

una medida de seguridad.

- 569 Comienza la ejecución, sin que se presente ninguno de estos factores; pero, no realiza todos los actos necesarios para la consumación: la pena será atenuada (tentativa simple).
- 570 Ejecuta el agente de manera completa su acción, pero el resultado no se produce por circunstancias accidentales; la pena será atenuada como en caso de tentativa *stricto sensu* (delito frustrado).
- 571 Desiste espontáneamente el autor de continuar ejecutando su acción; no será castigado por tentativa, sino por los actos ejecutados que constituyen delito (desistimiento espontáneo).
- 572 La pena será la prevista para la tentativa (*stricto sensu*), si el delincuente, que ha hecho todo lo necesario para que se consume la infracción, interviene de *motu proprio* para impedir la producción del resultado (arrepentimiento activo).

## § 4. Tipo legal ampliado: participación delictiva

### A. Introducción

- 573 En principio el legislador parte de la idea de que las conductas descritas en los tipos legales son ejecutadas de manera individual. Esto se desprende del hecho de que utilice la fórmula: quien hiciere tal cosa será reprimido con tal pena. Aun en los casos en que recurre a una fórmula en plural, está pensando en que se trata de la comisión individual de la acción delictuosa.
- 574 En algunos casos, el legislador establece, por la naturaleza de la conducta a reprimir, el concurso de dos o más personas. Como en el delito de riña (art. 125, pf. 2), ya que para que se dé esta infracción es necesario que participen varias personas (según la doctrina 3 ó más), en el de rebelión (art. 385, "quienes se alzaren en armas ...") o sedición (art. 387, "quienes, sin desconocer la autoridad del gobierno constituido, se alzaren pública y tumultuariamente ..."), en el de

desorden público (art. 415, "quienes ..."), en el de motín de presos (art. 473, "Los detenidos o condenados que se amotinaren ...").

- 575 Fuera de estos casos, los demás delitos pueden ser y son, frecuentemente, cometidos por varias personas en conjunto. La regulación de las formas de intervención y de la responsabilidad de cada una de las personas, ha sido establecida en el Capítulo I del Título V del Libro primero del Código Penal, bajo la denominación De la participación en el delito; y el estudio de los problemas que este fenómeno conlleva se denomina en la dogmática penal, teoría de la participación delictiva.

## **B. Participación y sus formas**

- 576 El término participación es empleado en la ley en un sentido amplio. El art. 35 estatuye que son responsables penalmente del delito: los autores y los cómplices.
- 577 La expresión utilizada por el legislador, en el art. 36, "son autores ..." no debe conducirnos a error. En realidad, no pretende señalar quiénes son autores, sino indicar quiénes de los participantes en la comisión de un hecho punible deben ser castigados como si fueran autores.
- 578 En este artículo, han sido expresamente reguladas cuatro formas de participación: la coautoría ("quienes tomaren parte directa en la ejecución"), la instigación ("quienes fuercen o induzcan directamente a otro a ejecutarlo"), la complicidad primaria ("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") y la coautoría intelectual ("quienes habiéndose concertado con otro u otros para la ejecución de un delito, están presentes en el momento de su consumación").
- 579 En el art. 37, se prevén, primero, una forma de complicidad que puede ser calificada de síquica (animar o alentar a otro en su resolución de cometer un delito y prometer ayuda o cooperación para después de cometido el delito). Segundo, otra que puede ser

considerada de orden material (proporcionar informes o suministrar medios adecuados para realizar el delito y servir de enlace o actuar como intermediario entre los partícipes para obtener concurrencia de éstos en el delito).

### C. Maneras de regular la participación

- 580 En general se parte de la constatación de que es necesario y justo, desde un punto de vista de política criminal, la represión de todos aquellos que concurren de diferente manera en la comisión del acto delictuoso, cualquiera que haya sido su intervención. Se distinguen dos sistemas básicos en el tratamiento de la participación.
- 581 El primero, llamado **sistema unitario**, consiste en considerar como autores a todos los que, de una u otra manera, contribuyen a la ejecución del delito. Lo esencial es que la intervención de cada uno sea causa del resultado. Distinguir la importancia de cada una de estas intervenciones sólo es determinante para fijar la pena.
- 582 Esta concepción ha sido criticada, sobre todo, porque no concuerda con la función de garantía de la ley penal, consagrada en el principio de la legalidad. Este principio sería desvirtuado si se considerara como autor a todo aquel que contribuye causalmente a la producción del resultado, para sólo más tarde practicar algunas distinciones. Además, su aceptación conduciría a una ampliación desmedida de la función represiva. Por último, resulta contraproducente ya que, en la práctica, no se puede evitar hacer distinciones al momento de imponer la pena.
- 583 El segundo sistema denominado **sistema diferenciador**, consiste en distinguir las diversas formas de intervención de las personas que cometen un hecho delictuoso. Esta es la orientación tradicional y preponderante, en la doctrina y en la legislación. Sus defensores si bien están de acuerdo en la necesidad y factibilidad de distinguir entre los partícipes, no son contestes sobre el criterio a ser utilizado con tal objeto.

- 584 La diversidad de teorías elaboradas, en el interior de estos parámetros generales, y la pluralidad de matices que las caracterizan impiden, prácticamente, clasificarlas de una manera conveniente.
- 585 El criterio unitario no ha sido incorporado al Código Penal. Por el contrario, se ha distinguido de manera expresa entre autores y cómplices. El criterio utilizado es, fundamentalmente, causalista, pero admite la posibilidad de distinguir entre las distintas contribuciones de los participantes. Esto es notorio, sobre todo, en la caracterización que se hace de los cómplices primarios y secundarios.
- 586 La técnica empleada para practicar tal distinción será apreciada al momento de analizar cada una de las formas de participación, y, en particular, al estudiar la potestad dada al juez para sancionar a ciertos partícipes con la misma pena que al autor, lo que aparentemente significaría la admisión del tratamiento único y de la inutilidad de realizar una distinción entre ellos.

## **D. Autoría y participación: criterios diferenciadores**

### **a. Generalidades**

- 587 Antes de estudiar las disposiciones del Código Penal, creemos conveniente presentar una visión general de la situación del estudio de la participación en la doctrina. Los esfuerzos doctrinales realizados se dirigen, en particular, a establecer criterios seguros para diferenciar entre autoría y participación. Estos términos, debemos comprenderlos en el sentido de "ejecutores del hecho delictuoso principal".

### **b. Criterio subjetivo**

- 588 Partiendo de la teoría de la equivalencia de las condiciones para determinar la relación de causalidad, algunos autores han negado la posibilidad de distinguir objetivamente entre los diversos partícipes. Para ellos, todo el que contribuye causalmente en la comisión de la infracción es considerado como autor; de allí que se denomina a esta

corriente: **concepto extensivo de autor**. La imposibilidad de distinguir materialmente a los partícipes no los lleva a exigir un tratamiento igual para todos (concepto unitario de autoría); sino que tratan de establecer la distinción recurriendo a un criterio subjetivo. La calidad de autor (coautores, autor mediato) o de participación *stricto sensu* (instigación, complicidad) está determinada por el contenido de la voluntad con que actuó la persona en cuestión.

- 589 Si tuvo un *animus auctoris* será considerado autor (*lato sensu*), aun cuando haya objetivamente contribuido de manera secundaria en la comisión de la infracción. Por el contrario, será calificado de partícipe (*stricto sensu*) quien haya actuado con *animus socii*, a pesar de que su contribución haya sido importante o haya realizado la acción típica.
- 590 Esta concepción impera en la jurisprudencia alemana, no obstante ser rechazada por la mayor parte de los juristas y haber recibido diversas críticas. Así, se niega la corrección de su criterio básico referente a la equivalencia de las condiciones; se afirma que los conceptos de *animus auctoris* y *animus socii*, no tienen en si realidad psíquica, ni normativa. Se afirma que, mediante la aplicación de tal criterio, se hace depender el problema de la participación de consideraciones sobre la graduación de la pena, sin importar si el agente realiza o no una acción típica; lo que contradice el principio de legalidad base del derecho moderno.
- 591 Con el fin de limitar la vaguedad del criterio subjetivo y de evitar tal clase de críticas, los sostenedores de esta concepción han buscado elementos que sirvan para concretar el contenido de la voluntad del agente.
- 592 Se ha recurrido con frecuencia al concepto de interés. El saber si alguien actúa con *animus auctoris*, queriendo el acto como propio, depende de la intensidad de su interés en el resultado. Junto a este interés, Baumann señala como otro indicio del contenido de la voluntad del agente, su querer dominar el desarrollo del acto. Según este autor, quien desea dominar el "sí" y el "cómo" del hecho, sobrepasa el simple querer apoyar su comisión y no puede re-

conocersele, a pesar de su desinterés, como un mero participante secundario. También, se ha afirmado que el partícipe "somete" su voluntad a la del autor (agente principal), del que depende que se consuma o no la infracción. De modo que el *animus socii* consistiría en "abandonar al criterio del autor" la fase decisiva de la acción delictuosa. Estos intentos de limitar el criterio subjetivo no han tenido resultados satisfactorios, por lo que continúan siendo rechazados en la doctrina.

### c. Criterio objetivo

- 593 En oposición al criterio subjetivo, algunos autores parten de la idea de que sí es posible distinguir entre los participantes teniendo en cuenta si sus contribuciones caen dentro de los alcances del tipo legal o considerando su importancia en el engranaje de la cadena causal. A diferencia de los defensores de la teoría subjetiva, los partidarios de esta corriente ubican la línea fronteriza entre autoría (autor individual, coautor y autor mediato) y participación (cómplice e instigador) en el plano objetivo. Dos subgrupos se distinguen entre ellos. Primero, los que defienden un criterio formal - objetivo; y, segundo, quienes sustentan un criterio material - objetivo. De acuerdo con el primero, es autor quien realiza total o parcialmente la acción descrita en el tipo legal; y es partícipe quien se limita a ayudar o cooperar en la ejecución del acto. Su intervención podría ser considerada como un acto preparatorio o de apoyo a la acción ejecutiva.
- 594 De conformidad con el segundo criterio (material - objetivo), es de partir del concepto restrictivo de autor, expuesto por los partidarios de la teoría formal - objetiva, y superar sus limitaciones recurriendo a un "principio material común a todas las formas de autoría dolosa". Crean hallar este principio en el "dominio del hecho", que según Welzel - propugnador principal de esta concepción, "corresponde al que lleva a cabo con finalidad consciente su decisión de voluntad". Maurach lo explica con más claridad diciendo que por "dominio del hecho debe entenderse el doloso tener en las manos el curso del suceso típico", y agrega que "también este requisito, a pesar de basarse asimismo en el dolo, es de naturaleza objetiva: lo decisivo no

es la simple "voluntad del dominio del hecho ..." sino "el voluntario moldeado del hecho". Gran parte de sus defensores creen encontrar en este criterio la clave para resolver los problemas de la participación, y estiman que constituye una superación de los puros criterios subjetivo y objetivo.

- 595 Se ha criticado tanto la indeterminación de la expresión "dominio del hecho", como su inaplicabilidad a ciertos casos de autoría mediata y de participación (*stricto sensu*). En la primera, no puede admitirse su existencia por la independencia con que actúa el ejecutor directo; y, en la segunda, tendría que admitirse, porque de acuerdo con las circunstancias, quien es calificado de cómplice, por ejemplo, tiene la posibilidad de evitar, de interrumpir la comisión del hecho punible.
- 596 Según Gimbernat, quien analiza esta doctrina en la perspectiva de la legislación española, el concepto de dominio del hecho "no constituye un aporte decisivo, ya que se encuentra ante la misma disyuntiva que agobia al intérprete español cuando trata de diferenciar entre cooperador necesario (cómplice primario) y mero cómplice (cómplice secundario)". Distinción que hace igualmente el legislador guatemalteco.

## **E. Autoría**

### **a. Noción de autor**

- 597 A pesar de que no forma parte, propiamente, de la teoría de la participación, es indispensable determinar, en primer lugar, la noción de autor. Esta noción está vinculada estrechamente con las diversas formas de participación.
- 598 El legislador guatemalteco, a pesar de referirse a los autores como responsables (art. 35) y de indicar quiénes deben ser considerados autores (art. 36), no ha señalado en una fórmula general, quién es autor individual. Lo que es correcto, ya que cada una de las disposiciones de la parte especial del Código, es una definición particular del autor.

- 599 La manera como han sido descritas las acciones delictivas permite definir al **autor** como la persona cuya acción sea subsumible en el tipo legal. Es autor, como consecuencia, quien realiza los elementos de la acción indicada por el verbo rector del tipo legal. Con las palabras de la ley (art. 36, inc. 1), se puede decir que es autor quien ejecuta de manera "directa" "los actos propios del delito".
- 600 El autor propiamente dicho no "toma parte en la ejecución" del hecho punible, sino que lo ejecuta completamente, con o sin la ayuda de terceros (partícipes *stricto sensu*). Es decir, que realiza el "todo" (hecho punible) y no sólo una "parte". En Alemania Federal, se ha consagrado legislativamente esta noción de autor. El § 25, n. 1, *ab initio*, estatuye que será castigado como autor quien cometa, personalmente, el hecho punible. De allí que los juristas germanos afirmen que autor es, en primer lugar, quien actúa típicamente de manera completa. Para ellos esta noción formal - objetiva es el punto de partida.
- 601 Desde esta perspectiva, es fácil comprender que en el art. 36 no se dice quiénes son autores, sino cuál de los partícipes (*lato sensu*) debe ser reprimido de la misma manera que los autores. Es decir, conforme a las penas previstas para quienes ejecutan la acción descrita en el tipo legal.
- 602 Con los criterios expuestos no es de creer que se puede resolver todas las dudas que se presentan. Esto es debido a la estructura de muchos de los tipos legales; en especial, de aquellos que describen un resultado causal sin especificar la acción que ha de producirlo. Así, por ejemplo, el art. 282 establece que "quien de propósito cause un incendio de bien ajeno, será sancionado...". En este caso, autor sería quien actúa de tal manera que su acción sea condición ("causa") del resultado prohibido.
- 603 Este tipo de dificultades propias de una concepción formal - objetiva deben ser constatadas, tratadas y resueltas mediante la aplicación complementaria de las reglas sobre la participación; en especial, las referentes a la coautoría y a la complicidad primaria. En el caso de



los delitos omisivos ha de tenerse muy en cuenta su peculiar naturaleza.

### **b. Autor inimputable**

- 604 La existencia de un autor es presupuesto indispensable para la existencia de la participación (*stricto sensu*). No es posible imaginar esta última sin la presencia de un autor. En relación con este problema, algunos autores han hablado de una autoría limitada, que sería la de los inimputables e inculpables, que realizan una acción típica y antijurídica. Según ellos, la ley debe considerar a éstos como autores para poder castigar ciertas formas de participación. Esto se debe a que ellos consideran que el autor propiamente dicho debe cumplir con todos los elementos del delito.
- 605 Esta distinción no tiene mayor relevancia porque el inimputable debe cometer la acción u omisión delictuosa (art. 23, inc. 2). De modo que también es autor de un "hecho punible"; es decir de un acto típico y antijurídico, no culpable.

### **c. Autoría mediata**

- 606 La realización del tipo legal puede ser llevada a cabo mediante un intermediario, cuya actuación el agente aprovecha o utiliza para alcanzar su fin delictuoso. En estos casos, se habla con cierta imprecisión de "autoría mediata", ya que parece suponer la existencia de un "autor inmediato" que participa (*stricto sensu*), lo que a su vez implicaría admitir que estamos frente a un caso de participación en sentido amplio. En realidad, se trata de un caso de autoría, en que el agente realiza el tipo legal sirviéndose de un intermediario. Este no es un partícipe (en el sentido técnico); pero tampoco puede ser calificado de mero "instrumento". Esta expresión, frecuentemente utilizada, hace pensar que sólo se daría la autoría mediata cuando el intermediario fuese un incapaz o alguien privado de toda voluntad. Por esto, se prefiere hablar actualmente de **intermediario material**.
- 607 El autor mediato se sirve o se aprovecha del actuar del intermediario material, empleando contra él la coacción, induciéndolo a error o

explotando el error en que incurre, o su incapacidad. De este modo, hace que el intermediario realice una acción atípica, tomada, independientemente (que se suicide, por ejemplo), o una acción típica; pero, sin que el agente tenga conciencia de su carácter delictuoso o sin que sea ilícita. Por ejemplo, introducir estupefacientes dentro de un objeto cuyo portador desconoce el verdadero contenido; o hacer que el agente de policía detenga a alguien haciéndole creer que es un delincuente. De esta manera el agente logra, mediante la actuación del pasajero inadvertido y del policía engañado, realizar el delito de tráfico ilícito de estupefacientes y el delito contra la libertad individual (detención ilegal, art. 203).

- 608 En caso de inducción a error, el intermediario material puede ser considerado como agente no doloso; pero, es posible, de acuerdo con las circunstancias particulares, hacerlo responsable a título de culpa. Un ejemplo, bastante citado en doctrina, es el del médico que intencionalmente induce a error a la enfermera, entregándole en lugar del medicamento una dosis de veneno que ingerida por el enfermo le causa la muerte. En este caso el médico es responsable por homicidio y la enfermera puede serlo por homicidio culposo, si es que incurrió en imprevisión culpable.
- 609 Un caso particular de autoría mediata, por falta de culpabilidad del "intermediario material", es el que se presenta cuando éste comete una infracción por "obediencia debida". La no punibilidad que estatuye el inc. 4 del art. 25, tiene su fundamento en el error inevitable del inferior jerárquico sobre el carácter ilícito de su acto. No se trata, pues, de una causa de justificación. Por esto, merece ser reprimido el que mediante su orden hubiere "determinado" a otro a obrar y debe serlo a título de autor mediato. En ningún caso como instigador, ya que no se dan los elementos de la instigación.
- 610 En caso de que el autor mediato emplee coacción, también el intermediario es culpable. En todo caso, éste debe actuar aunque sea con voluntad limitada. Si se le ha privado totalmente de ella, mediante fuerza física irresistible, no se puede hablar de autoría mediata. El agente que recurre a este medio es autor directo, tiene un verdadero

instrumento en sus manos.

- 611 Mientras se aceptó la accesoriedad restringida en la participación (*stricto sensu*), la producción de una acción prohibida mediante un irresponsable (enfermo mental, niño, etc.), fue considerada sin discusión como un caso de autoría mediata. Hoy en día, se considera muchas veces que se da la instigación, por ejemplo, cuando el niño comprende la significación del acto que se le pide cometer. Esta opinión se fundamenta en la admisión de la noción de "autoría limitada" de la participación.
- 612 En la práctica, el tratamiento de estos casos como de autoría mediata o de instigación es de poca importancia por la identidad de tratamiento al que están sometidos. La autoría mediata no puede darse cuando el intermediario material actúa de manera plenamente responsable y dolosamente. En estos casos, se trata de participación.

#### **d. Casos especiales de autoría mediata según la naturaleza de la infracción**

- 613 En doctrina, se ha discutido con frecuencia sobre la posibilidad de que se cometan con autoría mediata, los denominados **delitos de propia mano** y especiales. La descripción típica de los primeros, exige que la acción prohibida sea ejecutada personalmente por el agente. Se trata, por ejemplo, del delito de matrimonio ilegal o bigamia (art. 226); de falso testimonio (art. 460). El juicio de desvalor que funda la represión de este tipo de comportamiento se basa en la manera misma en que son perpetrados. Por lo que no se debe pensar que es posible la autoría mediata.
- 614 En los denominados "**delitos especiales**", el círculo de personas que puede cometerlos se halla limitado, en razón de alguna calidad particular. Por ejemplo, la de ser funcionario público, juez, médico, etc. Entre estos delitos especiales, se distinguen los "**propios**" e "**impropios**". En los primeros, la calidad especial del sujeto activo sirve de fundamento a la represión, en los segundos, tiene la función de una circunstancia agravante o atenuante. El tipo legal básico, en estos últimos, puede ser cometido por cualquiera. La autoría mediata

está excluida en los "delitos especiales propios", cuando el agente que se sirve del intermediario carece de la "calidad particular exigida por el tipo legal". Si no es un "funcionario público" no podrá ser considerado como "autor mediato" del delito de abuso de autoridad. Según el art. 418, esta infracción consiste en que un funcionario o empleado público, abusando de su cargo o función, ordena o comete cualquier acto arbitrario o ilegal en perjuicio de la administración o de los particulares. Si el agente no calificado hace (utilizando uno de los recursos con los que se comete autoría mediata) que un funcionario realice la acción tipificada en esta disposición, no significa que quede impune, por no ser posible de considerarlo autor mediato del delito de abuso de autoridad. Según las circunstancias, podrá ser sancionado, por ejemplo, como autor mediato de delito contra la libertad individual o como instigador o cómplice del funcionario en el delito de abuso de autoridad.

- 615 De lo expuesto, no debe deducirse automáticamente que el funcionario público, o cualquier otro que posea la calificación exigida por la ley, pueda servirse de un tercero para, mediante su actuación, realizar un delito especial (propio). Debe tenerse siempre en cuenta las peculiaridades del tipo legal. Ya que muchas veces la represión penal no se funda sólo en la calidad del agente, sino también en una "manera de actuar". Por ejemplo, el delito de prevaricato no podrá ser cometido por quien es juez sirviéndose de un tercero; ya que éste no puede "dictar resoluciones" (art. 462); la mayor parte de autores sostiene esta solución.
- 616 En el caso de **delitos culposos** no es posible la autoría mediata, debido a su misma naturaleza y, también, a que la actividad del autor mediato, consistente en servirse o aprovecharse del agente intermediario, es necesariamente dolosa. Los autores alemanes comparten generalmente esta opinión, basándose con frecuencia en que en los delitos culposos falta una voluntad directora del suceso causal (dominio de hecho).

## **F. Coautoría**

### **a. Introducción**

- 617 Debido a que, en el art. 36, se dice son autores y que los jueces, con relativa frecuencia, se refieren a la participación en calidad de autor cuando se trata de un autor individual, es de repetir que sólo deben ser calificados como tales los que ejecutan directamente una acción típica y los que la realizan mediante el actuar de un intermediario material (autoría mediata). Mientras que la determinación de los primeros ha sido realizada por el legislador al elaborar cada tipo legal, la de los segundos, es obra de la doctrina.
- 618 Cuando el art. 36, inc. 1, estatuye que son autores "los que tomen parte directa en la ejecución de los actos propios del delito", está refiriéndose a los coautores; no al autor (*stricto sensu*), ya que éste no "toma parte de la ejecución", sino simplemente "efectúa el hecho punible".
- 619 Evidentemente, la fórmula legal no es la clave para resolver todos los problemas que se presenten, ya que ella misma debe ser interpretada. Pero, en esta operación, es necesario permanecer dentro de la orientación adoptada por el legislador, sin pretender forzarla a fin de hacerla concordar con alguna concepción doctrinal que le sea extraña.

### **b. Realización de un acto ejecutivo**

- 620 Cuando el legislador habla de "tomar parte directa en la ejecución" está exigiendo que se considere como coautores sólo a quienes cometen "actos ejecutivos", cada uno de los cuales es parte de la ejecución del hecho punible. Con sus intervenciones, pues, los coautores no se limitan a ayudar o cooperar en la ejecución de la infracción, sino que ellos mismos la ejecutan. Por esto, se ha considerado que cada uno de ellos es un autor, y que no sólo debe ser considerado como tal. Nosotros preferimos no darles esa calificación que reservamos a los que realizan individualmente el tipo legal.
- 621 El punto central en el análisis de esta fórmula es determinar lo que

debe comprenderse por actos propios del delito. Aquí deben aplicarse los mismos criterios empleados para distinguir los actos preparatorios de la tentativa ya que ésta ha sido definida por la ley como "comienzo de la ejecución del delito".

- 622 Ha de partirse, igualmente, de la acción típica; es decir, la mencionada por el verbo rector de la descripción realizada por el legislador de la conducta prohibida. Esto es posible, aun en los casos en que la comisión del delito parece tener lugar instantáneamente, debido a la manera en que el legislador la ha descrito. Por ejemplo, el "matar a otro". En este caso cada una de las acciones individuales debe formar parte de la ejecución del delito de homicidio: uno dispara contra la víctima, otro la hiere con un machete y un tercero la ahorca. En los delitos contra el patrimonio es más frecuente este tipo de casos; así por ejemplo, la apropiación de una suma considerable de dinero por parte de empleados de una empresa, realizada mediante acciones individuales y parciales. Cada una de ellas constituye una parte del proceso ejecutivo del delito de apropiación indebida (art. 272).
- 623 Junto a estos actos ha de considerarse aquellos que se hallan indisolublemente vinculados con la acción típica, y cuya realización hemos calificado de tentativa, precisamente, de dicho comportamiento. De manera que debe tenerse como realizador de un acto ejecutivo a quien ejerce violencia sobre la mujer a fin de que otro la haga sufrir el acto sexual, o a quien realiza el "artificio, astucia o engaño" mediante el cual se logra que la víctima entregue un bien de su propiedad (art. 263, delito de estafa).
- 624 La realización de actos de tal naturaleza es suficiente para considerar a su realizador como coautor, y no tratarlo como mero cómplice.
- 625 Esta clase de delitos no se presenta casi discusión, debido a la estructura del tipo legal en que son previstos. Se trata de los **tipos legales compuestos**, denominados así, en razón a que hacen referencia a dos o más acciones, de las cuales una es la central y las otras, medios para su realización.

- 626 Las dificultades surgen en los llamados tipos simples, como el del homicidio (art. 123, "quien diere muerte a una persona") o el de falsificación de documentos (art. 321, "el que hiciere en todo o en parte un documento público falso o alterar uno verdadero..."). En estos casos han de considerarse como actos ejecutivos también actos que no caen dentro del tipo legal, ya que de lo contrario tendría que considerarse como tales únicamente a los que constituyen un inicio de la acción típica (causar lesión, por ejemplo, con la intención de matar). Este sentido estrecho lo hemos rechazado al estudiar la tentativa. De modo que debe calificarse de coautores a quienes sujetan las extremidades de la víctima a fin de que otro le torciera el cuello hasta conseguir su dislocamiento y muerte instantánea.
- 627 En la práctica, la importancia de estos problemas es poca debido a la manera como el legislador ha determinado quiénes deben ser considerados como "autores". Si se admitiese una interpretación restrictiva de "tomar parte directa en la ejecución" y se considerase que consiste en realizar un fragmento de la acción típica (indicada por el verbo rector del tipo legal), podrían ser considerados los demás actos que se hallan estrechamente vinculados a dicha acción típica como casos de cooperación necesaria, ya que quien ejecuta tales acciones coopera también. Desde el punto de vista de la represión, tampoco se presentarían dificultades por ser sancionados sus realizadores de la misma manera (como autores).
- 628 Teóricamente, creemos acertada la solución que hemos expuesto líneas arriba, porque es conforme a los alcances del texto legal y a la conclusiones a que hemos llegado respecto a la tentativa.

### **c. Autoría causal o accesoria**

- 629 La simple realización de actos ejecutivos por parte de varios agentes y que ocasionen un sólo resultado prohibido, no es suficiente para que se hable de coautoría.
- 630 El concurso de tales acciones puede deberse al azar. Es el caso, por ejemplo, de dos personas que vierten separadamente veneno en la taza de café que ha de tomar la víctima. En doctrina, se denomina a

estos casos autoría causal o accesoria. Este concepto no tiene relevancia en dogmática debido a que se trata del concurso fortuito de varios casos de autoría individual (propriadamente dicha).

#### **d. Intención común de cometer la infracción**

- 631 Para que se dé la coautoría es indispensable que exista entre los que "toman parte en la ejecución" una intención común de realizar una infracción. Es suficiente con frecuencia el entendimiento alcanzado de manera tácita y espontánea. Muchas veces, puede tratarse de un acuerdo previo o de la puesta en marcha de un plan de acción.
- 632 La existencia de esta comunidad de intención o concertación es tomada en consideración para calificar un caso particular de coautoría. Según el último inciso del art. 36, serán reprimidos como autores "quienes habiéndose concertado con otro u otros para la ejecución de un delito, están presentes en el momento de su consumación". El simple hecho de concertarse no determina el carácter de coautores de todos los que participan. Es necesario, además y sobre todo, que sus intervenciones constituyan "actos ejecutivos", en el sentido que hemos explicado anteriormente. Y, en el caso especial que acaba de citarse, tanto la presencia de los que manifestaron su acuerdo en el momento de la ejecución del delito, como su actitud de hacer suya la empresa delictuosa (**coautores intelectuales**).
- 633 Admitir lo contrario, significaría dar por inexistentes las referencias de la ley a la cooperación necesaria y a la mera complicidad. En estas formas de participación existe, casi siempre, un entendimiento entre el autor principal y sus colaboradores. La aceptación del acuerdo previo como factor decisivo para determinar quiénes son autores tuvo mucha aceptación en España, donde ha sido frecuentemente aplicado en la jurisprudencia. En la doctrina, pocos son los que le combaten; entre ellos, Quintano Ripollés, le califica de peligroso y afirma de que su aplicación elimina casi totalmente la complicidad.
- 634 En Alemania Federal, donde predomina entre los autores la **teoría**



**del dominio del hecho**, se considera que existe este dominio en la coautoría, cuando cada agente, en base a la decisión de actuar en común, realiza un elemento de la actividad delictuosa. La ejecución de la infracción se presenta como la realización, mediante división del trabajo, de una resolución tomada en común. En el asalto de un banco, en el que el chofer espera con el motor encendido, otro desconecta el sistema de alarma, un tercero cuida la salida, un cuarto amenaza con arma de fuego al cajero y un quinto se apodera del botín, todos deben ser considerados como coautores, ya que todos actúan cumpliendo los papeles que previamente se habían asignado y como titulares de una parte del dominio del hecho.

- 635 Como ya hemos afirmado, el criterio puramente subjetivo no es aplicable de acuerdo con la ley. Este elemento subjetivo de la coautoría, entendimiento común, no puede primar sobre el elemento objetivo, que según el art. 36, inc. 1, consiste en "...tomar parte directa en la ejecución" (realizar un acto ejecutivo).

#### **e. Tentativa e instigación en la coautoría**

- 636 Si el proceso ejecutivo del delito es, por cualquier circunstancia, interrumpido, los coautores serán reprimidos a título de tentativa. El fundamento de reprimir a todos es la existencia del entendimiento común. Para individualizar la represión, se tendrá en cuenta todos los elementos de hecho presentes.
- 637 El simple acuerdo tendiente a la realización de un delito, sin que llegue a ponerse en práctica, no puede dar lugar a represión; salvo que se trate de una conspiración, que sólo es reprimida "en los casos en que la ley lo determina expresamente" (art. 17, inc. 3). Es el caso, por ejemplo, del delito de conspiración para cometer un delito de rebelión (art. 386).
- 638 Para terminar, no está demás señalar que los coautores pueden actuar instigados por un tercero o ser alguno de ellos un autor mediato.

## **G. Instigación**

### **a. Notión**

- 639 De acuerdo con el art. 36, inc. 2, son autores "quienes fuercen o induzcan directamente a otro a ejecutarlo". Se trata en buena cuenta de los instigadores. Reciben esta calificación quienes persuaden a terceros para que tomen la decisión de cometer un delito. El instigado es, pues, determinado por el instigador para que ejecute una infracción; le hace tomar la resolución de cometerla.
- 640 El instigador no realiza la infracción ni "toma parte" en su ejecución. Se limita a ejercer una influencia sobre otro, con el objeto de hacerle cometer el hecho punible. No se trata, pues, de un caso de "autoría". Por el contrario, autor es el "instigado" y su presencia es indispensable para que se hable de "instigación". Esta es, en consecuencia, "una forma accesoria de participación".
- 641 Denominar al instigador "autor intelectual" o "moral" no es correcto y provoca, más bien, confusión. La razón que parece conducir a algunos a calificar de "autores" a los "instigadores", es que el Código guatemalteco dice que "son autores".
- 642 La instigación es, junto con la complicidad, una forma de participación (*stricto sensu*); es decir, dependiente de la existencia de un autor.

### **b. Medios utilizados por el instigador**

- 643 Los medios por los cuales el instigador logra determinar al instigado pueden ser diversos. En el art. 36, inc. 2, se emplean los términos "fuercen" e "induzcan", que implican, de un lado, el recurso de la fuerza (física o síquica) y, de otro lado, la utilización de la persuasión, la promesa, el engaño, etc. Esta técnica es criticable por las confusiones que puede originar; y en particular, hace suponer que una vez comprobada la utilización de uno de estos medios con el fin de hacer cometer una infracción, es de admitir necesariamente la existencia de la instigación. La realidad es distinta y una rigurosa interpretación excluirá la instigación y admitirá la autoría mediata en muchos de esos casos.

- 644 Es por estas razones que el legislador germano no ha conservado en el nuevo Código Penal tal enumeración y estatuye que es instigador "quien ha determinado intencionalmente a otro a cometer dolosamente un hecho antijurídico" (§ 26).
- 645 Con frecuencia, el instigador recurre, por ejemplo, a los ruegos, al ofrecimiento de recompensas, a la sugestiva indicación de los provechos que pueden derivarse de la comisión de la infracción, a exigencias, al aprovechamiento de los sentimientos que lo vinculen al instigado. Mediante estos medios, debe inducir al tercero a ejecutar un delito.
- 646 También puede recurrir a la violencia, a la amenaza o al abuso de autoridad. De esta manera, debe forzar a un tercero a ejecutar un delito. Pero, en estos casos, debe observarse que no sean estos medios de tal intensidad que transformen al tercero en el intermediario material de la autoría mediata. Si la violencia constituye el empleo de la fuerza física irresistible, se estará ante un caso de autoría directa (propiamente dicha). En caso de que constituya coacción (causa de inculpabilidad), debe admitirse la autoría mediata; lo mismo, cuando el agente se aproveche de un error esencial de hecho (de tipo) en que se halle el tercero.

### **c. Intención del instigador**

- 647 Como lo estatuye expresamente nuestra ley, el instigador debe actuar dolosamente; es decir, que debe determinar al instigado con conciencia y voluntad. No puede admitirse pues una instigación culposa. El dolo del instigador ha de comprender tanto la actividad de crear en el instigado la voluntad de cometer la infracción, como la realización de ésta. Los alemanes hablan por esto del "doble dolo" del instigador.

### **d. Instigación de una o más personas**

- 648 La actividad persuasiva del instigador puede dirigirse a una o más personas determinadas. Los casos más claros de instigación son aquellos en los que el instigado es un solo individuo; sin embargo no es raro que el instigador persuade, fuerce a varias personas para que

cometan un delito. Pero, en este último caso, debe tratarse de un círculo reducido, a fin de que sea posible y eficaz la acción del instigador; ello no significa, sin embargo, que deba conocerlos o tener estrechas relaciones con ellas. Si el agente desarrollase su actividad públicamente y ante un número indeterminado de personas, podrá ser reprimido como autor de un atentado contra el "orden público" (art. 394, "quien públicamente instigare a cometer un delito determinado") o contra "el orden público interno del Estado" (art. 389, "quienes, públicamente o por cualquier medio de difusión, incitaren formal y directamente a una rebelión o sedición"). En esta última disposición, se habla más apropiadamente de incitación. De esta manera, se distingue mejor los delitos singulares dados en ejemplo del acto de la instigación propiamente dicha.

#### **e. Casos especiales**

- 649 El instigador no debe, necesariamente, poseer las características que debe tener el instigado para la comisión de algunas infracciones; por ejemplo, ser funcionario, médico. Es decir que es posible la instigación a un delito especial por un "*extraneus*". También es factible la instigación a la comisión de un "delito de propia mano".
- 650 De acuerdo con el criterio de la autoría limitada, es de aceptar que, en ciertos casos, inimputables y menores sean capaces de ser instigados. Vale decir, cuando pueden comprender lo que se les pide que hagan. A este punto, justamente nos hemos referido, cuando tratamos de la autoría mediata.
- 651 En la instigación, lo determinante es que el instigador hace nacer en el instigado la voluntad de actuar delictuosamente. Esta resolución criminal no implica que el instigado no pueda ser declarado no culpable. Se trata de la intención, del "*dolo natural*" del que hablan los defensores de la teoría psicológica o normativa tradicional sobre la culpabilidad. Una persona que se haya decidida a cometer el delito no puede ser instigada. Es decir, no se le puede inducir puesto que ya está decidida a ejecutar el delito; tampoco se le puede forzar porque quiere cometerlo. Pero no es necesario que ella sea indiferente u

opuesta a su comisión. Puede muy bien tratarse de alguien dispuesto, en general, a actuar criminalmente (sicario profesional).

#### **f. Límites de la responsabilidad del instigador**

- 652 El instigador debe orientar su actividad a lograr que el instigado se decida a cometer una infracción determinada: un homicidio, un robo, un secuestro, etc. No es posible la instigación general a la producción de un "delito cualquiera" o a "comportarse delictuosamente".
- 653 De esta manera, la culpabilidad del instigador se halla limitada al hecho de que concretamente quiso que cometa el instigado. Si éste mata en lugar de sólo lesionar o comete robo en lugar de simple hurto, como lo había previsto el instigador, este último sólo será reprimido por lo que quiso que se cometa. Cualquier variación secundaria entre lo esperado por el instigador y lo realmente causado por el instigado, no hace variar la responsabilidad del primero. Entre esas variaciones debe considerarse el error *in obiecto*, la *aberratio ictus* o el error *in personam* (en caso de homicidio, por ejemplo).
- 654 En caso de delitos preterintencionales (lesiones seguidas de muerte, por ejemplo), el instigador será responsable por el resultado más grave, si de acuerdo a las circunstancias, se le puede imputar el resultado muerte a título de culpa.

#### **g. Tentativa y consumación en la instigación**

- 655 Mediante la sanción de la instigación no se pretende reprimir simplemente la persuasión o el forzamiento de una persona para que se decida a cometer un delito; es necesario que esta voluntad se manifieste y concrete. Por esto, sólo es punible el instigador cuando el instigado haya consumado la infracción o, por lo menos, haya intentado hacerlo; en este último caso, será reprimido como autor de tentativa de tal delito. De no reprimirse la tentativa, el instigador permanecerá impune.
- 656 La fórmula utilizada para identificar a los instigadores ("quienes fueren o induzcan directamente a otro a ejecutarlo"), no expresa suficientemente la necesidad de que el instigado haya materializado,

total o parcialmente, la decisión que se le ha inculcado. Parecería que fuera suficiente el acto de decidir a otro a cometer un delito. Lo contrario, debe deducirse, primero, del hecho de que se halla regulada junto a la coautoría ("tomar parte directa en la ejecución") y a la cooperación necesaria ("con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer"), ambas referidas a la comisión del delito; y, segundo, por la pena con que se reprime (igual que en el caso de autoría). La instigación se consuma con la realización de la tentativa.

#### **h. Agente provocador**

- 657 En doctrina, se discute el caso de quién determina a otro a cometer el delito; pero que sin querer lo consuma y sólo con el propósito de que se le detenga como delincuente. Es el llamado agente provocador, y, generalmente, se admite su impunidad en razón a que no quiere que se realice el delito. Actualmente, se tiende a considerar insuficiente dicho criterio, ya que el agente provocador crea un peligro para el bien jurídico protegido.

### **H. Complicidad**

#### **a. Noción**

- 658 La complicidad puede ser definida, de manera amplia, como el apoyo intencional a un tercero para que realice un comportamiento previsto en un tipo legal. A diferencia del autor que ejecuta totalmente el tipo legal, de los coautores que toman parte en la ejecución y del instigador que determina al autor, el cómplice contribuye a la realización del delito mediante actos que no caen dentro del tipo legal, y que tomados independientemente podrían ser, generalmente, calificados de actos preparatorios. La realización de un acto ejecutivo perteneciente al tipo legal excluye la complicidad.
- 659 En el Código, se utilizan diferentes fórmulas para describir dos formas de complicidad. En el inciso tercero del art. 36, se habla de "quienes cooperen" para definir los cómplices primarios. Mientras que en el art. 37, se procede a enumerar diversos casos de colaboración

para determinar la complicidad secundaria. Así, se hace referencia al hecho de animar o alentar a otro, prometer ayuda o cooperación, proporcionar informes o suministrar medios adecuados y, por último, servir de enlace entre los partícipes.

- 660 Todos estos términos tienen en común el hecho de que aluden a actos tendientes a ayudar materialmente o reforzar síquicamente la acción delictuosa del autor o coautores del delito. No deben ser considerados cómplices quienes ayudan al homicida, por ejemplo, amarrando los brazos de la víctima. Ellos realizan así un acto ejecutivo y deben ser considerados, por tanto, por haber realizado un acto ejecutivo. La complicidad supone la realización de actos de simple auxilio o cooperación que no entran en la esfera de ejecución del delito.
- 661 Quienes coadyuvan "con un acto sin el cual no se hubiere podido" cometer el delito, también son cómplices y no autores. Tampoco la contribución de estos "cómplices primarios" es comprendida por el tipo legal correspondiente al hecho que el autor quiere cometer. La realización de un acto ejecutivo, repitámoslo, impide la configuración de la complicidad.

### **b. Complicidad técnica e intelectual**

- 662 La contribución del cómplice es siempre causa del resultado. Y ella puede consistir ya en un acto material o intelectual. En el primer caso, se habla de complicidad técnica o física y, en el segundo, de complicidad intelectual o psíquica. El facilitar el arma al homicida, el actuar de vigía, el preparar la máquina para falsificar moneda, son casos de complicidad técnica. Por el contrario, el explicar el funcionamiento del arma o máquina o el proporcionar datos sobre la víctima, son casos de complicidad intelectual. Esta última presupone el conocimiento de parte del autor principal de la actividad del cómplice. La complicidad técnica puede, en cambio, intervenir sin que el autor principal sea consciente de la ayuda que se le brinda. Esta posible falta de entendimiento entre autor y cómplice, constituye una diferencia con la coautoría. En ésta, según el criterio que hemos

adoptado, es siempre necesario que exista un entendimiento común entre todos los que "toman parte en la ejecución".

- 663 El que conociendo la intención del violador y sin que éste lo sepa, pone a la mujer en una situación de incapacidad de resistir, debe ser considerado como cómplice primario en caso de que el autor consume su acción.

### **c. Momento de la intervención del cómplice**

- 664 El acto de complicidad puede tener lugar desde los actos preparatorios del delito hasta su consumación. El legislador lo dice al definir la complicidad primaria o necesaria: "ya sea en su preparación o en su ejecución". Esto implica que la ayuda o contribución brindada al agente debe producirse antes de la consumación del delito. Puede aun acontecer que el autor en el momento de recibir la ayuda, no esté todavía decidido realmente a pasar a los actos.
- 665 No debe olvidarse que la posibilidad de que se dé la complicidad durante la ejecución de la infracción, implica la no comisión de actos ejecutivos de parte del cómplice. Sus actos pueden ser calificados, de ser observados independientemente, como actos preparatorios. Este hecho y el que la complicidad pueda también producirse durante la fase preparatoria de la infracción no debe llevar al error de creer que la diferencia entre coautoría y complicidad reside sólo en el momento en que se dan: complicidad durante los actos preparatorios y coautoría en la etapa ejecutiva. Durante esta última, también es posible (no está demás repetirlo), una participación en grado de complicidad.
- 666 En la complicidad tampoco es de aceptar, como en la instigación, la represión de la tentativa de complicidad. La complicidad en la comisión de delitos especiales (propios e impropios) y de delitos de propia mano es posible. En el caso de los delitos especiales, la circunstancia que fundamenta la represión o que la agrava debe ser comprendida por el dolo del cómplice.
- 667 Si bien de la definición misma de complicidad, se desprende que no puede ayudarse a la comisión de un hecho que ya ha sido ejecutado,



la situación es distinta en caso de existir promesa hecha al autor para ayudarlo, por ejemplo, a aprovecharse de los efectos del delito, hacer desaparecer las huellas o escapar de la justicia. El cómplice no es reprimido por el acto que ha cometido después de ejecutada la infracción, sino por haber alentado al autor mediante la promesa de ayudarlo. Aquí estaríamos frente a un caso de complicidad intelectual que bien podría estar en concurso con el delito de encubrimiento real o personal. De esta manera se prevé, en el inciso segundo del art. 36, que son cómplices "quienes prometieren su ayuda o cooperación para después de cometido el delito".

#### **d. Intención del cómplice**

668 Las diferentes acciones en que consiste la complicidad, por la manera como son mencionadas en la ley, suponen el dolo de parte del cómplice. Es decir que tampoco cabe una complicidad por culpa. En caso de que dos o más personas ocasionen la muerte o lesionen a un tercero, mediante un comportamiento negligente, serán consideradas como autores de homicidio o de lesiones culposos (autoría causal o accesoria). Quien colabora con otro en el transporte imprudente de explosivos que al estallar causan la muerte de alguien, no puede ser calificado de cómplice, ya que el otro no actúa con la intención de cometer una infracción, y porque mediante su ayuda a transportar los explosivos ya incurre en imprevisión culpable, por no haber "hecho uso de las precauciones impuestas por las circunstancias y por su situación personal".

669 El cómplice debe actuar con conciencia y voluntad respecto a la naturaleza de su intervención y del comportamiento delictuoso que ha de realizar o realiza el autor. De allí que en dogmática se hable también del doble dolo del cómplice.

#### **e. Límites de la responsabilidad del cómplice**

670 Para la fijación de la pena sólo se tendrá en cuenta, respecto del cómplice, los hechos que él haya facilitado o favorecido dolosamente. Esta regla constituye, en primer lugar, una ratificación del principio "no hay pena sin culpabilidad". Es decir, que se ha de imponer una

sanción, en las infracciones dolosas, teniendo en consideración lo que el agente quiso realmente cometer.

- 671 Al cómplice se le hará responsable únicamente por el hecho en el que quiso cooperar y que tuvo lugar. Esto quiere decir, que si entregó un arma de fuego con la finalidad o en la creencia de que el autor lesionaría a otro, no se le podrá responsabilizar por la muerte que se produzca. Esta podría ser imputada al autor, según el caso, a título de culpa (homicidio preterintencional).
- 672 Sin embargo, el alcance de esta regla no sólo se limita a regular la responsabilidad del cómplice respecto a las consecuencias del acto cometido por el autor, sino que parece tender a determinar la responsabilidad del cómplice por lo que él quiso favorecer, sin tener en cuenta el acto que realmente se comete. Esta amplia interpretación no puede ser admitida, ya que implicaría aceptar la situación absurda de que el cómplice debería ser reprimido por robo, aun cuando el autor cambie de criterio y sólo comete hurto.
- 673 Si el cómplice incurre en error o es inducido a éste por el autor, no podrá ser sancionado en realidad por el hecho que el autor realmente comete. Por ejemplo, quien entrega la llave de la casa de la víctima, creyendo que el agente quiere robar, pero, éste, en realidad, tiene la intención de matar y así lo hace, no podrá ser sancionado como cómplice de homicidio por más que objetivamente, su acción pueda ser considerada como una contribución a la ejecución de este delito.
- 674 La pregunta que todavía se mantiene vigente es si esta regla se aplica sólo a la complicidad secundaria o también a la complicidad primaria. Si tenemos en cuenta que ambos casos constituyen complicidad y se diferencian por la importancia que adquiere la contribución en el caso particular, creemos preferible comprender en sus alcances tanto a los cómplices secundarios como a los primarios. Más aún, cabría preguntarse si no debe también aplicarse a la instigación que es, junto a la complicidad, un caso de participación *stricto sensu*. De modo que sólo a los autores (comprendidos los autores mediatos) y coautores podría hacerseles responsables por las consecuencias no

queridas, pero previsibles, de los actos que ejecutan.

**f. Represión de la complicidad, cómplice primario y secundario**

- 675 Al equiparar los cómplices primarios a los autores para los efectos de la pena, el legislador ha trasladado la importancia práctica de la distinción entre coautores y cómplices a la distinción entre "cómplices primarios y secundarios".
- 676 Las fórmulas del Código Penal son imprecisas y esto está estrechamente relacionado con el criterio adoptado de diferenciar entre las dos formas de complicidad. Lo menos que podemos decir es que el optimismo de Pacheco no puede ser seguido. El jurista español decía: "Quién puede dudar, señores, que indicada esta división, el entendimiento se ve obligado necesariamente a aceptarlo. Es tan obvia y tan interesante a la vez, clasificar de un modo tan justo los actos de concurrencia...".
- 677 De acuerdo con las reglas del Código, el criterio de distinción es fundamentalmente objetivo. Depende de la importancia del aporte del cómplice en favor de la realización del hecho. Y la determinación de la importancia de tal contribución se realizará mediante un juicio valorativo no sólo en relación con la naturaleza intrínseca del aporte, sino, sobre todo, en relación con las circunstancias propias del caso particular.
- 678 Dos extremos deben evitarse. Primero, el recurrir a un criterio hipotético consistente en la supresión *in mente* del aporte del cómplice y preguntarse qué hubiera sucedido en tal caso. Segundo, el reducir el problema a un asunto de pura causalidad, haciendo depender la distinción de que se determine la naturaleza de "condición" del acto de complicidad.
- 679 Tampoco puede adoptarse un criterio cronológico en relación al momento consumativo del delito (mediatas e inmediatas), ni a la manera "directa" o "indirecta" con que se lleva a cabo la complicidad.
- 680 Mediante el juicio valorativo que debe efectuar, el juez ha de concluir

afirmando el carácter indispensable o no de contribución del cómplice, para lo cual tendrá en consideración las posibilidades que tenía el autor. Esto no significa que él tenga que comprobar si no existía un tercero, también dispuesto a prestar la ayuda en que consistió la intervención del cómplice y/o si el mismo autor podía proveerse de los medios proporcionados por aquel. Imponer tal tarea al juez sería exigirle lo imposible.

- 681 Teóricamente, no se puede llegar a establecer una regla que sirva de clave para fijar en todos los casos quién debe ser calificado de "cómplice primario" o "cómplice secundario". Todo esfuerzo tendiente a ese fin se nos revela inútil y los resultados obtenidos son muy poco satisfactorios. Citemos por ejemplo, primero, el criterio de la "naturaleza intercambiable de las conductas". Su defensor, Rodríguez Devesa, dice que "circunscritos a los participantes efectivos en la comisión del delito, no resta más posibilidad que preguntarse si sus conductas son intercambiables o no". En el caso del que vigila mientras se comete el delito, concluye este autor, si los que actúan son dos, la complicidad será necesaria; si son varios, innecesaria. De acuerdo con derecho español y guatemalteco, esto implicaría castigar siempre "como autor" al partícipe único de la acción delictuosa de un agente; sin considerar la importancia de su contribución.
- 682 Un segundo ejemplo, es el de la denominada teoría de los bienes escasos, sostenida por Gimbernat. Según él, es de "acudir al sentido de la imprescindibilidad de una condición del resultado en el lenguaje corriente". Y en éste, siempre según el mismo jurista, "se habla de aportaciones necesarias para un resultado, teniendo en cuenta el criterio de la escasez de los medios". El "mejor camino a seguir" para determinar la "escasez de los medios" (instrumentos o actos en que consiste la complicidad), sería "pronunciar un juicio general y provisional". Tal juicio se convertiría en definitivo "cuando el examen de los factores generales es completado por el de los particulares" (circunstancias de tiempo y lugar).
- 683 Gimbernat da diversos ejemplos para mejor explicar su posición. Tomemos uno solamente: la entrega de 200,000 pesetas al autor del

delito. Al respecto, afirma la escasez de este medio para el caso normal ("persona de fortuna media que delinque en España"). Luego, señala que "las 200,000 pesetas ... dejan de ser una contribución de un bien escaso ... si se comprueba que tenía (el autor) una fortuna personal de muchos millones de pesetas". A esto se podría objetar que entre gente adinerada nunca podría darse una complicidad necesaria consistente en la entrega de dinero. También se puede criticar que la imprecisión es trasladada a otro nivel, como es el de saber cuánto de dinero debe tener el autor, "en su cuenta corriente", para estimar que las 200,000 pesetas son para él un bien escaso. Gimbernat indica que si el autor tiene 200,000 pesetas, todavía las 200,000 pesetas que se le entregan es un bien escaso para él, por cuanto no puede decir "a mi 200,000 pesetas me sobran, no me hacen falta". Para que no sea escaso, debería poseer "mucho más que una cuenta corriente de 200,000 pesetas. Pero, ¿cuánto más?.

- 684 Además, el autor citado sostiene que la conciencia del cómplice que entrega la cosa a un ejecutor que tiene "dificultades" para adquirirla o cuya obtención no le representaba un "serio problema", es lo único que decide sobre la mayor o menor responsabilidad de la conducta del partícipe y lo "único que debe ser tenido en cuenta para decidir la cuestión: cooperación necesaria o mera complicidad". La admisión de este criterio significa un retorno a la concepción subjetiva y al problema de cómo comprobar lo que realmente sabía el partícipe, sin hacer depender la solución de lo que él no diga o sin recurrir a un criterio formal. A esto último, parece conducir la tesis de Gimbernat, cuando sostiene que "por lo general, el juicio definitivo sobre la escasez del bien no hará sino confirmar el juicio provisional en el que sólo se tuvieron en cuenta los factores generales".
- 685 Todos estos intentos para encontrar una "fórmula clave", no tiene otro fin que limitar, mediante el señalamiento de pautas más o menos fijas, la libertad de criterio concedida al juez por el legislador. Este ha sido consciente de la imposibilidad de dictar reglas exhaustivas sobre el particular. Cuando se intenta establecerlas, se cae en un causalismo que nunca puede estar a la altura de la riqueza de variaciones de la

realidad, de modo que no quede sino estatuir reglas generales. Esta técnica ha sido igualmente preferida por el legislador al redactar las disposiciones de la parte especial; recuérdese tan sólo el caso de los elementos normativos del tipo legal.

- 686 Resumiendo, la distinción entre "complicidad primaria" y "complicidad secundaria" depende de la importancia del aporte del partícipe. Importancia que no se deduce de la naturaleza misma de tal contribución, sino que deberá apreciarla el juez teniendo en cuenta las circunstancias del caso particular. Una correcta apreciación de tal importancia, implicaría llegar al convencimiento de que el aporte ha sido imprescindible para el autor. Lo que, por último, no está determinado por lo que piensa el partícipe sobre el carácter indispensable o no de su acto.

#### **g. Fijación de la pena para los cómplices**

- 687 Los cómplices primarios son reprimidos, de acuerdo con el art. 36, inc. 3, como si fueran autores. En el art. 62, se dispone que "salvo determinación especial, toda pena señalada en la ley para un delito, se entenderá que debe imponerse al autor del delito consumado". Para fijar la pena al caso concreto, el juez deberá hacerlo "dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley" (art. 65). La importancia de la contribución del cómplice justifica este tratamiento.
- 688 En cuanto al cómplice secundario (en el sentido del art. 37), se le deberá rebajar el margen de la pena señalada en la ley para los autores del delito consumado en una tercera parte (art. 63). Si la comisión del delito quedó a nivel de tentativa, se impondrá al cómplice la pena establecida en la ley para los autores del delito consumado, rebajada en dos terceras partes. De esta manera, como en el caso de la complicidad primaria, el punto de referencia para la atenuación de la pena no es la pena que se impone al autor (de delito consumado o de tentativa) sino la establecida en la ley. Así, se puede tomar en consideración mejor las circunstancias personales que deben tenerse en cuenta al momento de individualizar la pena (art. 65).

**h. Accesoriedad de la participación (stricto sensu)**

- 689 Esta accesoriedad presupone la existencia de un hecho principal, sin cuya presencia no puede haber participación; ya que participar es tomar parte "en algo". De allí que sea correcto afirmar que la "participación no integra un tipo delictivo autónomo, sino un simple concepto de referencia".
- 690 El carácter antijurídico de los actos de participación no procede de su misma naturaleza, sino que se deriva del contenido ilícito del hecho principal. El partícipe (instigador y cómplice) no atenta directamente contra la integridad del bien jurídico protegido, sino que lo hace a través del comportamiento del autor. Por esto, no será reprimido sino cuando el acto principal haya sido ejecutado o, al menos, el autor haya comenzado su ejecución (tentativa).
- 691 El acto principal, al que se haya vinculado la actividad de participación, debe ser un comportamiento sancionado como delito en la ley. Si el legislador considera necesario reprimir la participación en una acción atípica, deberá hacer de ella un delito independiente. El suicidio no es un comportamiento típico y, por tanto, no podría darse la participación. Por esto, el legislador ha previsto, expresamente, la represión de la inducción o ayuda al suicidio (art. 128). La represión depende del resultado que se produzca; en caso de muerte del suicida la pena es más grave que si éste sólo resulta con lesiones (graves o leves).
- 692 Esta dependencia de la participación secundaria del hecho principal se manifiesta en las reglas del Código. La instigación es decidir a otro a cometer un hecho punible; la complicidad es coadyuvar o prestar asistencia a otro para que cometa el hecho punible. Dependencia que no se da en el caso de la coautoría (participación principal), en la que es preferible hablar de interdependencia de las acciones equivalentes de los agentes. Sus acciones constituyen "la ejecución" del delito en la perspectiva normativa establecida por el legislador. De esta manera, éste ha considerado que quienes son calificados como autores (art. 36) no actúan en relación a un acto ajeno, sino que consideran

realizar el suyo propio.

- 693 El primer problema que se presenta en el análisis de esta relación de dependencia, estriba en saber en qué consiste el acto principal o "el delito", como dice legislador.
- 694 De la significación que se le reconozca dependerán los alcances de la accesoriedad. Así tenemos que algunos sostienen que es necesaria la dación de una acción típica, antijurídica y culpable. Ni más ni menos que el agente debe cometer un delito; de donde se deriva que para que sea el partícipe reprimido como instigador o cómplice, el agente del acto principal debe ser punible. A esta manera de comprender la relación de dependencia, se le denomina "accesoriedad rígida". En Alemania Federal, prevaleció este criterio hasta inicios de los años 40.
- 695 Cuando el legislador guatemalteco establece como base para fijar la pena del cómplice la que "la ley señala para los autores del delito consumado", se aleja del criterio de la "accesoriedad rígida". Se afilia más bien al criterio de la "accesoriedad limitada". Conforme al cual, el partícipe es punible cuando el autor principal actúa típica y antijurídicamente, aunque no actúe culpablemente. Este es el criterio predominante, hoy en día, en la doctrina.
- 696 En Alemania Federal, se sostiene, por influencia de la concepción finalista, que encontrándose el dolo en el núcleo del tipo, la acción del autor debe ser dolosa. En este caso, recuérdese, que dolo no significa culpabilidad (juicio de reproche). De allí que se dé una coincidencia con los defensores de la tesis del dolo como una especie de la culpabilidad. Estos no exigen en la participación "la culpabilidad en el autor principal, para que pueda ser penado el instigador o el cómplice, sino tan sólo que haya obrado con el elemento meramente psicológico de la intención, y no (reclaman) la existencia del *dolus*", el cual, según ellos, no es una mera noción psicológica sino normativa.
- 697 Sólo en caso de que el comportamiento del autor principal no sea antijurídico, por existir una causa de justificación, no se puede reprimir al partícipe; ya que la ilicitud del acto del partícipe deriva de



la del acto principal. Habrá tan sólo que tener en cuenta que el cómplice no haya creado las condiciones para que el agente se considere autorizado a lesionar el bien jurídico de la víctima. De suceder esto, estaríamos ante un caso de "autoría mediata".

### **i. Circunstancias materiales y personales**

- 698 El juez deberá individualizar la pena para cada uno de los partícipes. Es decir, deberá sopesar todas las circunstancias materiales y personales en que han actuado.
- 699 De acuerdo con el principio de culpabilidad, fundamento del Código Penal, la pena debe fijarse teniendo en cuenta las circunstancias y cualidades personales de cada uno de participantes. Esto implica la incomunicabilidad de tales circunstancias entre los partícipes, en el hecho punible. La penalidad de éstos no podrá ser influenciada, favorable o desfavorablemente, por la presencia en otro de los partícipes de una circunstancia o calidad personal.
- 700 Son, por ejemplo de "circunstancias o calidades personales" la reincidencia (art. 27, inc. 23), la habitualidad (art. 27, inc. 24), la imputabilidad disminuida u otra eximente incompleta: exceso de legítima defensa (art. 26, incs. 1 y 2, 13), la minoría de edad (art. 23), los motivos íntimamente ligados al estado del agente (art. 129); la relación de parentesco en los delitos contra la libertad y la seguridad sexuales y contra el pudor (art. 174), la prescripción (art. 101 y 102) debido a que los actos de interrupción pueden tener efectos sólo contra alguno o algunos de los partícipes: por ejemplo, la comisión de un nuevo delito (art. 111); el error (art. 25, inc. 3). En buena cuenta se trata de todas aquellas calidades propias a los agentes, las relaciones especiales que tienen con la víctima o con el objeto del delito y cuya presencia determina un aumento, disminución o exclusión de la culpabilidad y, por tanto, de la pena.
- 701 La consecuencia más importante de la aplicación de esta regla es que la pena a imponerse no debe ser, necesariamente, igual o menor a la que se "imponga al autor"; ya que siendo incomunicables las cualidades y circunstancias personales de los partícipes; es muy

probable que el autor sea favorecido por una circunstancia atenuante (poseer la calidad de imputable relativo); y, en cambio, la situación del cómplice sea agravada, por ser reincidente. De modo que del proceso de individualización de la pena puede resultar el cómplice más severamente sancionado que el autor. Y esto se comprende fácilmente, si se tiene en cuenta que la sanción no se fija en razón de la naturaleza objetiva del comportamiento del agente; sino, y en primer lugar, de acuerdo a su persona. Esto se halla claramente admitido en el art. 65, cuando se establece que la pena se fijará teniendo en cuenta "la mayor o menor peligrosidad del culpable".

#### **j. Participación en los delitos omisivos**

- 702 Son autores en los delitos de omisión, quienes dejan de hacer la "acción esperada", a cuya realización están obligados y, de esta manera, cumplen con un tipo legal (pudiendo tratarse de un delito omisivo propio o impropio: comisión por omisión). Quien no tiene el deber de ejecutar la acción no podrá ser considerado como autor y sancionado. Sobre este deber de actuar tratamos al estudiar la omisión.
- 703 La coautoría se presenta cuando dos o más personas que tienen una obligación común de realizar la acción esperada, no cumplen con ejecutarla. La existencia de este deber es necesaria, así mismo, en caso de participación mediante omisión. Por ejemplo, el vigilante nocturno de una gran tienda que no pone en funcionamiento el sistema de alarma a fin de facilitar que otro robe. Si bien es posible la complicidad (primaria o secundaria) mediante omisión, no puede darse la instigación, ya que ésta consiste precisamente en inducir o forzar a otro a cometer la infracción, en crear en él la voluntad criminal, lo cual es prácticamente imposible hacer sin cierta actividad.