

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

**NATURALEZA JURÍDICA DE LA NORMA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 324 DEL
CÓDIGO PENAL Y SU APLICACIÓN EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL
GUATEMALTECO**

ZHYREEA LESSLIE VANEZA PRIETO BARRIOS

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2015

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

**NATURALEZA JURÍDICA DE LA NORMA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 324 DEL
CÓDIGO PENAL Y SU APLICACIÓN EN EL SISTEMA PROCESAL 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

ZHYREEA LESSLIE VANEZA PRIETO BARRIOS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICA Y SOCIALES

Guatemala, noviembre de 2015



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



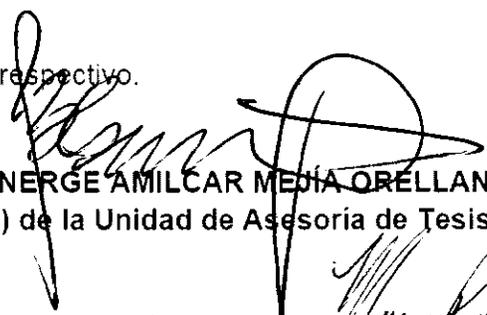
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 28 de julio de 2015.

Atentamente pase al (a) Profesional. DINA MARISOL ROBLEDO ORDOÑEZ
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
ZHYREEA LESSLIE VANEZA PRIETO BARRIOS, con carné 200924958,
 intitulado NATURALEZA JURÍDICA DE LA NORMA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 324 DEL CÓDIGO PENAL Y
SU APLICACIÓN EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL GUATEMALTECO.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

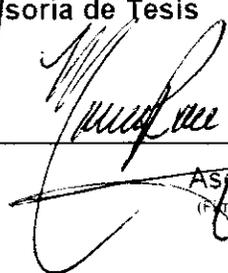
Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 30 / 07 / 2015.

f)


 Asesor(a)
 (Firma y Sello)

Licenciada
 Dina Marisol Robledo Ordoñez
 Abogada y Notaria

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Edificio S-7, Ciudad Universitaria Zona 12 - Guatemala, Guatemala





Licda. Dina Marisol Robledo Ordoñez

Abogada y Notaria

18 Calle 8-24 Zona 21 Condominio Jardines de Loma Blanca

Tel. 56967250



Guatemala 12 de Agosto de 2,015.

Dr. BONERGE AMILCAR MEJIA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SU DESPACHO.

Dr. MEJÍA ORELLANA

Atentamente me dirijo a usted en relación a su oficio de fecha veintiocho de julio del año dos mil quince, en el cual se me nombra como asesora de tesis de la estudiante, **ZHYREEA LESSLIE VANEZA PRIETO BARRIOS**, carné número 200924958, de trabajo titulado "**NATURALEZA JURÍDICA DE LA NORMA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 324 DEL CÓDIGO PENAL Y SU APLICACIÓN EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL GUATEMALTECO**".

Contenido Científico y Técnico de la Tesis: Considero que el tema investigado por la estudiante, **ZHYREEA LESSLIE VANEZA PRIETO BARRIOS**, reviste de gran importancia, al ser un tema muy interesante dentro del derecho penal guatemalteco, ya que establece la equiparación de documentos establecida en el Artículo 324 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

- I. **Metodología y Técnicas de Investigación utilizadas:** Para la elaboración del presente estudio se utilizaron los siguientes métodos: deductivo, analítico y sintético porque se partió de la documentación de temas de carácter universal o genéricos con la ayuda de la técnica bibliográfica, para después desglosar una totalidad, con el fin de analizar independientemente cada una de las partes que la componen y obtener solamente los elementos fundamentales de cada tópico, dando como resultado un juicio crítico al respecto.
- II. **Redacción:** La forma en que se redactó el trabajo de investigación fue con base al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, y cumple con los tecnicismos fundamentales y reglas para la correcta comprensión y lectura de la tesis.
- III. **Contribución Científica:** El aporte que el tema investigado por la estudiante, es dar a conocer la equiparación de documentos que se trata en los delitos de falsedad material e ideológica establecidos en los Artículos 321, 322 y 323 del Código Penal Guatemalteco.



Licda. Dina Marisol Robledo Ordoñez

Abogada y Notaria

18 Calle 8-24 Zona 21 Condominio Jardines de Loma Blanca

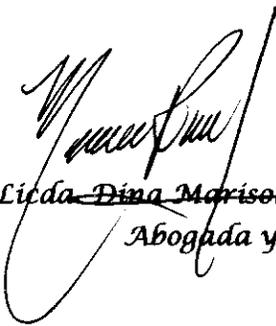
Tel. 56967250



- IV. Conclusión Discursiva:** Como resultado de la investigación se llegó a plantear la conclusión discursiva, para fundar y definir los principales hallazgos en torno a cada capítulo realizado, así mismo evidencia un adecuado uso de la información bibliográfica y actualizada.
- V. Bibliografía Utilizada:** En el trabajo presentado, fueron citados un número abundante de autores nacionales y autores extranjeros de los temas que componen los capítulos de la presente tesis, haciendo debido acopio en la cita de pie de página en el apartado bibliográfico.

En definitiva, el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con los requisitos exigidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, razón por la cual, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de continuar con el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el tribunal examinador en el Examen Público de tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Asimismo declaro expresamente que no soy pariente de la estudiante **ZHYREEA LESSLIE VANEZA PRIETO BARRIOS** dentro de los grados de ley, por lo cual no tengo ningún impedimento para asesorar el presente trabajo de tesis.

ATENTAMENTE;


Licda. Dina Marisol Robledo Ordoñez
Abogada y Notaria
Licenciada
Marisol Robledo Ordoñez
Abogada y Notaria



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 12 de octubre de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante ZHYREEA LESSLIE VANEZA PRIETO BARRIOS, titulado NATURALEZA JURÍDICA DE LA NORMA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 324 DEL CÓDIGO PENAL Y SU APLICACIÓN EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL GUATEMALTECO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/sllh.



Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO





DEDICATORIA

A DIOS:

A mi Padre Celestial, al creador de todo lo que soy y de todas las personas que amo, al que siempre está a mi lado y me levanta en los momentos difíciles, quien me ha permitido llegar hasta donde estoy el día de hoy y ser lo que soy, quien me da fuerzas y me enseña que todo esfuerzo tiene una recompensa, gracias mi Dios por tu infinita bondad y amor.

A MI ESPOSO:

A tí amado esposo Abner Alejandro Palma Smith, que has estado en todo este proceso a mi lado apoyándome en las buenas y malas, sin tí no lo hubiera logrado, mil gracias amor por tus consejos y apoyo incondicional, a tí en especial.

A MIS HIJAS:

Brittanie Wyld Prieto, mi querida hija por todo tu apoyo y por darme tu tiempo para yo poder seguir adelante gracias mi rayito de sol por ayudarme a ser alguien en la vida, Mia Isabella Palma Prieto mi pequeñita quien me impulsa día a día a ser una mejor persona, Ana Sofía Palma por tu gran cariño y por ser la persona maravillosa que eres, gracias a todas por ser mi motor para ser alguien mejor a cada segundo de mi vida.



A MIS PADRES:

José Roel Prieto Castillo, por ser un padre ejemplar amoroso y comprensivo, María Tereza Barrios, porque sin tu ayuda no lo hubiera logrado, por tu ejemplo de mujer exitosa y amorosa, a los dos por todo su amor y apoyo a lo largo de mi vida.

A MIS HERMANOS:

Karla Yolanda, Jenny Maytté, Cindy Dayane y José Roel por estar siempre a mi lado, demostrándome su amor y apoyo incondicional.

A MIS SOBRINAS:

Karla Estivaly, María José, Kenny José André, Allison Maytte y Brianna Camila por ser una parte muy importante en mi vida y darme fuerzas para ser una mejor persona, con todo mi amor.

A MIS ABUELITAS:

Siria Mendoza y Marta Yolanda, mis ángeles en el cielo.

A MI FAMILIA EN GENERAL:

Por todo su apoyo.

A ESTA CASA DE ESTUDIOS:

Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por abrirme las puertas del conocimiento y darme la oportunidad de ser una profesional.



PRESENTACIÓN

El presente trabajo de investigación se basa en la inadecuada aplicación del Artículo 324 del Código Penal como delito en casos concretos, enfocado a la práctica en los Juzgados penales, desde el punto de vista doctrinario y jurídico, aplicable en el derecho penal, rama del derecho público guatemalteco.

La presente investigación será por tanto, de tipo cualitativo al hacer registros narrativos del tema a investigar mediante técnicas como la observación participante, tratando de identificar la naturaleza profunda del problema planteado, infiriendo de materiales históricos y de la legislación vigente. En cuanto al período en que se realizó la investigación se limita del 1 de enero de 2012, al 30 de diciembre de 2013, en todo el territorio de la república de Guatemala, pues el efecto es general para todo el territorio.

El objeto y sujeto de estudio en la presente investigación es la sentencia en un proceso penal común en cuanto a la aplicación del Artículo 324 del Decreto 17-73 del Congreso de la República relacionado con su naturaleza jurídica, el aporte académico por tanto será, que a través del resultado de la presente investigación se establezca la correcta aplicación de dicho Artículo y se tomen las medidas legales y académicas pertinentes en relación con los casos que puedan estar en trámite y en los ya sentenciados.

HIPÓTESIS



La incorrecta aplicación del Artículo 324 del Código Penal, que se ha realizado en el sistema de justicia guatemalteco, al emitir condenas o ligar a proceso por el delito de equiparación de documentos, violenta los derechos de los sujetos a quienes se les atribuye erróneamente dicha calificación jurídica penal vulnerando el principio de legalidad contenido en la Constitución Política de la República de Guatemala, así como los derechos humanos contenidos en convenciones internacionales, las cuales deben analizarse a profundidad para que el juzgador basado en la sana crítica razonada y doctrina, resuelva lo que en derecho corresponda y evitar vulnerar dichas garantías.

COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS



Para poder comprobar la hipótesis planteada, se utilizó la metodología deductiva la cual parte de lo general a lo particular, desarrollando en el marco teórico la temática de la norma jurídica, su definición, clases, características, destacando la naturaleza y sus diferencias conceptuales y prácticas, así como los principios que fundamentan el derecho penal vigente, y fue por lo tanto, validada a lo largo del presente trabajo de investigación.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. Derecho penal.....	1
1.1. Definición.....	2
1.2. Misión.....	3
1.3. Fuentes.....	3
1.4. Relación con otras ramas del derecho.....	5
1.5. Evolución histórica.....	7
1.5.1. Tabú y venganza privada.....	7
1.5.2. La ley del talión.....	7
1.5.3. Derecho romano.....	8
1.5.4. Edad Media.....	9
1.5.5. Los glosadores y los post-glosadores.....	11
1.5.6. Escuela clásica o liberal.....	11
1.5.7. Positivismo.....	12
1.6. Principios limitadores del derecho penal.....	13
1.7. Teoría de la reacción penal.....	14
1.8. Pena.....	15
1.9. Teoría relativa de la pena, prevención general, positiva.....	18
1.10 Teoría relativa de la pena, prevención general, negativa.....	18
1.11 Teorías relativas de la pena, prevención especial.....	19
1.12 Teoría relativa de la pena, prevención especial, positiva.....	19
1.13 Teoría relativa de la pena, prevención especial, negativa.....	19
1.14 Las medidas de seguridad.....	20

CAPÍTULO II

2. Delito.....	21
----------------	----

2.1.	Concepto formal del delito.....	24
2.2.	Concepto material o jurídico sustancial del delito.....	27
2.3.	Proceso de tipificación.....	28
2.4.	Sistema totalizador.....	29
2.5.	Sistema atomizador o analítico.....	30
2.6.	El delito como hecho ilícito	31
2.7.	El delito como un hecho jurídico	32
2.8.	Estructura del delito como hecho ilícito.....	33
2.9.	Importancia de la teoría analítica del delito.....	34
2.10	Teorías causalista, finalista, y funcionalista en el estudio del delito....	35
	2.10.1. Teoría causalista.....	35
	2.10.2. Teoría finalista.....	36
2.11	Concepción funcionalista del delito.....	38
2.12	Los sujetos del delito.....	39
2.13	Objeto del delito.....	40
2.14	Elementos del delito y factores negativos.....	43
2.15	Aspectos positivos.....	45
2.16	Aspectos negativos.....	45
2.17	Características de los elementos del delito.....	46
2.18	Comisión del delito.....	48

CAPÍTULO III

3.	El bien jurídico protegido en la falsedad documental.....	53
3.1.	El concepto de documento y su contenido.....	56
3.2.	Teorías fundamentadoras de la imputación del documento a su autor.	58
3.3.	Definición de los conceptos de falsedad material e ideológica.....	66
3.4.	Diferencia entre falsedad y falsificación.....	68
3.5.	Diferenciación de los conceptos de falsedad material e ideológica.....	70
3.6.	Afectación a la función de garantía del documento.....	72



Pág.

3.7. Conclusiones sobre el concepto jurídico penal de falsedad.....	77
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	79
BIBLIOGRAFÍA.....	81



INTRODUCCIÓN

El sistema jurídico penal de un país descansa en la división de funciones como génesis fundamental del sistema republicano de gobierno, la correcta aplicación que de la Constitución Política de la República de Guatemala y las leyes vigentes efectúen los órganos de justicia, son el soporte de la democracia, y la base del respeto institucional para los ciudadanos.

Guatemala como país, afronta una crisis institucional en la que la falta de seguridad jurídica y la poca credibilidad que la ciudadanía tiene en las instituciones estatales, han originado entre otras situaciones a que Guatemala casi llegue a ser un estado fallido. Por lo tanto, la presente investigación se realiza para que en caso de que dicha norma sustantiva se haya aplicado indebidamente, utilizándola como un delito y se le hubiere imputado o aún peor condenado a una persona por errónea aplicación, dicho error pueda subsanarse, e incluso advertirse para futuros casos dentro de la legislación penal. En este sentido al estarse procesando e incluso condenando a una persona aplicando una norma penal que no constituye delito, se vulnera el principio de legalidad, generándole al sujeto consecuencias jurídicas considerables.

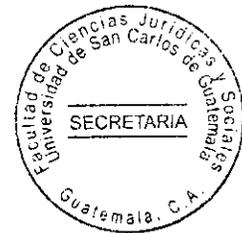
Durante la realización de interinatos en diferentes juzgados de primera instancia penal, pude observar e identificar el problema de la incorrecta aplicación del Artículo 324 del Código Penal, en tal sentido la hipótesis se comprobó al determinar la inadecuada aplicación que en la práctica en los diferentes juzgados penales, al procesar a personas en base a dicho Artículo, que contiene una norma cuyo epígrafe se anuncia como equiparación de documentos, cuando dicho Artículo no constituye un delito sino una regla que para efectos de la punibilidad equipara a los títulos de crédito que específicamente indica a la que corresponde a documentos públicos, pero que no constituye un tipo penal ni completo, ni en blanco.



Por tratarse de una investigación dentro del campo de las ciencias sociales se utilizó entre otros el método racionalista, para la adecuada interpretación de la información que se obtuvo respecto a cada tema o subtema del trabajo, así como también el método deductivo pues de las concepciones generales de la norma penal se irá aplicando a la norma de equiparación de documentos objeto de esta investigación. Entre las técnicas utilizadas, están la documental y la bibliográfica.

El objetivo general se logró alcanzar al establecer si en la doctrina, la legislación, y el derecho comparado, la figura de equiparación de documento constituye un delito, cuál es su naturaleza jurídica, y la posible vulneración al principio de legalidad, al momento de determinar la aplicación que de ésta norma se ha hecho en el país y los efectos y consecuencias jurídicas.

El presente trabajo consta de tres capítulos: en el capítulo I, se establece la definición de derecho penal, sus fuentes, relación con otras ramas del derecho, evolución histórica, y las teorías relativas de la pena, en el capítulo II se analiza el delito, su concepto y sistemas, así como las diferentes teorías en cuanto a su estructura e importancia, características y aspectos negativos y positivos, ya en materia en el capítulo III, se establece el bien jurídico protegido en la falsedad documental, concepto, definición y teorías de documento y su contenido, y las conclusiones finales sobre el concepto jurídico penal de falsedad.



CAPÍTULO I

1. Derecho penal

“Es el conjunto de normas jurídicas que regulan la potestad punitiva del Estado, asociando a hechos, estrictamente determinados por la ley, como presupuesto, una pena, medida de seguridad o corrección como consecuencia, con el objetivo de asegurar los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica”.¹

Cuando se habla de derecho penal se utiliza el término con diferentes significados, de acuerdo a lo que se desee hacer referencia; de tal modo, podemos mencionar una clasificación preliminar tal como: Derecho penal sustantivo, y por otro lado, el derecho penal adjetivo o procesal penal.

El primero de ellos está constituido por lo que generalmente conocemos como código penal o leyes penales de fondo, que son las normas promulgadas por el estado, estableciendo los delitos y las penas, mientras que el derecho procesal penal es el conjunto de normas destinadas a establecer el modo de aplicación de aquellas.

¹ Armenta Deu, Teresa. **El proceso penal, nuevas tendencias, nuevos problemas.** Pág. 19



1.1. Definición

“El derecho penal es el saber jurídico que establece los principios para la creación, interpretación y así ejecutar la aplicación de las leyes penales (aún a los casos privados); propone a los jueces un sistema orientador de sus decisiones, que contiene y reduce el poder punitivo para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho”.²

De tal manera que se pueden establecer algunas definiciones como las siguientes:
Conjunto de reglas jurídicas establecidas por el estado, que asocian el crimen como hecho, a la pena como legítima consecuencia, la rama del derecho que regula la potestad pública de castigar, estableciendo lo que es punible y sus consecuencias, y aplicar una sanción o una medida de seguridad a los autores de infracciones punibles.

Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.

Rama del ordenamiento jurídico que contiene las normas impuestas bajo amenaza de sanción, conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado, que definen las

² Gómez Colomer, Juan Luis. **La instrucción del proceso penal**. Pág. 36



conductas delictivas y las penas o medidas de seguridad que hay que aplicar a sus infractores.

1.2. Misión

El derecho penal no se reduce sólo al listado de las conductas consideradas delitos y la pena que a cada uno corresponde, sino que su misión es proteger a la sociedad.

Esto se logra a través de medidas que por un lado llevan a la separación del delincuente peligroso por el tiempo necesario, a la par que se reincorpora al medio social a aquellos que no lo son mediante el tratamiento adecuado en cada caso para lograr esta finalidad.

1.3. Fuentes

La fuente del derecho es aquello de donde el mismo emana, de dónde y cómo se produce la norma jurídica. Entonces, la única fuente del derecho penal en los sistemas en los que impera el principio de legalidad es la ley, de la cual emana el poder para la construcción de las demás normas y su respectiva aplicación, por lo tanto, sólo ésta puede ser la creadora y fuente directa del derecho penal.

Costumbre: la costumbre no es fuente del derecho penal ni en su vertiente positiva ni como desuetudo en los sistemas penales denominados continentales, es decir, en



aquellos en los que impera el principio de legalidad, aunque pueda serlo de otras ramas del derecho.

Otra cosa sucede en los sistemas penales del derecho anglosajón o en la Corte Penal Internacional. Para estos sistemas penales el antecedente judicial es fuente de derecho, aunque son cada vez más, por razones de seguridad jurídica, los estados que adoptan el modelo del sistema maestro o codificación. Inglaterra, que necesitaba un derecho en constante evolución por ser un país marítimo y no poder esperar la creación de leyes para adecuarlas a su comercio, adoptó la costumbre como fuente del derecho; en derecho penal, sin embargo, la costumbre no puede operar como creadora de delitos y penas.

A pesar de lo anteriormente dicho, algunos autores admiten la adecuación social como causa de exclusión de la tipicidad. Según este argumento se afirma que en determinados casos, una conducta que pareciera típica, sin embargo, por fuerza de la actividad social se la considera atípica o permitida.

Sin embargo, otros autores se posicionan francamente en contra, por entender que admitir la adecuación social es aceptar la desuetudo como fuente del derecho. El caso típico que se pretende permitir con base en la adecuación social es el de los pequeños regalos a los funcionarios, conductas que entran de lleno en delitos de corrupción, conductas gravísimas incluso en sus más leves manifestaciones que afectan a las propias bases del sistema social y lo convierten en injusto.



Jurisprudencia: fuente clásica en el derecho anglosajón (Common law). Jurisprudencia es la reiteración de decisiones sobre un mismo asunto de forma similar, no es una sola decisión, tiene que ver con una actividad plural de decisiones que consolidan una tendencia para la solución de un caso. No sólo en Estados Unidos o en Inglaterra la jurisprudencia es utilizada para la toma de decisiones, sino que todos los abogados tienden a buscar precedentes jurisprudenciales porque son los que le indican cómo interpretan los tribunales una determinada norma. Ahora bien, en los sistemas penales continentales la jurisprudencia no es fuente de derecho, así como tampoco lo es la analogía.

Doctrina: No es fuente del derecho penal aunque cumple importantes funciones de cara a la creación e interpretación de la ley penal.

Principios generales del derecho: Tampoco pueden ser considerados fuente del derecho penal, aunque cumplen otras funciones al orientar y limitar la actividad legislativa; la interpretación o la aplicación de la ley penal.

1.4. Relación con otras ramas del derecho

Si bien el derecho es un todo, en el cual es imposible escindir totalmente unas normas de otras, por cuestiones didácticas, pedagógicas, y también prácticas a la hora de su aplicación, se lo divide en diferentes ramas. Con cada una de ellas el derecho penal tiene vinculaciones:



a) Derecho constitucional: la constitución de cada estado es la que fija las bases y los límites a los que el derecho penal deberá sujetarse (limitaciones al ius puniendi), con principios como el de presunción de inocencia, debido proceso, entre otros.

b) Derecho civil: muchas de las nociones que se utilizan en el derecho penal provienen o son definidas en el derecho civil. Para que haya adulterio, por ejemplo, debe haber matrimonio, y este es un concepto civil; o para que haya robo, debe haber propiedad.

c) Derecho mercantil: sucede lo mismo que en el caso anterior. Podemos ejemplificar con el delito de estafa con cheque, para lo cual es necesario tomar del derecho comercial el concepto de cheque.

d) Derecho administrativo: por una parte, el derecho penal protege la actividad administrativa sancionando las conductas que atentan contra su debido funcionamiento; por otra, generalmente, el hecho de revestir el autor del delito autoridad administrativa agrava la pena. Luego, el ejercicio de la persecución penal, al estar a cargo de órganos administrativos, acerca también a estas dos ramas del derecho.

Por último, cuando los órganos administrativos imponen sanciones, se ha entendido que los principios y garantías del derecho penal son también aplicables en el ejercicio de esta potestad, aunque con matices.



1.5. Evolución histórica

Cada sociedad, históricamente, ha creado y crea sus propias normas penales, con rasgos y elementos característicos según el bien jurídico que en cada caso se quiera proteger.

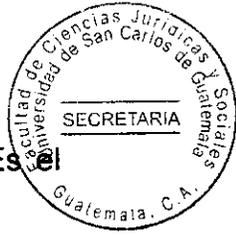
1.5.1. Tabú y venganza privada

En los tiempos primitivos no existía un derecho penal estructurado, sino que había toda una serie de prohibiciones basadas en conceptos mágicos y religiosos, cuya violación traía consecuencias no sólo para el ofensor sino también para todos los miembros de su familia, clan o tribu.

Cuando se responsabilizaba a alguien por la violación de una de estas prohibiciones (tabú), el ofensor quedaba a merced de la víctima y sus parientes, quienes lo castigaban causándole a él y su familia un mal mayor. No existía relación alguna entre la ofensa y la magnitud del castigo.

1.5.2. La ley del talión

Las primeras limitaciones a la venganza como método de castigo surgen con el Código de Hammurabi, La Ley de las XII tablas y la Ley Mosaica, que intentan



establecer una primera proporcionalidad entre el daño producido y el castigo. Es el famoso ojo por ojo, diente por diente.

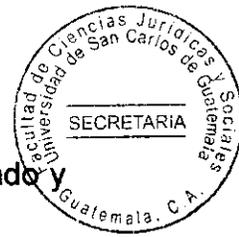
En los casos en que no existía daño físico, se buscaba una forma de compensación física, de modo tal, por ejemplo, que al autor de un robo se le cortaba la mano. A esta misma época corresponde la aparición de la denominada composición, consistente en el reemplazo de la pena por el pago de una suma dineraria, por medio de la cual la víctima renunciaba a la venganza.

En la actualidad se está introduciendo la remisión de la pena a cambio de servicios a la comunidad.

1.5.3. Derecho romano

El extenso período que abarca lo que habitualmente denominamos derecho romano puede ser básicamente dividido en épocas, acorde al tipo de gobierno que cada una de ellas tuvo. A partir de la Ley de las XII tablas se distinguen los delitos públicos (crímenes) de los delitos privados (delitos, en sentido estricto).

Los primeros eran perseguidos por los representantes del estado en interés de éste, en tanto que los segundos eran perseguidos por los particulares en su propio interés. Es de destacar que la ley de las XII tablas no establecía distinciones de clases sociales ante el derecho.



Con el correr del tiempo los delitos privados pasan a ser perseguidos por el Estado y sometidos a pena pública. Una de la peores penas era la capitis diminutio máxima.

Durante la época de la República, solo van quedando como delitos privados los más leves. El derecho penal romano comienza a fundarse en el interés del Estado, reafirmandose de este modo su carácter público.

Esta característica se ve claramente en la época del Imperio. Los tribunales actuaban por delegación del emperador; el procedimiento extraordinario se convirtió en jurisdicción ordinaria en razón de que el ámbito de los crímenes contra la majestad del imperio se fue ampliando cada vez más. Con el desarrollo del período imperial no se tratará ya de tutelar públicamente intereses particulares, sino de que todos serán intereses públicos. La pena en esta etapa recrudescer su severidad.

1.5.4. Edad Media

La edad Media: durante la Edad Media desaparece el Imperio romano, y con él la unidad jurídica de Europa.

Las invasiones de los bárbaros trajeron costumbres jurídico-penales diferentes, contrapuestas muchas de ellas a los principios del derecho del Imperio romano.



A medida que el señor feudal fortalece su poder, se va haciendo más uniforme el derecho, como fruto de la unión del antiguo derecho romano y de las costumbres bárbaras.

Así cobra fuerza el derecho canónico, proveniente de la religión católica que se imponía en Europa por ser la religión que se había extendido junto con el Imperio romano.

El derecho canónico que comenzó siendo un simple ordenamiento disciplinario crece y su jurisdicción se extiende por razón de las personas y por razón de la materia. Llegando a ser un completo y complejo sistema de derecho positivo. El delito y el pecado (se homologaban) representaban la esclavitud y la pena la liberación; es fruto de esa concepción el criterio tutelar de este derecho que va a desembocar en el procedimiento inquisitorial.

Se puede destacar que el derecho canónico institucionalizó el derecho de asilo, se puso a las ordalías y afirmó el elemento subjetivo del delito. Es muy debatido si se distinguía el delito del pecado, pero la mayoría de los autores coinciden en que aunque haya existido una distinción teórica, en la práctica la misma se desvanecía. Basta con mencionar algunos de los actos que se consideraban delitos: la blasfemia, la hechicería, el comer carne en cuaresma, el suministro, tenencia y lectura de libros prohibidos, la inobservancia del feriado religioso, etcétera.



1.5.5. Los glosadores y los post-glosadores

Con la concentración del poder en manos de los reyes, y la consiguiente pérdida del mismo por parte de los señores feudales, se sientan las bases de los Estados modernos.

Se produce entonces el renacimiento del derecho romano. En las universidades italianas, principalmente, se estudia este derecho, como también las instituciones del derecho canónico y del derecho germano.

Los glosadores avanzan sobre el derecho romano a través del corpus iuris de Justiniano, recibiendo su nombre por los comentarios (glosas) que incluían en los textos originales.

Los postglosadores ampliaron el campo de estudio, incluyendo también las costumbres (derecho consuetudinario).

1.5.6. Escuela clásica o liberal

El primer representante de esta escuela es Francisco Carmignani. Su obra elementos de derecho criminal propone un sistema de derecho penal derivado de la razón, siendo uno de los primeros en trazar un sistema científico del derecho penal en lengua no germana.



Siguiendo a Carmignani, pero superándolo, aparece en el escenario de la escuela liberal Francesco Carrara, conocido como el maestro de Pisa. En su programa del Corso di Diritto Criminale (1859) la construcción del sistema de derecho penal alcanza picos de depuración técnica, tanto que cuando muere Carrara se empieza a visualizar el proceso de demolición del derecho penal liberal.

1.5.7. Positivismo

Ante los avances de la ciencia y el afán por superar el Estado liberal no intervencionista, buscando afrontar su ineficacia respecto al nuevo crecimiento de la criminalidad, nace el positivismo.

Su idea es que la lucha contra la criminalidad debe hacerse de una forma integral permitiendo la intervención directa del Estado.

Las mayores críticas contra los autores positivistas radican en el olvido de las garantías individuales, ya que su foco es la peligrosidad social del delincuente.

Escuela Positivista Italiana: su fundador fue César Lombroso quien cambió el enfoque del delito como ente jurídico para dirigirlo hacia el delincuente como hecho observable. Lombroso escribió *L'uomo delinquente* en 1876, colocando al delincuente como fenómeno patológico, respecto del cual sostiene la existencia de una predisposición anatómica para delinquir, por lo que afirma la existencia de un delincuente nato por



una malformación en el occipital izquierdo. Para Lombroso el que delinque es un ser que no ha terminado su desarrollo embriofetal.

Lombroso no era un jurista, por lo que Enrico Ferri será quien le dé trascendencia jurídica a las teorías de Lombroso. Ferri rotula como delincuente nato al uomo delinquente de Lombroso. El punto central de Ferri es que para su positivismo el delito no es la conducta de un hombre, sino el síntoma de un mecanismo descompuesto. El delito es síntoma de peligrosidad, por ello la medida de la pena está dada por la medida de la peligrosidad y no del acto ilícito. Con el estado peligroso sin delito se quiso limpiar la sociedad de vagos, alcohólicos y todo aquel que demostrara peligrosidad pre delictual.

Con Rafael Garófalo se completa el trío positivista italiano, y con él queda demarcada la tesis de guerra al delincuente. Con él surge la idea de un delito natural, ya que las culturas que no compartían las pautas valorativas europeas eran tribus degeneradas que se apartaban de la recta razón de los pueblos superiores, y que eran a la humanidad lo que el delincuente a la sociedad. El delito natural sería el que lesione los sentimientos de piedad y justicia, que eran los pilares de la civilización occidental.

1.6. Principios limitadores del derecho penal

Los principios limitadores del derecho penal son aquellas partes de la doctrina que le han impuesto barreras a la construcción del derecho penal, de tal forma que éste no



se salga de control y acabe con el Estado de derecho. El objetivo de los principios es la reducción del poder punitivo de los estados.

Los principios son:

- a) Principio de proporcionalidad: conocido también como principio de intervención mínima
- b) Principio de legalidad
 - a. Lex previa: Principio de irretroactividad
 - b. Lex scripta: Principio de escrituración
 - c. Lex stricta: Principio de la máxima taxatividad legal e interpretativa
- c) Principios pro derechos humanos
 - a. Lesividad
 - b. Humanidad
 - c. Trascendencia mínima
 - d. Doble punición

1.7. Teoría de la reacción penal

“La pena es el medio con que cuenta el Estado para reaccionar frente al delito, expresándose como la restricción de derechos del responsable. Es la pérdida o restricción de derechos personales, contemplada en la ley e impuesta por el órgano



jurisdiccional, mediante un proceso, al individuo responsable de la comisión de un delito”.³

El orden jurídico prevé además las denominadas medidas de seguridad destinadas a enfrentar situaciones respecto de las cuales el uso de las penas no resulta suficiente o adecuado. De este modo, podemos sostener que el Estado cuenta con dos clases de instrumentos; penas y medidas de seguridad.

1.7. Pena

Desde la antigüedad se discuten acerca del fin de la pena, habiéndose desarrollado fundamentalmente tres concepciones, las que en sus más variadas combinaciones continúan hoy caracterizando la discusión.

Encontramos así:

1. Teoría absoluta de la pena: Son aquellas que sostienen que la pena halla su justificación en sí misma, sin que pueda ser considerada como un medio para fines ulteriores. Absoluta porque en ésta teoría el sentido de la pena es independiente de su efecto social;
2. Teoría relativa de la pena: Las teorías preventivas renuncian a ofrecer fundamentos éticos a la pena, ella será entendida como un medio para la

³ Bramont Arias, Luis. **Manual de derecho penal**. Pág. 37



obtención de ulteriores objetivos, como un instrumento de motivación, un remedio para impedir el delito. Para explicar su utilidad, en relación a la prevención de la criminalidad, se busca apoyo científico;

- 3. Teoría mixta o de la unión:** Estas sostienen que no es posible adoptar una fundamentación desde las formas teóricas antes mencionadas, y proponen teorías multidisciplinarias que suponen una combinación de fines preventivos y retributivos e intentan configurar un sistema que recoja los efectos más positivos de cada una de las concepciones previas.

Explicaciones generales

El objeto de estudiar las teorías de la pena dice relación con lograr determinar ¿Cuál es el significado del acto al que llamamos castigo? ¿Qué sentido tiene para quien padece el castigo (el condenado), como para quien lo impone (la sociedad a través de los órganos correspondientes de justicia)?

Lo anterior nos lleva a dos preguntas ¿Por qué se pena? y ¿Para qué se pena? se ha tratado de responder de dos formas a estas preguntas.

a) Teoría absoluta retribucionista: La retribución significa que la pena debe ser equivalente al injusto culpable según el principio de la justicia distributiva. Lo que no tiene que ver con venganza, sino con medida, ya que el hecho cometido se convierte



en fundamento y medida de la pena (Esto se llama principio de proporcionalidad de la pena con el delito cometido); y esta ha de ajustarse, en su naturaleza y quantum a aquel. El principio retribucionista descansa sobre dos principios inmanentes: El reconociendo de que existe la culpabilidad, que puede medirse y graduarse; y el que puedan armonizarse la gravedad de la culpa y la de la pena, de suerte que esta se experimente como algo merecido por el individuo y por la comunidad.

b) Teoría absoluta expiatoria: Acá la imposición de la pena tiene un carácter moral. El sujeto sufre la pena para comprender el daño causado. Mediante la pena expía su culpabilidad.

c) Criterio prevencionista: En la prevención se mira hacia el futuro ya que se centra en la peligrosidad del sujeto y la predisposición criminal latente de la generalidad de los sujetos. La pena sería un medio para prevenir delitos futuros. El delito entonces no es la causa sino la ocasión, de la pena.

Tampoco es la medida de la pena, porque no se castiga con arreglo a lo que el delincuente se merece, sino según lo que se necesite para evitar otros hechos criminales. El principio prevencionista descansa sobre tres presupuestos inmanentes: la posibilidad de enjuiciar en un juicio de pronóstico mínimamente seguro respecto a la conducta futura del sujeto; la de que la pena pueda incidir de tal manera en la peligrosidad diagnosticada que ciertamente produzca un efecto preventivo; que



mediante la pena pueda lucharse eficazmente contra las inclinaciones y tendencias criminales.

El criterio de las teorías relativas prevencionistas tienen dos vertientes que a su vez se subdividen en dos posiciones cada una. La prevención general, la cual actúa solo sobre la comunidad, y la prevención especial las cuales recaen sobre el sujeto delincuente.

1.8. Teoría relativa de la pena, prevención general, positiva

La cual señala que la pena es una forma de reforzar los valores de la sociedad o por lo menos reforzar la vigencia del ordenamiento jurídico. En este sentido, la pena vendría a ser un medio para reforzar la validez del ordenamiento jurídico. "Se impone la pena al infractor de la norma, para hacer ver al resto de la sociedad que existe el derecho, que no queda impune su quebrantamiento y, finalmente, que se protegen ciertos valores o estados que la sociedad en conjunto considera importantes."⁴

1.9. Teoría relativa de la pena, prevención general, negativa

Postula que la pena es un medio con el cual intimidar a la sociedad para prevenir la comisión de delitos. La pena vendría a ser ejemplificadora para el resto de la sociedad.

⁴ Arroyo, José Manuel. **El sistema penal ante el dilema de sus alternativas**. Pág. 103



1.10. Teorías relativas de la pena, prevención especial

Estas teorías recaen sobre el sujeto delincuyente, la pena es un medio para intervenir en la vida del infractor de la norma. Esta intervención se justifica como forma de prevenir futuros delitos, para tratar de reducir la peligrosidad del sujeto. Es independiente de la sociedad. Y posee a su vez dos manifestaciones:

1.11. Teoría relativa de la pena, prevención especial, positiva

Se plantea la pena como una forma, un medio, para re sociabilizar al sujeto infractor. La comisión de un delito y por ende la aplicación de la pena justificaría al estado para intervenir en la vida del sujeto con programas de escolaridad, trabajos forzados, psicológicos, etcétera.

Con el fin de corregir o bien sanar al sujeto. Por ende la pena sería indeterminada hasta el punto de que solo se otorgaría la libertad cuando el sujeto estuviese corregido.

1.12. Teoría relativa de la pena, prevención especial, negativa

Se plantea lisa y llanamente como la neutralización del delincuyente. La pena debe ser un medio para sacar de circulación al delincuyente.



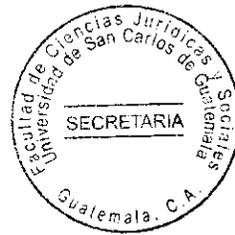
1.13. Las medidas de seguridad

Las medidas de seguridad atienden a la peligrosidad del sujeto (prevención especial):

El sujeto que comete un injusto (hecho típico y antijurídico) pero no puede ser culpado por un defecto en su culpabilidad (teoría del delito), es susceptible de recibir una medida de seguridad para evitar nuevos injustos.

Por su función se pueden agrupar en:

1. Medidas terapéuticas: Buscan la curación.
2. Medidas educativas: reeducación.
3. Medidas asegurativas: Inocuización y resocialización.



CAPÍTULO II

2. Delito

“La palabra delito deriva del verbo latino delicto o delictum, supino del verbo delinquo, delinquiere, que significa desviarse, resbalar, abandonar, abandono de la ley.”⁵

“Los clásicos definieron al delito de diversas maneras pero el autor más destacado Francisco Carrara cita al delito como: la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente daños”.⁶

Para Carrara el delito es un ente jurídico, porque su esencia debe consistir en una violación del derecho y llama al delito infracción de la ley porque un acto se convierte en delito únicamente cuando choca contra él, afirma su carácter de la infracción a la ley del Estado y agrega que dicha ley debe ser promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos.

Esta infracción ha de ser la resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, este actuar necesariamente tiene que ser cometido por el hombre, tanto en sus acciones como en sus omisiones.

⁵ Reynoso Dávila Roberto. **Teoría general del delito**. Pág. 21

⁶ Castellanos Tena Fernando. **Lineamientos elementales de derecho penal**. Pág. 125



Posteriormente la corriente Positivista y el autor Rafael Garófalo lo definió como la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad.

“En cambio Jiménez de Asúa define que: el delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.”⁷

Ernst Beling define el delito como la acción típica antijurídica y culpable sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad.

Otro autor como Edmundo Mezger define al delito como: la acción típicamente antijurídica, personalmente imputable y conminada a una pena, “Pellegrino Rossi define al delito como la infracción de un deber exigible en daño de la sociedad o de los individuos”.⁸ “También Reinhart Frank definió que: el delito es la violación de un derecho fundado sobre la ley moral.”⁹ “Gian Domenico Romagnosi define que: el delito es el acto de una persona libre e inteligente, perjudicial a los demás injustos.”¹⁰

Enrique Ferri define los delitos como las acciones punibles determinadas por móviles individuales y antisociales que perturban las condiciones de vida y contravienen la moralidad media de un pueblo en un tiempo y lugar determinado.

⁷ Castellanos Tena Fernando. **Op. Cit.** Pág. 125

⁸ Reynoso Dávila Roberto. **Teoría general del delito.** Pág. 25

⁹ **Ibid.** Pág. 26

¹⁰ **Ibid.** Pág. 26



Una definición universal del delito no ha sido posible de establecer, pues al igual que la ciencia del derecho es cambiante constantemente todos sus elementos, pues en este caso se puede observar que algunos delitos contemplan el elemento de punibilidad en sus definiciones y otros en cambio solo mencionan una transgresión a la moral.

Al encontrarse en constante cambio no se puede establecer una definición universal, sin embargo se considera que para el desarrollo de este trabajo la definición que más se adecua por parte de los teóricos es la de Jiménez de Asúa.

El delito es la conducta típica, antijurídica, culpable y punible. Y estos delitos pueden ser realizados por acción y por omisión.

En los delitos de resultado material, también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se estimará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se acredite que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de la ley, de un contrato o de su actuar precedente. Y de similar manera se cita lo siguiente referente a como se pueden cometer esos delitos con su resultado.

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva,



cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente

La idea del delito toma su origen en la ley penal. Entre la ley penal y el delito existe un nexo indisoluble, pues el delito es propiamente la violación de la ley penal o para ser más exactos, la infracción de una orden o prohibición impuesta por la ley; en consecuencia, delito será todo hecho al cual el ordenamiento jurídico penal le adscribe como consecuencia una pena, impuesta por la autoridad judicial por medio de un proceso.

2.1. Concepto formal del delito

Existen diversas concepciones formales del delito, sin embargo todas aquellas coinciden en que el delito es aquella conducta legalmente imputable; esto quiere decir que dicha acción se encuentra tipificada (descrita), en los distintos ordenamientos de la ley penal. “Una vez admitido como axioma inconcuso que sin la ley no hay delito y que las conductas que quedan fuera de las leyes son impunes, solo se puede asegurar lo que el delito es, interrogando la ley misma”.¹¹

La definición formal obedece a una concepción legal por cuya virtud el delito es toda acción legalmente imputable; es decir, el conjunto de presupuestos de la pena que se

¹¹ Medina Peñalosa Sergio. **Teoría del delito**. Pág. 29



encuentran en la parte especial de los ordenamientos penales sustantivos. Se estima que la misma limita la libertad de construcción científica y conlleva a que una vez admitido como axioma inconcusos que sin la ley no hay delito y que las conductas que quedan fuera de las leyes son impunes, solo se puede asegurar lo que el delito es, interrogando la ley misma.

La concepción formal del delito se considera la única posibles por ser esta producto de la metodología del derecho, debido a que la acción punible es aquella que se encuentra sancionando por las normas de derecho.

Al prevalecer el método jurídico aumento la tendencia a concebir la definición formal como única posible, pues las acciones punibles son las castigadas por la ley, en términos del axioma *nullum crimen nulla poena sine lege*; y a su vez cabe replicar tautológicamente que las acciones castigadas son las punibles, cayendo en una contradicción que no aporta solución alguna.

Aunque existe una notable similitud entre una concepción formal de delito y el principio de legalidad *nullum crimen nulla poena sine lege* el principal problema del concepto formal del delito consiste en la tarea de concretar el concepto de delito en los ordenamientos legales, es decir, buscar una definición que atienda a toda clase de generalidad aun por encima de todos las concepciones que se tienen de él.



Por ende, esta noción entraña una relativización del concepto de delito consustancial con el principio de legalidad, cuya consecuencia más importante estriba en el hecho de supeditar el concepto de delito a la ley.

Aquel conjunto de comportamientos que sancionara las leyes penales no están tipificadas por meros caprichos por parte de los legisladores y no son productos del azar o la casualidad, sino que son erigidos en un código penal con el objeto de defender los distintos valores éticos, morales y sociales del hombre en compañía de sus semejantes, a los cuales también se les puede llamar bienes jurídicos, éstos bienes son protegidos y las normas tipificadas en los distintos ordenamientos legales con la convicción de que de esa forma se va a asegurar la paz y la sana convivencia social, esta convicción se ve reforzada con la idea de una pena que impone el Estado mediante un intervención que aunque sea ejecutada por el Estado tiene sus límites punitivos, por esta razón se encuentran contenidas de forma escrita.

Naturalmente el conjunto de comportamientos que sanciona la ley no deriva de azares ni de prácticas legislativas inconscientes. Con ello se enfatiza que los tipos penales se establecen para defender los intereses materiales éticos y sociales que la comunidad asume e integra a su patrón de convivencia a manera de bienes jurídicos, con plena convicción de su validez y su observancia, y en esa inteligencia, mediante la amenaza de una pena, tipifica ciertas conductas contrarias a la expectativa social que se despliega en torno a todos los individuos en convivencia, pues el Estado dolo puede prohibir y sancionar acciones que sean contrarias a las posibilidades de hacer la vida



la vida en conjunto y que vayan en contra de los derechos ajenos y del Estado, siendo estos los límites punitivos de la intervención estatal.

2.2. Concepto material o jurídico sustancial del delito

La definición material del delito también es considerada como real o sustancial, es decir que atiende meramente al hecho, esto nos lleva a confirmar que el delito es toda acción típica, antijurídica y culpable, es decir un daño que tiene que ser retribuido de alguna forma por su trasgresor mediante la acción jurisdiccional del Estado, la visión material del delito nos aporta nuevos elementos que nos permiten analizar al delito en cada una de sus partes.

Por otra parte la concepción material del delito a veces dista mucho de la realidad al referirse a ella como una acción puesto que acción implica necesariamente un hacer, un movimiento corporal ya sea voluntario o involuntario que causa una alteración en el mundo exterior, cabe recordar, que existen una variedad de delitos que se ejecutan por la omisión, la omisión que implica un no hacer y que lo vuelve la antítesis de la acción, por esta razón, es mejor concebido el término conducta, que en todo caso abarca la acción o la omisión por parte del infractor, dado que la conducta es todo aquella manera de conducirse frente a las circunstancias que se van imponiendo.

A lo largo del desarrollo de la teoría del delito y de conformidad con la perspectiva del sistema jurídico que adopta cada país suele sostenerse que para realizar el estudio



jurídico-penal del delito exciten dos esquemas bajo los cuales se crea la noción de delito: el totalizador o unitario.

2.3. Proceso de tipificación

El proceso de tipificación puede ser definido como el conjunto de pasos mediante el cual se concreta de forma adecuada la conceptualización de una conducta contemplada como delito, de esta forma se facilita su correcta sistematización, esto permite que su definición sea clara y precisa evitando en la medida de lo posible alguna confusión, partiendo de la noción de bien jurídico al que se suman los elementos especificadores.

Un proceso adecuado de tipificación permite interpretar de forma concreta la conducta referida, así mismo es preciso añadir los elementos especificadores tales como las circunstancias en las que la acción u omisión es llevada a cabo.

Se puede definir como la concreción y descripción adecuada del tipo penal que permite erradicar defectuosas metodologías usadas tradicionalmente en el área conceptual y estructural del delito y que posibilita su correcta sistematización, partiendo de la noción de bien jurídico al que se suman los elementos especificadores. Mediante un adecuado proceso de tipificación se logra que los elementos del delito (acción antijurídica y culpable) permitan conocer el papel que juegan, evitando que se reduzca el principio *nullum crime nulla poena sine lege* en una frase tan espectacular e



impactante, de modo que por ejemplo, si el tipo es entendido como una descripción de la conducta, lo menos que debe de contener esta, así como otras circunstancias o elementos que los precisen.

Por lo tanto, todas aquellas motivaciones racionales y legales del delito son determinadas por un bien jurídico tutelado, sin embargo no basta solo con determinar el bien jurídico que están tutelando, puesto que existen delitos similares como el homicidio y el parricidio, los dos protegen el bien jurídico de la vida, sin embargo para hacer una verdadera diferencia entre ellos es necesario determinar bien las circunstancias en las cuales esta se ejecuta o la relación entre las personas.

Por lo tanto todas, las motivaciones legales y racionales del delito, aparecen determinadas por el bien jurídico tutelado, pero no es suficiente este para completar todo el proceso de tipificación, ya que suponerlo implica que, con solo precisarlo acuciosamente, se obtendrían las construcciones normativas del delito y se agotaría dicho proceso, careciendo entonces de significado que junto al homicidio, existiese el parricidio, el aborto y el infanticidio, por mencionar algunos ejemplos, donde se afecta idéntico bien jurídico, aun cuando se erigen como figuras autónomas.

2.4. Sistema totalizador

Este sistema concibe al delito como un todo imposible de seccionarse en distintos elementos como lo propone la noción material del delito, por lo tanto impide que se



haga un análisis en partes y en vez de dicho metodología impone el estudio del delito como un todo para comprender su verdadera esencia. “Sin embargo este sistema supone muchas deficiencias tanto metodologías como prácticas, dado que el delito en forma material es un todo compuesto de varios elemento, una vez que uno de esos elementos está ausente deja de ser delito, ya sea en la práctica. Por esta razón el sistema totalizador choca en la generalidad muchas veces innecesaria”.¹²

Este sistema ve en el delito un bloque conformado de una sola pieza, imposible de escindir en elementos, por lo que el injusto es una unidad, un todo orgánico que si bien es susceptible de presentar aspectos diversos, no es en manera alguna fraccionable y como tal debe de ser estudiado para comprender su verdadera esencia. El sistema totalizador indudablemente genera problemas sistemáticos y metodológicos que imposibilitan aprehender su esencia en toda plenitud, tanto en el aspecto teórico como en el práctico.

2.5. Sistema atomizador o analítico

Este es el sistema más aceptado para el estudio del delito dado que supone una visión analítica del injusto y permite al mismo tiempo una descomposición del concepto del delito mediante distintas metodologías.

¹² **Ibid.** Pág. 31



En oposición a lo anterior, la postura atomizadora nos permite dar una noción analítica del injusto, esto es, que el estudio riguroso y atinado permite una descomposición del concepto de delito en sus partes constitutivas mediante un proceso denominado Bestandteile en la doctrina de Alemania.

Los partidarios de este sistema si bien aceptan al delito como un todo consideran indispensable para su estudio el fraccionamiento de sus partes para hacer más comprensible su esencia, solo haciendo un análisis del delito se logra entender sus similitudes con otros hechos jurídicos, a la vez que permite diferenciarlos de manera mejor, claro es, sin dejar de aceptar al delito como un conjunto de elementos lógicamente concatenados entre sí.

2.6. El delito como hecho ilícito

“Posiblemente el gran desarrollo que alcanzó en este siglo la teoría del delito, no ha permitido subrayar toda la importancia que tiene la consideración del derecho penal como parte del ordenamiento jurídico para esta teoría y ha desdibujado la configuración del delito como participe por naturaleza del hecho ilícito en general.

La mayor parte de los penalistas tienen la tendencia a estructurar la teoría del delito dentro de sus propios límites, sin insistir en los materiales de aquella procedencia, no



solo la ha complicado, si no que hasta ha llegado a veces a deformarla tornándola contradictoria”.¹³

2.7. El delito como un hecho jurídico

El derecho es un conjunto de normas que dan origen a distintas obligaciones y responsabilidades, este conjunto de derechos regula un vasto número de hechos de la vida social, tales hecho pueden ser resultados de un actuar del hombre o meros hechos naturales. En el caso de la omisión los hechos pueden ser lícitos si responden al mandato jurídico e ilícito cuando están en una posición contraria, los hechos ilícitos imponen una responsabilidad jurídica al sujeto que la ha realizado.

Cualquier persona que realiza con su conducta una transgresión al ordenamiento jurídico que impone el Estado con el fin de preservar la sana convivencia social, tiene la obligación de reparar el daño, esto implica el dejar las cosas tal cual estaban antes de su intervención de la manera más íntegra y rápida posible.

No es necesario determinar si la persona que afectó un bien jurídico tenía o no la voluntad de realizar dicha acción, si no que basta con que esta persona haya causado el daño, aunque este principio no es generalizado, dado que hay circunstancias en las cuales la ley solo obliga la reparación del daño cuando ha mediado una responsabilidad entre el infractor y el ilícito.

¹³ **Ibid.** Pág. 56



La reparación del daño, sin embargo, no es suficiente, pues según la importancia del bien jurídico afectado se puede aplicar una sanción con el objeto de intensificar la pena y darle un carácter más preventivo y darle una especie de ejemplaridad penal.

La pena solo puede anexarse en los casos de responsabilidad subjetiva y a comparación de la reparación del daño esta no se relaciona de ninguna forma con el daño al bien jurídico protegido, sino por la magnitud con que fué creado el daño.

2.8. Estructura del delito como hecho ilícito

El derecho penal es concebido como una regulación de conductas ilícitas en relación con las penas que estas conllevan, su función primordial es determinar entre distintas conductas aquellas que son merecedoras de una pena, estas últimas se les dá el carácter de delito.

En la teoría de los hechos ilícitos de los que se responde subjetivamente, es decir, de aquellos en los que la efectivización de la consecuencia para el agente depende de un reproche que formula el derecho a voluntad que impulso su conducta. Tal conclusión impone que para desarrollar la teoría del delito, se tenga que contar inicialmente con las características generales de los hechos ilícitos, de los que se responde para constituir una conducta reprochable, esto es que tiene que tratarse de una acción u omisión que pueda catalogarse como una conducta del hombre, antijurídica por ser



antijurídica por ser contraria al mandato con que el derecho protege los bienes jurídicos y culpables por que es reprochable para el derecho.

2.9. Importancia de la teoría analítica del delito

El delito se reviste de una vasta importancia dentro del derecho penal. El procedimiento analítico es más confiable para determinar sus fines dado que atiende a una metodología más lógica, la elaboración de cada uno de los elementos del delito depende de la elaboración de otros, estableciéndose así entre ellos un orden. Es decir, así como la tipicidad se encarga de encuadrar los límites de la acción, la antijuridicidad y la culpabilidad hacen indispensable el juicio de reproche.

Cuando la responsabilidad penal queda excluida por la injerencia de factores que impiden la vigencia de los factores del delito procedentes de la teoría general del hecho ilícito, como lo son la acción, la antijurídica, la culpabilidad y la responsabilidad. En cambio cuando la exclusión de la responsabilidad penal ha dependido de factores atinentes a las condiciones del hecho ilícito como delito, como pueden serlo las especificaciones del tipo o las circunstancias de punibilidad, esa exclusión en nada influirá sobre la responsabilidad extrapenal.

De este modo queda confirmada la importancia del método analítico para el estudio del delito, dado que es un hecho ilícito que necesita de distintos elementos para confirmarse como delito es preciso enmarcar su forma de estudio en un análisis que



permita estudiarlo en cada una de sus partes para poder después comprender mejor el delito como un todo.

2.10. Teorías causalista, finalista y funcionalista en el estudio del delito

2.10.1. Teoría causalista

Franz Von Liszt en 1981, en su famoso programa de Marburgo estableció las bases de la moderna dogmática penal trasladando a la ciencia penal los métodos propios de las ciencias empíricas y tomando como marco teórico a la ciencia de positivismo naturalista hace un análisis del delito, o sea de su estructura, apoyando en el concepto legal de acción como un fenómeno causal natural y extrajurídico, libre de valor como simple acusación, sin tomar en cuenta la voluntad rectora, constituyendo un sistema cerrado, en el cual la ciencia del derecho penal debe desarrollar los preceptos concretos de la ley subiendo hasta los últimos principios y conceptos fundamentales, pues solo la ordenación de los conocimientos en el sistema garantiza aquel dominio sobre todas las particularidades, seguro y siempre dispuesto, sin el cual la aplicación del derecho es siempre un diletantismo, abandonada al acaso y a la arbitrariedad.

“La teoría casualista de acuerdo con el maestro Eduardo López Betancourt considera el delito como un comportamiento humano dependiente de la voluntad que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior; trata la conducta como factor causal del resultado, sin tomar en cuenta la intención que llevo al sujeto a cometerla.



Los casualistas explican la existencia de la acción delictiva, cuando un sujeto tiene voluntad de realizarla, sin tomar en cuenta necesariamente la finalidad que se propone al hacerlo porque esta no pertenece a la conducta”.¹⁴

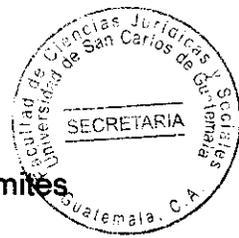
2.10.2. Teoría finalista

Hans Welzel fue su principal creador y exponente. Considera que la misión del derecho penal consiste en la protección de los valores elementales de la conciencia, de carácter ético-social y solo por inducción la protección de los bienes jurídico-particulares.

El legislador está vinculado no solo a las leyes de la naturaleza física, sino que debe atender a determinadas estructuras permanentes, de la materia de su regulación y que no las puede modificar, pues en caso de su regulación y que no las puede modificar, pues solo en caso contrario su regulación será necesariamente falsa. Las estructuras lógico-objetivas, según esta concepción son verdaderas inmutables que vinculan al legislados y al intérprete.

Considera la acción en su propia esencia, como ejercicio de la actividad final, considera al dolo como un elemento de la acción y solo a través de este fin del autor, la acción pierde el carácter incoloro.

¹⁴ Reynoso Dávila Roberto. **Op. Cit.** Pág.12



La finalidad, obedece a la capacidad del hombre de prever dentro de ciertos límites las consecuencias de su comportamiento causal y de conducir el proceso según un plan a la meta perseguida mediante la utilización de recursos. La acción es conducida, desde que el sujeto anticipadamente piensa su objetivo con la realización de la acción manifestada al mundo exterior.

La teoría finalista admite que la base común estriba que el concepto de acción está fuera del derecho penal pues el hombre puede anticiparse mediante el conocimiento causal la consecuencia posible de sus acciones, por lo tanto, la actividad final es un actuar dirigido de manera consiente por fines, mientras que el acontecer causal es el resultante fortuito del conjunto de causas existentes en cada caso.

A lo largo del desarrollo de esta doctrina se considera la teoría causal que los actos voluntarios de sentido que parten de la acción interna de los actos del pensamiento, hasta la realización de dichos actos de voluntad verificables mediante la acción externa.

Las normas de derecho penal deben de vincularse necesariamente con la estructura final de la acción, ya que no pueden ordenar o prohibir procesos causales, sino solo los actos dirigidos finalmente. La ciencia del derecho se refiere a acciones humanas en cuanto a que se caracterizan no por su causalidad si no por la intención o finalidad.



2.11. Concepción funcionalista del delito

El pensamiento funcionalista surge con la teoría organicista de la sociedad del filósofo inglés Herbert Spencer, con alcance metafórico compara a la sociedad con un organismo animal, intentando adaptar la metáfora biológica a los hechos sociales, argumentando que cada institución social era como un órgano, cuya función consistía en contribuir al funcionamiento total del grupo al que pertenecía.

La corriente funcionalista propone la vinculación de la sistemática de la teoría del delito con la política criminal, en cuanto persigue adecuar la regulación jurídico penal a las necesidades de esta, pues a través de los fines inciden en las acciones humanas en el mundo natural y social, y en el modo en que la norma penal opera como medio de control de esos fines es precisamente la pena; a la que se le atribuye el peso de la función efectiva de que la norma se cumple orientando la sistematización de los diversos conceptos y principios hacia criterios de política criminal para que el jurista cuente con conceptos flexibles y no se vea encasillado en construcciones o conceptos cerrados.

Gunther Jacobs; construye su teoría del delito a partir de su propia concepción de la pena a la cual le atribuye una función de prevención general positiva; el delito simboliza una falta de fidelidad al derecho, que lesiona la confianza institucional y por ende, la pena se hace necesaria para establecer la confianza en el derecho; por lo



tanto, la pena, como reacción ante la infracción de una norma, no es sino la reafirmación de la norma

La teoría funcionalista considera que la norma penal opera como medio de control de esos fines es precisamente la pena a la que le atribuye el peso de la función efectiva de que la norma se cumple

Claus Roxin considera que solo es objetivamente imputable un resultado causado por una acción humana cuando dicha acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado que se ha realizado en el resultado típico, por lo tanto se considera a la pena como reacción ante la infracción de una norma como la reafirmación de ésta.

“Para el funcionalismo de Jacobs el fin esencial del derecho penal es la protección de bienes jurídicos como era considerado en un principio sino más bien la protección de las normas penales”.¹⁵

2.12. Los sujetos del delito

En el delito, para su existencia, deben de incidir dos sujetos: El sujeto activo y el sujeto pasivo, en ocasiones intervienen otros en conjunción con el activo, ya sea antes o después de la comisión o realización del delito, que para los efectos de este estudio no revisten mayor relevancia, por el momento.

¹⁵ Medina Peñalosa Sergio, *Op. Cit.* Pág.75



El sujeto activo del delito será toda persona que, en términos generales, infrinja la ley penal, ya sea por su propia voluntad o sin ella; es decir, el delito puede ser cometido, por el sujeto activo, con pleno conocimiento de la acción que va a realizar, esperando el resultado de éste, o, en caso contrario, sin la voluntad de ese sujeto, cuando la acción que dá origen al delito, no es deseada y se comete por imprudencia o sucede por un accidente. Sin embargo, este sujeto será el que realice la acción de la conducta o la omisión de la misma que están previstas y sancionadas por la ley penal.

En el caso del sujeto pasivo del delito, éste será toda persona que resienta el daño que ocasiona la comisión del delito, la consecuencia de la conducta delictiva, ya se trate de su persona, en sus derechos o en sus bienes. La persona a quien se le afecta en su esfera personal de derechos e intereses.

2.13. Objeto del delito

Desde luego, la naturaleza y tipo de delito, de que se trate, influirá en la calidad, tipo y número de los sujetos activos y, las consecuencias de éste, en los pasivos. Por otra parte, el objeto del delito es muy importante, no solamente en la teoría del mismo, sino para la existencia y vida del mismo, incluyendo su comisión o realización. Esto es, el objeto jurídico del delito, es el bien protegido por el derecho y que precisamente por esa razón, se denomina bien jurídico, es decir el quid de la norma, con la amenaza de la sanción, trata de proteger contra posibles agresiones.



A mayor abundamiento, el objeto del delito es sobre lo que debe recaer la acción del agente según la descripción legal respectiva y, por otra, el bien tutelado por las particulares normas penales y ofendidas por el delito. De tal enunciado aparecen dos conceptos completamente diferentes, el de objeto material y el de objeto jurídico del delito, que solo coinciden cuando la ofensa de un bien tutelado por el derecho penal consiste en la modificación de aquello sobre lo cual precisamente se verifica el resultado.

Por lo que hace al objeto material del delito, éste puede ser la formulación que antecede al que la descripción legal respectiva tiene por tal de donde se infiere que no constituye objeto material, en sentido jurídico, las cosas materiales con que se cometió el delito o constituyen su producto, o son huellas de su perpetración, pues ellas conciernen al episodio delictivo concreto y no a su abstracta previsión legal.

El objeto material del delito puede ser tanto una persona como una cosa. El Estado protege determinados bienes porque ello es necesario para asegurar las condiciones de la vida en común: no protege el interés en la observancia de los preceptos legales; es decir, se protege, por la norma penal, el derecho del particular, ya que no puede considerarse lógicamente que la norma jurídica, o sea el objeto de la protección, pues la norma no puede proteger el interés en la protección, o sea, en definitiva, no puede protegerse a sí misma.

Por lo que hace al objeto jurídico del delito, se conviene en que éste es el bien jurídico penalmente protegido que el delito ofende. Un bien jurídico puede ser tanto una persona, como una cosa, como una relación entre personas y una entre personas y cosas; entre estos bienes hay algunos que, por ser vitales para la colectividad y el individuo, reciben protección jurídica por su significación social y a los cuales el derecho acuerda su especial tutela erigiendo en tipos delictivos algunas formas especialmente criminosas de atentar contra ellos, por tanto, como objetos de interés jurídico vienen a constituir el objeto jurídico que se halla tras cada delito.

El delito es un hecho jurídico, es decir, es un hecho que tiene importancia jurídica, por cuanto el derecho le atribuye consecuencias jurídicas, el nacimiento de derechos para el agraviado y para el Estado, como el persecutor de los delitos, y pérdida de derechos para el delincuente.

Como el delito es un hecho jurídico voluntario, supone que él es ante todo un hecho humano y no un hecho natural. Es una acción, un obrar con efectos comprobables en el mundo exterior, y no una simple declaración de voluntad; y es, además, una acción voluntaria y consciente, y por tanto imputable, es decir, referible al sujeto activo como suya.



2.14. Elementos del delito y factores negativos

Elemento es aquello que concurre para la formación de algo complejo, el género próximo y la diferencia específica de toda definición esencial, o en el acto humano. La separación neta de los elementos del delito en subjetivos y objetivos no puede sostenerse.

Los elementos jurídicos o materiales, anteriores a la ejecución del hecho cuya existencia se requiere para que el mismo previsto por la norma, integre un delito.

Por ejemplo se mencionan como posibles presupuestos del delito: la vida previa de la víctima en el delito de homicidio, el estado de gravidez en el aborto, el matrimonio anterior al noviazgo válido en la bigamia, la ajenidad de la cosa en el robo.

Los autores que se citan a continuación ofrecen sus definiciones de lo que a su criterio es considerado como elementos del delito y sus presupuestos, cada uno de ellos tiene su particular modo de pensar de acuerdo a la época social en la que estuvo presente. Giuseppe Maggiore advierte que la noción de presupuesto no está aún bien definida en el terreno de la teoría general del derecho penal, señalando que la categoría de los presupuestos no tiene razón de ser en los asuntos penales, considera que el único sentido que se le puede dar es el de la antecendencia de un delito con relación con otro. "Giuseppe Bettiol sostiene por presupuestos debe entenderse a aquellos elemento, requisitos, factores, que deben preexistir al hecho material para que pueda



considerarse como hecho delictuoso”.¹⁶ Giacomo Delitala expresa que los presupuestos del delito son también ellos elementos del delito, y en verdad si faltan falta el hecho constitutivo del delito, tal como la ley lo describe.

“Biagio Petrocelli hace saber que se servirá del término elemento, tomándolo como sinónimo, de requisito en el más inmediato contenido etimológico de esta palabra, o sea en el sentido de todo aquello que es requisito para que el delito exista, afirma que debe entenderse por elemento todo aquello necesario para que el delito exista”.¹⁷

La doctrina se ha dado cuenta de que coexiste entre las características del delito una muralla lógica, neta y que no se puede incluir todo lo objetivo y todo lo subjetivo Guillermo Sawyer de acuerdo con el método Aristotélico de sic et non; contrapone el delito es a lo que no es.

Francisco Carrara consideraba como elementos constitutivos la fuerza física (elemento objetivo) y la fuerza moral como elemento subjetivo. La separación de los elementos de delito como objetivos y subjetivos no puede sostenerse, pues autores como Marx Ernst Mayer señaló que eran engañosas aquellas teorías de quienes confiaban en construir una tipicidad carente de valor, y una anti juridicidad puramente objetiva, libre de elementos psíquicos.

¹⁶ Reynoso Dávila. **Op. Cit.** Pág. 21

¹⁷ **Ibid.** Pág. 25



Actualmente se puede concluir que dentro del derecho mexicano estos son los elementos del delito que se contemplan:

2.15. Aspectos positivos

Actividad

Tipicidad

Antijuricidad

Imputabilidad

Culpabilidad

Condicionabilidad objetiva

Punibilidad

2.16. Aspectos negativos

Falta de acción

Ausencia del tipo

Causas de justificación

Causas de imputabilidad

Causas de inculpabilidad

Falta de condición objetiva

Excusas absolutorias



2.17. Características de los elementos del delito

La acción es un hecho previsto en la ley penal y dependiente de la voluntad humana.

La acción delictiva puede consistir en un acto en sentido estricto, cuando hay una realización de un movimiento corporal; en una omisión pura o propia si se trata de un no hacer algo, o una combinación de ambas posibilidades, llamada comisión por omisión u omisión impropia.

La acción debe depender de la voluntad de una persona, por lo que se excluyen de las tipificaciones delictivas supuestos tales como los movimientos reflejos, los estados de inconsciencia como el sueño, la narcosis, el sonambulismo, la embriaguez letárgica o los estados hipnóticos, o cuando hay una violencia irresistible que impulsa al actor a ejecutar actos donde la voluntad se halla sometida, anulada o dirigida.

En toda acción se puede distinguir entre el contenido del acto intencional (lo que se percibe, imagina, aquello que es juzgado) y el acto mismo que se dirige a él (el imaginar, el juzgar) que tiene una cualidad propia, de ese modo se sostiene por Husserl que en el actuar se observan tres fases fundamentales:

1. La primera fase del proceso intuitivo del conocimiento y del actuar se recibe de manera natural todos los elementos de un fenómeno.

2. En el segundo momento de este proceso se verifica la reducción del fenómeno recibido, la escogitación de sus elementos esenciales y necesarios, prescindiendo de los que no lo son.

3. Finalmente la tercera fase se regresa de la conciencia empírica del fenómeno y es a lo que se le llama percepción inmanente a priori. De esto se deduce que es parte inherente de la conducta humana inmanente a priori: que implica que el ser humano realiza las acciones penales cuando se verifican movimientos que modifican el mundo exterior y que necesariamente conllevan una intención.

El fenómeno del pensamiento actuante cumple con las tres fases citadas: se reciben todos los elementos de un fenómeno criminal (idea de delinquir) y eligiendo los medios esenciales para el logro de ese fin, previa separación de aquellos que no son concomitantes o secundarios, y consecuentemente se regresa como un todo a la conciencia a través de la determinación del actuar intencional dirigido a la obtención de la finalidad prevista.

Entonces la acción es concebida como un proceso de categoría causal que produce efectos jurídicos pero que es carente de contenido (el querer).

La conducta debe ser contraria a lo que el derecho demanda y encontrarse recogida por la ley. La tipicidad es una consecuencia del principio de legalidad imperante en el Código Penal. El legislador se debe valer de la abstracción y del lenguaje para definir

el tipo, por lo que siempre se distingue la tensión entre el casuismo exagerado y la vaguedad que no permite definir los límites de cada supuesto. Entre los elementos del tipo se pueden distinguir: los descriptivos, integrados por los de carácter objetivo (procedentes de la realidad perceptible, como por ejemplo matar) y los subjetivos (integrantes del mundo psíquico, como tener la finalidad de algo o actuar contra la voluntad de alguien); los elementos normativos que exigen valoraciones, como los calificativos: ajeno, inmoral, peligroso y los elementos negativos del tipo que lo excluyen por implicar la ausencia de los fundamentos de la antijuridicidad.

Las causas de exclusión de la antijuridicidad son la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el cumplimiento de un deber (de tal forma que tanto el deber deriva del ordenamiento jurídico, como su cumplimiento se ajusta al mismo) o el ejercicio legítimo de un derecho, el oficio (la profesión médica por ejemplo) o el cargo, y la obediencia debida. La tipicidad significa la subordinación de acción, se suprime a la especificación de la punibilidad, por considerar a esta como consecuencia y no como elemento del delito. La culpabilidad es otro elemento del delito, de tal forma que se puede afirmar que no hay pena sin culpa (nullum crimen sine culpa).

2.18. Comisión del delito

El encubridor de un delito, o de la conducta delictiva, la que necesariamente será referida a un sujeto, el activo, es toda persona que teniendo conocimiento del delito y del sujeto que lo cometió, no lo denuncia a la autoridad competente o no da la debida



cooperación a la investigación y persecución del mismo, teniendo la obligación de hacerlo.

El encubridor no participa ni coopera de ninguna manera en la planeación, ejecución y materialización del delito o de la conducta delictiva, cuando éstos no requieran resultado material, sino que éste únicamente tiene conocimiento de la realización del delito y de sus sujetos activos y los protege, auxilia o asesora para librarse de la acción persecutora de la justicia; la comisión del delito de encubrimiento se da después de que se comete el delito principal, que es el que se trata de encubrir para que no se conozca por la autoridad o para que no sea perseguido y sancionado.

Por su parte, el cómplice del delito y del agente que comete la conducta delictiva, figura antes de la realización del delito; pues es la persona que auxilia al delincuente, o ejecutor material del delito, a la planeación, ejecución y materialización del delito.

La actuación del cómplice llega hasta el momento último inmediato antes de la ejecución del delito, ya que entonces se trataría de una coautoría del delito o pluralidad de sujetos activos.

El cómplice es del delincuente, que es el comete la conducta considerada delictiva, no del delito en sí mismo, ya que éste solamente es el resultado que es propio y exclusivo del delincuente. Y esta complicidad abarca cualquier actividad que sea necesaria o

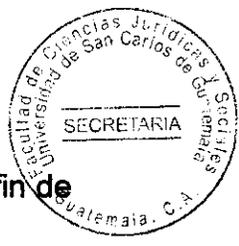


complementaria para la realización o materialización del delito, no solamente la actividad material ya que también abarca la intelectual

Por otra parte, la comisión del delito consistente en un hacer determinada conducta, de manera consiente sobre todo; el delito es el resultado material de una conducta considerada como tal, por tanto, la actividad delictiva sólo culminará con la materialización del resultado previsto con ella, es decir, con la obtención del daño al bien jurídico protegido, no antes; por lo tanto, la complicidad será respecto de la conducta del sujeto que va a delinquir, no del delito mismo, en tanto que el encubrimiento será sobre el delito cometido y el sujeto activo del mismo, con lo que se demuestra que esta conducta es más amplia.

Lo anterior es así, porque la planeación y la idea de cometer un delito, a menos que se trate de uno grave como ya se apuntó, como tentativa no es punible; en tanto, que el incumplimiento de la obligación de dar parte a la autoridad de la comisión de un delito o del delincuente, es un delito diferente al del encubrimiento, ya que éste se dará en cuanto se preste alguna ayuda a ese sujeto activo del delito. Desde luego, existen excepciones a este efecto, conocidas como de causas de in imputabilidad que reconoce la misma ley penal.

De esta manera se han descrito las circunstancias bajo las cuales se desarrolla la comisión del delito, respecto de las personas que intervienen en su comisión, partiendo desde su planeación y preparación hasta su consumación, para después de



ésta proceder a la protección del sujeto activo y a la ocultación del delito, con el fin de evitar la sanción a que se ha hecho acreedor el sujeto activo del delito con su conducta. Pues la realización o materialización del delito sólo corresponde al sujeto activo del mismo





CAPÍTULO III

3. El bien jurídico protegido en la falsedad documental

Para iniciar el estudio de la intrincada cuestión sobre cuál sea el bien jurídico protegido en las falsedades documentales, debe hacerse mención a lo que la doctrina establece de las falsedades, de modo que no da pista alguna acerca del objeto de protección de los distintos delitos en él contemplados. Con ello, los juristas penales, han pretendido orillar esta debatida cuestión y así como en otros grupos de delitos las rúbricas utilizadas en la doctrina, sirven de modo determinante para averiguar el interés jurídico protegido, esto no ocurre en los delitos de falsedad, que se encuentran ubicados en el texto punitivo más atendiendo al modo comisivo que al bien jurídico que se trata de tutelar que, dicho sea de paso, no tiene porqué ser idéntico en todos los ilícitos señalados por los estudiosos del derecho penal.

La indeterminación de la rúbrica constituye una muestra de las tan dispares opciones que la doctrina ha mantenido a lo largo de los años en la caracterización de los objetos de protección en este grupo de ilícitos. "Un repaso al pensamiento jurídico relacionado con la falsedad documental evidencia que las opiniones han ido desde quienes consideran que lo tutelado es el derecho a la verdad, hasta quienes entienden que el objeto protegido es el documento mismo o alguna de las funciones que éste desempeña en el tráfico jurídico, pasando por quienes defienden que se trata de la fe



pública, la seguridad y fiabilidad en el tráfico jurídico o el ataque a verdad de la prueba documental”.¹⁸

“En este contexto de controversia, incluso Von Liszt llegó a negar la existencia de un bien jurídico autónomo protegido por la falsedad documental, delito que, según su opinión, se caracterizaría por el medio de ataque y que protegería distintos bienes jurídicos, coincidentes con aquellos para los que cada concreto documento tenga relevancia en el tráfico jurídico”.¹⁹ En parecido sentido se ha manifestado Aragona, quien entiende que los delitos de falsedad son siempre instrumentales, se prevén y penan no por sí mismos, sino en relación con todos aquellos intereses que éstos, por su propia naturaleza, tienden a ofender.

Tal posicionamiento supone admitir la existencia en el Código Penal de ilícitos carentes de un contenido de injusto o, lo que es lo mismo, de injusto que varía en función de los distintos supuestos, pero que, en todo caso, no es propio de la falsedad documental. Según esta opinión la falsedad será merecedora de pena en función de que se afecte al honor o patrimonio, por ejemplo, de un determinado individuo o grupo de individuos, olvidando que para la tutela de dichos bienes jurídicos ya incorpora el texto penal ilícitos distintos a la propia falsedad. Esto supone tanto como negar la antijuricidad material de los ilícitos contemplados en el Código Penal guatemalteco, lo

¹⁸ De Mata Vela, **Derecho penal guatemalteco**. Pág. 26

¹⁹ **Ibid.** Pág. 27



que, de admitirse, podría incluso conducir a postular la desincriminación de tales conductas, teniendo en cuenta el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

“Lo que en ningún momento debe olvidarse cuando se analizan posiciones negadoras de un bien jurídico propio en la falsedad documental es que las mismas parten del desencanto generado por aquellos expedientes, demasiado indeterminados, erigidos en algún momento como objeto de tutela en este delito, tal como lo demuestran las críticas de que se ha hecho objeto el concepto fe pública”.²⁰

Por tal razón, cabe preguntarse si la caracterización lo suficientemente amplia de un bien jurídico que sirva para acoger en su seno a todos los delitos que el Código Penal incluye entre las falsedades puede llevarnos a un resultado satisfactorio.

Observando el desarrollo histórico de las distintas formulaciones del objeto jurídico tutelado por las falsedades documentales, resulta evidente que la progresiva concreción del bien protegido, en contraposición a la tesis que postula la ausencia del mismo, ha sido la opción que ha ganado terreno. De la indeterminación absoluta inherente a la idea de un supuesto derecho a la verdad se pasa posteriormente a indeterminaciones más relativas como las de la fe pública o la seguridad en el tráfico jurídico, que aún pueden ser objeto de tutela en todo tipo de falsedades. No obstante, es cuando el objeto protegido se centra en las características del documento, primero en tanto que medio de prueba y, posteriormente, en cuanto que objeto productor de

²⁰ Maza, Benito, **Derecho procesal penal guatemalteco**. Pág. 62



una serie de funciones, cuando puede empezar a hablarse de configuración de un bien jurídico con verdadero contenido dentro de las falsedades documentales.

Esta es la razón de que en el presente trabajo se otorgue mayor atención a aquellas formulaciones que, como las basadas en las funciones que el documento desempeña en el tráfico jurídico, consiguen un mayor grado de efectividad en la formulación del objeto de tutela, y sea con ellas con las que se inicie el estudio de las distintas posiciones, sin que ello sea óbice para que se dé cuenta, aunque más sucintamente, de otras posiciones de las que éstas traen causa o de aquellas, que sin haberlas influido, las han precedido en el tiempo.

3.1. El concepto de documento y su contenido

El documento, término que proviene del verbo latino doceo, compuesto por el prefijo do y el indicativo scio, que significa etimológicamente dar ciencia constituye uno de los conceptos fundamentales en orden a la aprehensión del sentido y ámbito de aplicación de los ilícitos falsarios, pero también uno de aquellos de más controvertida interpretación.

De él se ha dicho que tiene dos sentidos, el de instrucción, aviso o consejo y, en segundo término, y para los efectos que aquí interesan, es la escritura, instrumento o acta con que se prueba o se hace constar alguna cosa. Tal instrumento, cuya historia se remonta a los sumerios, en torno al año 2900 A.C., ha sido desde antaño el



preferentemente escogido por las distintas estructuras sociales para fijar las relaciones intersubjetivas entabladas entre las personas, sin duda a causa de la perdurabilidad que proporcionan a las declaraciones en ellos contenidas.

Sin embargo, las formas de documentación han ido evolucionando a lo largo de la historia, paralelamente a los hallazgos del hombre. De tal forma, si bien los primeros documentos de que se tiene constancia utilizaban como base tabletas de arcilla, la generalización del uso del papiro, sobre todo en Asia a partir del siglo VII A.C., facilitó la escrituración de las distintas relaciones jurídicas, tanto al ser utilizados por las civilizaciones griega y egipcia, como por la influencia que las mismas tendrían en el imperio romano, en cuyo derecho ya puede observarse la influencia del principio de la escritura.

La configuración externa del documento ha evolucionado de tal forma que en la actualidad ya no puede ser concebida únicamente como la expresión de un pensamiento por escrito, generalmente sobre el papel, utilizando caracteres fonéticos, puesto que el avance de la tecnología ha hecho surgir nuevos medios que permiten la fijación de declaraciones de pensamiento, como las cintas magnetofónicas, los disquetes, discos compactos, memorias USB, discos duros, etcétera. A pesar de ello, las normas jurídicas que hasta el momento disciplinaban el funcionamiento de este instrumento, lo concebían como escrito, por razón de que algunas de las nuevas técnicas de documentación no existían en el momento en que tales normas se promulgaron, mientras que otras se encontraban en ciernes.



Por otra parte, el ordenamiento jurídico no ofrecía una definición de documento que permitiera fijar la amplitud del concepto y los requisitos básicos que lo configuran, lo que había dado lugar a opciones divergentes en la doctrina científica al establecer los contornos del mismo, sobre todo por lo que respecta al estudio de la falsedad documental en el ordenamiento jurídico penal, así como a dudas acerca de si el concepto penal de documento debía ser autónomo en relación a la configuración que del mismo se infiere de las normas civiles procesales y materiales o se había de circunscribir a las mismas.

3.2. Teorías fundamentadoras de la imputación del documento a su autor

“Dentro del proceso analítico del delito de falsedad documental, la doctrina ha ido postulando distintas concepciones de autor en el documento que traen cuenta de la diversidad de criterios adoptados para explicar la imputación del documento y de la declaración en él contenida a una determinada persona”.²¹ “Tales concepciones, desarrolladas por la doctrina alemana, se han importado desde aquel país a los de la órbita latina, presentemente Italia, España y Portugal”.²²

La sucesión de ellas se explica por las objeciones de que se han ido haciendo acreedoras las anteriores, generalmente por la incorporación de nuevas formas de documentación a las que no pueden aplicarse las viejas directrices, lo que ha propiciado que se vaya depurando el concepto de autor, sin que ello suponga en modo

²¹ Maza, Benito. *Op. Cit.* Pág. 65

²² *Ibid.* Pág. 67



alguno que la doctrina alemana manifieste en la actualidad una opinión uniforme. De estas teorías las más importantes, por orden cronológico, son la teoría de la corporalidad o de la autoría formal -Körperlichkeitstheorie o formelle Urheberlehre, respectivamente-, la teoría de la espiritualidad Geistigkeitstheorie o materielle Urheberlehre- y, como evolución ulterior de esta última, la teoría de la imputación jurídica, también llamada teoría material del autor referida al derecho civil -materiell-zivilrechtsbezogene Ausstellerlehre-.

a) Teoría de la corporalidad

Según esta tesis, la primera en asentar un criterio uniforme que permita determinar la imputación del documento a un determinado autor, lo esencial para establecer esa relación radica en el elemento de confección material del documento. Según su máximo representante, Frank, debe reputarse como autor del documento a aquel que lo ha producido, en el sentido de que lo haya redactado o escrito, que lo haya confeccionado materialmente

De este modo, si el texto del documento proviene en su sentido de una persona distinta de quien lo ha firmado, ha de reputarse autor del documento al suscriptor, lo que supone que la declaración no podrá imputarse nunca a quien no haya intervenido físicamente en la confección del documento. Tal conclusión tiene una traducción inmediata en los casos en que se firma con el nombre de otra persona, también llamados de falsedad consentida, en que el documento siempre será inauténtico, tanto



si existe poder de representación como si no. Dicho argumento está actualmente superado en Alemania, por lo menos en opinión de la mayoría de la doctrina, debido a su inflexibilidad, puesto que no otorgaba una solución satisfactoria para la individualización del autor en determinados tipos de documentos; asimismo comportaba la declaración automática de inautenticidad del documento en otros, con la consiguiente ampliación del tipo de la falsedad que ello genera.

Respecto de la primera cuestión, se ha objetado a esta concepción que no puede otorgar la condición de documento, por ausencia de indicación del autor, a aquellos casos en que las declaraciones documentales se producen en masa, que en Alemania reciben la denominación de Vielfältigungen, generalmente mediante procedimientos de impresión, puesto que no suele aparecer en el documento el nombre del impresor. Lo mismo cabría decir de los documentos producidos con un aparato técnico, que son ya tan usuales en el tráfico jurídico, y que según esta teoría no podrían nunca alcanzar la condición de documento, puesto que ningún ser humano los ha producido físicamente.

Respecto de la segunda cuestión, debería siempre afirmarse la inautenticidad del documento en aquellos casos en que una persona sirve a otra como ayuda en la escritura, puesto que quien aparecería como autor en el documento sería quien se ha servido del escribiente, mientras el documento lo ha confeccionado físicamente este documentador, lo que también sucedería en aquellos casos en que alguien firmase en nombre de otro teniendo un poder de representación.



De la misma forma en que no era capaz de solventar la problemática generada en los Telegramas, sobre todo en los de llegada, que concebía como documentos propios emanados por el funcionario de correos, y no por el emisor.

No obstante, Frank no se mantuvo siempre tan tajante con la defensa de su teoría, defendiendo posteriormente una cierta espiritualización del concepto de autenticidad, que tuvo una traducción inmediata en su concepción del autor del documento, acercándola a la propia de la teoría de la espiritualidad, pero sin llegar tan lejos como aquella. La nueva orientación le condujo a admitir la espiritualización de la concepción de autor en lo referente a los escritos producidos en masa, por medios mecánicos, en que admitió que autor del documento podría serlo la persona de quien provenía en espíritu la declaración, aunque no aplicó la misma solución a los documentos de firma consentida con nombre ajeno, que según él debían ser reputados inauténticos.

Ha sido justamente la declaración automática de la inautenticidad de la firma con nombre de otro la que ha propiciado que la doctrina mayoritaria en Alemania haya seguido la teoría de la espiritualidad, quedando obsoleta la que en su momento llegara a postular Frank. Sin embargo, no ha faltado en aquel país quien, como Steinmetz, después de observar las soluciones insatisfactorias a que en algunos casos podía llevar la tesis mayoritaria, haya preconizado un retorno a una teoría de la corporalidad modificada, en virtud de la cual autor del documento será aquel que físicamente escribiera una declaración propia o quien utiliza en dicha producción un medio de ayuda técnico o humano, esto es, se ayuda de un artilugio mecánico o de una persona



que actúa como instrumento para fijar la declaración. Esto explica que no sea necesario que el autor del documento lo haya redactado físicamente, pero sí ha de haberlo firmado por lo menos.

b) Teoría de la espiritualidad

La ausencia de respuesta que la teoría de la corporalidad otorgaba a casos como los arriba citados, en especial la inadmisión de la firma consentida con nombre de otra persona, es lo que motivó que la doctrina mayoritaria abandonase dicha teoría y asumiese la denominada tesis de la espiritualidad, claramente dominante en la actualidad tanto en la doctrina como en la jurisprudencia alemanas. Según esta concepción, no puede concebirse como autor del documento a quien lo ha confeccionado físicamente, sino a aquella persona de la que el mismo proviene en espíritu, que se encuentra detrás de la declaración, que se adhiere y se siente ligada a la misma. No será pues decisivo para determinar el autor del documento quién lo ha confeccionado, sino quién responde de la declaración.

Dicha tesis, por lo menos durante un cierto lapso de tiempo sin ningún argumento en contra, es capaz de otorgar una fundamentación teórica que permita afirmar la autenticidad de los documentos en que el suscribiente los firma con nombre de otro pero con el consentimiento de éste; asimismo puede otorgar una respuesta adecuada, en orden a señalar a un determinado autor, en los casos de documentos impresos o en aquellos confeccionados con una ayuda técnica o humana. Todas estas razones



explican su clara repercusión en el concepto de autor, en el seno del estudio de las falsedades documentales, en toda América latina

Pero, tampoco esta tesis ha estado exenta de objeciones, sobre todo en los últimos años, y no ya en los países del ámbito latino que la han adoptado, sino también en el mismo país en el que surgió. Para los más modernos estudiosos del delito de falsedad documental en Alemania, la tesis de la espiritualidad presenta una serie de inconvenientes en su formulación originaria, por ello se va perfilando la adopción de una nueva concepción, que sin perder de vista a esta teoría, intenta concretar más el concepto de autor por ella otorgado.

Entre las objeciones que han precipitado su parcial abandono en los últimos años se sitúa la de la indeterminación del concepto de autor del documento, puesto que aún no se han establecido los criterios conforme a los cuales el documento procede espiritualmente de su autor.

Se ha afirmado también que la denominación teoría espiritual es engañosa, dado que lo que al tráfico jurídico le interesa no es tanto quién se encuentre detrás de la declaración en espíritu, sino a quién pueda imputarse dicha declaración.

Asimismo, se le ha objetado a esta concepción que conduzca a una consecuencia diametralmente opuesta a la que motivó su surgimiento, ya que, si nació para limitar la



tipicidad que podía suponer la teoría de la corporalidad, ha conseguido llevar a una interpretación extensiva del tipo en determinados casos de representación abierta.

Por último, tampoco resulta admisible, según un sector doctrinal, que haga depender el concepto de autor de la voluntad, esto es, de que quien emite la declaración se sienta realmente ligado a ella, lo que, además de conducir a la indeterminación de la autoría del documento, conlleva insolubles problemas probatorios.

c) Ulteriores formulaciones de la teoría de la espiritualidad:

Las objeciones a que se ha visto sometida la teoría espiritual, en su concepción inicial, han propiciado que un grupo de autores cada vez más numeroso en la doctrina alemana haya reformulado la teoría. Sin abandonar la base informadora de la misma, un concepto de autor del documento desligado del redactor material, se han buscado vías que consigan una mayor concreción de los parámetros que permitan imputar la declaración a su autor. No se parte ahora tanto de lo que podríamos llamar imputación espiritual de la declaración a su autor, cuanto de la imputación jurídica. Esto es, el nexo que ha de existir entre autor y declaración no es tanto psicológico o volitivo cuanto jurídico o normativo.

Para los defensores de la teoría de la imputación jurídica, quienes más que de autor del documento prefieren hablar de declarante, se ha de establecer una clara diferencia entre la relación de imputación que une al declarante con su declaración y una



segunda relación, que trae causa de la primera, y que es aquella que une a la persona para la que la declaración tiene efectos jurídicos materiales con la declaración misma, puesto que ambas personas pueden coincidir o no, en función de los casos, interesando sólo la primera de ellas para fijar quién sea autor del documento.

Sobre la base de que el productor espiritual de la declaración tanto como su causante material no interesan al tráfico jurídico si no coinciden con el declarante, se afirma que declarante es aquella persona que está unida por una específica relación jurídica con su declaración, de forma que lo esencial es ese específico nexo jurídico, que señala a la persona que ha de considerarse autor del documento.

No será tan determinante para fijar esa relación la voluntad interna de declaración, sino lo que las normas civiles digan acerca de la imputación de la declaración a su autor, debiendo acudirse por tanto a disciplinas extrapenales, generalmente al derecho civil o incluso al administrativo, para fijar si puede hablarse de la existencia de esa específica relación jurídica que ha de producirse entre autor y declaración.

No será la procedencia espiritual, equiparable con la voluntad interna, la que determina quién sea autor de la declaración documental, sino la normativa extrapenal que establece reglas para la imputación de una declaración a su declarante.



3.3. Definición de los conceptos de falsedad material e ideológica

Los inicios en la regulación del delito de falsedad, en la Lex Cornelia de falsis, promulgada por Sila el año 80 A.C., y que constaba originalmente de dos capítulos dedicados a la falsificación de testamentos y de moneda que fueron ampliándose posteriormente mediante senadoconsultos, constituciones imperiales y la propia interpretación de los estudiosos, determinan las características esenciales de regulación de las falsedades en los países que han bebido de esta fuente.

El exacerbado casuismo en la tipificación de los ilícitos falsarios en estos ordenamientos encuentra su razón de ser en la ley romana. La propia regulación romana incluía dentro de una Ley dedicada a las falsedades un conglomerado poco heterogéneo de ilícitos cuyo denominador común era el medio falsario por el cual se cometían ciertas conductas contrarias al ordenamiento, sin que éstas tuviesen otro lazo de unión. Tal falta de sistema llevó, en épocas posteriores, a que se sintiera la necesidad de establecer un concepto de falsedad aglutinador de las conductas que casuísticamente se regulaban bajo ese denominador común.

Durante la vigencia del imperio romano, los juristas vinieron caracterizando la falsedad como imitatio veritatis; es decir, si falsedad deriva del verbo latino fallere, que se identifica con engañar, no podía ser más que aquello que fuera contrario a la verdad y que la imitase. No obstante, en la edad media, los prácticos italianos otorgan otra interpretación de la acción falsaria que no consiste en la imitación de la verdad, sino



en la *immutatio veritatis*, con base en que no en todos los supuestos de falsedad será necesaria la imitación de un modelo, sino que bastará con la mera alteración de la verdad. Este entendimiento lleva a contraponer la falsedad con la misma verdad; se configura una conceptualización de la falsedad tan amplia que el único elemento que la define para los prácticos, además del dolo falsario y de la necesidad de perjuicio, es la contradicción con la verdad.

La ausencia de contornos de un concepto de falsedad identificado con la mendacidad o la ausencia de verdad no sólo caracteriza la definición que de ella formularon los prácticos. Cuando se pretende la formulación de definiciones apriorísticas de la falsedad muy posiblemente auspiciadas por la ausencia de definición legal del concepto, también en la doctrina y jurisprudencia actuales pueden observarse reminiscencias de aquella concepción.

Ciertamente, resulta discutible que nuestro derecho positivo, a imagen de su modelo, el Código Penal español, no ha establecido claramente una definición de qué deba entenderse por falsedad.

Para llenar esta supuesta laguna jurídica se podría decir que es falsificación de documento, además de la simulación total o parcial del mismo o de la realidad jurídica que refleja, toda actuación o intervención material o intelectual que incidiendo en su contenido, sentido o integridad, intencionadamente configure una situación jurídica



que no se corresponda con la realidad o altere su relevancia o eficacia, o lo atribuya a persona u órgano que no hayan intervenido en su creación, contenido o firma.

La doctrina, de forma mucho más sintética indica los modos comisivos que integran el delito de falsedad documental en referencia a la falsedad cometida por funcionario y opera con un sistema de remisiones a este precepto para determinar en qué consistan las demás acciones falsarias.

3.4. Diferencia entre falsedad y falsificación

Algunos juristas clásicos han atribuido especial importancia a la cuestión de la diferenciación entre falsedad y falsificación, intentando dar una definición de ambos conceptos. Este interés se debe a que los códigos penales latinos, tradicionalmente, incluyen ambos términos dentro del título dedicado a los delitos falsarios.

Para Pacheco, la diferencia entre falsedad y falsificación consistía en que la falsedad, que para él no era más que la falta de verdad, era aplicable a las personas y a los sujetos, pero no a las acciones, a las que debe de aplicarse el término falsificación. En distinto sentido Groizard, que admite que en el lenguaje usual ambas palabras se intercambian para quien la falsedad es el género y la falsificación es la especie, de manera que la falsificación implica siempre falsedad, pero la falsedad no supone siempre falsificación.



Según Groizard ha de acontecer la alteración de un documento u objeto verdadero previamente existentes para poder hablar de falsificación. En contraposición, la falsedad indica la comisión de un hecho o la ejecución de un acto en el que no se expresa la verdad, sino que a sabiendas se emiten conceptos no verdaderos, de manera que para que la falsedad se cometa no es necesaria la previa existencia de un objeto.

Según el mercantilista Aparicio Ramos, que coincide con la opinión de Groizard, la falsedad es la mera imitación de la verdad, esto es, supone la realización originaria de un acto creador con apariencias de legitimidad, e implica el poner lo falso en el lugar que debiera ocupar lo verdadero, mientras la falsificación supone sustitución o poner lo falso en el lugar ocupado anteriormente por lo verdadero, lo que implica necesariamente la preexistencia de un acto auténtico.

Sin embargo, tal tesis es criticada por Quintano Ripollés, en el sentido de que la misma es aplicable solamente en relación con los documentos para los que fue ideada, las letras de cambio, pero no para la falsedad en general.

En la doctrina italiana, Malinverni asume también respecto de esta diferenciación una postura en parte coincidente con la de Groizard, por lo menos en lo que a la falsificación se refiere. Para este autor la falsificación tiene un sentido más restringido que la falsedad y supone una alteración de la verdad documental con finalidad de engaño. El falso se presenta así como una modificación de la verdad, incluyendo la



formación integral de un documento falso y también la supresión documental, pero **sin** que en él quepan otros comportamientos, como el uso de documentos falsos, el uso ilícito de documentos o el abuso de documentos verdaderos.

La jurisprudencia, por su parte, se ha ocupado asimismo de establecer un criterio diferenciador entre ambos conceptos, unas veces acudiendo a la tesis de Pacheco y sosteniendo que la falsedad afecta a los sujetos y la falsificación a las acciones, pero preconizando y mayormente de acuerdo con Groizard, que la falsedad consiste en poner lo falso en lo que debiera ser verdadero mientras que la falsificación es poner lo falso en lo que ya fuera verdadero.

3.5. Diferenciación de los conceptos de falsedad material e ideológica

El establecimiento de una clasificación de los modos de comisión del delito de falsedad entre los materiales y los ideológicos obedece tanto a un intento de sistematización que aminorase el casuismo del que hacían gala los códigos penales que tomaban como modelo el Code Pénal francés de 1810 en la tipificación de las falsedades como él, cuanto a la definición de conceptos que algunos de ellos incluyen en el propio articulado. Tal forma de agrupación de los distintos modos comisivos de la falsedad se predica tradicionalmente de la falsedad de documentos, en que puede diferenciarse la declaración en ellos contenida del soporte que la contiene, pero no se ha operado en otros objetos sobre los que puede recaer la falsedad, como en la moneda.



Fueron los mismos juristas franceses los primeros en estudiar ambos conceptos, puesto que el citado Código francés fue el primero en positivizar la diferenciación. El criterio utilizado en un principio para operar la distinción fue el de la visibilidad de la falsedad. Se sostenía que la falsedad material comportaba una modificación del documento capaz de ser reconocida a simple vista, mientras que la intelectual suponía alteración del contenido del documento que no podía ser reconocida por ningún signo palpable o material.

Por tanto, la reconocibilidad o no de la falsedad por los sentidos, era lo que determinaba si ésta había de considerarse intelectual o material. También en España hubo autores que, parafraseando a los franceses, sostuvieron, como Cuello Calón, que mientras la falsedad material es perceptible por algún signo físico exterior, la ideológica no puede ser apreciada por señales o indicios materiales, acogiendo la visibilidad de la falsificación al menos como uno de los criterios a utilizar en la clasificación de las falsedades.

No obstante, el mero atender a la posible percepción por los sentidos de la actividad falsaria no es un criterio que merezca la consideración de completo, puesto que hay casos de falsedad material en que resulta francamente difícil la visibilidad del falseamiento, piénsese por ejemplo en la creación ex novo de un documento falso, como podría ser el supuesto de quien, para cobrar una cierta cantidad de dinero, libra una letra de cambio en la que aparece como tomador simulando las firmas del librador y del acepto, o el de aquél que para conseguir heredar una determinada propiedad y



sabiendo que no le ha sido otorgada por el causante en el testamento, confecciona un testamento falso posterior al auténtico, falseando la firma del testador, en el que se instituye a sí mismo heredero.

Junto a la tesis de la visibilidad, que puede considerarse la más primitiva, van apareciendo, sobre todo en Italia, ulteriores estudios que tienden a establecer criterios de clasificación más elaborados entre ambos tipos de falsedad, con la finalidad de clarificar ambos conceptos, que aparecen explícitamente recogidos en la regulación italiana de la falsedad.

3.6. Afectación a la función de garantía del documento

La conducta de la simulación total o parcial del documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad, se caracteriza por afectar primordialmente a la función de garantía que el documento desempeña en el tráfico jurídico, es decir, la que liga al autor del documento emitido. Esto no significa que sea única y exclusivamente esta tarea desempeñada por el documento la que se vea alterada con estas conductas, pues generalmente también se resentirá la función probatoria, en tanto que los documentos hacen prueba de quién los ha emitido.

No obstante, esta ulterior afectación no supone un obstáculo para afirmar que lo que en mayor medida caracteriza a la conducta de simulación es justamente el atentado



primordial a la relación representada en el documento entre el autor sea persona física o jurídica con su declaración.

Es justamente la protección de la autenticidad del documento, conformadora de la función de garantía que el mismo desempeña, la que determina que los casos de la llamada falsedad veraz integren también esta modalidad comisiva, pues suponen la atribución de una determinada declaración a una persona que no la hizo. Piénsese, por ejemplo, en el caso en que un acreedor que, ante la dificultad de cobrar la deuda que efectivamente una persona contrajo con él, confecciona un documento de reconocimiento en el que el deudor admite que le debe esa cantidad de dinero.

Dicha conducta ha de considerarse típica en tanto se imputa al declarante una manifestación que no ha efectuado; pues de otro modo retrocederíamos a un concepto de falsedad como antónimo de verdad, sin prejuzgar con ello la concurrencia del dolo.

Se preveían la contrafacción o fingimiento de letra, firma o rúbrica y la simulación de un documento de manera que indujera a error sobre su autenticidad, sin hacer referencia expresa a la simulación parcial de documento.

La contrafacción o el fingimiento de la letra, firma o rúbrica va generalmente dirigida a la creación de un documento falso ex novo, a la atribución de la declaración a una persona que no la ha efectuado, y esto tanto en los casos en los que la firma o la

rúbrica se imitasen o como en los que sencillamente se suplantase la personalidad de otro suscribiendo por él sin necesidad de imitar su firma.

3.7. Conclusiones sobre el concepto jurídico penal de falsedad

Retomando la cuestión que se dejó apuntada al inicio de éste capítulo, relativa a la hipotética necesidad de establecer un concepto pre jurídico de falsedad, ya se indicó que la fijación del mismo, según la opción aquí suscrita, no parecía la alternativa más idónea. Los intentos hasta ahora esbozados por la doctrina de determinar lo esencial en la falsedad, siempre que se ha pretendido formular una concepción que englobe todas las posibles conductas falsarias, poco han aportado en orden al establecimiento de unos límites que acoten, mínimamente, las conductas incriminables bajo este título.

La falta de verdad ha sido aquello que tradicionalmente se ha identificado como falsedad, lo que ha conducido irremediablemente a definir la falsedad como contradicción a la verdad. Sin embargo, ya se ha mencionado que incluso el establecimiento de lo que sea verdad aboca al planteamiento de problemas metafísicos prácticamente insolubles, pues las acepciones del término pueden llegar a ser tan múltiples como lo es la verdad misma.

El problema fundamental de establecer un concepto pre jurídico de falsedad no es tanto la poca utilidad de tal tarea, cuanto los peligros que la misma entraña.



La construcción formalista del delito de falsedad, que tantas veces ha desdeñado la Corte Suprema de Justicia de establecer criterios limitadores de la falsedad. Pero la falsedad, en sentido penal, ya no es el mudamiento de la verdad, aunque esta fuese la definición que de la misma se formulase en las resoluciones.

El mantenimiento de dicha concepción, tal como muestran múltiples sentencias del alto tribunal, ha conducido a una serie de prejuicios a la hora de decidir la subsunción de manipulaciones referidas a documentos en los modos comisivos de la falsedad. Los preconceptos que se manejan han propiciado una indeseable ampliación en la interpretación, una criminalización excesiva de conductas que contrasta claramente con las tantas veces aclamada interpretación restrictiva del tipo que la Corte Suprema de Justicia preconiza.

El concepto pre jurídico de falsedad, en definitiva, no hace más que oscurecer la hermenéutica de los preceptos dedicados a este delito. Por tal razón y por ser conscientes los tribunales de los abusos a que esto puede llevar, se acude con gran profusión al expediente de la falsedad inocua, que engloba supuestos muy heterogéneos. La jurisprudencia no siempre la ha utilizado con criterios estables en su aplicación casuística, y ni siquiera siempre ha conducido a la declaración de atipicidad de la conducta.

Tales consideraciones motivan un cambio de planteamiento en el estudio de las falsedades. La falsedad no es tanto un atentado a la verdad cuanto un atentado a



unos específicos medios probatorios, los documentales, que gozan de un especial crédito en el tráfico jurídico. La confianza que los mismos generan se debe a que desarrollan una serie de funciones que no cumplen, por lo menos al unísono, las demás fuentes de prueba. Partiendo de esta base, el concepto de falsedad ha de fijarse no a priori, sino tras efectuar un estudio de las modalidades comisivas falsarias cómo las mismas puedan influir en las funciones que el documento desempeña.

Por este camino se obtienen, por ejemplo, criterios mucho más precisos que los utilizados tradicionalmente por la jurisprudencia en relación con el ámbito aplicativo de la modalidad.

No parece en absoluto necesario formular un concepto de falsedad que desoiga lo que el Código Penal guatemalteco establece al respecto. La configuración jurídico penal de la falsedad como un delito de resultado con el establecimiento de una serie de medios comisivos determinados, implica tantas o más garantías que cualquier definición abstracta que del concepto pudiera otorgarse, siempre y cuando se interprete en sus justos términos.

Esto no significa que se suscriba completamente la previsión de conductas que el Código Penal guatemalteco contiene. Es cierto que la tipificación, por lo menos el casuismo, ha mejorado sustancialmente a través del tiempo. A pesar de ello, algunas de las expresiones empleadas en la descripción de la conducta dejan traslucir que el legislador se encuentra anclado en una concepción ya obsoleta de la falsedad.



En otras ocasiones el texto peca por omisión. Así, hubiera sido deseable que la esencialidad, que en el tipo se vincula solamente a las conductas de alteración, se extrapolase al resto de modalidades comisivas.

3.8. Regulación legal

El código penal guatemalteco, en cuanto a los delitos de falsedad material, falsedad ideológica, falsificación de documentos privados y equiparación de documentos preceptúa lo siguiente:

“FALSEDAD MATERIAL

Artículo 321.- Quien, hiciere en todo o en parte, un documento público falso, o alterare uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio será sancionado con prisión de dos a seis años.

FALSEDAD IDEOLÓGICA

Artículo 322.- Quien, con motivo del otorgamiento, autorización o formalización de un documento público, insertare o hiciere insertar declaraciones falsas concernientes a un hecho que el documento debe probar, de modo que pueda resultar perjuicio, será sancionado con prisión de dos a seis años.

FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS PRIVADOS

Artículo 323.- Quien, en documento privado, cometiere alguna de las falsificaciones a que se refieren los dos Artículos anteriores, será sancionado con prisión de uno a tres años.



EQUIPARACIÓN DE DOCUMENTOS

Artículo 324.- Cuando los hechos previstos en los dos primeros Artículos de este capítulo recayeren en títulos de crédito, nominativos o a la orden, o en letras de cambio, u otros títulos transmisibles por endoso, el responsable será sancionado, en los respectivos casos, con la pena que los mismos Artículos establecen”.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El Artículo 324 del actual Código Penal, tiene la naturaleza jurídica de una norma penal incompleta que no establece un tipo penal, ni describe alguna conducta prohibida ni tampoco regula una consecuencia jurídica, ya que no contiene una descripción de pena, por lo tanto no es un delito, sino una disposición que regula la aplicabilidad de los delitos de falsedad material o ideológica cuando los documentos en que recaen por su importancia en el tráfico mercantil, siendo éstos de naturaleza privada, se equiparan entonces a la categoría de documentos públicos.

En ese sentido al momento de ser aplicado al caso concreto no puede usarse el Artículo referido, ni debe considerarse la existencia y procesamiento de una persona por el supuesto delito de equiparación de documentos pues no lo es, sino más bien, es un fragmento de norma por lo anteriormente considerado. Por lo que el problema encontrado se establece en que en el sistema penal guatemalteco se utiliza la referida disposición como un delito, ligando a proceso y condenando a personas en un fundamento legal que vulnera el principio el principio de legalidad ya que el delito a encuadrar debiera ser falsedad material o ideológica en títulos de crédito, que debiera estar individualizado en el ordenamiento legal vigente con una conducta prohibida, verbo rector y consecuencia jurídica independiente y no por remisión.

Si bien es cierto, lo recomendable en todo caso, es proponer una reforma al Código Penal vigente, a través de los mecanismos propios para ello establecidos en la



Constitución Política de la República de Guatemala y Ley Orgánica del Congreso de la República, considero que la Universidad de San Carlos de Guatemala a través de la Facultad de Derecho, conjuntamente con la Escuela de Estudios Judiciales del Organismo Judicial, promuevan una comisión para el análisis y discusión de la naturaleza jurídica del Artículo 324 del Código Penal, para que por medio de la misma institución judicial se capacite en base a las conclusiones inferidas a los jueces de primera instancia del ramo penal a nivel República y se pueda corregir la aplicación a los procesos que a futuro se presenten bajo los supuestos de hecho preestablecidos en los Artículos de falsedad material o ideológica recaídos en títulos de crédito y se encuadren adecuadamente en el tipo penal.



BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. **Teoría general del proceso**. Argentina: Editorial universitaria Talcahuano 487, (S.F.)
- ÁLVAREZ MANCILLA, Erick. **Fundamentos del derecho procesal**. Guatemala: Editorial Impresos Jurídicos, 2009.
- BACIGULPO, Enrique. **Manual de derecho penal parte general**. Argentina: Segunda edición. Editorial Hammurabi, 1989.
- CABANELLAS DE LA TORRE, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Argentina: Editorial Heliassa, 1997
- CEREZO, José. **Curso de derecho penal español parte general**. España: Cuarta edición. Editorial Tecnos, 1996.
- DE MATA VELA, José Francisco. **Derecho penal guatemalteco**. Guatemala: Décimo cuarta edición, Editorial F&G editores, 2003.
- DE PINA, Rafael. **Diccionario de derecho**. México: Quinta edición, Editorial Porrúa, 1999.
- GIL, Alicia. **Derecho penal internacional**. España: Segunda edición, Editorial Tecnos, 1999
- GONZÁLEZ CAUHAPE-CAZAUX, Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco**. Guatemala: Segunda edición, Fundación Myrna Mack, 2003.
- HURTADO DEL POZO, José. **Nociones básicas de derecho penal de Guatemala parte general**. Perú: Tercera edición, Editorial Sesator, 1982.
- JESCHECK, Hans. **Tratado de derecho penal**. España: Primera edición, Editorial Bosh, 1981.
- JÁUREGUI, Hugo Roberto. **Apuntes de derecho penal I**. Guatemala: Tercera ed. Editorial Magna Terra, 2005
- MAZA, Benito. **Derecho procesal penal guatemalteco**. Guatemala: Editorial Serviprensa, (s.f.).
- MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal, parte general**. España: Segunda ed. Editorial Promociones Publicaciones Universitarias, S.A., 1985.



MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal, parte general**. España: Segunda ed. Editorial Tirant Lo Blanch, 1993.

RODRÍGUEZ, Alejandro. **Módulo instruccional proceso penal III derecho probatorio**. Guatemala: Programa de Justicia AID/USAID, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho penal parte general**. México: Tercera ed. Editorial Porrúa, 2001.

Legislación:

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

Código Penal. Decreto Número 17-73. Congreso de la República de Guatemala 1973.

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

Ley del Organismo Judicial. Decreto Número 2-92. Congreso de la República de Guatemala.