

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

LA COAUTORIA Y SU REGULACION EN EL CODIGO PENAL
DECRETO 17-73 DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA

TESIS

Presentada a la Junta directiva de la facultad de Ciencias Jurídicas y
Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

POR

MARIA ELENA SOLARES LUNA

Al conferirse el Grado Académico de
LICENCIADA EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de
ABOGADO Y NOTARIO

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 1998

04
T(3551)

C.4

JUNTA DIRECTIVA

DECANO	Lic. José Francisco de Mata Vela
VOCAL I	Lic. Saulo De León Estrada
VOCAL II	Lic. José Roberto Mena Izeppi
VOCAL III	Lic. William René Méndez
VOCAL IV	Ing. José Manuel Pereda Saca
SECRETARIO	Lic. Héctor Anibal De León Velasco

TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL

PRIMERA FASE

PRESIDENTE	Lic. Guillermo Rolando Díaz Rivera
EXAMINADOR	Lic. Sergio Fernando Morales Alvarado
SECRETARIO	Lic. Luis Alfredo González Ramila

SEGUNDA FASE

PRESIDENTE	Lic. Crista Ruiz de Juárez
EXAMINADOR	Lic. José Víctor Taracena
SECRETARIO	Lic. Roberto Paz Alvarez

NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes técnicos Profesionales de abogacía y Notariado y Público de Tesis).

Ampe
13/10/98



3429-98

Guatemala, 9 de octubre de 1998.

Señor Decano
De la Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

12 OCT. 1998

RECIBIDO

Horas: 12:00 Minutos: 10
Oficial: [Signature]

Señor Decano:

Respetuosamente me dirijo a usted, con el objeto de informarle que asesore el trabajo de tesis de la Bachiller MARIA ELENA SOLARES LUNA al que se denomina LA COAUTORIA Y SU REGULACION EN EL CODIGO PENAL GUATEMALTECO. Decreto 17-73 del Congreso de la República.-

Para determinar el concepto de coautor, la Bachiller SOLARES LUNA, parte del estudio de la Autoría desde el punto de vista restrictivo y extensivo, para llegar a la conclusión de quienes son autores en caso determinado, y coautores del mismo.

El trabajo de investigación en mi criterio llena los requisitos necesarios para ser sometidos a consideración de la tema examinadora en el examen público respectivo.-

Sin otro particular, me es grato suscribirme del señor Decano.

ID Y ENSEÑAD A TODOS

Lic. Cesar Augusto Morales Morales
Asesor.



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES,
Guatemala, quince de octubre de mil novecientos noventa y
ocho.-----

Atentamente, pase al Lic. EMMANUEL ROLANDO MORA MORA, para que
proceda a Revisar el trabajo de Tesis de la Bachiller: MARIA
ELENA SOLARES LUJA y en su oportunidad emita el dictamen
correspondiente.-----

Emmanuel Rolando Mora Mora

/glc.



344



Guatemala
23 de octubre 1, 998

23/10/98
Eras

LIC. JOSE FRANCISCO DE MATA VELA
DECANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

23 OCT. 1998

RECIBIDO

Horas: 12
Oficial: [Signature]

Señor Decano:

Atentamente me dirijo a usted, para hacer de su conocimiento de que he procedido a dar cumplimiento a la resolución emanada de este decanato, por cuanto se me designaba como revisor de tesis de grado, y en cumplimiento a -- ello, he procedido a revisar el trabajo desarrollado por la bachiller: MARIA ELENA SOLARES LUNA, el cual se intitula: " LA COAUTORIA Y SU REGULACION EN EL CODIGO PENAL GUATEMALTECO, DECRETO 17-73 DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA. "

En cuanto al trabajo de mérito, se inicia con el estudio de la institución del Autor; continúa su estudio con las distintas formas de su participación, y finaliza en un capítulo especial a realizar un análisis de la co-autoría, como forma de manifestación y participación del autor del delito. En este apartado final, la autora realiza un análisis de dicha institución y de su regulación en la legislación penal guatemalteca.

El valioso aporte que la autora realiza con esta monografía consiste en cuestionar al autor del delito y a la compleja figura de la co-autoría, poniendo de relieve la existencia de esa figura bajo la óptica de nuevas corrientes que inspiran y responde a los avances de la ciencia penal moderna, lo que se infiere que debe de hacerse una revisión a esta figura tal y como lo concibe nuestra legislación penal ya no es congruente con los avances de la ciencia penal contemporánea. El presente trabajo sin duda alguna constituye un punto de partida a la revisión de esta figura dentro de nuestra legislación, entendiéndose pues que, la evolución del hombre como tal conlleva la evolución de sus ideas y traspolandolas a nuestra disciplina, afirmamos que irremediablemente ha de evolucionarse el cambio en la ciencia penal y en sus propias instituciones, consecuentemente en sus cuerpos normativos.

Concluyo mi dictamen, haciendo de su conocimiento de que el presente trabajo desarrollado por la autora, reúne los requisitos mínimos exigidos por la legislación universitaria, y sirva de discusión en el Examen Público de Tesis.

Sin otro particular, me suscribo del señor Decano, de acatamiento.

LIC. ERWIN ROLANDO RIVERA NASAYA
- Revisor de Tesis -



c.c./interesado, revisor.



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y
SOCIALES: Guatemala, cinco de noviembre mil novecientos noventa y
ocho. _____

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del
trabajo de tesis de la Bachiller MARIA ELENA SOLARES LUNA
intitulado "LA COAUTORIA Y SU REGULACION EN EL CODIGO
PENAL GUATEMALTECO, DECRETO 17-73 DEL CONGRESO DE LA
REPUBLICA". Artículo 22 del Reglamento de Exámenes Técnico
Profesional y Público de tesis.

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

Adj.



ACTO QUE DEDICO

A DIOS

A MI PATRIA

A MI MADRE

Emiliana Luna González, por los principios
inculcados, por su amor y comprensión

A MIS HIJOS

Randy, Luis Pablo, Gabriela, por ser el
motivo de mi vida, los quiero

A MIS HERMANOS

En especial a Sandra y Annabella, por su
apoyo incondicional

A MI ESPOSO

José Luis, por la colaboración prestada

A LA MUJER GUATEMALTECA

Per su capacidad de amar y su esfuerzo
por cumplir con la triple función en el hogar

A MIS TIAS

A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS

DE LA UNIVERSIDAD.

Cada uno ocupa un lugar en mi memoria

A MIS MAESTROS

En general

A USTED

Un fraternal saludo de Paz y Bien

Agradeciendo

A: LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.

A. LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

A: MI ASESOR Y REVISOR

Lic. Cesar Augusto Morales Morales

Lic. Erwin Rueda Masaya

A: Lic. Raúl Antonio Chicas Hernández

INDICE GENERAL

Página

Introducción.

CAPITULO I

LA COAUTORIA

1. Concepto de autor.	1
1.a. Ubicación de la Teoría del autor.	1
1.b. Concepto "restrictivo" y "extensivo" de autor.	2
1.c. Concepto final de autor.	
1.d. Posiciones extremas.	4
1.e. El criterio del "dominio del hecho".	5
1.f. Limitaciones al dominio del hecho.	6
Comentario.	7
Citas de página.	9

CAPITULO II

FORMAS DE AUTOR

2. La autoría y sus formas.	12
2.a. Autoría directa.	12

2.b. El autor que se sirve de otro o "autor mediato"	12
Autoría mediata.	14
2.b.1 Casos de autoría por determinación.	16
2.b.2 Autoría por determinación de quien actúa sin dolo.	16
2.b.3 Autoría por determinación quien actúa inculpablemente.	16
A) Determinación de un involuntable y fuerza física irresistible.	17
2.b.4 El caso de autolesión.	17
2.b.5 El tercero que actúa jurídicamente.	18
2.b.6 Los delitos especiales y de propia mano	19
2.c Problemas particulares de la autoría "mediata".	21
Comentario.	25
Citas de paginas	26

CAPITULO III
LA COAUTORIA

3 Concepto y dificultades.	29
3.a Requerimientos de la coautora.	31
3.b La autoría funcional.	34
3.c La coautoría sucesiva y otros problemas .	36
3.d La autoría concomitante.	39
3.e La doctrina mexicana.	42
3.e.1 Autores.	42
3.e.2 Autores materiales o por ejecución.	44
3.e.3 Autores intelectuales o por inducción.	44
3.e.4 Autores por cooperación.	45
3.e.5 Autores mediatos.	46
3.e.6 Autoría en delitos especiales.	48
3.e.7 Connivencia.	50
3.e.8 Auxilios por omisión.	51
3.e.9 Participio en los delitos de omisión.	52

TEORIAS.	53
La teoria de la accion finalista.	53
Las teorias de la causalidad.	59
Conclusión.	63
Citas de paginas.	68

CAPITULO IV

LA COAUTORIA Y SU REGULACION EN EL

CODIGO PENAL

Análisis	71
Conclusiones	79
Recomendaciones	81
Bibliografía	83

INTRODUCCION.

El presente trabajo es un esfuerzo realizado por su servidora para poder determinar sobre la participación en el delito, tema bastante subjetivo y polémico para comprender y aplicar al caso concreto. El trabajo está recopilado en cuatro capítulos dentro de los cuales se pretende aclarar cuales son las figuras de la participación en el delito y principalmente quien es coautor en un ilícito penal.

En el capítulo I, se hace una relación de las teorías subjetivas y objetivas en que se desarrolla el concepto de autor y cual son las corrientes modernas que se toman en cuenta para llegar al CONCEPTO DE AUTOR.

En el capítulo II, se deja una clara relación de lo que es las diferentes formas de autoría, pues el tema de la autoría se subdivide en varias personas dependiendo en sí en grado de voluntad, la acción en sí y el dominio funcional del hecho.

Por lo que considero en hacer la diferencia de lo que es el autor y el autor mediato.

En el capítulo III, principal de este trabajo hacen una breve

relación de cómo se considera la figura del coautor en diferentes legislaciones y en la doctrina, la forma de aplicación a la legislación, y la diferencia entre coautor y partícipe o cooperador.

En el capítulo IV, se determina la legislación de la figura del coautor y el autor en las legislaciones anteriores, la aplicación de la doctrina y las teorías que existen para fundamentar esta figura penal. Espero sea de ayuda a los estudiantes universitarios para poder motivarles un análisis lógico jurídico al momento de su investigación.

CAPITULO I

LA AUTORIA

1. Concepto de autor.

1.a. Ubicación de la teoría del autor. No hay injusto sin autor, y aunque esta afirmación resulte casi una perogrullada, no sale sobrando su formulación, ya que por distintas vías se puso en duda la función que la teoría del autor cumple en la teoría del injusto y que se funda a partir del tipo.

Autor de un injusto doloso no es el que "causa" un resultado, sino el que domina el hecho. En lugar, el autor injusto culposo es el que con su acción contraria a deber de cuidado causa un resultado típico. En tanto que en el injusto doloso la autoría se limita principalmente por la finalidad que da el dominio del hecho, la autoría culposa se determina fundamentalmente por la causalidad (sin perjuicio de que la relevancia jurídica de la causalidad se limite por otras vías, y que la finalidad sea imprescindible para individualizar la norma de cuidado)¹. La sola fundamentación del concepto de autor en

la causalidad produce una extensión del concepto de autor, porque pasa por alto la reducción que el "señorío del acto", impone en la estructura típica dolosa.²

La fundamentación de la autoría en la causación, que se opera en los tipos culposos, hace que en éstos no sea admisible la participación (complicidad e instigación), pues cualquier intervención en el curso causal significa autoría³

La llamada "participación en el hecho culposo", no hace más que encubrir autoría, a veces dolosa: "A incita al miope B a disparar sobre una supuesta pieza, en realidad sobre C. B dispara. C queda muerto. El tribunal castiga a, A por instigación al homicidio culposo. Casi resulta imposible imaginar cosa más absurda. Un caso típico, un caso modelo de la autoría indirecta, se desfigura aquí en un acto de participación"⁴

1.b. Conceptos "restrictivo" y "extensivo" de autor. Se han distinguido dos conceptos doctrinarios de autor: restrictivo y extensivo.⁵ con dolo⁶. Este caso, que debe ser considerado como autoría mediata, en el concepto restrictivo de autor sería una

instigación de delito culposo (siempre que hubiere tipo y tipicidad culposa), lo que acabamos de rechazar. En este concepto restrictivo la participación es considerada como un supuesto excepcional, en el que se extiende la punibilidad.⁷

Para superar los inconvenientes del concepto restrictivo, se elabora el concepto extensivo de autor⁸, que se funda en la causalidad y que lleva una identificación de la autoría dolosa con la culposa.

La autoría se funda-para este concepto- en la causación. A partir de este punto de vista, la participación sería una forma de autoría y constituiría un supuesto excepcional que disminuiría la penalidad.

Debido a su amplitud, este criterio es incapaz de resolver los casos en que el causante no reúne las calidades requeridas en el autor.⁹

Cabe consignar que si bien la teoría subjetiva de la participación y el concepto extensivo de autor desconocen la función garantizadora de la ley penal, más gravemente desconocedora de esta función y, además, carente de coherencia, es la tentativa de construir la teoría del autor prescindiendo del tipo legal.

1.c. Concepto final de autor. Conforme al desarrollo que

hemos efectuado, al concepto de autor, concebido en el marco de la teoría finalista, corresponde- como característica general de la autoría dolosa- el dominio final.

Aparte de él, el autor doloso puede adquirir características especiales, que pueden ser objetivas (“delitos especiales”) o subjetivas (elementos subjetivos del tipo diversos del dolo)¹⁰.

Cabe consignar, aunque queda ya claro con la exposición, que no debe confundirse el concepto finalista de autor con el concepto subjetivo de autor, que otrora se sostuviera, y que particularmente en materia de la llamada, “autoría mediata” conducía una ampliación enorme ¹¹, siendo incompatible con nuestro derecho, toda vez que se funde en el *animus auctoris*.

1.d.1. Posiciones extremas. De la conceptualización de autor devendrá la consiguiente delimitación de la autoría y la participación estricto sensu. Los criterios a que este aspecto se han enunciado son varios y en la actualidad no se sostiene en formas puras como es habitual en estos casos, uno de los criterios pretendió ser objetivo (Teoría Objetiva de la participación) y el otro subjetivo (teoría

subjetiva de la Participación).

El criterio objetivo puede ser formal, o sea, atender a la relevancia delimitadora del verbo típico (solo es autor quien realiza la conducta que el verbo individualiza), o material, que se atiene a la causalidad, vinculándose a distintas teorías individualizadoras de la misma que como vimos, ya están abandonadas.

La vertiente subjetiva pretendió fundar la distinción en el que el autor "quiere el hecho como propio", en tanto que él participe estrictu sensu¹² "lo quiere como ajeno".

1.e. El criterio del "dominio del hecho". Ante el fracaso de las posiciones extremas (objetiva y subjetiva)¹³ surge la teoría final-objetiva (a propósito de la material-objetiva)¹⁴.

En tanto que la objetividad "material" en aquellas teorías se hacía fincar en la causalidad, en ésta se hacienda en la finalidad.

La teoría final objetiva sostiene como criterio diferencial básico el dominio del hecho (Tatherrschaft).

En principio el dominio del hecho resulta un adecuado criterio indicador, pero se trata de un concepto que es necesario precisar, pues

no esta exento de confusiones. Ante todo, no debe confundirse el dominio del hecho con el dolo, porque también con dolo actúan los cómplices e instigadores y, sin embargo no son autores¹⁵. No obstante no cabe duda de que hay dolo (y éste configura el dominio del hecho), cuando no hay intervención de otras personas pero los supuestos que hay otros partícipes estricto sensu, el dolo resulta más amplio que el dominio del hecho, en cada una de las relaciones de participación lato sensu posibles¹⁶.

1.f. Limitaciones al dominio del hecho. El principio criterio diferencial del dominio del hecho se encuentra limitado cuando pese a existir no puede ser utilizado como criterio diferencial esto acontece cuando el tipo contiene exigencias diferenciales.

Esto acontece cuando el tipo contiene exigencias particulares, como pueden ser especiales características de la autoría, sea porque se trate de delitos especiales o porque el tipo contenga elementos subjetivos distintos del dolo, o bien, porque el tipo exija la ejecución inmediata por el autor (delitos de propia mano)¹⁷

La individualización de la autoría por la lesión de deberes

especiales o por la ejecución de mano propia no constituye "criterios delimitadores" autónomos, sino limitaciones al criterio general del dominio del hecho¹⁸.

COMENTARIO.

En conclusión nos damos cuenta que en la teoría de la participación existe diferentes formas de participación en el delito.

Con respecto al concepto de autor existen tres teorías que son las siguientes: La teoría subjetiva, objetiva, y la teoría finalista.

La teoría subjetiva: está teoría considera como primordial la intención del sujeto activo como una condición sin el cual no importa la forma de participación ni el grado de culpabilidad.

Considera que autor es quien consuma el delito y cómplice quien ayuda a cometerlo sin diferenciar entre una y otra participación.

La teoría objetiva: Está teoría es la que solamente toma en cuenta que la persona que comete un delito es el autor y la cual debe estar debidamente tipificada en el Código Penal, en la parte general, no da parámetros para diferenciar lo que es el autor mediato, coautor y cómplice.

¶

La teoría del dominio del hecho: Autor es el sujeto que tiene el control del dominio de los acontecimientos y de cuya voluntad o decisión depende que se lleve a cabo o no el delito. Ésta teoría cuenta con limitaciones porque, no se puede aplicar a los casos en que se consideran delitos especiales o de propia mano, lo mismo que en los delitos culposos, se tiene que tomar en cuenta el rol que jugó el sujeto dentro del delito.

CITAS DE PAGINAS.

- (1) Código Penal Bs. As., 36-8. Cfr. Welzel,98-9; Stratenwerth., 207; Maurach,II,301; Bacigalupo, La noción de auto - pág. 1-
- (2) Maurach, citado por Zaffaroni Eugenio Raúl. Teoría del Delito. Editorial Depalma, - pag.2-
- (3)Cfr.JeschekK,436;Welzel,9,Maurach,II,306;MezgeBlei,255;Strantenwerth,30 2; Schmidhauser,441; Blaso y fernández de Moreda, problemas básicos de la participa ción y de la autoría en el Código Penal argentino, en "relatos", Univ. De belgrano, 1971,59y ss.;Fontán Balestra,II 426 y ss.;Fierro, G. H. Teoría de la participación criminal, Bs.As., 1964,62; Jiménez de Asúa, La orientación moderna de las nociones de autor de la infracción y de la participación en la infracción, en "Rev. De Ciencias Juridicas y Sociales", Sta. Fe, 1957, Nos.90-91; Malamud Goti, El delito imprudente, Bs. As., 1972,43;Tozzini, op cit. eN RDP y C, 1968-3, p 100 (lo deduce de la voz directamente" del art 45 CP); otra opinión, Soler, II,267; Nuñez, Manual ,276-7; Roxin, Taterschaft und Tatherrschaft, 1967,327 y ss. ; Silos Cintra, en "Rev. Forense", R. De Janeiro,135 (1951), 33. -pág. 2-
- (4) Zaffaroni, Eugenio Raúl. Teoría del Delito. Editorial Depalma. Pág. 630. -pág.2-

- (5) Zimmerl. Leopold. Grundzatz Zur Teilnahmelehre, en ZStW. 49 (1929),39 y ss. -pág. 2-
- (6) Cfr. Welzel, 99. (Citado por Zaffaroni. Teoria del Delito P.630) -pág. 2-
- (7) Cfr. Welzel, loc. Cit (Citado por Zaffaroni, Eugenio Raúl. Teoría del Delito pág8. DIE ANITTELBARE Taterschaft, en "Fest. Fur Frank", 1930, pp. 106 y ss.; Mezger, Lehrbuch, 1949, 415. (Citado por Zaffaroni, Eugenio Raúl, Teoría del Delito. Pág. 631.)-pág 3-
- (8) DIE ANITTELBARE Taterschaft, en "Fest. Fur Frank", 1930, pp. 106 y ss. Mezger, Lehrbuch, 1949, 415. (Cit. Por Zaffaroni, Eugenio Raúl teoria del delito pag.631) -pág. 3-
- (9) Ibidem -pág. 3-
- (10) Cfr. Welzel, 100-1 (Citado por Zaffaroni. Teoria general del delito. P 633) -pág. 4-
- (11) Asi Lange, op. cit. (Citado por Zaffaroni. Teoria general del delito. P.633) -pág. 4-
- (12) La participación lato sensu indica la pluralidad de sujetos que tienen intervención en un hecho (abarcando también coautores, autores por determinación, etc.), en tanto que la participación stricto sensu se limita a los instigadores y cómplices.(Citado por Zaffaroni. Teoria general del Delito. P.634) -pág. 5-

- (13) Cfr. Basco Fernández de Moreda. Op. cit., p.70.: antes en LL.130.
(Ibidem.): -pág. 5-
- (14) Cfr. Stratenwerth, 211. (Ibidem)-pág. 5-
- (15) Cfr. Stratenwerth 212. (citado por Zaffaroni Teoría General del Delito.
P.636) -pág. 6-
- (16) Ibidem. En general, respecto del "dominio del hecho", cabe recordar que un comentarista que apela al pseudónimo de "Genócrates", afirma que el dominio del hecho sólo tiene vigencia entre los alemanes (en LL, 11, jun. 1968), a lo que Tozzini (citando a Julio López Lastra), responde que es una xenofóbica. -pág. 6-
- (17) Cfr. Stratenwerth, 212-3.(Citado por Zaffaroni, Teoría Del Delito,
-pág. 6-
- (18) P.63618Otra opinión, Roxin, 578-9.Zaffaroni, Teoría del Delito, P
P. 636.-pág-7

CAPITULO II

FORMAS DE AUTOR

2) LA AUTORIA Y SUS FORMAS.

2.a) Autoría directa. Autor directo es el que realiza personalmente el delito, es decir el que de un modo directo y personal realiza el hecho. Este concepto se encuentra implícito en la descripción que del sujeto activo se hace en cada tipo delictivo de la parte especial, pero también puede incluirse aquí, casi siempre “los que toman parte directa en la ejecución del hecho” pues esto implica una realización directa del delito. En nuestra legislación se encuentra regulado en el artículo 36 numeral 1º del CP que dice:

(Autores): 1º- Quienes tomen parte directa en la ejecución de los actos propios del delito, (regula a todas las personas como autores).

2.b) El autor que se sirve de otro o “autor mediato”

Concepto general: no es menester que el autor cumpla personalmente (de propia mano) la conducta típica. Solo cuando el tipo lo exige, el autor debe cumplir esa conducta “ de propia mano” y ello acontece excepcionalmente. Pero en la mayoría de los casos, el

autor puede valerse de un tercero.

A esta clase de autor se le llama "autor mediato" al que se vale de otro que, al menos, es inculpable, por ejemplo el que se vale de un enfermo mental para cometer un homicidio, o de un sujeto en error, etc.¹⁹

El autor llamado mediato no requiere de un autor "inmediato" pues el instrumento puede no tener el dominio del hecho (como se da en el caso de la persona que tiene ausencia de dolo en su actuación).

Se considera que si no tiene dominio final del hecho no es autora, la enfermera que aplica una inyección mortal que el médico le proporciona dolosamente. No hay aquí un autor "inmediato" que complementa al autor mediato.

La autoría mediata no presupone una autoría inmediata ni se distingue por ello de la autoría "directa", designa un particular grupo de casos de autoría. La individualización de este grupo en una estructura finalista es más útil expositivo que sistemáticamente. La presuposición del autor "Inmediato" se explica en la teoría causalista que, frecuentemente, tenía que acudir al dolo "natural"²⁰.

Autoría mediata.²¹ A la autoría inmediata o directa se equipara la mediata, es decir, aquella en la que el autor no realiza directa y personalmente el delito, sino sirviéndose de otra persona, generalmente no responsable, que es quien lo realiza. Con un criterio objetivo formal es difícil fundamentar este tipo de autoría, y, sin embargo, es evidente que cuando alguien se sirve, como instrumento de realización del delito, de otra persona que, generalmente sin saberlo, lo realiza, hay que buscar un criterio que permita castigar al autor real y no a su instrumento.

Este criterio no puede ser otro que el del dominio del hecho antes aludido, pues está claro que el autor inmediato domina la realización del delito. Ejemplo: el hipnotizador que obliga al hipnotizado a cometer un delito, o el que fuerza a otro con violencia o con engaño a suscribir un documento falso, realiza directamente el delito y dominan su acción. No se puede hablar, por tanto, de participación, porque la persona, instrumento de la que se sirve el autor inmediato, a veces ni siquiera actúa típicamente.

Pero no solo en caso de ausencia de acción relevante en el

instrumento puede hablarse de autoría mediata.

También en los casos en los que el instrumento no actúa típicamente, bien porque falta en él una especial cualificación, bien porque no tenga algún elemento subjetivo que exija el tipo delictivo, cabe autoría mediata. Así por ejemplo, es autor mediato de cohecho el funcionario que se sirve de un tercero, como persona intermedia, para recibir dinero (art. 385), y de hurto el granjero que ordena a su empleado que meta en la partida de ganado algunas cabezas de ganado vecino. Pero también cuando el instrumento actúa justificadamente puede darse autoría mediata. Así, por ejemplo, quien azuza a un perro o induce a un enfermo mental a atacar a otra persona, responde de daños o de homicidio en autoría mediata, si la persona atacada mata al perro o al enfermo mental. También existe autoría mediata cuando alguien aprovecha o provoca el error de tipo o de prohibición del instrumento. Así, el cazador que grita a otro que dispare a la pieza, sabiendo que es una persona, o quien provoca en un timorato un estado de legítima defensa putativa, que le hace disparar contra una persona. Lo difícil es fundamentar la autoría mediata en los casos de los que se

vaie de un inimputable para cometer un delito, ya que no siempre el que hace esto tiene el dominio del hecho. Así por ejemplo, quien convence a un depresivo a suicidarse deja, en última instancia, a la decisión del depresivo que este consume o no el suicidio. Por eso, generalmente en estos casos hay inducción, que es una forma de participación, pero no de autoría.²²

2.b.1 Casos de autoría por determinación. Nos ocuparemos ahora de los casos en que el instrumento, A) no tiene dolo; B) es inculpable o y no actúa.

2.b.2 Autoría por determinación de quien actúa sin dolo.

Tal puede ser el caso de quien actúa culposamente o en error de tipo (sea vencible o invencible). En general no suele presentar mayores problemas²³

2.b.3. Autoría por determinación quien actúa inculpablemente.²⁴

Hay varias hipótesis en este supuesto. Puede tratarse de un inimputable o de un sujeto en invencible error de prohibición.

No es necesario que el autor haya provocado el error del agente

sino que basta con que lo haya conocido y se haya aprovechado de él²⁵, al igual que el supuesto de inimputabilidad.

Otras hipótesis son la coacción y, en general, la creación de una situación de necesidad inculpante.

A) Determinación de un involuntable y fuerza física

irresistible. Es el más radical supuesto de determinación en que el autor tiene el absoluto dominio del hecho. La consideración de estos casos como simples supuestos, de autoría "directa" resulta insostenible, porque de ser así no regiría respecto de ellos la diferencia entre delito "de propia mano" y de "ajena mano". La consecuencia de esto es inadmisibile: quien se vale de un hipnotizado para violar sería autor, incluso una mujer podría ser autora de la violación de otra mujer. La única explicación es que se trata de un caso de autoría típicamente independiente, un tipo independiente de autoría²⁶.

2.b.4) El caso de autolesión. No requiere que el "hecho" recaiga en persona diferente del "determinado", de modo que, si bien la autolesión no es punible, aquí no se trata de una autolesión y, por ende, resulta punible a título de autoría el que determina a otro a producirse

una lesión²⁷. Siempre que haya sido de intensidad tal que se haya privado al determinado la libertad al menos. En este caso estaríamos ante un instigador.

2.b.5) El tercero que actúa jurídicamente. El instrumento puede actuar conforme a derecho y, sin embargo, el inductor ser autor de una conducta típica. Ello se deriva del concepto personal de injusto, que se complementa con el concepto de autor limitado al que tiene el dominio final del acto²⁸.

En efecto, si autor es el que tiene el dominio final del acto y el injusto es personal, o sea que la conducta del autor no depende de la conducta de su instrumento para ser o no calificada como antijurídica, resulta perfectamente admisible que el autor "mediato" pueda valerse de quien actúa jurídicamente, como por ejemplo, un funcionario público que cumple con su deber.

De la misma manera- toda vez que se parte del carácter personal de injusto- deben resolverse los casos en que la tipicidad de la acción del instrumento es distinta de la correspondiente a la acción del autor²⁹.

La interposición de un instrumento que actúa en forma adecuada a derecho puede llevarse a cabo por determinación a la realización de una conducta atípica para el determinado (como puede ser el caso de una denuncia falsa) o bien por la creación de una situación de justificación para el determinado. Naturalmente que no habrá determinación cuando el sujeto no ha creado la situación de justificación y sólo se limita a aconsejar la acción justificada: aquí no hay autoría porque el sujeto actúa libremente, y tampoco instigación propia, porque ésta requiere la accesoriedad³⁰.

2.b.6) Los delitos especiales y de propia mano. Cuando el autor cualificado determina a quien no lo es a la realización del acto que para este último es atípico, el determinador será autor cuando reúna las características especiales para serlo, sin que haya problema alguno al respecto³¹. En el caso inverso (determinador que no reúne esas características y determinado que las reúne), el determinador no puede ser más que instigador según la doctrina dominante. Ello será cierto siempre que la acción sea verdaderamente de instigación, pero cuando se trate de otra forma de determinación, la solución no tiene sentido,

porque implica pensar como instigación lo que no es instigación (sino autoría). La mujer que hipnotiza a un hombre para que viole a otra mujer no puede ser considerada instigadora.

Se denomina delitos "de propia mano" (por oposición a la "autoría de mano ajena")³² aquéllos que deben ser realizados en forma corporalmente inmediata³³ por el autor, y que, por ende, excluyen la posibilidad de determinación como "autoría mediata"³⁴. Se trata de tipos de cuya interpretación se desprende que "el legislador, de todas las posibles conductas lesivas de bienes jurídicos, sólo han sido en el tipo aquellas en que el autor ha cometido el hecho en forma inmediata"³⁵. Dentro de estos delitos se consideran todos aquellos que no admiten la interposición de otra persona para su consumación a título de autor, es cuestión sumamente discutida y cuyo análisis corresponde a la parte especial, en nuestro CP se encuentran regulados los delitos de violación en su artículo 173 que dice: (Violación).

Comete delito de violación quien yaciere con mujer en cualquiera de los casos siguientes.

1° Usando de violencia suficiente para conseguir su propósito;

2º Aprovechando las circunstancias, provocadas o no por el agente de encontrarse la mujer privada de razón o de sentido o incapacidad para resistir;

3º En todo caso si la mujer fuere menor de doce años. En los casos prescritos la pena a imponer será de seis a doce años.

El artículo 460 que nos regula el delito de falso testimonio que dice (Falso testimonio). Comete falso testimonio, el testigo, intérprete, traductor ó perito que en su declaración o dictamen ante autoridad competente o notaria, afirmare una falsedad, se negare a declarar estando obligado a ello u ocultare la verdad. El responsable de falso testimonio será sancionado con prisión de seis meses a tres años y multa de cincuenta a unos mil quetzales.

Si el falso testimonio se cometiera en proceso penal en contra de procesado, será sancionado con prisión de dos a seis años y multa de doscientos a dos mil quetzales.

Las sanciones señaladas se aumentarán en una tercera parte si el falso testimonio fuere cometido mediante soborno

2.c.) Problemas particulares de la autoría "mediata".

Especiales problemas para la autoría mediata plantean el error.

Los cuales se pueden distinguir en tres grupos de casos³⁶ que son los siguientes:

-a) El autor cree que el interpuesto es autor culpable cuando no lo es (sea porque cree que actúa cuando no lo hace o que actúa con libertad cuando actúa inculpablemente). En estos casos el autor cree que no tiene el dominio del hecho cuando en realidad lo tiene. Se trata de un supuesto en que no hay autoría porque no hay dominio del hecho, pero hay instigación³⁷.

b)- Cuando el autor es responsable y el instigador cree que no lo es y, por ende, se cree autor y cree tener el dominio del hecho. También debe resolverse como instigación³⁸.

-Cuando se opera un error en el objeto por parte del sujeto interpuesto, debe solucionárselo según que el interpuesto haya actuado con dolo o sin él. Si el interpuesto era instrumento "no doloso"- como si no había actuado- el caso debe resolverse por los principios generales que rigen la aberratio ictus. En lugar, cuando el interpuesto actúa solo inculpablemente, debe resolverse como si el

error en el objeto lo hubiese cometido el mismo autor³⁹. En este último caso aplicamos la misma regla que creemos válida para el error en el objeto cometido por el instigado⁴⁰.

-Se suele denominar "exceso" a los casos en que el interpuesto, actuando por propia iniciativa, se aparta del propuesto por el autor.

Aquí puede desempeñar también un papel importante el error.

El principio general es que el autor no responde por tales acciones⁴¹, pero es menester penetrar en más precisas diferencias, pues el enunciado general no siempre opera.

Si el autor queda en la duda sobre lo que haya entendido el sujeto interpuesto acerca del alcance de su voluntad, actuará con dolo, al menos eventual. Si la explicación fue poco clara o la torpeza mental del instrumento exigía un mayor cuidado en la explicación, la conducta será culposa.

Ejemplo: A, queriendo lesionar a su enemigo B, le hace creer a C que B le agrede ilegítimamente y que se halla en situación de legítima defensa. No obstante, A duda si C entendió que la gravedad de la supuesta lesión hace necesaria la lesión de B o su muerte, pese a

lo cual no aclara la duda. Si C mata a B, A es autor de homicidio doloso, al menos por dolo eventual. En el mismo caso, si C es hombre de muy pocas luces y A no se cerciora de que haya comprendido, en caso de muerte resultará autor de homicidio preterintencional (dolo de lesión y en consecuencia homicidio culposo).

Inversamente, si C entiende la situación supuestamente real y se excede en la defensa putativa, porque tiene un carácter violento, por ejemplo, A no será responsable del exceso, por mucho que conozca el carácter de C y prevea la posibilidad del exceso, por mucho que conozca el carácter de C y prevea la posibilidad del exceso: la disposición antisocial de un sujeto capaz de culpabilidad no puede fundar la responsabilidad penal del otro⁴².

Por consiguiente cabe preguntarse cuándo se inicia la tentativa en la autoría por determinación. Entendemos que si el interpuesto opera con dolo, la tentativa comienza con el comienzo de ejecución por parte de éste. Cuando actúa sin dolo, comienza con la interposición misma del sujeto (lo mismo en el caso en que el interpuesto no actúa).

La posibilidad de autoría mediata en la omisión está discutida.

El ejemplo que se suele colocar es el del enfermo que omite impedir a un enfermo mental que mate a otro⁴³. De cualquier modo, la discusión no tiene en este caso relevancia práctica, porque se considera que hay un homicidio cometido omniscientemente, unos como autor mediato y otros por asimilar el caso a la omisión de impedir el resultado lesivo de cualquier fuerza natural⁴⁴.

COMENTARIO.

El comentario que merece el anterior capítulo, es lo siguiente; que la figura del autor se puede dividir en tres diferentes formas de participación dentro del delito, dependiendo su voluntad de la forma como se llevo a cabo el delito si lo realizó personalmente o por medio de otra persona, valiéndose de un aparato de poder en el cual el autor inmediato solamente dirige a la persona que en forma mediata cometerá el delito, o de un interdicto que no tiene la suficiente capacidad para darse cuenta del acto que comete, o bien por medio del engaño, estas formas son: autor directo o inmediato, autor mediato y

coautor.

CITAS DE PAGINA.

- (19) Zaffaroni, Eugenio Raúl. Teoría del Delito. Editorial Depalma Argentina
1973. P.637.-pág. 14-
- (20) Zaffaroni Eugenio Raúl. Teoría del Delito. Editorial Depalma p.637.-pág.
15-
- (21) Muñoz Conde Francisco Teoría General del Delito. Valencia 1991. Univ.
De Sevilla Pagina 178.-pág.15-
- (22) Zaffaroni Eugenio Raúl. Editorial Depalma. Teoría del Delito.-pág 17-
- (23) Ibidem. -pág.17-
- (24) Ibidem.- pág. 17-
- (25) Ibidem página. 641.-pág. 18-
- (26) Ibidem página. 642.-pág.18-
- (27) Cfr. Schmidhauser, 421; Lange, Der mmmmoderne Taaterbegriff,Cit;
pág. 32; Roxin, op. Cit; 158-163(Citado por Zaffaroni Teoría General del
Delito Pag.642)-pág.19-
- (28) Cfr. Marach, II,323. (Citado por Zaffaroni. Teoría General del Delito.
P.642)
- (29) Cfr. Schmidhausr, 422, (Citado por Zaffaroni. Teoría General del Delito.
página. 643)-pág. 20-

- (30) Cfr. Roxin, op.Cit: 163(Citado por Zaffaroni, teoria General del Delito. P.643) -pág. 20-
- (31) Cfr. Welzer, 104. (Citado por Zaffaroni, Teoria General del Delito. P.643)-pág. 20-
- (32) Asi llama H. Mayer (1967,151) a la autoría mediata (Citado por Zaffaroni, Teoria General del Delito P.643)-pág. 21-
- (33) Jesch, 181. (Citado por Zaffaroni, Teoria General del Delito. P. 644)-pág. 21-
- (34) El concepto se remonta a Binding, Die drei Subjekte strafrechtliche Verantwortlichkeit: der Tater, der Verursacher und der Gehilfe, en GA, 71, 1908, 1 y ss. (Citado por Zaffaroni, Teoria General del Delito. P.644)-pág. 21-
- (35) Schmidhausr, 426. (Citado por Zaffaroni, Teoria General del Delito.P.644)-pág. 21-
- (36) Cfr. Jeschsk, 447.(Citado por Zaffaroni, Teoria General del Delito. P.644) -pág. 23-
- (37) Cfr.Jeschsk, loc. Cit.; Baumann,570;Schonke-Schrodr47 Nota95; otra opinión, Welzel,116.(Citado por Zaffaroni, Teoria General del Delito. P.644)-pág. 23-
- (38) Cfr. Jescheck, loc.cit. (Ibidem)-pág. 23-

- (39) Cfr. Schönke-Sonnenschein, notas, 40-2 § 47; todos como casos de Aberratio y como los resuelve Baumann, 391 (Ibidem) -pág. 24-
- (40) Otra opinión, Roxin, supra, 28.a.2. (Ibidem) -pág. 24-
- (41) Cfr. Jescheck, 448 (Ibidem) -pág. 24-
- (42) Zaffaroni, op.cit. p. 645. -pág. 25-
- (43) V. Jescheck, 448. (ibidem) -pág. 26-
- (44) Welzel, 206; Roxin, 471-2 (Ibidem) -pág. 26-

CAPITULO III

LA COAUTORIA

3.a). **Concepto y dificultades**⁴⁵. No cabe duda que hay coautoria cuando dos o más participantes llevan a cabo conjuntamente la realización típica en forma tal que cada uno de ellos, aisladamente, ejecuta la acción típica en su totalidad y ambos reúnen los requisitos típicos necesarios para ser autores. Así, ambos son autores de homicidio, cuando se conciertan para cometerlo y, en tanto que uno le dispara mortalmente, el otro le hunde el cráneo a la víctima. Estos casos de coautoria no presentan dificultad teórica alguna, frecuentemente práctica. (De prueba).

El supuesto de autoría que ofrece grandes dificultades teóricas, especialmente para deslindarlo de la complicidad y de la instigación, es aquél en que se establece una división del trabajo, sin que ninguno de los participantes realice el tipo individualmente. Es claro a este respecto el ejemplo de Stratenwerth⁴⁶ el caso del robo a un banco, en el cual uno de los autores amenaza al personal y al público con un arma, el otro se apodera del dinero de la caja.

En este caso está claro que cada uno de ellos realiza "una parte", del tipo pero ninguno la totalidad: uno comete coacción, el otro hurto, pero ninguno robó, sino ambos conjuntamente.

Tanto en este caso como en la autoría "mediata" se requiere que exista una previsión legal para que ambos sean considerados autores.

Que la necesidad del dispositivo legal sea más evidente en la coautoría, puesto que puede que ninguno de los coautores cometa la acción típica y que ninguno tenga el dominio del hecho total, sino el que corresponde a su respectiva parte en la acción típica, como resultado de la división de la tarea⁴⁷.

Puede pensarse en una división del trabajo que, sin embargo, no sea coautoría. Ello sucede por ejemplo en los delitos de propia mano.

No obstante, sucederá muy frecuentemente que la autoría se excluirá por otra razón en estos delitos. Así, en el caso de la violación, cuando un sujeto ejerce la violencia y otro ejecuta la cópula, sólo es autor el último, porque el otro no tiene la voluntad de copular, que integra el dominio del hecho como característica general del autor⁴⁸.

La delimitación de la coautoría aquí implica la de la autoría.

Quizá sea, pues, el punto más difícil en cuanto a los casos particulares. Por su propia naturaleza, deben hacerse jugar los conceptos generales del autor, que si bien resultan claros en su formulación general, están lejos de quedar libres de dudas en los casos concretos. No podemos negar que aquí, al igual que en el límite de la ejecución de la tentativa, permanecen aún múltiples dudas.

3.b) Requerimiento de la coautoría. Suele indicarse, como requisitos mínimos de la coautoría la decisión común al hecho y la ejecución de ésta considerándose como la división del trabajo por *Arbetsteilige*⁴⁹.

La decisión común al hecho es imprescindible para la coautoría, porque es lo que le confiere unidad, dado que el dominio del hecho es común pero no individual. No obstante, como la decisión común no puede identificarse con el acuerdo para la realización dolosa (que también puede existir entre el autor y el cómplice), vuelve a reaparecer el problema central de la autoría: ¿es la "decisión común" una fórmula hueca que enmascara el *animus auctoris* de la teoría subjetiva?. Para los criterios subjetivos la respuesta afirmativa se impone. Pero, "una

teoría del autor final-objetiva puede optar por la otra posibilidad y partir de la contribución al hecho como tal. de la clase de co-realización de la conducta. Sólo conforme a ella podrá decidirse si el individuo ha tomado parte en el dominio del acto y, consecuentemente, si es coautor". "El punto central yace, de este modo, en el segundo requerimiento de la coautoría: la realización común de la decisión al hecho"⁵⁰.

Siendo está la pregunta decisiva, es la que requiere urgente respuesta, la que no siempre resulta del todo clara: ¿Qué clase de contribución al hecho configura "ejecución típica?"

Ya vimos que co-ejecución es la realización de la acción típica por cada uno de los participantes, lo que no ofrece problemas fundamentales de fondo.

La contribución al hecho en la etapa preparatoria, como también la facilitación o el aseguramiento, son especialmente problemáticas. La figura del entregador (el que proporciona los datos necesarios para la consumación), también es problemática. Planeamiento, función de "campana", "entregador", chofer, ¿constituyen autoría?

La respuesta la dará a cada caso de los anteriormente mencionados la referencia al dominio del hecho que, atendiendo a lo que se ha dado en llamar "autoría funcional"⁵¹, no puede determinarse en abstracto, sino que en cada caso se investigará si la contribución (aún en el periodo preparatorio) "en el estadio de la ejecución constituye un presupuesto indispensable para la realización del resultado buscado", según que con él "completo emprendimiento permanezca o caiga"⁵².

Conforme a ello, la función del chofer, por ejemplo, debe juzgarse frente a la necesidad real: será coautor, en el asalto a un banco en que es menester desaparecer con celeridad; no lo será la de la que aguarda al carterista, para trasladarlo más rápido y facilitarle el trabajo⁵³.

Lo mismo es válido para el planteamiento y para la cooperación "psíquica". "Quedará en instigación o complicidad la del amigo que aconseja o refuerza la decisión de la mujer casada de quitar del medio al marido, en tanto que habrá coautoría cuando la mujer actúa sola y en tanto el amigo se solidariza con ella, lo que ambos

conocen”⁵⁴.

3.c) La autoría funcional. Se ha indicado al cooperador o auxiliador necesario. Como “cómplice primario”⁵⁵, lo que ha llevado a rechazar a la necesidad en la ejecución como criterio delimitador de la objetividad del aporte del coautor⁵⁶.

Ello resulta en principio cierto: el que presta al autor o autores, un auxilio o cooperación sin los cuales no hubiese podido cometerse el hecho, es cómplice, pero cuando se efectúa un “aporte al hecho” y no a ningún “autor o autores”, el caso queda fuera de la prescripción legal.

En el caso siguiente se pone de ejemplo en el cual uno de los participantes ejerce la violencia y el otro se apodera del dinero, no hay ninguna cooperación prestada al autor o autores, porque los dos ejecutan, “toman parte en la ejecución del hecho”, y ambos son autores.

Puede argumentarse que, de este modo, la complicidad primaria queda vacía, porque todos los casos en que hay un aporte necesario, van a dar en la coautoría. Ello no es verdad, hay supuestos, como el de

los delitos de propia mano, que no admiten la coautoría en esta forma, o sea, la división del trabajo para la realización típica (sin perjuicio de que la admitan como realización típica individual: los dos sujetos que deciden violar a una mujer, uno ejerce la violencia y el otro tiene acceso carnal, turnándose en el papel que desempeñan en el hecho). En estos delitos, el aporte no es "intercambiable", de modo que, aunque el que ejerza la violencia sobre la víctima de violación efectúa un aporte indispensable, siempre será cómplice (primario) pero nunca autor⁵⁷.

De allí que, la figura del cómplice primario reduce considerablemente su radio de acción, no por ello queda "hueca", ni se identifica a la complicidad primaria con la coautoría. Tengamos en cuenta que un sector de la doctrina nacional renuncia a distinguir "objetivamente" al coautor del partícipe necesario, fundándose en criterios subjetivos⁵⁸, lo que siembra notoria incertidumbre.

Podría considerarse en nuestra legislación penal este tipo de coautoría en el artículo 36 inciso 3º- Quienes cooperan a la realización del delito, ya sea en su preparación o en su ejecución, con un acto sin el

qual no se hubiere podido cometer. Se considera coautoria ya que de lo expuesto considero que tiene el dominio del hecho y no solamente colaboran con el autor.

3.d. La coautoria sucesiva y otros problemas.

a) Hemos visto que puede haber coautoria por aportes que se hagan en la etapa de preparaci3n⁵⁹, pero el problema inverso es discutido: porque cuando un sujeto que participa en la ejecuci3n habiéndose ya realizado ésta parcialmente. Dicho aporte puede tener lugar aún ya consumado el hecho, bien sea que perdure el estado consumativo- en los delitos "permanentes"- o que el delito no se haya agotado. Después del agotamiento, ya no es posible.

Sin embargo si aquí se da la coautoria, las dudas surgen sobre si se puede responsabilizar al sujeto por todo el hecho o solamente por la parte cuya ejecuci3n ha participado. El problema tiene relevancia cuando obran circunstancias agravantes que ya están realizadas cuando interviene el coautor.

Entendemos en estos supuesto, que se han dado en llamar "coautoria sucesiva", no pueden serle imputadas al coautor las

agravantes ya realizadas⁶⁰.

Otro es el criterio del BGH, que resuelve un ilustrativo caso: un sujeto practica un robo con fractura y lleva el producto a casa de otro, que, impuesto del hecho, le acompaña a recoger el mayor botín del lugar. La mayoría de la doctrina entiende que hay robo con fractura. Otro era el criterio del RG y de Roxin⁶¹ (citado por Zaffaroni) quien admite la solución del BGH para la complicidad solamente- y Stratenwerth, quien señala que es la aceptación del dolo subsecuente⁶².

a)El acuerdo o decisión común al hecho tiene la función de delimitar la tipicidad de la coautoría, porque los actos que por cuenta propia realiza el coautor (o sea el exceso), no les son imputables al otro co-autor o coautores, porque no tienen el dolo de realización. Aquí debe considerarse la posibilidad de un dolo eventual, la que emerge de las circunstancias. Las dificultades son más probatorias que teóricas.

Creemos que no hay inconveniente en admitir la coautoría "mediata", que podrá darse:

1. - cuando los coautores se valen de un instrumento;
2. - cuando uno de ellos actúa de propia mano y el otro válido de un instrumento.
3. - Cuando cada uno de los coautores se vale de un instrumento diferente.

La posibilidad de la coautoría en la omisión está discutida. Por nuestra parte entendemos que es posible, sea que los autores omitan hallándose todos en posición de garantes (los padres que dejan morir de hambre a su hijo) o que un coautor actúe y el otro omita: "Para conseguir una suma asegurada incendia el hijo la vivienda paterna; la madre, que tiene conocimiento del hecho, cuando se levantan las llamas está omite llamar al servicio de extinción de incendios"⁶³.

Algunos autores admiten la coautoría en la omisión, pero rechazan la de acción y omisión, fundado en el distinto concepto de autor, admitiéndose sin embargo en los delitos de incumplimiento de deber: cuando un preso se fuga de la cárcel y el guardia omite cerrar una puerta y otro proporciona la llave de otra. Pero existen diferentes criterios.

Cabe advertir que es posible que una acción, que considerada aisladamente se halla justificada, sea antijurídica cuando se la juzgue en coautoría, como parte de un trabajo dividido: A y B se ponen de acuerdo para que A provoque a C y B le defienda de la agresión que A provoca.

3.e La autoría concomitante. Se denomina de este modo al obrar conjunto de dos o más sujetos sin acuerdo previo para la producción del resultado. A su problemática, en lo doloso, pertenece el aprovechamiento del plan delictivo ajeno para fines propios⁶⁴.

Mucho más frecuentemente es que la autoría concomitante tenga lugar en injustos culposos, que dolosos⁶⁵. El principio general es que cada autor es sólo responsable de lo que se ha propuesto. Su importancia dogmática radica fundamentalmente en que se tratare una pluralidad de autores pero no de una coautoría, con lo que, siendo negación de la coautoría (por falta de resolución común al hecho) perfila el concepto de ésta⁶⁶.

Por lo demás, los problemas que en un ámbito se suelen plantear, nada tienen que ver con la autoría, debiéndose resolver en otro ámbito.

Se da el caso de dos sujetos que proporcionan cierta dosis de veneno al mismo sujeto sin saberlo ambos pero debido a la doble dosis de veneno proporcionado muere el sujeto, resolviéndose el problema en el marco de la causalidad y el dolo⁶⁷.

El coautor es autor, luego para ser tal requiere reunir todas las cualidades propias a éste. Su peculiaridad reside en que, además, ha habido un acuerdo de distribución funcional de las labores a cumplir respecto a la realización del hecho.

La jurisprudencia española ha tenido, sin embargo, a resolver el problema de la coautoría mediante la doctrina del acuerdo previo. (s. 3/10/78,20/12/78), que bastaría para dar la calidad de coautor (es suficiente el sólo acuerdo anterior, sin importar ninguna otra circunstancia); con ella se llega a una posición puramente subjetiva, sin atender a la terialidad de la intervención, esto es si se reúnen los presupuestos típicos de autor y si realmente se tiene el dominio sobre la realización del hecho, con ello se extiende enormemente el campo de los coautores (y, por tanto, del autor), comprendiendo también a quién sólo es cómplice.

Tampoco las tesis puramente objetivas logran dar una solución, ya que conforme a la tesis objetivo-formal sólo podría ser coautor quien realiza un acto ejecutivo típico, lo que hemos visto no es necesario para el concepto de autor y restringiría excesivamente su ámbito.

Tampoco bastaría decir que es coautor quien realiza el tipo legal, pues lo determinante es el dominio sobre esa realización, tal como hemos señalado.

En definitiva según la doctrina española es coautor aquel autor que tiene el dominio de la realización del hecho conjuntamente con otro u otros autores, con los cuales hay un plan común y una distribución de funciones en la realización del mutuo acuerdo (T.S.8/6/84).

Ciertamente, puede haber una coautoría durante una realización del hecho ya iniciado (así en relación, por ejemplo, a una privación de libertad ilegal), la llamada coautoría sucesiva, en que el autor responderá entonces por las anteriores agravaciones de carácter material conocidas. Pero, en todo caso, cada coautor sólo responde por

el plan común, es decir no más allá del acuerdo producido (sí, uno de los coautores decide por su cuenta matar a uno de los dependientes del almacén asaltado que lo insultó, el resto no es coautor en este hecho⁶⁸

3.f. LA DOCTRINA MEXICANA. Con respecto a este tema el autor Ignacio Villalobos nos dice⁶⁹:

3.f.1 Autores.- Si nos decidimos a separarnos del concepto de accesoriadad como fundamento de la responsabilidad de los partícipes, nos daremos cuenta que desaparece aquella limitación con que por algún tiempo se consideró conveniente el título de “autores” sólo para quienes ejecutan el acto material constitutivo del delito, pues tal cosa tenía por objeto fijar el centro de donde pudiera irradiar la responsabilidad para todos los que actuaran en relación con él, como agentes “accesorios” del verdadero delincuente.

Hoy podríamos decir que son autores todos los que ponen una causa eficiente del delito; y como estas causas son siempre una actuación o una conducta que requiere, para serlo, un elemento psíquico y un elemento físico, nada impide considerar la posible separación de tales elementos y el reconocimiento, por tanto, de

autores materiales, que serán los que físicamente realicen los actos característicos del tipo penal; autores morales o intelectuales cuyo aporte sea simplemente de esta naturaleza, "como voluntad que opera sobre otra voluntad", induciendo a cometer la infracción; autores por cooperación, siempre que se preste un auxilio necesario para la consecución del fin delictivo; y autores mediatos, llamados así porque realizan el delito a través de una persona exenta de responsabilidad que, por lo que no es participe en el delito sino simplemente en el acto material, como instrumento físico y no como sujeto de, infracción penal.

Naturalmente no desconocemos que todo instigador sale de la esfera netamente psíquica y actúa en el exterior de su persona, pues de otra manera no podría pensarse en una responsabilidad jurídica de su parte; por eso es que los tratadistas, mejor que "autores intelectuales" o "autores morales", han optado por llamar a esta categoría de participes "autores por inducción"; y reconocemos también que, para ser responsable un autor material, debe concurrir en él la voluntad y el entendimiento de su acto, pues en ausencia de tales requisitos dejaría

el individuo de ser sujeto de atribución del delito como tal, la responsabilidad se concentraría exclusivamente en él inductor y pasaría éste a ocupar la categoría de autor mediato del delito.

3.f.2) Autores materiales o por ejecución. Son aquellos, como se ha dicho, que realizan el acto directamente constitutivo del delito, como dar la puñalada o dispara el tiro mortal.

3.f.3) Autores intelectuales o por inducción. Se consideran como tales, en derecho, a quienes no realizan por sí un delito pero logran que otro lo ejecute, usando para ellos medios eficaces que no lleguen a impedir la concurrencia de la voluntad libre y el entendimiento por parte del inducido. Manzini, en el número 425 de su tratado. (Traducción de Santiago sentis Melendo, tomo III pág. 267), dice "Para juzgar de la eficacia del medio empleado convendrá examinar la naturaleza de las relaciones entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de la determinación, el grado de la fuerza de la voluntad de cada uno de ellos la más o menos fácil sugestibilidad del sujeto pasivo, etc. Una larga e insistente obra de persuasión, una mirada o un signo expresivo una mirada convencional, una burda imposición, una

clara proposición, un discurso de doble sentido, un sorteo consensual o una designación autoritaria (como en las sociedades secretas), una incitación demagógica (como en muchedumbres tumultuarias), y así sucesivamente son todos ellos medios con los cuales se puede determinar a otro el delito y asumir consecuentemente su responsabilidad cuando en realidad se halla conseguido formar en el ánimo ajeno el propósito (o la aceptación) de cometer un cierto delito⁷.

3.f.4 Autores por cooperación. Son aquellos dentro de la teoría de la causalidad los que no ejecutan el acto a que se refiere la descripción legal del delito, ni induce a ello directamente pero si prestan un auxilio necesario para una u otra cosa, o sin el cual no hubiera sido posible la consumación criminal. En el terreno de auxilio intelectual podría éste sujeto revelar los planos, lugares secretos sin cuyo conocimiento no se podría tener acceso al tesoro que traba de robarse; y en la ejecución física podría tenerse como auxilio necesario al que prestara C, viéndose atacado a B por A, con arma blanca, si al advertir que el agredido se apresta a la defensa y es más fuerte o empuña para ello una pistola le sujeta la mano y hace posible

que A consuma sus propósitos.

3.f.5 Autores mediatos. Se llaman así las personas que actúan a nombre de otra sirviendo de instrumento para el delito por lo cual en algunas ocasiones queda excluida de responsabilidad.

Como casos comprendidos en este supuesto se puede recordar a quienes por medio de la fuerza física obligan a otro a ejecutar los movimientos que han de consumir el delito; a quienes se valen de un imputable para la realización de sus planes; a quienes provocan un estado hipnótico para ejercer la sugestión y hacer que se cometa el delito al superior jerárquico que obliga mediante ordenes que no se pueden eludir, al ejecutar un acto delictuoso; en casos de coacción moral que impidan la libre determinación y en caso de ejecutores engañados o de cuya ignorancia se valga el que induce.

Las excluyentes de antijuridicidad, como hace objetivamente legítimo el acto, significan ausencia de responsabilidad para todos los partícipes; y respecto a los casos de excusa o exclusión de la pena se puede afirmar que, de haber inducción por persona que no goce del privilegio, se tendrá un autor material, dispensado de pena, y un autor

moral perfectamente responsable. Sin embargo quienes toman la punibilidad como elemento constitutivo del delito, y por tanto la exclusión de la misma como desintegrante de la infracción, deben ser consecuentes consigo mismos y pensar en la irresponsabilidad necesaria de quien induce a un acto que no sería delictuoso, puesto que le faltaría un elemento para serlo: el de la punibilidad.

No sería conveniente pasar inadvertido el empeño que algunos han puesto en combatir esta denominación de "autores mediatos", suponiendo que sólo tiene sentido dentro de la teoría de la accesoriedad⁷⁰. No cabe duda sobre que en sentido lógico y gramatical, el irresponsable que materialmente ejecuta cualquier acto de los que para un sujeto normal se califica como delito, Participa en los hechos; pero en el concepto jurídico-valorativo que hace referencia a la participación en el delito como tal y en la responsabilidad, el incapaz seguirá siendo excluido y sólo contará quien le forzó, quien le indujo o quien le engaña. De ahí precisamente el nombre de "autores mediatos"; no porque se considere indispensable la presencia de un autor material, inmediato, el cual sea satélite o accesorio los demás

responsables sino precisamente porque, si en unos delitos hay esos ejecutores responsables, o autores materiales, en otros no los hay quedando un autor (por inducción o forzamiento) que ha ejecutado el delito a través de otra persona irresponsable, lo que pone en su acción está persona característica de no actuar propiamente en concurso sino valiéndose de un instrumento aunque instrumento humano en otras palabras de no ser coautor con otro sino autor a través de otro que no puede considerarse como sujeto del delito.

3.f.6 Autoría en delitos especiales. Ahora bien, si autores son tanto los que inducen a personas responsables como los que inducen a irresponsables, es inconsecuente y ligero extrañarse de las aplicaciones de este principio y querer acojerse, como a un argumento en contra, a la necia hilaridad que en los legos pudieran provocar determinados casos de inducción en delitos especiales en que, sin necesidad de que haya mediado un agente refractario a la penalidad, podría resultar un particular cualquiera responsable como autor (por inducción) en un delito de peculado, o una mujer responsable como autora (por inducción), en la violación de otra mujer, o podría realizarse

cualquiera otro de esos ejemplos rebuscados que se quieren presentar como imposibles o como meros chascarridos de almanaque. En todo delito especial puede ser autor, por inducción una persona no calificada para la ejecución material del mismo, si ésta se halla a cargo de quien reúne los requisitos exigidos por la ley.

Nos vemos libres nosotros, afortunadamente, de la discutida pretensión que Binding resucitó, ante preceptos especiales de la legislación de su país, y a la que tan angustiosos esfuerzos han consagrado otros cuyo derecho positivo no lo amerita: suponen estos tratadistas que, más de los simples "delitos especiales" que ya requieren una calidad especial en el autor (como los delitos de funcionarios), existen una categoría diversa y más exigente llamada de los "delitos de propia mano", los cuales sólo pueden cometerse "por el autor en persona" y no valiéndose de intermediarios. Resulta extraordinariamente lógico, como toda tautología, que, si hay tales delitos "que no pueden cometerse valiéndose de intermediarios", no sea posible en ello la autoría mediata: pero en nuestras condiciones jurídicas todo ello no es sino, una petición de principio, pues queda por

averiguar si realmente existen tales delitos "de propia mano".

El Código alemán que servía de base a los estudios de Binding, tal vez para evitar las discusiones suscitadas en la Edad Media sancionó especialmente, la inducción al perjuicio (que hoy se querría encontrar en el falso testimonio), y estableció diversos tratamientos o consideraciones para otros casos envueltos en la polémica, con lo cual permitió decir que aquella inducción al perjurio, por ejemplo, no era (o no sancionaba como) autoría por inducción sino como delito específico y con pena propia; pero a más de que hoy se duda mucho de que haya tales delitos "de propia mano", hay que pensar, dados los términos de nuestra legislación, ¿qué se haría si Pedro indujere a Juan a rendir un falso testimonio? ¿Debería pasarse inadvertida la conducta de Pedro?. No habiendo en nuestras leyes precepto que tipifique y sancione de manera especial esa inducción, ¿cómo se juzgaría el caso? ¿Quedarían en aire todas esas preguntas y en suspenso también la justicia, o se tendría que considerar al repetido Pedro como autor (por inducción) del delito de falsedad

3.g. Connivencia. Una forma de coautoría, estimada por algunos

como complicidad, es aquella en que el auxilio prestado consiste en no impedir la ejecución del delito, supuestas la posibilidad y la obligación de hacerlo.

El policía que se aleja del punto encomendado a su vigilancia, por acuerdo con los malhechores y para permitir que se cometa un delito; el vigilante de una prisión que disimula los trabajos que se realizan los presos para su evasión, etcétera, son coautores del delito que resulta cometido por convivencia⁷⁴.

3.h. Auxilios por omisión. Se suele señalar como un matiz diverso la concurrencia o la cooperación que se presta mediante omisiones en estos casos, no sólo no se denuncia o no se impide el delito sino por un acto omisivo se contribuye a su producción. Si entre los obreros se acuerda el sabotaje y, mientras algunos de ellos ponen pedazos de hierro en las bandas que transportan el trigo al molino por ejemplo el encargado especialmente de vigilar la limpieza de lo transportado deja pasar aquello que va a destruir los engranes o las piezas que hacen la molienda, habrá ejecutado una omisión que será daño que resulte igualmente, si el mecánico de revisar los aviones

antes de cada vuelo no repara los desperfectos que otros hicieron, para que se produzca el siniestro será tan responsable, por su omisión, como los que positivamente prepararon la catástrofe.

3.i. Participio en los delitos de omisión. Finalmente, tanto por actos positivos como por omisiones de contribuir a la realización de un delito de omisión o de comisión por omisión.

COMPLICES. Descartados los que inducen a cometer un delito los que lo ejecutan y aquellos que prestan un auxilio necesario para la realización del mismo, quedan como cómplices todas las demás personas que concurren indirectamente a la causación del evento. Este auxilio puede prestarse desde que se inicia la secuela criminal hasta que finaliza: contribuyendo a la planeación, la preparación o la ejecución total; y 2º Que tal contribución sea de carácter secundario y sustituible, en abstracto, por la ayuda de otro o por los propios medios de los autores⁷².

Como nos podemos dar cuenta es poco lo que difiere la doctrina argentina, española, y mexicana, solamente en cuestiones de nombres diferentes que se les dan a las figuras penales, pero todos toman en

cuenta algún elemento o varios elementos de la coautoría, por ejemplo la doctrina mexicana considera al inductor como la persona que realiza un acto sin el cual no se hubiera podido llevar a cabo el delito un acto esencial, este es un elemento según la doctrina española muy importante en la coautoría, la doctrina española y argentina consideran también la teoría en la que se basa la coautoría siendo está la teoría finalista y para comprender mejor lo que es esta teoría a continuación se hará un breve resumen de la teoría causalista y finalista.

TEORIAS

La teoría de la acción finalista. Su fundador y principal exponente fue Hans Welzel; otros autores importantes que han enriquecido esta concepción son Wernwe Niese, Reinhart Maurach, Gunter Stratenwerth, Armin Kaufmann etc.

Previo a la teoría finalista fue el causalismo valorativo que explicaba valoración del objeto y objeto de valoración; como la culpabilidad es valoración, no puede ser al mismo tiempo objeto de valoración, luego el dolo no puede pertenecer a la culpabilidad; lo que

se valora es justamente la acción dolosa; en cambio, la culpa la consideró como valoración ante la "no presencia" del dolo, por existir un error sobre las circunstancias del tipo. Con esto, se tenía de subjetividad a la tipicidad y entonces los llamados elementos subjetivos del tipo no aparecían como simplemente injertados, sino como momentos normales del aspecto subjetivo del tipo. Por otra parte, de este modo la culpabilidad aparecía sólo como un reproche, como puramente valorativo, ya que la relación psicológica del dolo- la única para Dohna, ya que la culpa era valoración- no pertenecía a la culpabilidad, sino a la tipicidad. Por su parte Weber distinguió en el concepto del delito el deber ser, referido al injusto, y el poder, referido a la culpabilidad, esto es, la capacidad para no obrar antijurídicamente del sujeto⁷³. Ello implica entonces que lo primero a considerar es la acción y su contenido, el dolo o la culpa, pues son la base para el deber ser y sólo posteriormente habrá que determinar si tenía o no la capacidad para obrar de otra manera, que es el problema de la culpabilidad. De este modo, con mayor precisión que Dohna, Weber determinaba el contenido de lo injusto y de la culpabilidad. En todo

caso, ninguno de los autores logran una clara fundamentación de sus planteamientos.

En suma, en el esquema de Weber, dolo y culpa quedaban sin lugar sistemático en la teoría del delito⁷⁴.

La teoría finalista emprende, pues, la tarea no sólo de superar el causalismo valorativo, sino también las posiciones críticas, pero imperfectas como sistema, que había surgido en contra de aquel esquema del delito.

La teoría de la acción final ataca el fundamento mismo del sistema causal, esto es, su concepción de la acción y mediante tal procedimiento confiere un nuevo contenido al del delito. La acción es final y no puramente causal. < La "finalidad" o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad; ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo

sobre-determine finalmente. Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso. Por eso la finalidad es -dicho en forma gráfica- "vidente", la causalidad "ciega". *Con esta concepción Welzel superaba no sólo la teoría causalista, sino también sus revisiones críticas, ya que daba el fundamento para una reordenación del sistema.* Ahora no sólo lo valorativo traspasa todo el delito, sino también lo subjetivo⁷⁵.

La acción (final) confiere la base subjetiva a lo injusto, el dolo necesariamente ha de pertenecer a la tipicidad, pues recoge justamente esa estructura final de la acción y de este modo los elementos subjetivos se engranan fácilmente en el tipo o en las causas de justificación, pues tienen por base esta estructura final de la acción.

Por otra parte, al partir Weizel de una concepción dualista de las normas no necesita para entender valorativamente la tipicidad llegar a una confusión entre tipicidad y antijuridicidad, como es el caso de Mezger o de la teoría de los elementos negativos del tipo. La tipicidad,

tiene un carácter valorativo autónomo del de la antijuricidad, porque la norma prohibitiva o de mandato implica una valoración sobre el acto o acción del sujeto. La antijuricidad, en cambio, es un juicio valorativo (objetivo)⁷⁶, en cuanto pone con relación a todo el ordenamiento jurídico con el hecho típico realizado. Por último la culpabilidad queda desprovista de toda relación psicológica y queda sólo como un juicio de carácter valorativo (reproche) y subjetivo (con relación a la capacidad de motivación y actuación del sujeto).

En suma, ahora lo injusto es una amalgama de aspectos objetivos, subjetivos y valorativos. Por eso en la tipicidad hay que distinguir siempre un aspecto objetivo (tanto con elementos descriptivos como normativos específicos) y uno subjetivo (dolo o culpa y elementos subjetivos específicos). Por su parte, la antijuricidad, si bien es un elemento valorativo objetivo, encierra en su contenido elementos subjetivos, ya que las causas de justificación tienen como base a una acción final. Por último, la culpabilidad es intrínsecamente valoración, pero con un contenido básicamente subjetivo, ya que se fundamenta en la capacidad de actuar de otro

modo del sujeto o lo que es lo mismo en la capacidad de configuración de su voluntad por parte del sujeto. Por eso no se podría afirmar que se trata de una concepción "puramente normativa" de la culpabilidad. (Así Mir, P., p.470; Gómez Benítez, T. J. D., p. 442)⁷⁷

Con la teoría finalista se logra pues culminar todo un proceso dogmático en la configuración de la teoría del delito, que permite superar las contradicciones y simplificaciones anteriores, con lo cual se logra una mayor precisión conceptual y garantista. Pero no dejan de darse puntos críticos, que ponen en discusión estos logros. Su acentuación de la valoración del acto o la acción en la tipicidad provoca una tendencia hacia la etización de la teoría del delito y también de cierta subjetivización, que impide considerar en su plenitud significativo el resultado y así se puede llegar a sostener que desde un punto de vista jurídico-penal da lo mismo que haya muerto o no un hombre, lo importante es sólo que se haya intentado matarlo. Con lo cual evidentemente se provoca una distorsión de los valores sociales, en razón de una determinada posición moral sobre el comportamiento del hombre como ser ético individual. Por otra parte, a partir del año

1965, época en que la teoría finalista alcanza su total consagración, surge una nueva etapa en la evolución de la teoría del delito, que sobre la base de la renovación producida en la criminología y en la política criminal, analiza el delito no sólo desde una perspectiva conceptual o <estrictamente > dogmática, sino preferentemente desde las funciones y legitimación de un Estado social y democrático de derecho y por eso mismo desde el sentido y fundamento de la pena.

LAS TEORIAS DE LA CAUSALIDAD.

Dentro del causalismo, ya sea naturalista o valorativo aparecía como natural la importancia que se daba a la causalidad, pues la acción se definía desde un punto de vista causal, de ahí que casi cada autor desarrollase una teoría de la causalidad propia. El objetivo es establecer una relación de determinación entre un consecuente producido y un antecedente, en el que éste puede ser muy complejo, dada justamente la complejidad de la realidad. Así p. Ej. Pedro ha muerto y tiene una bala en el pulmón (disparada por Juan), pero al mismo tiempo presenta una parálisis al corazón y una tendencia

hemofilia⁷⁸; ¿cómo entonces establecer la relación de determinación entre el consecuente, la muerte de Pedro, y el complejo de condiciones del antecedente?. En resumen, todas las teorías de la causalidad se pueden dividir entre teorías individualizadoras de la causalidad, que intentan de algún modo (teoría de la condición más eficaz, teoría del equilibrio) diferenciar entre las distintas condiciones aquella que es realmente la causa del consecuente, y las teorías generalizadoras, que renuncian a una tal diferenciación, pues desde un punto de vista categorial hay que partir de las leyes de la naturaleza, conforme a las cuales todas las condiciones son iguales y son, por tanto, causa del resultado o consecuente. Como era lógico, por los antecedentes positivistas naturalistas del causalismo naturalista y valorativo, las teorías generalizadoras han predominado (además, las teorías individualizadoras se encontraban ante la imposibilidad objetiva de mensurar las causas, éstas se dan o no simplemente, no admiten graduación). Fundamentalmente a través de dos posiciones: la equivalencia de las condiciones o *condictio sine qua non* y la causalidad adecuada.

La equivalencia de las condiciones o *condictio sine qua non*. Se ha señalado que esta teoría sería la más apropiada desde un punto de vista categorial, es decir, desde las leyes de la naturaleza y también desde una perspectiva ontológica, esto es, de una causalidad en sí. Esta teoría plantea que frente a cualquier resultado o hecho hay un conjunto de condiciones que podrían ser equivalentes, esto es, ser causa. <La "teoría de las condiciones" parte acertadamente del concepto causal ontológico y establece una fórmula "eurística" para la comprobación de las relaciones causales y para excluir la falta de causalidad> (Welzel, D. P., p. 66/67). Dicha fórmula es la llamada supresión mental hipotética, es decir, una condición es causa cuando suprimida mentalmente implica al mismo tiempo que desaparezca el resultado.

En el ejemplo propuesto, si se suprime el disparo, no se produce el resultado, luego esa condición es causa; pero también las otras, el paro cardíaco y la hemofilia.

Esta teoría ha requerido, sin embargo, de ciertas precisiones. Así, frente a un resultado determinado, se pueden ir retrotrayendo las condiciones equivalentes hasta el infinito: como ya criticaba

sarcásticamente Binding, podría ser causa del adulterio la acción del carpintero que hizo la cama donde se produjo el hecho. De ahí entonces que surgió la llamada "prohibición de retroceso", esto es, que no se puede ir más allá del hecho determinado producido. P. Ej. Miguel atropella con su chofer levemente a Sergio, quien es trasladado a una clínica que horas después se incendia y Sergio muere carbonizado⁷⁹; se podría retrotraer hacia el pasado las condiciones y llegar entonces a afirmar que es una causa de la muerte la acción de Miguel, pero ciertamente con ello se está pasando de un hecho a otro, eso es lo que impide la llamada "prohibición de retroceso". Por eso mismo no se pueden introducir factores hipotéticos (qué hubiese pasado si no ingresa en la clínica), sino que es necesario decidir frente a las circunstancias efectivamente realizadas, son ellas las que han de ser suprimidas in mente, no las hipotéticas; en el fondo con esto hoy se da una fundamentación plausible a la "prohibición de retroceso".

Ahora bien, también se pueden dar ciertos problemas específicos, en general cuando ciertas condiciones alternativas o autónomamente explican el consecuente producido, así, p. Ej. Si Jordi y Hugo

dispararon sobre Nuria al mismo tiempo y ambos disparos son mortales.

De modo entonces que si suprimimos mentalmente en forma independiente cada condición (disparo) el resultado se sigue produciendo y, por tanto, no sería causa; luego sólo si acumulativamente se suprimen, el resultado no se produce. Por eso, en estos casos hay que suprimir ambas condiciones copulativamente. Lo cual ciertamente demuestra los límites de esta teoría y cómo es necesario siempre introducirle correcciones que van más allá de lo puramente objetivo, que miran a lo que interesa al derecho penal⁸⁰.

CONCLUSION

En conclusión la coautoría, es una forma de autoría, por supuesto siempre y cuando se tenga el dominio, el acuerdo, y la ejecución del hecho en común. persona que cumple con ciertos elementos que son indispensables, para delimitar entre coautoría y conspiración, diferenciándose una de la otra en que; el coautor interviene en forma material y se pena como autores. Y los conspiradores dependen de la actuación del autor.

Quedando definido como: " la persona o personas que toman parte en el delito, teniendo el co-dominio del hecho, repartiéndose el trabajo y cumpliendo con todos los elementos que establece el tipo penal, y que su participación sea esencial para ejecutar el delito. Estas personas deben actuar consciente y voluntariamente de un delito lo mismo que es el autor mediato, quedando fuera de la figura de la participación. El coautor no está definido de una forma expresa en ninguno de los códigos, tanto centroamericano como de otros países, solamente la doctrina nos indica lo que es esta figura penal, nuestro CP tiende a describir en su artículo 36 lo que es la autoría, sin embargo regula más lo que son los instigadores y cómplices que lo que es autor, la cual según las teorías previamente citadas por diversos autores y tratadistas se consideran, reguado por la teoría del dominio del hecho, y no por una teoría causalista como lo establece nuestro código Penal, el cual es eminentemente causalista según lo establece el artículo 10 del decreto 17-73 del Congreso de la República. Código Penal.

En la coautoría rige el principio de imputación recíproca de las distintas contribuciones, indicando este principio que todo lo que haga

cada uno de los coautores es imputable a todos los demás a diferencia del partícipe en el cual rige el principio de la accesoriedad. La delimitación de la coautoría, depende de que se parte del concepto de autor, la doctrina alemana considera la posición de la Teoría del Dominio del hecho, mientras que la española maneja la Teoría Objetivo-formal basándose en el concepto ontológico, concurre en "los que toman parte directa en la ejecución del hecho".

Dentro de sus elementos y particularidades se deben tomar en cuenta los que ya expuse anteriormente y los siguientes:

Elemento subjetivo: este elemento debe contener la voluntad de la persona para actuar y no depender de la voluntad que otra tiene para hacerlo, la decisión debe ser propia con intención directa por lo que la co-ejecución solamente es posible si existe dolo, no puede haber coautoría culposa porque el delito culposos se caracteriza como la omisión por la violación de un deber y esto no es susceptible de distribución de trabajo ni de planificación anterior.

Elemento objetivo: para la coautoría es decisivo el aporte objetivo pues sólo analizando el aporte objetivo del partícipe se puede

tomar en cuenta si tubo o no, dominio del hecho y en consecuencia si es coautor o no. La contribución tiene que ser un aporte en el momento de la ejecución en su preparación con una participación fundamental en el plan previamente acordado, los Códigos argentino y español expresan "tomar parte en la ejecución adquiriendo un valor dogmático con respecto a la coautoría y señala el momento desde que va el comienzo de la ejecución hasta la consumación en la cual se presta una colaboración sin la cual el hecho no se habría podido llevar a cabo, mencionando a los cómplices y no a los coautores.

En la etapa de la preparación previa al comienzo de la ejecución, no son coautores porque a partir del comienzo de ejecución no han podido dominar el hecho

El cómplice es un tipo autónomo pues depende de un autor, para que se de la figura de la participación no es preciso sin embargo que el autor sea culpable ya que la culpabilidad es personal que puede ser distinta para cada interviniente en el delito e incluso faltar en alguno de ellos.(por ejemplo: que el autor pueda ser menor o enfermo mental, sin que ello afecte la responsabilidad de él participé. Para

distinguir lo que es la coautoría de la participación se puede explicar para su mejor comprensión con este cuadro.

El cual traté de adaptar a nuestro ordenamiento jurídico.

a) Partícipes que realizan un aporte sin el cual el hecho no hubiera podido cometerse. (art. 36 N° 1 y 3. Art. 37 C.P.).

Durante la ejecución: coautores.

Durante la preparación, cómplices o cooperadores necesarios.

b) Partícipe que realizan cualquier otro aporte. (art. 36.n° 3; art. 37 C.P. Guatemalteco).

Cómplices simples durante la ejecución o preparación.

Para determinar cuando hay un aporte sin el cual no se hubiera podido cometer es de utilidad el criterio de la fórmula de la supresión mental de la teoría de la *condictio sine qua non*. Si se suprime mentalmente el aporte, y la ejecución no puede llevarse a cabo, es evidente que se trata de un aporte necesario. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que no debe requerirse una necesidad absoluta, sino que es suficiente que el aporte sea "difícilmente reemplazable" en las circunstancias concretas de la ejecución.⁸¹

CITAS DE PAGINAS

- (45) Citado por Zaffaroni. Teoría general del Delito. Pag. 646
-pág.31-
- (46) Stratenwerth. 225. (Ibidem) -pág.31-
- (47) Cfr. Stratenwerth, loc. Cit.(Ibidem).-pág.32-
- (48) Citado por Zaffaroni, Teoría General del Delito. Pag. 647.
-pág.32-
- (49) Cfr. Stratenwerth, 226; Jescheck, 452-3. (Ibidem).-pág.33-
- (50) Stratenwerth loc. Cit.(Ibidem).-pág.34-
- (51) Roxin.277.(Ibidem).-pág.35-
- (52) Roxin, 280; igual Jescheck, 453; Stratenwerth, 228; creemos que el Superior Tribunal de Córdoba. Soluciona como complicidad un claro caso de coautoría (17, marzo, 1972, en LL. enero 12, 1973).(Ibidem).-pág.35-
- (53) Cfr. Roxin, 282.(Ibidem),pág.35-
- (54) Stratenwerth, 229.(Ibidem)-pág.36-
- (55) Así, Soler, 271 y ss.; Nuñez. Manual, 190; Fontán Balestra, II, 482 y ss.(Ibidem).-pág.36-
- (56) Así Bacigalupo, 47.(Ibidem).-pág.36-
- (57) Citado por Zaffaroni, Teoría General del Delito. Pag. 649.
-pág.37-

- (58) Así Soler, II, 471.(Ibidem).-pág.37-
- (59) Supra, 14. F.(Ibidem).-pág.38-
- (60) Citado por Zaffaroni, Teoría General del Delito Pag. 650.-pág.39
- (61) Roxin, op. cit., 289.(Ibidem).-pág.39
- (62) Stratenwerth, 227.(Ibidem).-pág.39-
- (63) Maurach, II, 345-6, y pertenecen a la jurisprudencia alemana. V. Córdoba Roda, en nota a Maurach. Lo. Cit.-pág.40-
- (64) Ibidem.-pág.41
- (65) Cfr.Jescheck, 452; Baumann, 522; Mayer, H., 1957,153.-pág.41-
- (66) Cfr. Schmidhauser, 414-5; Jescheck,453.-pág.41-
- (67) Cfr. Mezger-Blei, 281-2; sobre ello también Sighele, Escipión. La teoría positiva de la complicidad, trad. De Pedro Dorado. Madrid, s.f., 210.-pág.42
- (68) Bustos Ramírez, Juan Manual de derecho Penal. Parte General. 3. Edición, pág. 288.-pág.44-
- (69) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa.5ta. edición pág. 485-486.-pág.44-
- (70)Villalobos, Ignacio, derecho penal mexicano. Op. cit. P.487. -pág.49-
- (71) Nuestro código de 1871 decía, en su artículo 49, " son responsables como

autores de un delito. Los que teniendo por su empleo o cargo el deber de impedir o de castigar un delito, se obligan con el delincuente (y cumplen su ofrecimiento) a no estorbarle que lo cometa o a procurarle la impunidad en el caso de ser acusado. -pág.53-

(72) Villalobos Ignacio. Op. cit. Pág. 489.-pág.54-

(73) Bustos Ramírez. Manual de Derecho Penal. Parte General. 3ra. Edición, editorial Ariel, S. A. Pág. 142.-pág.56-

(74) *Ibidem*.-pág.57-

(75) *Ibidem*. -pág.58-

(76) *Ibidem*. Pág. 144.-pág.59

(77) *Ibidem*. Pág. 144-pág60-.

(78) Bustos Ramírez. Op. cit. Pág. 146.-pág.62-

(79) Bustos Ramírez. Op. cit. Pág. 147.-pág.64-

(80) Bustos Ramírez. Derecho Penal. Op. cit. Pág. 142-145.-pág.85-

(81) Bacigalupo, Enrique, Lineamientos de la Teoría del Delito. -pág.66-

CAPITULO IV

LA COAUTORIA Y SU REGULACION EN EL CODIGO

PENAL

Como consecuencia de lo establecido en la doctrina y anterior desarrollo del presente trabajo se concluye en lo siguiente:

Las doctrinas existentes que sirven de base para el estudio de la teoría de la participación en el delito son diversas, pero se toman en cuenta para la gran mayoría de tratadistas las siguientes: la teoría de la causalidad que es en la cual se encuentra fundamentado nuestro Código Penal, según el artículo 10 del citado cuerpo legal que dice en su parte conducente: (relación de causalidad). Los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al infractor cuando fueren consecuencia de determinada conducta. Con este artículo nos podemos dar cuenta que los legisladores en el momento de aprobar el presente decreto con la influencia de la teoría causalista, teoría que en el presente se queda corta en el momento de la aplicación de la ley a casos concretos.

Los artículos 35 al 40 inclusive regulan lo referente a la participación en el delito, artículos que son de suma importancia en nuestro ordenamiento jurídico, pero, dentro de esta clasificación no se tomo en cuenta la conspiración y proposición en el delito, legislandolo en los artículos 17 y 474 (encubrimiento), como figura autónoma. Esta regulación adolece de defectos, pues es de considerar que no existe unificación en las diferentes clases de participación, y nuestro código tiende a regular en el apartado de los autores a los cómplices e instigadores y no solamente a los autores y sus diferentes formas, no se da un claro concepto de las diferentes clases de participación y no se individualiza suficientemente, a efecto que no se provoquen problemas en los jueces al momento de imponer una pena.

En cuanto a la teoría del dominio del hecho que se considera, nos da una explicación amplia, completa con respecto a la teoría de la participación, tomando en cuenta como lo indicamos en ocasiones anteriores del presente trabajo, la voluntad, intención del autor y los elementos que se puedan establecer en el momento del accionar en los delitos en los cuales participa más de una persona.

Estableciendo un orden y analizando quien tiene el dominio final del hecho, toma en cuenta como primer lugar a los autores inmediatos, que es quien ejecuta el delito en forma personal y sin que exista otra persona, cuando existe más de una persona, regula al autor mediato, el cual se considera que puede valerse de otra persona y que puede ser un aparato de poder el instrumento para cometer un delito, el coautor, quien la figura del presente trabajo es la persona que tiene el dominio del hecho que participa en el delito con una función sin la cual no se podría cometer el ilícito y siendo de tanta importancia su opinión que en cualquier momento se podría interrumpir la ejecución del delito con sólo su voluntad, los cómplices y encubridores quienes actúan basándose en los autores. Pues este tipo de participación depende del accionar de una persona anterior. A manera de ilustrar la forma en que se ha regulado la teoría de la participación en el delito en nuestro Código Penal Decreto 17-73 del congreso de la República y el Decreto 17-90 del 14 de febrero de 1936, el cual legislaba lo referente a la participación en el delito de la siguiente forma:

Art. 28.

Son responsables criminalmente de los delitos.

1°- los autores

2°- los cómplices

3°- los encubridores.

Art. 29

De las faltas sólo son responsables criminalmente los autores.

Art. 3

Se consideran autores.

1°- los que tomen parte directa en la ejecución del hecho.

2°- los que fuercen o induzcan directamente a otro a ejecutarlo

3°- los que cooperan a la ejecución del hecho por un acto sin el cual no se hubiere ejecutado.

Art. 31

Son cómplices los que no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos.

Art. 32

Son encubridores los que con conocimiento de la perpetración

del delito o de los actos ejecutados para llevarlos a cabo sin haber tenido participación en él como autores o como cómplices intervienen con posterioridad a su ejecución. de alguno de los modos siguientes:

1º- aprovechándose por si mismos o facilitando a los delincuentes medios para que se aprovechen de los efectos del delito;

2º-ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito para impedir su descubrimiento;

3º- Albergando, ocultando o proporcionando la fuga al culpable, siempre que ocurra alguna de las circunstancias siguientes:

1-La de intervenir abuso de funciones públicas de parte del Encubridor.

2-Ser el delincuente reo de traición, delito contra las instituciones sociales, parricidio, asesinato o cuando fuere conocido como multi-reincidente.

El decreto 17-73 regula lo referente a la participación en el delito de la siguiente forma:

De la participación en el delito.

Art. 35- (Responsables). Son responsables penalmente del delito: Los

autores y los Cómplices.

Art. 36- (Autores). Son autores:

1º- Quienes tomen parte directa en la ejecución de los actos propios del delito.

2º- Quienes fuercen o induzcan directamente a otro a ejecutarlo.

3º- Quienes cooperen a la realización del delito, ya sea en su preparación o en su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiera podido cometer.

4º- Quienes habiéndose concertado con otro u otros para la ejecución de un delito, están presentes en el momento de su consumación.

Art. 37- (Cómplices). Son cómplices

1º- Quienes animaren o alentaren a otro en su resolución de cometer el delito.

2º- Quienes prometieren su ayuda o cooperación para después de cometido el delito.

3º- Quienes proporcionaren informes o administraren medios adecuados para realizar el delito; y,

4º- Quienes sirvieren de enlace o actuaren como intermediarios entre

los partícipes para obtener la concurrencia de éstos en el delito.

-Como nos podemos dar cuenta existe mucha relación entre una legislación y otra, las diferencias que se pueden notar en estos artículos es que en una legislación se aclaró quienes son autores, quienes cómplices, y quienes se consideran encubridores; figura, que en el Código Penal vigente se le dio un tipo autónomo.

A mi criterio el Código Penal vigente sigue la teoría causalista lo mismo que el Decreto abrogado de 1936, fundamentando mi criterio en el artículo 10 del mismo cuerpo legal que dice: Art. 10-(Relación de causalidad). Los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlos, con forme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso o cuando la ley expresamente lo establece como consecuencia de determinada conducta.

Como ya se expresó en los capítulos anteriores en donde se estableció según los diferentes tratadistas penales, que la teoría finalista se divide en tres interpretaciones las cuales son:

- a) El dominio propio de la acción. La acción propiamente dicha.
- b) El dominio de la voluntad, que es el fundamento para la autoría mediata.

El dominio funcional del hecho, del principio a fin, siendo el fundamento de la coautoría.

Por lo que considero que en nuestro Código Penal no se tomo en cuenta esta teoría en el momento de legislar el artículo 36 pues no se relaciona en ningún momento con la teoría antes citada en este trabajo.

En el artículo antes mencionado se regulan las diferentes formas de participación en el delito, de una forma desordenada pues considero a mi forma de ver que no se tenía el suficiente conocimiento para aplicar la doctrina a la legislación. Dando estos problemas lugar a la impunidad pues no se fundamenta lo suficiente al aplicarlo en un caso concreto, al coautor muchas veces confundido con el cooperador, encubridor, y el propio autor.

CONCLUSIONES.

- 1- Solamente el ser humano puede ser autor de un delito, pues un ser inanimado no podría accionar u omitir una acción.
- 2- El cómplice depende del accionar de una persona anterior a él o sea que no puede considerarse cómplice si no existe un autor.
- 3- La figura del coautor, tiene su fundamento en la teoría del dominio del hecho, al que se le impone la misma pena que al autor inmediato, diferenciándose de este por el dominio que tuvo del hecho, y se da cuando existe la participación de más de una persona en el ilícito penal.
- 4- La coautoría es una forma de conducta que no se encuentra regulada en el Código Penal, pues solamente regula el tipo de autor de la conducta delictiva.
- 5- El coautor realiza una parte necesaria de la ejecución del plan delictivo global, porque es un hecho en el cual se necesita la participación de más de una persona la cual tiene asignada determinada tarea, siendo está tan importante que sin ella no se podría llevar a cabo el ilícito penal.

6- La diferencia entre la coautoría y el cooperador consiste en que el coautor tiene un dominio funcional en el hecho y el cooperador depende de la participación del autor. Nuestro código Penal sigue la teoría causalista, como lo definieron los legisladores en su artículo 10 del Decreto 17-73 del Congreso de la República. Por lo tanto no puede regular de forma adecuada la figura de la coautoría.

RECOMENDACIONES.

Que el Código Penal guatemalteco, Decreto 17-73 del congreso de la República, sea revisado y previo a su estudio en el cual se deben de tomar en cuenta todos los factores sociales que influyen en su aplicación, se den las reformas correspondientes, pero no dejarse influir por legislaciones extranjeras que no se podrían aplicar en nuestro país, pues existen diferencias sociales y culturales que chocarían con la nuestra y sería imposible su aplicación a las nuestras.

Que la reforma logrado con el Código procesal penal Decreto 51-92 del Congreso de la República, en cuanto a lo moderno de sus teorías necesita una base sólida y de acuerdo a la regulación de su aplicación, con esto me refiero al Derecho sustantivo al cual solamente se le han reformado algunas instituciones jurídicas y no se le ha hecho un estudio en cuanto a sus fuentes a sus orígenes. Desde luego que al tomar en cuenta todos estos cambios sería conveniente que los legisladores estudiaran la doctrina existente para conocer los orígenes de las instituciones jurídicas y poder de esta forma poder aplicarla de

acuerdo a nuestro país, también a mi criterio deben tomar en cuenta que nuestro país necesita que se legisle a todo nivel social y cultural.

Para que en un pueblo pueda darse la paz, debe existir justicia social, democracia y una administración de justicia de aplicación general, y si no existen las figuras penales en las cuales se pueda establecer concretamente una sentencia no se logrará alcanzar esto.

En la lucha contra la impunidad se debe actuar conforme lo establece la ley, por lo que se tiene que prevenir las actuaciones que se den en la sociedad y que sean ilícitas.

BIBLIOGRAFIA

1. Bacigalupo Enrique. Lineamientos de la Teoría del Delito. Causas de Justificación en General, Editorial Juricentro 2da. Edición, 1985.
2. Bustos, Ramírez Juan, Manual de derecho Penal, 3ra. Edición, Editorial Ariel S. A. Barcelona España.
3. Creus, Carlos, Ideas Penales Contemporáneas, Editorial Astral Alardeo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, Argentina. 1985.
4. Cuello Calon, Eugenio Derecho Penal Parte General y Parte Especial, Nueva Edición, Editorial Especial, Barcelona España 1961.
5. Hurtado, Aguilar, Hernán, Derecho Penal, Compendiado, Editorial Landívar, 2da Edición. Guatemala, 1984.
6. Jeschock, Hans Henrich, Tratado de Derecho Penal. Vol. 2do. Bosch, Casa Editorial S. A. Urgel 51 Bis. Barcelona. España.
7. Maurach Reinhart, Heinz Zipf, Derecho Penal Parte General, Teoría General del derecho Penal y estructura de Derecho Punible, 2da. Edición, Alemania.

8. Mir Puig, Santiago Derecho Penal, Parte General, 3ra. Edición, Editorial Pepe U, Barcelona España, 1990.
 9. Monzón Paz, Guillermo Alfonso. Introducción al derecho Penal guatemalteco. Impresiones Gardiza. Guatemala, 1980.
 10. Muñoz Conde, Francisco. Introducción al Derecho Penal. Parte General. España.
 11. Novoa Monreal, Eduardo. Causalismo y Finalismo en Derecho Penal.
 12. Nuñez, Ricardo. Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales, Edición De Palma. Buenos Aires. Argentina, 1987.
 13. Puig Peña, Federico. Derecho Penal. Parte General, Tomo II, Volumen II. 5ta. Edición. Editorial Nauta. S. A. Barcelona 1959.
 14. Rodríguez Devessa, José María. Derecho Español. Parte General, 7ta. Edición, gráficas Carasa. Madrid España, 1979.
 15. Soler Sebastián. Derecho Penal Argentino, Vol. II. Tipografía Editorial Argentina, S. A. Buenos Aires. Argentina 1978.
 16. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal 5ta. Edición.
-

Diccionarios.

1. Cabanellas, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Editorial Heliastrea. Buenos Aires, Argentina, 1979.
2. Diccionario de Derecho Penal y Criminología. Editorial Atria, Buenos Aires, Argentina, 1983.
3. Osorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y sociales. Edición Primera. Editorial Heliastrea. S.R.L. Buenos Aires Argentina, 1930.
4. Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo I, II, XI, XXI, XXXII. Industria Gráfica del Libro S. R. L. Buenos Aires Argentina. 1978.
5. Diccionario de la Real Academia Española, 2da. Edición. Editorial España Calpe. S. A. Madrid España 1979.

Leyes.

1. Constitución Política de la República de Guatemala.
2. Código Penal Decreto 17-73. Del Congreso de la República de Guatemala.
3. Código Procesal Penal Decreto 51-92, del Congreso de la República de Guatemala.

4. Decreto 17-90, del 14 de febrero de 1936.
5. Ley del Organismo Judicial Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala.