

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



**ESTUDIO SOBRE LA TEORÍA DEL DOMINIO
DEL HECHO EN EL CÓDIGO PENAL
GUATEMALTECO**

JAIME DE JESÚS RODRÍGUEZ MEZA

GUATEMALA, JUNIO DE 2007

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

**ESTUDIO SOBRE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO EN EL CÓDIGO PENAL
GUATEMALTECO**

TESIS

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

Por

JAIME DE JESÚS RODRÍGUEZ MEZA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, junio de 2007.

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



DECANO	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I	Lic. Cesar Landelino Franco López
VOCAL II	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV	Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V	Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta:	Licda. Marisol Morales Chew
Vocal:	Lic. Helder Ulises Gomez
Secretario:	Lic. Hector Manfredo Maldonado M.

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Napoleón Orozco Monzón
Vocal:	Lic. Hector Manfredo Maldonado M.
Secretario:	Lic. David Sentés Luna

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



Guatemala, 8 de ma

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

Respetable Licenciado:

En cumplimiento de la resolución emanada de esa Casa de estudios, donde se me nombra como asesor del trabajo de tesis del Bachiller **JAIME DE JESÚS RODRÍGUEZ MEZA**, intitulado "ESTUDIO SOBRE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO EN EL CODIGO PENAL GUATEMALTECO". Reuniéndome para tal efecto con el estudiante y haciendo las sugerencias que demanda el asesoramiento correspondiente.

El referido trabajo se dividió en cuatro capítulos a saber. El primero explica los aspectos generales de la participación en el delito. El segundo capítulo las formas de participación intentada y en el tercero la regulación de legal de las mismas, para que en el último se establezca las teorías que hay al respecto y de las cuales nace la teoría del dominio del hecho.

Por las razones expuestas no tengo limitación alguna para emitir **DICTAMEN FAVORABLE** a la presente investigación para que continúe con su tramitación correspondiente.

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

Atentamente,

Lic. Marcos Aníbal Sánchez Mérida

Col. 5247

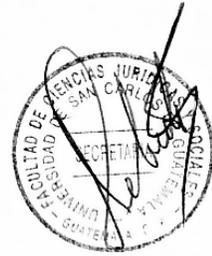
MARCOS ANIBAL SANCHEZ MERIDA
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES. Guatemala, nueve de septiembre del año dos mil tres.-----

Atentamente, pase al LIC. HÉCTOR ESTUARDO ORTÍZ PELÁEZ, para que proceda a Revisar el trabajo de Tesis del estudiante JAIME DE JESUS RODRÍGUEZ MEZA, intitulado: "ESTUDIO SOBRE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO", y en su oportunidad emita el dictamen correspondiente.

MIAE/sllh



Lic. Héctor Estuardo Ortiz Peláez

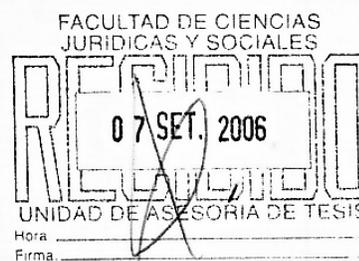
Abogado y Notario

BOULEVARD LIBERACION 1-71 ZONA 9
GUATEMALA, C. A. 01009
TEL/FAX 360-6195



Guatemala, 23 de septiembre de 2003

Licenciado
Carlos Estuardo Galvez Barrientos
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho



Estimado Señor Decano:

En cumplimiento de providencia de fecha nueve de septiembre del año en curso, procedí a revisar el trabajo de Tesis de Bachiller JAIME DE JESÚS RODRÍGUEZ MEZA titulado ESTUDIO SOBRE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO.

En tal virtud, me permito informar a usted:

- a) El trabajo realizado cumple con los fines fijados, siendo manifiesta la dedicación de su autor, evidenciando además que utilizó una metodología adecuada, lo que permite una interpretación más fácil y didáctica de la institución jurídica analizada.
- b) En tal virtud, DICTAMINÓ: que la Tesis analizada reúne los requisitos tanto de fondo como de forma establecidos en el Reglamento respectivo, motivo por el cual considero que es procedente que sea discutida en Examen <público previo a optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y a los Títulos de Abogado y Notario.

Aprovecho la oportunidad para suscribirme del Señor Decano con las muestras de mi más alta consideración.

Héctor Estuardo Ortiz Peláez

Abogado y Notario

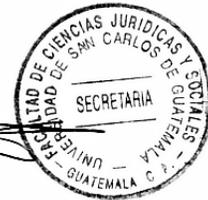
col. 3391

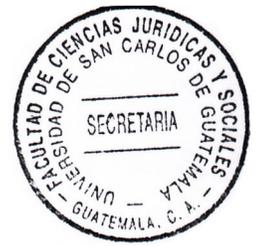


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES. Guatemala, cuatro de mayo del año dos mil siete-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JAIME DE JESÚS RODRÍGUEZ MEZA, Intitulado "ESTUDIO SOBRE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/slth





DEDICATORIA

- A DIOS: De su boca viene todo conocimiento e inteligencia.
- A: La Santísima Virgen María, la madre de nuestro señor.
- A MIS PADRES: Francisco Luis Rodríguez Castillo y Diana Azucena Meza de Rodríguez.
- A MI ESPOSA: Denise Emilia Fuentes Reyes de Rodríguez
- A MIS ABUELOS: Jesús Rodríguez y Amada Castillo (QEPD).
- A MIS HERMANOS: Con amor y respeto a todos ellos.
- A MIS PRIMOS: Con aprecio.
- A MIS TÍOS: Alba Luz Rodríguez de Arriola y Jorge Arriola Bruck.
- A MIS AMIGOS: Lic. Marcos Aníbal Sánchez Mérida y su familia, William Lepe. En especial al Doctor Rolando Calderón y su esposa Senia de Calderón. En agradecimiento por su apoyo moral, material que contribuyo en el presente logro.
- A MI ASESOR: Lic. Marcos Aníbal Sánchez Mérida.
- A MI REVISOR: Lic. Héctor Estuardo Ortiz Peláez.
- A: La Universidad de San Carlos de Guatemala y en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



ÍNDICE

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

CAPÍTULO I

1. La teoría del dominio del hecho.....	1
1.1 Generalidades.....	1
1.2. Naturaleza y contenido de la teoría del dominio del hecho.....	2
1.3. La participación en el delito.....	7
1.3.1. Concepto.....	7
1.3.2. Definición.....	9
1.3.3. Clasificación.....	10
1.3.3.1. Autor.....	10
1.3.3.2. Cómplice.....	15
1.3.3.3. El delito de muchedumbre.....	20

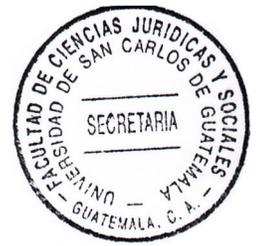
CAPÍTULO II

2. Las formas de participación intentada.....	31
2.1. Elementos de las formas de participación intentada.....	31
2.1.1. Concepto de participación intentada.....	31
2.1.2. Definición.....	34
2.1.3. Clases.....	34
2.1.3.1. Conspiración.....	35
2.1.3.2. Proposición.....	35
2.1.3.3. Provocación.....	36



CAPÍTULO III

3. Ubicación sistemática de las formas de participación.....	39
3.1. Análisis de su regulación.....	39
3.2. Propuesta de su regulación.....	41
CONCLUSIONES.....	43
RECOMENDACIONES.....	45
BIBLIOGRAFÍA.....	47



INTRODUCCIÓN

La teoría del dominio del hecho, constituye una forma bastante adecuada de establecer la participación en el delito, y es ya el principal instrumento en el desarrollo de figuras como la del cómplice o la formas de participación intentada que observan muchas legislaciones. Sin embargo, cuando el Decreto 17-73 el Congreso de la República entró en vigencia en Guatemala, esta teoría aún no se encontraba desarrollada y en todo caso no era de aceptación universal.

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

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

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



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

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

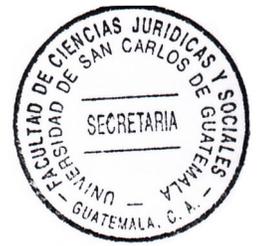
En el desarrollo de la presente investigación se puede establecer el cumplimiento de la hipótesis, así como el de los objetivos trazados en el plan de investigación. En el caso de la hipótesis, se planteaba la necesidad de la observancia en la normativa del Código Penal de la teoría del dominio del hecho, lo que según el propio contenido de este trabajo ya deviene urgente. En el caso de los objetivos, el general especialmente, se tiene la posibilidad de establecer la inquietud en torno a la mencionada necesidad.



El presente trabajo para los efectos de su exposición dividido en tres capítulos a saber. El primero detalla todos los elementos generales de la teoría del dominio del hecho, el segundo las formas de participación intentada y el tercero la ubicación sistemática de las formas de participación.

La teoría utilizada en el desarrollo de la presente investigación ha sido la del dominio del hecho, siendo que el análisis de esta, constituye el principal aporte del trabajo, ha sido necesaria su explicación detallada y el estudio de los beneficios que ofrece en la dogmática del derecho penal sustantivo moderno. Por ello, la teoría del dominio del hecho, es planteada en el presente contenido como la fórmula de solución a la problemática teórica que puede presentar la participación y en el delito y especialmente la autoría.

Para la demostración del hipótesis, fue necesaria la utilización de los métodos científicos de inducción y de deducción, estableciéndose así, el estudio general de la teoría del dominio del hecho y su aplicación particular en la legislación penal guatemalteca.



CAPÍTULO I

1. La teoría del dominio de hecho

1.1. Generalidades

Merece la consideración de coautor de un delito el que coopera a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado, necesidad del acto aportado por el cooperador que ha de afirmarse cuando, en atención a las circunstancias singulares que configuran el hecho concreto, el reo se encontró en la situación real, por él percibida, de dejar correr o de detener o interrumpir, con su comportamiento, la realización de la acción típica materialmente ejecutada por los autores directos. La doctrina sentada en una sentencia alemana, determinó la relación con el Artículo 14 número 3 de Código Penal de dicho país, y fue recogida posteriormente en las decisiones de 4 marzo 1965 y 5 junio del mismo año. Por otra parte, también la ciencia española ha acudido ocasionalmente al criterio del dominio del hecho para distinguir entre autor y cómplice.

Ciertamente que vale la pena pensar si la doctrina del dominio del hecho puede ayudarnos a resolver los problemas planteados por la cooperación necesaria. Pues, en principio, parece factible decir respecto del Artículo 14 numeral 3 del



Código Penal, que lo que ahí se está definiendo es la conducta de un sujeto que tiene el dominio del hecho. "Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado". No sería absurdo interpretar este precepto dándole el contenido del dominio del hecho, puesto que lo tiene en sus manos, sabe que si actúa habrá delito y que si no actúa no lo habrá; es decir, domina el hecho, coloca una condición decisiva de la que depende que el hecho se produzca o no se produzca.

Es perfectamente correcto interpretar la ley en esa forma, la cuestión es, sin embargo, si con ello hemos ganado algo, si el criterio del dominio del hecho nos puede servir para determinar en el caso concreto, si la conducta examinada es de cooperación necesaria o de complicidad.

1.2. Naturaleza y contenido de la doctrina del dominio del hecho

Vemos con algún detalle cuál es la situación de esta doctrina en la dogmática alemana.

En primer lugar, Roxin ha mostrado sobradamente y llamado la atención sobre "los distintos contenidos que los diversos autores vinculan al concepto del dominio del hecho y que ha



llevado paulatinamente a toda la teoría, bajo la apariencia de unidad, a una vaguedad tornasolada”¹.

Prescindiendo de sus antecedentes, se puede decir, con Claux Roxin, que “su avance (El de la teoría del dominio del hecho) hasta convertirse en una concepción hoy casi dominante es obra de Welzel”². Ello no quiere decir que esta teoría sobre el concepto de autor sea definida sólo en el campo finalista. También fuera de él ha encontrado partidarios.

Es procedente la pregunta acerca de que: ¿Es la doctrina del dominio del hecho objetiva, subjetiva u objetivo-subjetiva? La doctrina del dominio del hecho aparece, por una parte, como una continuación de la teoría subjetiva en la formulación de ésta, de la que ya nos hemos ocupado anteriormente, de que el partícipe somete su voluntad a la del autor de tal forma que deja al criterio de éste el que el hecho llegue o no a consumarse. El hecho de dejar al criterio es lo que constituye el *animus socii*. Esta conexión entre dominio del hecho y teoría subjetiva la encontramos ya en Welzel, cuando escribe: “Ciertamente que el inductor incita el hecho ajeno y el cómplice lo apoya. Pero el dominio final sobre el hecho, el dominio sobre la decisión y su

¹ **Derecho penal**, pág. 13.

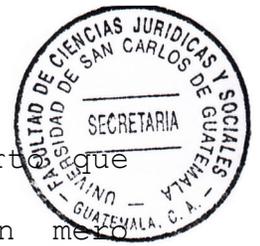
² **Manual de derecho penal**, pág. 121.



ejecución real lo tiene sólo el autor"³. En la misma concepción, más o menos estrecha, entre una y otra doctrina se basan, por ejemplo, las concepciones de V. Weber, Busch, Nowakowski, Bockelmann, Kohlrausch/Lange y de la fundamentación del proyecto alemán de 1962.

Pero la doctrina del dominio del hecho no es una subjetiva. Ni siquiera una objetivo-subjetiva como la califican muchos de sus partidarios, sin duda para dar a entender que se halla más allá de la tradicional disputa entre teorías objetivas y subjetivas, para dar a entender que es una superación de las tesis tradicionales. La doctrina del dominio del hecho es una totalmente objetiva - por lo menos, en el sentido que se da tradicionalmente a esta expresión dentro de las teorías de la participación-. El que tiene el dominio del hecho ya puede actuar con la voluntad que le dé la gana: el dominio del hecho lo seguirá teniendo. Y el que no es titular del dominio del hecho, aunque se ponga como se ponga, aunque tenga voluntad de autor, aunque quiera el hecho como propio, no por ello entra en posesión del dominio que antes no tenía. Con razón insiste Maurach constantemente en este carácter objetivo del criterio del dominio del hecho. Ciertamente es preciso que el titular del dominio del hecho sepa que lo tiene, que conozca. Las circunstancias fácticas

³ Welzel, Henry. **El estudio del delito en la sistemática penal**, pág. 242.



que fundamentan su dominio sobre el acontecimiento; cierto que este dolo del dominio del hecho es algo más que un mero presupuesto de imputabilidad: es ya una parte integrante del dominio del hecho, del que desconoce los factores objetivos constitutivos del dominio del hecho no se puede decir que lo tenga, pero que, por falta de dolo, no le es imputable, sino que la ignorancia de la situación objetiva lleva consigo ya la no existencia en el sujeto del dominio del hecho. Si un médico ruega a su colega, que no sospecha nada, que ponga una inyección (en realidad de veneno), no es posible decir que el colega que actúa tiene objetivamente el dominio del hecho y que lo que sucede es únicamente que, por faltarle el dolo, no lo sabe; lo que sucede es, más bien, que no tiene el dominio del hecho en absoluto. La idea de un dominio objetivo del hecho así concebido sería un contradictio in adiecto; sería tan carente de sentido como querer hablar en un hecho culposo de una acción objetivamente dolosa.

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



dominio del hecho no tiene nada que ver. Calificarla de objeto subjetiva, por tanto, sólo puede dar lugar a equívocos.

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

Para Welzel, "el autor final es señor de su decisión y de la realización de ésta, y, con ello, señor sobre su hecho que conforma en su existencia y en su ser así con finalidad consciente"⁴. El dominio del hecho corresponde al que lleva a cabo con finalidad consciente su decisión de voluntad. Coautoría es autoría, cuya especialidad consiste en que el dominio del hecho delictivamente unitario no reside en un individuo, sino que reside conjuntamente en varios. El dominio del hecho corresponde aquí en común a todos: no a un individuo, ni tampoco a varios individuos en concreto, sino que todos juntos son titulares de la decisión, constituyendo la actividad de cada uno, junto con las de los demás, en virtud de la conexión de sentido dada por la decisión común de acción, un todo unitario. La esencia de la complicidad consiste en la ejecución de acciones de ayuda sin

⁴ **Ibid.**



participar en la decisión ni en el dominio final del hecho. En los delitos dolosos es autor sólo aquel que, en virtud de dirección con finalidad consciente del acontecimiento causal que va a desembocar en el resultado típico, es señor de la producción del resultado.

1.3 La participación en el delito

1.3.1 Concepto

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

La participación es la intervención en un hecho ajeno. Dada esta circunstancia, de ser ajeno, esto deja por sentado ya, la existencia de un autor, un sujeto principal. Este hecho, como lo señala Juan Bustos Ramírez: "tiende a ser un hecho omitido por



varios tratadistas, y en efecto en Guatemala, sólo se toma en cuenta para efectos de la aplicación de la pena, y no para actividad de juzgar”⁵. De este modo desaparece la situación de autor y partícipe, este segundo como instigador, como accesorio, como encubridor o como cómplice.

En cuanto a la participación en el delito, Muñoz Conde señala: “Este diverso tratamiento penal de las distintas personas responsables e importantes particulares de cada una de ellas obliga a estudiarlas separadamente, pero dentro de unas categorías dogmáticas básicas, como son los conceptos de autoría y participación, que no coinciden exactamente con las legales. Desde el primer momento conviene dejar establecido con claridad que una cosa es lo que, a efectos de pena, el Código penal considera autores, y otra cosa es lo que desde un punto de vista conceptual puede entenderse como tales”⁶.

De tal manera que se debe aclarar que el partícipe no realiza su propio injusto, con lo que se rompería la teoría del tipo legal. Tampoco se trata de crear un tipo legal, para cada partícipe. De tal forma que se tendría atiborrado de posibles

⁵ Manual de derecho penal español, pág. 23.

⁶ Derecho penal, parte general. pág. 43.



figuras delictivas, nuestro Código Penal, situación que indudablemente tendería a la confusión segura de los juzgadores.

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

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

1.3.2. Definición

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



suponiendo de esta forma que participar es concurrir a la participación de un autor".⁷ De esta forma Juan Bustos Ramírez señala: participación se puede entender en sentido amplio o específico, desde un punto de vista amplio comprende a todos los intervinientes en un hecho delictivo, luego también a los autores; desde una perspectiva específica sólo son partícipes aquellos que no son autores, es decir, cuya actividad está en una relación de dependencia con la del autor, que sería la principal y la del partícipe la accesoria".⁸

Por su parte Muñoz Conde y García Arán señalan: "Desde el punto de vista dogmático, la distinción entre autoría y participación es fundamental y necesaria porque la participación en si misma no es nada, sino un concepto de referencia que supone siempre la existencia de un autor principal en función del cual se tipifica el hecho cometido".⁹

1.3.3 Clasificación

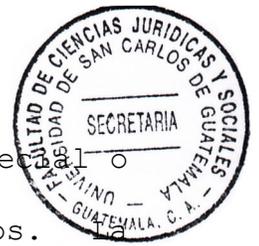
1.3.3.1 Autor

Según Santiago Mir Puig: "El autor es un sujeto que se encuentra en una relación especialmente importante respecto de

⁷ **Ibid.**

⁸ **Ob. Cit.**, pág. 325.

⁹ **Ob. Cit.**, pág. 385.



alguno de los hechos previstos como delitos en la Parte Especial que constituyen fases de imperfecta ejecución de los mismos.

doctrina entiende que dicha relación especial concurre cuando el sujeto realiza como propio alguno de los hechos mencionados. Autor es, en este sentido, el sujeto a quien se puede imputar uno de tales hechos como suyo".¹⁰

Según Claus Roxin: "Como regla general, se puede decir que quien está en un aparato organizativo, en el cual pueda impartir órdenes a personal subordinado, pasa a ser un autor mediato en virtud de la voluntad de dominio del hecho que le corresponde".¹¹

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

Durante las dos décadas pasadas, los países de América Latina se caracterizaron por una ola de violencia social y de terror organizado que se tradujo en desaparición de personas, ejecuciones extrajudiciales, torturas... etc. ...

¹⁰ **El tipo penal**, págs. 385-446

¹¹ **Ob. Cit;** pág 14.



Esta situación trajo aparejada la desarticulación del tejido social, la desconfianza de las instituciones y la perpetuación de la impunidad para cometer estos delitos.

...Si a los efectos negativos del sistema inquisitivo imperante le sumamos la existencia de una legislación penal que respondía a concepciones positivistas, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que el derecho y el sistema judicial, una vez más, no dieron respuesta a los conflictos que en la realidad social se estaban generando y por consiguiente, no resguardaron los derechos de los ciudadanos."¹²

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

¹² **La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder**, pág. 08.

¹³ Bustos Ramírez, Juan. **Ob. Cit**; pág. 289.



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

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

Se coligen claramente las grandes contradicciones que sustentan las mencionadas formas de autores, puesto que en el numeral segundo, tenemos una manifestación de instigadores, que ya es contemplada como figura delictiva, y que si bien concuerda dentro de la lógica del Código, no hace repercusión de las principales teorías en cuanto a la participación en el delito.

La participación es la intervención en un hecho ajeno. Dada esta circunstancia, de ser ajeno, esto deja por sentado ya, la existencia de un autor, un sujeto principal. Este hecho, como lo señala Juan Bustos Ramírez, tiende a ser un hecho omitido por



varios tratadistas, y en efecto en Guatemala, sólo se toma en cuenta para efectos de la aplicación de la pena, y no para actividad de juzgar. De este modo desaparece la situación de autor y partícipe, este segundo como instigador, como accesorio, como encubridor o como cómplice.

En cuanto a la participación en el delito, Muñoz Conde señala: "Este diverso tratamiento penal de las distintas personas responsables e importantes particularidades de cada una de ellas obliga a estudiarlas separadamente, pero dentro de unas categorías dogmáticas básicas, como son los conceptos de autoría y participación, que no coinciden exactamente con las legales. Desde el primer momento conviene dejar establecido con claridad que una cosa es lo que, a efectos de pena el Código penal considera autores, y otra cosa es lo que desde un punto de vista conceptual puede entenderse como tales".¹⁴

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

¹⁴ Ob. Cit. pág. 384.



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

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

1.3.3.2. Cómplices

Son cómplices:

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

4. Quienes sirvan de enlace para obtener la concurrencia de éstos en el delito.



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

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

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



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

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

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

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



El concepto de necesidad como se dijo, también es el segundo aspecto de la problemática del cómplice necesario, puesto que se tiene bien definido qué se debe entender por medios necesarios para la realización de un hecho delictivo, lo que conlleva a la dificultad de regular la figura del cómplice necesario.

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

La figura del cómplice necesario la desarrolló Gimbernat, con la teoría de la denominó: "bienes escasos que determinan al cómplice"¹⁵. Según ésta, si el autor del delito no cuenta con los suficientes medios para llevar a cabo su injusto, y éstos termina por proporcionárselos otro sujeto, éste último es el cómplice necesario, puesto que sin él, el autor no comete su delito. A esta figura de cómplice necesario, como le llama Juan Bustos Ramírez, "mientras que Ignacio Berdugo de la Torre le llama: cooperador necesario"¹⁶.

¹⁵ **Autor y cómplice en derecho penal**, Pág. 152.

¹⁶ **Ob. Cit**; pág. 293.



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

Es decir que este tipo de cómplice tampoco tiene dominio del hecho, puesto que si no se le tomaría como coautor, pero, su participación se genera a partir de un comportamiento que no es tan relevante que de eso mismo pueda depender la realización del delito. El sujeto como partícipe puede ser reemplazado por otro sujeto o por algún medio que cumpla su función, desde un punto de vista del autor. Es decir que si el cómplice necesario aportaba un medio indispensable, es decir un medio abundante, entonces se constituía como tal, pues eso mismo sirve para determinar que el cómplice simple es quien no aporta un medio esencial.

Es lógico que este cómplice debe recibir una pena menor que la que se le ha de asignar al cómplice necesario. De ahí su importancia en cuanto a la regulación de ambos.

Podemos llamar al cómplice necesario, cooperante necesario o como quiera llamársele, sin embargo, es claro que la participación del mismo no es coautoría. Y por otro lado, al cómplice simple se



le puede llamar cooperante no necesario, sin embargo, está claro que ésta es la forma más conocida de cómplice y la que en realidad debe existir con dicho nombre.

1.3.3.3 Delito de muchedumbre

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

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

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

participación material en la ejecución de los delictivos.



Quedarán exentos de pena los demás.

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

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

En tal circunstancia, se debe juzgar según el Código, como cómplices a aquellos que participaron materialmente, y como autores a aquellos que participaron como instigadores. Monumental error, nada más equivocado, porque basta con darle una breve lectura a lo que el Código Penal considera como cómplice, y en su Artículo 37, numeral 1°. señala que serán aquellos que animaren o alentaren, a la comisión de un delito; y luego se contradice adelante, en el Artículo 39 al considerar como autores a los instigadores, conducta ésta, que puede ser considerada como

sinónimo de aquellas del cómplice, además por no existir una definición legal de dichos términos en el Código.



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

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



Para el delito cometido en muchedumbre, lo que nos interesa, es que el Código Penal lo menciona como una forma especial de participación en el delito, ver Artículo 89 del Código Penal. De manera que cuando un delito se comete por una muchedumbre, y es posible establecer que su reunión fue con ese propósito (un linchamiento por ejemplo), es una participación en grado de autoría. Por el contrario, si se trata de un delito cometido en muchedumbre, que fue reunida sin el ánimo de cometerlo, entonces estamos frente a una participación en grado de complicidad.

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



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

Es cierta nuestra afirmación puesto que si analizamos el
Artículo 39 del Código referente al delito de muchedumbre, vemos
que el mismo se dirige a violentar jurídicamente las garantías
constitucionales de asociación y de la libertad de trabajo, puesto
que la exigencia del respeto de dichas garantías trae como
consecuencia la unión de obreros y campesinos, quienes tratan de
luchar por mejorar las condiciones misérrimas en que se
encuentran, siendo su única forma de lucha la de agruparse
públicamente, dirigiendo sus peticiones al Estado, peticiones que
justificadamente pueden llegar a ser exigidas por la fuerza.

Para evitar precisamente que la unión de los trabajadores
guatemaltecos pudiera poner en peligro el régimen económico y
social imperante, fue que se creó el delito de muchedumbre, delito
que no tiene ninguna sustentación científica y que al apartarse
del positivismo jurídico lo hace con las intenciones que hemos
señalado. Veamos en forma crítica lo que dice el Artículo 39 ya
mencionado: "Cuando se trate de delitos cometidos por una
muchedumbre, se aplicarán las disposiciones siguientes..." En
primer lugar, el Código no precisa qué debe entenderse por una



muchedumbre con lo cual deja abierto el camino a la interpretación analógica y extensiva de los tribunales para su calificación, que indiscutiblemente podrán aplicar antojadizamente su criterio sin ninguna limitación; claro está que considero que al hablar de muchedumbre, el código lo hace con la intención de aplicar sus preceptos a reuniones pacíficas de obreros o campesinos ya que de lo contrario no tendría mayor fuerza la reclamación que se hace. No está lejos el caso de los trabajadores de la embotelladora Coca-Cola de Guatemala que fueron sometidos a vejaciones por agentes de la autoridad llamados por los empresarios y consignados a los tribunales por el delito de muchedumbre, cuando lo único que hacían era exigir pacíficamente el derecho que les da el código de trabajo de sindicalizarse.

En segundo lugar, vemos que las reglas que el código da para determinar la responsabilidad de la muchedumbre son totalmente anacrónicas, vagas e inconsistentes y nuevamente, se refleja el objetivo principal que es el de atentar contra los derechos colectivos de los trabajadores: los supuestos en que se basan también son incomprensibles, puesto que la sustentación positiva que tienen contravienen preceptos o garantías constitucionales vigentes en Guatemala. Veamos, la regla primera dice que si la reunión tuvo por objeto cometer determinados delitos responderán como autores los dirigentes aunque no hayan participado, lo cual



es absolutamente inaceptable, puesto que es exigencia dentro de la propia doctrina positivista, que para que haya responsabilidad penal, es necesario haber participado materialmente en el hecho, y en este caso, se trata de imputar a los dirigentes de la reunión una participación que no han tenido, con lo cual se atenta directamente contra aquellas personas que representan por su capacidad de líderes alguna peligrosidad individual para la clase dominante. La segunda regla es aún mucho más imprecisa y violenta que la anterior puesto que utiliza términos que no son jurídicos y lo que es más, establece: que serán responsables las personas que participen en la muchedumbre, aunque ésta no haya tenido por objeto cometer ningún delito; y, oculta en un párrafo aparte se encuentra una norma que es el punto final en contra de las manifestaciones públicas o privadas de los obreros y campesinos y en general de los trabajadores. El párrafo más importante en el Artículo y ley señaladas, específicamente establece: que quienes participan en una reunión o manifestación, serán responsables por el sólo hecho de la reunión, si estuviera prevista en la ley como delito.

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



dominante, se presenta el delito de muchedumbre para violenta. Con extrema dureza las manifestaciones pacíficas promejas de las condiciones infrahumanas en que se encuentran los trabajadores guatemaltecos, muchos han sido los ejemplos que han sucedido en el último año en Guatemala, en las cuales se ha aplicado el funesto claro y que no oculta ninguna de las intenciones que lleva con el fin de acallar las justas demandas de los guatemaltecos. Obsérvese pues que no es festinada la crítica que hago a esta regulación de la participación en el delito que trae nuestro Código Penal. Por el contrario, he abundado en argumentos, pero la realidad es que se encuentra regulado en el ordenamiento legal una forma de participación que tiene por objeto: "Destruir por así decirlo el derecho de asociación y de libre reunión de los trabajadores del campo y de la ciudad adoptando una regulación que viene a poner de manifiesto la talla total de la seguridad, de la libertad de trabajo y la libre asociación de las que tanto se aprecia en nuestro Estado Constitucional de Derecho de Guatemala, esta norma penal no puede ser más que producto, como ya lo dije en párrafos anteriores, de un pensamiento imperialista que trató y obtuvo mediante la complicidad de los gobiernos latinoamericanos, de proteger sus inversiones económicas aunque la realidad de Guatemala sea totalmente diferente a las demás."¹⁷

¹⁷ **Violencia institucionalidaza**, pág. 13, 14.

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

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





Por tal motivo además el tema es muy poco abordado por tratadistas penales, puesto que lo consideran un tema no jurídico o simplemente, no lo consideran. Lo cual es fácil comprobar al leer los textos de autores nacionales como el Manual de Derecho Penal de los Licenciados Héctor Aníbal De León Velasco y José Francisco De Mata Vela.

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



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



CAPÍTULO II

2. Las formas de participación intentada

2.1 Elementos de las formas de participación intentada

2.1.1 Concepto de participación intentada

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

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



otra persona a su realización. Estos actos son considerados punibles por la comunidad de autores de doctrina, sin embargo, ocurre lo mismo en las legislaciones, puesto que como muestra, Guatemala no regula más que en el Artículo 17 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República, sin embargo, dicha ubicación sistemática no se encuentra en el apartado específico de la participación en el delito, sino más bien en Artículos aislados y por tal, da poca lógica organizativa al Cuerpo de leyes mencionado, a reserva de que la ubicación sistemática de cualquier figura o institución en el Código, acarrea importantes implicaciones.

Según, Claus Roxin:

“Como regla general, se puede decir que quien está en un aparato organizativo, en el cual pueda impartir órdenes a personal subordinado, pasa a ser un autor mediato en virtud de la voluntad de dominio del hecho que le corresponde”.¹⁸

Según María González:

“En la actualidad, la ciencia del derecho penal reconoce la existencia de la categoría de la autoría mediata, a través de la

¹⁸ Ob. Cit, pag. 14.



cual se permite imputar la comisión de un ilícito a título de autor al que se vale de otra persona para ello (autor inmediato instrumento).

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

...Si a los efectos negativos del sistema inquisitivo imperante le sumamos la existencia de una legislación penal que respondía a concepciones positivistas, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que el derecho y el sistema judicial, una vez más, no dieron respuesta a los conflictos que en la realidad social se estaban generando y por consiguiente, no resguardaron los derechos de los ciudadanos."¹⁹

Dentro de la doctrina española, la participación en el delito, presupone la existencia de un autor... y para este hecho basta con tener la intención criminal; de este modo desaparece la

¹⁹ **Ob. Cit;** pág. 34.



distinción entre autor y partícipe, entre hecho principal y actividad accesoria... La participación es "la intervención en un hecho ajeno". Dada esta circunstancia, de ser "ajeno", esto deja por sentado ya, la existencia de un autor, un sujeto principal"²⁰

2.1.2 Definición

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

"formas preparatorias punibles de la participación"²¹.

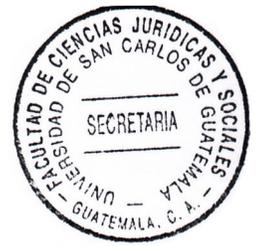
Por supuesto, las definiciones específicas de cada una de las formas que adoptan estas conductas preparatorias punibles se desarrolla en las clases de formas de participación intentada.

2.1.3 Clases

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

²⁰ Bustos Ramírez, Juan. **Ob. Cit**; pág. 289.

²¹ Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. **Ob. Cit**; pág. 298.



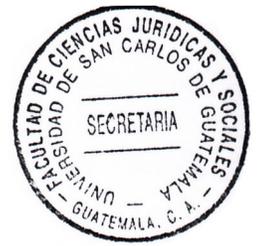
2.1.3.1 Conspiración

La conspiración se presenta cuando dos o más personas se ponen de acuerdo para realizar un delito. Muñoz Conde la define como: "La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo"²²

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

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

²² Ibidem.



2.1.3.2 Proposición

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

Muñoz Conde señala al respecto "la proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra y otras personas a ejecutarlo".²³

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

2.1.3.3 Provocación

Finalmente la provocación a diferencia de la proposición consiste en incitar o excitar de palabra, sea esta escrita o hablada, o por cualquier símbolo o forma de lenguaje, para que

²³ **Ob. Cit;** pág. 299.



determinada persona lleve a cabo un delito. La discusión en torno a esta forma de participación intentada es que debe ser punible únicamente en caso de que se lleva a cabo el delito, y no solamente por incitarlo y que luego no se realice.

La definición de provocación la extrae Muñoz Conde del Código Penal español, en el segundo párrafo del mismo Artículo que define a la proposición, en la siguiente forma: "La provocación existe cuando se incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia, a la perpetración de cualquier delito. Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción".²⁴

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

²⁴ Ob. Cit. pág. 299.



CAPÍTULO III



3. La ubicación sistemática de las formas de participación

3.1 Análisis de su regulación

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

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

Por tal motivo, es preciso realizar una investigación que permita establecer un análisis del principio de accesoriidad



limitada, que permita elaborar una propuesta de regulación en una ubicación sistemática distinta a la actual, es decir como correctamente debe hacerse, como participación en el delito.

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

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



La instigación ya es una forma de "participación del delito", en muchas legislaciones como la española, la argentina e incluso la chilena. Situación que debiese ser estudiada con mayor profundidad en la legislación nacional para un mejor desarrollo de la presente figura.

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

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

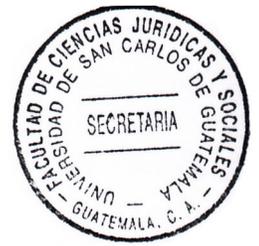
3.2 Propuesta de su regulación

Por todo lo expuesto en los capítulos precedentes y por las implicaciones de no ubicar sistemáticamente en el lugar idóneo las formas de participación en el delito, así como no definir lo que debe entenderse por provocación, es preciso la realización de una reforma al Código Penal en su parte conducente, y que dicha reforma vaya en dos sentidos: el primero de los cuales consiste



en ubicar sistemáticamente las formas de participación intentada, como lo son la conspiración, la proposición y la provocación, el Título V, Capítulo I, Parte General del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, de manera que se regulen dichas formas intentadas, adecuadamente como formas de participación en el delito. Y por otro lado, la provocación debe ser definida legalmente, al punto de corregir dicha laguna en el Código Penal vigente, en el cual se omitió establecer lo que debe entender por provocación y cuando se vuelve provocación y cuando no.

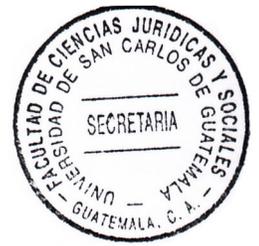
CONCLUSIONES



1. El Código Penal guatemalteco omite la aplicación de la teoría del dominio del hecho, especialmente en el Artículo 37 del cuerpo de leyes mencionados, por lo cual deviene obsoleta y confusa la técnica legislativa aplicada en la regulación vigente.
2. La forma en que se analiza la participación en el delito hasta hoy día en la aplicación de justicia en Guatemala, es la misma que ha sido reformada en otras legislación de derecho comparado tales como España, país en el que tal regulación fue modificada estructuralmente y de fondo con la reforma del año 1983, en la que se incorporó dentro de tal normativa, la teoría del dominio del hecho.
3. La mejor teoría en el análisis de la participación en un hecho delictivo se logra a través de la aplicación de la teoría del dominio del hecho, propuesta por los alemanes, especialmente Welzel, quien afirmaba en tal propuesta de análisis que, el sujeto que tiene dominio del hecho delictivo desde antes de su perpetración es autor, mientras que, quien no tenga tal dominio es un cómplice.



4. Es evidente en la regulación legal de los temas de autoría y participación en el delito, del Código Penal guatemalteco, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, la falta de una teoría que subordine el tratamiento de la figura del autor o del cómplice a criterios modernos.



RECOMENDACIONES

1. Se deben regular en la parte de la participación en el delito, en el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, las principales formas de participación intentada.
2. Es preciso reformar el Artículo 37 del Código Penal, en el sentido de regular la participación en el delito, de forma que se respete la teoría del dominio del hecho, particularmente en el sentido de establecer las formas de complicidad simple y complicidad necesaria y las formas de participación intentada en dicha norma legal, en la forma siguiente: "Artículo 37°. Cómplices. Son Cómplices de un delito: 1°. Cómplice Necesario: Aquel sujeto sin cuya participación el delito no se pueda llevar a cabo, 2°. Cómplice Simple: Aquel sujeto que participa en forma accidental en la realización del hecho delictivo. 3°. Cómplice por participación intentada: Quien participe en un hecho delictivo como instigador.





BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO Enrique, **Elementos de la teoría del delito**, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1989.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal español**, Ed. Ariel, Barcelona, España, 1996.
- CLAUX ROXÍN, Eduardo. **Manual de derecho penal**, Ed. PPU, Colombia, 1967.
- CUELLO CALON, Eugenio. **Derecho penal**, Tomo IV, Ed. Bochs, Madrid, España, 1947.
- DE MATA VELA, José Francisco y Héctor Aníbal De León Velasco, **Curso de derecho penal guatemalteco**, Ed. Universitaria, 2 edición. Guatemala, 1999.
- GIMBERNAT ORDEING, Estuardo. **Autor y cómplice en derecho penal**, Ed. Ariel, Madrid, España, 1976.
- GONZÁLEZ, María, **La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder**, Ed. Vile, Guatemala, 1998.
- MIR PUIG, Santiago. **El tipo penal**, Ed. PPU, Colombia, 1984.
- MONZÓN PAZ, Guillermo Alfonso. **La violencia institucionalizada**, Ed. Universitaria, Guatemala, 1978.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y García Arán, Mercedes. **Derecho penal parte general**, 2da ed., Ed. tirant Lo Blanch, Madrid, España, 2000.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso. **Derecho penal**, Ed. Boch, Barcelona, España, 1987.

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



WELZEL, Henry. **El estudio del delito en la sistemática penal**, Ed.
Jurídica, Santiago de Chile, 1976.

Legislación

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

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

Código Penal. Decreto 17-73 del Congreso de la República, 1973.