

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

**LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO Y LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN EN
EL DELITO DEFINIDAS EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO**

JULIO CÉSAR CASTELLANOS MOLINA

GUATEMALA, MAYO DE 2012

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

**LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO Y LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN EN
EL DELITO DEFINIDAS 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

JULIO CÉSAR CASTELLANOS MOLINA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, mayo de 2012

**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. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO: Lic. Marco Vinicio Villatoro López

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Rodolfo Giovani Celis López
Vocal: Lic. Carlos Enrique Aguirre Ramos
Secretario: Lic. Emilio Gutierrez Cambranes

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Francisco Vásquez Castillo
Vocal: Licda. Benicia Contreras Calderón
Secretario: Lic. Ovidio David Parra Vela

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

Guatemala, 27 de octubre de 2003

Licenciado Carlos Estuardo Gálvez Barrios
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Respetable Licenciado:

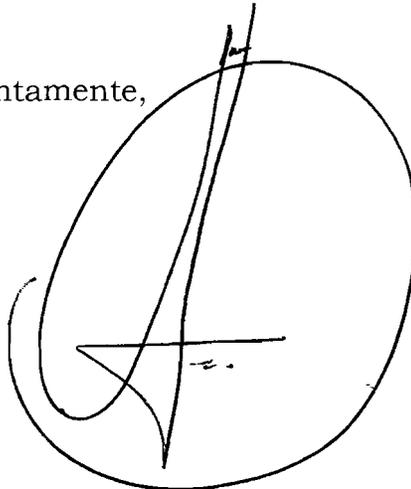
Por este medio, hago constar que he procedido a asesorar la investigación del estudiante, **JULIO CESAR CASTELLANOS MOLINA**, intitulada "LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO Y LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DEFINIDAS EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO", en cumplimiento de la resolución que para tal efecto me nombra como el asesor de dicho trabajo.

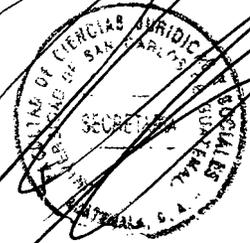
El tema seleccionado por el bachiller presenta un análisis bastante actual acerca de las teorías modernas del Derecho Penal en lo que a participación en el delito se refiere.

Considero que el presente trabajo constituye un aporte en el conocimiento del tema. Por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE** a la investigación, para que continúe con su tramitación correspondiente.

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

Atentamente,



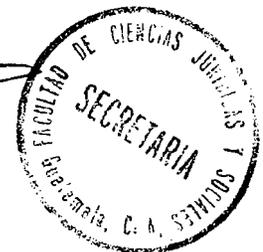


DECANATO DE LA FACULTAD CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, once de noviembre del año dos mil tres.

Atentamente, pase al LIC. RIGOBERTO RODAS VÁSQUEZ para que proceda a Revisar el trabajo de Tesis del estudiante JULIO CÉSAR CASTELLANOS MOLINA, intulado: "LA TEORIA DEL DOMINIO DEL HECHO Y LAS FORMAS DE PARTICIPACION EN EL DELITO DEFINIDAS EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO", y en su calidad emita el dictamen correspondiente

MIAE/sllh



REVISOR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
20 ENE. 2004
UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS

Guatemala, 08 de diciembre de 2003



Licenciado Carlos Estuardo Gálvez Barrios
Decano Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Respetable Licenciado:

En virtud de la resolución que con fecha once de noviembre de dos mil tres se me nombra Revisor de la investigación presentada por el Bachiller JULIO CESAR CASTELLANOS MOLINA, intitulada "LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO Y LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DEFINIDAS EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO", me permito informar que he procedido a revisar dicho trabajo con el estudiante.

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

- I. **En cuanto a los aspectos de fondo:**
 - a) El tema abordado por el estudiante CASTELLANOS MOLINA, refleja la preocupación por perfeccionar la aplicación de justicia penal, toda vez que, se trata del análisis de las formas de participación ligadas a la autoría, desde óptica de la teoría del dominio del hecho. Teoría esta última, que representa lo moderno de la dogmática penal, y con ello el cúmulo de ideas de los principales intelectuales en la Ciencia del Derecho Penal.
 - b) Además la mencionada investigación enfatiza la ausencia de esta teoría en el Código Penal guatemalteco, lo cual evidencia, aunque sea en parte, el atraso de la Legislación Penal en nuestro país.

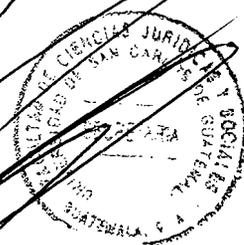
- II. **En cuanto a los aspectos de forma:**
 - a) La investigación se compone de cuatro capítulos, de los cuales el primero expone los aspectos generales de la teoría del delito. El segundo capítulo las formas de participación intentada y el tercero, la ubicación de estas en el Código Penal. Para que finalmente, el capítulo cuarto exponga las teorías modernas de la participación en el delito.
 - b) La presente investigación llena los requisitos exigidos por el Instructivo General para Elaboración y Presentación de Tesis, emitido por la Unidad de Asesoría de Tesis, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Encontrando que el trabajo de mérito expone una hipótesis que se comprueba, al respecto del atraso de la Legislación Penal guatemalteca en torno a las teorías modernas de la participación, y siendo que el mismo se presenta con los requisitos mínimos de forma para esta clase de estudios, no encuentro más óbice para emitir el **DICTAMEN FAVORABLE** correspondiente.

Sin otro particular, aprovecho para suscribirme de usted,

Atentamente,

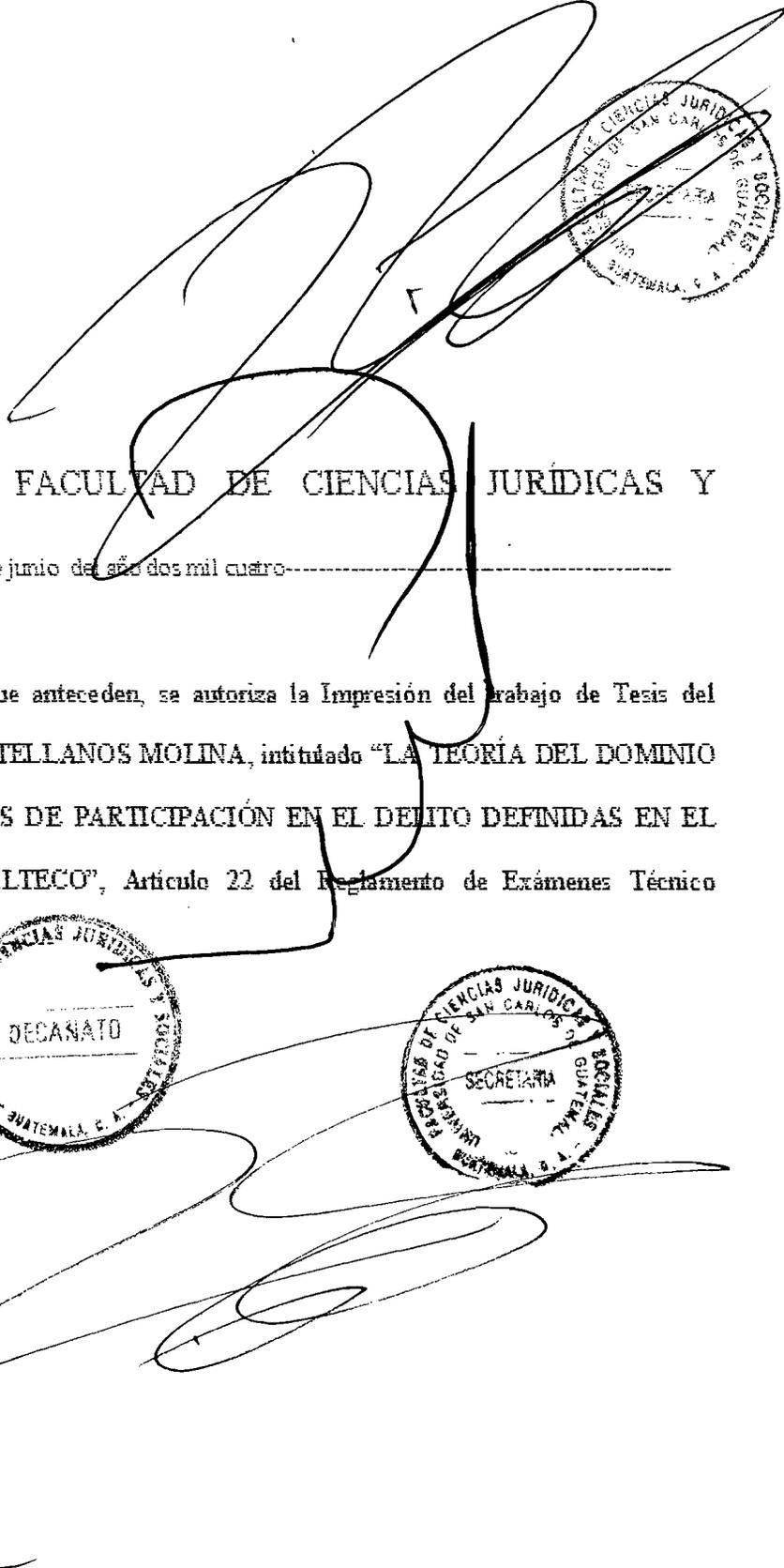
Lic. Rigoberto Rodas Vásquez
Col. 4083
Revisor



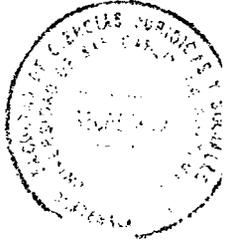
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, uno de junio del año dos mil cuatro-----

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del estudiante JULIO CÉSAR CASTELLANOS MOLINA, intitulado "LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO Y LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DEFINIDAS EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO", Artículo 22 del Reglamento de Exámenes Técnico Profesional y Público de tesis.


MIAE/slh



DEDICATORIA



A DIOS: Ser Supremo, creador del
Universo, a quien agradezco lo
que ha hecho, hace y hará.

AL MILAGROSO

SEÑOR DE

ESQUIPULAS: Eterna gratitud por sus bondades
y bendiciones recibidas.

A MI ESPOSA

E HIJOS: Marlene Marisela Barrios Gómez
de Castellanos, Paulo César y
Julio Alexander Castellanos
Barrios. Les agradezco su apoyo
y comprensión.

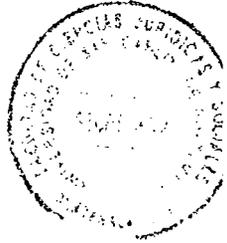
A MIS PADRES:

Juan Antonio Castellanos
González y Gloria Carmen Molina
Alvarado.

A MIS ABUELOS:

Fermin Lorenzo Molina Samayoa
(Q.E.P.D.). Un bello ramo de
rosas sobre su tumba.

María Vitalina Alvarado Alvarado
de Molina. (Q.E.P.D.). Admiro
siempre su sabiduría y humildad,
y que este pequeño triunfo sea
una recompensa a su gran apoyo.



A MIS HERMANOS:

Mario Rafael, Juan Carlos,
Lorena Orquidia y Víctor Manuel.

A MIS PRIMOS:

En especial a Elena Noelia Ávila
Molina (Q.E.P.D.).

A MIS TÍOS:

Mario (Q.E.P.D.), Jorge, Dora
Rosa (Q.E.P.D.), Enrique, Oscar,
Manuel y Carminda.

A:

Mis compañeros de estudio. En
especial a mi amigo Jose Antonio
Iglesias Bailon.

A LOS

LICENCIADOS:

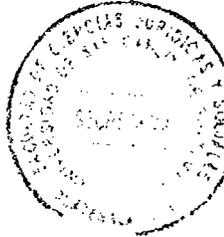
Rigoberto Rodas Vásquez y
Armando González Villatoro.

A LOS

CATEDRÁTICOS:

Formadores de los defensores de
la libertad.

A: La Honorable Corte Suprema de
Justicia.



A: La Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales.

A: La gloriosa y tricentenaria
Universidad de San Carlos de
Guatemala.

A: Mi querida patria Guatemala.
Donde quiera que me encuentre
pondré tu nombre muy en alto,
bendita nación.

ÍNDICE



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

CAPÍTULO I

1. Aspectos generales de la participación en el delito...1	
1.1 La participación en el Delito.....1	
1.1.1 Concepto.....1	
1.1.2 Definición.....3	
1.1.3 Clasificación.....5	

CAPÍTULO II

2. Las formas de participación intentada.....27	
2.1 Las formas de participación intentada.....27	
2.1.1 Concepto de participación intentada.....27	
2.1.2 Definición.....30	
2.1.3 Clases.....30	

CAPÍTULO III

3. La ubicación sistemática de las formas de participación.....35	
3.1 Análisis de su regulación.....35	
3.2 Propuesta de su regulación.....38	



CAPÍTULO IV

4.	Teorías al respecto de la participación.....	39
4.1	Teorías causalistas.....	39
4.1.1	Causalismo Naturalista.....	40
4.1.2	Causalismo valorativo.....	41
4.1.3	Teoría de la acción social.....	45
4.2	Teoría finalista.....	46
	CONCLUSIONES.....	55
	RECOMENDACIONES.....	57
	BIBLIOGRAFÍA.....	59



INTRODUCCIÓN

La teoría del dominio del hecho, constituye una forma adecuada de establecer la participación en el delito, y es ya el principal instrumento en el desarrollo de figuras como el cómplice o las formas de participación intentada que observan muchas otras legislaciones vigentes en el derecho comparado; sin embargo, cuando el Decreto 17-73 del Congreso de la República se ponía en vigencia en Guatemala, esta teoría aún no era de dominio general ni mucho menos de aceptación universal.

Los contenidos programáticos de los cursos de Derecho Penal no contienen el estudio de esta teoría y, por lo tanto, el estudiante y el profesional del derecho tienen poca oportunidad de obtener una visión más científica de la participación en el delito.

Es preciso confrontar con las formas de participación en el delito que contiene el Código Penal, con la mencionada teoría del dominio del hecho ya ampliamente desarrollada en textos de Derecho Penal.



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, ninguno de estos artículos contiene lo que se conoce como formas de participación intentada, las que pueden ir desde la conspiración hasta la proposición y provocación.

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

Por tal motivo, es preciso realizar una investigación que permita establecer un análisis del tema propuesto, a fin de evidenciar las principales carencias de nuestra legislación penal al respecto.



La presente investigación se ha dividido en cuatro capítulos a saber: el primero de los cuales explica lo relativo a la participación y autoría en el delito. El segundo, lo relacionado con la participación desde el punto de vista de la problemática actual. El tercer capítulo aborda el tema novedoso para la dogmática penal, de la participación intentada. Y, finalmente, el capítulo cuarto que explica las teorías recientes.



CAPÍTULO I

1. Aspectos generales de la participación en el delito

1.1 La participación en el delito

1.1.1 Concepto

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".

La participación es "la intervención en un hecho ajeno". Dada esta circunstancia, de ser "ajeno", esto deja por sentado ya, la existencia de un autor, un sujeto principal. Este hecho, como lo señala Juan Bustos Ramírez, tiende a ser un hecho omitido por varios tratadistas, y en efecto en Guatemala, solo se toma en cuenta para efectos de la aplicación de la pena, y no



para la actividad de juzgar. De este modo desaparece la situación de autor y partícipe, este segundo como instigador, como accesorio, como encubridor o como cómplice.

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

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. 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.



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.

El Código Penal, establece dos figuras como los responsables penalmente del delito: autores y cómplices. 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.

1.1.2 Definición

Dentro de la doctrina española, autores como Juan Bustos Ramírez; Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, respectivamente en sus obras: Manual de Derecho Penal Español y Derecho Penal Parte General, establecen que la participación en el delito es la del cómplice, dejando al autor en una situación especial con respecto aquel, es decir que la autoría consiste en la responsabilidad penal y la participación en la complicidad,



suponiendo de esta forma que participar es concurrir a la acción de un autor.

De esta forma Juan Bustos Ramírez señala:

“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”.¹

Por su parte Muñoz Conde y García Arán señalan:

“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 siempre la existencia de un autor principal en función del cual se tipifica el hecho cometido”.²

¹ Bustos Ramírez, Juan. **Manual de Derecho Penal Español**, Pág. 325.

² Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. **Derecho Penal Parte General** Pág. 385.



1.1.3 Clasificación

1.1.3.1 Autor

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".³

Según Claus Roxin: "Como regla general, se puede decir que quien está en un aparato organizativo, en el cual pueda impartir órdenes a personal subordinado, pasa a ser un autor mediato en virtud de la voluntad de dominio del hecho que le corresponde".⁴

Según María González: "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).

³ Mir Puig, Santiago. **Derecho Penal, Parte General**. Págs. 385-446

⁴ **Ibid.** Pág. 385



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."⁵

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

⁵ González, María. **La Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder**, Pág. 08.



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"⁶

En Guatemala, según el Código Penal, autores son aquellos que:

1. Toman parte en la ejecución directa de un delito.
2. Fuercen o induzcan directamente a otro a ejecutar un delito.
3. Cooperan a la realización del delito, ya sea en su preparación o en su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer.
4. Estén presentes en el momento de su consumación, habiéndose concertado con otro u otros para la realización del mismo.

Se coligen claramente las grandes contradicciones que sustentan las mencionadas formas de autores, puesto que en el numeral segundo, tenemos una manifestación de instigadores, que ya es contemplada como figura delictiva, y que si bien concuerda

⁶ Bustos Ramírez, Juan. **Ob. Cit.** Pág. 289.



dentro de la lógica del Código, no hace repercusión en las principales teorías en cuanto a la participación en el delito.

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

En cuanto a la participación en el delito, Muñoz Conde señala: "Este diverso tratamiento penal de las distintas personas responsables e importantes particularidades de cada una de ellas obliga a estudiarlas separadamente, pero dentro de unas categorías dogmáticas básicas, como son los conceptos de autoría y participación, que no coinciden exactamente con las legales. Desde el primer momento conviene dejar establecido con claridad que una cosa es lo que, a efectos de pena el Código penal



considera autores, y otra cosa es lo que desde un punto de vista conceptual puede entenderse como tales".⁷

De tal manera que debemos aclarar que el partícipe no realiza su propio injusto, con lo que se rompería la teoría del tipo legal. Tampoco se trata de crear un tipo legal, para cada partícipe. De tal forma que tendríamos atiborrado de posibles figuras delictivas nuestro Código Penal, situación que indudablemente tendería a la confusión segura de los juzgadores.

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

La participación en el delito consiste en graduar la responsabilidad penal de sujetos que están vinculados con la perpetración de un delito. De tal manera que si varios sujetos participan en un hecho delictivo pueden presentarse dos casos, 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.

⁷ Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. **Ob. Cit.** Pág. 384



Y a esto último es lo que la doctrina nombra como participación en el delito.

1.1.3.2 Cómplices

Son cómplices:

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

El primero de los mencionados casos de complicidad, presenta grandes dificultades para individualizarlo de lo que se considera autor que "coopera" en la perpetración de un delito⁸.

⁸ Decreto 17-73 del Congreso de la República, Código Penal numeral 3o. del Artículo 36.



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

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

Finalmente, el último de los casos se trata de una actividad no definida correctamente, puesto que el sujeto que realiza dichas actividades puede que las realice como parte de un plan, y esto lo convierte en coautor. Sin embargo, lo que nos interesa es que no entra en la esfera de cómplice. Aunque claro está, que justificándose la necesidad de reformar la figura del cómplice debe también hacerse lo mismo con la del autor.



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

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

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

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



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

La figura del cómplice necesario la desarrolló Gimbernat⁹, 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 necesario¹⁰, 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.

⁹ Gimbernat, Enrique. **Autor y Cómplice en Derecho Penal**, Pág. 152.

¹⁰ Bustos, Juan. **Ob. Cit.** Pág. 293.



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.

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.



1.1.3.3 Delito de muchedumbre

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

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

- 1°. 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 sí misma, cuando estuviere prevista en la ley como delito.

Nuestro 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 aquellos 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, y en su Artículo 37, numeral 1°. señala que serán aquellos 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 aquellas 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 aquellos 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 delito¹¹. 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 criminis, 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.

¹¹ Código Penal, Artículo 89.



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 que se entienda 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 solo hecho de la reunión, si estuviera prevista en la ley como delito".



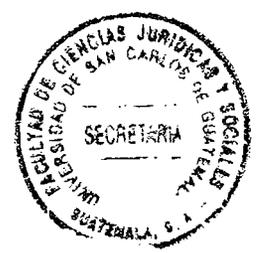
Esta es la forma en que se vulnera uno de los derechos que tiene alguna relevancia práctica en el país, como lo es el de asociación, ya que en cualquier momento en que la reunión que se esté verificando dañe los intereses económicos de la clase dominante, se presenta el delito de muchedumbre para violentar 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 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 dije en



párrafos anteriores, de un pensamiento imperialista que obtuvo mediante la complicidad de los gobiernos latinoamericanos, de proteger sus inversiones económicas aunque la realidad de Guatemala sea totalmente diferente a las demás."¹².

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.

¹² Monzón Paz, Guillermo Alfonso. **Violencia Institucionalizada**, Págs. 13-14.



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 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.



CAPÍTULO II

2. Las formas de participación intentada

2.1 Las formas de participación intentada

2.1.1 Concepto de participación intentada

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 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 inidonea 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.

Según, Claus Roxin: "Como regla general, se puede decir que quien está en un aparato organizativo, en el cual pueda impartir órdenes a personal subordinado, pasa a ser un autor mediato en virtud de la voluntad de dominio del hecho que le corresponde".¹³

Según María González: "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

¹³ Shmit, Kari. *Taterschaft und tatherrschaft*, (Delito y Pena) Pág. 345.



comisión de un ilícito a título de autor al que se vale de una 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 sumámos 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."¹⁴

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

¹⁴González, María. **Ob. Cit.** Pág. 34.



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"¹⁵

2.1.2 Definición

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

"formas preparatorias punibles de la participación"¹⁶.

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.

2.1.3 Clases

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

¹⁵ Bustos Ramírez, Juan. **Ob. Cit.** Pág. 289.

¹⁶ Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. **Ob. Cit.** Pág. 298.

2.1.3.1 Conspiración

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"¹⁷

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.

¹⁷ **Ibid.** Pág. 299.



2.1.3.2 Proposición

La proposición es diferente a la conspiración, puesto que en esta segunda los sujetos se ponen de acuerdo desde el primer momento que surge la idea de realizar un delito, mientras que en la proposición se trata de que uno de ellos se le ocurre, lo piensa y lo planea, para luego planteárselo 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".¹⁸

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".

¹⁸Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. **Ob. Cit.** Pág. 299.

2.1.3.3 Provocación



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".¹⁹

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

¹⁹ **Ibid.** Pág. 299.



define este término, hecho que pone de manifiesto una laguna muy importante.



CAPÍTULO III

3. La ubicación sistemática de las formas de participación

3.1 Análisis de su regulación

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 accesoriedad limitada, por medio del cual se puede establecer la participación intentada de un conspirador o de un provocador.



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

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



3.2 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.

CAPÍTULO IV



4. Teorías al respecto de la participación

4.1 Teorías causalistas

Se establecen tres momentos, en la sistemática causalista, uno primero al que se le denomina causalismo naturalista, del cual son principales artífices, Von Liszt y Ernesto Beling, basa su contenido en la acción como un simple movimiento más que causal, natural. En segundo lugar encontramos el causalismo valorativo, que surge a partir de las críticas perentorias que formula Radbruch, al sistema de Liszt y Beling, y que da pie para que Edmund Mezger agregue un nuevo concepto que es el valorativo, y formula con esto una variante en la teoría del delito, que se conoce como causalismo valorativo, y que en este estudio constituye un segundo momento. Finalmente, dentro de la misma sistemática causalista, una forma de revitalizarla, puesto que no constituye mayor aporte transformador como si, complementario de esta, es la teoría de la acción social, elaborada por Eberhard Schmidt, que libera finalmente de su contenido natural al causalismo que había fundado particularmente Liszt, y le da una adecuación social.



4.1.1 Causalismo Naturalista

Establece un sistema "piramidal", en el que la posición más privilegiada es para la acción. Construye un esquema en el que la acción aparece como un simple hecho corporal o un impulso y nada más, por lo que la acción es un hecho natural, sustantivo, todo elemento posterior, es decir la culpabilidad o incluso la tipicidad, resultan adjetivaciones, es decir, calificadores de aquella. Por lo que el mismo Beling califica al concepto de acción como un "fantasma sin sangre",²⁰ al que posteriormente se le valora considerándose su dañosidad social, surgiendo de esta forma la antijuridicidad, por lo que señalaba que se le inyectaba sangre, se le aplicaba colorante a aquel concepto incoloro de acción, al calificarlo con un primer aspecto, que en todo caso es complementario y externo. Luego aplican una segunda inyección de sangre al concepto de acción, puesto que lo que se debe analizar posteriormente de cometido el delito, es decir realizada la acción, que ya encaja (por la primera inyección de sangre) en el molde de un injusto, es la culpabilidad, que para esta época representa o bien el dolo o la culpa. De tal manera que, se debe determinar la forma en que fue cometido el delito, si fue con dolo o con culpa, lo que

²⁰ Bustos Ramírez, Juan. *Ob. Cit.* Pág. 139.



demuestra sin lugar a dudas, que la ubicación del dolo en el causalismo naturalista se encuentra en la culpabilidad, aspecto que por dicha razón pertenece a un mudo subjetivo, a un aspecto interno, lo que lo eleva a su categoría psicológica.

Se trata, pues, de un modelo natural, tomado de las ciencias naturales, concretamente del positivismo naturalista y que Liszt simplemente lo aplica, creyéndolo infalible, al análisis del delito.

4.1.2 Causalismo valorativo

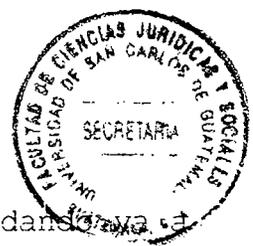
Lo primero que se le criticó al sistema naturalista fue que no se podía construir un esquema piramidal, es decir, que no se podía arquir el que la acción fuera el centro de todo, puesto que en la teoría del delito, si bien es cierto un elemento encuentra relación con otro, por su propio contenido, cada uno alcanza independencia relativa y por tanto, su propia importancia.

El elemento de la culpabilidad, abordado de forma tan equivocada por los causalistas naturalistas, quizá constituya el



dato más importante para eliminar tal teoría. Mezger, estableció que la culpabilidad no puede ser estudiada como simple valoración del objeto, pues entonces no se podría valorar la propia culpabilidad. En otras palabras, el dolo y la culpa no pueden reducirse al mundo subjetivo, porque entonces no pueden valorarse, es obvio por tanto, la necesidad de valorar una cara de la culpabilidad, que los naturalistas no tomaron en cuenta, lo objetivo. Por ejemplo, no se puede establecer que existe hurto, tan solo porque se toma una cosa ajena, sino que debe valorarse la voluntad o ánimo de apropiación, lo que desde ya, clarifica que si un tipo penal contiene la descripción simple de "quien toma cosa ajena", en cuanto al ilícito de hurto, entonces dicho tipo según Mezger, no le brinda posibilidad alguna a la valoración objetiva que se debe a la culpabilidad, es decir a la existencia del dolo o de la culpa. El Código Penal guatemalteco, contiene una redacción, es decir un tipo penal bastante similar al descrito, en su Artículo 246, lo que es una señal sin lugar a dudas de que cuando menos este es un delito de tipo causalista.

En lo explicado anteriormente, subyacen dos elementos que se hace imposible no comentar. Por un lado, que dicho elemento mal elaborado por los naturalistas, sirve de base para la



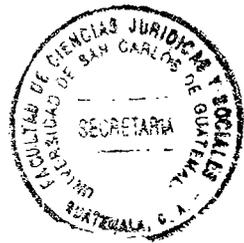
construcción de la "valoración", que a su vez está fundando estas alturas el causalismo valorativo. La culpabilidad pierde la posibilidad de ser valoración del objeto y a la vez, objeto de valoración, al caracterizarse como elemento psicológico, además de quedar en un ámbito a todas luces "prejuridico".

En segundo plano, para efectos posteriores en la presente investigación, establece la imposibilidad de que el dolo sea un simple elemento periférico al delito, una consecuencia de la culpabilidad, lo que lo hace, como se señaló en el párrafo anterior, al establecer la necesidad de que el tipo penal lo describa (es decir que el tipo que contiene al delito de hurto, incluya la descripción de la intención que debe manifestar el autor al perpetrar dicha acción: "tomar cosa ajena con el ánimo de apropiársela"). El hecho de que el dolo debe ser parte de la acción típica, y no una consecuencia de la culpabilidad, además de fincar por primera vez los cimientos de la justificación y de figuras como el Estado de necesidad putativa y la Legítima defensa putativa, es decir el error, que constituye el objeto de análisis en el segundo capítulo del presente trabajo; y de todos los delitos omisivos.



Las críticas al sistema naturalista encontraron su sustento definitivo, cuando el mismo que lo critico desde un principio, Radbruch en 1904, demuestra su inaplicabilidad en el caso de los delitos de comisión por omisión. Es decir, si por un lado podía subsistir la idea de Beling y Liszt con respecto a los delitos de acción, no sobrevivía en los delitos de omisión, en los que en definitiva había que construir un esquema específico y por lo que ya no era aplicable aquel. Este último elemento, sirve de base para la construcción de la teoría de la acción finalista que se explica más adelante.

Sin embargo, el modelo causalista valorativo, que encuentra su fundador en Mezger, se limita simplemente a señalar los mencionados errores de los naturalistas, pero sigue estando fincado en la acción causalista, en la que poco importa el autor, se vuelve al mismo ejemplo utilizado, en la que no importan las características, actitudes y comportamientos del autor, o los componentes descriptivos y valorativos del tipo, lo único que interesa constatar es el resultado producido por la acción y la relación de causalidad.



4.1.3 Teoría de la acción social

La acción social no es una crítica al sistema naturalista o incluso al valorativo. Su autor Schmidt, se limita simplemente a establecer que la acción no debe tomarse como un hecho natural, sino social. Esto, pese a no tener mayor relevancia en cuanto fundar un nuevo esquema, si lo es en cuanto a que incorpora la comprensión de que influye definitivamente el medio ambiente, interactuando con la comprensión cultural, que el autor pudiere tener sobre su injusto. En Guatemala, reviste de particular importancia dicho elemento, (el de la comprensión cultural) dado el plurilingüismo así como la poca instrucción, de la mayoría de la población.

Esto, por otro lado, sirve de base para algunos aspectos valorativos del tipo que recoge la teoría de la acción finalista.

La misma crítica realizada al causalismo naturalista, sirve para la de la acción social, puesto que se sigue tomando como centro universal en la teoría del delito a la acción.



4.2 Teoría finalista

La llamada teoría de la acción final, se conserva sin mayores variantes hoy día, desde que fuera consolidada en 1965. Surge entre otras causas, por la crisis en que entra el positivismo jurídico al terminar la Segunda Guerra mundial, como consecuencia del fracaso del nacional socialismo alemán. El principal exponente de la sistemática finalista es Hans Welzel, aunque ya existe un número significativo de tratadistas que le siguieron. En Latinoamérica apenas comienza a sentirse el interés por la misma, sin embargo, ya existen connotados penalistas seguidores de sus postulados. En Guatemala, el Código Penal, recibió casi nada de su influencia, y el Decreto Ley 17-73, del Congreso de la República se puede considerar como se dijo y se continúa aclarando una ley abiertamente causalista.

Básicamente la teoría de la acción finalista, plantea todos sus enunciados a partir del libre albedrío, es decir, que en esta teoría la acción del autor no surge sin haberse previsto el resultado, o en todo caso, sin considerarse las magnitudes de un injusto; lo que desvincula el carácter causal del hecho punible. En otras palabras, la acción es final y no puramente causal. Se incorpora no solo lo valorativo sino lo subjetivo, esto que el



hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites las consecuencias posibles de su actividad, proponerse fines y dirigir los resultados. En la teoría finalista el acto no es transmitido como meramente mecánico, sino por intelecto dirigido por las específicas capacidades humanas, es decir por su intelecto, el acto es atribuido al autor.

En esta teoría, los elementos adquieren mayor vitalidad, relevancia y sobre todo independencia, pese a la relación estrecha que guarda uno con otro. El tipo penal, constituye la descripción de la materia de prohibición y por lo tanto, la realización del tipo es un indicio de la antijuridicidad. Como se expresó, a los dispositivos que la ley utiliza para individualizar conductas penadas son los llamados tipos.

Cuando algún hecho realizado por un sujeto, se adecúa a un tipo penal, entonces se genera la "tipicidad". Encuadrabilidad de la conducta humana al molde contenido en ley (es decir el tipo).

En cada tipo, encontramos no un hecho aislado, y por tanto divorciado de los demás elementos del delito, o peor aún, ajeno



a las características individuales del delincuente. Todo lo contrario. En un tipo podemos encontrar elemento subjetivo, lo mismo que uno objetivo.²¹

Cuando el orden jurídico no permite determinada conducta, se supone entonces que el actuar en contra de esa disposición, constituiría a un acto contrario a la juricidad, lo que técnicamente nombramos como antijuricidad. Por tanto, es la antijuricidad, el calificativo que recibe todo hecho, que se encuentre reñido con el orden jurídico, lo que constituye un injusto.

Es, por tanto, la antijuricidad, en sentido formal, una relación de oposición entre la conducta humana y la norma penal. Materialmente hablando, una acción antisocial que pone en peligro un bien jurídico tutelado; y que en un juicio de valor se declara que la conducta no es la que demanda el derecho, por tanto un injusto penal. Es decir, el juicio desvalorativo que un juez penal hace sobre la acción típica en la medida en que ésta pone en peligro un bien jurídico tutelado. Por lo tanto, la juricidad sea el tema, dentro de la teoría del delito, que más controvercial relación enfatiza con el error, puesto que el

²¹Zaffaroni, E. Raúl. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Pág. 29.



realizar un hecho contrario a la juricidad, presupone un dilema, el preguntarnos, si el sujeto que lo cometió lo hizo en conocimiento de su anti-juricidad, y/o en comprensión de esta misma, o por ignorancia raza de lo anti-jurídico de su actuar. He aquí una de las principales mecánicas y formas del error de prohibición moderno, toda vez que ya se estudia desde el elemento de la anti-juricidad a la teoría del error; y que se aborda en el siguiente capítulo.

Lo importante en la sistemática finalista, es la construcción de un modelo en que tienen cabida los diferentes componentes de cada elemento del delito. Por ejemplo en caso del tipo, no sólo se habla de elementos descriptivos, sino también elementos valorativos. Es decir, una conducta humana no puede encuadrarse simplemente en la descripción de la norma, tiene además que explicar una serie de elementos que permitan elaborar un juicio de valor sobre la conducta al juzgador. Y es precisamente aquí donde tiene cabida la discusión en torno al dolo o la culpa. El dolo opera como elemento final de la acción, porque el autor quiere el resultado típico. El dolo se identifica con la voluntad de la acción. En el error de tipo que se aclara más adelante, desaparece el dolo, pero no hace desaparecer la anti-juridicidad.



En el caso de los elementos de la antijuricidad, lugar lo que se conoce con el nombre error de prohibición, ubicado en este elemento, debido al conocimiento del injusto que tenga el autor.

La teoría finalista adolece de algunas críticas, como la que se formula por el ejemplo, de que ya no interesa si una persona muere o no, basta con que se proponga el autor darle muerte para que se el juzgue como si lo hubiere consumado. Sin embargo, esto no es cierto, puesto que se debe recordar que el dolo no es siempre visible ni comprobable en el mundo objetivo.

Finalmente en el teoría finalista, se afirma que el dolo ya no tiene cabida en la culpabilidad, puesto que como quedó demostrado, ya es un asunto de acción típica.

La culpabilidad da lugar a un juicio de reproche, porque el sujeto que actúa en forma antijurídica puede actuar diversamente. Por tanto, entendemos por culpabilidad, la reprochabilidad que en diferentes grados, (y por ende regulable), se le aplica al infractor de una norma penal. En otras palabras, el responsable de un injusto penal típico, tiene necesaria e indisolublemente que relacionarse con la



culpabilidad, puesto que existe un nivel de susceptibilidad a ser sancionado, "curado", justificado, inculpado o eximido de toda responsabilidad, de conformidad con el grado de reprochabilidad que resulte asignado a su acción.

Durante mucho tiempo el término de "culpabilidad", fue visto, entendido y tratado, desde un ángulo psicológico. Feuerbach hablaba de una "causación psíquica del delito"²². Durante mucho tiempo, la conducta humana que encerraba un hecho ilícito, no se analizó si provenía de un acto deliberado o no. Santo Tomás de Aquino²³, explicaba que las acciones que podían ser deliberadas eran humanas, aunque no distinguió que las no deliberadas fuesen acciones del hombre.

Por lo tanto a partir de esta teoría el delito puede definirse como: "el delito es una acción típica, antijurídica y culpable".²⁴

La teoría del dominio del hecho, constituye una forma bastante adecuada de establecer la participación en el delito, y es ya el principal instrumento en el desarrollo de figuras como el cómplice o la formas de participación intentada que

²²Zaffaronia, E. Raúl. **Ob. Cit.** Pág. 14.

²³**Ibid.** Pág. 9.

²⁴Bacigalupo, Enrique. **Teoría del delito**, Pág. 19.



observa muchas legislaciones vigentes en el derecho comparado, sin embargo, cuando el Decreto 17-73 el Congreso de la república se ponía en vigencia en Guatemala, esta teoría aún no era de dominio general ni mucho menos de aceptación universal.

Los contenidos programáticos de los cursos de Derecho Penal no contienen el estudio de esta teoría y por lo tanto el estudiante y el profesional del derecho tiene poca oportunidad de obtener una visión más científica de la participación en el delito.

Es preciso confrontar con las formas de participación en el delito que contiene el Código Penal, con la mencionada teoría del dominio del hecho ya ampliamente desarrollada en textos de Derecho Penal.

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.

Es preciso reformar el Artículo 37 del Código Penal, en el sentido de regular la participación en el delito, de forma que se respete la teoría del dominio del hecho, particularmente en el sentido de establecer las formas de complicidad simple y complicidad necesaria y las formas de participación intentada en dicha norma legal, en la forma siguiente: "Artículo 37. Cómplices. Son Cómplices de un delito: 1. Cómplice Necesario: Aquel sujeto sin cuya participación el delito no se pueda llevar a cabo, 2. Cómplice Simple: Aquel sujeto que participa en forma accidental en la realización del hecho delictivo.



3. Cómplice por participación intentada: Quien participe en un hecho delictivo como instigador.

CONCLUSIONES



1. Se precisa que la forma en que regula el Código Penal guatemalteco vigente es equivocada y que, por tanto, debe reformarse el Artículo 37 del mismo.
2. Se establece que en España hasta la promulgación del vigente Código Penal, existía una forma distinta con la que se juzgaba la participación en el delito y que cambió a raíz de la reforma correspondiente.
3. Se determina consecuentemente a que al desaparecer las características de la teorías subjetivas en la participación en el delito, se tendrá que desarrollar las teorías objetivas y la propuesta del dominio del hecho como más adecuada.
4. No se encuentran reguladas en el Código Penal guatemalteco las formas de participación en el delito tal cual las señala la Teoría del dominio del hecho

RECOMENDACIONES



1. Se deben regular en el delito las principales formas de participación intentada que deben regularse en el Código Penal.
2. Es preciso reformar el Artículo 37 del Código Penal, en el sentido de regular la participación en el delito, de forma que se respete la teoría del dominio del hecho, particularmente en el sentido de establecer las formas de complicidad simple y complicidad necesaria y las formas de participación intentada en dicha norma legal, en la forma siguiente: "Artículo 37. Cómplices. Son Cómplices de un delito: 1. Cómplice Necesario: Aquel sujeto sin cuya participación el delito no se pueda llevar a cabo, 2. Cómplice Simple: Aquel sujeto que participa en forma accidental en la realización del hecho delictivo. 3. Cómplice por participación intentada: Quien participe en un hecho delictivo como instigador.

BIBLIOGRAFÍA



- BACIGALUPO, Enrique. **Elementos de la Teoría del Delito.** Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1,989.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de Derecho Penal Español.** Editorial Ariel, Barcelona, España, 1,996.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho Penal, Tomo IV.** Editorial Bochs, Madrid, España, 1,947.
- DE MATA VELA, José Francisco y Héctor Aníbal de León Velasco, **Curso de Derecho Penal Guatemalteco.** Editorial Universitaria, segunda edición. Guatemala, 1,999.
- MONZÓN PAZ, Guillermo Alfonso. **La Violencia Institucionalizada.** Editorial Universitaria, Guatemala, 1,978.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y García Arán, Mercedes. **Derecho Penal.** Segunda Edición, Editorial tirant Lo Blanch, Madrid, España, 2000.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso. **Derecho Penal.** Editorial Boch, Barcelona, España, 1987.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María. **Derecho Penal Español.** Editorial Porrúa S. A. México, 1984.



LEGISLACIÓN:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1985.

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

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

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