoría. Y por otro lado, al cómplice simple se le puede llamar cooperante no necesario, sin embargo, está claro que ésta es la forma más conocida de cómplice y la que en realidad debe existir con dicho nombre.

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

---

<sup>34</sup> Varios autores. **Enciclopedia Microsoft Encarta**, Microsoft Corporation. pág. 2001.



compartida y la colaboración necesaria entre varios para llevar a efecto la acción delictiva.

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

## 2.2. La participación en el delito

La participación es "la intervención en un hecho ajeno"<sup>35</sup>.

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

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.

“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 con claridad que una cosa es lo que, a efectos de pena, el

---

<sup>35</sup> Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, **Ob. Cit**; pág. 41.



Código penal considera autores, y otra cosa es lo que desde un punto de vista conceptual puede entenderse como tales”<sup>36</sup>.

Tampoco se trata de crear un tipo legal, para cada partícipe. De tal forma que se tendría atiborrado de posibles figuras delictivas, nuestro Código Penal, situación que indudablemente tendería a la confusión segura de los juzgadores.

De tal manera que se debe aclarar que el partícipe no realiza su propio injusto, con lo que se rompería la teoría del tipo legal.

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.

Situación que se presta a no individualizar por ejemplo, figuras como la de encubridores o instigadores, que aunque tengan contemplada una figura delictiva determinada en la ley, se colige que a los mismos se les toma como autores directos, eliminando de esta forma también la teoría de la participación en el delito, para este efecto. El Código Penal, establece dos figuras como los responsables penalmente del delito: autores y cómplices.

“La participación se puede entender en sentido amplio o específico, desde un punto de vista amplio comprende a todos los intervinientes en un hecho delictivo, luego también a los autores; desde una perspectiva específica sólo son partícipes aquellos que no son autores, es decir, cuya actividad está en una relación de dependencia con la del autor, que sería la principal y la del partícipe la accesoria”.<sup>37</sup> “Desde el punto de vista dogmático, la distinción entre autoría y participación es fundamental y necesaria porque la participación en si misma no es nada, sino un concepto de referencia que supone

---

<sup>36</sup> **Ibid.**

<sup>37</sup> Bustos Ramírez, Juan. **Ob Cit.** pág. 325.



siempre la existencia de un autor principal en función del cual se tipifica el hecho cometido”.<sup>38</sup>

### 2.2.1. Cómplices

Son cómplices:

- Quienes animan o alientan a otro en su resolución de cometer un delito.
- Quienes prometen ayuda o cooperación para después de cometido un delito.
- Quienes proporcionan informe o suministran medios necesarios para la realización de un delito.
- Quienes sirvan de enlace para obtener la concurrencia de estos en el delito.

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 que se debe entender por medios necesarios para la realización de un hecho delictivo, lo que conlleva a la dificultad de regular la figura del cómplice necesario.

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

La figura del cómplice necesario la desarrolló Gimbernat, con su famosa teoría de “los bienes escasos”<sup>39</sup>. Según esta, si el autor del delito no cuenta con los suficientes medios para llevar a cabo su injusto, y estos termina proporcionándoselos otro sujeto, éste

---

<sup>38</sup> Muñoz Conde y García Arán. **Ob. Cit.** pág. 385.

<sup>39</sup> Gimbernat, Enrique. **Autor y cómplice en derecho penal**; pág. 152.



último es el cómplice necesario, puesto que sin él, el autor no comete su delito. A esta figura de Cómplice necesario<sup>40</sup>, como le llama Juan Bustos Ramírez, Ignacio Berdugo de la Torre le llama: “Cooperador necesario”<sup>41</sup>.

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

Es decir que éste 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.

Podría llamarse al cómplice necesario, cooperante necesario, sin embargo, es claro que la participación del mismo no es coautoría. Y por otro lado, al cómplice simple se le puede llamar cooperante no necesario, sin embargo, esta claro que esta es la forma más conocida de cómplice y la que en realidad debe existir con dicho nombre.

Estas formas de participación intentada, 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

---

<sup>40</sup> Bustos, Juan. **Ob. Cit.** pág. 293.

<sup>41</sup> **Ibid.**



objeto de descripción de la presente investigación, empero sirve de prueba una lectura simple del Código Penal, Decreto 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 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.

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.

En la actualidad, la ciencia del derecho penal reconoce la existencia de la categoría de la autoría mediata, a través de la cual se permite imputar la comisión de un ilícito a título de autor al que se vale de otra persona para ello (autor inmediato o instrumento).

“Durante las dos décadas pasadas, los países de América Latina se caracterizaron por una ola de violencia social y de terror organizado que se tradujo en desaparición de personas, ejecuciones extrajudiciales, torturas... etc. ... Esta situación trajo aparejada la desarticulación del tejido social, la desconfianza de las instituciones y la perpetuación de la



impunidad para cometer estos delitos....Si a los efectos negativos del sistema inquisitivo imperante le sumamos la existencia de una legislación penal que respondía a concepciones positivistas, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que el derecho y el sistema judicial, una vez más, no dieron respuesta a los conflictos que en la realidad social se estaban generando y por consiguiente, no resguardaron los derechos de los ciudadanos.”<sup>42</sup>

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”<sup>43</sup>.

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”.<sup>44</sup>

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.

<sup>42</sup> González, María. **La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder**, pág. 34.

<sup>43</sup> Bustos Ramírez, Juan. **Ob. Cit.** pág. 289.

<sup>44</sup> Muñoz Conde y García Arán, **Ob. Cit;** pág. 384.



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

Además en la participación están las llamadas formas de participación intentada. Estas, 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 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 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”<sup>45</sup>.

Por supuesto, las definiciones específicas de cada una de las formas que adoptan estas conductas preparatorias punibles se desarrolla 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”<sup>46</sup>

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.

Hay que recordar que la conspiración se encuentra regulada en el Artículo 17 del Código Penal, Decreto 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

---

<sup>45</sup> Ibid.

<sup>46</sup> Ibid.



piensa y lo planea, para luego plantearse a los otros sujetos, lo 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”.<sup>47</sup>

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”.<sup>48</sup>

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 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

<sup>47</sup> Bustos Ramírez, **Ob. Cit.**; pág. 83.

<sup>48</sup> Muñoz Conde y García Arán. **Ob. Cit.** pág. 299.



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 accesoriad 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 accesoriad 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 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 investigación.



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.

Anticipadamente a las conclusiones que deje la presente investigación, el 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.

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.



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; todo 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". 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<sup>49</sup>, 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<sup>50</sup> 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 con claridad que una cosa es lo que, para los efectos de la pena, el Código penal considera autores, y otra cosa es lo que desde un punto de vista conceptual puede entenderse como tales”<sup>51</sup>.

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. Tampoco se trata de crear un tipo legal, para cada partícipe. De tal forma que tendríamos atiborrado de posibles figuras delictivas, nuestro Código Penal.

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.

---

<sup>49</sup> Bustos Ramírez, Juan. **Ob. Cit**; pág. 229.

<sup>50</sup> Muñoz Conde, Francisco. **Ob. Cit**; pág. 391.

<sup>51</sup> **Ibid.**



La teoría del dominio del hecho consiste en determinar que todos aquellos sujetos que toman parte en la comisión de un delito, pero que además saben con antelación de la perpetración de éste, constituyen autores, que por lo tanto no pueden “participar”, porque sino serían cómplices, al “participar” en el hecho de alguien más. Contrario a lo que establece la Teoría de la participación, que establece, 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.

Finalmente, otra teoría que podría 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.

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 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, se presenta la oportunidad de estudiar todas la figuras que se regulan en él, de manera que puedan desarrollarse en forma adecuada, haciéndolo más dinámico, efectivo y funcional.

Cuando son varios los participantes en un delito, y todos actúan en coautoría, porque antes se han puesto de acuerdo y concertado en cuanto a su consumación del ilícito y por lo tanto, aunque burda constituye la repartición de papeles y roles que desempeñaran en la realización desde el punto de vista material.

El delito colectivo si ciertamente, en forma provisional puede ser tomado como una forma de participación en el delito, deja de serlo cuando los autores se convierten en una pareja, o grupo que delinquen habitualmente y como consecuencia de una consigna grupal.

Al respecto de delito colectivo, Guillermo Cabanellas señala: “El llevado a efecto por dos o más personas contra un tercero o contra varios, pero siempre con desproporción considerable de fuerzas a favor de los agresores”<sup>52</sup>

Las formas que adopta un delito colectivo son: la pareja criminal, la asociación de malhechores y la secta criminal, en todos éstos, la presencia de la premeditación en la realización de sus acciones ilícitas, es un principio que nos permite diferenciarlas del delito de muchedumbres y encasillarlas en el lugar de los delitos colectivos.

La diferencia concreta y tangible entre delito de muchedumbre y delito colectivo es básicamente la intención que hace surgir un plan entre los participantes en un delito colectivo, contrastando con la casualidad, eventualidad y homogeneidad del grupo que compone una acción con la que se nombra al delito de muchedumbre.

---

<sup>52</sup> Cabanellas De la Torre, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**, pág. 116.





Como se verá adelante, el delito de muchedumbre tiene una amplia semejanza con la secta criminal, puesto que según Luis Jiménez de Azúa: “De la secta criminal a la muchedumbre delincuente el paso es corto. Éste es el fenómeno más agudo y típico de delito colectivo. Pero exige tratamiento propio. Hay a veces, más o menos visibles, conductores y conducidos, pero... en la mayoría de casos no pueden señalarse. Existe un estímulo que provoca la sugestión y el contagio con que se identifican los individuos reunidos, y todos son a la par, caudillos y arrastrados”<sup>53</sup>.

Por tales señalamientos, queda categóricamente establecido que las figuras de delito de muchedumbre y delito colectivo son muy parecidas pero no son idénticas una con la otra. La definición de muchedumbre que nos brinda el Diccionario de la Lengua es: “reunión de gran número de personas”.<sup>54</sup>

Se puede definir en tal sentido a la muchedumbre como el conglomerado de personas, sin embargo, el elemento que lo torna aplicable a nuestro caso es el de que dicho conglomerado no tiene un fin común hasta el momento en que perpetran un ilícito. De tal suerte, que no los impulsa ni la causalidad ni un estado emotivo generalizado.

Es la forma más reducida en cuanto a número de participantes del delito colectivo, y debe entenderse como se dijo, como una pareja que se propone y consuma un delito. Luis Jiménez de Azúa señala que: “La forma más simple y embrionaria del crimen colectivo es la pareja criminal (en la que siempre hay uno que domina íncubo y otro que es sugestionado súcubo)”<sup>55</sup>.

A partir de la pareja criminal, es decir, tres delincuentes en adelante son ya una asociación criminal. “La segunda manifestación del delito colectivo, la asociación de malhechores. La sugestión, con un íncubo o conductor, y varios súcubos o conducidos, es el fenómeno que las explica”<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> Jiménez de Azúa, Luis. **Ob. Cit.** Pág. 350.

<sup>54</sup> **Diccionario de La Lengua Española.** Pág. 885.

<sup>55</sup> Jiménez de Azúa, Luis. **Ob cit.** Pág. 886.

<sup>56</sup> **Ibid.** Pág. 887.



La secta criminal también es una asociación criminal, sin embargo lo que la hace diferente de ésta es el hecho de llevar a cabo sus acciones creyéndolas constitutivas de fines sociales o altruistas. Es decir que la secta criminal surge desde el momento en que el grupo de responsables se propone un delito creyéndolo una causa justa o un mal necesario para lograr un resultado noble.

“El tercer lugar en el estudio del crimen colectivo lo ocupa la secta criminal que es la forma crónica de la muchedumbre delincuente”<sup>57</sup>.

Ejemplos de secta criminal la encontramos en organizaciones como la del Ku Klux Klan, entidad terrorista secreta creada en los estados sureños de Estados Unidos durante el periodo de la Reconstrucción que siguió a la Guerra Civil estadounidense y que se extendió geográficamente en el siglo XX. El Klan original fue fundado en Pulaski (Tennessee, Estados Unidos) el 24 de diciembre de 1865, por seis antiguos oficiales del Ejército Confederado que dieron a su sociedad un nombre adaptado de la palabra griega kuklos ('círculo'). Aunque la organización tuvo en sus comienzos un carácter social de tipo lúdico, sus actividades pronto se dirigieron contra los gobiernos republicanos de la Reconstrucción.

El 17 de mayo de 1954, el Tribunal Supremo de Estados Unidos dictaminó que la segregación racial en las escuelas y colegios públicos era inconstitucional. Esto incitó al Klan a nuevos actos de violencia y a tratar de incrementar sus filas, pero no contribuyó a su unidad interna, ni a aumentar el número de sus miembros.

A finales de la década de 1950, a medida que ganaba fuerza el movimiento a favor de los derechos civiles y empezaba a disminuir la resistencia a la integración en todo el Sur, el Klan continuó oponiéndose tenazmente a dichos programas y continuó realizando actos de violencia racial, intimidación y represalias. Tras promulgarse la Ley

---

<sup>57</sup> Jiménez de Azúa, Luis. **Ob cit.** Pág 888.



de Derechos Civiles de 1964, experimentó un notable aumento de miembros, llegando a contar en 1965 con unos 45,000.

A mediados de la década de 1970 el Klan había recuperado cierta popularidad en el Sur. Algunos de sus miembros reconocidos se presentaron como candidatos a cargos públicos, obteniendo gran número de votos. En esos momentos, existían aproximadamente unas 15 organizaciones distintas. A finales dicha década resurgió una oleada de violencia y en 1980 el Klan abrió una delegación en Toronto (Canadá). Se calcula que contaba con 5.000 miembros a finales de la década. Un antiguo gran brujo del Klan, David Duke, fue elegido para la Cámara de Representantes por Luisiana en 1989. En 1991 se presentó a las elecciones estatales para gobernador pero no tuvo éxito

Habiendo explicado las variedades de clases del delito colectivo, se puede ahora establecer que ciertamente puede tipificarse como delito aquellas conductas que siendo comunes a un grupo pueden lograr la ilicitud en todos. Por lo tanto, el delito colectivo si es una figura delictiva propiamente dicha, por lo que su naturaleza jurídica es la de ser un ilícito penal.

Primeramente se establece que el delito colectivo es un aspecto de parte especial, por lo que debe regularse como delito en el Código Penal, mientras que el delito de muchedumbre es parte general, puesto que evidencia una estructura más propia para la participación en el delito. En cuanto a cuadrilla, la misma es de los llamados delitos en banda, y obedece su nombre etimológicamente a que por lo menos sean cuatro. Su diferencia con las anteriores es que esta modalidad más bien es vista como una circunstancia agravante, regulada en el Artículo 27 del Código Penal, en su parte general cuando en su numeral 14 señala: "Hay cuadrilla cuando concurren a la comisión del delito más de tres personas armadas".



La otra mención que recibe este término en el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, es en el Artículo 252, como forma agravada específica del robo.



## CAPÍTULO III

### 3. El cooperante en el Código Penal

#### 3.2. Elementos generales

El cooperante no se encuentra regulado en el Código Penal como tal. Algunas de las formas que adopta según la figura delictiva que se trata, podrían tomarse como tal, aún siendo clasificaciones que según el Decreto 17-73 del Congreso de la República (equivocadamente) tiene el autor o el cómplice.

Como se vio, en el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, únicamente se contiene la regulación legal del autor de un delito y el de un cómplice; no así el del cooperante.

Por ello, primero que nada se procede a explicar lo que constituye un cooperante y luego, sentadas las bases conceptuales de tal tema, será necesario deslindarlo de lo que constituye un cómplice. Haciendo de paso, una diferenciación entre cooperante y autor.

Se sostiene que toda concepción preventivista en torno a la teoría de la pena, guarda una relación intrínseca con los imperativos en materia de teoría de las normas, razón por la cual, las críticas que se centran sobre las primeras, afectan en igual modo a la última, cuestionándose así criterios tales como merecimiento, motivación y reproche, por ejemplo.

Desde el punto de vista de una teoría agnóstica de la pena, la existencia real de la norma, o considerar que la misma determina un injusto, no puede sostenerse, ya que de lo contrario se estaría habilitando la posibilidad de concebir a partir de una norma defraudada real, el fundamento necesario para la legitimación de la pena, desde un ángulo preventivista.



La parte de la doctrina que denomina a la legislación existente en materia penal como norma, suele distinguir entre primarias (las destinadas por el soberano a los súbditos) y las secundarias (dirigidas a los órganos del Estado encargados de la imposición de la pena en caso de transgresión de las mencionadas con anterioridad).

Sobre las normas primarias mentadas, se construyó la teoría de los imperativos, que proviene de Austin y fue corregida por Thon: “El primero de los autores, ponía el acento en la necesidad de la coacción asociada a la idea de imperativo, en tanto que al segundo no le interesaba tanto la referencia a la coacción, sino que más bien daba énfasis a la función motivadora de aquella. Para Thon, debido a que sólo existen mandatos y prohibiciones (versión monista de la teoría), no habría en su esquema lugar para los permisos, con lo cual se reconoce la indiferencia entre tipicidad y antijuridicidad, con la consecuente admisión de la teoría de los elementos negativos del tipo.”<sup>58</sup>

Para Binding, a diferencia de los dos autores anteriores, las normas no forman parte del derecho penal, sino que apuntó a encontrarlas en el resto del ordenamiento jurídico, base en la que halla el carácter fragmentario y sancionador de la ley penal. Otros autores, por su parte, intentaron ubicarlas como normas de cultura (Mayer), mientras que algunos buscan hoy su esencia en la violación de deberes derivados de roles sociales (Jakobs).

Siguiendo con las ideas que el autor mentado propugna, es preciso manifestar que La adecuación social de la conducta, nunca dejó de ser un instituto muy criticado (desde su primigenia exposición por Welzel, hasta la actual, a través de Jakobs), debido a que no se puede evitar hacer una distinción entre los individuos que participen de la definición de qué es lo adecuado socialmente, y quienes no pueden hacerlo.

En este sentido, una teoría acotante, sólo debe establecer su línea divisoria entre la cantidad de irracionalidad tolerable desde el punto de vista de vulneración de

---

<sup>58</sup> Ibid.



derechos de personas, y no con la contradicción del obrar humano con la noción de la razón de Estado. Entonces, entender a una conducta como una infracción a una norma de determinación es un presupuesto falso, por dos cuestiones centrales.

Por una lado, la equivocidad de los discursos preventivistas, demostrable empíricamente, que ante el fracaso fáctico se sigue sosteniendo desde un punto de vista simbólico, no hallando otro sustento ello que el mero ejercicio del poder irracional por parte del Estado.

Por otro lado, se encuentra la selectividad del sistema penal. Este dato de la realidad es otro de los argumentos centrales que pone en crisis la racionalidad de las teorías preventivistas, ya que el paradigma que sostiene que la sanción penal es un instrumento que se impone en forma indefectible frente a la conducta contraria al deber, y así motiva la abstención (de ese individuo en el futuro, o del resto de la comunidad) de tales acciones, no permite explicar la dinámica real del sistema, que solo descarga su furia criminalizante sobre determinadas personas en determinadas situaciones, con independencia de la conducta que realicen y de la norma imperativa que su actuar vulnere.

Más allá de este cuadro de situación, válido es sostener que todas estas posturas son susceptibles de recibir la misma crítica. Es decir, todas ellas poseen una perspectiva ideal sobre las normas, debido a que asignan un carácter real a un mero recurso metodológico, confundiéndose, de esta manera, la forma del conocimiento con el objeto por conocer.

Esto es, del contenido de las normas no puede concluirse que las mismas contengan imperativos en forma de prohibiciones o mandatos, que hagan que las personas se abstengan o se obliguen a realizar determinados comportamientos, sino que, en realidad, y como se sostuvo párrafos anteriores, la simple labor del legislador - cuya racionalidad no puede afirmarse- seleccionando conductas que luego podrán -o



no- ser criminalizadas por el resto de las agencias que laboran en el sistema penal, es la esencia misma del complejo normativo en cuestión.

Por ello, uno de los principales presupuestos de la teoría de los imperativos (el fin preventivo de la pena, y el consiguiente efecto motivante de la norma) cede ante las oposiciones que un derecho penal contentor del ejercicio del poder punitivo le realiza, a partir del reconocimiento del dato mismo de selectividad criminalizante. Por otra parte, negamos la existencia de una norma antepuesta al tipo, ni en la ley ni en la cultura, sino que esa es una simple deducción que se realiza a partir de los mismos tipos penales

La figura de la muchedumbre es más bien una figura sociológica y psicológica, desarrollada ampliamente por los italianos y planteada a partir del Congreso de Antropología Criminal de Bruselas, celebrado en 1892, donde presentó Gabriel Tarde, una ponencia sobre el delito colectivo. Más tarde se sucedieron otros eventos de importancia que fueron definiendo el contenido de una figura jurídica que no precisaba al delito de muchedumbre, sino más bien al delito colectivo, (delito cometido por varios sujetos), y con éste, una serie de otras figuras relativas, que aún así no eran delito de muchedumbre; refiriéndose a la pareja criminal, a la secta criminal y la asociación de malhechores, por lo que el delito colectivo es el género que da origen a las especies. Sin embargo, el delito de muchedumbre, por su relación con las Ciencias sociales mencionadas es cuestionable en su tratamiento como figura jurídica propiamente.

Debido a la poca aplicación jurídica del término y contrariamente la abundancia que suscita el tema en otras categorías científicas como la psicología, o la sociología, los comportamientos de cada individuo que actúa manifiestamente alterado, la muchedumbre se puede concebir como un concepto prejurídico, lo cual quiere decir fuera del ámbito de la ley.

Por tal motivo además el tema es muy poco abordado por tratadistas penales, puesto que lo consideran un tema no jurídico, o simplemente, no lo consideran. Lo cual es





fácil comprobar al leer los textos de autores nacionales como el Manual de derecho Penal de los Licenciados Héctor Aníbal De León Velasco y José Francisco De Mata Vela.

El delito de muchedumbre se encuentra regulado en el Código Penal en su parte general, como participación en el delito, sobre la simple e insustancial base de que genera "participación". Es decir confluencia de autores con cómplices, pensándose equivocadamente en una forma de codelincuencia o coautoría. Ciertamente cuando un grupo o colectividad de sujetos comete un delito, existe un ilícito que reviste antijuridicidad y en muchos casos se desarrolla estrictamente un tipo penal, por lo que además se puede decir que tiene tipicidad; sin embargo, esta misma situación no se presenta en el caso de la culpabilidad, la cual puede atenuarse o incluso diluirse entre la multitud, por los motivos emocionales o psicológicos que dan origen a las acciones de esa misma multitud. Situación que trae aparejado el que su tratamiento no sea precisamente jurídico sino de otra índole científica.

Por lo mismo, resulta poco fácil establecer la definición. Por un lado puede observarse la misma al citar el Artículo 39 del Código Penal; sin embargo, dicha circunstancia no es más que confundirse más aún del verdadero tratamiento que debe darse, y la forma científica en que se debe asumir el tema. Debido a que el objeto es establecer una definición "aceptable" que básicamente describa lo que en el presente trabajo se entiende por delito de muchedumbre o como quiera llamársele a la figura contenida en el Artículo 39 del Código Penal, que aún siendo así debe tener el mayor parecido posible con el espíritu del legislador que incluyó en dicha norma penal a aquella figura, se procede a continuación a deslindar lo que se entiende como muchedumbre, (definición de carácter universal que sirva tanto para efectos jurídicos como para otras categorías científicas), para establecerse con mayor claridad lo que se debe apreciar cuando dicho ente (al que podemos calificar anticipadamente de: "social") comete un delito y por tal motivo debe determinarse su grado de responsabilidad penal.



Fueron los italianos, los que en su Código Facista de 1930, y por la influencia de Garófalo, los que determinaron la famosa “causa de sugestión multitudinaria” como circunstancia atenuante de la responsabilidad penal.

Garófalo beneficiaba a los acusados en este tipo de delito de muchedumbre pero que además resultaban delincuentes ocasionales, con la llamada doctrina del vicio parcial de mente, por la que sentaba la posibilidad de disminuir su responsabilidad, atenuándola.

Se hace énfasis en que para poder gozar de ese beneficio, el reo tenía que haber delinquido por primera vez, puesto que en caso contrario sería reincidente o habitual, a lo que los positivistas llamaron “delincuente nato”.

Sin embargo, todas estas consideraciones tienen como crítica o criterios opuestos, dos en particular. Primero que ya es sabido el resultado que arrojaron los estudios que en materia de delincuente y teoría del delito se hicieron en la última parte del siglo veinte, los cuales llevan a descartar los estudios de los delincuentes como algo “natural”, y a sus acciones como obra de una “causalidad”, sea esta natural, valorativa o social.

Por otro lado, probablemente el criterio más serio en contra de concebir al delito de muchedumbre como circunstancia atenuante de la responsabilidad penal, es decir como causa de sugestión multitudinaria, consiste en que la doctrina actual pugna por la extinción de la responsabilidad penal totalmente. Luis Jiménez de Azúa lo resume así, cuando se refiere a la doctrina y legislación penal de los italianos: “Apresurémonos a decir que esta tímida tendencia está ya superada, y que hoy la doctrina proclama netamente la irresponsabilidad completa”<sup>59</sup>.

Como se mencionó el Artículo 39 del Código Penal regula lo relacionado con el delito de muchedumbre de la siguiente forma:

---

<sup>59</sup> Jiménez de Azúa, Luis. **Lecciones de derecho penal**, pág. 354.



Quando se trate de delitos cometidos por una muchedumbre, se aplicarán las disposiciones siguientes:

- Si la reunión tuvo por objeto cometer determinados delitos, responderán como autores todos los que hayan participado materialmente en su ejecución así como los que sin haber tenido participación material, asumieren el carácter de directores.
- 2°. Si la reunión no tuvo por objeto cometer delitos y estos se cometieren después por impulso de la muchedumbre en tumulto, responderán como cómplices todos los que hubieren participado materialmente en la ejecución y como autores, los que revistieren el carácter de instigadores, hayan tenido o no participación material en la ejecución de los hechos delictivos.

Quedarán exentos de pena los demás.

Esta última exención no alcanza a la reunión en si misma, cuando estuviere prevista en la ley como delito.

El Código Penal, mal regula en su Artículo 39. el llamado "Delito de muchedumbre"; lo ubica en la parte general, lo que hace muy difícil distinguir dentro del mismo, cómplices o autores, porque ésta es ya una forma de "participación en el delito", y no un delito, como su mismo epígrafe lo intitula ("delito" de muchedumbre).

En tal circunstancia, se debe juzgar según el Código, como cómplices a aquellos que participaron materialmente, y como autores a aquéllos que participaron como instigadores. Monumental error, nada más equivocado, porque basta con darle una breve lectura a lo que el Código Penal considera como cómplice; en el Artículo 37, numeral 1°. señala que serán aquéllos que animaren o alentaren, a la comisión de un delito; y luego se contradice adelante, en el Artículo 39 al considerar como autores a los instigadores, conducta ésta, que puede ser considerada como sinónimo de aquéllas del cómplice, además por no existir una definición legal de dichos términos en el Código.

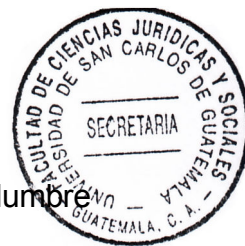


El dolo o la culpa no se presentan con toda la anterioridad necesaria para determinar su existencia. En otras palabras, suelen no ser tan claros y manifiestos en el mundo exterior. Tenemos el caso de muchedumbres que reunidas con fines muy distintos a la perpetración de un delito, para un evento de cualquier tipo cultural, por ejemplo, se encuentran a un sujeto cometiendo un hurto o asalto, y en muchedumbre finalmente lo linchan. En este caso, aquellos a los que se les compruebe relación directa, no pueden ser cómplices; sin embargo, se presenta un grado especial de omisión en aquéllos que aunque no tomaron parte directa en la perpetración del injusto, demostraron una conducta permisiva, y nada denunciativa. Por lo tanto dentro de la muchedumbre pueden haber autores, y otros simplemente cómplices.

En tales circunstancias, la ubicación sistemática el Código Penal del “delito de muchedumbre”, en el apartado de la participación en el delito, es un asunto que resulta imposible de probar y, por tanto, técnicamente equivocado, así como actualmente cuestionable.

Para el delito cometido en muchedumbre, lo que nos interesa, es que el Código Penal lo menciona como una forma especial de participación en el delito. De manera que cuando un delito se comete por una muchedumbre, y es posible establecer que su reunión fue con ese propósito (un linchamiento por ejemplo), es una participación en grado de autoría. Por el contrario, si se trata de un delito cometido en muchedumbre, que fue reunida sin el ánimo de cometerlo, entonces estamos frente a una participación en grado de complicidad.

La dificultad de esta figura, es que en muchas ocasiones, el dolo o la culpa no se presentan con toda la anterioridad necesaria para determinar la existencia de una u otra. En otras palabras, los grados del iter críminis, suelen no ser tan claros y manifiestos en el mundo exterior. Tenemos el caso de muchedumbres que reunidas con otros fines, sin la intención de cometer ningún delito, probablemente, y para un evento de cualquier tipo cultural, y en este encuentran a un sujeto cometiendo un hurto o asalto, y en



muchedumbre finalmente lo linchan. En este caso, algunos dentro de la muchedumbre pueden ser autores, sin embargo, no se han reunido con ese objeto.

Al respecto, la tesis sostenida hace dos décadas por el licenciado Guillermo Alfonso Monzón Paz, es contraria a la del Código Penal y lo explica de esta forma:

“Es cierta nuestra afirmación puesto que si analizamos el Artículo 39 del Código referente al delito de muchedumbre, vemos que el mismo se dirige a violentar jurídicamente las garantías constitucionales de asociación y de la libertad de trabajo, puesto que la exigencia del respeto de dichas garantías trae como consecuencia la unión de obreros y campesinos, quienes tratan de luchar por mejorar las condiciones misérrimas en que se encuentran, siendo su única forma de lucha la de agruparse públicamente, dirigiendo sus peticiones al Estado, peticiones que justificadamente pueden llegar a ser exigidas por la fuerza. Para evitar precisamente que la unión de los trabajadores guatemaltecos pudiera poner en peligro el régimen económico y social imperante, fue que se creó el delito de muchedumbre, delito que no tiene ninguna sustentación científica y que al apartarse del positivismo jurídico lo hace con las intenciones que hemos señalado. Veamos en forma crítica lo que dice el Artículo 39 ya mencionado: "Cuando se trate de delitos cometidos por una muchedumbre, se aplicarán las disposiciones siguientes..." En primer lugar, el Código no precisa qué debe entenderse por una muchedumbre con lo cual deja abierto el camino a la interpretación analógica y extensiva de los tribunales para su calificación, lo que indiscutiblemente podrán aplicar antojadizamente su criterio sin ninguna limitación; claro está, que considero que al hablar de muchedumbre, el Código lo hace con la intención de aplicar sus preceptos a reuniones pacíficas de obreros o campesinos ya que de lo contrario no tendría mayor fuerza la reclamación que se hace. No está lejos el caso de los trabajadores de la embotelladora Coca-Cola de Guatemala que fueron sometidos a vejaciones por agentes de la autoridad llamados por los empresarios y consignados a los tribunales por el delito de muchedumbre, cuando lo único que hacían era exigir pacíficamente el derecho que les da el Código de Trabajo de sindicalizarse. En segundo lugar, vemos que las reglas que el Código da para determinar la responsabilidad de la muchedumbre son totalmente anacrónicas, vagas e



inconsistentes y nuevamente, se refleja el objetivo principal que es el de atentar contra los derechos colectivos de los trabajadores: los supuestos en que se basan también son incomprensibles, puesto que la sustentación positiva que tienen contravienen preceptos o garantías constitucionales vigentes en Guatemala. Veamos, la regla primera dice que si la reunión tuvo por objeto cometer determinados delitos responderán como autores los dirigentes aunque no hayan participado, lo cual es absolutamente inaceptable, puesto que es exigencia dentro de la propia doctrina positivista, que para que haya responsabilidad penal, es necesario haber participado materialmente en el hecho, y en este caso, se trata de imputar a los dirigentes de la reunión una participación que no han tenido, con lo cual se atenta directamente contra aquellas personas que representan por su capacidad de líderes alguna peligrosidad individual para la clase dominante. La segunda regla es aún mucho más imprecisa y violenta que la anterior puesto que utiliza términos que no son jurídicos y lo que es más, establece: que serán responsables las personas que participen en la muchedumbre, aunque ésta no haya tenido por objeto cometer ningún delito; y, oculta en un párrafo aparte se encuentra una norma que es el punto final en contra de las manifestaciones públicas o privadas de los obreros y campesinos y en general de los trabajadores. Me refiero al párrafo que dice: "que quienes participan en una reunión o manifestación, serán responsables por el sólo hecho de la reunión, si estuviera prevista en la ley como delito".<sup>60</sup>

Esta es la forma en que se vulnera uno de los derechos que tiene alguna relevancia práctica en el país, como lo es el de asociación, ya que en cualquier momento en que la reunión que se esté verificando dañe los intereses económicos de la clase dominante, se presenta el delito de muchedumbre para violentar con extrema dureza las manifestaciones pacíficas pro-mejoras de las condiciones infra-humanas en que se encuentran los trabajadores guatemaltecos, muchos han sido los ejemplos que han sucedido en el último año en Guatemala, en las cuales se ha aplicado el funesto claro y que no oculta ninguna de las intenciones que lleva con el fin de acallar las justas demandas de los guatemaltecos. Obsérvese pues que no es festinada la crítica que hago a esta regulación de la participación en el delito que trae nuestro Código Penal. Por el contrario, he

---

<sup>60</sup> Ibid.



abundado en argumentos, pero la realidad es que se encuentra regulado en el ordenamiento legal una forma de participación que tiene por objeto destruir por así decirlo el derecho de asociación y de libre reunión de los trabajadores del campo y de la ciudad adoptando una regulación que viene a poner de manifiesto la talla total de la seguridad, de la libertad de trabajo y la libre asociación de las que tanto se aprecia en nuestro Estado Constitucional de derecho de Guatemala, esta norma penal no puede ser más que producto, como ya lo referí en párrafos anteriores, de un pensamiento imperialista que trató y obtuvo mediante la complicidad de los gobiernos latinoamericanos, de proteger sus inversiones económicas aunque la realidad de Guatemala sea totalmente diferente a las demás.”<sup>61</sup>.

La veracidad de las pruebas que, quedan en un delito que ha sido cometido por una multitud de sujetos, es bastante cuestionable, toda vez que cada sujeto cuenta los hechos a su manera y mientras más son, más variada es la gama de relaciones de hechos. Por tal motivo, no puede establecerse con claridad la participación en el delito, por lo que además no puede esclarecerse el nivel de responsabilidad penal.

Ante tales circunstancias, sería un error contener al delito de muchedumbres en un tipo penal de los de la parte especial del Código, puesto que la descripción de tal ilícito sería muy poco precisa. En tal sentido, tampoco puede denominársele correctamente, al hecho cometido por una muchedumbre como “delito”, puesto que tan sólo para principiar no tiene un tipo penal específico, contenido en la ubicación sistemática adecuada a todos los tipos penales.

Por lo tanto, es preciso explicar un poco la concepción que acerca de delito se debe tener:

El delito es una conducta realizada por un sujeto, la cual puede consistir en hacer o en dejar de hacer, es decir, que dicha conducta puede ser una acción o una omisión. Esta conducta además debe estar reñida con los valores que defiende la ley y por tanto, estar

---

<sup>61</sup> Monzón Paz, Guillermo Alfonso. **Violencia institucionalizada**, págs. 13 y 14.



prohibida por la misma, es decir, ser ilegal. Sin embargo, para poder estar prohibida en la ley, debe primero estar contemplada en ésta como un delito o una falta, a la cual se le asigna dentro de la misma ley una sanción, que se aplica al responsable.

Para establecer el concepto de delito, debemos buscar el mismo en el ámbito jurídico del derecho penal vigente, puesto que de lo contrario, por ejemplo aplicar el concepto de un Código Penal derogado, aun habiendo sido éste legal, estaríamos aplicando una noción poco universal que más bien puede ser una concepción moral o ética subjetiva, es decir, un concepto producido en un ámbito prejurídico.

El Código Penal vigente, en su Título II, que habla "del delito", establece una clasificación y una enumeración de cuándo y en qué forma debe perpetrarse una acción o dejar de realizarse ésta, para tomarse como delito; sin embargo, no existe un Artículo que defina lo que es delito o falta, en el caso de esta segunda, únicamente el Artículo 480 del Código Penal se refiere a las conductas que se tiene como tal. Por lo que resulta difícil fijar la postura del Código con relación a las distintas corrientes dogmáticas que tratan de interpretar al delito por medio de la Teoría del delito. No se puede fijar tal postura sin caer en apreciaciones individuales, que por acertadas o idóneas que parezcan, no dejaran de ser eso: la apreciación personal de su jurista.

Algunos, sin embargo, manifiestan que se puede establecer ciertos parámetros para concebir al delito desde las posturas que enuncia el Código Penal, como en el caso del Artículo 10, la relación de causalidad, y la forma de concebir determinadas figuras delictivas, como el caso del homicidio, el hurto y el aborto, las cuales no son más que la manifiesta aplicación del Artículo 10, mencionado, y por lo mismo pueden constituir una idea de lo que en 1973, año en que se promulga el Código, el Legislador concebía como "delito".

Pero el hecho de que nuestro Código Penal no ofrezca una definición legal de delito, no es una cosa difícil de entender, sobre todo cuando nos damos cuenta que la "teoría del Delito", herramienta básica para entender al mismo, tiene apenas un siglo de





existir, y difícilmente los tratadistas llegan aún, a concensuar sobre la forma con la cual debe estructurarse la misma y, por lo tanto, tampoco a una definición de aceptación universal. Aunque es gracias a la teoría del delito que se ha podido llegar a determinados consensos, también es cierto que en cuanto a la estructura del delito (“elementos” o “elementos positivos o negativos”), aún existen discusiones. La existencia de los elementos en general (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), sirven para definir doctrinariamente al delito (y en algunos países como España, también de manera legal,) Podríamos incluso apuntar una sucinta idea de cada uno de esos elementos sin que tampoco existieran graves discrepancias. Así, la exigencia de una conducta humana se evidencia por la propia función del Derecho Penal y del resto del ordenamiento jurídico: ordenar la convivencia de las personas.

De manera que, por la teoría del Delito, establecemos de forma tripartita que el mismo es: "una conducta típica, antijurídica y culpable". Además que esta conducta debe tener establecida en la ley una pena, es decir, debe adolecer de punibilidad. Este último elemento, la punibilidad, deja en claro el conocimiento equivocado sobre que delito es una conducta "mala", no es sino una apreciación vulgar y nada científica,. Por cuanto el delito, es aquella conducta que tiene asignada en la ley penal, una sanción.

Es lo establecido en este último párrafo lo que debe sentar la diferencia entre el Derecho Penal con cualquier otra rama del Derecho, y lo que sienta las bases para la discusión sobre ¿qué conductas puede el Estado penalizar? y ¿cuáles no?. ¿Qué clases de pena establecer y cuales no? ¿Qué magnitud debe tener la pena?. Este subtema, se debe referir cuando se tengan los suficientes elementos de las conductas a las que puede el Estado aplicar su "ius puniendi" (facultad de penar).

El concepto que se debe tener acerca de lo que es delito, debe incluir el hecho de que la conducta calificada como tal, es una actividad contraria al orden jurídico y que dicho orden jurídico protege ciertos intereses. Se establece que los intereses que protege el legislador al definir una conducta como ilícita debe reñir con la generalidad, es decir, el grupo de personas que se afecta con la conducta ilícita debe ser la mayoría de la



sociedad. Interés social, que es parte del status quo que protege el Derecho. vulnerabilidad de la cual adolecen la sociedad y que se encuentra regulada en ley se puede clasificar como bienes jurídicos tutelados.

En suma, la conducta de quien comete un delito reviste de antijuridicidad, puesto que es contraria al orden jurídico establecido. Es por tanto, un injusto penal. Este injusto debe sancionarse, por lo que la conducta tipificada como antijurídica e ilícita, tiene asignada una pena.

La tipicidad no implica precisamente una pena, y la punibilidad reviste un elemento totalmente autónomo en el delito. El problema de la punibilidad, estriba en que se deben establecer las condiciones objetivas o externas que se presente en determinada conducta. Sin embargo, como se dijo, el delito debe ser considerado en tres aspectos especiales: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Dado que el presente trabajo constituye un trabajo individual que implica la síntesis de los temas estudiados y la redacción de los mismos en expresión de lo que se piensa, se precisa que el delito, cualquiera que sea, es una conducta típica, antijurídica, por estar contenida en una norma penal que protege intereses o bienes jurídicos ordenados en torno a una estructura social, y que dicha conducta debe además ser culpable, por las características que revista la acción o la omisión, así como las aptitudes del sujeto, y que dentro de la misma norma penal que la contiene, se le asigna una clase y categoría de pena cualificada y cuantificada de acuerdo con el Derecho Penal vigente.

Por la alusión que se hizo en la exposición previa a la anterior conclusión, de los intereses que protege el Derecho Penal especial, y la forma en que lo hace, es necesario explicar en párrafos aparte el tema del bien Jurídico tutelado a manera de fundamentar lo que se trata posteriormente, sobre los principios del Derecho Penal.



Bacigalupo señala que: "Delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena"<sup>62</sup>.

De esta forma también lo explica Muñoz Conde, quien afirma además que siendo así se trata de llevar a su justa dimensión el principio de legalidad penal: Nullum crimen sine lege.

Es decir, que para poder construir una definición más completa, debemos agregar a lo apuntado párrafos arriba que el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable y que dicha conducta es un acto o una omisión a la cual el Estado ya sea en ejercicio de su poder o en cumplimiento de su deber, asigna una pena.

El punto básico o de partida en donde se debe analizar la responsabilidad, (penal por supuesto), de cada sujeto en el delito de muchedumbre, es aquél en el cual se distinga quien en realidad puede llegar a tener dicha responsabilidad penal y en qué grado. (Si es que en realidad se puede establecer).

Anticipadamente, se puede hablar de que existen primariamente dos elementos que tornan imposible el deducir responsabilidades en el delito de muchedumbre. El primero la dificultad de ubicar a los verdaderos responsables, a los conductores de los conducidos; a autores de simples partícipes. Por tal motivo este elemento podemos nombrarlo como la imposibilidad de probar la participación en el delito. Y en segundo lugar el elemento psicológico que ha dado origen al hecho, es decir, como se mencionó también en el primer capítulo de la presente tesis, es imposible desligar los elementos emocionales que conducen a la multitud a cometer un delito y por tal motivo la consideración de concebir efectivamente al hecho cometido por una muchedumbre realmente como un delito.

Por aparte, se puede llegar a considerar al delito de muchedumbre o al hecho cometido en esa forma una simple falta, o en otro de los casos la consideración del

---

<sup>62</sup> Bacigalupo, Enrique. **Derecho penal parte general**, Pág. 24.



delito de muchedumbre una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, la cual tendría que ser definitivamente atenuante. Todo lo cual se procede a explicar en el presente capítulo para determinar una propuesta.

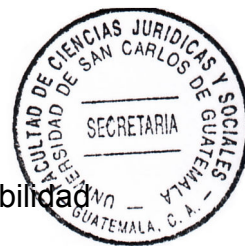
En los días de la edad antigua, los criminalistas recurrían a establecer que en un delito de muchedumbre todos los sujetos eran responsables y por tal, todos tenían que responder. Sin embargo, en nuestros días, la ciencia penal tiende a ceñirse al criterio de que en cualquier delito la responsabilidad debe establecerse de forma individual y no de forma colectiva. En ese sentido Luis Jiménez de Azúa establece que: "...la muchedumbre es responsable pero ¿Cómo y quién debe serlo en ella? El sentido corriente responde: Toda la multitud. Y la ciencia después de reflexionar en todos los aspectos dice de acuerdo con el buen sentido: toda la muchedumbre debe ser responsable. No el individuo sino la muchedumbre... Esta fue en tiempos antiguos la única forma de responsabilidad. Pero la ley en nuestros días ha individualizado las responsabilidades. Hoy se tiene en cuenta el ambiente. Hay una suerte de responsabilidad colectiva: Pero en vez de castigarse, como en la antigüedad, al reo y a su familia (ambiente), hoy la pena sólo recae sobre el autor del acto".<sup>63</sup>

Por otro lado, el mismo autor puede servir para establecer el criterio que debe regir en cuanto a los motivos emocionales que conducen a la multitud a delinquir o a cometer un acto que revista de ilícito, puesto que en sus palabras se puede definir mejor el problema que prevalece en este tema, con respecto a su naturaleza "prejurídica" que ya se mencionó, señala Luis Jiménez de Azúa:

"El problema se reduce a averiguar si en efecto es posible que un individuo honrado se deje arrastrar por la muchedumbre a cometer el mal casi en un acceso de locura momentánea, que, una vez cesado, no deja más traza y no puede dar lugar a reacción penal alguna... Lo cierto es que la sugestión en la muchedumbre es más imperiosa que en otras situaciones, y si se une al fenómeno de la identidad, podemos

---

<sup>63</sup> Jiménez de Azúa, Luis. **Ob. cit.** Pág. 360



concluir que, dadas determinadas circunstancias, puede producirse irresponsabilidad plena para el sujeto individual que actúa en una muchedumbre en tumulto”.<sup>64</sup>

En resumen, en cuanto al criterio que establece el delito de muchedumbre como algo más bien prejurídico, nos remitimos a lo afirmado en el capítulo primero y a lo señalado por el tratadista Jiménez de Azúa, multicitado en la exposición de este trabajo. Mientras que en cuanto a la responsabilidad que debe deducirse en el Delito de muchedumbre se procede a explicarla según los criterios que existen al respecto.

Los criterios que debemos establecer para medir el grado de responsabilidad criminal o responsabilidad penal de los sujetos que intervienen en un incidente de muchedumbre en tumulto, se clasifican de conformidad con tres aspectos, el sujeto o elemento personal; el móvil o elemento subjetivo y la forma en que se da el hecho para poder probarse, la forma de exteriorizarse, es decir el elemento objetivo. Estos mismos tres aspectos o elementos se convierten en criterios y los podemos resumir en los siguientes términos: conductores y conducidos; el motivo y la dificultad de prueba.

Así como todo delito precisa establecer la forma en que participa cada sujeto en su ejecución para medir la culpabilidad y grado de reprochabilidad del individuo, el delito de muchedumbre que realiza su acción en tumulto, no puede prescindir de un esfuerzo para distinguir a los verdaderos “conductores” de la situación, del resto de la masa, puesto que de lo contrario se tendría que juzgar, equivocadamente a la masa como multitud (tal como lo regula el Código Penal actualmente o se juzgó en el pasado).

En realidad quien dirige una acción vandálica en la calle, y logra excitar a los “muchos” para cometer determinado delito, es una persona verdaderamente delincuente, puesto que “instiga” y “provoca” a otras a hacer cosas que bajo condiciones normales no realizarían. Un grupo de manifestantes pacíficos terminan saqueando un lugar de comercio o linchando a un individuo, por la motivación de una

---

<sup>64</sup> Jiménez de Azúa, Luis, *Ob. Cit.* Pág. 361.



persona, empero ésta última puede haber sido movido a su vez, por dos circunstancias únicamente. Primero por verdadera intención criminal es decir tener un interés por robar del comercio o dar muerte al individuo que al final la muchedumbre ajustició sin él mancharse las manos. Pero, en este caso no se debe olvidar que el “conductor” es un verdadero delincuente que no delinque sino con dolo previo, por lo tanto la solución a dicha situación o es en delito colectivo o se le juzga por el delito que sea, en grado de instigador (situación que contempla el Código Penal vigente, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala en el Artículos 17, 377, instigación al genocidio, y el 386 proposición y conspiración).

Por otro lado, si el delincuente no tiene un interés en el resultado, es decir, no se planteó con anterioridad la situación que pasaría, sino en ese preciso momento, resulta obvio que el delincuente tiene problemas de personalidad y perfila a un sociópata, situación que podría devenir, eventualmente en causa de eximente de responsabilidad penal.

Efectivamente el conductor de las masas se convierte en un instigador de las mismas, lo que se encuentra regulado de forma somera en el Artículo 17 del Código Penal. Se dice de forma somera, puesto que no existe una definición legal del término. Sin embargo, entre la masa, podría haber gente que nunca ha delinquido, y que si lo hace, es por la instigación del conductor.

Fuera de los casos comprendidos en la exposición anterior, no es posible distinguir a los conductores de los conducidos. Dichos criterios quedan expuestos por Sighele, citado por Jiménez de Azúa que señala: “en las muchedumbres no suelen existir verdaderos conductores, o éstos están tan lejanos y oscuros que se confunden con los conducidos; mejor dicho, todos son masa, arrastrados, sugestionados por el estímulo”<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> Jiménez de Azúa, Luis. **Ob Cit.** Pág. 352.



El motivo, tiene especial importancia en el sostenimiento y defensa de la hipótesis que da origen al trabajo presente de Tesis, toda vez que aporta los argumentos que de no expresarse con la suficiente claridad, podrían servir para la invalidación de aquélla.

Si se demuestra por ejemplo que el robo, la violación o el asesinato no pueden cometerse por circunstancias pasionales o como consecuencia de una inducción o excitación a su perpetración, se podría pretender que en la presente exposición lo único que importa es defender a los delincuentes y de paso liberarlos de ser juzgados, cuando cometen sus fechorías bajo el manto de la multitud. La realidad es otra. La hipótesis de la presente investigación se sustenta en los supuestos de que las multitudes reaccionan a estímulos emocionales y se convierten en lo que podría nombrarse como delincuentes ocasionales, respondiendo a conductas que bajo otras circunstancias no cometerían. Ya bastante se ha expuesto de lo dicho, sin embargo se cita a continuación a Lanuza que señala:

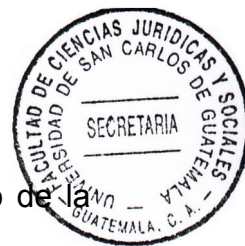
“...los linchadores lo son por profundo horror al delito, y no pueden ser condenados como criminales...”<sup>66</sup>. El contenido de la anterior cita la realiza Lanuza, refiriéndose al tema que constituye la Ley de Lynch, sobre la que han escrito muchos a favor y otros en contra, sin embargo, Jiménez de Azúa señala: “Yo no siento entusiasmo alguno, pero ésto no quiere decir que me parezcan delincuentes vulgares los que linchan a un criminal”<sup>67</sup>.

Es necesario señalar en este apartado que si un sujeto actúa por emoción, su responsabilidad penal puede bien ser modificada, (atenuada o agravada según sea el caso) o bien ser definitivamente extinguida. Lo cual en otras palabras significa que el móvil en un delito de muchedumbres no puede usarse al contrario y revertirlo para castigar severamente a los pocos que haya podido capturar la policía de entre la multitud, ésto sería tanto como juzgar por venganza, por reacción o revancha. Por otro

---

<sup>66</sup> Jiménez de Azúa, Luis. **Ob Cit.** Pág. 352.

<sup>67</sup> **Ibid.** Pág. 352.



lado no debe olvidarse que cualquier motivo pasional o emocional dista mucho de la llamada “intención criminal”, es decir, dolo.

La dificultad de la prueba se resume al simple hecho de constatar en la calle cuando ha ocurrido cualquier incidente tumultuoso, que cada uno de los participantes o incluso los espectadores, dan una versión diferente de las cosas. Por tanto, mientras mayor es el número de individuos que participa en la multitud, mayor será la dispersión que sufra la verdad y por tanto la forma de comprobarla. Por el contrario, cuando son pocos los individuos son pocos los testimonios a escuchar, mayor facilidad habrá de determinar cual es la verdad procesal y menor la variedad entre la que el fiscal tendrá que investigar.

El delito de muchedumbre contenido en el Código Penal, no puede concebirse modernamente como una forma de participación, por todo lo apuntado en el capítulo segundo de esta tesis. Si el delito de muchedumbre no puede concebirse como un delito, para ser incluido en la parte especial del Código Penal, por lo sustentando en el mismo capítulo segundo de la investigación presente, así como en la primera parte de éste capítulo, entonces se debe, (por eliminación), excluir aún, otros criterios en los que puede incluirse para su concepción la figura de la muchedumbre. Éstos criterios pueden ser: el hecho cometido en muchedumbre, como “falta”; el hecho cometido en muchedumbre como circunstancia atenuante; o bien, como causa de inculpabilidad.

Se puede pretender, como solución alternativa a la figura penal conocida con el nombre de delito de muchedumbre, reducirla a una simple falta, por la cual se le impondría a los responsables simplemente una multa, o prisión no mayor a sesenta días.

Esta solución, sin embargo, no puede ser relevante jurídicamente, toda vez que no sería congruente muchas veces el resultado dañoso con la pena impuesta. Queda la posibilidad de ser tomada en cuenta dicha concepción de los hechos cometidos en tumulto, cuando es necesario establecer un precedente





## CAPÍTULO IV

### 4. Regulación legal de las formas de participación intentada

#### 4.1. Análisis de su regulación

La tipificación de las conductas como delictivas puede variar, en alguna medida, según los tiempos y los países, pero en todo caso se tutela a la persona y sus bienes (vida, integridad física, propiedad, honor), amparándose también a la comunidad de que se trate en su conjunto. Requisitos del derecho penal son la proporcionalidad entre el delito y la pena y el respeto al principio de legalidad, formulado según la tradición procedente del derecho romano mediante la sentencia: "nullum crimen, nulla poena sine previa lege" ("ningún crimen, ninguna pena sin ley previa"). Los delitos pueden calificarse como acciones u omisiones típicas, antijurídicas, culpables y punibles. También las omisiones pueden ser delictivas; por ejemplo en la omisión del deber de socorro. El delito responde a un tipo descrito en el Código Penal, cuerpo legal que, en la mayoría de los países, contiene la esencia y el grueso de las leyes penales. La antijuridicidad no se da ante supuestos de una causa de justificación —legítima defensa, estado de necesidad. Los actos delictivos han de ser voluntarios y fruto de negligencia o del propósito de conseguir el resultado contemplado por la ley. Las penas, que pueden ser pecuniarias o privativas de libertad, tienen una función represiva (de compensación del mal causado) y de prevención (intimidación para posibles delincuentes futuros). Preventivas son también las medidas de seguridad: reclusión de locos o dementes, confinamiento, confiscación de objetos peligrosos o nocivos, vigilancia de la policía, medidas tutelares en relación con menores y otras muchas.

“El delito responde a un tipo descrito en el Código Penal, cuerpo legal que, en la mayoría de los países, contiene la esencia y el grueso de las leyes penales. La antijuridicidad no se da ante supuestos de una causa de justificación —legítima defensa, estado de necesidad. Los actos delictivos han de ser voluntarios y fruto de negligencia o del propósito de conseguir el resultado contemplado por la ley. Las penas,



que pueden ser pecuniarias o privativas de libertad, tienen una función represiva (de compensación del mal causado) y de prevención (intimidación para posibles delincuentes futuros). Preventivas son también las medidas de seguridad: reclusión de locos o dementes, confinamiento, confiscación de objetos peligrosos o nocivos, vigilancia de la policía, medidas tutelares en relación con menores y otras muchas<sup>68</sup>.

Esta rama del derecho se ocupa de las conductas (acciones y omisiones) que ocasionan o pueden ocasionar cualquier daño, a las personas, a las empresas o a la sociedad y la forma en que se castigan.

Usted puede verse envuelto en algún "delito", es decir puede ser víctima o afectado o puede resultar acusado de cometer algún delito.

Generalmente uno presiente cuando un problema puede ser de carácter penal o criminal. También con frecuencia Usted se da cuenta que el problema es de carácter penal porque interviene algún tipo de policía, se menciona al Ministerio Público.

Qué bienes se pueden afectar penalmente, la vida, la integridad corporal, la salud, la paz y seguridad de las personas y su familia (delitos contra la vida y la integridad corporal, delitos contra la salud (involucrados con narcotráfico), delitos que se cometen al ejercer violencia en contra de algún integrante de la familia etc.

También hay conductas que afectan la libertad sexual, las partes íntimas del cuerpo, el pudor o intimidad (delitos sexuales).

Las que afectan el honor, la buena fama, etc., (delitos contra el honor). Las conductas que dañan los bienes en general: el dinero, los terrenos, las casas, las oficinas, los muebles, los vehículos, los objetos personales, los negocios, la administración de los negocios y de las empresas, las cuentas bancarias, las acciones,

---

<sup>68</sup> Ibid.



los impuestos, etc., es decir todo lo que forma parte del patrimonio de una persona o de un grupo de personas (delitos patrimoniales).

Las que afectan la seguridad pública como evasión de presos, armas prohibidas, asociación delictuosa (delitos de portación de armas prohibidas, etc.)

Las que afectan las comunicaciones y la correspondencia.

Las que tratan de la desobediencia y resistencia de particulares contra la autoridad, oposición a que se realicen obras públicas, ataques a la paz pública (delitos por desobedecer las leyes o desobedecer a las autoridades).

Las conductas contra la moral pública, y las buenas costumbres y la revelación de secretos profesionales o industriales.

Las cometidas por servidores públicos, como son abuso de autoridad, tráfico de influencias, cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito.

Las cometidas en responsabilidad profesional, por abogados o litigantes, médicos, administradores, ingenieros, arquitectos, etc. (delitos por usurpar profesiones o funciones públicas).

Las de falsedad, alteración de moneda, de documentos de crédito público, sellos, llaves, marcas, pesas y medidas; de documentos en general, en declaraciones e informes dados a una autoridad, cambiarse de nombre o domicilio, usurpar funciones públicas y uso indebido de insignias, condecoraciones, uniformes y divisas: delitos contra la banca (que usurpan actividades de la banca o que alteran las condiciones de legalidad).

Las que afectan la economía pública: delitos contra el fisco (defraudaciones fiscales).



Las cometidas contra el estado civil de las personas, como la bigamia.

Las cometidas contra el medio ambiente y sobre temas electorales (delitos contra el medio ambiente y electorales).

Conductas que amenazan o que allanan la morada.

A los sujetos del derecho penal, se les conoce como sujeto pasivo a la víctima, al ofendido o al que resulta lesionado. Y como sujeto activo a la persona que comete el delito o que ayuda a cometerlo.

Hay dos formas de perseguir los delitos, aquéllos delitos que se persiguen de oficio y los que se persiguen por querrela de parte.

Los delitos se persiguen de oficio, cuando la investigación de los delitos se puede iniciar sin que la víctima o el ofendido denuncien o exijan su investigación.

Los delitos se persiguen por querrela de parte, cuando es necesaria la denuncia, la actuación y la presencia del ofendido para que se inicie la investigación de los delitos.

Los delitos se castigan de acuerdo a las condiciones en que suceden y a las características de los sujetos pasivo y activo del mismo. De igual forma existe diversidad en las penas en cada Estado.

El Código Penal guatemalteco, Decreto 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 tal motivo, es preciso realizar una investigación que permita establecer 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.

La instigación como tal, mencionada en el Artículo 17 del Código Penal guatemalteco, Decreto 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 investigación.

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.

Anticipadamente a las conclusiones que deje la presente investigación, el 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.

Existe acuerdo acerca de la función de las medidas de seguridad. En cambio, el examen de las teorías de la pena puso de manifiesto una amplia gama de opiniones en torno a la función de la pena. Si, como es frecuente, se estudia el tema sin situarlo en el contexto del derecho propio de un determinado momento histórico-cultural, cualquiera de las soluciones propuestas en la doctrina podría ser defendida. No es éste el camino correcto. La retribución, la prevención general y la prevención especial no constituyen opciones ahistóricas, sino diversos cometidos que distintas concepciones del Estado han asignado en diferentes momentos al derecho penal. No se trata, pues, de preguntar sólo por la función de "la pena", en abstracto, sino de averiguar qué función corresponde a la pena en el derecho penal propio de un determinado modelo de Estado.

La pena es un instrumento que puede utilizarse con fines muy diversos. En el Estado moderno se considera monopolio del Estado, por lo que su función dependerá de los cometidos que se atribuyan al Estado. En el Estado de base teocrática la pena podía justificarse como exigencia de justicia, análoga al castigo divino. En un Estado absoluto erigido en fin en sí mismo, la pena es un instrumento tendencialmente ilimitado de sometimiento de los súbditos: fue la época del "terror penal", consecuencia de la atribución a la pena de una función de prevención general sin límites. El Estado liberal



clásico, preocupado en cambio por someter el poder al derecho –en esto consiste el "Estado de derecho"–, buscó antes la limitación jurídica de la potestad punitiva que la prevención de delitos. La limitación jurídica del Estado liberal se basó en buena parte en principios abstractos e ideales, como el de igualdad ante la ley, tras el cual se mantenía una concepción ideal del hombre, como hombre-razón. Podía, entonces, fundarse coherentemente la pena en otro principio ideal: la exigencia de Justicia, base de la retribución. Constituía un límite al poder punitivo del Estado, que sólo podía castigar según lo merecido, pero tenía el defecto de la rigidez y obligaba también a extender la pena adonde no era necesaria.

La progresiva aparición del Estado social, como Estado intervencionista que toma partido en el juego social, acentuó de nuevo la misión de lucha contra la delincuencia. Se prestó atención a la función de prevención especial, que no había podido encontrar acogida en el Estado liberal clásico porque suponía admitir un distinto tratamiento penal para autores de un mismo delito, lo que chocaba con la igualdad ante la ley entendida en la forma absoluta del liberalismo. En el nuevo contexto del Estado social-intervencionista pudieron aparecer las medidas de seguridad, instrumentos de prevención especial inadecuados al estricto legalismo liberal clásico.

La tendencia intervencionista del Estado social condujo en algunos países a sistemas políticos totalitarios, lo que culminó en el período que medió entre las dos guerras mundiales. La experiencia de los horrores que ello trajo consigo, primero en la paz y luego con la guerra, hizo evidente la necesidad de un Estado que, sin abandonar sus deberes para con la sociedad, es decir, sin dejar de ser social, reforzase sus límites jurídicos en un sentido democrático. Surgió, así, la fórmula sintética de "Estado social y democrático de derecho". Acogida en la propia Constitución alemana de la postguerra, sirve de punto de arranque a la Constitución española de 1978. El derecho penal de un tal Estado habrá de asumir varias funciones, correlativas a los distintos aspectos que en él se combinan. En cuanto derecho penal de un Estado social, deberá legitimarse como sistema de protección efectiva de los ciudadanos, lo que le atribuye la misión de prevención en la medida –y sólo en la medida– de lo necesario para aquella protección.



Ello ya constituye un límite de la prevención. Pero en cuanto derecho penal de un Estado democrático de derecho, deberá someter la prevención penal a otra serie de límites, en parte herederos de la tradición liberal del Estado de derecho y en parte reforzados por la necesidad de llenar de contenido democrático el derecho penal.

Importará, entonces, no sólo la eficacia de la prevención (principio de la máxima utilidad posible), sino también limitar al máximo sus costos (principio del mínimo sufrimiento necesario) de forma que resulte menos gravosa la protección que ofrece el derecho penal del Estado social y democrático de derecho que la que supondrían otros medios de control social ilimitados (como la venganza privada o pública) o desprovistos de garantías (como actuaciones policiales incontroladas, condenas sin proceso legal adecuado, medidas preventivas antedelictuales), o que otras formas de derecho penal autoritario.

En la Lección siguiente examinaremos los límites mencionados. Lo dicho basta aquí para poner de manifiesto que nuestro modelo de Estado aconseja decidir la alternativa básica de retribución o prevención en favor de una prevención limitada que permita combinar la necesidad de proteger a la sociedad no sólo con las garantías que ofrecía la retribución, sino también con las que ofrecen otros principios limitadores.

Sólo una prevención así limitada podrá desplegar un efecto positivo de afirmación del derecho propio de un Estado social y democrático de derecho, y sólo así podrán conciliarse las exigencias antitéticas de la retribución, la prevención general y la prevención especial en un concepto superior de prevención general positiva.

La función del derecho penal se manifiesta en la función de la pena y de la medida de seguridad, pero no se agota en ello. El derecho penal no sólo se integra de las normas que prevén penas o medidas (normas secundarias), sino también de las normas que prohíben los delitos a los ciudadanos (normas primarias). También en éstas habrá de reflejarse la función del derecho penal: también ellas tendrán la función de prevención limitada que corresponde al derecho penal de un Estado social y





democrático de derecho. Al prohibir los delitos, las normas primarias perseguirán motivar al ciudadano para que no delinca, en lo que deberán respetar ciertos límites que la doctrina penal tiene en cuenta al exigir determinados requisitos mínimos en el concepto de delito y en particular en la teoría de la antijuricidad como infracción de la norma (primaria). Ello no cabría en una concepción puramente intimidatoria de la prevención general, pero sí como aspecto de la prevención general positiva. También la teoría del delito, y no sólo la de la pena, deberá basarse, pues, en la función de prevención limitada que corresponde al derecho penal del Estado social y democrático de derecho.

Según Émile Durkheim, aunque la delincuencia parece ser un fenómeno inherente a cualquier sociedad humana, el valor que se le atribuye depende de la naturaleza y de la forma de organización de la sociedad en cuestión.

En un principio, la infracción fue valorada en función de criterios religiosos o mágicos, y la transgresión de lo prohibido producía, por lo general, la exclusión de la sociedad, ya fuera por muerte o por alejamiento, para el violador de la norma. Más tarde, la dominación ejercida por las grandes religiones monoteístas (véase Monoteísmo) en sus respectivos ámbitos derivó en materia de derecho y un acto se consideraba infracción cuando violaba una prohibición expresa de los textos sagrados o de su interpretación.

La progresiva separación entre lo religioso y lo temporal, iniciada en la edad media, no consiguió sin embargo hacer desaparecer el carácter religioso de la infracción. Esta visión justificó, por ejemplo, el reconocimiento en diferentes épocas de la historia de la responsabilidad penal de los niños e incluso de los animales. En el siglo XVII, en la mayor parte de los países europeos, el derecho penal se basaba en el principio de la responsabilidad individual, favoreciendo la aplicación de penas intimidantes de gran severidad, como la rueda, el látigo o las galeras.



En el Siglo de las Luces se produjo una ruptura con lo anterior a través de la búsqueda de una definición legal y universal de lo permitido y lo prohibido, con la idea de fundar una 'legalidad de delitos y de penas' según fue formulada por el italiano Cesare Beccaria en su obra Ensayo sobre los delitos y las penas, publicada en 1764. Esta búsqueda se inscribía en el marco de una nueva definición más general del hombre como ser social, con derechos y obligaciones, que evolucionaba en una sociedad donde, sin tener que buscar su legitimidad en la religión, podía cuestionarse la naturaleza de las infracciones y las escalas de sanciones aplicables a todas las personas, cualquiera que fuera la calidad del delincuente. Este principio fue retomado en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (1789), en cuyo artículo 7 puede leerse: "La ley sólo puede establecer penas estricta y evidentemente necesarias y nadie puede ser castigado salvo en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicable".

En el transcurso del siglo XIX se hizo hincapié en la vertiente social de la acción criminal y se estudió el libre albedrío del delincuente, observando que resultaba posible modificar su conducta a través de su educación y de las condiciones de vida. Estos trabajos abrieron el camino a los estudios sobre la readaptación de las penas y la reinserción del delincuente. Por su parte, la abolición de la pena capital (véase Pena de muerte) en numerosos países supuso el abandono del valor 'mágico' del castigo y, aunque la toma de conciencia del delincuente sigue siendo uno de los objetivos del encarcelamiento, éste tiene como primera finalidad la de ser eficaz en lo social.

#### 4.2. Propuesta de su regulación

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, así como no definir lo que debe entenderse por provocación, 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 lo son la conspiración, la proposición y la provocación, en



el Título V, Capítulo I, Parte General del Código Penal, Decreto 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 por otro lado, la provocación debe ser definida legalmente, al punto de corregir dicha laguna en el Código Penal vigente, en el cual se omitió establecer lo que debe entender por provocación y cuando se vuelve provocación y cuando no.

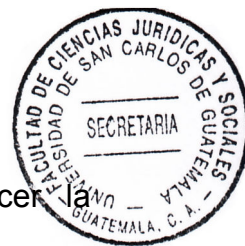
Es necesario dejar sin efecto en el Código Penal, la provocación, puesto que doctrinariamente se ha demostrado que esta es una figura prejurídica, es decir psicológica, por lo que su observancia por parte de los operadores de justicia, implica una inadecuada aplicación de justicia.

Por lo tanto, se propone en la presente investigación demostrar la necesidad de eliminar la provocación del contenido del cuerpo legal mencionado.

Lo que debe observarse indefectiblemente en la presente propuesta de investigación es el trabajo de campo, es decir, el análisis de casos concretos en los cuales se haya aplicado provocación, lo cual evita que el trabajo se torne una simple monografía sin propuesta real.

El Código Penal guatemalteco, Decreto 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 de 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 pena 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.

La cooperación es una forma de participación en el delito, distinta de la autoría y de la complicidad, sin embargo en el Código Penal, se regula actualmente algunas formas de cooperación tanto en la autoría como en la complicidad, es decir en algunas literales del Artículo 36 y 37 del cuerpo de leyes mencionado. Por lo tanto, esto evita que en la práctica los juzgadores apliquen debidamente esta forma de participación, polo que su regulación debe ser diversa de la del autor y del cómplice.

La participación es la intervención en un hecho ajeno. 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 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. Cómplice, quien, sin realizarlo por sí ni mediatamente, ni inducir de forma personal a su ejecución, ni cooperar en la comisión de un delito con un acto sin el cual no se habría realizado, colabora en la perpetración del hecho punible con acciones previas o simultáneas. Es decir, es cómplice quien sin tomar parte directa en la materialización del delito, auxilia a otros para que lo ejecuten. Los cómplices por tanto realizan una serie de actos no necesarios para la producción del delito, por lo que su omisión no habría impedido que se consumara en los mismos términos, pues su actuación podría haber sido ejecutada por cualquiera de los demás intervinientes. Se trata de una forma de participación en el delito que, por ser de menor entidad que la autoría, se castiga con una pena menor.

Pena, sanción impuesta por la ley a quien, por haber cometido un delito o falta, ha sido condenado en sentencia firme por el órgano jurisdiccional competente.



Es forzoso que la pena esté establecida por la ley con anterioridad a la comisión del hecho delictivo (rige el denominado principio de legalidad), y obliga a su ejecución una vez haya recaído sentencia firme dictada por el tribunal competente.

Son varios los criterios clasificatorios de las penas. El que resulta admitido con mayor frecuencia por las legislaciones es el que distingue entre penas graves, que sancionan la comisión de delitos, y penas leves aplicables a las faltas.

Las penas pueden ser privativas de libertad, que suponen el internamiento del reo en un centro penitenciario, y pueden tener diversa duración según lo que establezca la ley para cada delito. A menudo los sistemas dan a estas penas diferentes denominaciones, dada su distinta duración. Se habla así, por ejemplo, de reclusión, prisión y arresto. También es posible la privación de libertad en el propio domicilio del reo, como sucede en el denominado arresto domiciliario.

Asimismo, cabe la posibilidad de que la condena al reo no suponga privación de libertad pero sí su reducción, lo que sucede, por ejemplo, en la denominada pena de extrañamiento, que supone la expulsión del condenado del territorio nacional por el tiempo que dure la condena; o la pena de destierro, que supone la prohibición del penado de entrar en puntos concretos del territorio nacional detallados en la sentencia.

En ocasiones, la ley puede sancionar la comisión de un determinado delito o falta, restringiendo al reo el ejercicio de determinados derechos, como por ejemplo ocurre con la suspensión de un cargo público, la suspensión del derecho de sufragio o la privación del permiso de conducción de vehículos de motor.

En no pocas legislaciones las penas pueden graduarse según criterios legales, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso concreto que se juzga. La ley fija un tope máximo y otro mínimo dentro de los cuales el juez tiene un margen para actuar. Por ejemplo, en un delito que tiene asignada una pena privativa de libertad, el juez o bien el tribunal, atendiendo a la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes, al grado



de participación del autor (autor, cómplice o encubridor), puede graduar la pena dentro de esos márgenes que establece la ley (de 10 a 20 años, por ejemplo). Con ello se trata de acomodar lo máximo posible la sanción impuesta por la ley a las circunstancias del caso concreto que se juzga.

La figura del cómplice necesario la desarrolló Gimbernat<sup>69</sup>, 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 por proporcionárselos otro sujeto, éste último es el cómplice necesario, puesto que sin él, el autor no comete su delito. A esta figura de Cómplice necesario<sup>70</sup>, como le llama Juan Bustos Ramírez, Ignacio Berdugo de la Torre le llama: “Cooperador necesario”.

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.

---

<sup>69</sup> Gimbernat, Enrique. **Autor y cómplice en derecho penal**, pág. 152.

<sup>70</sup> Bustos, Juan. **Ob. Cit**; pág. 293.



Se puede llamar al cómplice necesario, cooperante necesario o como quiera llamársele; sin embargo, es claro que la participación del mismo no es coautoría, Y por otro lado, al cómplice simple se le puede llamar cooperante no necesario, sin embargo, está claro que ésta es la forma más conocida de cómplice y la que en realidad debe existir con dicho nombre.

Por todo lo anteriormente expuesto a lo largo de la presente investigación, en todos y cada uno de los capítulos precedentes, que resulta necesario, de conformidad con la teorías modernas de excluir del contenido del Artículo 36 del Código Penal, las formas de participación de dicha norma regula, por ser la misma una forma diversa de la autoría en el delito.

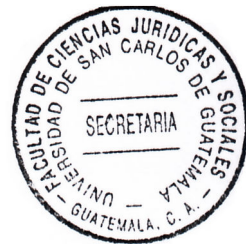






## CONCLUSIONES

1. Existe participación en grado de conspiración, cuando dos o más personas se conciertan para cometer un delito y resuelven ejecutarlo.
2. Existe proposición como grado de participación en el delito, cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra y otras personas a ejecutarlo
3. La cooperación es una forma de participación en el delito, distinta de la autoría y de la complicidad, sin embargo en el Código Penal, se regula actualmente algunas formas de cooperación tanto en la autoría como en la complicidad.
4. Las formas de participación intentada, no se encuentra debidamente desarrolladas en el contenido del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.
5. La regulación legal del cooperante es una necesidad en la norma penal, misma que se enfatiza en la carencia de concepciones finalistas en su contenido.





## RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala, por medio del Congreso de la República, debe regular en el contenido del Artículo correspondiente de la autoría, la cooperación como una de sus formas.
2. Así mismo, también el Congreso de la República de Guatemala, debe hacerse regular la provocación penal, al punto de corregir dicha laguna en el Código Penal vigente, en el cual se omitió establecer lo que debe entender por provocación y cuando se vuelve provocación y cuando no.
3. Los legisladores del país, deben definir legalmente así mismo, la cooperación, de forma que se distinga los principales elementos que la hace diferente a la autoría mediata.
4. Los operadores de justicia, especialmente los órganos jurisdiccionales en materia penal, deben tomar en cuenta al aplicar la ley, las carencias del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, en cuanto al tema del cooperante.
5. La Corte Suprema de Justicia, debe establecer instancias de discusión, al respecto de la aplicación de los artículos legales que regulan las figuras del autor y cómplice, en relación con la carencia de una definición legal de cooperante.





## BIBLIOGRAFÍA

BUSTO RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal español**, 3ra ed., Barcelona, España: Ed. Ariel, S.A. 1983.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **derecho penal**, Tomo IV, Parte General, Volumen primero, 7a ed. Barcelona, España: Bosch Casa Editora S.A. 1948.

DE MATA VELA, José Francisco y DE LEÓN VELASCO, Héctor Anibal, **Curso de derecho penal guatemalteco**, Guatemala: Ed. Universitaria, 1994.

GONZÁLEZ, María. **La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder institutos de estudios comparados en ciencias penales de buenos aires**, Guatemala: Ed. Vile, 1997.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Lecciones de derecho penal**, México D.F: Ed. Harla, 1998.

MIR PUIG, Santiago. **derecho penal, parte general**. 3era ed., Barcelona, España: Ed. PPU. 1990

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

ZAFFARONI, E. Raúl. **Tratado de derecho penal, parte general**, T. III, Buenos Aires, Argentina: Ed. Hammurabi, 1981.

### Legislación

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

**Código Penal**. Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

**Código Procesal Civil y Mercantil**, Decreto 107 del Congreso de la República de Guatemala.



**Código Procesal Penal.** Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.

**Ley del Organismo Judicial.** Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala.