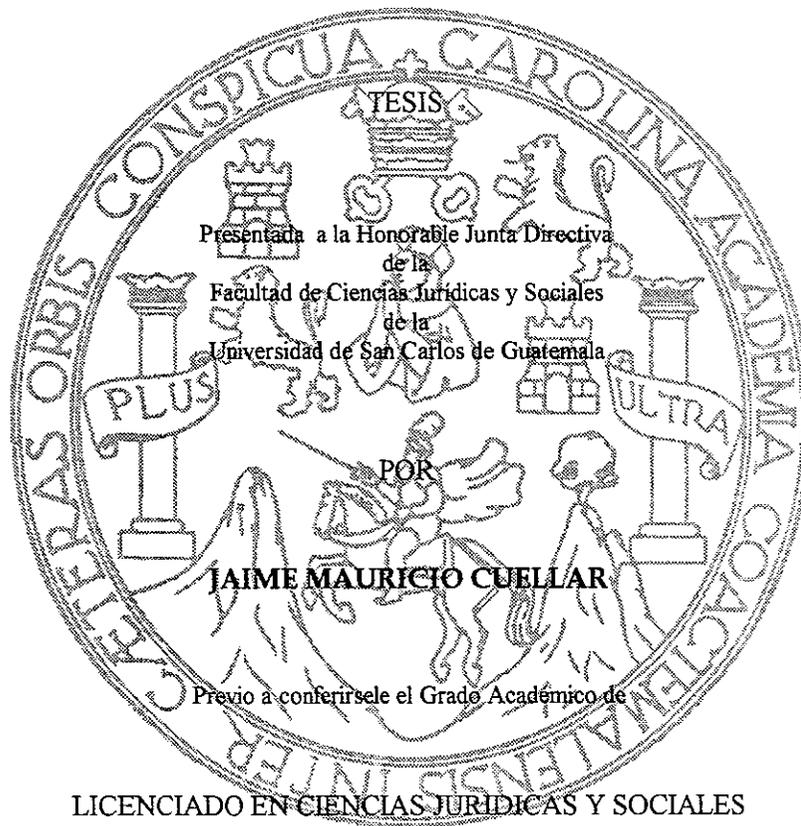


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

**ANALISIS CRITICO SOBRE LA AUTORIA Y LA PARTICIPACION  
EN EL CODIGO PENAL GUATEMALTECO**



Y los títulos de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, abril de 1,999



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

DECANO:.....LIC. JOSE FRANCISCO DE MATA VELA  
VOCAL I:.....LIC. SAULO DE LEON ESTRADA  
VOCAL II:.....LIC. JOSE ROBERTO MENA IZEPPI  
VOCAL III:.....LIC. WILLIAM RENE MENDEZ  
VOCAL IV:.....ING. JOSE SAMUEL PEREDA SACA  
VOCAL V:.....DR. JOSE FRANCISCO PELAEZ CORDON  
SECRETARIO:.....LIC. HECTOR ANÍBAL DE LEON VELASCO

**TRIBUNAL QUE PARTICIPO EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL**

**PRIMERA FASE**

Presidente:.....LIC. CESAR AUGUSTO CONDE RADA  
Secretario:.....LIC. EDGAR ENRIQUE LEMUS ORELLANA  
Vocal:.....LIC. RAUL ANTONIO CHICAS HERNANDEZ

**SEGUNDA FASE**

Presidente:.....LIC. REYNEIRO DE JESUS VASQUEZ RAMOS  
Secretario:.....LIC. MOISES ULFRAN DE LEON  
Vocal:.....LIC. VLADIMIR OSMAN AGUILAR GUERRA

(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).



DE CIENCIAS  
Y SOCIALES  
Avenida, Zona 12  
Centroamérica

1103-99

Guatemala 15 de marzo de 1999



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES  
**SECRETARIA**

15 MAR. 1999

**RECIBIDO**  
Horas: 15 Minutos: 15  
Oficial: [Signature]

1999  
Licenciado José Francisco De Mata Vela  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor Decano:

De conformidad con lo ordenado por usted, asesoré al Bachiller JAIME MAURICIO CUELLAR, en su trabajo de tesis titulado "ANALISIS CRITICO SOBRE LA AUTORIA Y LA PARTICIPACION EN EL CODIGO PENAL GUATEMALTECO".

Por lo cual le informo lo siguiente:

- Asesoré al estudiante JAIME MAURICIO CUELLAR, en la elaboración de su tesis, sugiriendo y proponiendo los posibles cambios que pudiesen ayudar al desarrollo del tema.
- Hice observaciones al método de investigación para adecuarlo a los objetivos propuestos en su tema.
- Orienté al estudiante en la bibliografía utilizada en la investigación, proporcionándole incluso aquellos que consideré necesarios a efecto de cumplir con los objetivos que él se planteó.

En virtud de lo anterior, es justo considerar que el trabajo de tesis desarrollado, no sólo se limitó a llenar los requisitos mínimos deseables en este tipo de trabajos, sino que denota mucho interés, acuciosidad y esfuerzo para aprehender los conceptos básicos del Derecho Penal y los específicos del tema.





Puedo asegurarle que muy pocos trabajos de investigación han profundizado en los estudios fundamentales para plantear una verdadera tesis. En este caso el tema de la autoría y la participación escasamente ha sido analizado científicamente y mucho menos planteado como punto de discusión académica en Guatemala, prueba de ello es la complicada y antitécnica construcción de los artículos 36 y 37 del código penal guatemalteco.

Coincido con el autor del presente trabajo, que existe desconocimiento sobre el tema en los Abogados litigantes, Jueces y Magistrados en general, prueba de ello son las distintas sentencias que analizó en su investigación y otras que por la misma práctica forense he podido estudiar.

Por todo ello, considero que el trabajo realizado por el Bachiller JAIME MAURICIO CUELLAR, es realmente excelente y puede ser trasladado al revisor para su dictamen correspondiente.

Atentamente,

Lic. Edgar Enrique Lemus Orellana  
ASESOR

EELO/scgf.



DECANATO DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES  
Institución, Zona 12  
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y  
SOCIALES: Guatemala, nueve de abril de mil novecientos noventa y  
nueve.-----

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del  
trabajo de tesis del Bachiller JAIME MAURICIO CUELLAR intitulado  
"ANALISIS CRITICO SOBRE LA AUTORIA Y LA PARTICIPACION  
EN EL CODIGO PENAL GUATEMALTECO" Artículo 22 del  
Reglamento de Exámenes Técnico Profesional y Público de Tesis.-----

*[Handwritten signature]*



ALHJ.





FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES  
Ciudad Universitaria, Zona 12  
Guatemala, Centroamérica



1315-99

Guatemala, 5 de abril de 1999.

14/99  
1315

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

FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES  
**SECRETARIA**

LA 6 ABR. 1999

**RECIBIDO**

Horas: \_\_\_\_\_ Minutos: \_\_\_\_\_  
Oficial: \_\_\_\_\_

Señor Decano:

De conformidad con lo ordenado por usted, procedí a Revisar el trabajo de tesis denominado **ANALISIS CRITICO SOBRE LA AUTORIA Y LA PARTICIPACION EN EL CODIGO PENAL GUATEMALTECO**, el cual fue elaborado por el Bachiller **JAIME MAURICIO CUELLAR**.

La investigación realizada por el Bachiller **JAIME MAURICIO CUELLAR**, llena todos los requisitos establecidos en nuestra facultad para este tipo de trabajo, coincidiendo con el Asesor de Tesis en que muy pocos trabajos de investigación han profundizado en los estudios fundamentales para plantear una verdadera tesis, en virtud de lo cual estimo Señor Decano que el mismo debe ser aprobado y ordenarse la impresión del trabajo antes referido y que el mismo sirva de base para el Examen Profesional correspondiente.

Atentamente.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Lic. Carlos Estuardo Gálvez Barrios  
REVISOR.





FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES  
Universitaria, Zona 12  
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y  
SOCIALES: Guatemala, nueve de abril de mil novecientos noventa y  
nueve.-----

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del  
trabajo de tesis del Bachiller JAIME MAURICIO CUELLAR intitulado  
"ANALISIS CRITICO SOBRE LA AUTORIA Y LA PARTICIPACION  
EN EL CODIGO PENAL GUATEMALTECO" Artículo 22 del  
Reglamento de Exámenes Técnico Profesional y Público de Tesis.-----

ALHJ.



## DEDICATORIA

**AL CREADOR DEL UNIVERSO.**

A mi madre **JULIA CUELLAR**, por su amor, sacrificio y apoyo. Sea el presente un humilde reconocimiento.

A **EMILIA REYES** (mama mila), por su dedicacion y enseñanzas.

A mi esposa **ANA LUCRECIA LOPEZ GONZALEZ**, por la solidaridad y aliento brindado para culminar no solo este trabajo sino mi carrera, quien ademas cambio el destino de mi vida.

A mi suegra **IRMA ESTELA GONZALEZ SANCHEZ**, por su cariño.

A mi cuñado **LEONEL ESTUARDO LOPEZ GONZALEZ** y a **HECTOR GILBERTO SANTIZO RAMIREZ**.

A **MIS COMPAÑEROS UNIVERSITARIOS Y AMIGOS**, de quienes no cito nombres para evitar omitir alguno.

A mi asesor Licenciado **EDGAR ENRIQUE LEMUS ORELLANA**.

A la memoria de **HERMAN ESTUARDO MEJICANOS ARROYAVE** con respeto.

A **LA TRICENTENARIA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**.

Especialmente

A **LA GLORIOSA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES**.

Y al **PUEBLO DE GUATEMALA**.



# INDICE

INTRODUCCION.....	i
CAPITULO I	
Generalidades	
1) DERECHO PENAL	
A. Definición.....	1
B. Características.....	1
C. Naturaleza jurídica.....	2
2) GARANTIAS PENALES	
A. Definición.....	3
B. Clasificación.....	3
3) DERECHOS HUMANOS	
A. Antecedentes.....	7
B. Definición y denominaciones.....	8
C. Clasificación.....	9
D. Regulación Constitucional y legal.....	10
4) DERECHO PENAL DE ACTO Y DERECHO PENAL DE AUTOR	
A. Derecho penal de acto.....	11
B. Derecho penal de autor.....	12
C. Diferencias.....	12
D. El derecho penal de autor y los Derechos Humanos.....	13
CAPITULO II	
La participación en el delito	
5) ACLARACION.....	15
6) DEFINICION Y DENOMINACIONES.....	15
7) TEORIAS SOBRE LA PARTICIPACION	
A. Concepto unitario de autor.....	16
B. Concepto restrictivo o dualista de autor.....	17
8) PRINCIPIOS DE LA PARTICIPACION	

A.	Principio de identidad de delito.....	19
B.	Principio de comunidad de acción.....	19
9)	CLASES DE PARTICIPE.....	20
10)	LA PARTICIPACION EN DELITOS CULPOSOS.....	20
11)	REGULACION LEGAL SOBRE LA PARTICIPACION.....	22
12)	LEGISLACION COMPARADA.....	23

### CAPITULO III

#### Autoría

13)	INTRODUCCION.....	27
14)	TEORIAS SOBRE LA AUTORIA.....	28
A.	Teoría subjetiva (concepto extensivo de autor).....	28
B.	Teoría Objetiva (concepto restrictivo de autor).....	29
C.	Teoría del dominio del hecho.....	31
a.	Como teoría subjetivo-objetiva.....	32
b.	Como teoría material-objetiva.....	33
c.	Formas de dominio del hecho.....	33
15)	CONCEPTO ONTOLOGICO Y CONCEPTO LEGAL DE AUTOR	
A.	Concepto ontológico de autor o autor real.....	36
B.	Concepto legal de autor.....	37
16)	DEFINICION DE AUTOR.....	38
17)	FORMAS DE AUTORIA	
A.	El dominio de la acción y la autoría inmediata unipersonal o autoría material.....	38
B.	El dominio de la voluntad (o a través del dominio de la voluntad) y la autoría mediata.....	41
a.	Consideraciones de carácter constitucional.....	41
b.	Definición.....	41
c.	Formas de aparición de la autoría mediata.....	42
d.	Regulación legal.....	49

	e.	Legislación comparada.....	51
C.		La coautoría	
	a.	Definición.....	57
	b.	Teorías de la coautoría	
	1o.	Del acuerdo previo.....	58
	2o.	Teoría del dominio funcional del hecho.....	64
	3o.	Teoría del dominio positivo y conjunto del hecho.....	68
	c.	Regulación legal de la coautoría.....	69
	d.	Legislación comparada sobre la coautoría.....	70
18)		APLICACION DEL CRITERIO VALIDO PARA SOLUCIONAL ALGUNOS CAOS OBJETO DE DISCUSION	
	A.	El que sujeta a la víctima mientras otro lo golpea.....	72
	B.	El que realiza actos típicos no nucleares.....	72
	C.	El vigilante en el caso del robo.....	74
	D.	El jefe de la banda.....	75
	E.	Los denominados casos d coautoría alternativa.....	76
19)		OTRAS FORMAS DE AUTORIA SEGUN EL DERECHO COMPARADO	
	A.	El autor moral.....	77
	B.	El autor presunto.....	77
20)		CONCLUSION.....	79
<b>CAPITULO IV</b>			
La participación en sentido estricto			
21)		GENERALIDADES.....	81
22)		TEORIAS SOBRE LA PARTICIPACION	
	A.	Teoría de la corrupción o de la culpabilidad.....	81
	B.	Teoría de la acusación.....	81
	C.	Teoría de la participación en lo ilícito.....	82
23)		DEFINICION DE PARTICIPE.....	82
24)		CARACTERISTICAS DE LA PARTICIPACION Y DEFERENCIAS CON LA AUTORIA	
	A.	El plan común.....	82



B.	Esencialidad de la contribución.....	82
C.	No contribución en fase ejecutiva.....	83
D.	Accesoriedad de la participación.....	83

25) FORMAS DE PARTICIPACION

A.	El cooperador necesario	
a.	Definición.....	84
b.	Diferencias con el autor.....	84
c.	Regulación legal.....	85
d.	Legislación comparada.....	85
B.	El cooperador no necesario	
a.	Introducción.....	87
b.	Definición de cooperador no necesario o cómplice.....	87
c.	El cómplice y el concepto restrictivo de autor.....	88
d.	Regulación legal.....	88
e.	Legislación comparada.....	92
C.	El Inductor	
a.	Definición.....	95
b.	Requisitos de la inducción.....	96
c.	Diferencias con el autor mediato.....	97
d.	Diferencias con el cooperador necesario.....	97
e.	Diferencias con el coautor.....	97
f.	Inducción en delitos culposos.....	97
g.	Regulación legal.....	99
h.	Legislación comparada.....	101

CAPITULO V

Encubrimiento

26)	INTRODUCCION.....	105
27)	DEFINICION.....	105
28)	CLASES DE ENCUBRIMIENTO.....	105
29)	EL ENCUBRIMIENTO Y LA PARTICIPACION.....	106
30)	REGULACION LEGAL DEL ENCUBRIMIENTO.....	107

31)	LEGISLACION COMPARADA.....	109
-----	----------------------------	-----

**CAPITULO VI**

Temas complementarios

32)	LA PARTICIPACION Y LAS CONSECUENCIA JURIDICAS DEL DELITO	
	A. La aplicación de la pena.....	111
	a. Pena para el autor.....	111
	b. Pena para el cómplice.....	111
	B. Fijación de la pena.....	111
33)	LA PENALIDAD DEL ENCUBRIMIENTO.....	112
34)	LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURIDICAS	
	A. Código penal.....	112
	B. Ley Contra la Narcoactividad.....	113
35)	EL DELITO DE MUCHEDUMBRE Y LOS CASOS DE COAUTORIA ADITIVA.....	116
36)	AUTORIA Y PARTICIPACION EN LA LEY CONTRA LA NARCOACTIVIDAD.....	119
37)	LA PELIGROSIDAD SOCIAL Y LA REGULACIÓN SOBRE AUTORIA Y PARTICIPACION.....	122

**CAPITULO VII**

Estudio jurisprudencial

38)	INTRODUCCION.....	125
39)	DESARROLLO.....	126
	CONCLUSIONES.....	141
	RECOMENDACIONES.....	144
	BIBLIOGRAFIA.....	145



## INTRODUCCION

El derecho penal como forma de control social determina aquellos hechos realizados por una persona que son merecedoras de la represión estatal y señala formas severas de sanción a quien incurra en estas conductas, por esta razón debe tenerse mucha precaución siempre que hayan de aplicarse las consecuencias jurídicas que el tipo específico determina; a lo cual hay que agregar que en un Estado Social y Democrático de derecho como al que aspira Guatemala, deben proveerse formal y positivamente todas las garantías individuales, tanto de carácter sustantivo como procesal y para el efecto en este trabajo se enuncian brevemente dichas garantías y su respectiva regulación en el ámbito constitucional, legal e internacional.

Dentro de la rama del derecho penal, surge el importante tema de la AUTORIA Y PARTICIPACION EN EL DELITO, del cual no ha existido una verdadera discusión en Guatemala, tema sin embargo controvertido en países como Alemania y España y cuya normativa contenida en el capítulo I del título V, del libro primero del código penal, artículos del 35 al 40, data del año de 1973, pero que en realidad esta inspirado en el código penal español de principios de siglo y que a la fecha no se le ha incluido ninguna reforma. Este tema reviste especial importancia debido a que dependiendo del criterio que se maneje, podrá responsabilizarse a una persona como autor, cómplice o encubridor, apreciación de la cual variará consecuentemente la pena a imponer.

En ese orden de ideas, se hace necesario un análisis crítico sobre la autoría y la participación en el delito conforme el código penal guatemalteco, pero desde un punto de vista doctrinario, legal y jurisprudencial, tratando de abarcar no sólo los avances teóricos y la legislación comparada, sino la legislación vigente y la jurisprudencia más reciente al respecto.

El verdadero problema de la legislación actual sobre el tema contenida en el código penal guatemalteco, se circunscribe a no hacer una clara distinción entre autor directo, inductor, cooperador necesario y la inclusión de la figura del concertado que está presente al momento de ejecutar el hecho, los cuales conforme el artículo 36 son autores. Pero además deja fuera al autor mediato, que no aparece regulado en el código penal, figura la cual comúnmente no se distingue del inductor, pero que aplicando la teoría del dominio del hecho explica con gran propiedad esta figura tan debatida en la doctrina, teoría la cual explica

además las características del autor directo. Asimismo la norma que regula la complicidad incluye al cómplice moral; además a otra figura semejante al "auxiliador sub sequens", pero que prescinde de la efectiva cooperación posterior; y del que induce a inducir.

Con las anteriores afirmaciones, se desprende que la normativa sobre el tema extiende peligrosamente la punibilidad respecto de conductas merecedoras de sanción, con lo cual se violan derechos individuales; pero además existen aspectos contradictorios, como la última parte del artículo 17 que restringe casi absolutamente la punibilidad del inductor, y la falta de inclusión del autor mediato, que sustrae prácticamente de la punibilidad dichas figuras.

En un país como Guatemala, que fue víctima del autoritarismo militar, la figura del autor mediato que opera a través de grupos organizados de poder, cobró una gran relevancia, amparado en la imposibilidad de perseguirlo por razones de índole jurídico y político, más ahora al terminar el conflicto, el momento coyuntural parece favorecer un avance en ese sentido.

Este trabajo cuyo objeto es realizar un estudio de la normativa respecto de la autoría y participación en el delito, tiene tres aspectos importantes: - Un análisis doctrinario de las teorías más conocidas en nuestro medio sobre este tema: la teoría objetiva, la teoría subjetiva y la teoría del dominio del hecho del autor alemán CLAUS ROXIN, siendo esta última en la que descansa el contenido básico de este trabajo respecto de la autoría; un análisis comparativo de las legislaciones latinoamericanas sobre el tema, las cuales en términos generales son uniformes y; un análisis jurisprudencial de sentencias dictadas por las Salas de la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia, con la finalidad de ingresar a la realidad nacional.

A este tema no se le ha dado la atención que merece, así lo evidencia la legislación y la jurisprudencia. La primera con su complicada y antitécnica construcción y la segunda ya que las sentencias con una pobre y en muchos casos confusa fundamentación, condenan a personas a título de cooperación necesaria sin haber tenido participación en el hecho, entremezclan la figura del cooperador necesario con el autor, se confunde al cómplice, se aplica el presupuesto 4o. del artículo 36, cuando no ha habido intervención en el ilícito; el análisis jurisprudencial sirve para acuñar la afirmación de que existe desconocimiento sobre el tema de autoría y participación tanto por juzgadores como abogados litigantes, que en casi

20 años, únicamente se planteó un recurso de casación que pretendió atacar verdaderamente la participación, el cual dicho sea de paso fue rechazado por defectos de técnica.

Pero además las sentencias denotan la aplicación del derecho penal de autor y estar basadas algunas de ellas en la peligrosidad social para reprimir al delincuente, y algunas se fundamentan a través de expresiones como: "*incurrir en conductas que impliquen peligrosidad*", o por "*poseer malos antecedentes predelictuales*", lo que también ultraja derechos y garantías individuales.

Debe mencionarse que sobre el tema a tratar se han elaborado otros trabajos de tesis, merecedores de respeto a los cuales se les han dado enfoques distintos y los que no han generado un verdadero análisis sobre la regulación guatemalteca y que no han promovido la discusión sobre el mismo.

Hay que aclarar finalmente que éste trabajo no pretende dar soluciones con carácter de definitivas sobre un aspecto del derecho penal del que existe gran debate en la doctrina, la finalidad básicamente es generar la discusión hasta el momento inexistente sobre este tema relevante al momento de condenar a una persona.

# CAPITULO I

## Generalidades

### 1) DERECHO PENAL

#### A. DEFINICION

El hombre es un ser eminentemente social, es imposible concebir al hombre como un ser aislado de sus congéneres. Sin embargo este hombre que convive en una sociedad se ve limitado en sus determinaciones por mecanismos que le imponen ciertas conductas, a estos se les conoce como sistemas de control social; control social que en el caso del Derecho Penal constituye la forma de control primario que se aplica por medio de violencia y que representa una forma de violencia institucionalizada, que llega incluso a dar muerte a una persona, como forma de reacción del Estado en contra de determinadas conductas. Esta forma de violencia social es una característica de todas las instituciones creadas para la defensa o protección de determinados intereses legítimos o ilegítimos, por lo que la violencia es consustancial a todo sistema de control social.

El Derecho Penal como un sistema de control social obedece a las mismas finalidades que la moral y la ética aunque no pueden identificarse en razón de que el Derecho Penal se aplica de manera formal, liberando dentro de lo posible la espontaneidad, la sorpresa, el coyunturalismo y subjetividad propios de otros sistemas (principio de legalidad).<sup>(1)</sup>

Por lo que podemos decir que el Derecho Penal es un sistema de control social, cuya característica esencial y diferenciadora de todos los demás sistemas es la aplicación de consecuencias jurídicas, a través de procedimientos formales, aplicados a conductas injustas (típicas antijurídicas) y culpables de los sujetos que viven en una sociedad, y que lesionan o hacen peligrar bienes jurídicos tutelados.

#### B. CARACTERISTICAS

a. **Ciencia social y cultural:** Es una ciencia del deber ser, ya que no pretende imponer una moral colectiva y se diferencia de las ciencias del ser en que estas son exactas.

---

(1) MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCIA ARAN MERCEDES; Derecho Penal Parte General, Edita: Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, p. 72.

b. **Normativo:** Se manifiesta y aplica a través de normas jurídicas, tendientes a regular la conducta de los hombres.

c. **De carácter positivo:** Persigue su cumplimiento, su aplicación efectiva, aplicando violencia a hechos violentos.

d. **De derecho público:** Creado por el Estado para proteger intereses de provecho general, en el cual éste interviene en su carácter de soberano.

e. **Valorativo:** No es prohibitivo, valora o aprecia las conductas y sobre ellas aplica las penas; o desvalor la conducta, si se basa en la teoría del desvalor.

f. **Finalista:** Persigue o tiene como finalidad prestar seguridad jurídica mediante la coerción; la aplicación de violencia a hechos violentos, por medio de las consecuencias jurídicas del delito.

g. **Preventivo y rehabilitador:** Característica y moderna finalidad del Derecho Penal que es la de prevenir la comisión de delitos por medio de la prevención general y la especial, resocializando al delincuente. <sup>(2)</sup>

### C. NATURALEZA JURIDICA

El Derecho Penal es de Derecho Público, y de intervención mínima del Estado. La finalidad del Derecho Penal es proteger bienes jurídicos tutelados de ataques que los afecten o lesionen, y en razón de ello el Estado interviene directamente como persona de derecho público; sin embargo este derecho subjetivo del Estado (IUS PUNIENDI) no implica una actuación ilimitada o derecho a incriminar o penar, su actuación debe circunscribirse a hechos de trascendencia o impacto social, en razón de ataques a los bienes jurídicos más importantes. Pero además no debe considerarse la aplicación del Derecho Penal por afectar este derecho sancionatorio del Estado (característica de estados totalitarios), en que no se sancionaría al autor de un delito por el delito mismo, sino por atentar en contra de este IUS PUNIENDI.

---

(2) "El sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos y cumplir con el tratamiento de los mismos..." Artículo 19 de la Constitución Política de la República.

## 2) GARANTIAS PENALES

### A. DEFINICION

Este concepto tiene estrecha relación con los Derechos Humanos; en términos generales son las instituciones creadas para prestar seguridad a las personas frente al Estado, con la finalidad de que estas dispongan de los medios necesarios para hacer valer sus derechos; en sentido amplio comprende todas las instituciones contenidas en la constitución y desarrolladas en las leyes ordinarias, y abarca aquellas de carácter procesal, laboral, administrativo, etc.

Las garantías penales son relativas a la seguridad jurídica que el Estado provee a toda persona que es acusada de la comisión de un hecho delictivo, de gozar de todos los medios necesarios, garantizados en convenios internacionales, la Constitución Política de la República, leyes constitucionales, legislación ordinaria, en relación a la imputación de que pueda ser objeto, de los medios de defensa, el estricto control de la imposición de la pena y su ejecución si fuere aplicada.

Estas garantías operan frente al Estado en razón de su poder y dimensión, debido a la necesidad del hombre debe asegurarse frente al Estado, pero el hombre cuando se asegura frente al Estado, en realidad lo hace frente a otros hombres que son los que ejercen el poder y que eventualmente puede abusar de éste.

### B. CLASIFICACION

a. **Principio de legalidad:** Este principio engloba una serie de garantías, constituye el más importante en razón precisamente de las garantías que comprende:

1o. **Garantía penal o de los delitos y las penas:** Consiste en que a nadie puede ser sancionado ni imponerse una pena en tanto la conducta no se encuentre expresamente establecida en una ley, así como tampoco podrán imponerse penas que no sean las claramente determinadas en la misma; expresada a través del aforismo "*NULLUM CRIMEN, NULLA PONEA, SINE LEGE*".

Esta garantía tiene su asidero en el artículo 5 de la Constitución Política de la República, que establece la libertad de acción y que señala: "Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe...", a su vez se ve desarrollada en la legislación sustantiva

penal, en su artículo 1: *"Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley."*

**2o. Garantía procesal:** La determinación de una pena sólo puede ser aplicada a través de un proceso judicial, conforme los procedimientos previamente establecidos y con la posibilidad de hacer uso de los medios de impugnación y defensa contenidos en la ley. Esta garantía está establecida en el artículo 12 de la Constitución Política de la República: *"...Ninguna persona puede ser juzgada... por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente"*.

**3o. Garantía jurisdiccional:** Consiste en que demostrada la comisión de un delito, la responsabilidad del acusado y la imposición de una pena o medida de seguridad es facultad exclusiva de un tribunal competente, creado con anterioridad a la comisión del delito (juez natural). Garantía plasmada en la Constitución Política de la República en el artículo 12: *"Ninguna persona puede ser juzgada por tribunales especiales o secretos..."*; desarrollada por el artículo 203: *"La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado... La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca. Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia"*.

**4o. Garantía ejecutiva o penitenciaria:** Establece que la pena se debe ejecutar conforme las leyes vigentes, y en los lugares y condiciones establecidas en la ley. El artículo 10 de la Constitución Política de la República, se pronuncia al respecto: *"Las personas aprehendidas por la autoridad no podrán ser conducidas a lugares de detención, arresto o prisión diferentes a los que están legal y públicamente destinados al efecto. Los centros de detención, arresto o prisión provisional, serán distintos a aquellos en que han de cumplirse sus condenas"*.

**5o. La reserva de ley:** El Derecho Penal es exclusivamente positivo, por lo que debe ser creado por el órgano constitucionalmente facultado para la creación de leyes, excluyendo toda posibilidad de aplicación por medio de costumbres, principios generales y/o analogía. En Guatemala el organismo facultado para el efecto es el Legislativo: *"La potestad legislativa corresponde al Congreso de la República, compuesto por diputados electos"*

*directamente por el pueblo en sufragio universal y secreto, por el sistema de distritos electorales y lista nacional..."; "Corresponde también al Congreso: a) Decretar, reformar y derogar las leyes..." (Artículos 157, 171 de la Constitución Política de la República). La Ley del Organismo Judicial, como contentiva de las normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco, señala también en el artículo 2: "La ley es la fuente del ordenamiento jurídico..."*

**6o. Taxatividad y seguridad jurídica:** La necesidad de la reserva de ley al Organismo Legislativo, no es una exigencia meramente formalista, sino se relaciona estrechamente con el contenido material del principio de legalidad; para que la ley cumpla con la función de establecer cuales son las conductas punibles debe hacerlo clara y concretamente, sin usar términos que caigan en la vaguedad, dejando el hecho en la indefinición del ámbito punible. La vaguedad en las disposiciones penales no sólo priva de contenido material al principio de legalidad, sino destruye la seguridad jurídica. El principio de legalidad se ve limitado o disminuido cuando el legislador utiliza conceptos o cláusulas valorativas, en las que es muy amplio el contenido de las disposiciones legales. El Código Penal contiene algunas disposiciones difusas, tales como el concepto de honestidad, usado en el artículo 176 sobre el estupro; el concepto "*obsceno*", establecido en el artículo 196, sobre el delito de exhibiciones obscenas.

La ley del organismo judicial en el artículo 147 y el código procesal penal en el artículo 11 bis, determina que los autos y sentencias deben contener una clara y precisa fundamentación de la decisión y su ausencia constituye defecto absoluto de forma, y una violación al derecho constitucional de defensa y de la acción pública; lo cual provee una defensa legal a dicha garantía.

**7o. Irretroactividad:** La ley a aplicar debe ser previa a la comisión del delito, haber sido promulgada con anterioridad a ésta.

Este principio es inseparable de la legalidad penal, para poder aplicar una ley que persiga conductas tipificadas como delitos debe estar vigente en el momento en que se cometan los hechos.

**RETROACTIVIDAD:** No obstante la prohibición respecto de la aplicación retroactiva de la ley en general, en materia penal, puede aplicarse la ley retroactivamente cuando favorezca al reo.

Este principio lo consagra la Constitución Política de la República en el artículo 15: *"La ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo"*; en ese sentido la ley del Organismo Judicial, en su artículo 7, establece que: *"La ley no tiene efecto retroactivo, ni modifica derechos adquiridos. Se exceptúa la ley penal en lo que favorezca al reo"*. Esta garantía se postula en el Código Procesal Penal, a través del aforismo *"NULLUM PROCESO SINE LEGE"*, y está contenida en el artículo 2: *"No podrá iniciarse proceso ni tramitarse denuncia o querrela, sino por actos u omisiones calificados como delitos o faltas por una ley anterior. Sin este presupuesto, es nulo lo actuado e induce responsabilidad del tribunal"*.

**EXTRACTIVIDAD:** La extractividad consiste en la posibilidad de aplicar una ley distinta a la vigente al tiempo de cometido el hecho delictivo, aunque haya recaído sentencia firme y siempre que sea más beneficiosa para el reo. Esta disposición está contenida en nuestra legislación en el artículo 2 del Código Penal.

La extractividad y la retroactividad conforman la denominada **ULTRACTIVIDAD**, que es la aplicación de una ley más allá de su vigencia; y únicamente confirman el principio de irretroactividad de la ley.

**b. Principio de prohibición de la analogía (ANALOGIA IN BONAM PARTEM):** El juez para aplicar la ley debe interpretarla y establecer que supuestos contiene ésta. Por lo tanto, el juez no puede extralimitarse de los términos que contiene la ley y aplicarla a supuestos no previstos en ésta, en caso contrario estaría violando el principio de legalidad. La analogía consiste en aplicar la ley a supuestos no contemplados en ella, pero similares o análogos, a los que la ley describe. La analogía se trata precisamente de que una vez interpretada la ley (determinados los supuestos), se extiendan sus consecuencias (aplicación) a otros supuestos no comprendidos, pero similares.

La prohibición de la analogía se aplica a la denominada **ANALOGIA IN MALEM PARTEM**, como consecuencia directa del principio de legalidad, que actúa como límite a la intervención sancionadora del Estado e implica la prohibición de la aplicación de normas penales que fundamentan la responsabilidad penal, porque define conductas punibles, ni tampoco las que agravan en función de determinadas circunstancias.

Esta garantía la establece el Código Penal en el artículo 7: *"Por analogía, los jueces no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones"*.

Sin embargo nuestra legislación penal admite la aplicación de la analogía **IN BONAM PARTEM**, en el ámbito de los atenuantes, en el artículo 26 numeral 14: "*Cualquier otra circunstancia de igual entidad y análoga a las anteriores*".

Siempre dentro de lo que implica esta garantía, debe tenerse en cuenta que existen disposiciones que dejan a disposición del juez la aplicación o ilimitada interpretación de las normas, tales como: "...quien redujere a una persona a servidumbre o a otra condición análoga..." (Artículo 202 del Código Penal); "Se comete delito de calumnia, de injuria o difamación, no sólo manifestamente, sino también por alegar que es la participación, sin embargo considero aplicable la teoría del dominio función los anteriores (Artículo 167), que no pueden considerarse como prohibición a la aplicación por analogía, sino una violación a la garantía de taxatividad.

**c. Principio non bis in diem o única persecución:** Nadie puede ser sancionado más de una vez por la comisión de un mismo hecho, e implica además la prohibición de que un mismo hecho sea sancionado por más de una ley. Esta garantía la establece el artículo 17 del Código Procesal Penal: "*Nadie puede ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho...*".

### **3) DERECHOS HUMANOS**

#### **A. ANTECEDENTES**

De un punto de vista finalista, la emisión de los Derechos Humanos data de la Revolución Francesa (1789); se constituye como una materia novedosa en cuanto a su formulación consciente y su cristalización.

- **Grecia:** Los ciudadanos tenían algunos derechos y las leyes griegas los protegían, pero no se extendían a los esclavos que eran tratados como cosas.

- **Roma:** Sucede lo mismo entre plebeyos y patricios, hombres libres y esclavos, romanos y extranjeros, quienes se regían por diferentes derechos; a los ciudadanos romanos se les aplicaba el *ius civile*, a los extranjeros el *ius gentium*. Un esclavo no tenía derecho a la vida.

- **Advenimiento del cristianismo:** Este acontecimiento permite cristalizar objetivamente el apareamiento de los Derechos Humanos. Como factor histórico trastorna las ideas y

principios de la época. Valora a todos los seres humanos como iguales, partiendo de la idea de que todos los seres humanos son iguales ante Dios.

- **Inglaterra:** El rey Juan es prácticamente obligado a conceder una serie de normas jurídicas protectoras, que en inicio sólo fueron creadas a favor de los nobles y ampliados sus efectos posteriormente a los hombres del reino. Consta de 63 disposiciones, con tópicos como: Separación iglesia-Estado, propiedad, derecho a la libre circulación, prohibición de tortura, malos tratos, derecho a un juicio justo, igualdad jurídica ante la ley, etc.

- **Estados Unidos, Declaración del Buen Pueblo de Virginia:** En el Estado de Virginia, el 12 de junio de 1776; el pueblo determinó sus derechos que como seres humanos les correspondían.

- **Revolución Francesa, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano:** Influenciada por: Rousseau, Montesquieu, Danton y Robespierre; fruto de la idea acuñada y desarrollada de eliminar el poder absoluto de los gobernantes; eliminar o limitar el poder es una idea paralela a los Derechos Humanos. La importancia de la Declaración, es coyuntural histórica, influyó en la independencia de América Latina, por los principios que contiene, libertad de obra: Poder hacer todo lo que no dañe a otro. A partir de este momento se promulgan constituciones que cristalizan los derechos de las personas como algo intrínseco a ellas.

- **Carta de las Naciones Unidas, 1945:** Con posterioridad a la terminación de la II Guerra Mundial, se integró la Organización de Naciones Unidas, y la suscripción de la Carta de las Naciones Unidas, con lo cual se expanden y se internacionalizan los Derechos Humanos.

Con el cristianismo surgen los Derechos Humanos como algo objetivo; en el ámbito jurídico, con los movimientos inglés y francés se les da carácter subjetivo (parte del sujeto) al considerarlos un elemento propio de las personas.

## **B. DEFINICION Y DENOMINACIONES**

Se les denominan derechos del hombre, derechos de la persona humana, derechos individuales, derechos humanos, derechos subjetivos, derechos fundamentales, derechos naturales, derechos innatos, derechos constitucionales, libertades públicas.

Conjunto de Derechos y libertades civiles, políticas, económicas, sociales y culturales, fundamentales del hombre, sin cuyo respeto no puede concebirse su normal

desenvolvimiento y progreso como miembro de la humanidad. Constituyen garantías que las normas fundamentales aceptan, y que por lo tanto conceden a favor de todos los habitantes del Estado, e integran un conjunto de normas que facultan jurídicamente a las personas con relación al Estado y a sus semejantes, con capacidades de las cuales no cabe privar al individuo, sino excepcional y temporalmente con arreglo a ley expresa.

### C. CLASIFICACION

En general los Derechos Humanos, han evolucionado en el tiempo, en el ámbito cultural, en la evolución de las ideas políticas, y en el curso del Derecho Constitucional, en un contorno cultural, humano.<sup>(3)</sup>

a. **Primera Generación:** Surge con el colapso del absolutismo político y las monarquías que le dan expresión y a finales del S.XVIII con el constitucionalismo clásico o moderno. La Declaración de Virginia y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, plasman el conjunto de Derechos de la Primera Generación de Derechos del Hombre. A estos se les denomina Derechos Individuales, e integran el listado de Derechos Civiles y Políticos.

Este catálogo de Derechos civiles incluye: Libertad personal, libertad de locomoción, libertad de culto, libertad de expresión del pensamiento, derecho de propiedad, libre acceso a los tribunales de justicia, acceso a la enseñanza, derecho al trabajo, derecho a la asociación, libertad de acción, etc.

Dentro de los derechos de naturaleza política están: La máxima expresión que es el derecho al sufragio, muy restringido al principio, pero ampliado posteriormente, desembocando en el sufragio universal y femenino.

b. **Segunda Generación:** Aparecen dentro del lapso de tiempo en que fueron creados y operaron los derechos de la primera generación; pero en la medida en que evolucionó la sociedad, e ingresaron valoraciones novedosas a los conjuntos culturales de distintas sociedades, se amplían y deben añadirse otros.

Esta evolución genera la creación de los derechos de la segunda generación y serán *derechos sociales y económicos*, esto sucede en la época de la post I guerra, a los que se suman los

---

(3) HERRENDORF, Daniel E., BIDART CAMPOS, German J., Principios y Derechos Humanos y Garantías, Editorial EDIAR, Buenos Aires, P.99.

*derechos culturales.* Estos derechos vienen urgidos por la pretensión de los hombres de mejorar sus condiciones de vida en lo social, económico y cultural. Los derechos del hombre tienen que cumplir una función social, no dejan de ser individuales, porque el individuo es el titular, pero se ejercen con un sentido o función social.

Dentro de estos podemos incluir: Derecho a un salario justo, al descanso diario y semanal, a las vacaciones anuales, a la vivienda, a la prestación de salud y seguridad social, a la huelga, contratación colectiva, derecho de asociación gremial y profesional, etc.

c. **Tercera Generación:** La evolución de los Derechos Humanos no termina en la segunda generación; en este momento histórico estamos en pleno nacimiento de otro inventario de derechos que se denominan de la tercera generación. Aún están en evolución y pueden mencionarse: Derecho al desarrollo, a la paz, a la preservación del medio ambiente, de los recursos naturales, del patrimonio cultural y artístico, a comunicación, etc.

#### **D. REGULACION CONSTITUCIONAL Y LEGAL**

El catálogo de derechos fundamentales lo encontramos en convenios y tratados internacionales firmados y ratificados por Guatemala, principalmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la Declaración Americana Sobre Derechos Humanos; la Constitución Política de la República y legislación ordinaria. Hago la aclaración que atendiendo a la finalidad del presente trabajo, se mencionarán básicamente las garantías en materia penal.

a. **Derecho a la vida:** Derecho garantizado en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 3; en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en el artículo 4 numeral 1; en la Constitución Política de la República en el artículo 2 y 3.

b. **Derecho a la libertad personal:** Derecho fundamental plasmado en el artículo 1 y 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en el artículo 7; en la Constitución Política de la República en el artículo 2 y 4.

c. **Derecho de igualdad:** Derecho establecido en el artículo 1, 2, 7 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; en el artículo 24 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; y en el artículo 4 de la Constitución Política de la República.

Dentro de este se incluye la igualdad en materia procesal penal, garantizando la igualdad en el proceso, plasmado en el artículo 21 del código procesal penal guatemalteco, decreto 51-92.

**d. Libertad de acción:** Garantía considerada en el artículo 7 numeral 2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; y en la Constitución Política de la República en el artículo 5; desarrollado además en el artículo 1 del Código Penal y plasmado a través del principio de legalidad.

**e. Derecho de defensa:** Derecho consignado en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; 12 de la Constitución Política de la República; 4 de la Ley de Amparo, exhibición Personal y constitucionalidad; desarrollado además por la Ley del Organismo Judicial en el artículo 16.

**f. Presunción de inocencia y publicidad del proceso:** Derecho expresado en el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; 14 de la Constitución Política de la República. Este derecho se ve ampliado en el artículo 11 bis y 14 del código procesal penal.

**g. Legalidad e irretroactividad de la ley:** Derecho considerado en el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 9 del Pacto de San José; 15 de la Constitución Política de la República; 1 del Código Penal; 7 de la Ley del Organismo Judicial; 1 y 23 del código procesal penal.

**h. Prohibición de tortura y tratos crueles e infamantes:** Garantía señalada en el artículo 4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 5 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; 19 literal a) de la Constitución Política de la República.

**i. La readaptación como fin de la pena de prisión:** Contenido en el artículo 5 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; y 19 de la Constitución Política de la República.

#### **4) DERECHO PENAL DE ACTO Y DERECHO PENAL DE ACTOR**

##### **A. DERECHO PENAL DE ACTO**

Por el contenido y alcances de este concepto, no se profundizará en el tratamiento, por lo que únicamente se dará una corta definición.

Es aquel que se basa en la efectiva lesión o atentado contra el bien jurídico tutelado, y si toma en cuenta las características personales del autor lo hace únicamente para individualizar la pena a aplicar, más no para determinar la culpabilidad.

## **B. DERECHO PENAL DE AUTOR**

No existe criterio doctrinario unificado sobre lo que debe considerarse como derecho penal de autor, pero puede considerarse en su manifestación extrema, como una corrupción del derecho penal en que no se prohíbe el acto en sí, sino el acto como manifestación de una forma de ser del autor, que sería lo verdaderamente delictivo. La acción u omisión típica, se considerará síntoma de una personalidad y consistirá lo prohibido y reprochable o peligroso y no el acto mismo. Dentro de esta concepción no se condena tanto el hurto como el "ser ladrón", no se condena tanto el homicidio como el ser homicida, la violación como el ser delincuente sexual.<sup>(4)</sup>

Es aquel en que para determinar la punibilidad se toma en cuenta la personalidad del delincuente, desterrando la efectiva lesión del bien jurídico tutelado.

Está determinado por la peligrosidad. El código penal guatemalteco contiene disposiciones expresas sobre la peligrosidad al determinar el artículo 87 presupuestos para considerar a una persona como potencialmente peligrosa, entre los que se encuentran: los declarados inimputables, enfermedad mental del condenado; declaración de delincuencia habitual, tentativa imposible y vagancia; presupuestos que dan cabida a la aplicación de medidas de seguridad y que van a restringir los derechos de una persona, por lo que es, y no por lo que ha hecho, en alguno de los casos.

## **C. DIFERENCIAS**

La diferencia básica entre el Derecho Penal de acto y el Derecho Penal de Actor, se encuentra en que el primero sanciona al sujeto activo de un hecho delictivo por la comisión de una conducta tipificada como tal; lo sanciona por lo que hace. En cambio el Derecho Penal de autor, se basa en la personalidad del sujeto activo del delito, sin tomar en cuenta o tomándola secundariamente lo que este haga; sanciona al delincuente por lo que es y no por

---

(4) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal parte general: sexta edición, Editorial EDIAR; Buenos Aires 1991, p. 72.

lo que hace; éste último se basa fundamentalmente en la teoría de la peligrosidad social del delincuente.

#### **D. EL DERECHO PENAL DE AUTOR Y LOS DERECHOS HUMANOS**

Como quedó apuntado el Derecho Penal es uno de los sistemas de control social, caracterizado por la aplicación de violencia institucionalizada o autorizada sobre hechos violentos, cuyo elemento diferenciador de otros sistemas de control social es la represión por medio de las penas que aplica y los derechos fundamentales son las garantías que el hombre posee para defenderse de la arbitrariedad Estatal, que en el plano del Derecho Penal, debe respetar y garantizar al particular todos los medios legales previos a la imposición de una pena, derechos que operan incluso antes de que a una persona se le impute la comisión de un delito (Libertad de acción), derecho de ser escuchado y hasta ser vencido poder aplicársele una pena (derecho de defensa), y a ser resocializado a través de la pena de prisión, sin posibilidad de ser objeto de torturas, trabajos forzados o crueles.

En la breve definición sobre Derecho Penal de autor que quedó señalada, y con las consideraciones anteriores, se concluye en que a todas luces es violatorio a los derechos humanos, debido a que no se le va a sancionar a una persona por lo que hace, sino por lo que es, violando la libertad de acción

En razón de ello, en un Estado Social y Democrático de Derecho como al que aspira Guatemala, no puede menos que desterrar completamente la concepción del Derecho Penal de Autor, ya que no puede sancionarse a una persona sino por los hechos que realiza, por la realización de conductas típicas, antijurídicas y culpables. Y es allí donde manifiesta la primera crítica a la regulación sobre la participación en el delito, específicamente el numeral 4 del artículo 36 del Código Penal. <sup>(5)</sup>

---

(5) Este es uno de los puntos medulares del presente trabajo, el cual desarrollaré más adelante, al entrar a considerar la participación propiamente.

## CAPITULO II

### La participación en el delito

#### 5) ACLARACION

El desarrollo del presente capítulo, se refiere a la intervención de más de una persona en la comisión de una conducta típica y antijurídica, en sentido amplio, no a la participación en el delito en sentido estricto (cooperador necesario, inductor, cooperador no necesario), el particular se desarrollará en el capítulo IV.

#### 6) DEFINICION Y DENOMINACIONES

El hombre se reúne con otros hombres para realizar diversas actividades, fenómeno asociativo del cual no se excluye la reunión de personas para la comisión de empresas delictivas.

Cuando concurren, ayudan o coopera más una persona a la comisión de un hecho delictivo, estamos frente a la denominada participación. Se refiere pues a la intervención de más de una persona en un delito, es decir se aplica esta figura a todas las personas que intervienen en las actividades necesarias y no necesarias para consumir el delito y las realizan con tal propósito<sup>(6)</sup>. En términos generales al hablar de participación, se incluye al autor.

Las distintas legislaciones penales latinoamericanas, le denominan de diversas formas: En Guatemala, participación en el delito; Bolivia, participación criminal; Colombia y Cuba participación; Costa Rica autores y cómplices; Chile, Honduras, México y Nicaragua, personas responsables de los delitos; Ecuador personas responsables de las infracciones; El Salvador y Uruguay, concurso de delincuentes; Panamá, cooperación de varios individuos en la comisión de un mismo hecho punible; Paraguay y Venezuela, concurrencia de varias personas a la ejecución de un hecho punible; Perú, participación en hechos punibles.

---

(6) BACIGALUPO, Enrique; Derecho Penal, parte general; Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires 1987, p. 567.

## 7) TEORIAS SOBRE LA PARTICIPACION

### A. CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR

Autor único, es el que interviene causalmente en la comisión del delito, excepto el que lo hace cooperando en la ejecución del hecho sin actos anteriores o simultáneos que no formen parte directa de la ejecución ni consistan en forzar ni inducir directamente a ella ni sea un acto sin el cual el hecho no se hubiera efectuado.

Esta teoría no distingue entre autor y partícipe, sino que toda persona que intervenga causalmente en el hecho delictivo debe considerarse como autor, por lo que rechaza la intervención de más personas y responsabiliza a todos como autores.

No se basa propiamente en la teoría de la "*Equivalencia de las condiciones*", en razón de que sino debiera considerarse que todos los que aportan alguna intervención que afecte el hecho causa del mismo y por tanto autores.

Santiago Mir Puig<sup>(8)</sup> considera más bien que ésta obedece a una política-criminal que cree conveniente castigar igualmente a todos los intervinientes en el delito (participes). Sin embargo esto no significa que no se realicen distinciones, cuando se lo formula como un sistema funcional de autoría unificado, sino que requiere una diferenciación de las diversas formas de autoría según la especie de la comisión del hecho.<sup>(9)</sup> Ejemplo claro de este sistema se encuentra en el Código Penal Federal y del Distrito Federal de la República de México, el cual no hace distinción en cuanto a la penalidad se refiere, pero distingue entre autor en sentido estricto y participes.<sup>(10)</sup>

Esta corriente ha sido defendida por la doctrina moderna del derecho penal que se basa en la peligrosidad social.

Esta concepción puede apreciarse desde dos puntos de vista:

- Imponiendo la misma pena a todo el que cometa el hecho materialmente.

---

(8) Mir Puig, Santiago; Derecho Penal parte general; 3a. edición, Editorial PPU, Barcelona 1990. Fragmento contenido en "Autoría y Participación Criminal", selección de materiales, serie Justicia y Derechos Humanos/1, Fundación Myrna Marck, Guatemala 1996.

(9) BACIGALUPO, Enriquè, Op. cit. p. 309.

(10) "Art. 13. Son responsables de los delitos: I) los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución de ellos; II) los que inducen o compelen a otro a cometerlos; III) los que presten auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecución; y IV) los que, en casos previstos por la ley, auxilien a los delincuentes, una vez que éstos efectuaron su acción delictuosa".



determinadas formas de intervención y concretamente la inducción y la complicidad.<sup>(11)</sup> Para poder cobrar operatividad este concepto, debe basarse en los tipos legales (tema que se desarrolla en el capítulo relativo a la autoría), porque en caso contrario se castigaría a todos los que toman parte en el hecho como autores.

Por tanto este concepto es restrictivo de la punibilidad o de la tipicidad; esto acerca al concepto unitario, pero el rasgo diferenciador es que el concepto unitario propugna por la interpretación judicial, mientras que el concepto extensivo, es más bien formal y basado en el contenido de la ley, en sistemas que diferencian la autoría de la participación.

**MEZGER**, considera que el punto de partida de toda la teoría jurídico-penal de la participación es la **teoría de la causalidad**.<sup>(12)</sup> Es decir pues por la efectiva actuación que tenga el individuo como causa del resultado.

- **Consecuencias y críticas**

En términos generales las críticas son similares a las planteadas contra el concepto unitario.

a. **Remisión:** Muchas de las críticas se manifiestan en el sentido de demostrar que más que una simplificación de los problemas y coberturas de las lagunas de punición derivan de este concepto, lo que se produce por extensiones o restricciones injustificadas de punición, nuevos problemas especialmente en campos de la punibilidad, delitos especiales, delitos de pura actividad, delitos de mano propia, etc.

b. **Crítica al fundamento:** La crítica se sitúa en que los defensores de éste concepto, buscan teorías objetivas o subjetivas para fundamentar el concepto de autor en sí, ya que resulta difícil explicar las restricciones legales; sin embargo, si el derecho positivo diferencia autores y partícipes, parece incorrecto buscar la diferenciación y con ello lo característico del concepto de autor precisamente es lo que particulariza en igual medida a todo interviniente.<sup>(13)</sup>

c. **Destrucción del tipo o función garantista:** Este concepto supone la interpretación extensiva de los tipos.

---

(11) **DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO**, Miguel; *La Autoría en Derecho Penal*; primera edición; Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A.; Barcelona 1991, citando a Zimerl, P. 255.

(12) Citado por **DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO**, Miguel, P. 267.

(13) Esta idea de Claus Roxin, que fundamenta el concepto restrictivo precisamente en los tipos legales. Citado por **DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO**, Miguel, P. 273.

Los tipos concretos constituyen un baluarte de la seguridad jurídica, en razón del principio de legalidad, por el cual sólo los tipos expresamente establecidos pueden ser penados, pero desde el momento en que se interpretan tan ampliamente, puede haber la posibilidad de que se amplíe tanto el límite de la tipicidad, que resultaría lo mismo que hacerla desaparecer.

Los defensores del concepto manifiestan que no existe extensión de la punibilidad, sino que debe apreciarse que los delitos no deben ser consumados necesariamente por mano propia.

- **Argumentos en su favor:**

- a. Responde a un sentimiento jurídico general que reclama una diferenciación de los distintos papeles cumplidos por quienes toman parte en el delito.
- b. Responde a las exigencias de una mayor seguridad jurídica.

## **8) PRINCIPIOS DE LA PARTICIPACION**

Soler<sup>(14)</sup> señala dos principios comunes a la participación:

### **A. PRINCIPIO DE IDENTIDAD DE DELITO**

El delito para ser imputado a dos o más personas, debe poseer unidad jurídica; la participación estará constituida por diversas acciones de dos o más partícipes, acciones que consideradas individualmente deben tener convergencia o finalidad común hacia la consumación de un mismo hecho delictivo.

### **B. PRINCIPIO DE COMUNIDAD DE ACCION**

Para que haya participación hay que tomar parte o cooperar en la producción del delito; la responsabilidad depende de la comunidad. La parte que cada coautor, instigador o cooperador tome en el hecho debe objetiva y subjetivamente constituir la parte de un todo que es el delito. Consiste en el dominio funcional del hecho (que se desarrollará oportunamente).

---

(14) SOLER; Derecho Penal Argentino, tomo II, P.301.

## 9) CLASES DE PARTICIPE

Se reitera la aclaración manifestada al inicio del presente capítulo, en el sentido de que el tratamiento de la participación es en sentido general, circunscrita a la concurrencia de más de una persona a la comisión del injusto. Los conceptos enunciados a continuación serán desarrollados en los capítulos siguientes.

- A. El autor.
  - a. Directo o inmediato
  - b. Indirecto o mediato
  - c. Coautor
- B. El partícipe.
  - a. Cooperador necesario.
  - b. El inductor.
  - c. El cooperador no necesario o cómplice.

## 10) LA PARTICIPACION DE DELITOS CULPOSOS O IMPRUDENTES

El artículo 12 del código penal guatemalteco, provee la regulación del delito culposos, y la disposición que sólo es punible en los casos en que la ley los señala expresamente. A estos delitos, la doctrina española actual les denomina delitos imprudentes.

Dentro de los tipos culposos que la ley señala expresamente están: el homicidio culposo, artículo 127; el aborto culposo, artículo 139; las lesiones culposos, artículo 150; desastres culposos, artículo 293; peculado culposo, artículo 446; prevaricato culposo, artículo 463; evasión culposa, artículo 472.

En la doctrina surge la polémica (aún no resuelta) sobre si dentro de los delitos culposos, cabe reconocer la participación o no.

ZAFFARONI,<sup>(15)</sup> considera que la participación sólo es concebible en la autoría dolosa, porque todo el que pone causa para el resultado en la tipicidad culposa, es autor y sólo quien sostenga el concepto extensivo de autor, distinguiéndolo de la complicidad por un animus, puede admitir la participación culposa; y además cita los siguientes ejemplos: "No

---

(15) ZAFFARONI, Op. cit. p.577.

hay participación culposa en delito doloso: Cuando un sujeto presta un arma a su vecino quien le argumenta que debe regresar tarde y teme algún asalto, no comete ninguna complicidad culposa si el vecino usa el arma para matar a su mujer, sin perjuicio de que pueda haber de su parte una autoría culposa, si se dan los requisitos típicos de la misma. No hay participación dolosa en delito culposo: Si un sujeto le indica a otro que es miope, que dispare sobre lo que el miope ve como un bulto y el que le indica ve como una persona, pero le asegura que es un jabalí, es absurdo pretender que hay una instigación dolosa a delito culposo, porque lo que hay es una autoría mediata de delito doloso. No hay participación culposa de delito culposo: Cuando el que va al lado del volante le convence de que viole una norma de tránsito y con ella cause la muerte de alguien, al convencerle ha puesto una causa y, por ende, no es más que un coautor y no un partícipe.

**MIR PUIG**, citado en *autoría y participación criminal*<sup>(16)</sup>, señala que: "En Alemania la doctrina dominante exige el dolo en el autor para que sea posible la participación en un hecho. Ello es coherente con la no admisión de la distinción de autoría y participación en los delitos imprudentes: todo interviniente en un hecho no doloso es autor (concepto unitario). Mas en nuestro país (se refiere a España) se admite la participación en hechos imprudentes. Habrá que distinguir entre participación dolosa y no dolosa en un hecho. La participación no dolosa, en que el partícipe no quiere el hecho, no es preciso, en cambio, el dolo del autor; cabe la participación imprudente en un hecho imprudente. Ejemplo: El acompañante induce al conductor a conducir a una velocidad temeraria, lo que produce un accidente. Pero adviértase que, en el sentido empleado, participación imprudente significa sólo que el participa (aquí el inductor) actúa imprudentemente respecto al resultado típico principal, no respecto a su acción de participación, que en todo caso debe ser querida: no se admite participación por imprudencia. En el ejemplo propuesto, el inductor debe querer inducir.

No es tema de esta investigación arribar a una conclusión sobre si es conveniente aceptar la participación culposa, lo importante es distinguir cuando en un hecho culposo en el que un individuo actúa sin dolo, existe eventualmente autoría mediata, y este actúa sólo como instrumento del hombre de atrás.

Es importante mencionar que el código penal guatemalteco no señala expresamente ninguna limitación sobre sancionar la participación en delitos culposos o imprudentes, en ese sentido

---

(16) *Autoría y participación criminal*, p. 48.

el artículo 27 del mencionado código, señala en que consiste el delito culposos; y por ejemplo el artículo 128, que tipifica el delito de homicidio culposos, señala expresamente que **sólo es responsable el autor**. Ahora bien, la deficiente redacción del código penal en el artículo 36, que señala "**son autores**", y allí incluye al autor inmediato, al inductor, al cooperador necesario, y al concertado que esté presente en el momento de la ejecución, puede dar lugar a diversas interpretaciones que eventualmente admitan el reconocimiento de la participación en delitos culposos.

## 11) REGULACION LEGAL SOBRE LA PARTICIPACION

Por lo expuesto, el ordenamiento jurídico penal guatemalteco, se basa en un concepto restrictivo con algunos matices, o modificado, o como el denominado concepto restrictivo funcional de la participación, porque hace diferenciación (aunque sea formal) entre lo que es autor, cooperador necesario, inductor y el concertado presente al momento de la ejecución del hecho y respecto del cómplice y el encubridor, si hace una verdadera diferenciación, cuando atribuye una pena distinta; es decir pues que limita absolutamente la interpretación judicial sobre la determinación del autor (en el que incluye al autor directo, inductor, cooperador necesario y concertado) y el cómplice y encubridor, así como las penas a aplicar, toda vez que si sólo hace distinción sobre las formas de participación pero en última cuenta no distingue las penas, estaríamos frente a un concepto unitario de autor.

El artículo 35 del Código Penal establece quienes son responsables penalmente del delito, señalando como tales a los autores y a los cómplices.

El artículo 36, establece quienes son autores, señalando:

- a) Quien tome parte directa en la ejecución de los actos propios del delito. -autor directo o inmediato-
- b) Quien fuerce -autor inmediato o directo- o induzca directamente a otro a ejecutarlo. -inductor-
- c) Quien coopere a la realización del delito, ya sea en su preparación o en su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer. -cooperador necesario-
- d) Quien se haya concertado con otro u otros para la ejecución de un delito, están presentes en el momento de su consumación.

Asimismo, el artículo 37, señala quienes son cómplices:

- a) Quien anime o aliente a otro en su resolución de cometer el delito -cómplice moral-;
- b) Quien prometa su ayuda o cooperación para después de cometido el delito -distorsión de la figura del auxiliador sub sequens-;
- c) Quien proporcione informes o suministre medios adecuados para realizar el delito -cooperador no necesario-;
- d) Quien sirva de enlace o actúe como intermediarios entre los partícipes para obtener su concurrencia al delito -inductor a inducir-.

Respecto de lo que es la punibilidad, el artículo 62, señala la pena para el autor de delito consumado; el artículo 63, señala la pena para el cómplice de delito consumado y la señala en la pena para el autor rebajada en una tercera parte.

Ahora bien, en los casos de las faltas se esta frente a un concepto unitario de autor, debido a que como lo establece el artículo 35 en su segundo párrafo: que de las faltas sólo son responsables los autores.

## 12) LEGISLACION COMPARADA

En general los Códigos penales de América Latina, contienen genéricamente los mismos postulados que la legislación guatemalteca, es decir se basan en el concepto restrictivo funcional de autor.

**El Salvador:** Regulación contenida en los artículos de 44 al 48, en los cuales distingue entre autor inmediato, mediato y cómplice, aplicándoles una misma sanción y a la figura del cómplice, la pena para el autor rebajada en dos terceras partes de la pena correspondiente al autor.<sup>(17)</sup>

**Honduras:** Igualmente distingue entre autor (inmediato, inductor, cooperador necesario y el concertado presente al momento de la consumación), cómplice y encubridor. Establece además una gradación para la aplicación de las penas al autor, y al cómplice la pena inferior en dos grados a la señalada para el autor (artículos 10 a 14, 54,58 y 59).<sup>(18)</sup>

---

(17) BUSTOS RAMIREZ, Juan y VALENZUELA BEJAS, Manuel; Derecho Penal Latinoamericano Comparado, Ediciones Depalma; Buenos Aires, 1983; p.263.

(18) Ibid. Pgs. 327 y 335.

**Nicaragua:** Los artículos 23 a 27, determinan claramente la responsabilidad, distribuyéndola entre autores, cómplices y encubridores, asignándoles al segundo la pena relativa al autor, rebajada en la mitad, y hasta en dos terceras partes, y para el último, una tercera parte de la pena correspondiente al autor.<sup>(19)</sup>

**Chile:** Las normas contenidas en los artículos 14 a 17, 50 a 52, regulan con gran similitud a la legislación nacional, ya que es el único que aparte de Guatemala establece la autoría para el que esté presente habiéndose concertado, aunque no tome parte en el hecho. Argumento en que radica otra de las críticas a la regulación, la cual se desarrollará más adelante.<sup>(20)</sup>

**Argentina,** distingue entre autores, y de estos a los cooperadores. Regula además las figuras del cómplice y encubridor, con la penalidad correspondiente al autor, reducida en una tercera parte. Disposiciones contenidas en los artículos 45 y 46.<sup>(21)</sup>

**Costa Rica:** Los artículos 45 a 47, señalan la responsabilidad a autores (inmediatos, mediatos), coautores, instigadores, cómplices. Respecto de lo que es la determinación de las penas, el artículo 74 del Código Penal, señala que a los autores e instigadores se les impondrá la pena señalada para el delito; y en su segundo párrafo determina que al cómplice le será impuesta la pena prevista para el autor, rebajada **DISCRECIONALMENTE** por el juez, de acuerdo a las condiciones del sujeto y del hecho.<sup>(22)</sup>

Conforme a lo analizado en lo concerniente a los conceptos, se evidencia que Costa Rica se inclina por el concepto unitario de autor, toda vez que establece la misma sanción para el autor e instigador, y además deja al juez la facultad discrecional de graduar la sanción a aplicar al cómplice, el cual es precisamente un rasgo diferenciador entre el concepto unitario y el extensivo, que se basa en la taxatividad de la ley.<sup>(23)</sup>

**México:** El artículo 13 en el caso del Código Penal Federal de México, señala la responsabilidad penal de la siguiente manera: I) Los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución; II) los que inducen o compelen a otro a cometerlos; III) los que

---

(19) Ibid. p.381.

(20) Ibid. pgs. 196 y 205.

(21) Ibid. p. 10.

(22) Ibid. p.132.

(23) En ese sentido ver la página 21 del presente trabajo, respecto a uno de los rasgos diferenciadores entre el concepto unitario y extensivo de autor.

presten auxilio o cooperación de cualquiera especie para su ejecución; y IV) los que, en casos previstos por la ley, auxilien a los delincuentes, una vez que éstos efectuaron su acción delictuosa.

Nótese que no existe ninguna distinción entre autor inmediato, autor mediato, cooperador necesario, cooperador no necesario, encubridor, se ve en este el clásico ejemplo del concepto unitario de autor en Latinoamérica, en razón de que tampoco hace ninguna determinación sobre las reglas para aplicar la sanción.<sup>(24)</sup>

---

(24) Ibid. p. 352.

## CAPITULO III

### Autoría

#### 13) INTRODUCCION

En el capítulo anterior quedó señalado que el sistema penal guatemalteco, se basa en el concepto restrictivo funcional de autor, y por tal razón no todas las personas que intervienen en el delito se consideran autor y por lo tanto no se les impondrá la misma pena, sin embargo el artículo 36 establece que son autores el autor material, el inductor, el cooperador necesario y el concertado presente al momento de la consumación; la funcionalidad se debe a no incluir dentro de la consideración de autor al cómplice y en regular al encubridor como una figura autónoma.

El presente capítulo tratará de definir y diferenciar cada uno de los distintos sujetos que eventualmente intervienen en la comisión de un hecho delictivo, sabido que el estudio sobre las teorías de la autoría, es inseparable respecto de las teorías o conceptos sobre la participación, y que la separación que se hace pretende alcanzar, una clara distinción entre las formas de autor y los partícipes. Ni del código penal guatemalteco, como tampoco los códigos penales latinoamericanos proporcionan una definición de autor, autor mediato o coautor, simplemente se limitan a mencionarlos, en otros casos como el nacional, ni siquiera los mencionan, su determinación se ubica básicamente en la parte especial del Código Penal, es decir a través del tipo en particular y se limita a determinar los presupuestos en los cuales se va a considerar una actuación dentro de tal o cual forma de participación en sentido general, por lo que se deja la posibilidad de aplicar la teoría que según el pensamiento imperante prevalezca.

Es posible que el código penal de Colombia, pretendiera dar una definición, cuando establece que es autor "El que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo..."<sup>(25)</sup>, sin embargo no alcanzó su cometido.

---

(25) Código Penal de Colombia, artículo 23

Con la finalidad de agotar lo que es la autoría, arribar a una definición sobre el autor, sus formas, y diferencias con el partícipe en sentido estricto, se enunciarán las que se consideran como las teorías más importantes.

#### 14) TEORIAS SOBRE LA AUTORIA

##### A. TEORIA SUBJETIVA (concepto extensivo de autor)

Es el fundamento del concepto único de autor; esta teoría plantea que es autor todo aquel que ha contribuido a causar el resultado típico, sin necesidad de que su contribución al hecho consista en una acción típica; desde este punto de vista, el inductor y el cómplice son en sí autores, pero el establecimiento de los preceptos establecidos en la parte general de los códigos manifiestan que estas formas de intervención en el marco del concepto global de autor, deben tratarse en forma distinta a la autoría misma, la inducción y la complicidad aparecen ya no como categorías que amplían la punibilidad sino por el contrario, como causas de restricción de la pena.

La denominación "*subjetiva*", proviene precisamente de que la única forma posible para distinguir entre autor y cómplice se halla en el ánimo con que cada uno procede, porque no es lo mismo actuar con intención de realizar el hecho típico que constituye el acto ejecutivo del delito (*animus auctoris*), o con la intención de ayudar a que otro lo haga (*animus socii*).

Es decir esta teoría considera autor a aquel que actúa con ánimo de autor, y considera partícipe a aquel que actúa con ánimo de partícipe. No toma en cuenta el dolo con que actúa el autor y el partícipe y tampoco tiene importancia si el hecho típico se quiere y realiza como propio o ajeno. En la práctica, el juez únicamente deberá determinar algunos elementos objetivos (causales) para luego pretender conocer la subjetividad del agente en la realización del hecho típico; *MIR PUIG*, apunta que tribunales alemanes han castigado como meros partícipes a sujetos que han realizado por sí mismos todos los elementos del tipo, mientras que han considerado autores a quienes no han tenido intervención material en el hecho. Ejemplo: Condenar como cómplice, y no como autor, a quien mató a un niño recién nacido a

solicitud y por interés de la madre, produciendo una "exagerada" subjetivización de la responsabilidad penal.<sup>(26)</sup>

Bacigalupo<sup>(27)</sup> señala que el animus auctoris se ha tratado de caracterizar mediante dos fórmulas:

a. Las llamadas teorías del dolo, que consideran que todo depende de si el partícipe subordina su voluntad a la del autor, y si ha dejado a este decidir sobre la ejecución del hecho. En cuyo caso se encuentra ante la figura del hombre de atrás.

b. Las llamadas teorías del interés, por las cuales el animus auctoris coincide con el sujeto que tiene un interés en la causación del delito. Según esta teoría el cómplice y el instigador son también autores, sólo que conforme las disposiciones especiales contenidas en la ley merecen un tratamiento distinto y en ese sentido todo el que no es instigador o cómplice es autor.

Es notoria la debilidad de esta teoría, en principio porque sería prácticamente imposible determinar el ánimo con el que actuó el sujeto (si subjetivamente subordinó su voluntad, o si tenía interés en causar el resultado), lo que trae aparejada la imposibilidad de distinguir entre las formas de autoría y la participación.

**DIAZ Y GARCIA CONLLEDO**, expone que **LOBE** es quien por primera vez critica esta teoría, a través de la teoría del dominio del hecho, señalando que: *"Lo esencial para la autoría no es la sola presencia de la voluntad del contenido, querer el hecho como propio, sino que la realización de esta voluntad debe tener lugar de modo que la misma se ejecute bajo el dominio, que la voluntad domine y dirija también la ejecución que sirve a su realización...en la participación falta el dominio de la acción ejecutiva tendiente a la producción del resultado".*<sup>(28)</sup>

#### **B. TEORIA OBJETIVA (concepto restrictivo de autor).**

Esta teoría considera que es autor, quien ejecuta la acción expresada por el verbo típico, por ejemplo en el caso de matar quien mata, en el caso de robar quien roba; mientras

---

(26) MIR PUIG, Santiago, Op. cit. p. 126

(27) BACIGALUPO, Enrique, Op. cit. p. 183.

(28) DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, Op. cit., p. 551.

que la sola causación del resultado mediante acciones no típicas no puede fundamentar autoría alguna.

Esta doctrina tiene su asidero en la dogmática alemana y tuvo numerosos partidarios en el siglo XIX; tiene su apoyo legal en la expresión "*tomar parte en la ejecución del hecho*", postulado que abarca a los autores y coautores. Este postulado está expreso en el Código Penal guatemalteco, en el artículo 36 numeral 1o., que establece que: Son autores: "Quienes tomen parte directa en la ejecución de los actos propios del delito".

Ahora bien, la expresión "*tomar parte en la ejecución*" es completamente inadecuada para fundamentar cualquier teoría que pretenda distinguir al autor de los partícipes, ya que de una u otra forma todos participan en la ejecución del hecho típico, aunque en diferente forma y/o momento. Pero además de ser ambiguo es limitante en todo caso al momento consumativo del delito, excluyendo la autoría mediata.

Según BACIGALUPO, este criterio brinda una solución aparente, ya que por ejemplo en el caso de homicidio, se dice que el tipo lo realiza el que mata a otro, pero de allí es imposible deducir quien es el que mata a otro cuando son varios los que *toman parte directa en el hecho*.<sup>(29)</sup>

Pero, ¿qué sucede cuando interviene otro sujeto sin tomar parte directa en la ejecución del hecho? En este aspecto es donde se contradice esta teoría, cuando el sujeto interviene como instrumento, aquel que utiliza a un inimputable como instrumento, quien no obstante es señalado por la teoría del dominio del hecho como autor. Esta teoría para contrarrestar este problema trata de eliminar de la autoría la figura del autor mediato.

En el siguiente ejemplo, se demostrará lo inaplicable de esta teoría: A y B acuerdan envenenar a C, poniendo veneno en una taza de café, A asume la tarea de envenenar la taza mientras B distrae a C para que no perciba el sabor del veneno. Sobre la base de esta teoría sólo A puede ser condenado como autor, pues es él quien realiza la acción típica personalmente; igualmente sucedería cuando un sujeto sostiene a la víctima para que el otro lo apuñale.

Como se percibe esta teoría está ligada al concepto unitario de autor.

Esta corriente acude a criterios distintos, a la posición interna del sujeto respecto de su contribución al hecho, siendo por ello objetivas, y que tienen un carácter material, en el

---

(29) BACIGALUPO, Enrique; Derecho Penal, parte general. p. 311.

sentido de que no se conforman con una mera remisión a los tipos del delito. Su ventaja principal es que se halla normalmente desvinculado del todo de la norma penal típica, lo que hace a estas teorías rechazables desde el punto de vista del concepto restrictivo de autor concebido en este trabajo. Esta corriente, señala como autor, quien haya realizado una condición necesaria, esencial, indispensable para producir el resultado, y por lo tanto excluye la intervención del cómplice (cooperador no necesario); comprende además todos los que intervienen en la fase de ejecución del delito.

La debilidad de esta corriente se considera en que su fundamentación se asienta en criterios puramente causales, y causalmente no puede considerarse la inducción.

### C. TEORIA DEL DOMINIO DEL HECHO

La teoría del dominio del hecho no es una teoría reciente como algunos lo podrían considerar, es más bien una teoría desconocida fruto del desconocimiento de la teoría general de la participación; es la teoría dominante en la doctrina alemana actual, con una gran expansión en la doctrina española.

Se atribuye a **LUIS JIMENEZ DE ASUA** haber introducido esta teoría a la dogmática hispanoamericana en 1960; su elaboración se debe a **WELZEL** en 1939; reconoce antecedentes en **HEGLER** (1915), **HERMANN BRUNS** (1932), **HELLMUTH VON WEBER** (1935),<sup>(30)</sup> su más grande expositor e impulsor es **CLAUS ROXIN**<sup>(31)</sup>. El pensamiento actual estima que ni una teoría puramente objetiva, ni una puramente subjetiva son apropiadas para establecer la esencia de la autoría y determinar claramente la diferencia entre ésta y la participación<sup>(32)</sup>; algún sector doctrinario español entre ellos **BACIGALUPO** considera que es más bien una variación de la teoría objetiva, que puede considerarse como una teoría objetiva-formal<sup>(33)</sup>, en ese sentido también **DIAZ Y GARCIA CONLLEDO**<sup>(34)</sup>. Pero un sector doctrinario, le atribuye el carácter de mixto, caracterizada como la manifestación de una conjunción objetivo-subjetiva, entre los que la apoyan está:

---

(30) BACIGALUPO, Enrique, Op. cit. p. 313.

(31) ROXIN, Claus; *Tatertschaft und tatherrschaft* 1a. edición, 1963.

(32) GALVEZ BARRIOS, Carlos Estuardo; "La Participación en el Delito", ponencia XVI Congreso Jurídico Guatemalteco, Guatemala 1997.

(33) BACIGALUPO, Enrique, Op. cit. p. 313.

(34) DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, Op.cit. p. 573.

**MIR PUIG**<sup>(35)</sup> y **ZAFFARONI**<sup>(36)</sup> (ambas tendencias se desarrollarán adelante muy brevemente). La teoría del dominio del hecho se funda en que en los delitos dolosos es autor quien domina finalmente la ejecución del hecho, del mismo modo que ve lo decisivo de la acción en el control final del hecho.<sup>(37)</sup> Y dominar el hecho significa haber tenido en manos del sujeto, la decisión de consumir o no el hecho típico y por lo tanto sería participe quien sólo colabora, sin tener poder de decisión respecto de la consumación o en todo caso desistimiento; **MAURACH** dentro de la teoría del dominio del hecho, citado por **MIR PUIG**, define al autor así: "...es autor, porque tiene el dominio del hecho, quien tiene dolosamente en sus manos el curso del suceso típico"; **DIAZ Y GARCIA CONLLEDO**, señala que es autor "el que con su actuación decide el sí y el cómo de la producción del delito, dirige el proceso que desemboca en dicha producción"<sup>(38)</sup>.

Como se señaló a la teoría del dominio del hecho se le considera una variación e incluso una mezcla de la teoría subjetiva y objetiva, por lo que se expondrán las formas de ubicarla:

**a) La teoría del dominio del hecho como teoría subjetivo-objetiva.**

**ZAFFARONI**, al referirse a la teoría del dominio del hecho expone que "no puede fundarse en criterios puramente objetivos ni puramente subjetivos, sino que abarca ambos aspectos y requiere una concretización en el caso efectivamente dado"<sup>(39)</sup>; **MIR PUIG**, mantiene esa línea y considera que "aunque el dominio del hecho supone el control final (subjetivo), no requiere sólo la finalidad, sino también una posición objetiva que determina el efectivo dominio del hecho".

**LOBE**, quien por vez primera critica la teoría subjetiva, a través de la teoría del dominio del hecho, exige que junto al elemento subjetivo de la voluntad de dominio, exista el verdadero dominio objetivo en la ejecución. Por lo que para ser autor se requiere la presencia de la voluntad, querer el hecho como propio y la realización de la voluntad, que deben realizarse de modo que se ejecute bajo su dominio, que la voluntad domine y dirija también la ejecución para su realización. **SUBJETIVA**: La representación que acompaña a la voluntad

---

(35)AUTORIA Y PARTICIPACION CRIMINAL, p.22.

(36)ZAFFARONI, Op.cit. p. 572.

(37)AUTORIA Y PARTICIPACION CRIMINAL, p. 24.

(38)DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, Op. cit. p. 547.

(39) ZAFFARONI, Op. cit. p. 572.

y le da su dirección se orienta a producir el resultado a través de la acción derivada de su voluntad, que equivale a querer el resultado. OBJETIVA: La acción derivada de la voluntad debe ser realmente dominada y guiada en su ejecución por la voluntad<sup>(40)</sup>.

**DIAZ Y GARCIA CONLLEDO**, al referirse a esta postura expone que, desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, lo relacionan con la finalidad, es decir la dirección con el dolo, pero entendido como la voluntad consciente de realizar concretamente el hecho delictivo, que es lo que objetivamente fundamenta el dominio del hecho; lo escrito por **GIMBERNAT**<sup>(41)</sup> clarifica la posición: "el que tiene el dominio del hecho ya puede actuar con la voluntad que le da la gana: el dominio del hecho lo seguirá teniendo. Y el que no es titular del dominio del hecho, aunque se ponga como se ponga no por ello entra en posesión del dominio que antes no tenía".

El argumento subjetivo, carece de fundamento debido a que todo actuar está determinado por cuestiones subjetivas, más para los efectos de la determinación del autor, lo relevante es lo objetivo, lo actuado, que es lo que va a determinar el dominio final del hecho, como característica esencial en el ser humano, realizar su voluntad (subjetividad) para obtener un resultado determinado. En este sentido se considera además que son valederas las críticas señaladas a la teoría subjetiva.

**b) La teoría del dominio del hecho como una teoría material-objetiva**

La teoría del dominio del hecho, como ya fue expuesta, en la crítica hecha a la consideración de una teoría subjetiva-objetiva, es de carácter eminentemente material, debido a que trata de explicar quien realiza el tipo y no se limita a remitir a tal realización.

Es decir la teoría del dominio del hecho pretende determinar la autoría a través de cuestiones puramente objetivas.

**c) Formas de dominio del hecho**<sup>(42)</sup>

**ROXIN**, como máximo exponente de esta teoría, considera que puede presentarse en tres formas: como dominio de la acción en la autoría inmediata unipersonal; como dominio de la voluntad en la autoría mediata y; como dominio funcional en la coautoría.

**1o. Como dominio de la acción.**

---

(40) DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, Op. cit. p. 550.

(41) Ibid. p. 575.

(42) Ibid. p. 593.

**ROXIN**, considera autor a: "Quien, sin estar coaccionado, y sin depender de otro más allá de lo que socialmente es habitual, realiza de propia mano todos los elementos del tipo... Tiene en todos los casos imaginables el dominio del hecho. Se trata aquí del prototipo de la autoría, de la expresión más patente de la figura central, de una constelación en que se superponen de modo incuestionable la concepción natural de la vida y la valoración del legislador. No se puede dominar el hecho de forma más clara que cuando uno mismo lo hace; no se puede tener en las manos nada de una forma más firme que a través de la actuación de propia mano".<sup>(43)</sup>

Nótese que el autor mencionado excluye al sujeto coaccionado, ya que sino sería inculpable, según nuestra legislación; y a quien actúa dentro de lo que socialmente hace, es decir sin que se le pueda exigir más. Pero la caracterización de **ROXIN**, exige además de estos requisitos fácticos, el requisito legal de enmarcarse dentro de los presupuestos del injusto, o sea que además de los requisitos de hecho, debe enmarcarse dentro del tipo establecido en la parte general, como en el tipo específico de la parte especial.

## **2o. Como dominio de la voluntad.**

Uno de los más grandes méritos que se le atribuyen a esta teoría es la explicación y caracterización que realiza sobre la autoría mediata, razón que hace que nos acerquemos más a esta.

Cabe recordar que al tratar la teoría objetiva, se le reprocha a ésta precisamente la eliminación de la autoría mediata, debido a que dentro de su planteamiento no tiene cabida esta figura.

**ROXIN**, para explicar esta forma, se basa en una idea central: "*Una coacción o la utilización de quien sufre un error hace al sujeto de atrás figura clave del acontecimiento, a diferencia de si se hubiera limitado a una incitación o a un mero consejo*". **ROXIN**, explica además que la forma de dominio que caracteriza la autoría mediata la denomina dominio de la voluntad, porque, a diferencia del dominio de la acción, el autor mediato no tiene un dominio fundamentado en la ejecución inmediata de una acción, sino en el poder de la voluntad conductora.

Pero **ROXIN**, además relaciona los supuestos en que se fundamenta el dominio de la voluntad, y los divide en cuatro grupos:

---

(43) Ibid. p. 601.

- Dominio de la voluntad por coacción (que cae dentro de la autoría directa).
- Dominio de la voluntad por (creación o utilización) de un error en el instrumento.
- Dominio de la voluntad por utilización de inimputables y jóvenes.
- Dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder, dedicando además otros aparatos a la posibilidad de existencia de autoría mediata utilizando "instrumentos" dolosos (problemas del instrumento doloso no cualificado y sin intención) y a otros interesantes problemas de la autoría mediata.

**3o. Como dominio funcional del hecho (coautoría).**

El dominio funcional del hecho como fundamento de la coautoría no es más que la concurrencia de más de un individuo con la finalidad de cometer un hecho delictivo; pero esta idea así plasmada no distingue del partícipe; **DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO** caracteriza esta forma iniciando con un ejemplo, y es la mejor forma de explicarlo: Un ladrón de banco con una pistola, el interviniente no puede llevar a cabo nada por sí solo, la intimidación de los empleados bancarios (y se agregaría, de la seguridad) no produce resultado y sólo si el compinche colabora funciona el plan. Pero hay que tomar en cuenta que el otro también está desamparado por sí solo, y si los empleados bancarios no son reducidos, será capturado<sup>(44)</sup>. Por lo que se encuentran en la misma situación, de que sólo puede realizarse el hecho en tanto y en cuanto actúen conjuntamente, y al retirar su aportación al hecho, cada individuo desbarata el plan global, es decir lo hace fracasar, ésta es la idea del **dominio conjunto del hecho**.

**d) La indeterminación del concepto de autor, como crítica a la teoría del dominio del hecho**

**1o.** Esta crítica se fundamenta en el hecho de que se considera que la teoría no logra explicar la situación de aquella persona que consuma el hecho, pero sin que concurren todos los elementos del tipo (sin dolo por ejemplo) y la discusión se centra en si éste posee o no el dominio del hecho y que por lo tanto es autor o no es autor, con lo cual nos acercamos a la crítica hecha en contra de la escuela subjetiva.

A ese respecto, debe reconocerse que es cierto que no todos los que realizan la acción típica son considerados autores penalmente relevantes, por faltarles elementos del tipo, pero esto no significa que no dominen o determinen la acción, pero que sin embargo no podrán ser

---

(44) Ibid. p. 597.

considerados autores, porque para fundamentar la punibilidad en contra de un individuo es indispensable que concurren los requisitos formales para que la misma sea aplicable, ya que en caso contrario se estará atropellando el principio de legalidad; y además es lo que le da basamento a la autoría mediata.

20. La otra crítica se centra en que se considera autor a quien posea el dominio del hecho, aunque no realice la acción típica (autor mediato), por lo que se asegura que se produce un desplazamiento al concepto extensivo de autor.

Con relación a esta crítica no se considera que sea fundamentada, debido a que el sujeto aunque no realice la acción típica posee el dominio del hecho y por lo tanto el poder de decisión sobre que el mismo se realice o no, ante lo cual no puede considerarse una extensión del concepto de autor y que se va a diferenciar en todo caso de la teoría del acuerdo previo, en que en ésta si han de haber actos objetivos o materiales del autor, aunque no sea en el momento mismo de la consumación del injusto.

Al concluir la exposición sobre la teoría del dominio del hecho se manifiesta la simpatía por la misma, pero se debe aclarar que esta simpatía no se debe a posibles cuestiones de moda, sino a la forma en que esta explica la intervención en el delito y principalmente porque incluye y desarrolla con gran propiedad la participación del autor mediato. No obstante como bien claro ha quedado, el derecho como ciencia social no es exacta, y habrá diversidad de criterios por lo que uno de los principales objetivos del presente trabajo no es más que el inicio de la discusión sobre la necesidad de revisar e introducir cambios sustanciales dentro de la regulación sobre la autoría y participación en el Código Penal Guatemalteco, sin dejar de lado la situación socio-económica que atraviesa nuestro país, y nuestra tradición jurídica.

## **15) CONCEPTO ONTOLOGICO Y CONCEPTO LEGAL DE AUTOR**

### **A. CONCEPTO ONTOLOGICO DE AUTOR O AUTOR REAL.**

Este concepto estará determinado por la teoría sobre la autoría que se maneje, así, si se es partidario de la teoría subjetiva, es autor quien actúe con ánimo de autor; si se parte de una teoría objetiva, es autor quien ejecute el verbo establecido en el tipo; y si se acuña la participación en la teoría del dominio del hecho, es autor quien tiene el dominio del hecho.

Concretamente el concepto ontológico de autor se refiere al autor propiamente dicho, por lo que todo aquel que conforme a la corriente con la cual se simpatice no sea definido como autor, debe ser considerado partícipe.

**MIR PUIG**<sup>(45)</sup> hace una clara distinción entre lo que es el tipo de autoría y el tipo de participación, debido a que considera que los tipos de autoría son los que se encuentran en la parte especial, los cuales no definen a los partícipes, por lo que considera que los tipos contenidos en la parte especial son los únicos que pueden ser considerados como verdaderos autores y los tipos definidos en la parte general son tipos de participación.

## **B. CONCEPTO LEGAL DE AUTOR**

El artículo 36 del Código Penal determina legalmente quienes son autores, pero no señala que "*se consideran autores*", como lo hacen otras legislaciones, sino tajantemente les considera como autores<sup>(46)</sup>. En este sentido **MIR PUIG**<sup>(47)</sup>, haciendo referencia a la doctrina española, señala que ésta considera que no todos los sujetos son autores en sentido ontológico, porque no todos realizan el hecho a que se refiere la ley; sin embargo nuestra legislación no da cabida a ninguna otra consideración más que estos son autores.

La determinación que hace el código penal de Guatemala sobre el autor, es antitécnica, porque como ha quedado ampliamente señalado en el transcurso del presente trabajo, no todo el que participa en el delito es autor y además porque toma cada uno de los presupuestos de las diferentes teorías de la autoría (y de la coautoría) que se han tratado de definir, lo que provoca confusión, al pretender interpretar los presupuestos, ya que para cada uno de estos debe analizarse conforme la corriente que lo inspira, generando discrepancia y falta de unidad de criterios y sin embargo nuestra ley penal adjetiva determina que son autores el que fuerza o induce a otro a cometer el delito (presupuesto 2o.), el cooperador necesario (presupuesto 3o.) y el concertado (presupuesto 4o.). Es conveniente apuntar en este momento como muestra de la falta de técnica y unidad de criterio de nuestra legislación, que

---

(45) Autoría y Participación Criminal, p.37.

(46) A diferencia de la regulación de: Chile, Honduras, Nicaragua que establece que se "considera autores"; el código penal de Ecuador, que señala que se reputan autores; el código penal de Paraguay, que determina que "son autores para este Código", por citar algunos.

(47) Autoría y Participación Criminal, p. 38.

la ley contra la narcoactividad, se pronuncia sobre la autoría, así: "son considerados como autores..." (artículo 9).

Però por más antitécnica que sea la regulación mencionada, es ley positiva y por ende a dichos sujetos deben ser considerados como autores, a menos que se incurra en inconstitucionalidades, en razón de no ser las conductas punibles conforme criterios interpretativos objetivos.

## 16) DEFINICION DE AUTOR

La razón por la cual se incluye en este momento la definición de autor y no al inicio del presente capítulo, se debe a que es indispensable tener una plataforma para sentar los conceptos generales, que constituye las enunciaciones de las diferentes teorías y a partir de allí proporcionar la definición que se considera más adecuada sobre el autor.

En todo caso la definición del autor dependerá de la teoría en la cual se basa así, si se apoya una teoría subjetiva de la participación es autor todo aquel que ha contribuido a causar el resultado típico, sin necesidad de que su contribución al hecho consista en una acción típica, y la única forma posible para distinguir entre autor y partícipe se halla en el ánimo con que cada uno procede, porque no es lo mismo actuar con intención de realizar el hecho típico que constituye el acto ejecutivo del delito (*animus auctoris*), o con la intención de ayudar a que otro lo haga (*animus socii*); ahora bien, según la teoría objetiva de la participación considera que es autor, quien ejecuta la acción expresada por el verbo típico, por ejemplo en el caso del robo quien roba, por lo que la sola causación del resultado mediante acciones no típicas no puede fundamentar autoría alguna, ésta se apoya en la expresión "**tomar parte en la ejecución del hecho**"; por otro lado la teoría del acuerdo previo, básicamente trata de incluir a la figura del concertado como autor, y que expresa que es autor (o coautor) quien se pone de acuerdo (se concierta o conspira) con otros sujetos para la comisión del hecho delictivo y por lo tanto todos son autores (o coautores).

La teoría del dominio del hecho, que es la que se adopta en el presente trabajo, define al autor así: "**Es autor el que domina el hecho delictivo, el que con su actuación decide el**

si y el cómo de la producción del delito, dirige el proceso que desemboca en dicha producción”<sup>(48)</sup>.

## 17) FORMAS DE AUTORIA<sup>(49)</sup>

### A. LA AUTORIA INMEDIATA UNIPERSONAL O AUTORIA MATERIAL O AUTORIA DIRECTA, Y EL DOMINIO DE LA ACCION

Esta se refiere al sujeto que poseyendo el dominio final del hecho, en forma directa o inmediata, realiza los actos típicos necesarios para su consumación. A éste se circunscribe la teoría objetiva de la participación, y el presupuesto 1o. del artículo 36 del código penal de Guatemala.

Un rasgo diferenciador respecto de la autoría mediata lo constituye la actuación a través de otro; no obstante cuando esta actuación se haga mediante la utilización de fuerza física irresistible u otra forma análoga (coacción por ejemplo), constituye autoría directa o inmediata (supuesto en el que se enmarca la primera parte del inciso 2o. del artículo 36).

No obstante ser la forma típica de autoría, a criterio de **DIAZ Y GARCIA CONLLEDO**, plantea algunos problemas:<sup>(50)</sup>

#### - La realización inmediata de todos los elementos del tipo por un sujeto como dominio del hecho

El problema surge ya que quien de modo inmediato, de propia mano realiza la acción típica y cumple los restantes requisitos objetivos y subjetivos del tipo, no siempre tiene el dominio del hecho. Se puede ejemplificar señalando que un sujeto dolosamente realiza la acción típica, pero sin embargo, actúa sin culpabilidad y es manejado por un sujeto que actúa detrás, quien verdaderamente domina el hecho y que así considerado se entiende que constituye una ampliación del concepto de autor; es decir se encuentran dos situaciones: 1. la estimación del hombre de atrás (autor mediato) quien no realiza personalmente el hecho típico y que sin embargo es considerado autor y; 2. la que no obstante una persona consuma el hecho delictivo, no es autor por carecer del requisito de culpabilidad.

---

(48) DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, Op. cit. p. 547.

(49) Para el desarrollo del presente punto, se acudirá a la teoría del dominio del hecho.

(50) DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, Op. cit. p. 639 y subsiguientes.

La inclusión respecto del autor mediato, se debe a que éste si bien no realiza el hecho por sí mismo, realiza actos materiales y tiene el dominio final del hecho, pudiendo impedir el resultado.

Los problemas concretamente pueden ser:

Cuando un único interviniente lo hace de propia mano, deduciendo igualmente, que ese sujeto seguirá siendo autor aunque intervengan otros sujetos y dando a entender que actuación individual de mano propia es obviamente autoría porque el legislador, en sus tipos, al que más directamente se ha querido referir es al interviniente. Por ejemplo en los delitos puramente resultativos el criterio de intervención de propia mano no es decisivo; decisiva es más bien la completa ejecución o realización del tipo.

Con la finalidad de aclarar esta afirmación, el autor propone varios ejemplos:

A- Sujeto que actúa solo y de mano propia y, sin embargo, no es autor, ya que no hay determinación, sino sólo favorecimiento o apoyo del curso causal dimanante de una fuente natural de peligro, y por tanto no hay dominio del hecho:

- Un perro furioso ataca a B y le muerde la pierna; A, enemigo de B, contempla la situación y, en vez de auxiliar a B, le retira el pantalón de la pierna para que el perro pueda morderlo todavía más fácilmente y más profundamente. Y que no obstante, a pesar de su intervención, no es autor de la lesión de B, pues A no determina ni domina, sino sólo facilita el ataque del animal autónomo y determinante del resultado, y tampoco existe participación en un hecho punible. Este debe ser aclarado, en el sentido de que la impunidad se debe a que B no posee el control del animal, y por lo tanto no posee el dominio final del hecho. Afirmaciones como éstas son las que se considera que chocan con la tradición jurídica, y con la realidad social que vive Guatemala, ya que no puede concebirse que una persona actúe en forma perversa, y que sin embargo no pueda ser alcanzado por la justicia; y es que el pensamiento común es la represión a toda costa en contra de la delincuencia, con la finalidad de frenar el avance de la misma, sin importar en dejar de lado los derechos fundamentales de las personas.
- A contempla como comienza un incendio en una casa ajena debido a un fenómeno natural (un rayo por ejemplo) y en vez de apagarlo, abre las puertas para que se produzca corriente de aire y el incendio se extienda más rápidamente. Al igual que en el anterior, el

autor considera que no hay autoría de delito de incendio, y por la falta de autor, tampoco hay cooperación punible.

Cita **DIAZ Y GARCIA CONLLEDO** a **LUZON PEÑA**<sup>(51)</sup>, quien señala respecto del castigo en los casos del primer ejemplo que la punibilidad como autor es prácticamente imposible, porque la determinación objetiva y positiva del hecho corresponde a una fuerza natural, pero como bien señala **DIAZ Y GARCIA CONLLEDO**, "la fuerza natural favorecida por el sujeto que obra de mano propia, es por definición una fuerza ciega, lo que hará más fácil que en el caso de la intervención de dos personas explicar, en muchos supuestos, que estructuralmente el sujeto actúa a través de la fuerza natural, es decir de una forma paralela a la que lo hace el interviniente mediato y como la fuerza natural determina objetiva y positivamente el hecho, lo mismo parece ocurrir en los ejemplos anteriores".

B- Sujeto que interviene de propia mano, junto a otro y sin embargo no es autor, porque no determina ni domina el hecho, pero hay una fuente de peligro humana, que tiene el dominio del hecho.

- ✓ Del primer ejemplo anterior, el perro es manejado por un tercero y es utilizado como medio de agresión de B; y en todo caso A no es autor, sino cooperador del tercero.
- ✓ En el segundo caso del anterior, como un tercero ha prendido fuego a la casa, existe cooperación de A con aquel.

## **B. LA AUTORIA MEDIATA Y EL DOMINIO DE LA VOLUNTAD (o a través del dominio de la voluntad)**

El desarrollo del concepto de la autoría mediata, es sumamente amplio, el tratamiento del mismo sería por si solo objeto de una tesis doctoral, en este apartado se tratará de señalar brevemente los aspectos considerados más importantes.

Como quedó asentado al mencionar las teorías sobre la participación, sólo la teoría del dominio del hecho es capaz de definir lo que es autoría mediata (razón de la simpatía con ésta).

### **a. Consideraciones de carácter constitucional**

---

(51) Ibid. p. 643.

Para iniciar parece interesante mencionar algunas consideraciones de carácter constitucional que realiza BACIGALUPO, quien menciona a GIMBERNAT ORDEIG<sup>(52)</sup> debido a que según señala este autor, "la mayoría de los tipos se han concebido en vista del autor inmediato". Sin embargo ROXIN, considera que "la autoría mediata tiene bajo el aspecto valorativo, que es aquí legalmente decisivo, la misma estructura óptica que la autoría inmediata (dominio de la ejecución del hecho)".

Asimismo MAX GRUNHUT, citado por BACIGALUPO, considera que los casos de autoría mediata deben ser punibles, pero no como autoría, sino como instigación o complicidad.

En relación a las consideraciones de carácter constitucional, hemos de inclinarnos en razón del principio de legalidad y la garantía de seguridad y taxatividad jurídica, sobre la inconveniencia de que al tenor de la regulación actual sobre la autoría pueda sancionarse a un sujeto a título de autor mediato ya que como lo señala GIMBERNAT ORDEIG (antes mencionado), la legislación se adecua al autor directo o inmediato. En tal virtud y conforme uno de los objetivos del presente trabajo, es precisamente iniciar la discusión sobre la necesidad de una reforma en la regulación de la autoría y participación.

**b. Definición.**

Autor mediato u hombre de atrás es aquel que realiza la acción ejecutiva tendiente a la consumación del delito mediante otro (instrumento).

Lo más importante es determinar si la acción del autor mediato u hombre de atrás es autoría o participación, es decir, determinar si la acción del instrumento es a su vez objetivamente de autoría (aunque por falta de otros elementos del tipo no pueda en ocasiones considerarse autor en sentido penal), o sea determina objetiva y positivamente el hecho, o de participación (independientemente también de si, por faltar algún elemento genérico del tipo, por ejemplo el dolo, no se puede considerar partícipe penalmente relevante).

La intervención del instrumento es importante siempre y cuando el hombre de atrás cumpla el resto de los requisitos típicos y la ley no impida, aunque sea por cuestiones meramente formales, la inclusión de su conducta en el tipo, dicho sujeto será autor mediato si el instrumento a su vez realiza una acción que determine objetiva y positivamente el hecho, independientemente de que este instrumento esté sometido a responsabilidad penal o su

---

(52)BACIGALUPO, Op. cit. p. 326.

conducta sea o no típica. Por lo que, para determinar la existencia de la autoría mediata es indispensable saber si el instrumento determina objetiva y positivamente el hecho.

**c. Formas de aparición de la autoría mediata.**

La autoría mediata, puede aparecer de diferentes formas, en todas y cada una de ellas tienen relevante importancia la actuación del instrumento como la del hombre de atrás.

**1o. Instrumento que obra sin dolo:** Este supuesto se da en el caso del que utiliza como medio para alcanzar el fin propuesto, a otro cuya acción no se dirige al mismo fin del hombre de atrás, sino a uno distinto.

Ejemplo: A utiliza a B, quien es un mensajero para que entregue un cargamento de cocaína, ignorando el contenido del mismo.

Ahora bien, si ambos sujetos (hombre de atrás e instrumento) conocen las circunstancias en igual medida, no hay posibilidad de dominio de la voluntad del otro (instrumento), sino habrá participación en sentido estricto o bien podría existir coautoría.

**2o. Instrumento que obra coaccionado:** Tal como lo menciona **BACIGALUPO**<sup>(53)</sup>, esta forma no ofrece unanimidad en las respuestas; cita a **KAUFMAN**, quien sostiene que el que obra coaccionado lo hace, sin duda, dolosamente y tiene por lo tanto, dominio de la acción para cuya ejecución se lo coacciona y consecuentemente tiene la posibilidad de obrar de otra manera, por lo que en todo caso al hombre de atrás debe considerarse como instigador, porque crea en el instrumento el dolo; no considera para nada que el dolo lo haya creado mediante coacción o persuasión. Según **ROXIN**, igualmente citado por **BACIGALUPO**, apoya la idea de que puede admitirse autoría mediata en los casos en que el coaccionado haya perdido, por intensidad del efecto de la coacción la última y relevante decisión sobre lo que ocurrirá, de tal forma que esa se traslada a las manos del que ejerce la coacción.

Conforme el desarrollo de este trabajo, se considera que en todo caso está supuesta forma de autoría mediata se adecua más a la autoría directa o inmediata, porque valga recordar que también se considera autor inmediato o directo, a quien aplique fuerza a otro para realizarlo, y el mismo **BACIGALUPO**, considera que quien utilice fuerza física irresistible u otra forma análoga no es autor mediato, sino inmediato; en ese sentido se postula nuestra legislación, que no distingue si la fuerza es física o psicológica.

---

(53) Ibid. p. 329.

3o. **Instrumento que carece de capacidad para motivarse de acuerdo a la norma: BACIGALUPO**, distingue en este apartado, 3 supuestos: a) Que el instrumento sea inimputable: Podría ser un menor de edad, o un enfermo mental; este supuesto en realidad no ofrece mayor discusión. Si se admite la accesoriadad limitada pueden resolverse, pero considera que si el inimputable ha conservado el dominio del hecho a pesar de su inimputabilidad sólo habrá instigación. Ha de manifestarse desacuerdo parcial con esta afirmación, porque no se cree del todo factible que exista dominio del hecho en un enfermo mental, ni por parte del hombre de atrás, ni del propio instrumento, en todo caso se esta frente al dominio potencial del hecho, que según quedó apuntado no puede ser punible, ya que carece de verdadero dominio del resultado y depende del azar la consumación del hecho. Caso contrario sucede con la utilización de un menor de edad (inimputable), en que el hecho de no ser responsable penalmente no implica que carezcan de la capacidad para determinarse conforme lo decidido por el hombre de atrás. EJEMPLO: Un sujeto utiliza a un menor de edad para que asalte un autobús, le proporciona un arma y le da la orden para que efectúe el injusto. En el momento actual nuestra sociedad sufre un fuerte embate de delincuencia juvenil y sabemos perfectamente que el menor ejecutará el plan, por lo que el hombre de atrás si posee dominio del hecho, porque él tiene la posibilidad de dejar correr el plan, frustrar la consumación o variarla. Con lo cual nos apartamos de lo expresado por **BACIGALUPO**, de considerar este caso como inducción, debido a que nos encontramos ante un caso de autoría mediata. b) Que el instrumento actúe con error de prohibición: Es tal porque le falta la posibilidad de obrar de otra manera, mientras el autor mediato se sirve de la incapacidad del instrumento para determinar su conducta conforme la legislación. Esta se produce cuando se provoca a alguien o se aprovecha de la creencia en otra persona (un extranjero por ejemplo), que el hecho no es típico, o que le asiste el derecho para obrar de tal forma; este supuesto se considera que deviene formalmente inaplicable en la legislación guatemalteca, debido a la determinación de la Ley del Organismo Judicial, que señala que en contra de la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia. El estudio del error de prohibición, sistemáticamente debe incluirse dentro del estudio de la culpabilidad. c) Actuación del instrumento por miedo insuperable<sup>(54)</sup>, se produce cuando se genera en el

---

(54)Este supuesto es incluido por MIR PUIG.

instrumento miedo capaz de compulsarlo a delinquir. Este puede eventualmente incluirse dentro de la aplicación de fuerza.

**4o. Instrumento no calificado en delitos especiales y que obra sin elemento subjetivo de autoría:** Este se produce cuando se trata de delitos especiales, que sólo pueden ser considerado autor un sujeto que tenga determinada calificación. Ejemplo: El delito de exacciones ilegales. Para estos casos se han presentado diferentes soluciones, comenzando por considerar que es autor mediato el funcionario o empleado público que exija contribución, impuesto, tasa o arbitrio ilegales o mayores de los que correspondan. El problema es que al utilizar al sujeto no calificado (un particular) que obra con dolo y libertad, en principio tendría, el dominio del hecho y sin embargo no es autor por falta de la calificación legal. Para aclarar el ejemplo, el funcionario público utiliza como instrumento a un particular, para que este en su nombre exija contribución, impuesto, tasa o arbitrio.

A ese respecto considera **BACIGALUPO**, que el problema va más allá, porque, si la accesoriadad depende del dominio del hecho del autor principal, parece no haber en el caso otra solución que la impunidad, ya que el no calificado (el particular) no puede ser autor por falta de calificación legal (al no ser funcionario público) y el calificado no puede ser instigador, porque presupondría autoría en el instigado.

Pero es discutible la autoría mediata, porque surge la figura de circunstancias incommunicables, por lo que el sujeto particular no incurre en delito de exacciones ilegales (conforme al ejemplo), sino podría ser coautora de apropiación indebida. Coautoría, debido a que cada sujeto tiene dominio sobre una parte del plan común y la no intervención de cualquiera de ellos haría fracasar la comisión del delito.

La adecuación de la autoría mediata se produciría en todo caso, si el instrumento actúa sin conocer la ilicitud del hecho, pero entonces este supuesto se enmarcaría en el analizado anteriormente.

**5o. Instrumento que obra conforme a derecho:** En este supuesto el instrumento actúa al amparo de una causa de justificación, por lo que su conducta no es antijurídica. Ejemplo: Cuando un funcionario cumple una orden que no es manifiestamente ilegal, que ha sido dictada dolosamente por el superior competente y conforme las prescripciones legales,



entonces actúa en legítimo ejercicio de un derecho, de acuerdo al artículo 24 numeral 3o del código penal.

**6o. Instrumento que obra dentro de un aparato organizado de poder:** Consideran que se da autoría mediata en el caso del sujeto que forma parte de una organización de poder y que es un intermediario en la ejecución de una decisión delictiva determinada.

**MARIA GONZALEZ<sup>(55)</sup>** expone: Durante las décadas pasadas, los países de América Latina se caracterizaron por una ola de violencia social y de terror organizado que se tradujo en desaparición de personas, ejecuciones extrajudiciales, torturas, detenciones ilegales, etc. Las víctimas eran personas que se consideraban arbitrariamente *peligrosas* para quienes pretendían resguardar la seguridad del Estado", lo que representó una evidente violación a los derechos fundamentales, adicionada a la impunidad que rodeó (y aún persiste) dichos actos brutales. La mencionada jurista, afirma además que constituye una violación al derecho de la población a conocer la verdad de los hechos, porque si bien en algunos casos se investigaron dichos delitos, éstos quedaron impunes.

Esta caracterización sirve para fundamentar esta especie de autoría mediata, la cual trasciende de las formas tradicionales, cuando se atribuye al que obra por detrás la calidad de autor mediato, aunque el que obra en forma inmediata domine sin más limitación que la decisión del hombre de atrás el suceso concreto y por eso también sea punible.

Aquí aparecen los denominados "**autores de escritorio**" que no participan en la ejecución del hecho, pero tienen el dominio del suceso, ya que disponen de la organización y cuentan con la posibilidad de convertir las órdenes del poder en la ejecución del hecho.

Esta teoría es una creación de **ROXIN**, y surge de las acciones de la postguerra que ocuparon la jurisprudencia, fenómeno también sufrido en Latinoamérica.

Se caracteriza porque el autor mediato tiene a su disposición personal un aparato - generalmente organizado por el Estado- con cuya ayuda puede consumir sus delitos, sin tener que transferir a los ejecutores una decisión autónoma sobre la realización, en cuyo caso el hombre de atrás tiene una posición clave en el marco del acontecimiento total.

**a) ¿Por qué la consideración de autor mediato?**

---

(55) Las ideas generales de este apartado han sido tomadas de **AUTORIA Y PARTICIPACION CRIMINAL**, p.81 y subsiguientes.

Porque si bien el autor inmediato tiene dominio del hecho (ejecución o no del injusto), no variará en nada la suerte de la víctima, debido a la fungibilidad del ejecutor en la cadena de mandos; y es que quien domina el aparato asume total conciencia de que establecidos los lineamientos generales del plan, sus órdenes se cumplirán sin importar por quien.

**b) Consecuencias de la fungibilidad del autor mediato.**

- Provoca una duplicidad del dominio del hecho, porque ambos sujetos (ejecutor y hombre de atrás o autor intelectual), son responsables, pero con fundamentos distintos, el primero dominando la acción y el segundo la voluntad.

- Debe destacarse la fuerte responsabilidad surgida en el sujeto de atrás, por el solo dominio jerárquico del aparato de poder. El ejecutor tiene plena libertad y responsabilidad, pues es punible como autor de mano propia. En razón de esto se sostiene que una organización de éste tipo desarrolla una vida independiente de la cambiante posición de sus miembros y funciona sin estar referida a la persona individual de los conductores, por lo que la fungibilidad de los autores instrumentales, hace que no operen como personas individuales, sino como parte de un engranaje mecánico.

Sobre la base de lo anterior, puede decirse que quien está en un órgano de poder en que existe una estructura verticalizada, como el ejército o la policía nacional civil (puede incluirse a la iglesia, como una de las instituciones jerarquizadas más rígidas que se conocen) y tiene algún puesto de mando es autor mediato, en virtud de la voluntad de dominio del hecho que le corresponde cuando utiliza sus atribuciones para ejecutar las acciones punibles. Para su autoría es decisivo que conduzca parte de la organización que le está subordinada. Debido a ello la participación no se limita a ser directa ni al comienzo ni al final de los hechos, y cuando su participación se haya limitado a la parte intermedia del desarrollo de los acontecimientos.

Esta forma de autoría provee además un terrible problema de carácter procesal, en cuanto a la producción probatoria para determinar su acción dentro del hecho delictivo, debido a que por la naturaleza misma de la organización y la gravedad de sus acciones, no existe una orden formal, concreta o burocrática, por lo que la orden normalmente se da en forma verbal. La especialidad de las ordenes verbales en estas instituciones (principalmente el ejército), obedece a cuestiones de tipo estratégico, sería muy aventurado proveer a cada

miembro de un comando del plan u orden escrita, porque siempre existiría el riesgo de que el mismo pueda caer en manos del enemigo.

A nivel latinoamericano se produce lo que la autora citada al inicio del presente punto juzga como una concepción errónea del problema, que indica la necesidad de buscar un sólo autor con capacidad para decidirse por la violación de un derecho y allí concluir la investigación, como si la existencia de ese autor impidiera la búsqueda de otros responsables con la misma o mayor responsabilidad, por lo que se considera que la inexistencia de la orden específica no implica ausencia de responsabilidad de los sujetos que tienen alta jerarquía institucional para llevar a cabo semejante objetivo, sino por el contrario.

**c) Derechos fundamentales y la autoría mediata mediante grupos organizados de poder en Guatemala**

En Guatemala se han basado o pretendido basar en algunas normas por cuyo medio se ha buscado impunidad para el autor mediato, básicamente las siguientes:

*Constitución Política de la República:* El artículo 5, en la parte que señala que nadie está obligado a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella; el artículo 156, con relación a que ningún funcionario o empleado público, civil o militar, está obligado a cumplir órdenes manifiestamente ilegales o que impliquen la comisión de un delito.

*Código Penal:* El artículo 25 numeral 4o., que señala las condiciones dentro de las cuales se ha de considerar que una orden cumple con los requisitos legales.

Estas disposiciones que se han interpretado o pretendido interpretar para amparar al hombre de atrás para garantizarle impunidad, en razón de que el ejecutor no está obligado a acatar dicha orden.

Ahora bien, la interpretación de dichas normas parte de premisas equivocadas, ya que se invierte la aplicación de las mismas, en razón de que estas disposiciones lo que pretenden son garantizar al inferior jerárquico la posibilidad de resistirse a cumplir con una orden que sea manifiestamente ilegal o que no se haya dado conforme las formalidades legales, más no constituye fundamento fáctico de defensa por parte del hombre de atrás, para ampararse en el hecho de que el inferior debió resistirse al cumplimiento de la orden en razón de ser esta manifiestamente ilegal.

Una norma que acuña esta afirmación la encontramos en el artículo 5 del Código Militar, al conceder impunidad al inferior jerárquico por obedecer órdenes de sus naturales superiores, en cualquier acto del servicio en que fuere mandado por ellos personalmente, o tenga orden escrita, esta disposición en todo caso debe ser interpretada restrictivamente conforme la Constitución Política de la República.

Pero el análisis de esta forma de autoría mediata debe ser más profundo, por lo que se analizará un fragmento de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, con relación al homicidio de **ORLANDO LETELIER SOLAR**.<sup>(56)</sup> La Corte consideró que la responsabilidad de los militares se produce debido a la interrelación humana como el dominio de la voluntad que surge en un órgano de poder en el que existe una estructura jerarquizada, donde los jefes emplean el poder que aquella le confiere, dando las órdenes y pudiendo hacerlas cumplir, intercambiando a los ejecutores según su conveniencia, lo que en la vida real anula o hace casi imposible toda resistencia u oposición. En este sentido, aquel que imparte la orden es el autor mediato. Pero hasta acá las consideraciones no fundamentan fácticamente las afirmaciones, pero continúa: que ese estado de cosas era perfectamente asimilable al de Townley (ejecutor de Lettelier), inserto en la estructura jerarquizada y militar de la DINA (Dirección de Inteligencia Militar de Chile), en términos que si legalmente no pudiese ser compelido a acatar esa orden, en la práctica el influjo, la autoridad y el ascendiente del director, a través de la orden transmitida por el coronel Espinoza (hombre de atrás) debió gravitar sin contrapeso en el ánimo del agente de facto como para poder afirmar que se encuentra en la situación de quien es forzado irremediabilmente a cometer un determinado acto.

Es decir pues que si bien formalmente hablando, ninguna persona está obligada a acatar órdenes manifiestamente ilegales, también lo es que las personas que se forman dentro de instituciones jerárquicas, aprenden a obedecer las ordenes, sin discutir las, ni deliberarlas con sus superiores. En Guatemala el único intento conocido por acreditar esta responsabilidad, es el juicio promovido en contra de militares de alta jerarquía, por el asesinato de la antropóloga **MYRNA MACK CHANG**, mismo que aún está en trámite, y el cual recientemente se resolvió elevarlo a un tribunal de sentencia.

---

(56)AUTORIA Y PARTICIPACION CRIMINAL, página 95.

Más en este momento parece propicio reiterar el criterio de que no parece admisible conforme el principio de legalidad sancionar al autor mediato, ya que la construcción de la autoría y participación contenida en el código penal guatemalteco excluye esta figura, más si se pretende ingresar al autor mediato por vía del inductor, esta también encuentra el valladar infranqueable del principio de legalidad en el último párrafo del artículo 17 (sobre este se ampliará al momento de tratar la inducción).

**d. Regulación legal de la autoría**

El artículo 36 determina quienes son autores:

1) *Quienes tomen parte directa en la ejecución de los actos propios del delito:* Este es el caso de la autoría inmediata, que tiene su asidero en la teoría objetiva de la participación, ya que emplea básicamente el postulado por el cual se enuncia dicha teoría ("tomar parte directa").

2) *Quienes fuercen o induzcan directamente a otro a ejecutarlo:* Este presupuesto hace una mezcla entre el autor directo o inmediato (quien fuerza) y el sujeto que doctrinariamente es partícipe (el inductor) y que la ley le da la categoría de autor, sin perjuicio de que el artículo 17 segundo párrafo, restringe casi absolutamente la aplicación de este presupuesto, al menos en lo que al inductor se refiere, por lo que prácticamente es inoperante esta consideración del artículo 36.

Sobre este presupuesto la licenciada **DALIA AZUCENA ANGULO LOPEZ**, en su tesis de grado, señala que *"en el numeral dos, es otra la persona que tiene el dominio del hecho, por medio de la fuerza; no existe voluntariedad, en consecuencia, es un instrumento utilizado por otro para la ejecución del hecho. Este numeral eleva al instigador a la categoría de autor cuando menciona (a quienes induzcan directamente a ejecutarlo). El código penal guatemalteco no contiene ningún artículo en donde se regule la autoría mediata excepto el presente caso que contiene algunos supuestos de la autoría mediata"<sup>(57)</sup>.*

Respecto de las afirmaciones anteriores y conforme el desarrollo del presente trabajo, queda diferenciado el inductor del autor mediato, por lo que es claro el desacuerdo respecto de dicha concepción; el desacuerdo está precisamente en que este numeral no incluye ningún

---

(57) ANGULO LOPEZ; Op. Cit. p. 69.

supuesto de autoría mediata, sino que de autor inmediato, cuando señala que es autor "el que fuerza", y es inductor "el que induce" (considerado también autor).

3) *Quienes cooperan a la realización del delito, ya sea en su preparación o en su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer:* Nuevamente se mezcla la figura del partícipe, que en este presupuesto es el cooperador necesario con el autor, lo que es antitécnico, porque doctrina y realmente no es autor.

Pero no es inductor, porque no determina a un individuo a cometer el hecho, sino realiza actos materiales, externos tendientes a la ejecución.

4) *Quienes habiéndose concertado con otro u otros para la ejecución de un delito, están presentes en el momento de su consumación:* Este puede considerarse como el presupuesto más escabroso, el cual está basado en la teoría del acuerdo previo (la cual será brevemente desarrollada).

La licenciada **ANGULO LOPEZ**, en su tesis de graduación, expone que: "en realidad no es un autor sino únicamente constituye una cooperación intelectual"<sup>(58)</sup>. Pero no define en que consiste esta cooperación intelectual, y tampoco la distingue de entre la cooperación necesaria y no necesarias, ya que si se trata de la elaboración de un plan, entonces estaríamos frente al inductor o podría ser autor mediato.

#### e. Legislación comparada respecto de la autoría

**Bolivia:** El Código Penal boliviano, en los artículos 20 a 22, determina la autoría a quien ejecute directamente el hecho o preste una cooperación de tal naturaleza, sin la cual no habría podido cometerse; nótese que incluye al cooperador necesario, luego considera que no es autor quien haya sido constreñido por fuerza física irresistible, en cuyo caso es autor quien ejerza la violencia. Con esta última parte pretende aclarar el problema que no aclara la teoría objetiva de la participación, distinguiendo en que no todo el sujeto que realiza la acción típica será considerado como autor, por carecer de relevancia penal, lo que sin embargo es innecesario. Luego establece separadamente la autoría mediata, considerando al autor mediato al que para cometer el delito se vale de un inimputable o el que induce en error a

---

(58) Ibid. p. 70.

otro, para el mismo objeto. Y finalmente incluye la figura de la instigación, y señala que es instigador quien intencionalmente determina a otro a cometer el hecho.<sup>(59)</sup>

**Colombia:** Regula en el artículo 23 que es autor el que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo. Como se aprecia, se basa en la teoría objetiva, e incluye la figura del determinador o inductor<sup>(60)</sup>. Esta regulación no incluye la figura del autor mediato, ni la cooperación necesaria, por lo que sobre la base del principio de legalidad sería imposible que la justicia alcanzara a estos individuos.

**Costa Rica:** Los artículos 45 al 48, proveen una regulación amplia, señala que es autor quien realice el delito por sí o sirviéndose de otro u otros, y coautores, los que lo realicen conjuntamente con el autor. Esta consideración regula al autor inmediato, al autor mediato cuidándose de no entrar en mayores matizaciones y a los coautores, aunque la última parte sobre los coautores, hace una especie de distinción cuando menciona "*conjuntamente con el autor*", lo que podría provocar confusión, porque si lo hacen conjuntamente todos han de ostentar la categoría de coautores. Además aparece la figura del instigador. También desecha al cooperador necesario.<sup>(61)</sup>

Esta regulación supera la contenida en nuestro código penal.

**Cuba:** El Código Penal de Cuba, en el artículo 18 numeral 2o., determina que son autores: "a) los que ejecuten el hecho por sí mismos; b) los que organicen el plan del delito y su ejecución; c) los que determinen a otro penalmente responsable a cometer un delito; ch) los que cooperen a la ejecución del hecho delictivo por actos sin los que no hubiera podido cometerse; d) los que ejecuten el hecho por medio de otro que no es autor o es inimputable, o no responde penalmente del delito por haber actuado bajo violencia o coacción, o en virtud de error al que fue inducido."<sup>(62)</sup>

Se critica esta regulación por la larga e innecesaria lista de presupuestos, sobre quien es autor, y se considera innecesario, porque algunos de los presupuestos se entremezclan en lo que doctrinariamente es la autoría mediata, véase el b) y d).

---

(59) BUSTOS RAMÍREZ y VALENZUELA BEJAS, Op. cit. p. 23.

(60) Ibid. p. 107.

(61) Ibid. p. 132.

(62) Ibid. p. 157.

**Chile:** La regulación del código penal de Chile, en el artículo 15: "considera" autores: A quien tome parte directa en la ejecución del hecho, sea de manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir; al que fuerce o induzca a otro a ejecutarlo; y a los concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él.<sup>(63)</sup>

Respecto del autor inmediato, se refiere a la acción u omisión, consideración innecesaria y en razón del estudio y análisis de la teoría general del delito; el segundo presupuesto incluye también al autor directo (el que fuerza). Sobre el tercer presupuesto, incluye a su vez dos consideraciones, la primera que se refiere indudablemente al cooperador necesario (facilita medios para efectuar el hecho), y la segunda que se basa en el simple acuerdo previo, regulación idéntica a la de nuestro código penal (presupuesto 4o.), y por lo tanto idénticamente criticable.

**Ecuador:** La regulación que proporciona el código penal de Ecuador es exageradamente amplia, provee una gran lista de presupuestos para considerar al autor como tal, con la finalidad de hacer las observaciones necesarias para el presente trabajo, se dividirá los presupuestos:

- Los que han perpetrando la infracción, sea de manera directa e inmediata, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito: Este entremezcla al autor inmediato con el instigador, a quien denomina además consejero.
- Los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución. Se refiere al cooperador necesario, que con su actuación evita que se frustre el hecho, y que por lo tanto realiza actos sin los cuales este no se hubiera podido consumar.
- Los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo: Estamos en presencia del autor mediato.
- Los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción: Es el cooperador necesario.

---

(63) Ibid p. 196.

- Los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible, aunque pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin. En este caso se estará ante la autoría inmediata o directa, por lo que la determinación carece de importancia.<sup>(64)</sup>

Nótese que la gran cantidad de incisos que contiene esta regulación, tratando de individualizar cada uno de los posibles presupuestos, lo que provoca confusión.

**El Salvador:** El código penal de El Salvador, en el artículo 46, regula al autor mediano, inmediato y a la figura del autor presunto; es autor inmediato el que con su acción u omisión realiza directamente el hecho delictivo; autor mediano, 1)el que por medio de fuerza física constriñen a otro a ejecutar el delito, 2)el que determine a otro a cometer el delito, 3)los que dieran la orden ilegal en el caso previsto en el ordinal 3 del artículo 40 (se refiere a la obediencia jerárquica), 4)los que presten su cooperación de tal modo necesaria que sin ella no hubiera podido realizarse el delito.<sup>(65)</sup>

Véase como entremezcla al inductor y al cooperador necesario como autores mediatos, con desafortunada regulación, carente de técnica.

El autor presunto, que es una figura que no existe en nuestra legislación, y que se refiere a: "Delitos contra el honor, cometidos con abuso de la libertad de expresión, se consideran autores el dueño o empresario de la imprenta o el director o encargado del órgano periodístico o el propietario, gerente o administrador de la empresa televisora o radial o a los encargados de los programas, en su caso: 1) si se niega a declarar en el juicio a que tales delitos den lugar o si en su declaración se niega a mencionar al responsable directo del escrito o del programa; 2) si la persona señalada como autora del escrito o del programa fuere desconocida o no fuere posible su identificación; 3) si la persona señalada como autora del escrito o programa fuere inimputable. No tendrán responsabilidad alguna quienes, en razón del trabajo que desempeñen, participen materialmente en la elaboración o difusión del escrito o programa".<sup>(65)</sup>

---

(63) Ibid. p. 234.

(64) Ibid. p. 263.

(65) Ibid. pgs. 263 y subsiguiente.

Respecto a esta forma de autoría véase la crítica hecha en el numeral respecto de las otras formas de autoría conforme el derecho comparado.<sup>(66)</sup>

**Honduras** (artículo 12) y **Nicaragua** (artículo 22): Estos códigos penales consideran autores a quienes tomen parte directa en la ejecución del hecho; a quien fuerce o induzca directamente a otros a ejecutarlo; y al que coopera a la ejecución del hecho por un acto sin el cual no se hubiera podido efectuar. Esta regulación no considera al autor mediato.<sup>(67)</sup>

**México:** Como se mencionó al tratar los criterios sobre la participación, el Código Penal del Distrito Federal y Código Penal Federal de México, se basa en el concepto unitario de autor, pues no hace distinción entre los autores y partícipes. Al enunciar el artículo 13, se refiere a: "Son responsables de los delitos: I) los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución de ellos; II) los que inducen o compelen a otro a cometerlos; III) los que presten auxilio o cooperación de cualquiera especie para su ejecución; y IV) los que, en casos previstos por la ley, auxilien a los delincuentes, una vez que éstos efectuaron su acción delictuosa."<sup>(68)</sup>

Nótese que el primer presupuesto es suficientemente amplio que podría incluirse al autor mediato, y que además no se refiere concretamente a la ejecución mediata, porque se circunscribe a mencionar "intervienen"; por otro lado, el numeral III) se refiere al cooperador, incluyendo siempre por la amplitud, al necesario y no necesario; y finalmente, a los encubridores en el numeral IV). Sin embargo lo amplio, lo indeterminado de éste indudablemente provee inseguridad jurídica.

**Panamá:** El código penal panameño contiene dentro de su sistemática la consideración clara del autor; considero esta omisión muy aventurada, debido a que sobre la base del principio de legalidad, el derecho penal debe contener normas claras y precisas para proveer de seguridad jurídica.

El artículo 63 se limita a mencionar que: "Cuando varios individuos cooperan de modo directo y principal en la violación de la ley penal, cada uno de los cooperadores inmediatos de la violación incurrirá en la pena que para el caso esté señalada. En la misma pena incurrirá

---

(66) Ver capítulo III, 19) de este trabajo, literales A. y B.

(67) BUSTOS RAMIREZ y VALENZUELA BEJAS, Op. cit. p. 327 y 381.

(68) Ibid. p. 352.

quien decida a otro a cometer el delito si se demuestra que aquel tenía interés personal en cometerlo; pero, en tal caso, se disminuirá en una sexta parte la pena señalada por la ley".<sup>(69)</sup>

Este artículo no incluye al autor mediato; y en su última parte toma parte de la teoría subjetiva de la participación, cuando señala que si se demuestra que tenía interés personal en cometerlo, como quedó señalado al tratar esta teoría, esta consideración es ambigua.

**Paraguay:** El código penal paraguayo, en el artículo 35, incurre en el mismo defecto que el ecuatoriano, al proveer de una amplia lista de presupuestos, que determinan legalmente quienes son autores.<sup>(70)</sup>

- 1) Los que perpetren directamente el hecho por una participación inmediata en su ejecución: Se refiere a la autoría inmediata o directa.
- 2) Cualquiera que para la comisión del delito coopera con un acto sin el cual la infracción no se hubiere ejecutado: Se refiere al cooperador necesario.
- 3) Los que por medio de instigación eficaz y apropiada, determinen a otros a cometer el delito: Se refiere a la figura del inductor o instigador.
- 4) Los que por medio de una coacción física o moral suficiente, fuerzan o inducen a otro a ejecutar una infracción.
- 5) Los funcionarios públicos encargados de perseguir, esclarecer o castigar los delitos, que hubiesen, antes de la comisión prometido encubrir el hecho, o que durante su ejecución hayan prestado a los autores cualquier auxilio: En este presupuesto se entremezclan el encubrimiento y la cooperación no necesario o complicidad. En el primero, se da una extensión inapropiada del concepto de autor, debido a que se estaría frente a la teoría del acuerdo previo; en el segundo habría que determinar el grado de auxilio, y de allí considerar si es autor o cómplice, y en todo caso con la concurrencia de agravantes, pero si el auxilio es no necesario, se considera inadecuado atribuirle la calidad de autor.
- 6) Los editores, directores o propietarios de publicaciones que intimados judicialmente para dar el nombre del autor de un escrito acusado, se niegan a ello, o lo atribuyen a una persona irresponsable criminalmente o reconocidamente insolvente: Este presupuesto merece la misma crítica vertida a la regulación del código penal salvadoreño, respecto del autor presunto.

---

(69) Ibid. p. 415.

(70) Ibid. p. 434.

Finalmente hace una distinción entre autor moral (incisos 3, 4 y 5) y autor material (otros incisos).

**Venezuela:** El código penal venezolano en el artículo 83, considera que quedan sujetos a la pena correspondiente, el perpetrador y los cooperadores inmediatos, así como quien haya determinado a otro a cometer el hecho.<sup>(71)</sup>

Véase que se refiere a perpetrador, como autor inmediato o directo, y a los cooperadores inmediatos, como cooperadores necesarios. Y excluye al autor mediato.

**Argentina:** El código penal de Argentina, regula en el artículo 45 a la figura del autor así: quien tome parte en la ejecución del hecho o presente al autor o autores auxilio o cooperación necesaria; así como el inductor.<sup>(72)</sup>

Al igual que la mayoría de los códigos penales latinoamericanos, no incluye la figura del autor mediato.

### C. COAUTORÍA

#### a) Definición

En el apartado anterior, se sentaron las bases para distinguir al autor (y sus formas) del partícipe.

La coautoría es la intervención de más de un sujeto, en calidad de autor; obviamente esta descripción merece mayor tratamiento, porque cuando varios sujetos concurren en calidad de autores, es indispensable caracterizarlos para distinguirlos de las formas de autoría y demás partícipes.

**MIR PUIG**, define la coautoría como: "*Son coautores los que realizan conjuntamente y de mutuo acuerdo un hecho*"<sup>(73)</sup>.

**SOLER**, señala: "También es autor el que interviene, en igualdad de situación, con otro a la producción de un hecho común. El coautor no es, pues, un autor mediato, sino un autor inmediato"<sup>(74)</sup>

---

(71) Ibid. p. 542.

(72) Ibid. p. 10.

(73) AUTORIA Y PARTICIPACION CRIMINAL, p. 37.

(74) SOLER, Sebastian; Op. cit. p. 300.

**BACIGALUPO**, por su parte considera a la coautoría así: "Son coautores los que toman parte en la ejecución del delito co-dominando el hecho"<sup>(75)</sup>.

**DIAZ Y GARCIA CONLEDO**, es coautor: "Todo interviniente cuya aportación en el estadio de ejecución constituye un requisito imprescindible para la realización del resultado perseguido, por tanto, aquel con cuyo comportamiento conforme a su función la empresa total existe o fracasa". Y agrega citando a **ROXIN**: "En ello nada depende de su posición subjetiva respecto del proceso."<sup>(76)</sup>

Nótese que las dos primeras definiciones no hacen verdadera distinción entre lo que es autor (o coautor) y partícipe, en la definición de **MIR PUIG**, no hace distinción objetiva respecto de en que consiste la realización del hecho; **SOLER**, confunde aún más la distinción entre coautor y partícipes, y le asigna al coautor un requisito, que es la intervención en igualdad de situación para producir un hecho, sin considerar las diferentes funciones que cada sujeto realiza para consumar el mismo. Excluye además la tipificación de coautores cuando concurren el autor mediato y el autor inmediato.

Por su parte **BACIGALUPO** y **DIAZ Y GARCIA CONLEDO** introduce en su definición el codominio o dominio funcional del hecho.

En resumidas cuentas la coautoría es en sí autoría, porque el delito es cometido por todos, por lo que los coautores deben poseer los mismos elementos que el autor: - Dominio del hecho; - calidades objetivas que lo constituyen en autor (en caso de delitos que requieren especial calificación).

#### **b) Teorías que explican la coautoría**

##### **1o. Teoría del acuerdo previo.**

Esta teoría desconocida en nuestro medio, escasamente desarrollada por los expertos, pero que como se expondrá posteriormente puede ser la base del presupuesto 4o. del artículo 36 del Código Penal.

Básicamente afirma que cuando varias personas intervienen en un delito existe un previo concierto, un acuerdo previo común para la comisión del hecho delictivo y por lo tanto todos son autores (coautores) de éste, prescindiendo del acto material de colaboración que cada uno haya realizado.

---

(75) BACIGALUPO, Enrique, Op. cit. p. 337.

(76) DIAZ Y GARCIA CONLEDO, Op. cit. p. 598.

Ahora bien, expone **DIAZ Y GARCIA CONLLEDO**, que la jurisprudencia española considera inadecuado denominarla como "*previo*", en razón de que el acuerdo puede ser en el instante del hecho, por lo que la doctrina española la ha denominado más bien como "*teoría del acuerdo mutuo o recíproco*".

Esta teoría se considera una teoría subjetiva, aunque no en forma pura, porque las teorías subjetivas se fijan en la relación psíquica del sujeto con el hecho, quererlo como propio o ajeno con ánimo de autor o partícipe, mientras que el acuerdo previo se fija en la relación o conexión psíquica entre los intervinientes y no en la posición psíquica de cada uno respecto al hecho, pero como afirma **DIAZ Y GARCIA CONLLEDO**<sup>(77)</sup>, sea o no subjetiva, conduce a un concepto extensivo de autor.

a)) **Relación con las teorías subjetivas:** Se piensa que acude a criterios subjetivos para determinar al autor. Si por acuerdo previo entendemos el hecho físico de ponerse expresamente de acuerdo para actuar, repartirse papeles, trazar un plan, etc., habrá desde luego que convenir que no es un dato subjetivo, sino objetivo, porque en el momento del acuerdo podría dejarse plasmado en forma auditiva o audiovisual. Y, así entendido, implica verdaderos actos de ejecución, sin considerar la contribución del sujeto para ejecutar el hecho. Sin embargo, como se concibe el acuerdo previo es por el mero dato objetivo de la existencia de un acto normalmente preparatorio, lo que puede denominarse confabulación.

Para conceptualizar la autoría sólo es necesario que cada uno de los intervinientes conscientemente, consientan en todas las circunstancias del hecho, incluyendo la intervención de los demás, por eso afirma **DIAZ Y GARCIA CONLLEDO** que estamos ante el dolo común de todos los intervinientes, a que la doctrina del acuerdo previo daría tal relevancia que le serviría para afirmar la existencia de coautoría, prescindiendo de la actuación material de cada sujeto, por lo que así considerado el acuerdo o confabulación, es eminentemente subjetivo. **FRANK** citado por **DIAZ Y GARCIA CONLLEDO**<sup>(78)</sup>, explica que se convierten en coautores a todos los acordados o conjurados, independientemente de los actos realizados por cada uno de ellos.

b)) **Relación con el concepto unitario:** El concepto unitario de autor afirma que todos los que intervienen en la comisión del hecho delictivo, son autores. La teoría del

---

(77) Ibid. p. 353.

(79) Ibid. p. 357.

acuerdo previo no afirma en ningún momento esta consideración, sino parte de la idea contraria, de que se pueda distinguir a priori, entre autor y partícipe, según los individuos actuaron con o sin acuerdo. Ahora bien como en la práctica en la mayoría de los casos existe dolo común, en un porcentaje muy alto la aplicación de esta teoría convierte a todos los que intervienen en autores.

**DIAZ Y GARCIA CONLLEDO**, hace además otras consideraciones que atacan esta teoría y que parece indispensables apuntar<sup>(79)</sup>:

1. De la fundamentación de la conversión en autores de todos los concertados se crea un vínculo de "*solidaridad*", entre los intervinientes que hace que las acciones concretas realizadas por cada uno aparezcan como accidentes irrelevantes de la acción común, dicho argumento es absolutamente endeble, debido a que los tipos no establecen: "El que estuviere dispuesto a matar", o "El que estuviere dispuesto a hurtar", sino que se manifiestan concretamente: "El que tomare sin la debida autorización, cosa mueble, total o parcialmente ajena", por lo que a todas luces se esta violando el principio de legalidad, la libertad de acción, y con ello los derechos fundamentales de las personas, porque a nadie se le puede sancionar por lo que piensa hacer, ni siquiera por lo que manifiesta querer hacer, salvo los casos establecidos.

2. Pueden afirmar los defensores de esta teoría que el acuerdo previo implica un aumento de la peligrosidad para la comisión del delito, que la actuación espontánea, a lo que debe responderse que la autoría es una cuestión de tipicidad y no de peligrosidad; además que en un verdadero Estado Social y Democrático de Derecho, no podemos basarnos en la peligrosidad que implica el Derecho Penal de autor, sino en un verdadero Derecho Penal Acto, ya que en caso contrario también se estarían violentando las garantías fundamentales de las personas. Pero además, podrá afirmarse que el acuerdo supone un acto tan trascendental que sin éste, el delito no se hubiera producido, pero qué sucede con la asociación con sujetos con los que nada se resuelve sobre la comisión del delito o que supone más bien un apoyo moral a la decisión, para pretender iluminar este punto se cita un ejemplo didáctico que expone **DIAZ Y GARCIA CONLLEDO**: Si un grupo de personas planean asaltar un banco y reparten los papeles entre ellos, el cabecilla se dirige a uno de los presentes y le dice: "Tu te encargas de llevarnos en tu automóvil a las inmediaciones del

---

(79) Ibid. p. 389 y subsiguientes.

banco media hora antes de iniciar el atraco y después te vas, pues para huir, nos recogerá X, cuyo automóvil es más potente que el tuyo"; si en ese momento el sujeto al que se le encomienda este papel dice: "No estoy de acuerdo y no los llevo en mi carro" y se va, es claro que la negativa no supone una dificultad que impida la realización del delito, sino a lo sumo un pequeño contratiempo para los demás, que deben pensar en otro medio de transporte. Visto así, esta teoría no establece que el acuerdo sea esencial para la comisión del delito, es decir que no se puede distinguir entre coautor, cooperador necesario ni cómplice.

c) **El presupuesto 4o. del artículo 36 y los Derechos Fundamentales**

Como se desprende de la lectura de la teoría del **ACUERDO PREVIO**, brevemente expuesta, se encuentra que este es el asidero doctrinario del presupuesto 4o. del artículo 36, que señala que: Es autor: 4o. Quien se haya concertado con otro u otros para la ejecución de un delito, están presentes en el momento de su consumación, es precisamente esta teoría.

Respecto de este presupuesto, **HURTADO AGUILAR**, acota<sup>(80)</sup>: "Establece la autoría tomando en cuenta la presencia del sujeto, en el momento de la consumación del hecho, siempre que hubiere existido concierto previo para su ejecución". Apunta además que se requiere el acuerdo previo y la presencia en el momento de la consumación; es decir extiende la responsabilidad, aún cuando el agente no haya participado en los otros actos de tipicidad, pero considera problemático en casos determinados, principalmente si se trata de delitos instantáneos; finalmente señala que el problema se debe resolver según el delito de que se trate. Pero posteriormente refiere: "En términos generales se dirá que hay autoría cuando el agente toma partido en la comisión del hecho<sup>(81)</sup> con medios directos, personales e idóneos; y que cuando falten estos extremos, estaremos frente a cómplices, con unidad de propósito, buscando un mismo fin o unidos en la voluntad o en la acción". De lo expuesto se evidencia claramente la contradicción en que cae el prestigiado jurista guatemalteco, resultante del concierto previo (confabulación, complot, conspiración), adicionado a la presencia durante la consumación del delito, y lo que verdaderamente consiste en la comisión del hecho con medios directos, personales e idóneos y que es verdaderamente el autor, en razón de lo cual no se podrá considerar como tal a aquel que no se enmarque dentro de dichas manifestaciones; además de ello, como se podrá distinguir de conformidad a la teoría del

---

(80) HURTADO AGUILAR, Hernán; Derecho Penal Compendiado, p. 106.

(81) El subrayado es del ponente.

acuerdo previo entre el cooperador necesario y el cooperador no necesario o cómplice, por la simple exposición manifestada por dicho autor.

Al desarrollar la teoría del **ACUERDO PREVIO**, se expusieron algunas críticas surgidas en contra de la aplicación de la misma y las que se consideran son suficientes para desvirtuar la aplicación de ésta, debido a la gran inseguridad jurídica que provoca y que a continuación se acoplará al presupuesto 4o. del artículo 36:

a. No distingue entre cooperador necesario y cómplice: El texto es claro, habla de concertarse con otro u otros para ejecutar el delito y no hace ninguna distinción sobre lo que es concierto, lo que provoca tal grado de inseguridad jurídica que ha de sancionarse como autor del delito a aquel que aportó ayuda que no sea indispensable para la consumación del delito, lo que se enmarcaría absolutamente dentro del concepto unitario de autor, ante la imposibilidad de distinguir entre autor y cómplice.

b. Viola el principio de legalidad (garantía de taxatividad y seguridad jurídica): Como quedó expuesto al tratar las garantías penales<sup>(82)</sup>, la necesidad de la reserva de ley al Organismo Legislativo, no es una exigencia meramente formalista, sino se relaciona estrechamente con el contenido material del principio de legalidad; para que la ley cumpla con la función de establecer cuales son las conductas punibles debe hacerlo clara y concretamente, sin usar términos que caigan en la vaguedad, dejando el hecho en la indefinición del ámbito punible. La vaguedad en las disposiciones penales no sólo priva de contenido material al principio de legalidad, sino destruye la seguridad jurídica.

Conforme la Ley del Organismo Judicial, las palabras deben entenderse tal como las define la ley y el artículo 17 del código penal guatemalteco, define a la CONSPIRACION, como el concierto de dos o más personas para cometer el delito y resuelven ejecutarlo. Por lo que deben entenderse a la conspiración y al concierto como sinónimos y el último párrafo de dicho artículo señala que la conspiración sólo es punible cuando la ley lo determine expresamente, por lo que habría que acudir a la parte especial y considerar los tipos que sean punibles según esta consideración.

Esta interpretación se considera que ha de ser la adecuada sobre la base de la garantía AD BONAM PARTEM, es decir en beneficio del acusado y por lo tanto el juez no puede extralimitarse de los términos que contiene la ley y aplicarla a supuestos no previstos en ésta,

---

(82) Véase el numeral 2o., literal B. del capítulo I de este trabajo.

con lo que estaría acorde al principio de legalidad y a lo establecido en el artículo 7, que señala que: "*Por analogía, los jueces no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones*".

Para ampliar un poco más en este punto, es conveniente recordar muy resumidamente lo que al estudiar el "*iter criminis*", se aprendió sobre las fases del delito: **Interna:** La que comprende las llamadas voliciones criminales, y se incluyen en esta fase, desde que surge la idea, la conspiración, la proposición, la provocación, la instigación y la inducción (en estas dos últimas no se está de acuerdo, por las razones que se expondrán oportunamente, dentro del presente capítulo) y que aún cuando se exterioricen, la ley las considera impunes, salvo lo que al respecto establezcan los tipos en particular. **Externa:** Comprendida por los verdaderos actos de ejecución, es decir cuando la consumación del hecho da inicio, aunque se vea impedida por actos propios del individuo (desistimiento), por actos ajenos a su voluntad (tentativa), o porque sea imposible su consumación (tentativa imposible o delito imposible). Se debe agregar además que este individuo en ningún momento tiene el dominio del hecho, sino en todo caso tendrá el dominio potencial del hecho, que no es lo mismo y que su actitud no puede distinguirse entre autor y partícipe, ni siquiera como una conducta punible y es posible que sea o deba tenerse como completamente indiferente para el derecho penal. Por lo que en base a lo expuesto, resulta absolutamente ilegal aplicar una sanción bajo estos supuestos.

Para concluir el presente análisis, se debe señalar que los delitos que en todo caso deben sancionarse conforme a este presupuesto serán: el concierto con fines de guerra, artículo 362; la proposición y conspiración, artículo 386. Por lo que fuera de estos casos, es inaplicable la sanción.

**d) Violación de derechos fundamentales por la aplicación del Derecho Penal de Autor:**

Como se dejó apuntado al tratar el Derecho Penal de Autor, este no prohíbe el hecho delictivo, sino el acto como manifestación de una forma de ser del autor, como expresión de su personalidad, que es lo que considera verdaderamente delictivo, esta concepción es absolutamente inadmisibles en un Estado Social y Democrático de Derecho como aspira a ser Guatemala, por lo que no puede concebirse la aplicación del mismo.

Sin embargo el presupuesto 4o. del artículo 36, estaría sancionando a una persona como autor de un hecho delictivo, por la manifestación de ideas criminales, por la relación que eventualmente pueda tener con verdaderos delincuentes, aún cuando éste no tenga ninguna participación en el hecho, lo que se circunscribe a sancionar a una persona por lo que es y no por lo que hace.

Esta regulación en todo caso atenta en contra del Derecho Constitucional de Libertad de Acción<sup>(83)</sup>, debido a que como correctamente lo manifiesta **DIAZ Y GARCIA CONLLEDO**, ningún tipo penal se refiere a que quien esté dispuesto a hacer o a cometer, sino expresamente sanciona al que haga (incluso en el dolo de peligro, Eje: disparo de arma de fuego); y sancionar a una persona por lo que está dispuesta o comprometida a hacer, sin que efectivamente lo haga, restringe el derecho que todos de hacer lo que la ley no prohíbe.

- **Conclusión:** La aplicación genérica de este presupuesto es violatoria a todas luces a derechos fundamentales, porque es inconcebible la punibilidad en contra de una persona que no haga nada. En todo caso su aplicación se explica únicamente por cuestión de política criminal y estrictamente cuando se trate de los tipos expresamente señalados en la ley que sancionen la conspiración.

**2o. Teoría del dominio funcional del hecho (el dominio funcional como requisito indispensable de la coautoría):**

**MIR PUIG<sup>(84)</sup>**, señala que los coautores se reparten la realización del tipo de autoría, pero como ninguno realiza completamente el hecho, no puede considerarse a ninguno participe del hecho de otro. En contra de esta aseveración, **DIAZ Y GARCIA CONLLEDO**, destaca que con la simple idea de la división del trabajo, es probable que no se explique la coautoría, porque tal división funcional del trabajo se da entre todos los que intervienen, lo que conduciría a un concepto unitario de autor<sup>(85)</sup> (es decir que el cooperado necesario también sería coautor).

Hay dominio funcional del hecho, cuando los individuos que intervienen realizan actos sin los cuales el delito no se podrá consumir, o sea que si alguno de estos retira su aportación al delito harán desbaratar el plan global.

---

(83)Artículo 5 de la Constitución Política de la República: "Libertad de Acción: Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe..."

(84)Citado en AUTORIA Y PARTICIPACION, p.37.

(85) DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, Op. cit. p. 652.

El autor citado señala un ejemplo interesante:

Un ladrón de banco con la pistola o el interviniente que sujeta a la víctima en un asesinato: El interviniente no puede llevar a cabo nada por sí solo; la intimidación de los empleados bancarios y la sujeción de la víctima no producen el resultado y sólo si el *compinche* colabora, funciona el plan. Pero el otro por sí solo está también desamparado, si los empleados bancarios no son reducidos, será capturado y si nadie inmoviliza a la víctima, ésta se defenderá o probablemente huirá.

**BACIGALUPO** expone que el requisito esencial de la coautoría es el "*codominio del hecho*". El que define como: "Una consecuencia de una decisión conjunta al hecho. Mediante esta decisión común se vinculan funcionalmente los distintos aportes al hecho". Pero además manifiesta que: "Problemático es distinguir esta decisión conjunta que fundamenta la coautoría de la división de tareas acordadas de ordinario entre autor y cómplice"<sup>(86)</sup>. Señala también, que la distinción se debe establecer a través de las tareas acordadas, de las cuales no debe existir subordinación a la voluntad de uno o de varios que los mantengan en sus manos la decisión sobre la consumación del delito. Con este criterio se pretende distinguir la coautoría de la autoría mediata, al referirse al dominio de la voluntad.

**DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO**, citando a **ROXIN**, señala que: "Si se intenta expresar estas consideraciones, con un lema, se podría hablar de dominio funcional del hecho, es decir dominio del hecho condicionado por la actividad, en tanto en cuanto el codominio del individuo se evidencie como necesario para su función en el marco del plan global".

a)) **Elementos del dominio funcional**<sup>(87)</sup>

1. **El plan común:** Este es el mínimo acuerdo entre los autores, una coincidencia de voluntades, una resolución común del hecho. Es el elemento subjetivo que establece un vínculo necesario para la coautoría, sin que implique que deba ser detallado o deba existir acuerdo previo.

Al tratar la teoría del acuerdo previo, se concluía en que el sólo acuerdo de voluntades para cometer el delito no debe ser punible, si el sujeto no realiza verdaderos actos de

---

(86) BACIGALUPO, Enrique, Op. cit. p. 337.

(87) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Op. cit. p. 653 y subsiguientes. Ideas generales de la construcción teórica de ROXIN.

ejecución (o no hay inicio de tentativa). Por lo que al plan común no debemos entenderlo como la simple resolución o disposición de cometer el injusto, sino la comisión de verdaderos actos de ejecución y tal como lo expresa **DIAZ Y GARCIA CONLEDO** "ni aún cuando su contribución pero no intervención haya servido para reforzar la voluntad de realización del hecho de los otros coautores, podrá castigarse como partícipe moral (coautoría moral parece inadmisibile)<sup>(88)</sup>".

El acuerdo en la coautoría, es lo que posibilita la participación en sentido estricto e imprescindible, consiste en el acuerdo con división del trabajo y acumulación de esfuerzos<sup>(89)</sup>, que es lo que permite hablar de acción conjunta formada por actos parciales.

Cuando esos actos parciales no alcancen para determinar objetiva y positivamente el hecho, pero sí la conjunción de ellos, para poder hablar de una acción determinante es necesario que esta esté conectada, que se explique estructuralmente por la existencia de un acuerdo con reparto de funciones o suma de esfuerzos. Se equipara este elemento (acuerdo de división del trabajo) a la coacción, error, etc. en la autoría mediata, que explica la posibilidad de realizar una acción entre varios.

Por otro lado es posible que varias acciones no conexas determinen objetiva y positivamente el hecho, pero si carece de plan común se referiría a una mera suma de acciones y no se puede hablar de una acción conjunta consumativa, como requiere el tipo en particular, sin perjuicio de que dichas acciones individualmente consideradas deban o puedan ser punibles.

Para determinar la coautoría hay que tener presente que no todo el que interviene en la comisión del delito es autor (puede intervenir como cooperador necesario, ser inductor o cómplice), por lo que habrá autoría sólo cuando los sujetos concurren en calidad de autores (pero no desde el punto de vista subjetivo), realizando acciones individuales para alcanzar una finalidad única o común, que no se obtiene con el sólo acuerdo previo, sino que implican verdaderos actos consumativos.

**2. Esencialidad de la contribución:** **ROXIN**, considera que la esencialidad de la contribución se da cuando el sujeto retirando su contribución al hecho, puede desbaratar todo el plan.

---

(88) El parentesis es cita del autor mencionado.

(89) Este elemento lo introduce **DIAZ Y GARCIA CONLEDO**.

**DIAZ Y GARCIA CONLLEDO**, respecto de la esencialidad expone: "Para determinar si una conducta es necesaria, o sea sin ella el hecho no se habría producido, téngase en cuenta que no se trata de una pura posición interna del sujeto que va a realizar esa contribución (no importa que él se considere esencial o tenga animus auctoris, lo cual significaría una vuelta a las teorías subjetivas), sino de un dato de la consideración subjetiva de los demás respecto a cada actuación, que en muchos casos se podrá probar, porque se ha manifestado externamente por declaraciones expresas de los intervinientes o por actos concluyentes de los mismos: si los propios intervinientes condicionan la realización del plan a la intervención de un sujeto, no cabe duda que, sin la misma, el hecho no se habría llevado a cabo y ello independientemente de que objetivamente la conducta del interviniente sea necesaria (escasa) o no. Ahora bien, este criterio juega en el sentido, de convertir en necesaria una conducta que quizá objetivamente no la sea, pero no en el inverso, si la conducta es objetivamente necesaria (porque es escasa, si es que éste es el criterio válido para determinarlo), el que el resto de los intervinientes consideren que no lo es no la convierte en innecesaria o inessential"<sup>(90)</sup>.

Respecto de la posición de **DIAZ Y GARCIA CONLLEDO**, cuando manifiesta que los sujetos condicionan la realización del plan a la intervención de un sujeto y lo denomina como simples manifestaciones (sin que representen actos de ejecución), más que coautoría es inducción, aunque queden plasmadas por manifestaciones externas. Esta apreciación nos estaría reduciendo al criterio unitario de autor.

Como se dijo oportunamente las teorías de la participación están basadas en la teoría de la equivalencia de las condiciones, por lo que para determinar la esencialidad de la contribución es posible que esta se pueda lograr a través del "método hipotético de eliminación" de Thyren.

**3. Contribución en fase ejecutiva:** Este elemento es el más discutido dentro de la teoría del dominio funcional en la doctrina alemana.

**DIAZ Y GARCIA CONLLEDO**, haciendo una reflexión del por qué **ROXIN** inserta este elemento afirma que es una "intuición" del autor, porque la autoría sin esta consideración supone una extensión desmesurada de la interpretación restrictiva de los tipos y del concepto de autor, que pretende restringir.

---

(90) **DIAZ Y GARCIA CONLLEDO**, Op. cit. p. 669.

Este es el elemento que en realidad va a distinguir entre la autoría (o coautoría) y la participación (a más de recordar que el partícipe no tiene el dominio final del hecho), debido a que en los dos elementos enunciados (plan común y esencialidad de la contribución), no existe distinción entre ésta y aquella, con lo que se caería en un concepto extensivo de autor.

Este criterio está expresamente establecido en el numeral 1o. del artículo 36 del código penal guatemalteco, que señala que es autor, quien tome parte directa en la ejecución de los actos propios del delito.

b)) **Rechazo del criterio del dominio funcional:** Las críticas respecto del criterio del dominio funcional se dan en torno a lo que los críticos consideran es una ampliación del tipo que no corresponde con un verdadero concepto restrictivo de autor.

Así, se considera que representa en su sistema una extensión material de la tipicidad más allá de sus límites formales (y **DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO** agrega y de sus límites materiales), porque se equipara como autor (coautor) a quien no realice el tipo, pero tampoco debe ser tomado de manera demasiado estrecha, que se refiera estrictamente a la realización del tipo o que el dominio del hecho en la coautoría supone una ampliación de la coautoría.

Sin la intención de arribar a una afirmación concluyente en favor del dominio funcional del hecho, primero porque no es el objeto de este trabajo agotar el tema de la coautoría; segundo porque no se ha llegado acuerdo en la doctrina más especializada respecto de lo que es la participación, sin embargo se considera aplicable la teoría del dominio funcional del hecho, cuando concurren los tres elementos desarrollados con anterioridad, aun cuando se elimina la coautoría mediata, ya que éste (autor mediato), tampoco actúa en la fase ejecutiva.

### **3o. La teoría del dominio positivo y conjunto del hecho como criterio válido para la caracterización de la coautoría (teoría de **DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO**)<sup>(91)</sup>:**

La coautoría se da cuando varios sujetos acordados y dividiéndose el trabajo realizan en conjunto la acción que determina positivamente el sí y el cómo del hecho. Esta acción decide quien es autor individual inmediato y quien es autor mediato por realizar esa actividad a través de otro. La acción siempre es la misma, aunque la estructura de su realización varía en cada caso: unas veces se realiza directamente, otras a través de otra persona, y otras junto con otra u otras personas.

---

(91) Ibid. p. 677.

Apunta **DIAZ Y GARCIA CONLLEDO**, que así descrita la coautoría tiene un ámbito de existencia más reducido de lo que pretenden los partidarios de la teoría del dominio del hecho<sup>(92)</sup>, por lo que él crea lo que el mismo denomina un método para arribar a una solución, debido a lo difícil y complicado que resulta en diversos supuestos. Este método que como él mismo afirma no es una fórmula mágica, sino busca definir la participación (en sentido amplio) para saber quienes dominan el hecho cuando, entre los diversos intervinientes de ninguno de ellos se puede decir que lo domina totalmente por sí solo, pero tampoco se puede afirmar lo mismo del conjunto de intervinientes.

Para simplificarlo, el autor mencionado cita un ejemplo:

"A crea un plan para matar a X, según el cual B llevará a C, D y E a la puerta de la casa de X y les esperará hasta que salgan, para llevarles a un lugar seguro; C abrirá con una ganzúa la puerta de la casa de X, y D y E penetrarán en la misma armados de cuchillos con los que quitarán la vida a X; el plan se lleva a cabo con éxito, estando comprobado que la muerte de X se produjo a consecuencia del conjunto de las heridas que le infringieron D y E. Un modo un tanto casero si se quiere de proceder a la comprobación de la autoría del homicidio o asesinato de X sería el siguiente: primero se comprueba si, por sí sola, la conducta de A o la de B, C, D o E determinan positivamente la muerte de X; parece claro que no; el siguiente paso será ir comprobando si la conjunción de dos de las acciones individuales ya la determina positivamente; así se verá que las acciones de A+B, ni A+C, ni A+D determinan la muerte; después se notará que las acciones de B+C, etc. lo hacen, hasta que se llegue a la conclusión de que las de D+E sí lo hacen; ellos son los coautores de la muerte de X; si, de ningún conjunto de dos acciones individuales se pudiera decir que es el determinante se tendrá que empezar a comprobar las combinaciones de tres acciones, etc.

Nótese que en esta solución, no existe verdaderamente dominio funcional, en las conductas de los coautores, en razón de que cualquiera de ellos pudo ejecutar el hecho sin la intervención del otro, es decir que la actuación de uno no dependía de la actuación del otro.

Esto arriba a concluir en que tal y como lo afirma **DIAZ Y GARCIA CONLLEDO**, la teoría del dominio funcional del hecho no es aplicable para todos los casos.

#### c) Regulación legal de la coautoría

---

(92) Esta expresión se debe a que **DIAZ Y GARCIA CONLLEDO**, no es partidario de la teoría del dominio del hecho, sino defiende la teoría formal objetiva.

La determinación de coautoría, como menciona SOLER,<sup>(93)</sup> la ley lo equipara más bien con fines de punibilidad al cooperador necesario, aunque subjetiva (esta expresión que debía substituirse por objetiva, ya que se considera inadecuada porque nos atrae al concepto unitario de autor) y legalmente no es lo mismo. Esta es la orientación de nuestra legislación, ya que no hace distinción entre el autor inmediato y el cooperador necesario.

Nuestra ley tampoco hace referencia expresa al coautor, lo que tampoco se considera necesario, porque con las soluciones serán tarea para la doctrina, la que se encargará de determinarlo. Esto provee además de beneficio ya que al no tomar partida por alguna de las teorías de la participación no limita el desarrollo doctrinario.

Ahora bien el presupuesto número 4o. del artículo 36, se basa en la teoría del acuerdo previo, que explica la coautoría, no obstante este presupuesto no responde a las expectativas de un Estado de Derecho.

Retornando a la idea de que la determinación del coautor dependerá de la teoría que se maneje. Más el código penal establece quienes son autores (concepto legal de autor) por lo que la coautoría estará determinada por la realización de los actos expresados en el artículo 36. Es decir que legalmente hablando debe considerarse coautor por ejemplo: A quienes en la comisión de un mismo hecho delictivo, intervienen en la ejecución de éste, al que induce a otro a cometerlo, y al cooperador necesario.

Esta consideración legal es antitécnica por las mismas razones que la consideración misma de autor.

Sin embargo en el artículo 29 del código penal, respecto de las circunstancias incommunicables, se encuentra el concepto de codelincuentes, cuando señala que las agravantes o atenuantes, que consisten en factores o caracteres puramente personales del delincuente, o que resulten de sus relaciones particulares con el ofendido, no se comunican a los "codelincuentes".

#### d) **Legislación comparada sobre la coautoría**

En general las legislaciones latinoamericanas siguen la misma línea que la nacional, en el sentido de no manifestarse expresamente sobre el particular, por lo que es innecesario entrar en mayores consideraciones.

---

(93) SOLER. Op. Cit. p. 320.

Sin embargo los códigos penales de Costa Rica, Panamá y Uruguay, si se refieren en particular a la coautoría:

**Costa Rica:** El artículo 45 señala que son coautores, los que realizan el hecho punible típico conjuntamente con el autor.<sup>(94)</sup>

Esta consideración hace una distinción entre el coautor y el autor, cuando técnicamente los coautores son autores.

**Panamá:** El artículo 63 del código penal de Panamá, prescribe: "Cuando varios individuos cooperan de modo directo y principal en la violación de la ley penal, cada uno de los cooperadores inmediatos de la violación incurrirá en la pena que para el caso esté señalada...".<sup>(95)</sup>

En este caso, la ley habla de cooperación de modo directo y principal, por lo que se sustrae del concepto ontológico de autor, sin embargo no cabe duda que se reduce a concepto legal de autor, y considerar como coautores a los cooperadores directos y principales.

**Uruguay:** El artículo 59 del código penal de Uruguay<sup>(96)</sup>, establece que: "Son responsables del delito, además del autor, todos los que concurren intencionalmente en su ejecución, fuere como coautores, fuere como cómplices". Asimismo el artículo 61, define quienes son coautores: "1) los que fuera del caso comprendido en el inciso 2 del artículo anterior, determinen a otros a cometer el delito; (quien determine a no imputables o no punibles); 2) los funcionarios públicos, que obligados a impedir, esclarecer o penar el delito, hubiesen, antes de la ejecución y para decidirla prometido encubrirlo; 3) los que cooperen directamente, en el período de la consumación; 4) los que cooperen en la realización, sea en la faz preparatoria, sea en la faz ejecutiva, por un acto sin el cual el delito no se hubiera podido cometer.

Véase que señala específicamente la figura del coautor y además expresa quienes son coautores. El inciso primero, cae en la definición del autor mediato, por lo que técnicamente será incorrecto denominarle coautor; el inciso segundo, considero que es una extensión peligrosa de la punibilidad, que obedece a una política criminal, tendiente a aplicar la prevención general para garantizar la probidad de los funcionarios públicos, pero así

---

(94) BUSTOS RAMIREZ y VALENZUELA BEJAS, Op. cit. p. 133.

(95) Ibid. p. 415.

(96) Ibid. p. 507.

considerada viola la consideración del derecho penal de acto e ingresa dentro del derecho penal de autor, con todas las consecuencias ya relacionadas en el presente trabajo; el inciso tercero, confunde al cooperador necesario (ejecutivo) con el coautor; el inciso cuarto, confunde con el cooperador necesario al coautor y además provoca confusión con el inciso segundo, cuando se refiere al período de consumación, de la fase ejecutiva.

Respecto de la punibilidad para los coautores, el artículo 88 determina que es la misma que para los autores.

## **18) APLICACION DEL CRITERIO VALIDO PARA SOLUCIONAR ALGUNOS CASOS OBJETO DE DISCUSION<sup>(97)</sup>**

### **A. EL QUE SUJETA A LA VÍCTIMA MIENTRAS OTRO LO GOLPEA O LE CLAVA UN PUÑAL**

A la intervención del que sujeta se le ha ubicado de diferentes formas, así se le ha visto como cómplice, como coautor y como cooperador necesario.

Respecto de la consideración de autor en vista del concepto ontológico, este no cabría, debido a que como ha quedado señalado, el no posee el dominio final del hecho y además porque no realiza los actos ejecutivos típicos (no da muerte).

En este caso como propone **DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO**, se estaría ante un caso de cooperación necesaria. El individuo que clava el cuchillo será autor inmediato del delito de homicidio, de lesiones, etc.

El que sujeta será cooperador necesario (ontológicamente), porque realiza un acto en la fase de ejecución sin el cual no se hubiere podido cometer el delito, pero su conducta se enmarcará perfectamente como autor dentro del artículo 36 numeral 3o., por lo que será sancionado como autor, sin considerársele coautor.

### **B. EL QUE REALIZA ACTOS TÍPICOS NO NUCLEARES**

Los actos nucleares son los que el tipo contempla para su realización, es decir los actos indispensables y estrictamente necesarios para que el delito quede consumado.

---

(97) **DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO**, Op. cit. p. 679 y subsiguientes.

Por ejemplo: En el delito de violación: El tipo penal establece que comete delito de violación quien yaciere con mujer en cualquiera de los siguientes casos, y señala en el inciso primero usando violencia suficiente para conseguir su propósito (artículo 173 numeral 1o.). En este presupuesto en particular el acto nuclear es el yacimiento y la violencia es un elemento del tipo necesario para que el delito se configure. Nótese que el tipo no define quien debe aplicar la violencia, que puede además ser física o moral, por lo que será admisible que la violencia puede ser aplicada por un tercero que colabora con el que yace.

*Pero, ¿cuál es la posición de este tercero?*

A esta interrogante se han dado diversas respuestas, algunas de las cuales se mencionan a continuación:

Respecto del ejemplo de violación apuntado anteriormente, algunos autores (como **MOURULLO**)<sup>(98)</sup>, consideran que independientemente del sexo de quien sujeta (podría ser sujeta por otra mujer), en estos casos por realizar el sujeto un hecho claramente ejecutivo de los que describe el tipo, aunque su conducta no se puede subsumir sin más en el tipo (porque no realiza todo el tipo), si puede calificarse de autoría (extensión de la autoría, pero verdadera autoría). Otros (como **QUINTERO**)<sup>(99)</sup> señalan que quien sujeta no viola, porque su conducta no es subsumible en el tipo y parece que entonces debería ser partícipe. Asimismo hay autores que piensan (como **TOLEDO** y **HUERTA**) que en general quien realiza violencia o intimidación, como el que toma la cosa (en el caso de robo) es auténtico coautor, porque cada uno realiza una acción típica y con ello, realiza parcialmente el tipo (idea que explica el robo, pero que puede aplicarse a la violación).

**GIMBERNAT**,<sup>(100)</sup> apunta que va a ser autor en el caso de violación, sólo quien yace con la mujer; quien aplica la violencia es un partícipe necesario y tan importante que el propio tipo ha descrito la actividad que realiza, por eso mismo se puede considerar una acción ejecutiva.

Esta es la solución correcta, ya que quien yace con la mujer en todo caso comete la violación; pero quien sujeta a la mujer no necesariamente va a yacer con ella, puede hacerlo

---

(98) Ibid. p. 97.

(99) Ibid. p. 98.

(100) Loc. Cit.

para atracarla, o para lesionarla, pero no necesariamente para violarla; por lo que su culpabilidad estará determinada por los actos que finalmente cometa el ejecutor.

No obstante al tenor del artículo 36 numeral 3o. se considera autor, y será sancionado como tal, por lo que si concurre el cooperador necesario con el autor inmediato, a la comisión de un mismo hecho delictivo, con los elementos ya desarrollados, se estará frente a un caso de coautoría legal.

### C. EL VIGILANTE EN EL CASO DEL ROBO

Cuando el individuo no hace más que vigilar, es decir que no realiza ninguna otra actividad, no puede considerársele autor (o coautor), porque no determina el hecho, ni su acción forma parte de la acción conjunta, pues la acción típica nuclear es tomar o apoderarse de la cosa, por lo que sólo *podrá* ser partícipe.

En realidad el problema es determinar que clase de participación se tipifica: Esto dependerá de la actuación final que tenga, ya que si efectivamente cumple con el cometido para el cual fue designado (que será el de poner en alerta a los sujetos que ejecutan el delito), la cooperación será necesaria; sin embargo, nótese como el artículo 37 numeral 3o. que señala que es cómplice entre otros casos quien suministre medios adecuados para realizar el delito, esta norma no señala en que momento han de suministrarse los medios adecuados, pero esta adecuación puede resultar necesaria para la consumación del hecho y a su vez puede colisionar con la figura contenida en el artículo 36 numeral 3o., respecto del cooperador necesario.

En resumen, al que vigila, en ningún caso podrá considerársele autor o coautor, sino dependerá de la actuación que tenga, si no alerta y por lo tanto no realiza actos que tiendan a la consumación del delito (antes o durante la perpetración), entonces no puede ser considerado cooperador, porque no se encuentra en qué momento está tomando parte en el hecho y si se piensa en que se concertó y estuvo presente en la consumación (aunque no en el lugar propiamente en el que se ejecutó el delito, pero si en el asignado), incurriríamos en la teoría del acuerdo previo con todas las críticas ya formuladas.

Si cumple con la función asignada entonces será sancionado como autor, en virtud de la disposición del artículo 36 numeral 3o.



ejecutor, no fuese cooperador necesario sino un verdadero autor mediato. Por lo que la simple figura de jefe de la banda, tampoco lo constituirá en cooperador necesario.

La consideración de inductor, si el cerebro organizador hace nacer en los verdaderos autores la resolución delictiva, en términos generales resulta inaplicable en Guatemala, en virtud de la disposición del artículo 17, que establece que la inducción para cometer un delito, sólo es punible en los casos en que la ley lo determine expresamente.

La figura del inductor se desarrollará oportunamente.

#### **D. LOS DENOMINADOS CASOS DE COAUTORÍA ALTERNATIVA**

Este tema de reciente discusión, se plantea a través del siguiente ejemplo:

A y B deciden matar a X y sabiendo que éste puede venir por caminos distintos acuerdan que A le esperará apostado en un camino y B en el otro; X viene por el camino en que está A y éste dispara sobre él, causándole la muerte; el problema lo plantea la calificación de B.

Para el efecto **DIAZ Y GARCIA CONLEDO**, propone la siguiente solución.<sup>(101)</sup>

a. B no es autor porque no ha determinado objetivamente el hecho, sólo se muestra decidido a actuar si es preciso, pero eso no equivale a matar, el dominio positivo del hecho sólo lo tiene A con su acción de disparar, ya que azarosamente fue a A, a quien tocó ejecutar a X.

b. B no puede ser castigado como participe ejecutivo porque su disposición a disparar no evidencia en ningún momento actos de ejecución (o inicio de tentativa). Con lo que B deberá sancionarse como cooperador necesario porque su conducta anterior constituye una importancia trascendental para asegurar el éxito del plan y constituye una contribución escasa, pero si se niega dicha responsabilidad por falta de causalidad entre la acción de apostarse de B y el efecto que es la muerte de X, la cooperación podría plantearse como *cooperación necesaria moral* en el sentido de mostrarse dispuesto a matar, si X pasara por su camino, refuerza la intención criminal de A, o si no conforme la teoría del dominio funcional del hecho, porque si B desiste de realizar su cooperación (apostarse en el camino para matar a X, si este pasa por allí), se desbarataría el plan, pues normalmente los dos intervinientes habrán condicionado expresa o tácitamente su intervención a que el otro también la realice.

Ahora bien, según la línea sostenida en este trabajo, a B no podría considerarse cooperador necesario porque el hecho de su disposición no constituye ninguna contribución,

---

(101) Ibid. p. 684.

porque así expuesto, será físicamente imposible que cumpla el plan y su intervención eventual no determina la acción de A, lo cual equivaldría además a negar la existencia de la tentativa imposible o delito imposible; tampoco parece aceptable sancionarlo como cooperador necesario moral, por las mismas razones que no podrá sancionarse al vigilante, ni al concertado.

Y finalmente, según la teoría del dominio funcional del hecho la ausencia de disposición y más aún, el desistimiento de apostarse en el lugar convenido con A para ejecutar a X, no desbaratará el plan, porque A continuará armado, dispuesto a disparar y X transitará por el camino en que se encuentra A.

En todo caso la punibilidad para un suceso como este se fundamentará más bien en la peligrosidad social del delincuente y el derecho penal de autor, como una cuestión de pseudo política criminal, que puede ser peligrosa porque eventualmente atentará contra garantías individuales.

## **19) OTRAS FORMAS DE AUTORIA SEGUN EL DERECHO COMPARADO**

### **A. EL AUTOR MORAL**

Por una mera cuestión expositiva se hará referencia a la regulación contenida en el último párrafo del artículo 36 del código penal de Uruguay, por considerar que carece de trascendencia. Este párrafo determina autores morales: los que por medio de instigación eficaz y apropiada, determinen a otros a cometer el delito; los que por medio de una coacción física o moral suficiente, fuerzan o inducen a otro a ejecutar una infracción; los funcionarios públicos encargados de perseguir, esclarecer o castigar los delitos, que hubiese, antes de la comisión prometido encubrir el hecho, o que durante su ejecución hayan prestado a sus autores cualquier auxilio. Nótese que no se refieren a la figura del ejecutor, ni del cooperador necesario.

### **B. EL AUTOR PRESUNTO**

Esta es una regulación contenida en los códigos penales de El Salvador (artículo 47) y Paraguay (artículo 36 numeral 6).

El código penal salvadoreño, se pronuncia respecto del autor presunto en este sentido: "En los delitos contra el honor, cometidos con abuso de la libertad de expresión, se consideran autores el dueño o empresario de la imprenta o el director o encargado del órgano periodístico o el propietario, gerente o administrador de la empresa televisora o radial o a los encargados de los programas, en su caso: 1) Si se niega a declarar en el juicio a que tales delitos den lugar o si en su declaración se niega a mencionar al responsable directo del escrito o del programa. 2) Si la persona señalada como autora del escrito o del programa fuere desconocida o no fuere posible su identificación. 3) Si la persona señalada como autora del escrito o programa fuere inimputable. No tendrán responsabilidad alguna quienes, en razón del trabajo que desempeñen, participen materialmente en la elaboración o difusión del escrito o programa".<sup>(102)</sup>

Similar regulación contiene el código penal paraguayo: "Los editores, directores o propietarios de publicaciones que intimados judicialmente para dar el nombre del autor de un escrito acusado, se niegan a ello, o lo atribuyen a una persona irresponsable criminalmente o reconocidamente insolvente".

Respecto a esta forma de autoría muy particularmente introducida en el código penal de El Salvador y además contenida en el código penal uruguayo, es absolutamente violatoria a los derechos fundamentales, deja de lado la consideración del derecho penal de acto y además parece tener como finalidad (sin entrar en análisis que no corresponden a los objetivos del presente trabajo) la limitación o restricción de la libertad de emisión del pensamiento. En todo caso a las personas a que se refiere este artículo podría responsabilizárseles civilmente, pero desde ningún punto de vista penalmente, cómo lo hace el artículo 71 del código penal de El Salvador, en que la punibilidad al autor presunto es la misma que al autor inmediato y mediato.

En Guatemala, el artículo 10 de la Ley de Emisión del Pensamiento, señala que: "Todo escrito debe ir amparado por la firma de su autor, quien será personalmente responsable por la publicación. El director o editor deberá exigir la firma responsable, en ausencia de ésta se les imputará a ellos la responsabilidad, así como lo de publicaciones apócrifas, o cuyo autor sea legalmente capaz, siempre que no puedan probar que corresponde a tercera persona la responsabilidad". La última parte de este artículo confirma la interpretación hecha, cuando da

---

(102) BUSTOS RAMIREZ VALENZUELA BEJAS, Op. cit. p. 263 y subsiguiente.

la posibilidad al editor o director, de demostrar que la responsabilidad corresponde a tercera persona.

## 20) CONCLUSION

Para determinar la coautoría no basta con postular la división funcional del trabajo, porque esto no implica diferenciación entre la participación, ya que funcionalmente el partícipe necesario también realiza una parte del total de los actos necesarios para la realización del delito. Por otro lado, como se estableció con el método propuesto por **DIAZ Y GARCIA CONLEDO**, puede existir coautoría, sin que exista dependencia de los actos entre los sujetos y esta caracterización conduciría a un concepto unitario de autor; en todo caso deben acudir a los elementos o requisitos anteriormente expuestos (plan común, esencialidad de la contribución y contribución en fase ejecutiva) y sólo así podríamos arribar a la determinación de la coautoría.

Ahora bien, existe coautoría inmediata y mediata, cuando concurren en un hecho el autor mediato y el autor directo. En estos casos como resulta obvio no pueden concurrir los requisitos mencionados, por la especial naturaleza de la autoría indirecta.

## CAPITULO IV

### La participación en sentido estricto

#### 21) GENERALIDADES

A través del desarrollo del tema de la autoría, se ha venido esclareciendo la figura del cooperador necesario, por todas las consideraciones manifestadas en ese punto únicamente se tratará de definirlo, exponer teorías sobre la participación y básicamente las diferencias con la autoría.

**BACIGALUPO**, señala que la condición esencial de la participación es que el partícipe no haya realizado la acción típica. Pero aclara que no debe entenderse en un sentido formal sino material, en el sentido de que el partícipe no haya tenido el dominio del hecho<sup>(103)</sup>. La primera parte de esta idea provoca confusión, porque el partícipe eventualmente puede realizar acciones típicas, pero no nucleares.

**MIR PUIG**, sobre la participación expresa que se trata de la intervención en un hecho ajeno<sup>(104)</sup>. Esta concepción acerca definitivamente a la teoría subjetiva de la participación, ya que se circunscribe a la intención o voluntad del partícipe.

#### 22) TEORÍAS SOBRE LA PARTICIPACIÓN

##### A. TEORÍA DE LA CORRUPCIÓN O DE LA CULPABILIDAD

Esta halla el fundamento de la punibilidad del partícipe por la influencia que provoca en el autor, es decir que el partícipe es quien convierte a otra persona en delincuente o contribuye a hacerlo. De esta manera la culpabilidad del partícipe depende de la existencia y medida de la culpabilidad del autor.

Su rechazo se encuentra en que la culpabilidad del partícipe es independiente de la culpabilidad del autor.

---

(103) BACIGALUPO, Op. cit. p. 340.

(104) Santiago Mir Puig, citado en **AUTORIA Y PARTICIPACION CRIMINAL**, página 46.

## **B. TEORÍA DE LA CAUSACIÓN**

Se basa en la incidencia causal del partícipe en la realización del hecho; es decir considera la participación en el hecho de que causa o favorece la lesión no justificada de un bien jurídico por parte del autor.

**MIR PUIG**, apoya esta teoría como la más adecuada, **BACIGALUPO**, la critica en razón de que si lo esencial es el aporte causal, la tipicidad de la conducta del autor desaparece como requisito y en consecuencia, la participación se convertiría en un delito autónomo, es decir la participación perdería su naturaleza accesoria.

## **C. TEORÍA DE LA PARTICIPACIÓN EN LO ILÍCITO**

La participación consiste según esta teoría en la violación de la prohibición de impulsar o apoyar a otro a realizar el hecho prohibido. Esta prohibición está contenida en las disposiciones particulares de la participación y no en las normas de la parte especial.

## **23) DEFINICION DE PARTICIPE**

Es partícipe quien dolosamente realiza un acto anterior o simultáneo, necesario o no necesario a la realización del hecho delictivo, sin que sea autor, es decir que no domina el hecho delictivo, por lo que con su actuación no decide ni el sí, ni el cómo de la producción del delito.

## **24) CARACTERISTICAS DE LA PARTICIPACION Y DIFERENCIAS CON LA AUTORIA**

Respecto de las características de la participación en sentido estricto, se considera que por exclusión, son las mismas que la de la coautoría, con algunas variaciones:

### **A. EL PLAN COMÚN**

Implica la existencia de acuerdo entre intervinientes, una coincidencia de voluntades que provee una resolución común del hecho. No implica un profundo detalle o meticulosa elaboración.

Más no basta el simple acuerdo previo o la conspiración, debe realizar verdaderos actos materiales, la importancia del acuerdo posibilita y es imprescindible para analizar el concepto de partícipe, que es lo que permite hablar de acción conjunta formada por actos parciales, que han de ser determinantes para la consumación del injusto.

#### **B. ESENCIALIDAD DE LA CONTRIBUCIÓN**

Respecto de la esencialidad o necesidad, quedó apuntado que **DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO**, considera que se determina cuando sin ella el hecho no se habría producido, pero no se trata de una posición interna del sujeto que contribuye, sino de un dato de la consideración subjetiva de los demás respecto a cada actuación, que en muchos casos se podrá probar, porque se ha manifestado por declaraciones expresas de los intervinientes o por actos concluyentes de los mismos: si los propios intervinientes condicionan la realización del plan a la intervención de un sujeto, no cabe duda que, sin la misma, el hecho no se habría llevado a cabo y ello independientemente de que objetivamente la conducta del interviniente sea necesaria (escasa) o no.

Esta exposición podría acercarse al cooperador moral, al referirse a que podrá probarse por manifestaciones expresas de los intervinientes, pero se refiere a que los propios intervinientes condicionen la necesidad de la intervención, sin exigir en última instancia la efectiva aportación al hecho.

#### **C. NO CONTRIBUCIÓN EN FASE EJECUTIVA**

Elemento diferenciador entre autoría y participación, debido a que el partícipe carece del dominio final del hecho.

El partícipe no debe actuar en la fase ejecutiva o consumativa tomando parte en la ejecución propia del delito, sino estaríamos frente a la figura del autor directo o inmediato.

#### **D. ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACIÓN**

Es la dependencia del hecho de los partícipes respecto de los actos que finalmente realice el autor. Se considera errónea la caracterización de **BACIGALUPO**<sup>(105)</sup>, por cuanto señala que participar presume tomar parte en un hecho ajeno. En principio se considero

---

(105) BACIGALUPO, Enrique, Op. cit. p. 342.

errado, porque se estaría ubicando frente a la teoría subjetiva de la participación; luego porque el hecho de ser partícipe no implica carecer de interés directo sobre la consumación del hecho.

La accesoriedad de la participación, implica dependencia del grado de realización que haya alcanzado el hecho, por lo que la conducta del partícipe debe ser individualmente considerada; es decir que la penalidad del cooperador dependerá del grado de ejecución que haya alcanzado el delito, por la acción del autor.

La accesoriedad se delimita respecto de la aplicación de circunstancias incommunicables, que señala que los agravantes o atenuantes que constituyan factores o caracteres meramente personales del delincuente, o que resulten de sus relaciones particulares con el ofendido, no se comunican a los codefines; las circunstancias atenuantes o agravantes que resulten de la ejecución material del hecho delictivo o de los medios empleados para realizarlo, sólo se aprecian respecto de los partícipes que tengan conocimiento previo (artículo 30).

## **25) FORMAS DE PARTICIPACION**

Las formas de participación son: la inducción, la cooperación necesaria y la cooperación no necesaria o complicidad.

### **A. EL COOPERADOR NECESARIO**

#### **a) Definición**

Es cooperador necesario quien dolosamente realiza actos anteriores o simultáneos, necesarios o indispensables para la realización del hecho delictivo, es decir, actos sin los cuales el delito no se hubiere podido cometer, quien carece de la calidad de autor porque no posee el dominio final del hecho delictivo.

#### **b) Diferencias con el autor**

- No posee el dominio final del hecho
- La accesoriedad del auxilio
- La no participación en la fase ejecutiva, realizando actos propios de ejecución

**c) Regulación legal**

El artículo 36 determina legalmente quienes son autores (aunque ontológicamente no lo sean). En ese sentido, el numeral 3o., señala que es autor quien coopere a la realización del delito, ya sea en su preparación o en su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer.

De lo estudiado anteriormente, se desprende que el cooperador necesario, no es autor, sino eso mismo cooperador necesario, quien no obstante ha de ser sancionado a título de autor.

Esto parece acercar al sistema unitario de autor, porque si bien es cierto formalmente se hace la distinción, la penalidad es la misma para el autor que para el cooperador necesario, según el artículo 62, que señala que al autor de delito consumado debe imponerse toda la pena señalada en la ley para un delito; no obstante estará en manos del tribunal si en todo caso se impone en un caso concreto la misma sanción al autor inmediato que al cooperador necesario.

**d) Legislación comparada**

**Argentina:** El artículo 45, determina que son autores quienes presten un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse el delito.<sup>(106)</sup>

No distingue entre autor y cooperador necesario.

**Bolivia:** Son autores quienes presten cooperación de tal naturaleza, sin la cual no habría podido cometerse el delito; artículo 20.<sup>(107)</sup>

Se equipara al cooperador necesario como autor (concepto legal de autor).

**Colombia:** "El que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo, incurre en la pena prevista para la infracción"; artículo 23.<sup>(108)</sup>

Salvo lo que para el efecto regula la parte especial del código, la actuación del cooperador necesario es impune, al tenor del principio de legalidad, porque no se menciona su actividad en el artículo transcrito.

---

(106) BUSTOS RAMIRES y VALENZUELA BEJAS, Op. cit. p. 11.

(107) Ibid. p. 23.

(108) Ibid. p. 107.

**Costa Rica:** El artículo 47 provee al cooperador necesario la calificación de cómplice, porque prescribe: "Son cómplices los que presten al autor o autores cualquier auxilio o cooperación para la realización del hecho punible".<sup>(109)</sup>

La regulación es clara, al cooperador necesario contrario a lo que sucede en la mayoría de legislaciones latinoamericanas, incluyendo la nuestra, se le va a determinar legalmente como cómplice, lo cual no constituye sólo una cuestión conceptual, sino determina la punibilidad.

**Cuba**<sup>(110)</sup> (artículo 18 numeral 2. literal ch); **Ecuador** (artículo 42); **El Salvador**<sup>(111)</sup> (artículo 46 numeral 4); **Honduras** (artículo 12 numeral 3); **Nicaragua** (artículo 24 numeral 3); **Paraguay** (artículo 36 numeral 2); **Perú** (artículo 100): Equiparan la punibilidad del sujeto que realiza un acto sin el cual no hubiera sido posible cometer el delito.<sup>(112)</sup>

De esta regulación es partidaria Guatemala.

**Chile:** Considera autor al cooperador necesario: "los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a cabo el hecho...".<sup>(113)</sup>

La regulación no distingue que clase de medios son los que se facilitan, por lo que con suma facilidad podrá sancionarse como autor a un cómplice.

**México:** El código penal federal y del Distrito Federal, por participar del concepto unitario de autor, incluye como autor al cooperador necesario y al cooperador no necesario. (artículo 13 numeral III).<sup>(114)</sup> **Panamá** (artículo 63) y **Venezuela** (artículo 83): regulan al cooperador necesario como *cooperador inmediato de la violación*; equipara la penalidad a la del autor inmediato.<sup>(115)</sup>

**Uruguay:** El código penal uruguayo en el artículo 61, equipara al cooperador necesario a la categoría de coautor: "Se considera coautores:...4) los que cooperen a la realización, sea

---

(109) Ibid. p. 133.

(110) Circunscribe la cooperación propiamente a la ejecución, por lo que no regula la cooperación necesaria anterior.

(111) Se le atribuye expresamente la calificación de autor mediato.

(112) Ibid. pgs. 157, 234, 263, 327, 381, 434 y 469.

(113) Ibid. p. 196.

(114) Ibid. p. 352.

(115) Ibid. pgs. 415 y 542.

en la faz preparatoria, sea en la faz ejecutiva, por un acto sin el cual el delito no se hubiera podido cometer".<sup>(116)</sup>

## **B. EL CÓMPLICE**

### **a) Introducción**

En el transcurso de esta investigación, quedó claro que no todo el que tiene ingerencia en la comisión de un delito es autor; ahora hay que distinguir que no todo el que coopera en la consumación de un injusto es cooperador necesario.

Es conveniente además manifestar que alguna corriente doctrinaria se refiere al cómplice como al cooperador y en razón de ello distingue entre cómplice primario y cómplice secundario; contrario a la postura adoptada en el presente trabajo de considerar al cómplice únicamente como cooperador no necesario.

La distinción entre cooperador necesario y no necesario es indispensable, en razón de que la legislación guatemalteca entremezcla las figuras del cooperador necesario, cooperador no necesario, y eventualmente al encubridor.

### **b) Definición de cooperador no necesario o cómplice**

Es cómplice todo el que coopera dolosamente en la ejecución del delito con actos materiales, información, consejos anteriores o simultáneos a la consumación y los cuales no revisten las características de necesarios o indispensables para la realización del delito, además de quien realice actos de cooperación o ayuda posteriores al delito con ocasión de promesas u ofrecimientos previos.

Véase que la cooperación en el caso de la complicidad sólo puede proporcionarse en la preparación o en la ejecución, pero no posteriormente, en cuyo caso indiscutiblemente se caería dentro de la figura del encubrimiento; más se incluye la posibilidad de actos posteriores, sobre la base de ofrecimientos anteriores (cooperador "sub sequens").

La complicidad tiene en común con todas las formas de participación que es una contribución a la realización del delito, pero se diferencia de éstas, en su "menor entidad material", de tal forma que la sanción con una pena inferior al autor es automática<sup>(117)</sup>. Es

---

(116) Ibid. p. 507.

(117) MUÑOZ CONDE y GARCIA ARAN, op. cit. p.595.

decir, que el grado de cooperación o aportación es de tal entidad que aún sin su intervención el hecho hubiera podido realizarse.

Claramente la distinción respecto de la necesidad o no de la aportación dependerá de cada caso en particular, lo cierto es que el cómplice no domina ni el sí ni el cómo de la ejecución del hecho; no realiza actos consumativos juntamente con otros (si interviene en esta fase), ni realiza actos de cooperación indispensable para la ejecución, ni influye en el ánimo de otro de tal manera que lo determine a cometer el delito. Criterios para diferenciarlo respectivamente del autor, coautor, cooperador necesario e inductor.

**c) El cómplice y el concepto restrictivo de autor**

De lo comentado anteriormente se cae en la cuenta de que si no todo el que participa en la comisión del delito es autor (y por lo tanto no será sancionado como tal) nos encontramos frente a un concepto restrictivo de autor, esto sin perjuicio de que legalmente nuestra legislación considere autores al inductor y al cooperador necesario, así como al concertado; pero excluye de tal calificación al cómplice.

La consideración del cooperador no necesario o cómplice, nos acerca al concepto restrictivo de autor (afirmación sujeta a discusión), a quien regula en apartado distinto que a éste, y le atribuye una pena diferente.

De esta afirmación se parte para aseverar que en Guatemala se apoya un concepto restrictivo funcional de autor.

No obstante la cuestión será distinguir al cooperador no necesario del necesario y eventualmente de la figura del encubridor.

**d) Regulación legal**

El código penal en el artículo 37 regula lo relativo a la complicidad, y norma así:

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

Este numeral que se entenderá inspirado en la teoría de la corrupción, halla el fundamento de la punibilidad del partícipe por la influencia que provoca en el autor, pero el influjo psicológico no constituye inducción, no es de la entidad de la determinación que provoca el inductor, sino constituye una excitación a la acción delictiva.

Al tenor de la definición expuesta sobre la complicidad, que se refiere a actos de cooperación, este supuesto queda al borde de la legalidad, porque será difícil poder determinar en qué consiste o mejor, qué constituye el ánimo o aliento y eventualmente

diferenciarlo de la inducción; además y devenido de ello no se podrá considerar un acto de cooperación, con lo cual no debería sancionarse dicha conducta, por carecer de relevancia penal. Pero debe profundizarse en el análisis de esta norma y al estudiar las garantías fundamentales, las garantías penales, el derecho penal de autor, la autoría y coautoría, se concluyó en que solamente deberá ser sancionada penalmente una persona, cuando su aporte a la comisión del hecho revista verdaderos actos de ejecución, por lo que si el sujeto no adecua su conducta a actos tendientes a la consumación del hecho, su aporte carecerá de relevancia penal y será impune, porque como lo menciona **DIAZ Y GARCIA CONLEDO**: "ni aún cuando su contribución pero no intervención haya servido para reforzar la voluntad de realización del hecho de los otros coautores, podrá castigársele como partícipe moral (coautoría moral parece inadmisibile).

Por lo que este supuesto reviste características de prevención general y de peligrosidad social, es decir, busca desincentivar absolutamente la intención de participar en un hecho delictivo aún cuando no sea directamente, o bien por considerar esta conducta potencialmente peligrosa; pero éstas posiciones no pueden ser pretexto desde ningún punto de vista para hacer peligrar el respeto a las garantías constitucionales .

Pero el análisis debe ir más allá y hacerlo además al tenor del artículo 17 del código penal, en razón que éste determina: "la conspiración, la proposición, la provocación, la instigación y la inducción para cometer el delito, sólo son punibles en los casos en que la ley lo determine expresamente"; por lo que de acuerdo al análisis hecho respecto de la punibilidad para la inducción<sup>(118)</sup>, se estaría sancionando a título de cómplice a quien anime o aliente a otro a cometer un delito, es decir, a quien infunda energía moral o quien excite a la acción delictiva, lo cual únicamente servirá para hacer nacer la voluntad o para tomar la resolución de la comisión del hecho cuando ya ha nacido en el autor el deseo, pero no será de la importancia del inductor quien determinará en el agente la resolución criminal, por lo que parece contradictorio e ilógico, pretender sancionar en todo caso al que anime o aliente al autor a cometer el hecho, y se restrinja la punibilidad para el inductor (que constituye una verdadera forma de participación y reviste por tanto de mayor gravedad) a los casos que expresamente señala la ley. Visto así, deberá sancionarse en todo caso a título de cómplice

---

(118) Ver página 52 y 99 de este trabajo.

únicamente a quien anime o aliente a cometer el delito en los casos en que la ley expresamente sanciona al inductor.

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

Este numeral para su análisis se dividirá en dos:

- Al definir la complicidad y tal como es criterio prácticamente unánime en la doctrina y las legislaciones latinoamericanas, la complicidad se produce únicamente en la fase de preparación y en la fase ejecutiva, por lo que no puede existir complicidad con posterioridad a la consumación, en cuyo caso caemos dentro de la esfera del encubrimiento.

- Tal como ha quedado establecido repetidamente en este trabajo, no es la pretensión dar criterios con carácter de definitivos, sino generar discusión futura sobre la necesidad de reformar la legislación aplicando criterios modernos, siempre velando por el respeto a garantías individuales, básicamente por la gravedad de las sanciones que aplica el sistema de control social que constituye el derecho penal. Este apartado del artículo 37, al referirse a la promesa de ayuda, nos atrae hacia la teoría del acuerdo previo, con la crítica que a la misma se le hizo oportunamente, porque véase que se refiere a una promesa que es posible que nunca se materialice y que en tal virtud se estaría sancionando a una persona que no ha realizado verdaderos actos, con lo cual se violaría la libertad de acción, el principio de causalidad e incurrimos en el derecho penal de autor. Y es que bastaría imaginarse si una persona por una simple expresión manifestara su disposición o prometiera ayuda para esconder los objetos del delito, o la impunidad del autor, pero que dicha manifestación no es dolosa, por no tener verdadera intención de hacerlo, además nos atraería a la teoría subjetiva, por estar actuando con animus socii. Por otro lado algunos autores como **BACIGALUPO**,<sup>(119)</sup> se manifiestan así: "El que promete asegurar y guardar el botín a quienes han decidido un robo es cómplice si los autores han contado con esa ayuda para la comisión del hecho, aun cuando el hecho quede en tentativa y no haya luego botín que asegurar, y por lo tanto, falte la posibilidad de cumplir la promesa".

La posición de **BACIGALUPO**, provee dos situaciones: PRIMERA: Que se va a sancionar a una persona que hace un ofrecimiento o promesa, sin que realice ningún acto de cooperación, por lo que se queda en simple "*complicidad moral*". SEGUNDA: Que

---

(119) BACIGALUPO, Enrique, Op. cit. p. 357.

procesalmente es muy difícil determinar si el ofrecimiento o promesa es determinante para el autor en su resolución de cometer el delito.

Ahora bien, la figura contenida en el artículo 37 numeral 2o. se diferencia de la figura doctrinaria del "cooperador sub sequens", en que este sí requiere la cooperación posterior a la comisión del hecho, pero sobre la base de promesas previas, con lo cual la legislación nacional rompe con el esquema doctrinario normalmente aceptado.

**3o. *Quienes proporcionen informes o suministren medios adecuados para realizar el delito:***

Este presupuesto verdaderamente regula la figura del cómplice o cooperador no necesario, porque realiza actos materiales tendientes propiamente a la realización del injusto, pero sin ser de la entidad o importancia necesaria o indispensable para la consumación (en caso contrario estaríamos frente al cooperador necesario).

No obstante la redacción carece de precisión respecto de lo que son informes o medios adecuados, por lo que debe entenderse como aquellos ajustados a las condiciones, circunstancias u objetos del delito, que se utilizarán para la más fácil o cómoda comisión del hecho, pero que no obstante su ausencia, de todos modos el delito se cometerá, los cuales pueden producirse en la fase de preparación o ejecución.

**4o. *Quienes sirvan de enlace o actúen como intermediarios entre los partícipes para obtener la concurrencia de éstos en el delito.***

Este apartado regula una especie de reclutador por parte del cómplice, al mencionar que enlaza u obtiene la concurrencia entre los partícipes (entre los que debe incluirse a los ejecutores y a los cooperadores); ante lo cual se podría caer dentro de la inducción, dependiendo del influjo para obtener dicha concurrencia.

Y es que si se obtiene un verdadero convencimiento y resolución a través de este intermediario, necesariamente constituye inducción.

Así, un sujeto se encarga de contratar a otro por encargo de un tercero, está incurriendo en inducción y el inductor (primario) tal como lo menciona MIR PUIG<sup>(120)</sup> no está incurriendo en inducción al delito, sino en un tipo de inducción, porque no está induciendo directamente a la ejecución del injusto y visto así parece más correcto sancionar a título de cooperador necesario, situación imposible que para el caso de la legislación guatemalteca por

---

(120) MIR PUIG, citado en AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN, página 55.

la limitación respecto de la sanción del inductor que contiene la misma en el artículo 17 tercer párrafo.

En síntesis esta figura se adecua más a la cooperación necesaria que a la cooperación no necesaria.

**e. Legislación comparada**

**Argentina**<sup>(121)</sup>: En su artículo 46 se refiere a quienes cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo.

Al referirse a cooperar de cualquier otro modo, excluye la actuación del autor, del cooperador necesario y del inductor; pero incluye a quien coopere con posterioridad a la comisión del delito con promesas anteriores, con lo cual se sanciona al auxiliador sub sequens; a diferencia de la norma guatemalteca que sanciona a quien comete actos delictivos, que para el caso es el cumplimiento de promesas anteriores. Además incluye en una sola consideración al cooperador necesario y no necesario.

**Bolivia**:<sup>(122)</sup> Son cómplices quienes de cualquier otro modo facilitan o cooperan a la ejecución del hecho, en tal forma que aún sin esa ayuda se habría cometido. Los que en virtud de promesas anteriores presten asistencia o ayuda con posterioridad al mismo.

Hace referencia expresa a la figura del cómplice, y al igual que el anterior se sanciona al auxiliador sub sequens.

**Colombia**<sup>(123)</sup>: En el artículo 23 establece que es cómplice el que contribuya a la realización del hecho punible o preste ayuda posterior, cumpliendo promesa anterior al mismo.

Nótese que para que sea cómplice necesita prestar ayuda posterior, a través de promesa anterior.

**Costa Rica**<sup>(124)</sup>: El artículo 46 señala que es cómplice quien preste al autor o autores cualquier auxilio o cooperación para la realización del hecho punible.

---

(121) BUSTOS RAMIREZ y VALENZUELA BEJAS, op. cit. p.10.

(122) Ibid., p.23.

(123) Ibid., p.107.

(124) Ibid., p.132.

Esta disposición no distingue entre la clase de auxilio o cooperación, por lo que no distingue entre cooperador necesario y cooperador no necesario; tampoco expresa en qué momento debe proporcionarse la cooperación o auxilio.

**Cuba:** <sup>(125)</sup> Siguiendo parcialmente la línea de la regulación guatemalteca, en el artículo 18 numeral 3., literal c), señala que es cómplice: a) los que alienten a otro para que persista en su resolución de cometer el delito; b) los que proporcionen o faciliten informes o medios o dan consejos para la mejor ejecución del hecho punible; c) los que, antes de la comisión del delito, le prometen al autor ocultarlo, suprimir huellas dejadas u ocultar los objetos obtenidos; ch) los que sin ser autores cooperan a la ejecución del delito de cualquier otro modo.

Los tres primeros incisos son idénticos a la legislación nacional, es únicamente el último el que se aleja y que en realidad sería suficiente para comprender la complicidad.

**Chile**<sup>(126)</sup>: En el artículo 16 señala que son cómplices quienes no se hallan comprendidos en el artículo anterior, y cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos.

Excluye al autor inmediato, al inductor y al concertado que facilita medios para que se lleve a cabo el delito o sólo lo presencia sin tomar parte en él; sin embargo puede ser difícil de determinar la diferencia entre facilitar medios para cometerlo y la cooperación por actos anteriores o simultáneos. La característica más importante es que señala que la participación del cómplice debe ser en actos anteriores o simultáneos, excluyendo los posteriores. No regula al cooperador sub sequens.

**Ecuador:**<sup>(127)</sup> El artículo 43 considera cómplice al que indirecta y secundariamente coopere a la ejecución del acto punible, por medio de actos anteriores o simultáneos.

Por cooperación indirecta y secundaria debemos entender la cooperación no necesaria y también distingue el momento en el que ha de proporcionarse la cooperación, que sólo puede ser anterior y simultánea.

---

(125) Ibid., p.157.

(126) Ibid, p.196.

(127) Ibid., p.234.

**El Salvador:**<sup>(128)</sup> El artículo 48 señala que es cómplice quien interviene con actos de auxilio, no necesarios pero sí útiles para la más fácil realización del delito, cuando dichos actos sean anteriores o simultáneos a la ejecución del mismo; además los que previo concierto prometan asistencia o ayuda al delincuente para después de cometido el delito; y quienes exciten o refuercen la determinación de los autores materiales del delito.

Es la primera parte la que más parece adecuarse al concepto de cómplice; el segundo supuesto es idéntico al sujeto del numeral segundo del artículo 37, que además extiende exageradamente la punibilidad respecto de promesas que es posible que no se cumplan y finalmente el ánimo para la comisión del delito.

**Honduras**<sup>(129)</sup> (artículo 24), **Nicaragua**<sup>(130)</sup> (artículo 12 numeral 2): El que no hallándose comprendido en el artículo anterior, coopera a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos.

Excluye al autor legal (tomar parte directa, forzar o inducir y cooperar necesariamente) y delimita la participación anterior o simultánea. No regula al auxiliador "sub sequens".

**México:**<sup>(131)</sup> El código penal Federal y del Distrito Federal, en el artículo 13 numeral III) no distingue entre cooperador necesario y cómplice, reduciéndolos legalmente a autores; cabe recordar que la legislación penal federal mexicana se funda en el concepto unitario de autor.

**Panamá:**<sup>(132)</sup> El artículo 64 regula al cooperador no necesario: a) haciendo que otro conciba la resolución de cometer el delito, o que se confirme en ella, o prometiéndole auxiliarlo y protegerlo después de la comisión del delito; b) dando a otro instrucciones para cometer el delito o medios de llevarlo a cabo; c) facilitando la ejecución del delito, por medio de auxilio o protección que se preste a quien lo ejecute, antes de la ejecución o durante ella. Pero no se aplicará la reducción de la pena, si se demuestra que constituye cooperación necesaria.

---

(128) Ibid., p.264.

(129) Ibid., p.327.

(130) Ibid., p.381.

(131) Ibid., p.352.

(132) Ibid., p.415.

Respecto del primer supuesto, puede existir confusión con la inducción, incluye además al que promete ayuda o protección sin requerir que se cumpla la promesa, además se acerca a la teoría del acuerdo previo. El segundo inciso es el que puede provocar conflicto respecto de la cooperación necesaria. Y el tercero será el que más se adecúe a lo que es propiamente la complicidad.

### C. EL INDUCTOR

#### a) Definición

**MIR PUG**, define al inductor como: "Inductor es quien causa voluntariamente en otro, mediante un influjo psíquico, la resolución y realización de un tipo de autoría doloso".<sup>(133)</sup>

**BACIGALUPO**, lo considera como: "Instigador es el que determina directamente o induce a otro a cometer un hecho punible".<sup>(134)</sup>

Para **ZAFFARONI**, es "Instigador es el que determina dolosamente a otro a la comisión de un injusto doloso. Consecuentemente, el hecho del instigado (autor) debe ser una conducta típica y antijurídica".<sup>(135)</sup>

Es inductor el partícipe, que causa dolosa y voluntariamente en otro, mediante un influjo psicológico o material, la resolución, decisión o determinación de cometer un hecho delictivo doloso y carece del dominio final del hecho, ya que éste lo posee el inducido.

El principal problema es determinar en qué consiste el influjo que provoca al inducido la resolución de cometer el hecho. Así, **ZAFFARONI**,<sup>(136)</sup> considera que debe ser mediante un "*medio psíquico*", pero no constituyen instigación los medios sutiles o meras insinuaciones, por lo que no se puede considerar como tal las meras sugerencias sutiles, sugerimientos ambiguos o medias palabras. Pero que no obstante como medio psíquico y directo para provocar el hecho en el autor, no debe entenderse sólo la palabra clara y determinante, sino que puede ser cualquier otro medio simbólico: gestos, actitudes, palabra

---

(133) Autoría y Participación Criminal, p.53.

(134) BACIGALUPO, Op. Cit. p. 350.

(135) ZAFFARONI, Op. cit. p. 595.

(136) Ibid. p.350.

escrita, etc. **MIR PUIG**,<sup>(137)</sup> considera que no existe inducción cuando alguien estaba previamente decidido a cometer el hecho y que tampoco basta con reforzar con consejos la resolución del que de todos modos va a delinquir. El influjo psicológico que determina al autor a cometer el hecho, puede presentarse a través de un consejo, una solicitud, una provocación, un ofrecimiento, etc. Pero además debe ser respecto de un delito concreto y a un ejecutor determinado. Amplía **BACIGALUPO**,<sup>(138)</sup> citando a **BAUNMAN** que no se requiere tampoco que el inductor haya vencido determinada resistencia del autor.

Lo indispensable es que el influjo sea de tal entidad que provoque efectivamente en el autor la voluntad de consumir el hecho.

**b) Requisitos de la inducción<sup>(139)</sup>**

**1o. Que sea directa**

El influjo debe ser de tal entidad que pueda conectarse causalmente desde el punto de vista psíquico, con la voluntad del inducido; debe existir una relación entre inductor e inducido, que puede establecerse de un modo anónimo o por intermediario, pero que tiene como consecuencia que el inducido acepte la idea que se le propone y la haga suya. El ofrecimiento de alguna promesa o de dinero, incluso anónimamente o por intermediario, puede ser suficiente para fundamentar una responsabilidad por inducción.

Pero como acota **MIR PUIG**<sup>(140)</sup> la determinación es para que el autor realice un delito concreto y el influjo psicológico debe ser dirigido a una persona determinada, no basta una mera provocación a delinquir en general o dirigida a una masa indeterminada de personas, lo que en todo caso puede constituir provocación.

**2o. Que sea eficaz**

Es indispensable que sea de tal entidad que decida al inducido a cometer el delito o por lo menos comience su ejecución. Pero si el inducido ya estaba resuelto a cometer el delito, no existe inducción.

---

(137) *Autoría y Participación*, p. 54.

(138) *BACIGALUPO*, *Op. Cit.* p. 352.

(139) Ideas generales tomadas de *MUÑOZ CONDE*, *Op. Cit.* p. 394.

(140) *Ibid.* p. 55.

**c) Diferencias con el autor mediato**

La inducción hace aparecer en el inducido la idea de cometer el delito, pero a diferencia de la autoría mediata el inductor no decide el sí, ni el cómo de la ejecución, sino quien decide y domina la realización de este es precisamente el inducido.

Por lo que el inductor no puede ser autor mediato, porque no domina el hecho. Podemos decir que una vez crea en el inducido la intención de cometer el injusto, se desvincula de éste (en lo que a la comisión se refiere, más no a la punibilidad) y será el inducido quien determinará el sí y el cómo de la consumación. Contrario a lo que sucede en la autoría mediata a través de grupos organizados de poder, que por la fungibilidad del ejecutor y las características disciplinarias de éstos, el superior jerárquico domina verdaderamente el hecho.

Además el inducido es una persona imputable, que actúa dolosa y antijurídicamente.

Finalmente la inducción es accesoria a la acción del autor.

El ejemplo clásico del inductor será el jefe de la banda, cuando únicamente actúe como el cerebro, sin que realice actos ejecutivos o de cooperación necesaria.

**d) Diferencias con el cooperador necesario**

El inductor sólo hace nacer en los autores (ejecutores) la resolución delictiva, pero no realiza verdaderos actos ejecutivos o de cooperación.

Si el inductor contribuye con actos indispensables para la consumación del hecho, entonces concursará la inducción con la cooperación necesaria.

**e) Diferencias con el coautor**

El inductor, no ejecuta una parte o no ejecuta conjuntamente con otros sujetos el hecho, se limita sólo a motivar a otro u otros sujetos a cometer el injusto, pero si realiza actos consumativos junto con uno o más individuos, entonces concursará la inducción con la coautoría.

**f) La inducción en delitos culposos**

Como quedó apuntado en la definición del inductor, se refiere únicamente a los delitos dolosos. En Guatemala se sigue la corriente de no aceptar la participación en delitos culposos

y por lo tanto se excluye que pueda existir la inducción en éstos delitos. Más como quedó señalado al tratar lo relativo a la participación en delitos culposos, la redacción contenida en el código en su artículo 36, puede provocar diversas interpretaciones, que eventualmente podrían incluir (además del cooperador necesario) al inductor.

Este punto se desarrolla brevemente debido a que la legislación española tipifica la inducción en delitos imprudentes, esta corriente es apoyada por un amplio sector doctrinario y adversada por otro, más para tratar de ahondar en este tema, parece indispensable retomar las ideas de **MIR PUIG**, expresadas en la participación culposa, en la cual se citó el siguiente ejemplo: "El acompañante induce al conductor a conducir a una velocidad temeraria, lo que produce un accidente". Es decir, que el inductor en los delitos imprudentes o culposos, participa imprudentemente, lo que significa que no busca el resultado, y lo importante de apreciar es la influencia que éste tiene sobre el autor culposos, que si bien a este corresponde velar el deber de cuidado, el influjo psicológico del inductor es de tal entidad que provoca que el autor viole el mismo.

Más hay que tener cuidado al apreciar la actuación del acompañante, para no confundirlo con el autor mediato o con el inductor doloso. A este respecto se debe considerar que si el inductor actúa dolosamente, es decir busca el resultado, entonces será un inductor doloso; si el acompañante emplea el engaño o aprovechamiento del error del piloto, éste deberá ser considerado autor mediato (según **MIR PUIG**<sup>(141)</sup>), pero esta apreciación es discutible, porque persiste la obligación del piloto del deber de cuidado, por lo que no parece dominar la voluntad, de éste y visto así subsistirá la figura del inductor (doloso) y no de autor mediato. **MIR PUIG**<sup>(142)</sup> señala otro ejemplo, con el cual aún cuando él lo emplea para apoyar la consideración de autor mediato, esta se desvirtúa: "A induce a B, que no sabe a penas conducir, a que lleve en el coche de A a C por una carretera extremadamente peligrosa a gran velocidad, confiando A en que el coche pueda tener algún accidente grave para C, cosa que efectivamente sucede", y continua: "Si la conducta de A es adecuada para causar el resultado lesivo para C, y por otra parte este resultado no puede ser atribuido dolosamente como autor a B, que obra sólo imprudentemente, sino sólo a A", y entonces interroga: "no deberá considerarse a éste autor mediato del hecho doloso?" A esta interrogante la respuesta

---

(141) Ibid. p.50.

(142) Ibid. p.51

deberá ser negativa, porque no existe dominio real, sino potencial del hecho, conducta que no admite punibilidad, precisamente por la incertidumbre que existe y por la definitiva falta de dominio del hecho: Es decir que el ejemplo al contrario de fundamentar lo expuesto por el autor, más bien lo desvirtúa.

En conclusión, al igual que en la mayoría de temas tratados en el presente trabajo, no existe unanimidad doctrinaria al respecto de la inducción en delitos culposos, pero en legislaciones como la alemana y española se admite la inducción en esta clase de delitos.

#### **g) Regulación legal**

La regulación contenida en el artículo 36 numeral 2o., debe desglosarse en dos: 1) Quienes fuercen y 2) quienes induzcan. Respecto de la primera parte (quien fuerce), existe la controversia doctrinaria, respecto si la fuerza se limita a la física o además la moral, al tratar la autoría directa, se manifestó la inclinación por la segunda opción, es decir incluir la vis compulsiva; esto porque la ley no distingue y en virtud del principio de estricta interpretación, cuando la ley no distingue, no se puede distinguir.

La segunda parte, que se refiere expresamente al inductor, pero inducción directa (a quien se considera legalmente autor) por lo que ha de ser sancionado como tal.

El concepto "*directo*", provoca controversia, la doctrina lo interpreta básicamente en dos sentidos: -Que debe hacerse en forma personal, es decir excluyendo la posibilidad de que la instigación se realice a través de un intermediario; - la otra postura es que por directo hemos de entender la efectiva motivación en el ejecutor, siempre que el inductor conserve como propia la idea que se propone y que ha de ser eficaz. Esta se considera la más adecuada.

Además el influjo psicológico para cometer el delito, el convencimiento debe dirigirse a un individuo en particular y para la comisión de un hecho delictivo específico, por lo que si el influjo no es de tal entidad, se esta simplemente ante una provocación para delinquir.

Por otro lado, el artículo 17 del código penal, en su último párrafo, determina que: "La conspiración, la proposición, la provocación, la instigación y la inducción para cometer el delito, sólo son *punibles en los casos en que la ley lo determine expresamente*"; esta norma remite a la parte especial del código penal, es decir a los delitos que particularmente sancionan estas figuras, dentro de las cuales se pueden mencionar específicamente: inducción

o ayuda al suicidio, artículo 128; instigación a la violación de deberes, artículo 365; instigación al genocidio, artículo 377; instigación a delinquir, artículo 394.

Pero, ¿qué sucede cuando se produce un influjo efectivo para cometer un delito, en casos que no se encuentran comprendidos entre los que la ley expresamente sanciona?

Pues sobre la base del principio de legalidad, que contiene la garantía de estricta interpretación, prohibición de la analogía, estos hechos quedarán impunes para los casos en que se produzca la inducción y no se encuentre comprendidos entre los que la ley expresamente señala, porque si bien el artículo 394, sanciona la instigación a delinquir, uno de los supuestos de este artículo es que sea pública, lo cual por si mismo limita la aplicación de la sanción, en razón de que podemos interpretar de que se pretendió legislar la instigación de tal manera que esta puede llegar a ser del dominio público, es decir en público o a través de medios de difusión social, con lo que se limita uno de los requisitos de que debe ser directa; además porque el artículo 17 último párrafo restringe absolutamente la aplicación general de la sanción para la instigación, circunscribiéndola a los casos que expresamente señala la parte especial del código penal.

Pero si nos basamos en el principio de que la parte especial prevalece sobre la general, hemos de sancionar al instigador por medio del tipo penal autónomo conforme el artículo 394. Lo cual parece antitécnico, porque como quedó establecido la inducción es accesoria a la autoría, es decir que la punibilidad del inductor está supeditada a la conducta del autor y por ende no constituye un tipo penal autónomo.

#### **Conclusión:**

La regulación actual sobre la inducción, limita la punibilidad para los casos expresamente contenidos en la ley, lo que provoca impunidad, cuando esta aparece en otras figuras delictivas, en las que técnica y doctrinariamente cabe distinguir esta figura y además existe controversia debido a que el código penal contiene un tipo penal autónomo en el artículo 394, con lo cual se elimina la característica de accesoriadad de esta forma de participación, convirtiéndolo en un tipo penal autónomo.

#### **h) Legislación comparada**

**Argentina** (artículo 45); **Colombia** (artículo 23) que incurren en la pena para los autores, quienes hayan determinado a otro a cometer el delito.

Nótese que no se les denomina autores, sino que sólo se les atribuye la pena que a estos corresponde y que además habla de determinar, que equivale a inducir.<sup>(143)</sup>

**Bolivia** (artículo 22); **Costa Rica** (artículo 46) señala expresamente a los instigadores, como quienes intencionalmente determinan a otro a cometer el hecho; por lo que no les atribuye la calidad de autores.<sup>(144)</sup>

El artículo 37 del código penal de Bolivia, determina que el juez atribuirá la pena atendiendo a la personalidad del autor, por lo que en todo caso excluye la punibilidad para el inductor, quien como se comentó no está considerado como autor.

El artículo 74 del código penal de Costa Rica, sanciona al instigador con la misma pena que al autor.

**Cuba:**<sup>(145)</sup> Siguiendo la línea de la regulación guatemalteca, en el artículo 18 numeral 1., literal c), señala que es autor quien determina a otra persona penalmente responsable a cometer un delito.

**Chile** (artículo 15); **Honduras** (artículo 12 numeral 2); **Nicaragua** (artículo 24). Con idéntica redacción al código penal guatemalteco, señalan que: es autor quien fuerza o induce directamente a otro a ejecutar el hecho.<sup>(146)</sup>

**Ecuador:**<sup>(147)</sup> El artículo 41 atribuye al inductor la calidad de autor, y lo considera así: "...los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración..."; pero además continua el artículo: "...los que han determinado la perpetración del delito efectuándolo valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo...".

---

(143) BUSTOS RAMIREZ y VALENZUELA BEJAS, Op. cit. p. 10 y 107.

(144) Ibid. pgs. 107 y 132.

(145) Ibid. p. 157.

(146) Ibid. pgs. 196, 327 y 381.

(147) Ibid. p. 234.

Se aprecia la excesiva cantidad de palabras que rodean la figura del inductor, de manera innecesaria, al mencionar al que aconseja o instiga y al determinador, lo que puede inducir a confusión, dificultando la interpretación, en razón de que por la garantía de estricta interpretación, si algún supuesto de hecho no está contenido dentro de estos presupuestos será impune; más la última parte absorbe la autoría mediata a través de grupos organizados de poder.

**El Salvador:**<sup>(148)</sup> El artículo 46 del código penal salvadoreño, tipifica como autor mediato a quien determine a otro a cometer el delito.

Véase que confunde al inductor o determinador con la figura del autor mediato, confusión antitécnica, por las razones expuestas, ya que son dos figuras distintas.

**México:**<sup>(149)</sup> El código penal Federal y del Distrito Federal, en el artículo 13 numeral II) regula a los que inducen o compelen a otro a cometerlos.

En situación parecida a la regulación guatemalteca, cuando señala "*compelen*", que más bien equivale a forzar.

**Panamá:**<sup>(150)</sup> El artículo 63 con un criterio apartado de la típica legislación latinoamericana, establece que el que decida a otro a cometer el delito si se demuestra que aquél tenía interés personal en cometerlo; pero, en tal caso, se disminuye la pena en una sexta parte.

Algunas puntualizaciones merece esta norma, en primer lugar que atribuye una sanción distinta al inductor que al autor, pero además se refiere a que el inductor tenga interés personal en el asunto, por lo que si no se demuestra este interés, será impune; además este interés personal atrae a la teoría subjetiva de la participación.

**Paraguay:**<sup>(151)</sup> En su artículo 36 numerales 3) y 4) regulan que es autor para ese código: el que por medio de instigación eficaz y apropiada, determinan a otros a cometer el delito; y el que por medio de una coacción física o moral suficiente, fuerza o induce a otro a ejecutar una infracción.

---

(148) Ibid. p. 263.

(149) Ibid. p. 352.

(150) Ibid. p. 415.

(151) Ibid. p. 343.

Véase como el segundo presupuesto mezcla la figura del inductor con el autor mediato o directo, cuando considera autor al que aplica coacción física o moral suficiente.

**Perú:**<sup>(152)</sup> El artículo 100, regula que se reprimirán como autores entre otros supuestos, a los que intencionalmente decidieren a otro a cometer el hecho punible.

A diferencia de lo que establece la legislación guatemalteca, no menciona la fuerza y se limita exclusivamente al inductor.

**Uruguay:**<sup>(153)</sup> En el artículo 60, considera autor al que determina a personas no imputables o no punibles a cometer el delito. Además el artículo 61, regula que fuera de los casos anteriores, son coautores, los que determinan a otro a cometer el delito.

La regulación que se refiere en el artículo 60, equivale a autoría mediata; en el segundo caso regula la coautoría con la inducción, en este caso se refiere a que sea más de uno el inductor. Estas figuras conforme el desarrollo del presente trabajo, son distintas.

**Venezuela:**<sup>(154)</sup> Incurrir en la pena correspondiente al autor, quien determine a otro a cometer el hecho (artículo 83).

Hace diferencia entre autor e inductor sin perjuicio de atribuirle la misma pena.

---

(152) Ibid. p. 469.

(153) Ibid. p. 507.

(154) Ibid. p. 542.

## **CAPITULO V**

### **Encubrimiento**

#### **26) INTRODUCCION**

La figura del encubrimiento se ha considerado como una forma de participación, así se legisló en Guatemala y así aparece regulado en algunas legislaciones latinoamericanas.

Actualmente en Guatemala el encubrimiento es un tipo delictivo autónomo, por lo que no puede ser considerado como una forma de participación, aún cuando frecuentemente se confunde con la complicidad por la forma en que aparece legislado, razón por la cual se ha de desarrollar brevemente el encubrimiento en el presente trabajo que trata precisamente de la participación, por lo que únicamente se tratará de determinar algunos rasgos diferenciadores.

#### **27) DEFINICION**

Delito en contra de la administración de justicia, que se tipifica por la actuación posterior a la comisión de un hecho delictivo, con conocimiento determinado o no de su perpetración y cuya intervención tiende a proveer de impunidad al autor o partícipe o a garantizar lucro con los efectos de éste.

#### **28) CLASES DE ENCUBRIMIENTO**

El código penal guatemalteco señala 2 formas de encubrimiento, el propio, que se refiere a quien eventualmente incurra en cualquiera de los presupuestos contenidos en el artículo 474; y el encubrimiento impropio, que sanciona a quien habitualmente albergue, oculte o proteja a delincuentes o efectos del delito, aunque no tenga conocimiento determinado del hecho.

## 29) EL ENCUBRIMIENTO Y LA PARTICIPACION

Existe desacuerdo doctrinario sobre considerar o no al encubrimiento como una forma de participación, sobre considerarlo un delito autónomo, o ser como lo ubica **MIR PUIG**: "no una forma de participación, pero sí un delito no autónomo, sino accesorio al hecho encubierto"<sup>(155)</sup>.

Continúa manifestando que "las razones dogmáticas en contra de considerarlo una forma de participación no debería, pues, jugar ningún papel a la hora de decidir si debe pasar o no a convertirse en un delito autónomo. En esta cuestión sólo debe valorarse si conviene en la pena del encubrimiento se fije con independencia de la del hecho encubierto y si debe admitirse participación en el encubrimiento". **MIR PUIG**, deja a la política criminal el fundamento de punibilidad del encubridor.

Los códigos penales latinoamericanos que regulan al encubrimiento dentro de la parte general del código penal, hacen clara distinción respecto de la responsabilidad en el delito, el código penal chileno, considera responsables criminalmente a los autores, cómplices y encubridores, en razón de ello, se considera aceptable la postura de **MIR PUIG**, en considerar en esta forma de legislación al encubrimiento como accesorio al delito principal, lo que se ve acentuado al determinar la punibilidad, ya que en el mismo código penal, se determina la pena inferior en cuatro grados a la señalada para el delito principal. Ahora bien, la accesoriedad manifestada por **MIR PUIG**, no será sostenible en la legislación penal guatemalteca donde el encubrimiento es un delito independiente o autónomo, porque el hecho que él considera principal viene únicamente a constituir un elemento del tipo de encubrimiento, en razón de que para tipificar el delito de encubrimiento es indispensable la comisión de un hecho delictivo anterior y el conocimiento del mismo por parte del autor (de encubrimiento); sobre la problemática de punibilidad, no es lo mismo ser sancionado como encubridor del delito de asesinato, en forma autónoma, a ser sancionado como encubridor del delito de asesinato como delito no autónomo y es que si el delito no es autónomo, entonces la pena será proporcional a la del autor, proporcionalidad inadecuada ya que el encubridor no tuvo participación proporcional en la comisión del hecho.

---

(155) *Autoría y Participación Criminal*, p.65.

Para los efectos del presente trabajo y tal como está regulado en Guatemala, se considera que el encubridor no es una forma de participación, sino un delito autónomo con elementos propios de su tipificación y que la comisión de un delito no implica accesoriedad, sino configura un elemento del mismo.

### 30) REGULACION LEGAL

El encubrimiento aparece regulado en el código penal guatemalteco en los artículos 474 a 476, dentro de los delitos contra la administración de justicia.

El artículo 474 tipifica el delito de encubrimiento propio así: "Es responsable de encubrimiento propio quien sin concierto, connivencia o acuerdo previos con los autores o cómplices del delito pero con conocimiento de su perpetración, interviene con posterioridad, ejecutando alguno de los siguientes hechos: 1o. Ocultar al delincuente o facilitar su fuga. 2o. Negar a la autoridad sin motivo justificado, la entrega de un sindicado, perseguido o delincuente que se encuentre en la residencia o morada de la persona requerida. 3o. Ayudar al autor o cómplice a eludir las investigaciones de la autoridad o sustraerse de la pesquisa de ésta. 4o. Recibir, ocultar, suprimir, inutilizar, aprovechar, guardar, esconder, traficar o negociar; en cualquier forma, efectos, instrumentos, pruebas o rastros del delito. Los responsables del delito de encubrimiento serán sancionados con prisión de dos meses a tres años.

Véase que para que se configure el delito de encubrimiento es indispensable que no exista concierto, connivencia o acuerdo previos, es decir que no debe haber conspiración entre el encubridor y cualquier otro partícipe; esta regulación parece pretender eliminar en cierto grado la controversia respecto del numeral 2o. del artículo 37, ya que en caso contrario la legislación guatemalteca pretendería sancionarlo a título de cómplice. Pero además requiere que exista conocimiento de la perpetración del delito, este elemento es el que le imprime dolo a la conducta, la norma no establece si el conocimiento debe ser anterior o posterior y aún cuando legalmente es cómplice quien prometa su ayuda o cooperación para después de cometido el delito, sin exigir que se materialice esa ayuda, al materializarse ésta se estará incurriendo en delito de encubrimiento; y el diferenciador de la intervención que es,

que la conducta sea posterior a la perpetración, ya que sino sería participación (necesaria o no necesaria según el caso).

Es claro que la finalidad o el efecto predominante de la conducta del encubridor será la de proveer al partícipe de impunidad, aunque el numeral 4o. de dicho artículo se refiere además a la negociación, aprovechamiento o tráfico de los objetos o efectos del delito, por lo que además señala una finalidad económica.

Este tipo penal puede producirse al encubrir no sólo hechos dolosos, sino además culposos, tal como lo señalan los dos primeros incisos.

El artículo 475 por otra parte regula el delito de encubrimiento impropio, así: "Es responsable del delito de encubrimiento impropio quien: 1o. Habitualmente albergare, ocultare o protegiere delincuentes o, en cualquier forma, ocultare armas o efectos del delito, aunque no tuviere conocimiento determinado del mismo. 2o. Debiendo presumir de acuerdo a las circunstancias la comisión del delito, realizare cualquiera de los hechos a que se refiere el artículo anterior. Al responsable del delito a que se refiere el inciso primero de este artículo, se le sancionará con prisión de dos a cuatro años. Al responsable del delito a que se refiere el inciso segundo de este artículo, se le sancionará con multa de cincuenta a un mil quetzales. Si el responsable tuviere negocio de los objetos de que se trate o realizare actividades de tráfico habitual con los mismos, ya sean nuevos o usados, la sanción será de seis meses a dos años y multa de cien a dos mil quetzales.

El inciso primero sanciona a quien ordinaria o muy frecuentemente se dedique a albergar, ocultar o proteger a delincuentes, etc., por lo que dichas conductas no serán eventuales; sin embargo llama la atención que la última parte de este numeral señala que **aunque no tuviere conocimiento determinado del mismo**, lo que entra en controversia con la primera parte del artículo y estaría obligando en todo caso a denunciar el hecho, ahora bien en un Estado respetuoso del Derecho, la denuncia no es obligatoria para el ciudadano común, ya que ésta es característica de Estados policía.

El inciso segundo incluye un elemento especial y subjetivo que es el de "*deber presumir*"; este elemento es incierto porque la presunción que impone dependerá de cada persona y qué sucedería si no llega el convencimiento a una persona como para "*presumir*" y a criterio del juez éste debió presumir, pues indudablemente será sancionado como encubridor impropio. Más esta presunción deviene precisamente de que el encubridor lo hace

habitualmente, por lo tanto el debe tener un conocimiento aproximado de que se han realizado actos delictivos. Esta regulación queda nuevamente al borde de la legalidad, porque no se deberá sancionar a una persona por el simple hecho de no presumir algo, por muy evidente que esto sea, además procesalmente será muy difícil determinar si el hecho se debía presumir o no.

### 31) LEGISLACION COMPARADA

En este apartado sólo se mencionarán las disposiciones contenidas en algunos códigos latinoamericanos que incluyen el encubrimiento, según el pensamiento de **MIR PUIG**, como un delito accesorio al hecho encubierto.

Los supuestos del encubrimiento, aún cuando aparece regulado como una forma de participación son muy parecidos a los contenidos en el código penal guatemalteco.

**Chile:**<sup>(156)</sup> El 14 inciso 3) y el 17 determinan quienes son encubridores, estas figuras están incluidas dentro de la parte general del código penal, su penalidad está establecida en el artículo 54.

Esta regulación a diferencia del código penal guatemalteco no distingue encubrimiento propio e impropio; parece antitécnica porque doctrinariamente el encubrimiento no es una forma de participación, en razón de que la intervención del encubridor es posterior a la comisión del hecho, y si bien expresamente distingue este elemento, también lo ubica dentro de la parte general de dicho código penal, con lo cual constituye lo que **MIR PUIG** considera accesorio al hecho encubierto.

**Ecuador:**<sup>(157)</sup> El código penal de Ecuador en los artículos 41, 44 y 48, regulan lo relativo al encubrimiento.

Tampoco distingue entre encubrimiento propio e impropio, y contiene una regulación demasiado extensa que puede provocar confusión. Y merece la misma crítica de ser antitécnico por ser considerado una forma de participación.

---

(156) BUSTOS RAMIREZ y VALENZUELA BEJAS, Op. cit. p.196 y 197.

(157) Ibid. pgs. 234 y 235.

**Honduras:**<sup>(158)</sup> En los artículos 10 numeral 3), 14, legisla a la figura del encubrimiento en similares supuestos a Chile.

**México:**<sup>(159)</sup> El código penal Federal y del Distrito Federal, participa como se ha dicho del concepto unitario de autor, y en razón de ello, en el artículo 13, considera al encubridor como responsable del delito, por lo que no le distingue del autor, y en tal virtud le atribuye la misma sanción.

**Nicaragua:**<sup>(160)</sup> Por su parte el código penal de Nicaragua, en los artículos 22 numeral 3) y 27, determina quienes son encubridores, siempre como un tipo de participación.

**Paraguay:**<sup>(161)</sup> El artículo 34 numeral 3) y 44, del código penal de Paraguay, al igual que los anteriores, considera al encubrimiento como una forma de participación, excluye expresamente las formas de participación como autor o cómplice.

---

(158) Ibid. p. 327.

(159) Ibid. p. 352.

(160) Ibid. pgs. 381 y 382.

(161) Ibid. pgs. 433 a 436.

**CAPITULO VI**  
**Temas complementarios**

**32) LA PARTICIPACION Y LAS CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL  
DELITO**

**A. LA APLICACIÓN DE LA PENA**

La punibilidad según la doctrina moderna no constituye un elemento del delito, sino es la consecuencia jurídica de ésta.

La pena es la limitación de los bienes (libertad, patrimonio, etc.) del delincuente y cuya finalidad según la Constitución Política de la República no es la reacción del Estado contra el delincuente, ni la satisfacción de venganza del particular, sino la resocialización del condenado. En la presente investigación únicamente me limitaré a señalar propiamente la determinación de la punibilidad, en virtud de los fines propuestos en la misma.

**a) Pena para el autor:** El artículo 62 del código penal guatemalteco determina que al autor de delito consumado corresponderá la pena señalada en la ley para el delito. En este se incluye al autor directo, al inductor, al cooperador necesario y al concertado presente al consumir el hecho.

Más el juez podrá en caso de participación, graduar la pena a imponer a cada uno de los partícipes, es decir que aún cuando todos intervengan en un mismo hecho y eventualmente resulten condenados, no necesariamente se les aplicará la misma pena a todos y cada uno de ellos.

**b) Pena para el cómplice:** El artículo 63 del código penal de Guatemala, señala que al autor de tentativa y al cómplice de delito consumado, se les impondrá la pena señalada para el autor de delito consumado, rebajada en una tercera parte.

**B. FIJACIÓN DE LA PENA:**

Según el artículo 65 del decreto 17-73: "El juez o tribunal determinará en la sentencia, la pena que corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley, para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de éste y de la víctima, del móvil del delito, la extensión e intensidad del daño

causado y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en el hecho apreciadas tanto en su número como por su intensidad o importancia..."

De la lectura se deduce que no todos los que intervienen en un mismo delito necesariamente se harán acreedores a la misma pena, es decir si interviene un individuo como autor (inmediato), un cooperador necesario y un inductor, aún cuando el artículo 36 del código penal, los considera autores y en tal virtud se les deberá imponer la sanción correspondiente al autor, no necesariamente se les impondrá la misma pena a todos, sino el juez o tribunal la fijará atendiendo a todas y cada una de las circunstancias descritas.

### **33) LA PENALIDAD DEL ENCUBRIMIENTO**

Como oportunamente quedó establecido, el encubrimiento en la legislación penal guatemalteca constituye un tipo penal autónomo, contrario a como está regulado en algunas leyes latinoamericanas que es accesorio a un hecho principal (encubierto); por lo tanto tiene señalada una pena específica, cuya gradación no dependerá de la pena para el delito encubierto (propio e impropio).

### **34) LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS**

#### **A. CÓDIGO PENAL**

Este tema gira alrededor del ámbito de aplicación personal de validez de la ley penal, en principio la ley tiene carácter de general, aplicable a todos los habitantes del territorio nacional sean nacionales o extranjeros, y salvo casos expresamente determinados y conforme al derecho interno e internacional algunos individuos gozarán de inmunidad, lo cual tampoco garantiza impunidad.

El artículo 38 del código penal, respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas señala: "En lo relativo a personas jurídicas se tendrá como responsables de los delitos respectivos a directores, gerentes, ejecutivos, representantes, administradores, funcionarios o empleados de ellas, que hubieren intervenido en el hecho y sin cuya participación no se hubiere realizado éste y serán sancionados con las mismas penas señaladas en este código para las personas individuales.

En el mismo sentido el artículo 1o. del decreto 28-86 del Congreso de la República, regula el delito económico especial: "Las personas individuales y los representantes de las personas jurídicas que con propósito de lucro, le den un destino diferente a los bienes y/o servicios subsidiados que les haya proporcionado el Estado o sus entidades, consistentes en fertilizantes, medicamentos, alimentos básicos u otros bienes para consumo humano o para su aplicación en actividades económicas...".

La postura de dichas leyes es de sancionar a la persona individual, aún cuando el hecho se cometa por un empleado o funcionario de una persona colectiva en ejercicio de sus funciones, por lo tanto, las personas jurídicas colectivas no entran dentro del ámbito de aplicación de la ley penal, en razón de que por su propia estructura es físicamente imposible que puedan cometer un delito, además sería imposible aplicarles una pena.

Aún cuando se considere a la persona jurídica colectiva como la personificación de intereses individuales, que implica la titularidad y aptitud para adquirir derechos y obligaciones, es decir apoyados en la teoría de la realidad, esta realidad no podrá extenderse a considerar a la persona jurídica como participe de un delito; y en ese sentido, la voluntad de las personas jurídicas se manifiesta a través de sus órganos, por ello la determinación de sancionar a las personas individuales que actúen como partícipes del delito.

Pero además hay que acudir a lo regulado en otras leyes, así el artículo 14 del código de comercio señala que la sociedad mercantil constituida de acuerdo a las disposiciones de este código e inscrita en el Registro Mercantil, tendrá personalidad jurídica propia y distinta de los socios individualmente considerados; para el caso de asociaciones civiles, el artículo 16 del código civil considera a la entidad civil distinta de sus miembros individualmente considerados y el artículo 1664 del mismo, señala que las personas jurídicas son responsables de los daños y perjuicios que causen sus representantes legales en el ejercicio de sus funciones.

Tampoco se puede olvidar que la gama de consecuencias jurídicas del delito se dividen principalmente en dos: en penas principales y accesorias; entre las accesorias se encuentra la inhabilitación que podrá aplicarse por ejemplo en caso de comerciantes que encubiertamente se dediquen a actos ilícitos.

El problema real aparecerá cuando en todo caso la agrupación total de sus miembros se concierte para cometer hechos delictivos a través de la persona jurídica, en éste caso

TERAN LOMAS<sup>(162)</sup> propone (y parece lo más adecuado), considerar a la persona jurídica colectiva como una agrupación ilícita, en cuyo caso el efecto necesario será el de aplicar a las personas individuales una pena principal y accesoriamente la inhabilitación para ejercer la actividad a la que se dedicaba la persona, en la legislación guatemalteca sería aplicando el artículo 396, que tipifica las asociaciones ilícitas, cuando se promuevan organizaciones o funcionamiento de asociaciones destinadas a delinquir o tomar parte en ellas.

Qué sucedería si por el hecho cometido por el administrador de una sociedad dentro del giro normal de las actividades de esta, se cometiera un delito, sin conocimiento de los socios? Pues se violaría el principio de personalidad o intrascendencia de la pena, con lo cual se atropellarían derechos individuales de los socios.

#### **B. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS SEGÚN LA LEY CONTRA LA NARCOACTIVIDAD**

Quedó brevemente expuesto en el apartado anterior que la mejor solución parece sancionar únicamente al ser humano ya que sólo él ingresa dentro del ámbito de aplicación de la ley penal y que por lo tanto la aplicación de sanciones de naturaleza penal en contra de personas jurídicas colectivas implica una violación al principio de intrascendencia de la pena, se trae a cuenta estas conclusiones porque el artículo 10 de la ley contra la narcoactividad expresa: "Serán imputables a las personas jurídicas, independientemente de la responsabilidad penal de sus representantes, los delitos previstos en esta ley, cuando se tratare de actos realizados por sus órganos regulares, siempre que se hallaren dentro del giro u objeto normal o aparente de sus negocios".

La intención de convertir a las personas jurídicas en objeto del derecho penal se basa entre otras en la teoría de la penetración; cita TERAN LOMAS<sup>(163)</sup> a HECTOR MASNATTA: "El concepto de persona colectiva se utiliza como instrumento para que otros sujetos de derecho satisfagan conveniencias particulares que no podrían alcanzar directamente o que, de intentar hacerlo, les traería aparejados riesgos o gravámenes mayores"; señala además: "...la degeneración sufrida por la figura: se dinamiza un concepto

---

(162) TERAN LOMAS, Roberto A. M.; Derecho Penal parte general, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 190.

(163) Ibid, p.191.

estrictamente jurídico y se lo pone al servicio de los fines más diversos con independencia de los que justificaron su creación... Se procura remediar el abuso incurrido, mediante la posibilidad de prescindir o desestimar la estructura formal del ente, para penetrar en su sustrato personal y patrimonial, a efectos de poner de relieve los fines de sus miembros que se ubican tras la máscara de la persona jurídica". El autor citado además expresa que en Alemania se ha hablado de desestimación de la forma, de la penetración en la persona jurídica, de la negación de la misma; en el derecho angloamericano se habla de su relatividad, de perforar el velo o levantar la cortina, para mirar al hombre detrás de la máscara.

Ante las anteriores afirmaciones **VELEZ SANSFIELD**, citado por **TERAN LOMAS**, manifiesta que "Los delitos que pueden imputarse a personas jurídicas han de ser siempre cometidos por sus miembros o por sus jefes, es decir, por personas naturales, importando poco que el interés de la corporación haya servido de motivo o de fin al delito"; y plantea el ejemplo siguiente: "Si pues, un magistrado municipal, por un celo mal entendido, comete un fraude con el fin de enriquecer la caja municipal, no deja de ser por eso el único culpable. Castigar la persona jurídica, como culpable de un delito, sería violar el gran principio del derecho criminal que exige la identidad del delincuente y del condenado". Y considera además que la verdadera atribución de las personas jurídicas son de carácter económico-patrimonial y asemeja la imposibilidad de ser objeto del derecho penal, comparándolo con la imposibilidad de ser objeto de derecho de familia.

Pero además de la teoría de la penetración, la escuela egológica, también atribuye a las personas jurídicas la idea de responsabilidad penal. Esta corriente parte de que toda norma de conducta impuesta a la persona jurídica es una pena y por tanto ingresa dentro del derecho penal, así, si la persona jurídica responde civilmente de los hechos cometidos por sus funcionarios en ejercicio de sus funciones y dentro del giro normal de sus actividades, deberá considerarse como una sanción dentro del ámbito jurídico penal.

En contraposición la teoría de los penalistas, excluye la responsabilidad penal de las personas jurídicas; **GARRAUD**, en Francia afirma que las personas morales no pueden ser responsabilizadas penalmente, pero sí civilmente, esta es una responsabilidad legal: expresa además que "si todos los miembros de la persona delinquen entonces todos deben ser

penados, conforme la culpabilidad de cada uno, pero sería injusto penar al que no delinquiró<sup>(164)</sup>.

Como se evidencia, la doctrina en éste al igual que en casi todos los temas del derecho penal se encuentra dividida, pero esta división es precisamente la que genera el avance de esta materia del derecho.

Por no ser tema de este trabajo, no se continuarán analizando teorías, y tampoco se pretende tomar partida por una corriente definida, ni expresar conclusiones, en razón de que se corre el riesgo de caer en análisis ligeros sobre el particular, además porque el tema se presta por sí solo a la realización de un estudio exhaustivo del mismo.

### **35) EL DELITO DE MUCHEDUMBRE O AGRESIONES EN GRUPO Y LOS CASOS DE LA LLAMADA COAUTORIA ADITIVA**

El problema que se plantea en estos casos proviene de determinar ante la acción de varios individuos cuál o cuáles fueron las que efectivamente provocaron la lesión o el peligro del bien jurídico tutelado. Así, si concretamente lo ejemplificáramos a través del delito de homicidio, será determinar qué herida o heridas fueron las que provocaron la muerte y por consiguiente quién o quiénes las provocaron. Si se prueba que el conjunto de todas las heridas produjo la muerte y se determina que cada uno de los agresores infirió al menos una herida, estamos en un verdadero caso de coautoría del delito, según el caso homicidio o asesinato, pues todos dominaron positiva y conjuntamente el hecho; si se prueba que la muerte la provocaron sólo las heridas inferidas por uno o varios agresores determinados, éste o éstos serán el autor o coautor.

El código penal en el artículo 39, señala que:

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

*1o. Si la reunión tuvo por objeto cometer determinados delitos, responderán como autores todos los que hayan participado materialmente en su ejecución, así como los que sin haber tenido participación material, asumieren el carácter de directores.*

---

(164) Ibid. p.197.

*2o. Si la reunión no tuvo por objeto cometer delitos y éstos se cometieren después por impulso de la muchedumbre en tumulto, responderán como cómplices todos los que hubieren participado materialmente en la ejecución y como autores los que revistieren el carácter de instigadores, hayan tenido o no participación material en la ejecución de los hechos delictivos".*

El código penal en el artículo anterior, numeral 1o. se refiere expresamente a la participación material en el delito, con la intención de cometerlo, cuando no es posible determinar cual fue la acción y consecuentemente de quien provino la que finalmente provocó el resultado; y sanciona además a quien asuma el carácter de director a título de inductor.

El numeral 2o., señala la sanción cuando el delito se produce por una muchedumbre, que no se ha reunido con la finalidad de cometerlo y resuelve el conflicto de los individuos que participaron en el hecho con actos materiales, sancionándolos a título de cómplices y a los inductores hayan o no participado.

Este supuesto se considera que puede consistir más bien como cooperación necesaria o autoría que de complicidad; será de cooperación necesaria, si se determina que todas las heridas en su conjunto fueron las que provocaron el fallecimiento de la víctima, porque en realidad cada una de ellas constituye un factor sin el cual no se hubiera producido el fallecimiento; o bien coautoría ejecutiva, porque todos participaron con actos de ejecución, aún cuando únicamente una o varias de las heridas, pero no todas provocaron el deceso.

Una problemática que el código penal aclara es la de distinguir si la reunión de personas se produjo con intención de cometer el hecho o no, con lo cual determina o distingue de la calificación para los partícipes.

**DIAZ Y GARCIA CONLLEDO**, cita un caso de la denominada autoría aditiva:<sup>(165)</sup>  
Un número de terroristas que, con el fin de no fallar su empresa criminal de eliminar al político X, se apostan cada uno en una ventana cercana al lugar por el que ha de pasar X, y disparan todos simultáneamente sobre él (o en un brevísimo lapso de tiempo), no sabiendo que bala o balas producen la muerte.

El mismo autor hace una clara distinción respecto de los supuestos de simples agresiones en grupo, de aquellos en que el grupo actúa organizadamente para producir la

---

(165) DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, Op. cit. p.686.

muerte, en la cual la contribución de cada interviniente va dirigida por sí sola a la realización completa del tipo y la actuación conjunta de todos tiene el sentido de garantizar que los fallos de puntería de unos se vean compensados con los aciertos de otro u otros y así sea prácticamente segura la producción del resultado. La problemática que esto involucra será la de diferenciarla en todo caso de la coautoría, porque existe un plan común, habrá esencialidad de la contribución y la contribución en la fase ejecutiva; y es que así se deberá sancionar a cada uno por el delito consumado, el referido autor considera inadecuada esta solución, en razón de que autores y/o coautores dominan positivamente el hecho, es decir quien ha disparado la bala mortal (o si la muerte se ha producido por la conjunción de las lesiones causadas por balas distintas, todos los que hayan disparado dichas balas); decir que todos son autores porque todos estaban en la misma posición de dominio, sería incurrir en la idea del dominio potencial del hecho, ya que poder dominar no es lo mismo que dominar el hecho. Tal vez lo correcto será considerar a cada uno de los intervinientes como cooperadores necesarios, porque cada uno de ellos realizó al menos una aportación necesaria al hecho, cuando menos desde el punto de vista de la importancia concedida por el conjunto de los intervinientes a la contribución de cada individuo, por lo cual a cada interviniente corresponderá la pena correspondiente a autor a título de cooperador necesario, si no es el caso de sancionar a estos sujetos como cooperadores necesarios, es posible la sanción a título de cómplices, lo cual parecerá injusto, pero ésta es la postura que sigue el código penal en el inciso 2o.

Cabe señalar además que la norma que regula dicha figura, no define lo que es muchedumbre, con lo cual debe acudir al Diccionario de la Real Academia, que define este concepto así: "Abundancia, copia, multitud de personas o cosas"; pero el problema está en determinar a partir de cuantas personas existe multitud.

Asimismo el numeral 2o., del artículo respectivo, menciona el término "en tumulto", que el dicho diccionario define así: "Motín, confusión, alboroto producido por una multitud", con lo cual se elimina la abstracción mental común de relacionarlo inseparablemente con una acción ruidosa.

Finalmente se considera que el numeral entra en contradicción con el último párrafo del artículo 17, cuando expresa que la inducción y la instigación sólo son punibles en los casos expresamente determinados en la ley y entonces el problema será determinar cuál de

las dos normas prevalece, si se considera que es la primera, entonces en los casos de delitos de muchedumbre será punible el instigador sólo en los delitos en que se sanciona la instigación, más si se considera la norma específica del delito de muchedumbre, entonces será sancionado el que instigue en cualquier delito en que exista "*multitud de personas*".

En realidad la problemática respecto de la determinación de la participación y el tratamiento de este punto es merecedor de un profundo estudio.

### **36) AUTORIA Y PARTICIPACION EN LA LEY CONTRA LA NARCOACTIVIDAD**

Si bien el estudio del presente trabajo está destinado específicamente a analizar críticamente la regulación sobre autoría y participación contenida en el código penal, se considera inadecuado dejar pasar la ocasión para analizar brevemente lo que sobre el particular señala la ley contra la narcoactividad, debido a que como se ha dejado apuntado en el transcurso de esta investigación, las normas que contiene el código penal respecto de la autoría y participación, adolecen de falta de técnica e inconstitucionalidades, hemos de manifestar que la regulación contenida en esta ley especial, parece ser aún más desafortunada.

Por no ser esta ley el objetivo de este trabajo no se va a profundizar en su tratamiento, por lo que se basará en lo expuesto al analizar la regulación del código penal, debido a que las normas de la ley contra la narcoactividad siguen parcialmente la misma línea que el código penal.

El artículo 9 del decreto 42-98, preceptúa: "Serán considerados autores de los delitos a que se refiere esta ley las personas físicas que tomaren parte en la ejecución del hecho, prestaren auxilio o una ayuda anterior o posterior, con un acto sin el cual no se hubiera podido cometer, emitieren promesas anteriores a la perpetración o instigaren su realización o determinación. También se considerará autor a quien valiéndose de su superioridad jerárquica, determine a uno de sus subordinados mediante órdenes genéricas de contenido prohibido por esta ley.

Para efecto del análisis se descompondrá el contenido de dicho artículo en los elementos conducentes:

En principio se refiere a personas físicas, según la dogmática penal, únicamente el hombre individualmente considerado puede ser objeto del derecho penal.

**a) Tomar parte directa en la ejecución del hecho:** Como quedó apuntado al tratar la autoría, éste se refiere propiamente a los ejecutores, es decir al autor inmediato o directo.

**b) Presten auxilio o una ayuda anterior o posterior, con un acto sin el cual no se hubiera podido cometer:** En principio se estará en presencia del cooperador necesario, siempre que la ayuda sea anterior a la perpetración del delito; la segunda parte que se refiere a cooperación posterior merece una mayor atención.

- Conforme la corriente imperante en Guatemala, por cuestión de tradición jurídica y de acuerdo a lo establecido en el código penal, no existe participación en hechos consumados, en este caso se tipifica el delito autónomo de encubrimiento, por lo que contrario a lo regulado en la ley contra la narcoactividad, la cooperación o ayuda con posterioridad a la comisión del delito en ningún caso constituye autoría.

- Esta norma nos atrae al concepto único de autor, que también choca con la tradición jurídica guatemalteca y con la doctrina que distingue claramente al autor del encubridor.

- Esta disposición carece absolutamente de técnica porque confunde al encubridor con el cooperador necesario.

- Elimina la cooperación en fase ejecutiva.

**c) Emitir promesas anteriores a la perpetración**

- En principio choca con la regulación contenida en el artículo 37 del código penal que señala que quien prometa su ayuda o cooperación para después de cometido el delito; nótese que esta disposición, no distingue si la ayuda o cooperación se promete para antes o después de la comisión del hecho, por lo que se caería legalmente en la figura del cómplice. Sin embargo, existe concurso aparente de leyes, por lo que técnicamente debe aplicarse la ley especial. Además tampoco exige el cumplimiento de las promesas.

- Ingresamos nuevamente dentro del ámbito del acuerdo previo, con todas las consecuencias y atropellos que oportunamente quedaron señalados, por lo que la crítica en el sentido de que viola principios constitucionales y derechos fundamentales como la libertad de acción que se extiende a esta regulación.<sup>(166)</sup>

---

(166) Sobre esta consideración, véase lo analizado en página 56 y subsiguientes.

- Nos acercamos al concepto unitario de autor puro, debido a que no distingue ninguna forma de participación, además incurre en la aplicación del derecho penal de autor y consideraciones sobre peligrosidad del individuo.

**d) Quien instigue a la realización o determinación**

Señala expresamente la figura del instigador o determinador; pero al final se refiere a instigar a determinar, que equivale a instigar a instigar, por lo que va a sancionar como inductor (legalmente autor), a quien induzca a inducir.

Esta última parte se enfrenta también a lo dispuesto en el código penal que señala que la instigación debe ser directa, es decir el inducido será un individuo determinado.

Por medio de un ejemplo se tratará de clarificar esta disposición:

Si A convence a B de que éste a su vez instigue a C para que cometa el delito, y el influjo de B sobre C es de tal entidad que este resuelve ejecutarlo, ambos serán sancionados a título de autor (inductor). Cuando en realidad esta figura se asemeja más a la cooperación necesaria, en razón de que no existe inducción directa, tal como quedó apuntado al desarrollar la inducción.<sup>(167)</sup>

**e) También se considerará autor a quien valiéndose de su superioridad jerárquica, determine a uno de sus subordinados mediante órdenes genéricas de contenido prohibido por la presente ley.**

Esta disposición parece un reconocimiento a la autoría mediata en la legislación guatemalteca a través de aparatos organizados de poder. La razón de esta afirmación se basa en que el mismo artículo hace referencia clara del instigador o inductor y en este apartado se refiere al superior que por razón de jerarquía determine a un subordinado a cometer un delito. El legislador consideró que fuera de la inducción en general, existe una situación de hecho provocada por la formación jerárquica de determinadas instituciones (ejército y Policía Nacional Civil), que no constituyen inducción.

Por otro lado el artículo 11 de la misma ley regula la complicidad:

*"Serán considerados cómplices, quienes voluntariamente auxilién de cualquier modo a la realización del hecho o quienes prestaren una ayuda posterior al mismo, en virtud de promesas anteriores a su perpetración, sin que esos auxilios tuviesen las características previstas para los autores".*

---

(167) Ver capítulo IV, título 25, subtítulo C., literal b. del presente trabajo.

a. **Quien preste voluntariamente auxilio de cualquier modo a la realización del hecho, que no sea necesario:** Esta disposición, en principio se refiere al cooperador no necesario, con un claro avance respecto del código penal;

b. **Quien preste una ayuda posterior al mismo, en virtud de promesas anteriores a su perpetración, sin que sea necesario:** Esta disposición difiere de la contenida en el numeral 2o. del artículo 37 del código penal, en que exige la prestación efectiva de ayuda posterior a la consumación del hecho, en virtud de promesa anterior a la misma.

Aún cuando es más aceptable que la disposición del código penal porque exige una verdadera acción, es controversial, por que la ayuda se produce con posterioridad a la consumación, con lo cual puede surgir una confusión con el encubrimiento.

Con éste surge la verdadera figura denominada doctrinariamente auxiliador "*sub sequens*", NUÑEZ, citado por TERAN LOMAS<sup>(168)</sup> "no consiste en un aporte posterior al hecho, porque la promesa, que es lo determinante de la culpabilidad, es anterior a él"; JIMENEZ DE AZUA, también citado por TERAN LOMAS<sup>(169)</sup> señala que el encubridor no tiene nexo causal alguno con la ejecución del delito, lo que sí ocurre con el auxiliador "*sub sequens*", cuyos actos, si bien son subsiguientes, parten de una promesa previa, actividad anterior al delito.

Esta afirmación de JIMEZ DE AZUA, parece aceptable conforme lo dispuesto en el artículo 474 del código penal, que señala que es responsable de encubrimiento propio quien sin concierto, connivencia o acuerdo previos con los autores, o cómplices del delito pero con conocimiento de su perpetración, interviniere con posterioridad.

### 37) LA PELIGROSIDAD Y LAS DISPOSICIONES SOBRE LA PARTICIPACION EN EL DELITO SEGUN EL CODIGO PENAL GUATEMALTECO

Respecto de la peligrosidad, ZAFFARONI<sup>(170)</sup> menciona que "...fue la ideología de las élites latinoamericanas y sigue siéndolo" y continúa diciendo: "El peligrosismo jamás

---

(168) TERAN LOMAS, Op. Cit. p. 161.

(169) Loc. cit.

(170) ZAFFARONI, op. cit. p.298.

desapareció ni se oscureció en Latinoamérica. Hasta el día de hoy se sigue manifestando en sentencias, artículos, discursos políticos, jurídicos, etc."

Es indudable que esta concepción de ZAFFARONI, parece estar vigente en el presente en Guatemala: el discurso político gira en rededor a la sanción a toda costa del delincuente y mientras más drástico mejor (prueba de ello es el clamor por la aplicación de la pena de muerte); normas penales expresas tales como el artículo 65 que señala que para fijar la pena se basarán entre otros en: la mayor o menor peligrosidad, los antecedentes personales del culpable; el artículo 87, que hace referencia expresa al estado peligroso; los artículos 131, 132, 132 bis literal b) que sanciona el parricidio con la pena de muerte, cuando las circunstancias y móviles revelen una mayor peligrosidad del culpable.

Este estado peligroso o la presunción de peligrosidad, no puede ser fundamento de punibilidad en contra del agente, ya que esto equivale a violación del principio de defensa y niega en todo caso (formal o legalmente) la posibilidad del individuo de regenerarse.

Asimismo, se considera que algunos presupuestos de los artículos 36 y 37 del código penal se basan más bien en un estado peligroso del agente que en su efectiva participación al hecho y en tal razón constituye violación a derechos constitucionales. Esta consideración se extiende a las siguientes normas: Numerales 4o. del artículo 36 y 1o. y 2o. del artículo 37.

## CAPITULO VII

### Estudio jurisprudencial

#### 38) INTRODUCCION

En este apartado se analizarán algunas sentencias vertidas por las Salas de la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia.

Es de enfatizar la escasa jurisprudencia respecto de este tema y la que se logró encontrar, sirve para acuñar la conclusión sobre la necesidad de revisar la actual legislación en materia de autoría y participación.

Es indispensable retomar algunos temas desarrollados en el transcurso de este trabajo, sobre garantías penales y los derechos individuales, partiendo del principio de legalidad, que contiene para los efectos de este capítulo, la garantía de taxatividad y seguridad jurídica, que consiste en la necesidad de la reserva de ley, que requiere para el efectivo cumplimiento de la norma que las conductas punibles se definan clara y concretamente, sin ambigüedades, ya que la vaguedad además de privar el principio de legalidad, destruye la seguridad jurídica; el derecho de defensa, dentro del cual el sistema guatemalteco engloba la fundamentación de las resoluciones y cuya omisión viola dicho derecho; la libertad de acción, que señala que nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que no sean típicas, aquí se incluye la irretroactividad, en razón de que la tipificación debe ser anterior a la comisión del hecho.

En conclusión, en toda resolución jurisdiccional se deben respetar entre otros derechos los anteriormente mencionados.

Un aspecto que es importante recalcar es que el artículo 11 bis del código procesal penal guatemalteco, señala dentro de las garantías procesales la fundamentación, el cual determina: "Los autos y las sentencias contendrán una clara y precisa fundamentación de la decisión, su ausencia constituye un defecto absoluto de forma. La fundamentación expresará los motivos de hecho y de derecho en que se basare la decisión así como la indicación del valor que se le hubiere asignado a los medios de prueba. La simple relación de los documentos del proceso o la mención de los requerimientos de las partes, no reemplazarán en ningún caso a la fundamentación. Toda resolución judicial carente de fundamentación viola el derecho constitucional de defensa y de la acción penal". Esta norma se ve desarrollada en

el artículo 389 del mismo cuerpo legal, el cual obliga al juzgador a hacer un razonamiento o fundamentación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estime acreditado, los razonamientos que inducen al tribunal a condenar o absolver; asimismo el artículo 394, señala como vicios de la sentencia, en el numeral 4), que falte o sea incompleta en sus elementos esenciales la parte resolutive. En el mismo sentido se manifiesta el artículo 147 de la Ley del Organismo Judicial, en el numeral d), respecto de la redacción de las sentencias, establece: "Las sentencias se redactarán expresando... d) Las consideraciones de derecho que harán mérito del valor de las pruebas rendidas y de cuales de los hechos sujetos a discusión se estiman probados; se expondrán, asimismo las doctrinas fundamentales de derecho y principios que sean aplicables al caso y se analizarán las leyes en que se apoyen los razonamientos en que descansa la sentencia", y la numeral e): "La parte resolutive, que contendrá decisiones expresas y precisas congruentes con el objeto del proceso".

Como queda claro, el juez debe fundamentar sus resoluciones, pero esta fundamentación debe ser adecuada conforme a los hechos y las pruebas rendidas y además debe ser congruente con la parte resolutive, puesto que la única forma en que las partes podrán hacer valer adecuadamente sus derechos, será conociendo con precisión los motivos en que funda el órgano jurisdiccional su resolución.

En el presente estudio se prescindirá del análisis de aspectos procesales y probatorios por no ser materia de la investigación y se circunscribirá a análisis de derecho sustantivo sobre autoría y participación.

### **39) CASOS CONCRETOS**

**A. Sentencia de la Honorable Sala Tercera de la Corte de Apelaciones; Gaceta de los Tribunales, primer semestre 1978, página 23 y subsiguientes.**

**- Condena por cooperación necesaria**

Proceso instruido contra dos personas, por el delito de homicidio.

Hecho imputado: Que el veintiocho de febrero de mil novecientos setenta y ocho, siendo las siete horas con treinta minutos, armados de machetes se presentaron a la residencia de JUAN CRISTOBAL VASQUEZ MARROQUIN, en el caserío Los Magueyes de la jurisdicción de Fraijanes y después de discutir entre sí, riñieron resultando los tres con

heridas en diferentes partes del cuerpo, habiendo muerto el señor VASQUEZ MARROQUIN. El señor ANICETO ALVAREZ OSORIO, declaró que junto con su padre ANICETO ALVAREZ VICENTE, cuando trabajaban en el terreno ubicado en "Los Magueyes", fueron atacados por cuatro hombres, hiriendo a su papá, entonces se metió a defenderlo usando su machete, el cual al sentirse herido soltó y se defendió con el brazo izquierdo.

La Sala fundamentó así: "Que la víctima JUAN CRISTOBAL VASQUEZ MARROQUIN, sufrió diferentes heridas producidas por machete, pero que la causa de la muerte fue por heridas penetrantes en el tórax y abdomen, producidas por arma de fuego; y que si bien el padre del procesado ANICETO ALVAREZ VICENTE fue el que hizo los disparos, el mencionado usó su machete en la contienda que se produjo, coadyuvó en forma directa en el hecho que provocó el deceso violento del señor VASQUEZ MARROQUIN".

**COMENTARIO:** Como se dijo, en este caso una persona fue condenada como cooperador necesario, porque a criterio de la Sala, coadyuvó (que según el diccionario de la Real Academia, quiere decir: contribuir, asistir o ayudar a la consecución de una cosa). Ahora bien, como lo afirma la Sala, el hecho que en forma directa provocó el deceso de la víctima, fueron heridas de bala en el tórax y abdomen y con esta conclusión.

Respecto de la cooperación necesaria, parece no encajar en el presente caso, porque las lesiones provocadas por el procesado, no coadyuvaron al resultado, es decir no se acreditó que las heridas de machete hayan sido un factor determinante para provocar el resultado (la muerte de la víctima), ya que aplicando el sistema de eliminación mental, si eliminamos las heridas de machete de todos modos las heridas de arma de fuego hubieran provocado la muerte. Además porque el principal elemento diferenciador entre autoría y participación, es precisamente la no actuación en la fase ejecutiva, es decir que el partícipe no debe actuar en la fase ejecutiva o consumativa tomando parte en la ejecución propia del delito, si no se estaría frente a la figura del autor inmediato.

Una posible solución en todo caso podrá ser enfocarlo como coautoría aditiva, porque hay que recordar que se considera coautor a *todo interviniente cuya aportación en el estadio de ejecución constituye un requisito imprescindible para la realización del resultado*

[

[REDACTED]

[REDACTED]

*perseguido, por tanto, aquel con cuyo comportamiento conforme a su función la empresa total existe o fracasa; cuya contribución es esencial, esencialidad que se produce cuando el sujeto retirando su contribución al hecho, puede desbaratar el plan. En este sentido el procesado actuó en la fase ejecutiva y es muy posible que de eliminar su colaboración el resultado hubiere sido el mismo, no porque la causa de la muerte haya sido la unión de las heridas de arma de fuego (provocadas por otro procesado) y las de machete (provocadas por éste), sino precisamente porque se conjuntaron para asegurar el resultado.*

**B. Sentencia de la Honorable Sala Séptima de la Corte de Apelaciones; Gaceta de los Tribunales, segundo semestre 1989, página 73 y subsiguientes.**

**- Condena por cooperación necesaria y complicidad.**

Proceso instruido contra ocho personas por los delitos de homicidio simple, portación ilegal de arma, interrupción o entorpecimiento de comunicaciones; contra dos además por los delitos de uso indebido de uniformes e insignias.

A los acusados de homicidio simple y portación ilegal de arma, se les imputó el siguiente hecho: Que el veintiuno de septiembre de mil novecientos ochenta y siete, a eso de las trece horas en la aldea Buena Vista del municipio de San Bartolo Aguas Calientes, en forma **multitudinaria** y armados de palos, machetes, hondas de hule, piedras y distintas armas de fuego, atacaron la auxiliatura de la aldea mencionada, realizando disparos en contra de las personas que se encontraban en el interior y exterior de la misma, ocasionando la muerte del señor **EUGENIO YOXOM ABAC**, por herida de bala a nivel torácico izquierdo; e interrumpir el servicio telefónico que comunica la aldea al cortar los cables.

Dicha sala fundamentó la sentencia así: "A los procesados Santos Bonifacio Az Argueta, Santos Chum Martínez, Santos Regino Larios Capriel y Nicolás García Hernández, les resultó positiva la prueba de los demonitratos, y fueron vistos armados dentro del grupo que se reunía a los alrededores de la auxiliatura municipal de la Aldea Buena Vista del municipio de San Bartolo Aguas Calientes del departamento de Totonicapán, el día veintiuno de septiembre de mil novecientos ochenta y siete, y al haberse encontrado perforaciones de bala en la pared trasera de dicha auxiliatura, es indudable que su intención era disparar contra las personas que se encontraban en el interior de la auxiliatura mencionada, ejecutando los actos encaminados directa o indirectamente a la producción del delito, como lo es haber

disparado con arma de fuego a dicha auxiliatura, y en cuya ocasión se dio muerte a EUGENIO YOXOM ABAC, y si bien es cierto consta en autos, que sólo un proyectil calibre veintidós milímetros, fue el causante de su muerte, también lo es que la cooperación de SANTOS BONIFACIO AZ ARGUETA, SANTOS CHUM MARTINEZ, SANTOS REGINO LARIOS CAPRIEL y NICOLAS GARCIA HERNANDEZ, para la realización del delito fue determinante, por lo que deben ser condenados como autores del delito de HOMICIDIO cometido en la persona de...<sup>(171)</sup>

Y continua manifestando que, respecto de los procesados NICOLAS GARCIA PEREZ, EUGENIO XILOJ LEON, SANTOS XILOJ GARCIA y ALEJANDRO XILOJ GUOX, "su participación debe tomarse como cómplices, en la muerte de EUGENIO YOXOM ABAC, toda vez que de las declaraciones testimoniales y demás medios de prueba analizados, se concluye: que animaron y alentaron a los autores en su resolución de cometer el delito"<sup>(172)</sup>.

**COMENTARIO:** Dicha sentencia condenó a cuatro de los procesados como autores del delito de homicidio y por el delito de portación ilegal de armas. En esta resolución la Sala hace mención de que actuaron los cuatro a título de cooperadores necesarios, ya que al quedar probado que un sólo proyectil fue el que le provocó la muerte, no era posible que los cuatro individuos dispararan el arma homicida, no obstante la sala no individualiza al ejecutor.

Esta sentencia como se nota, está basada en el artículo 36 numeral 3o., que reconoce al cooperador necesario y que legalmente es autor.

Más la participación del cooperador necesario, es accesoria a la del autor, pero la sala no acreditó quién era el ejecutor, por lo que no era viable condenar a los cuatro como cooperadores necesarios, debido a la accesoriidad de la participación. Cabe recordar que la punibilidad del cooperador es inseparable de la culpabilidad del autor.

Por otro lado, si la reunión de la multitud era para atacar la auxiliatura municipal, o los hechos se cometieron por impulso de la multitud y no fue posible determinar quien disparó el arma de la cual provino el proyectil que le provocó la muerte a la víctima, es obvio que la

---

(171) El realzado es del ponente.

(172) El realzado es del ponente.

figura encuadraba más bien dentro del delito de muchedumbre, conforme el artículo 39 del código penal. Mas si se hubiere incurrido en el primer supuesto, hubiera sido indispensable determinar quien asumió el carácter de director, porque determinar la participación material ejecutiva no fue posible. Si fuere el segundo de los casos, no podía sancionarse como cómplices, porque no se logró determinar quienes fueron autores, tampoco se distinguió quien tuvo el carácter de inductor, que en todo caso hubiera respondido como autor, aún cuando no hubieren participado en los hechos delictivos.

Respecto de las personas condenadas como cómplices, por animar y alentar la comisión del delito, basada en el artículo 37 numeral 1o.; este supuesto fue criticado por las razones expuestas en el desarrollo de la presente investigación, pero aplicado al caso concreto, se manifiesta nuevamente que la complicidad es accesoria a la autoría (material) y que no se determinó quien fue el autor directo, por lo que no es posible la sanción como cómplice en el hecho. Respecto de la aplicación del delito de muchedumbre, si la reunión no era con fines de cometer el delito, tampoco podían ser sancionados como cómplices, porque no participaron materialmente en la ejecución del hecho, mas si la participación fue de ánimo y aliento, sin ser el influjo psicológico de tal entidad para condenarlos como inductores (y por lo tanto autores) no parece lógica la condena como cómplices.

**C. Sentencia de la Honorable Sala Undécima de la Corte de Apelaciones; Gaceta de los Tribunales, segundo semestre 1989, página 81 y subsiguientes.**

**- Condena como autor, conforme el supuesto 4o. del artículo 36.**

Proceso instruido contra una persona, por el delito de homicidio continuado.

Al acusado se le formuló el siguiente hecho justiciable: Que el cuatro de marzo de mil novecientos ochenta y ocho, en horas de la noche, en compañía de cuatro individuos más, portando armas de fuego, llegaron a la cantina "El Rinconcito", ubicada en la colonia ampliación del parcelamiento El Rosario del municipio de Champerico de este departamento, lugar en donde dispararon sus armas en contra de tres personas, falleciendo dos de esas en el lugar y la tercera en un centro asistencial; que persiguió a una menor quien estaba en dicha cantina y usted con el arma de fuego que portaba le hizo varios disparos a dicha menor pero no le acertó ninguno, por lo que los cuatro individuos que lo acompañaban al ver que la citada menor logró huir le dispararon con las armas que portaban pero tampoco lograron

herirla, sino que equivocadamente le acertaron a usted un balazo en la pierna derecha; por lo que sus compañeros al verlo herido, intentaron llevarlo cargado, pero lo dejaron abandonado como a trescientos metros del lugar, dentro de una cuneta; y cuando pasaron sus compañeros con usted cargado frente a la casa de habitación del señor Genaro Ordóñez, éste les alumbró con una linterna por lo que uno de sus compañeros le hizo un disparo que no le pegó.

Se resume brevemente la sentencia: Se consideró probada la culpabilidad del procesado, por diversos medios de prueba, entre los cuales, la sala manifiesta: "El hecho sintomático de que en la fecha y hora de los sucesos, a poca distancia del lugar donde sucedieron los acontecimientos, el procesado fue encontrado herido de bala en una cuneta, y por ello desde un principio se le sindicó como a uno de los cuatro asaltantes, sin que haya dado explicación satisfactoria de su presencia en ese lugar"; declaración de la menor BLANCA ORALIA GARCIA PEREZ: "el día de los hechos ya se había dormido, y que como a las nueve de la noche, encontró a dos individuos desconocidos en el cuarto principal, en medio de su hermana y de su madre, quienes estaban tiradas heridas, por lo que preguntó a los hombres que había pasado; éstos le respondieron que dónde estaba su hermano y que les entregara el dinero. Al darse cuenta de que los hombres estaban armados, salió huyendo por la puerta de atrás y los dos individuos que la siguieron y le dispararon y observó que por el rumbo donde iba corriendo, junto a la alambrada que divide el terreno donde vive, con el de Cándido Rivera, se encontraba escondido otro individuo, al que presumiblemente lesionaron de bala por pegarle a ella, ya que después se enteró que estos dos se llevaron cargado al tercero que cuidaba a los asaltantes.

Luego considera la sala, que: "De la prueba de demonitratos, a pesar de que fue negativa, posiblemente por el tiempo transcurrido, se colige que la participación del procesado en la comisión de los hechos delictivos, fue el de asegurar o vigilar que ninguna persona o autoridad llegase al lugar donde los otros tres individuos perpetraban el crimen"<sup>(173)</sup>. Indica la sala además que: concurren varios indicios coordinados entre sí, en tiempo, lugar y acción, además debidamente entrelazados en cuanto al fin delictivo, que tienden a probar la culpabilidad del procesado, por lo que debe sancionársele como autor de tales hechos, por haber cooperado a la realización del delito en su perpetración, haberse concertado con los otros tres para su ejecución y estar

---

(173) El realzado es del ponente.

presente en el momento de su consumación.<sup>(174)</sup> A todo ello debe agregarse que su conducta predelictual es mala.

#### COMENTARIO:

Esta condena se basa en el artículo 36, numerales 3o. y 4o.

Respecto de la consideración de cooperador necesario, la cooperación necesaria se concibe como actos sin los cuales el hecho no se habría podido consumar, entonces vale la pena analizar, conforme la teoría de la equivalencia de las condiciones, si la presencia o ausencia del procesado era determinante para cometer el hecho y si éste no hubiera estado en el lugar en que la sala tiene por probado que estuvo el delito se hubiera podido consumar, la respuesta parece ser afirmativa, es decir que en todo caso la presencia del condenado no obstaba para la ejecución del hecho.

En este sentido, cabe recordar el análisis del vigilante en el caso de robo<sup>(175)</sup>, el cual no podrá considerarse partícipe, si no cumple con su cometido, que sería en este caso precisamente el de alértar a sus compañeros, si se aproximare alguna persona o autoridad, lo cual por no haberse actualizado no constituye actos de cooperación a la realización del delito en su preparación.

Respecto del inciso 4o., del artículo 36 (haberse concertado con los otros tres para su ejecución y estar presente en el momento de su consumación), ésta disposición está basada como quedó señalado en la teoría del acuerdo previo, como fundamento de la coautoría, la cual es objeto de fundadas críticas por ser violatoria a derechos individuales, debido a que no evidencia una verdadera participación y se basa en criterios más bien prejurídicos para sancionar al *delincuente*, como son la peligrosidad social, esta idea se ve acuñada por la misma sentencia, que señala que "a todo ello debe agregarse que su conducta **predelictual** es mala".

Asimismo, la propia Sala fundamenta su sentencia manifestando que "... haberse concertado con los otros...", sin analizar que el artículo 17 último párrafo del código penal establece que la conspiración sólo es punible en los casos en que la ley lo señala expresamente, con lo cual se viola el principio de legalidad.

---

(174) El realzado es del ponente.

(175) Al respecto ver capítulo c), D., numeral 16 del capítulo III. de este trabajo.

**D. Sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, 26 de febrero de mil novecientos noventa; Gaceta de los Tribunales, segundo semestre 1990, página 68 y subsiguientes.**

- **Anulación de la sentencia por vicio sustancial.**

Proceso instruido contra ocho personas, por los delitos de disparo de arma de fuego, lesiones, asesinato y robo agravado, y contra los dos primeros, además allanamiento.

Caso de procedencia del recurso de casación: La Sala Quinta de la Corte de Apelaciones, confirmó la sentencia condenatoria apelada, la cual en la parte resolutive dice: "DECLARA: 1) QUE JUAN FRANCISCO JIMENEZ CRUZ, ROMAN JIMENEZ CRUZ y PABLO ANTONIO JIMENEZ CRUZ, son autores responsables de los delitos de: DISPARO DE ARMA DE FUEGO, LESIONES, ASESINATO Y ROBO AGRAVADO, en concurso ideal, por los cuales los condena a cumplir la pena de VEINTE AÑOS DE PRISION, aumentada en una tercera parte, debiendo en consecuencia, cumplirla VEINTISEIS AÑOS OCHO MESES DE PRISION, incommutables en su totalidad; **asimismo JUAN FRANCISCO JIMENEZ CRUZ y ROMAN JIMENEZ CRUZ, la pena de UN AÑO DE PRISION, conmutables en su totalidad a razón de cincuenta centavos de quetzal diarios; debiendo cumplir dichas penas los sindicados, comenzando por la mayor en la Granja...**"<sup>(176)</sup>.

La Corte Suprema de Justicia, acogió el recurso de casación (conforme el decreto 52-73), por considerar que efectivamente se les impone la pena de un año de prisión, sin mencionar en la parte resolutive por qué razón, y se deduce que se debe al allanamiento.

**COMENTARIO:** Esta sentencia ilustra la deficiente fundamentación y redacción de las resoluciones jurisdiccionales, lo cual viola el derecho de defensa, conforme lo señala el artículo 11 bis del actual código procesal penal, decreto 51-92.

**E. Sentencia de la Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones; Gaceta de los Tribunales, primer semestre 1990, página 70 y subsiguientes.**

- **Condena por el delito de homicidio.**

---

(176) El realzado es del ponente.

Proceso instruido contra dos personas por el delito de homicidio.

Hecho imputado: Que el veinticuatro de octubre de mil novecientos ochenta y ocho, en horas de la madrugada, en la doce avenida, frente al inmueble marcado con el número veintiséis guión cincuenta y cinco colonia La Libertad, zona trece de esta ciudad, con ánimo de matar, hirieron con un cuchillo al señor MARIO ANTONIO CASTILLO ORELLANA, ocasionándole lesiones en región pectoral lado izquierdo sobre el segundo espacio intercostal y otra en el brazo izquierdo, misma que por su gravedad le causaron la muerte en el mismo lugar.

Sentencia impugnada: La Sala confirmó que los acusados son responsables de la muerte del mencionado, a través de los elementos de juicio y conforme a la lógica y a la experiencia; que corroboran la culpabilidad de los encartados por haber encontrado en el techo de su residencia un cuchillo con manchas de sangre, peritaje practicado en dicho instrumento, reconocimiento judicial practicado a los procesados quienes presentaban su ropa mojada y con barro lodoso, etc.

El recurso de casación planteado, versó sobre: "error de derecho al determinar la participación de cada uno de los procesados en los hechos que se declaren probados en la sentencia", conforme el decreto 52-73. Sin embargo el recurso fue declarado improcedente por defecto de técnica en su interposición.

**COMENTARIO:** Tal como lo denunciaron los recurrentes, en el recurso de casación, la Sala de la Corte de Apelaciones, no fundamentó claramente cual fue la participación que tuvieron los condenados en los hechos; únicamente se limita a considerarlos responsables, aún cuando por las características del caso concreto, únicamente uno de los condenados pudo haber sido el autor o ejecutor, porque sólo uno pudo haber realizado los actos consumativos y en todo caso el otro pudo intervenir como cooperador necesario. Queda patente la falta de conocimiento respecto de la autoría y participación en el delito, la cual se plasma en la pobre fundamentación o motivación de la sentencia.

**F. Sentencia de la Honorable Sala Undécima de la Corte de Apelaciones; Gaceta de los Tribunales, segundo semestre 1991, página 77 y subsiguientes.**

- **Condena por encubrimiento propio.**

Proceso instruido contra dos personas por los delitos de asesinato, lesiones graves y robo agravado; y contra un tercero por encubrimiento propio.

Hecho imputado: Que el doce de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, en el caserío Madronales, municipio de Ocos San Marcos, frente a una vivienda se apostaron y dispararon sin motivó, habiendo provocado la muerte de tres personas, heridas graves a otras tres, sustrayendo una radiograbadora.

Los procesados fueron condenados los dos primeros por asesinato y lesiones graves y el tercero por encubrimiento propio, en base a las pruebas.

Mas la sentencia respecto del condenado por encubrimiento propio señala: "Que la participación de Rolando Isaú Rodas López es dudosa, pero que es procedente condenarlo por el delito de encubrimiento propio, por pretender acreditar que el día y hora del hecho los encausados, se encontraban en lugar distinto, tratando de ayudar a los autores de los delitos motivo del proceso, (a eludir) de las investigaciones correspondientes, sustrayéndolos de la pesquisa judicial consecuentemente de la responsabilidad en dichos hechos" <sup>(177)</sup>.

**COMENTARIO:** La sentencia parece ajustada a derecho, porque no se acreditó que el condenado por encubrimiento hubiera prometido ayuda o cooperación antes del hecho y porque además no se demostró participación en fase preparatoria o ejecutiva.

Más en el caso particular podrían concursar delitos de encubrimiento y falso testimonio, toda vez que la intención de acreditar que los procesados se encontraban en un lugar distinto lo declaró ante juez competente.

**G. Sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, del 15 de junio de 1993; primer semestre 1993, página 133 y subsiguientes**

**- Sentencia absolutoria por el delitos de asesinato.**

Proceso instruido contra cuatro miembros del ejército.

Hecho imputado: Que el veintiséis de abril de mil novecientos ochenta y nueve, cuando se encontraban destacados en la base de patrullaje de la finca La Patria, Santa Bárbara, Suchitpéquez, el teniente CARLOS ENRIQUE GOMEZ ARAUJO, acompañado de el

---

(177) El realzado es del ponente.

sargento mayor MIGUEL ANGEL LOPEZ AYALA, de los especialistas DANILO SAMAYOA FLORES, OMAR ISAI CIFUENTES OCHOA, y diez soldados vestidos de civil, extrajeron de su residencia al señor JUAN MENDEZ, a quien mantuvieron cautivo por cuarentiocho horas en dicha base de patrullaje, y el veintiocho de abril del mismo año, a las veintiuna horas, usted directamente ordenó al sargento mayor MIGUEL ANGEL LOPEZ AYALA, que en una patrulla sacara al señor JUAN MENDEZ, supuestamente en busca y destrucción del enemigo, previamente giró instrucciones a dicho sargento para que supervisara la ejecución del señor JUAN MENDEZ, la cual fue efectuada a orillas del río Mocá, de la finca La Patria, Santa Bárbara Suchitépéquez, ya que dejaron colgado el cadáver en un árbol, lugar donde fue localizado.

El tribunal militar de sentencia declaró la inocencia de los procesados, resolución ratificada por la Sala de la Corte de Apelaciones constituida en Corte Marcial, en razón de que no se tomaron en cuenta las declaraciones de los co-procesados (el sargento y especialistas), porque el código militar las considera no imparciales, (toda vez que se mantenía el vicio de procesar a militares en el fuero militar aun cuando los hechos fueran del orden civil) y la Corte Suprema de Justicia sentenció en el mismo sentido.

**COMENTARIO:** El hecho relacionado anteriormente constituye un claro ejemplo de autoría mediata, por actuación a través de aparatos organizados de poder, porque como quedó dicho, se imputó al teniente (superior jerárquico de los demás procesados), haber ordenado el ingreso a la residencia del fallecido, sustraerlo a la fuerza, mantenerlo cautivo, sacarlo del destacamento y supervisar su ejecución; y será autor mediato, porque él tenía el dominio final del hecho, ya que si hubiera cambiado de parecer hubiera podido dar una contraorden en el sentido de suspender la ejecución.

Mas como es común en esta clase de delitos, quedan impunes, debido a las circunstancias en que se comete, ya que procesalmente es difícil llegar a la verdad material, porque no se giran órdenes escritas, además porque la legislación (aplicable en ese momento) establecía un valladar a la justicia y porque la situación política era apta para garantizar la impunidad en los delitos cometidos bajo esas circunstancias.

**H. Sentencia de la Honorable Sala Undécima de la Corte de Apelaciones; Gaceta de los Tribunales, segundo semestre 1995, página 117 y subsiguientes.**

**- Condena por homicidio**

Proceso instruido contra dos personas por el delito de homicidio.

Hecho imputado: Que el veinticinco de julio de mil novecientos noventa y cuatro, a eso de las diecisiete horas, en la finca Girondina jurisdicción de San Francisco Zapotitlan del departamento de Guatemala, le ocasionaron heridas en diferentes partes del cuerpo al señor Alejandro De León Carrillo, que le produjeron la muerte.

Sentencia: La Sala entre otras consideraciones, toma como prueba el informe médico forense y el reconocimiento judicial postmortem, el que atribuye la causa de la muerte a shock hipovolémico (desangramiento), provocado por las múltiples heridas cortocontundentes en el rostro, y por herida de arma de fuego en el muslo; atribuyendo las heridas cortocontundentes (por machete) a CESAR AUGUSTO PEREZ GUZMAN, y la herida de arma de fuego a GABRIEL PACAJAJ MEJIA. Por lo cual se les encontró responsables como autores del delito de homicidio.

**COMENTARIO:** En este caso se produce una sentencia por **COAUTORIA**, toda vez que ambos condenados realizaron actos ejecutivos, actuaron de común acuerdo, en razón de que participaron en el mismo hecho, en el mismo momento; tuvieron el dominio compartido del hecho, la acción de ambos individuos produjo el resultado (la muerte de la víctima).

Véase que el texto de la sentencia expresa que los "...encontró responsables como autores del delito de homicidio" y que no expone haberlos encontrado responsables como **COAUTORES**, con lo cual se evidencia que ni la legislación, ni la jurisprudencia reconoce expresamente la figura de la coautoría. Si bien es cierto el efecto ha de ser el mismo, técnicamente debe considerarse que lo correcto será denominar a esta forma de participación precisamente coautoría.

Este caso que eventualmente podría confundirse con la cooperación necesaria, porque es el conjunto de heridas el que produjo la muerte y siendo que ambos procesados realizaron actos sin los cuales el hecho no se hubiera consumado, debe traerse a cuenta que la actuación en la fase ejecutiva o consumativa, es la que verdaderamente distingue al cooperador del autor.

#### 40) CONCLUSION

Este último capítulo es la culminación de la presente investigación, el cual sobre la base de un análisis de la jurisprudencia reciente, busca adaptar la legislación y la doctrina, empleando además algunos criterios jurisdiccionales, partiendo de la teoría del dominio del hecho, como base por considerarse que es la más adecuada en la actualidad. Este estudio jurisprudencial, era indispensable para arribar a conclusiones valederas sobre este trabajo, lo anterior se desprende del desarrollo de los capítulos previos. Las resoluciones jurisdiccionales seleccionadas fueron las que por su contenido parecen adecuadas al tema, mismas que sirven para arribar: La redacción contenida en el código penal respecto de la autoría y participación en los artículos 36 y 37, provoca confusión debido a que no distingue al autor material, del inductor, del cooperador necesario y además la inclusión del concertado que está presente al momento de la consumación del delito, no regula expresamente la figura del autor mediato. Se entremezcla al inductor a inducir como cómplice, crea una figura que en principio llena los elementos de auxiliador "sub sequens", del cual no exige la verdadera acción posterior. Queda evidenciada además la falta de conocimientos especializados en los juzgadores respecto del delicado tema de la autoría y participación en el delito, que es patente en algunas resoluciones dictadas en el sentido de condenar a título de cooperador necesario cuando no se demostró que su actuar fuera indispensable para producir el resultado (ver literal A), o cuando no se demostró claramente quién disparó el arma de la que salió la bala que produjo la muerte de una persona (ver literal B); además de ello la carencia de motivación en las sentencias, fruto por un lado de la misma ignorancia sobre el tema y probablemente por la falta de técnica en la redacción de las mismas, con lo cual se viola el derecho de defensa (ver literal D). Por otro lado, es de hacer notar que del período comprendido de 1978 a 1997, tiempo en el cual se estudiaron las gacetas de los tribunales (a excepción de primer semestre de 1979, 1982 y 1994), se ha presentado únicamente un recurso de casación que pretendía discutir el fondo de la participación (ver literal E), el cual fue rechazado por defecto de técnica en su interposición, lo que denota desconocimiento dentro de los mismos abogados litigantes del tema de autoría y participación, el cual es merecedor de más atención, ya que por la pobre motivación de las sentencias sería viable obtener una resolución favorable.

Asimismo quedó de manifiesto la impunidad en los ilícitos producidos por autores mediatos que operaron en aparatos organizados de poder (ver literal g), a quienes se ve difícil una correcta aplicación de justicia, debido a las barreras que la propia legislación contiene.

## CONCLUSIONES

- 1) Si bien la regulación legal distingue entre autor directo, cooperador necesario, inductor, y concertado, a todos se les considera autores, por lo tanto se les sancionará como tal, pero deja en todo caso al juez la decisión de imponer la pena, lo que indudablemente nos acerca a un concepto unitario de autor, por lo que se concluye que Guatemala parte de un concepto restrictivo funcional o no puro de autor.
- 2) Las teorías que explican en concepto restrictivo de autor, están basadas en la teoría de la "equivalencia de las condiciones", como una forma de alcanzar a los partícipes del delito.
- 3) La teoría del dominio del hecho es en la actualidad la más adecuada para explicar lo que es la autoría y diferenciarla con las formas de participación, además explica claramente la figura del autor inmediato o directo, la figura del autor mediato o indirecto con sus respectivas formas.
- 4) El numeral 2o. del artículo 36 del código penal guatemalteco entremezcla al autor inmediato con el inductor, toda vez que quien a través de fuerza física o moral emplea a otro para cometer un hecho delictivo, tiene el dominio final del hecho, por lo tanto no puede ser considerado inductor.
- 5) Respecto de la regulación del inductor contenida en el presupuesto 3o. del artículo 36 del código penal guatemalteco, la punibilidad acerca de este partícipe se ve restringida para únicamente cuatro tipos penales, en razón de la disposición prevista en el artículo 17 último párrafo del mismo cuerpo legal.
- 6) Las disposiciones contenidas en el presupuesto 4o. del artículo 36 y numerales 1o. y 2o. del artículo 37 del código penal guatemalteco, no exigen para considerar al individuo autor y cómplice respectivamente la realización de ningún acto de participación ni en la preparación ni en la ejecución del delito, lo cual constituye un atropello a los derechos individuales, tales como la libertad de acción, el principio de legalidad, la relación de causalidad en el delito, e incurre además en el derecho penal de autor y se acuña en la teoría de la peligrosidad social.

- 7) La actual regulación respecto de la autoría en el delito favorece por un lado la impunidad, en razón de no regular expresamente la figura del autor mediato y excluir la punibilidad en general para el inductor; pero además favorece la violación a garantías fundamentales. Se concluye además en que al inductor no puede confundírsele como en autor mediato, debido a que aquel no posee el dominio del resultado, mientras que este sí.
- 8) La norma establecida en el numeral 4o. del artículo 37 del código penal, confunde a la figura del cooperador necesario con el cómplice, cuando este toma participación al enlazar al autor inmediato con el inductor, el que según la doctrina es el inductor del inductor.
- 9) Para determinar la coautoría no basta con postular la división funcional del trabajo, porque esto no hace diferencia con la participación, ya que funcionalmente el partícipe necesario también realiza una parte del total de los actos necesarios para la realización del delito; tampoco puede basarse en el acuerdo previo o conspiración, porque el sólo acuerdo no constituye participación, deben existir hechos que implique actos de ejecución, o donde se inicie la tentativa; y deberá considerarse más bien el criterio de compartimiento del dominio del hecho el que la determina.
- 10) La legislación guatemalteca reconoce la autoría mediata a través de grupos organizados de poder cuando el artículo 9 segundo párrafo de la ley especial contra la narcoactividad, se refiere al superior jerárquico que determine a un subalterno a cometer un hecho prohibido por dicha ley.
- 11) La norma que regula el delito de muchedumbre, en el código penal guatemalteco, en el numeral 1o., puede provocar confusión con la coautoría; ya que el mero hecho numérico no constituye una verdadera forma de distinción entre estas dos figuras.
- 12) Respecto de la disposición sobre la participación en delitos culposos, existe ambigüedad, ya que el artículo 127 que regula el homicidio culposo, señala que la pena se aplicará al autor, más al tenor del artículo 36, ha de considerarse autor al autor inmediato, al inductor, al cooperador necesario y al concertado presente al momento de consumar el hecho.

- 13) Existe desconocimiento sobre el tema de la autoría y participación en el delito, ya que los jueces no hacen una clara motivación de la sentencia y por lo tanto no se pronuncia expresamente sobre el grado y forma de participación en el delito, con lo cual además se viola el derecho de defensa; pero se evidencia además que por parte de los abogados litigantes que tampoco existe conocimiento sobre el mismo tema, ya que de 1978 a 1997 (período en el que se analizaron las gacetas de los tribunales, a excepción de la del primer semestre de 1979, 1982 y 1994), únicamente se planteo un recurso de casación que atacaba la participación, el cual dicho sea de paso fue rechazado por defectos de técnica.
- 14) Las sentencias generalmente se pronuncian reprimiendo personalidades y no conductas, con lo cual se incurre en el derecho penal de autor y en la teoría de la peligrosidad social del delincuente, con atropello a garantías y derechos fundamentales, que van en contra de un Estado Social y Democrático de Derecho.
- 15) En general la regulación respecto de la participación en el delito contenida en el código penal guatemalteco, es confusa y provee inseguridad jurídica.

## RECOMENDACIONES

- 1) Que se reforme la legislación penal, con la finalidad de que distinga claramente al autor del cooperador necesario y del inductor, con lo cual se aplique un verdadero concepto restrictivo de autor y evite confusiones interpretativas respecto de dichas figuras, además de incluir expresamente la figura del autor mediato.
- 2) Que sea reformado el código penal guatemalteco, en su artículo 17 tercer párrafo a efecto se positivice la punibilidad en contra del inductor ya que este constituye una verdadera forma de participación, en razón de que el contenido del mismo constituye una barrera infranqueable que provoca impunidad.
- 3) Que se suprima de la legislación penal vigente la punibilidad en contra del concertado para cometer el delito y que lo presencia al momento de su consumación, contenido en el numeral 4o. del artículo 36 del código penal guatemalteco, en razón de que viola derechos individuales, ya que no requiere la efectiva intervención del individuo.
- 4) Que se elimine de la normativa sustantiva penal la sanción contra el cómplice moral señalado en el artículo 37 numeral 1o. del código penal, debido a que extiende desmedidamente la punibilidad a personas que no tienen participación en la comisión del hecho, con lo cual viola derechos fundamentales.
- 5) Que se reforme el inciso 2o. del artículo 37 del código penal guatemalteco, por ser violatorio a derechos constitucionales, en razón de que castiga a un sujeto que promete ayuda para después de cometido el hecho, sin que la misma se materialice, con flagrante violación de la libertad de acción, debiendo incluir el elemento de realización del ofrecimiento, configurando así la figura del "auxiliador sub sequens".
- 6) Que se derogue la disposición contenida en el numeral 4o. del artículo 37 del código penal, por confundir al cooperador necesario con el cómplice.

## BIBLIOGRAFIA

### A.LIBROS

1. **DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel**  
La autoría en Derecho Penal  
Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A.  
1a. edición  
Barcelona, 1991
2. **ZAFFARONI, Eugenio Raúl**  
Manual de Derecho Penal, parte general  
Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera  
6a. edición  
Argentina, 1991
3. **MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARAN, Mercedes**  
Derecho Penal, parte general  
Edita: Tirant Lo Blanch  
Valencia, 1993
4. **BACIGALUPO, Enrique**  
Derecho Penal, parte general  
Editorial Hammurabi S.R.L.  
2a. edición  
Argentina, 1987
5. **SOLER, Sebastian**  
Derecho Penal Argentino, tomo II  
Tipográfica Editora Argentina  
4a. edición, 10a. reimpresión  
Buenos Aires, 1992
6. **BUSTOS RAMIREZ, Juan y VALENZUELA, Bejas**  
Derecho Penal Latinoamericano Comparado,  
Tomo III, parte general de los Códigos y proyectos  
Ediciones De Palma  
Buenos Aires, 1983
7. **AUTORIA Y PARTICIPACION CRIMINAL**  
Fundación Myrna Mack  
Serie: Justicia y Derechos Humanos/1  
Guatemala, 1996
8. **HERRENDORF, Daniel E. y BIDART CAMPOS, German J.**

Principios de Derechos Humanos y Garantías  
Editorial EDIAR,  
Buenos Aires, 1991.

9. **BIDART CAMPOS, German J.**  
Teoría General de los Derechos Humanos  
Editorial Astrea,  
Buenos Aires, 1991.
10. **TERAN LOMAS, Roberto A.M.**  
Derecho Penal parte general, tomo 2,  
Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma,  
Buenos Aires, 1980.

#### **B.TESIS**

1. **ANGULO LOPEZ, Dalia Azucena**  
"La autoría en el código penal guatemalteco"  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,  
Universidad de San Carlos de Guatemala,  
Guatemala, agosto de 1998
2. **AGUILAR PALMA, Nubia Irazema**  
"Análisis de la participación en la comisión del delito"  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,  
Universidad de San Carlos de Guatemala,  
Guatemala, junio de 1997
3. **FONCEA CHAMPNEY, José Manuel**  
"La Autoría y la participación en el derecho penal guatemalteco"  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,  
Universidad de San Carlos de Guatemala,  
Guatemala, abril de 1990
4. **GUTIERREZ LONGO, Hilda Eugenia**  
"La participación en el delito en el código penal guatemalteco"  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,  
Universidad de San Carlos de Guatemala,  
Guatemala, agosto de 1976

### C.LEGISLACION

1. Constitución Política de la República de Guatemala 1985
2. Convención Americana Sobre Derechos Humanos
3. Código Penal, Decreto 17-73
4. Código Procesal Penal, Decreto 51-92
5. Ley Contra la Narcoactividad
6. Ley del Organismo Judicial
7. Código Civil
8. Código de Comercio

### D.OTRAS FUENTES

1. **GALVEZ BARRIOS, Carlos Estuardo**  
La Participación en el Delito  
Ponencia XVI Congreso Jurídico Guatemalteco  
Guatemala, 1997
2. **GACETA DE LOS TRIBUNALES,**  
Primer Semestre 1978
3. **GACETA DE LOS TRIBUNALES,**  
Segundo Semestre 1978
4. **GACETA DE LOS TRIBUNALES,**  
Segundo Semestre 1989
5. **GACETA DE LOS TRIBUNALES,**  
Segundo Semestre 1991
7. **GACETA DE LOS TRIBUNALES,**  
Primer Semestre 1993
8. **GACETA DE LOS TRIBUNALES,**  
Segundo Semestre 1995