

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



**INCENTIVOS EN EL CASO
DEL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE
CHEQUE EN LA LEGISLACIÓN PENAL
GUATEMALTECA**

ESMERITA EUNICE MORÁN SAMAYOA DE ORTÍZ

GUATEMALA, OCTUBRE 2008

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

**INCENTIVOS EN EL CASO DEL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE
CHEQUE EN LA LEGISLACIÓN PENAL GUATEMALTECA**

TESIS

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

Por

ESMERITA EUNICE MORÁN SAMAYOA DE ORTÍZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, octubre 2008



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

DECANO	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV	Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V	Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN
TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase

Presidenta:	Licda. Marisol Morales Chew
Vocal:	Lic. Carlos De León Velasco
Secretario:	Lic. Manfredo Maldonado

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Carlos De León Velasco
Vocal:	Lic. Rodolfo Celis López
Secretaria:	Licda. Marisol Morales Chew

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

Lic. Armando González Villatoro
5 avenida 5-20, zona 2.
Tel 2232 3083
Colegiado 5517.



Guatemala, 4 de mayo de 2004

Lic. Marco Tulio Castillo Lutín
Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho

Por este medio, en cumplimiento con la resolución emanada de esa casa de estudios con fecha veinte de abril de dos mil cuatro, en donde se me nombra como asesor de la investigación intitulada **INCENTIVOS EN EL CASO DEL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE EN LA LEGISLACIÓN PENAL GUATEMALTECA**, propuesta por la estudiante **ESMERITA EUNICE MORÁN SAMAYOA DE ORTÍZ**; me permito informar lo siguiente:

La metodología científica de la investigación contempla los métodos inductivo, deductivo, analítico y sintético. Y las técnicas consisten en fichas bibliográficas y de cita textual. Teniéndose en cuenta para la realización del trabajo, también la observación científica.

En cuanto a la redacción, se encontró que el trabajo de mérito, cumple debidamente con las formas de una escritura y exposición clara y concreta.

El principal aporte científico de la investigación, consiste en afirmar que se debe considerar en una perspectiva distinta el delito de Estafa mediante cheque, toda vez que el elemento de ardid o engaño pudiera no estar presente en el mismo, cuando por negligencia del librador del cheque, los fondos simplemente fueran insuficientes.

La conclusión de la investigación es el hecho de afirmar que el delito de estafa mediante cheque no ha sufrido cambios en la reciente época, pese a que la consigna del derecho penal moderno consiste en la solución de conflictos y no lo contrario.

Por ello, su recomendación es que se deben revisar los criterios que inspiran la normativa de delitos tales como el de estafa mediante cheque, toda vez que con su regulación actual no contribuye con los fines del derecho penal moderno.

La bibliografía del trabajo, contiene abundante cita de autores tanto nacionales como extranjeros.

Encontrando que el mencionado trabajo cumple con todos los requisitos previstos por nuestra Alma Mater, procedo a emitir el correspondiente **Dictamen favorable**.

Aprovecho la oportunidad para suscribirme.

Atentamente,

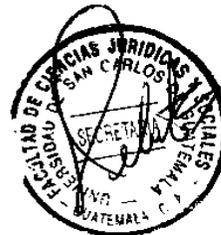
A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of a large loop and a vertical stroke.



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, C.A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, trece de mayo de dos mil cuatro.

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (A) FREDY ALFONZO DE LEÓN MAZARIEGOS**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **ESMERITA EUNICE MORÁN SAMAYOA DE ORTIZ**, Intitulado: **"INCENTIVOS EN EL CASO DEL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE EN LA LEGISLACIÓN PENAL GUATEMALTECA"**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh

Fredy Alfonso de León Mazariegos

1 avenida B, 1-13, zona 1
col. 3657



Guatemala, 24 de septiembre de 2004

Lic. Marco Tulio Castillo Lutín

Unidad de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Su despacho

Me es grato saludarle y a la vez informarle, con base en la resolución proferida por ese decanato con fecha trece de mayo de dos mil cuatro, en donde se me nombra **revisor** de la investigación intitulada **INCENTIVOS EN EL CASO DEL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE EN LA LEGISLACIÓN PENAL GUATEMALTECA**, presentada por la estudiante **ESMERITA EUNICE MORÁN SAMAYOA DE ORTÍZ**; mi opinión al respecto, basándome en los aspectos científicos y técnicos siguientes:

- La metodología empleada va de la inducción a la deducción, puesto que por un lado se hace acopio de juicios particulares, concluyendo en otros de carácter general, como el caso del sentido plural a los incentivos que deben existir en caso del delito de estafa mediante cheque, cuando este es debidamente pagado.
- La técnica de investigación que de forma académica se emplea en su contenido es la observación científica.
- La redacción del trabajo es clara y no redundante, permitiendo una lectura comprensible e interesante.
- El aporte científico de la investigación consiste en el hecho de incentivar en el caso de los delitos de estafa mediante cheque, cuando el sujeto activo y principal acusado, ha procedido a dar cumplimiento a su obligación de pagar.
- La conclusión principal del trabajo consiste en afirmar que una de las formas en que se extingue la responsabilidad penal es el cumplimiento de la pena. Por lo tanto, en un proceso de estafa mediante cheque, no hay razón procesal o jurídica que justifique que el procesado, aún cumpliendo con los pagos correspondientes, continúe sujeto a proceso o inclusive sea condenado.
- La recomendación más importante estriba en determinar que se debe considerar en una perspectiva distinta el delito de estafa mediante cheque, toda vez el elemento de ardid o

Fredy Alfonso de León Mazariegos

1 avenida B, 1-13, zona 1
col. 3657

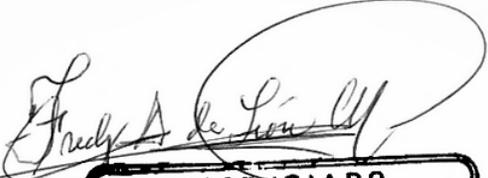
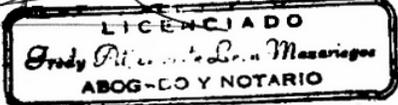


- engaño pudiera no estar presente en el mismo, cuando por negligencia del librador del cheque, los fondos simplemente fueran insuficientes.
- La bibliografía cumple con la cita de autores y tratadistas tanto en el ámbito nacional como el internacional.

Por las anteriores consideraciones procedo a emitir el correspondiente **Dictamen favorable**.

Aprovecho la oportunidad para suscribirme,

Atentamente,

CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
GUATEMALA, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, dieciséis de septiembre del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante **ESMERITA EUNICE MORÁN SAMAYOA DE ORTÍZ**, Titulado **INCENTIVOS EN EL CASO DEL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE EN LA LEGISLACIÓN PENAL GUATEMALTECA** Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh

Eff

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]





DEDICATORIA

- A DIOS: Ser supremo, que ha sido la guía de mi vida, y me ha dado la sabiduría para poder alcanzar esta metas.
- A MI PADRE: Oscar Morán García (Q.E.P.D.), con todo mi amor, eternamente agradecida por sus consejos, y deseando que desde el cielo comparta estos momentos conmigo.
- A MI MADRE
ESPECIALMENTE: María Dilia Samayoa Vda. De Morán, por todo su amor, apoyo y ayuda incondicional, y que este triunfo lo reciba como una mínima recompensa a todo su esfuerzo.
- A MI ESPOSO: Gustavo Adolfo Ortiz Arroyo, con todo mi amor y por ser el compañero y amigo incondicional de mi vida.
- A MIS HIJOS: Gustavo Adolfo y María Isabel, con todo mi amor, seres maravillosos que motivan todos los días de mi vida.
- A MIS HERMANOS: María Elena, Ruth, Delia, Oscar y especialmente a: Estuardo y Elías: con todo mi amor y gracias por su apoyo, ejemplo y ayuda incondicional.
- A MIS SOBRINOS: María Fernanda, Oscar Estuardo, Sebastián, Santiago, Ashley y Sergio Vinicio, con amor y como un ejemplo a seguir.
- A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- A: La Gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Aspectos generales	1
1.1. La importancia del cheque en el comercio	1
1.2. Derecho al consumo	2
1.3. Aspectos generales del cheque como título de crédito.....	3
CAPÍTULO II	
2. Generalidades sobre el delito de estafa mediante cheque.....	7
2.1. La estafa mediante cheque en el derecho penal comparado.....	7
2.2. En el derecho penal europeo	14
2.3. En el derecho nacional	18
CAPÍTULO III	
3. La extinción de la responsabilidad penal	43
3.1. La responsabilidad penal	43
3.2. Elementos generales	55
3.3. Extinción de la responsabilidad penal	78
CONCLUSIONES	81
RECOMENDACIONES	83
BIBLIOGRAFÍA	85



INTRODUCCIÓN

En el delito de estafa mediante cheque, el cual es perseguible a instancia privada el proceso no puede ser lógicamente, sustanciado de oficio.

Resulta común que se de el pago del valor del cheque, no obstante, el tribunal continúa con el proceso, y probablemente responsable de pagar la cantidad del cheque más las costas y responsabilidades civiles.

El Código Penal guatemalteco, contenido en el Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, fue aprobado hace cuatro décadas, y algunos de sus institutos empiezan a evidenciar atraso en su regulación, con respecto a los avances, con respecto a la ciencia del Derecho Penal en General y con legislaciones tales como la de España, que el pago de un cheque sin fondos permite al imputado ser excluido de responsabilidad penal.

La presente investigación se ha dividido para estudio en tres capítulos, el primero explica lo relacionado con los aspectos fundamentales y más generales del tema central, tales como el comercio internacional, los títulos de crédito y particularmente el cheque, elementos indispensables para poder conocer en el segundo capítulo el tema específico de la estafa mediante cheque.

Para que en el tercer capítulo se exprese lo concerniente a la necesidad de crear aspectos que contribuyan con la resolución de conflictos y no lo contrario.

La presente investigación se ha desarrollado con la utilización de los métodos científicos de investigación: el inductivo, el deductivo, el analítico y el sintético. Entre las técnicas de investigación empleadas se encuentra la de la observación.



La hipótesis y los objetivos trazados desde el plan de investigación se han comprobado debidamente en el presente contenido.



CAPÍTULO I

1. Aspectos generales

1.1. La importancia del cheque en el comercio

En la sociedad moderna, la producción se organiza de forma que se puedan aprovechar las ventajas derivadas de la especialización y de la división del trabajo. Sin el comercio, la producción no podría estar organizada de esta forma.

En la antigüedad, el transporte de mercancías a larga distancia era caro y arriesgado. Por lo tanto, el comercio se realizaba, generalmente, en mercados locales, siendo los bienes comercializados, fundamentalmente, alimentos y vestidos. Casi todo el mundo gastaba la mayor parte de sus recursos en alimentos, y lo que no producían ellos mismos lo obtenían comerciando. Lo mismo ocurría con los vestidos: la ropa se hacía en casa o se compraba. Además de alimentos, ropa y cobijo, los grupos más ricos empleaban sus ingresos en atuendos vistosos, joyas y obras de arte, lo que provocó un importante comercio de bienes de lujo.

La reducción de las barreras comerciales y la continuada expansión del comercio internacional son dos logros importantes del periodo posterior a la II Guerra Mundial. Las reducciones de los aranceles comerciales se han logrado gracias al Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT) y a su sucesora, la Organización Mundial del Comercio (OMC), operativa desde el 1 de enero de 1995, así como mediante la creación de uniones aduaneras. Aunque las exportaciones mundiales se han duplicado, en volumen, y han aumentado ocho veces su valor entre 1954 y 1974, este crecimiento no ha sido igual para todos los países. Durante la década de 1950, las exportaciones de los países de Norteamérica y Europa occidental aumentaron rápidamente, mientras que las exportaciones de los países menos desarrollados decayeron. Por el contrario, a partir de 1965 las exportaciones de los países en vías de desarrollo crecieron más rápidamente, en parte debido al aumento del valor de las exportaciones de los países



productores de petróleo. La participación de Japón y de la Unión Europea sobre el comercio mundial aumentó, decayendo la de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y la de Europa del Este. En el plano mundial, el valor del comercio internacional (exportaciones e importaciones) creció drásticamente. No obstante, durante las décadas de 1970 y 1980 reaparecieron las presiones para eliminar las barreras al comercio exterior. Muchos países establecieron cuotas a la importación y negociaron restricciones voluntarias a sus exportaciones —fenómeno conocido como ‘nuevo proteccionismo’— pero no está claro si esto representa una seria amenaza al comercio entre países, y su efecto está disminuyendo desde 1990, al finalizar las conversaciones de la Ronda Uruguay del GATT, crearse la OMC y firmarse nuevos acuerdos bilaterales sobre libre comercio entre varios países. En noviembre de 2001 se celebró en Doha, Qatar, la última ronda de liberalización de la OMC, bautizada como la ronda del desarrollo. Tras varios días de negociaciones los países consiguieron llegar a acuerdos en materia de agricultura, medio ambiente, textiles y medicamentos. En esta cumbre se aprobó formalmente la entrada de China en la organización, con lo que reúne ya a 144 países. Pero periódicamente se producen desafíos nacionales o regionales al libre comercio planetario que ponen en tela de juicio la validez de los acuerdos internacionales.

1.3. Derecho al consumo

derecho del consumo, conjunto de normas de distinta índole que tiene por objeto la protección y defensa de los consumidores, destinatarios últimos de cualquier tipo de bienes y productos. Al margen de una posible consagración constitucional del principio de protección de los consumidores y usuarios, el desarrollo legislativo de este principio suele contenerse en una o varias leyes especiales que se ocupan, en esencia, de las siguientes cuestiones: requisitos de los productos y servicios que existen en el mercado en lo relativo a publicidad, seguridad y salubridad; contratos donde intervengan los consumidores; condiciones generales de la contratación y prohibición de cláusulas abusivas; asociaciones de consumidores y posibilidad de actuación de las mismas (en nombre propio o en representación de sus asociados) en procedimientos civiles,



administrativos o penales, así como en la elaboración de reglas generales que afecten a su intereses; responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, responsabilidad que puede corresponder al fabricante del producto y también, en determinados supuestos, a quienes intervienen en la cadena que conduce dicho Artículo al consumidor.

1.3. Aspectos generales del cheque como título de crédito

El título de crédito es: “Documento que autoriza al portador legítimo para ejercitar contra el deudor y transferir el derecho literal y autónomo en él consignado”¹.

Los títulos de crédito tienen una función jurídica y una función económica, inseparables. Los títulos de crédito representan la mejor contribución del derecho mercantil a la economía moderna.

El cheque es una orden escrita y girada contra un Banco para que pague, a su presentación el todo o parte de los fondos que el librador (girador) pueda disponer en cuenta corriente.

El cheque es siempre pagadero a la vista. Presentado al cobro antes del día indicado como fecha de emisión, es pagadero el día de su presentación.

El cheque puede ser al portador (pagadero a quien lo presente al Banco para su cobro), a la orden (pagadero al beneficiario designado o a quien lo presente al cobro si el cheque ha sido endosado) o nominativo (pagadero exclusivamente al beneficiario designado).

Para cobrar un cheque se debe cancelar firmándolo en el anverso del documento. El endoso para la transferencia de un cheque es la firma estampada al

¹ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 425.



reverso del documento, ya se gire a la orden, al portador o nominativo, el cheque deberá expresar, además:

- El nombre del librado (Banco).
- El lugar y fecha de expediente.
- La cantidad girada en letras y números. El requisito de expresar la cantidad girada en letras puede cumplirse mediante el uso de números fraccionarios, siempre que se trate de submúltiplos de la unidad monetaria;
- La firma del librador (girador).
- Si se omitieren las palabras "para depositar"; se entenderá girado en pago de obligaciones o estipulaciones equivalentes.

Cualquiera otras circunstancias o cláusulas que se agregaren al cheque, se tendrá por no escritas.

Si se tachare cualquiera mención de empresa que contenga el cheque, que no sean las cláusulas "a la orden" o "al portador", dicha tacha no producirá efecto alguno.

Si el cheque no indica lugar de giro, se le presume extendido en la plaza en la que funciona la oficina sobre la cual fue girado

El cheque nominativo solo podrá ser endosado a un Banco en comisión de cobranza.

El librador deberá tener de antemano fondos disponibles suficientes en cuenta corriente en poder del Banco librado.



El librador que girare sin este requisito o lo hiciera sobre cuenta cerrada o no existente y no consignare fondos suficientes para atender el pago del cheque, de los intereses y de las costas judiciales, puede ser sancionado penalmente.

No servirá para eximirse de responsabilidad la circunstancia de haberse girado el cheque sin fecha o a una fecha posterior a la de su expediente.

El portador de un cheque deberá presentarlo al cobro dentro del plazo de tres meses, contados desde su fecha de emisión.

El Banco no estará obligado a pagar los cheques que se le presenten fuera de los plazos dados anteriormente. Sin embargo podrá pagarlos con el consentimiento escrito del girador.

En caso de pérdida, hurto o robo de un cheque se debe practicar las siguientes diligencias:

- Dar aviso escrito al Banco.
- Dar aviso a las autoridades e interesados en el cobro del cheque.

El cheque cruzado en su anverso por dos líneas paralelas y transversales no puede ser presentado al pago sino por un Banco. El cheque puede ser cruzado por girador o por el tenedor o beneficiario.

El cheque puede ser cruzado en especial o en general.

Es cruzado en general si no lleva entre las líneas paralelas designación alguna, y es cruzado en especial si entre las líneas paralelas se lee el nombre de un Banco determinado.



El cheque cruzado en especial puede ser presentado al pago por el Banco designado, pero si no se hace directamente el cobro, puede hacerlo por intermedio de otro Banco, endosándolo en comisión de cobranza.

La acción ejecutiva contra los obligados al pago de un cheque protestado y la acción penal, prescribirán en un plazo legal, contado desde la fecha del protesto establecido en el documento.



CAPÍTULO II

2. Generalidades sobre el delito de estafa mediante cheque

2.1. La estafa mediante cheque en el derecho penal comparado

La estafa es un delito contra la propiedad o el patrimonio.

El núcleo del tipo penal de estafa consiste en el engaño. El sujeto activo del delito se hace entregar un bien patrimonial, por medio del engaño; es decir, haciendo creer la existencia de algo que en realidad no existe. Por ejemplo: se solicita la entrega de un anticipo de 500 dólares como entrada para la adquisición de una vivienda en un conjunto residencial, inmueble que no existe.

El bien jurídico protegido es el patrimonio o propiedad. Modernamente se considera que el término más apropiado es el de patrimonio, que consiste en una universalidad de derecho (*universitas iuris*), que se constituye por activos y pasivos. En términos generales, cuando como consecuencia de un engaño se produce la disminución del patrimonio por la aparición súbita de un pasivo en desmedro del activo, se ha lesionado el bien jurídico por medio de una estafa.

Existen diferentes modalidades, ya que se entiende que el engaño se puede producir tanto de un modo activo (lo más frecuente) como de un modo pasivo. El problema principal para entender que un engaño de un modo pasivo es calificativo de estafa, es que el engaño debe ser bastante como para producir un acto de disposición. Una actuación pasiva (no informar, o no contar algo) es difícil que provoque un engaño de tal magnitud.



En el derecho español se diferencia entre las estafas constitutivas de delito y las que constituyen falta, estando la nota diferencial en el valor de lo estafado. Para entender todo esto, hace falta un entendimiento de la diferencia entre delito y falta, que se encuentra en el hecho que:

- Las faltas sólo se castigan cuando son consumadas.
- La reincidencia sólo cuenta en los delitos, no las faltas.
- Las faltas son juzgadas por el juez de instrucción y los delitos por el juez de lo penal.

Para el autor Francisco Muñoz Conde, delito es: “Toda conducta que el legislador sanciona con una pena”,² ésta definición es muy corta puesto que el no señala que tipo de conducta se sanciona”,³ todo intento de definir al delito al margen del derecho penal vigente es situarse fuera del ámbito de lo jurídico para hacer filosofía, religión, moral o sociología.

Interesa determinar el momento histórico en el que el concepto empieza a figurar en la legislación; pues, ello permitirá comprender el cambio de contenido que se operó.

En el Código Penal de Costa Rica, de 1841, al parecer inspirado en el Código de Santa Cruz, el que, a su vez, se hallaba influenciado por el Código Penal español de 1822, no contiene en ninguno de los seis capítulos que conforman su Título III, De los Delitos contra la Propiedad de los particulares, el uso del concepto engaño o de estafa.

En ese título, sólo aparece, en los artículos 626, 647y 650, el término fraudulentamente.

El Código Penal de 1.880, siempre en Costa Rica, inspirado en el Código chileno de 1875, copia, a su vez, del Código Penal español de 1870, posee un capítulo octavo que se intitula Estafas y otros engaños.

² **Ibid**

³ Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. **Derecho procesal penal**, pág. 41.



En ese capítulo la palabra defraudación se usa con abundancia y el término engaño sólo se presenta en tres oportunidades: en los Artículos 493, 495, inciso cuarto, y en el 498. En ningún Artículo define el Código el concepto de engaño que utiliza en ellos.

El Código en mención tipifica una serie de engaños como medios o modos de la defraudación y utiliza el término engaño para referirse gregariamente a cualquier otro engaño que no se halle expresamente comprendido en el articulado del capítulo.

Código de diseño ecléctico, con acentuado influjo positivista, en el que se plasman matices de doctrina italiana. En él aparece por primera vez en nuestra legislación una disposición general sobre la estafa. El Artículo 360. La estafa es, en el fondo, el mismo Artículo 493 del Código Penal de 1.880, aunque dotada, en su descripción, de mayor precisión. En ella, al igual que en su predecesora, la estafa consiste en la acción de defraudar a otro a través de una serie de medios y modos casuísticos de comisión, "... o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño.". Incluye, por tanto, a diferencia de aquélla, además del concepto de engaño, el de ardid.

El Código Penal de 1.924, que es en realidad, el mismo Código Penal de 1.918, con ligerísimas variantes, siguió el mismo diseño de tipo que su predecesor. Su Artículo 382 es el propio 360 de aquél.

En consecuencia, en los códigos penales de 1.918 y 1924, el engaño no pasa de ser el modo genérico de referirse el legislador a todos aquellos otros engaños, como medios o modos comisarios de la estafa y otras defraudaciones, no expresamente tipificados en el Articulado.

Código ecléctico, de corte tradicional, inspirado, en parte, en los códigos penales latinoamericanos de la época, con algunas concesiones a las tendencias doctrinarias de avanzada de la época, en materia de estafas y otras defraudaciones, tema que reguló en el Capítulo V, siguió el modelo legislativo, conceptual, de su antecesor.



Así, el Artículo 281 de este código es el mismo 382 del Código Penal de 1924, con la salvedad que el legislador intertextuó en él elemento normativo: “El que defraudare a otro con nombre supuesto, ... o valiéndose de cualquier otro ardid, engaño o timo se apropiara...”.

Emplea el concepto de engaño, en el Artículo 282, inciso tercero, para reglar la defraudación en la suscripción de documento mediante engaño, del mismo modo que lo hiciera su predecesor en el inciso tercero del Artículo 383 y lo vuelve a utilizar para normar el fraude en la construcción de la misma forma que lo hiciera aquél en el inciso decimosegundo del Artículo 383.

El concepto de engaño sólo se presenta, en consecuencia, en tres ocasiones en este articulado; siendo, por lo contrario, común el uso del concepto defraudare o cometiere defraudación.

El engaño en él, al unísono con los códigos de 1880, 1918, y 1924, no es más que la manera genérica de haberse referido el legislador a todos aquellos otros engaños, como modos o medios casuísticos de la estafa, no específicamente tipificados en el articulado.

El Artículo 216 del Código Penal vigente, antes de la reforma de 1.988, disponía: "El que induciendo a una persona en error, por medio de artificios o engaños, obtenga para sí o para un tercero, un provecho patrimonial en perjuicio de otro .." El tipo reproduce fielmente la manera como fue pensado en el Proyecto de Código Penal para Guatemala que hiciera don Sebastián Soler.

Surge, así, por primera vez en nuestra legislación claramente la figura de la estafa y, el abandono, del sistema casuístico de ejemplificar para tipificar. Cobraron, a su vez, autonomía, figuras que con anterioridad aparecían confundidas en la estafa: la retención indebida y la administración fraudulenta. Empero, la estafa continuaba subordinada a la necesidad que el ardid o el engaño asumiera “...la forma positiva de un



astuto despliegue de medios engaños...”, por consecuencia de la fórmula, de raigambre italiana, utilizada.

El antiguo texto del Artículo 216 del Código Penal vigente, antes de la reforma de 1.988, utilizaba los términos artificios o engaños los que son una mala traducción de los vocablos artifici y raggio del Código Penal italiano; cuyo texto, proviene indirectamente del Código Penal francés de 1810, el que, a su vez, encuentra sus orígenes en el derecho Romano.

Raggio, por su parte, en el derecho penal italiano no significa simplemente engaño, sino un engaño que implica un montaje, el cual debe fundarse en medios exteriores que refuercen la credibilidad.

Antaño, los altos Tribunales hicieron girar la figura de la estafa en torno del elemento ardid o engaño, como el elemento caracterizador de ella. Consideraron asimismo, durante la primera década de este siglo, que la estafa nacía siempre y cuando el ardid o el engaño hubiere sido anterior a la entrega de la cosa, criterio que fue mantenido por más de sesenta años.

Empero, en muchos casos de retenciones indebidas, condenaron por estafa.

Al inicio de la década de 1950 fueron del criterio que para la configuración del delito de estafa era requisito indispensable la existencia de un engaño manifiesto.

Se agrupan y se exponen las tesis de los fallos de las décadas de 1970 y 1980 en tema del engaño.

- Tesis del ardid como engaño suficiente, capaz de mover al ofendido en error y revestido de ciertos elementos exteriores que refuercen la credulidad de aquél:



- Muchos fallos, en estas décadas, se inclinaron por la tesis según la cual, el ardid debe ser un engaño calificado y acompañado por elementos exteriores que acentúen la credulidad del ofendido.

Concibieron así el ardid, bajo el pensamiento soleriano, como todo astuto despliegue de medios engañosos, en contraposición con todas aquellas acciones que no trascienden los límites de la simple mentira.

En este mismo lineamiento conceptual, en el cual el ardid debe revestir cierta entidad aparatosa, no bastando, por ende, para constituirlo, la simple mentira, muchos fallos acogieron la postura según la cual el delito de estafa no protege la ingenua credulidad de las personas, sino el perjuicio patrimonial causado por un ardid idóneo.

A la vez, en este mismo sentido, algunos fallos se inclinaron por la posición de considerar que: En estos casos, la ley no protege al incauto, al excesivamente confiado, al poco diligente o al ciudadano medio.

También, en esta misma dimensión doctrinaria, ciertas resoluciones establecieron el criterio, según el cual el ardid no llega a existir en todos aquellos casos en los que, en las respectivas negociaciones, los sujetos no tomaron las necesarias precauciones para evitarlo.

Otros, por su parte, en este mismo universo de pensamiento, exigieron actuar, con la ordinaria prudencia requerida en toda negociación; y, otros, los más, con la debida diligencia en el examen del objeto por comprar o con el necesario estudio constataador en el Registro Nacional.

Tesis que, se consideran las condiciones personales del ofendido en la existencia o eficacia del ardid.



Esta tesis viene a ser la contrapartida de la tesis anterior. Aparece, en la historia de nuestros Tribunales, por primera vez, en el año de 1.981, en los siguientes términos: "Para los efectos del delito de estafa, la eficacia del engaño tiene que considerarse atendiendo a las condiciones personales del ofendido; por ello no impide la calificación de un hecho como estafa, la credulidad, acaso excesiva de la víctima, ni que el fraude ideado sea burdo.

Dos años después, otro Tribunal expresa el mismo criterio: para juzgar la existencia o idoneidad del ardid, no se puede prescindir de tomar en cuenta la calidad del engañado.

Para el año de 1984, esta tesis, que superaba aquella según la cual el engaño debía presentar tal entidad que en sí fuera apto para eludir la perspicacia de las personas más avisadas, es receptada, en dos fallos de importancia, por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia: "... la eficacia del engaño tiene que analizarse en cada caso concreto, atendiendo las condiciones personales del ofendido, relativas a inteligencia, cultura y educación.". En el año de 1985 un Tribunal consideró que en los casos de estelionato "... al igual que en otros muchos de comisión por omisión, existe el deber positivo de decir verdad y el silencio es suficiente para constituir ardid..."

Un germen embrionario se venía gestando para el cambio. En 1987, la Sala Tercera, había mantenido la posición que en relación con el ardid "...no se trataba de todo un despliegue malicioso, sino tan solo de aquel que en el caso concreto y de acuerdo con sus especiales circunstancias indujo en error al sujeto pasivo con perjuicio patrimonial. Si para ello bastó una mentira, el medio empleado fue idóneo para inducir en error y obtener así un provecho patrimonial."

Tras la reforma de 1988, la Sala Tercera, adhiriéndose a los fallos anteriores y con fundamento en la doctrina italiana y argentina, estableció el criterio, por el cual el engaño, visto como simple mentira, es suficiente si induce en error al ofendido; resultando, por tanto, inútil distinguir entre artificio tosco y rudo y artificio sutil; y, siendo,



a su vez, irrelevante analizar si la ignorancia o ligereza de aquél haya facilitado o no error.

2.2. En el Derecho Penal europeo

El derecho penal europeo, desde la época del derecho Penal romano, partió del principio, según el cual el engaño es, en cierta forma, un modo de la intelección y, por ende, un arma natural del hombre para defenderse. De ahí que los juristas romanos distinguían entre el *dolus bonus* y el *dolus malus*; de los que se sigue que, en el pensamiento romano, no existe *per se*, una condena del engaño.

Con el correr del tiempo, esta concepción produjo que la contraparte debía defenderse de los engaños de su interlocutor; lo cual derivó, en lo jurídico, dos grandes consecuencias: La primera de ellas que todo el sistema del derecho Privado reposa, no sobre la buena fe de las partes, sino sobre su capacidad de evitar las trampas de los demás. La segunda, en el derecho Penal, que la conducta del sujeto pasivo se convierte en parte del tipo penal de la estafa; porque solamente se sanciona al estafador si el engaño por él utilizado aparece revestido de ciertas cualidades (*magna calliditas*), capaces de engañar a un hombre medio.

En realidad, el derecho penal europeo ha distinguido el dolo penal del dolo civil, a través de una fórmula vacía, la cual se plasma en el texto de comentario bajo los términos artificios o engaños .

Otros textos legislativos hablan ardid, fórmula también vacía.

El problema de la vaciedad conceptual no sólo se presenta a nivel legislativo sino también doctrinario. Todas las definiciones de engaño o ardid, presentan el vicio de la circularidad; pues todas pretenden definir el concepto desde y por él mismo, olvidándose que el ardid es siempre un medio engañoso.



El actual texto del Artículo 216 del Código Penal, introducido por virtud de la reforma de la Ley No. 7107 del 4 de noviembre de 1.988, hace una definición del engaño por su contenido, por consecuencia de precisar o circunscribir los medios de engaño detalladamente, siguiendo la fórmula del Código Penal alemán, cimentada desde la gneosología, como la simulación (Vorspiegelung) de hechos falsos o la deformación (Entstellung) o el ocultamiento (Unterdrückung) de hechos verdaderos.

No se adecuan al tipo penal, por ende, las simples afirmaciones de juicios de valor; pues el hecho se opone al juicio de valor

Se excluyen del tipo, a su vez, todos aquellos engaños que versan sobre acontecimientos futuros, cuando ellos no se presentan como una derivación inmediata de una serie causal que se desarrolla en el presente.

La nueva definición del engaño comprende tanto al engaño explícito (ausdrucklicher Täuschung) como al engaño por ocultamiento. El engaño explícito se produce por todo aquel comportamiento a través del cual el autor, mediante cualesquiera formas de la comunicación, ha obrado psíquicamente sobre la concepción del ofendido, determinándolo, por lo general, a un hacer positivo. El engaño por ocultamiento solamente se comete en aquella forma en la cual aquél sea igualmente valedero que un engaño explícito y en la que el autor se obligue de inmediato a una aclaración. “Ese valor igualitario, se alcanza únicamente por medio de una certera relación de comunicación entre el autor y el ofendido y también cuando el ofendido en realidad es engañado por el autor en virtud de la totalidad de la información otorgada”.

El engaño puede versar sobre hechos exteriores o sobre hechos interiores (intenciones).

Sin embargo, debido es precisar que, el engaño puede consistir en una conducta o actuación deducible (engaño mediante actuar deducible), es decir, que no se lleva a



la ausencia de verdad de modo explícito, sino de manera implícita; y, cuando el autor se encuentra ante el deber de esclarecer el error (engaño mediante ocultamiento.).

Engañar significa: formular un error, mediante el cual con seguridad se genera que alguien se equivoque. No obstante, errar significa: tener falsos conceptos sobre hechos. También engaña quien provoca que otro tenga conceptos incorrectos sobre una determinada concepción.

En consecuencia, por virtud de los nuevos contenidos normativos del engaño en el tipo de la estafa, se logra, de una parte, tener una base objetiva para distinguir lo que es estafa de lo que no lo es; y por otra, punir determinados fraudes que antes escapaban al concepto de engaño utilizado por el legislador de 1970, tales como la "estafa crediticia", o la "estafa mediante computadores" o "el ocultamiento de datos en computadores", y la estafa procesal en general.

En suma, puede afirmarse que, en el nuevo tipo del Artículo 216, la desinformación es prácticamente el ardid o el engaño de la estafa; por lo que ella posee actualmente una mayor amplitud en su capacidad de absorber casos que antes escapaban a su contenido, cuanto que se ha facilitado, en sede judicial, la prueba procesal del engaño.

Poco importa, así, estimar o no el efecto que la mentira causa sobre el ofendido; pues, lo que importa es la mentira misma, al instituirse un deber positivo de decir verdad y de no ocultarla.

Con esta circunscripción de los medios del engaño, por su contenido, la política criminal ha alcanzado resultados que sobrepasan el punto de suficiencia. Sin embargo, en algunos casos, quedan todavía ciertas lagunas legales.



Con la reforma de 1.988 el concepto de engaño fue circunscrito detalladamente por los elementos normativos simulación de hechos falsos o la deformación o el ocultamiento de hechos verdaderos.

Se positivó un contenido objetivo para escindir el ámbito penal de lo que es la estafa de todo aquellos otros fraudes que no lo son.

Se aumentó, además, la cobertura de los alcances del contenido del tipo hacia fraudes que antes escapan de su capacidad de punición.

Se facilitó, para el mundo forense, la prueba procesal del engaño, por consecuencia de perder todos los contornos aparatosos con que lo revistió nuestra jurisprudencia, influenciada por los tratadistas extranjeros, comentaristas de legislaciones de inspiración italiana o francesa.

A partir del año de 1981, nuestros Tribunales dan un giro de importancia en la concepción del engaño. Lenta y tímidamente empiezan a apartarse de las arraigadas tesis, tantas veces sacralizadas.

Para 1984 la Sala Tercera consagra por principio el atender a las condiciones personales del ofendido para analizar en ellas contextualizadamente la eficacia del ardid.

En 1987, la Sala Tercera, establece el concepto de la simple mentira como engaño idóneo, la cual perfecciona en el año 1990.

En la actualidad, y luego de más de cinco años de haberse operado la reforma del Artículo 216 del Código Penal, muchos de nuestros Tribunales parecen no haber advertido el cambio radical que experimentó el precepto o incriminación del tipo de la estafa, como previsión abstracta del hecho punible, en tema del engaño.



2.4. En el derecho nacional

”Delito en que se consigue un lucro valiéndose del engaño, la ignorancia o el abuso de confianza”⁴

Señala el Artículo 268 el cual establece que

“Artículo 268. Estafa mediante cheque. Quien defraudare a otro dándole en pago un cheque sin provisión de fondos o disponiendo de ellos, antes de que expire el plazo para su presentación, será sancionado con prisión de seis meses a cinco años y multa de cien a cinco mil quetzales.

Igual sanción se aplicará a quien endosare un cheque con conocimiento de la falta de fondos del librador”.

La esencia de los fraudes punibles (estafas) reside en el elemento interno: el engaño. que es. la mutación o alteración de la verdad para defraudar el patrimonio ajeno. Mediante una manipulación o ardid, se procura hacer llegar al dominio del activo.

Ante lo arduo de encontrar una definición que comprenda íntegramente en reducidos términos la complejidad del fraude hacer una lista detallada de los casos de incriminación. provistos cada uno de constitutivas especiales pero comprendidos todos ellos bajo la denominación común de fraude.

La estafa en sí es una especie del fraude genérico. Pero la legislación guatemalteca adopta el sistema de llamar al delito en general como estafa. olvidando lo impropio de llamar al género por la especie.

⁴ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**, pág. 154.



Refiere González de la Vega. que la diferenciación entre fraude y los otros delitos patrimoniales comenzó en el derecho romano con la Ley Cornelia de falsos. dentro del llamado stelltonatus: "en el este comprendieron los fraudes que. no habían dentro de los delitos de falsedad..." y en "general se considera a este delito patrimonial que no pudiera ser. considerado en otra calificación delictiva". Llegándose a la época actual en que se considera el delito de fraude y. dentro de él, los del tos designados como defraudaciones. estafas y otros engaños.-

De acuerdo con lo que establece el Artículo 263 del Código Penal comete estafa quien, induciendo a error contra otra, mediante ardid o engaño. lo defraudare a su patrimonio en perjuicio propio o ajeno.

Los elementos son:

- Bien Jurídico protegido: el patrimonio económico de las personas.
- Sujeto activo: cualquiera. a excepción de los funcionarios. Quienes en el caso respectivo incurrirán en las distintas figuras de negociaciones ilícitas en que intervengan.
- Elemento material: contiene los siguientes aspectos:
 - La utilización de un ardid o engaño para inducir a error a otro: tradicionalmente se ha estimado como el elemento fundamental de la estafa el engaño; en nuestra ley se agrega: el ardid. Sinónimo de truco o trampa. pero siempre dirigido. como cualquier engaño.
 - A provocar error en el sujeto pasivo.
 - La defraudación o perjuicio en el patrimonio ajeno. consistente en un perjuicio concreto.



- Perjuicio que no desaparece con el reintegro del valor de lo defraudado.
- Elemento interno: es la conciencia de que se usa el ardid o engaño defraudar patrimonialmente al pasivo.

Existen algunos puntos de similitud entre la estafa y algunos otros delitos patrimoniales como el hurto, el robo y la apropiación y retención indebidas.

En todos ellos los resultados coinciden porque todos ellos importan un perjuicio a la víctima por la disminución de su caudal patrimonial y porque causan sus autores un aprovechamiento indebido de lo que no les pertenece.

En otras palabras los efectos de estos delitos no se limitan al perjuicio resentido por la víctima al disminuirse sus valores patrimoniales. sino que se traducen. de hecho. en una enriquecimiento ilícito del delincuente obtenido por la apropiación del bien o derecho en que se de la infracción.

Pero también existen diferencias que identifican a cada una de las figuras. por ejemplo: en el desapoderamiento de la cosa existente en el hurto y en el robo no interviene la voluntad de pasivo, lo que sí sucede en la estafa aunque disuadida tal voluntad mediante el ardid o engaño. En la apropiación indebida el objeto llega a manos del activo sin desapoderamiento o engaño. pues la cosa está a su disposición. y la infracción consiste en el cambio de destino y para el cual le han sido confiados los objetos.

“Delito es: una acción típicamente antijurídica y culpable, a la que está señalada una pena”.⁵

⁵ Rodríguez Devesa, José María. **Derecho penal español**, pág. 53.



El Artículo 264 del Código Penal menciona veintidós posibilidades punibles de engaño a ardid. sin embargo se comete estafa no solamente dentro de tales posibilidades sino cuando el activo se vale de cualquier otro engaño que defraude O perjudique a otro (Artículo 264 inciso 23). Las posibilidades legales indicadas, son:

- Quien defraudare a otro usando nombre fingido. atribuyendose poder, influencia, relaciones o cualidades supuestas. Aparentando bienes, comisión, empresa o negociaciones imaginarias. Es esta la materialidad del hecho. Se contienen en este inciso legal algunas variedades del fraude de simulación o fingimiento de poder, influencia. relaciones o cualidades. Bienes, comisión. empresa O negociaciones imaginarias, el elemento interno radica como en toda estafa en el propósito de defraudar patrimonialmente a otro.
- "El platero" o joyero que alterare los efectos de su industria. Los objetos relativos a su arte o comercio o traficare con ellos. En ese caso la defraudación consiste en la alteración de la calidad. ley o peso de los objetos que el platero o joyero elabora o comercia siendo el elemento interno que a través de tal defraudación se perjudica que patrimonialmente a otro por el sujeto activo. que en todo caso ha de ser siempre un platero o joyero.
- Los traficantes y comerciantes que defraudaren. usando medidas falsas. en el despacho de los objetos de su tráfico -Sujetos de este hecho son solamente los: traficantes o comerciantes que expenden artículos a base de pesas o medidas y que utilicen falsas pesas o falsas medidas. con el propósito del afectar patrimonialmente a sus clientes.
- Quien defraudare a otro con supuesta remuneración a funcionarios o autoridades. agentes de esta no empleados públicos, o como recompensa de su mediación para obtener una resolución favorable en un asunto que de los mismos dependa. sin perjuicio de las acciones de calumnia que a estos corresponda. Consiste el hecho en: al defraudar patrimonialmente a otro: el



engaño. Consiste en una supuesta remuneración a autoridades. Agentes de esta. funcionarios o empleados públicos; la remuneración ha de ser supuesta pues en caso de verificarse realmente se integraría el delito de cohecho.

- Quien cometiere alguna defraudación utilizando firma de otro en blanco ó con ellas algún documento en perjuicio del mismo o de un tercero. En otras palabras, los efectos de estos delitos no se limitan al perjuicio resentido. por la víctima al disminuirse sus valores patrimoniales. Sino que se traducen, de hecho, en un enriquecimiento Ilícito del delincuente obtenido por la apropiación del bien.

Pero también existen diferencias que identifican a cada una de las figuras, por ejemplo: en el desapoderamiento de la cosa existente en el hurto y en el robo no interviene la voluntad de pasivo, lo que sí sucede en la estafa aunque disuadida tal voluntad mediante el ardid o engaño. En la apropiación indebida el objeto llega a manos del activo sin desapoderamiento o engaño. pues la cosa está a su disposición. y la infracción consiste en el cambio de destino y para el cual le han sido confiados los objetos.

El Artículo 264 del Código Penal menciona veintidós posibilidades punibles de engaño a ardid. sin embargo se comete estafa no solamente dentro de tales posibilidades sino cuando el activo se vale de cualquier otro engaño que defraude o perjudique a otro (Artículo 264 inciso 23). Las posibilidades legales indicadas. son:

- Quien defraudare a otro usando nombre fingido, atribuyendose poder, influencia, relaciones o cualidades supuestas, aparentando bienes, comisión, empresa o negociaciones imaginarias. Es esta la materialidad del hecho. Se contienen en este inciso legal algunas variedades del fraude de simulación o fingimiento de poder, influencia, relaciones o cualidades, bienes, comisión, empresa o negociaciones imaginarias. El elemento interno radica como en toda estafa en el propósito de defraudar patrimonialmente a otro.



- El joyero que hace fraude con los objetos que trata. En ese caso la defraudación consiste en la alteración de la calidad, ley o peso de los objetos que el platero o joyero elabora o comercia siendo el elemento interno que a través de tal defraudación se perjudica patrimonialmente a otro por el sujeto activo. que en todo caso ha de ser siempre un platero o joyero.
- Los traficantes que defraudaren, usando medidas falsas, los traficantes o comerciantes que expenden artículos a base de pesas o medidas y que utilicen falsas pesas o falsas medidas. con el propósito del afectar patrimonialmente a sus clientes.
- Quien defraudare a otro. con supuesta remuneración a funcionarios o autoridades. agentes de esta no empleados públicos. o como recompensa de su mediación para obtener una resolución favorable en un asunto que de los mismos dependa. sin perjuicio de las acciones de calumnia que a estos corresponda. Consiste el hecho en: defraudar patrimonialmente a otro: el engaño consiste en una supuesta remuneración a autoridades. Agentes de esta. funcionarios o empleados públicos; la remuneración ha de ser supuesta pues en caso de verificarse realmente se integraría el delito de cohecho.
- Quien cometiere alguna defraudación utilizando firma de otro en blanco. Cuello Calón. indica que este delito es realmente una falsedad y entre estas infracciones debiera estar colocado.
- Quien defraudare a otro haciéndole suscribir. con engaño. Elementos: Material: la materialidad del hecho está integrada por los siguientes aspectos: hacer suscribir con engaño a otro. un documento. Inicialmente ha de utilizarse algún engaño para que el pasivo suscriba el documento. Se necesita además una defraudación patrimonial sobre el pasivo. Elemento interno es la conciencia de la defraudación patrimonial a través del engaño realizado para hacer que el pasivo suscriba el documento.



- Quien se valiere de fraude para asegurar la suerte en Juegos de azar .El medio debe ser la utilización de un fraude. que debe ser inicial y debe darse en un Juego de azar; elemento interno es el propósito o conciencia de usarlo en un Juego de azar.
- Quien cometiere defraudación sustrayendo, ocultando o utilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, documento u otro escrito. Requiere como partes del elemento material:
- Cometer alguna defraudación:
 - Un acto de sustracción. ocultación o inutilización total o parcial de algún proceso, expediente o cualquier otro escrito: Que con dichos actos se cause un perjuicio patrimonial al pasivo. El ánimo de defraudar a través de la realización de las acciones indicadas constituye el elemento interno del delito.
 - Quien fingiéndose dueño de una cosa inmueble. la enajenare, gravare o dispusiere de ella, en cualquier otra forma. Elemento Material: para que este hecho se materialice se requiere.
 - Que el sujeto activo se finja propietario de una cosa Inmueble.
 - Que a través de dicha simulación. la enajene o disponga de ella en alguna forma. El elemento interno: la voluntad de defraudar el patrimonio a través del engaño representado en el hecho de fingirse propietario.
 - Quien dispusiere de un bien como libre, sabiendo que estaba gravado o sujeto a otra clase de limitaciones, y quien con su enajenación también impidiere, con ánimo, general el ejercicio de tales derechos, requiere en



este caso, que el sujeto activo sea el propietario del bien, y que disponga de él como libre sabiendo la limitación, por ejemplo: enajenándolo con el conocimiento de que está hipotecado (si es un inmueble) e indicando que está libre de gravámenes: El segundo caso señala este inciso se refiere a quien con animo de lucro, realiza la venta o gravámen para impedir que se ejerciten los gravámenes anteriores.

- Quien enajena separadamente una cosa a dos o más personas. con perjuicio de cualquiera de ellas o de tercero. En este caso el hecho se materializa por la doble venta de una misma cosa, que dicha venta se haga dos veces a personas diferentes. La conciencia del autor de que no tiene derecho a hacer la segunda venta, por el conocimiento de que ya no le pertenece. Sujeto activo es el propietario que realiza la doble venta. Pasivo es inicialmente, quien resulte perjudicado con la transferencia en la primera operación.
- Quien otorga en perjuicio de otro. un contrato simulado, que en este caso la simulación puede ser unilateral o pluirilatera. Puede ser que varios otorgantes finjan o aparenten la creación de obligaciones o de derechos en un contrato o bien que uno realice tales acciones. Que se cause perjuicio a otro. Generalmente un tercero ajeno al contrato. y la conciencia de que la simulación contractual ocasiona un perjuicio a otro.
- Quien a sabiendas adquiere o recibe. en cualquier forma, bienes de quien no fuere su dueño no tenga derecho a disponer de ellos. El sujeto activo en este caso. debe tener conocimiento de que quien le ha entregado la cosa no es su propietario, o que siéndolo no puede disponer de la misma y la recibe causando con ello perjuicio a terceros, que son quienes tienen disposición sobre todos los bienes.



- Quien con perjuicio de otro. ejerce un derecho de cualquier naturaleza sabiendo de que ha sido privado del mismo por resolución judicial firme. La materialidad del hecho contiene los siguientes aspectos:
 - Ejercer un derecho de cualquier naturaleza. por parte del activo. sabiendo que ha sido privado del mismo por resolución judicial firme;
 - Que con dicho ejercicio se cause un perjuicio patrimonial;
 - La voluntad de realizar el hecho sabiendo que se está privado del mismo y que con la resolución dicha.
 - Se causará un perjuicio.
 - Quien destruyere o deteriorare. total o parcialmente. Bienes que le pertenezcan. afectos a derechos de un tercero. con el propósito de defraudar a éste. El elemento natural de la infracción está compuesto por:
 - Que se destruyan o deterioren. total o parcialmente bienes que pertenezcan al sujeto activo;
 - Que dichos bienes estén afectos a los derechos de un tercero.
 - Que la destrucción o deterioro se realicen con el propósito de defraudar .al tercero que tiene derechos sobre los bienes.
 - El elemento psicológico del delito está constituido precisamente por la conciencia de que con el hecho se afectan los derechos del tercero en forma patrimonial.



- Quien comprare a plazo un bien y lo enajenare posteriormente o dispusiere de él. en cualquier forma, sin haber pagado la totalidad del precio.
- Quien negare su firma en cualquier documento de obligación o descargo. Este hecho. materialmente consiste en:
 - Que exista previamente la firma del obligado en cualquier documento.
 - Que la persona obligada niegue dicha firma.
 - Que con la negativa se cause perjuicio patrimonial.

Elemento interno del hecho es la conciencia de que con la negativa de la firma se causa un perjuicio patrimonial.

- Quien con datos falsos u ocultando antecedentes que le sean conocidos. celebrare. dolosamente. contratos basado en dichos datos o antecedentes. Pensamos que es necesario para tratar el elemento subjetivo de este delito hacer una separación entre el dolo civil. que otorga al afectado una acción de reparación del perjuicio. del dolo penal que hace incurrir en sanción penal. En este caso hay referencia, dolo penal: el ánimo de lucro en el sujeto activo del hecho.
- Quien sin autorización o haciendo uso indebido de esta. mediante colectas o recaudaciones defraudare a otros. Implica este delito: la falsedad que se da en colectas o recaudaciones y no tener autorización o hacer uso indebido de ella: Causar perjuicio.



Elemento interno: es la voluntad de causar perjuicio patrimonial.

- Quien cobrarse sueldos no devengados. servicios no efectuados. En todo caso. El sujeto activo puede ser cualquier particular y la materialidad se da cuando: al cobrar sueldos no devengados. o cobra servicios no efectuados: Que dicho acto cause un perjuicio. Es de notar en este caso. que el perjuicio no sea contra el Estado pues entonces se manifiesta un delito contra la Administración Pública. Elemento interno del hecho es la conciencia de que los que han efectuado y la voluntad de perjudicar el patrimonio ajeno.
- Quien defraudare valiéndose de la inexperiencia, falta de discernimiento o pasiones de un menor o incapacitado. Estamos ante una estafa genérica con un sujeto pasivo determinado: el menor de edad o incapacitado. El elemento moral está compuesto por la conciencia de la situación del sujeto pasivo y la voluntad. el querer aprovecharse de su inexperiencia falta de discernimiento o pasiones.
- El deudor que dispusiere, en cualquier forma, de los frutos gravados con prenda para garantizar créditos destinados a la producción. Esta es similar a la señalada en el inciso 10 de este Artículo que comentamos (Artículo 264), siendo la diferencia que el sujeto activo debe ser el deudor que realiza una acción determinada: que dispone en cualquier forma de los frutos gravados con prenda que garantiza créditos destinados a la producción. Es necesario también, que previamente se haya constituido un crédito garantizado con prenda. Elemento interno es la intención de causar perjuicio con la acción descrita.

Elemento material: Consiste en el hecho de agregar a la substancia calidad o cantidad de bienes que se entreguen a otro; debe existir un contrato o título obligatorio que, señale la calidad o cantidad de los bienes. La culpabilidad consiste en la conciencia de que la substancia, calidad o cantidad o bienes es diferente a la pactada, y la voluntad de engañar al pasivo, defraudándole así en su patrimonio.



En la estafa mediante cheque, como se mencionó en un principio, es la expedición de cheques sin fondos. con fondos insuficientes para cubrir el que se ha dado. o reiterando los fondos antes de que los cheques puedan ser cobrados. ha dado lugar a que se verifique este delito (Artículo 268). El cheque. necesita de la tutela que da la represión penal pues "al sustituirse por medio del cheque la circulación directa del dinero, no es posible lograr su aceptación universal en el comercio si los tomadores del documento no gozan de las garantías jurídicas suficientes. tuteladoras de la buena fé de la emisión. en la rápida circulación y en el exacto pago del documento".

El elemento material es el integrado por: la acción de librar un cheque en pago que el librador de cheque tenga fondos o haya dispuesto de los mismos antes de transcurrido el plazo de presentación. Según el Artículo 502 del Decreto 2-70 del Congreso de la República (Código de Comercio) los cheques deberán presentarse para su pago dentro de los quince días calendario de. su creación.

Este delito, denominado por autores como González de la Vega (29) Fraude contra establecimientos comerciales. Quien por de propósito defraudase haciéndose prestar algún servicio de los de pago inmediato (Artículo 269).

- Hace prestar algún servicio que genera pago inmediato. servicio que ha de referirse al consumo de bebida o alimento;
- Usar la defraudación patrimonial.
- Intento de causar defraudación patrimonial comete este delito (Artículo 270) quien se aprovechare indebidamente de energía eléctrica o cualquier otro fluido que le esté siendo suministrado. o alterare los medios o contadores



Elementos:

- Material: Consiste en el hecho de engañar a través de la sustancia, calidad o cantidad de bienes que se entreguen a otro; debe existir previamente un contrato o título obligatorio que, señale la sustancia, calidad o cantidad que deben de llevar de llevar los bienes.

"Todos los autores, hasta la época de Franz Von Liszt, consideraban claramente el componente del delito que es la culpabilidad"⁶. La culpabilidad consiste en la conciencia de que la sustancia, calidad o cantidad o bienes es diferente a la pactada, y la voluntad de engañar al pasivo, defraudándole así en su patrimonio.

Comete este delito según la descripción legal quien en perjuicio de otro, se apropiare o distrajere dinero efectivo o cualquier otro bien mueble que hubiere recibido en depósito, comisión o administración o por cualquier otra causa que produzca obligación de devolverlo.

Esta denominación ha sido denominada, tanto con el nombre que aparece en nuestra ley. "Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento".⁷

Su diferencia con las estafas propiamente dichas consiste en que estas tienen como nota peculiar el empleo de maniobras engañosas para sorprender la buena fe y la credibilidad del sujeto pasivo, mientras que en este delito no hay engaño.

- Que el sujeto haya recibido dinero, efecto o cualquier otro bien mueble.

⁶ Bustos Ramírez. **Manual de derecho penal español**, pág. 130.

⁷ **Ibid.**; Pág. 315.



- La apropiación o distracción de la cosa en perjuicio de otro.

A esto llama González de la Vega: Disposición. Por disposición del bien se entiende el hecho de que su precario poseedor, violando la finalidad jurídica de la tendencia. se adueño de él, obrando como si fuera su propietario. Sea para apropiárselo en forma de ilícita retención (disponer para sí) o sea disipándolo en su personal satisfacción o en beneficio de otra persona (disponer para otro). Esos actos consisten siempre en la distracción de la cosa del fin para que fue entregada, implicando un injusto cambio de destino del objeto.

- Que la cosa haya llegado a posesión del agente de un modo legal y que posteriormente la oculte, empeñe, grave o enajene en cualquier forma. Que con el hecho se cause un perjuicio patrimonial: "El daño al patrimonio se percibe en el momento mismo en que, debido a la criminal maniobra sobre la cosa. no se logra su restitución o no se puede hacer uso de los derechos sobre ella.
- Elemento Interno: Está constituido por la voluntad de apropiarse del objeto o de distraerla del fin para el que fue entregada.

Tal como se ha explicado hasta el presente apartado, la reacción social del Estado frente a la delincuencia es siempre de sanción y en algunos casos de prevención. Ciertamente el Estado de Guatemala no puede incluirse dentro de aquellos que habilitan al delincuente. Aunque es de carácter garantista, como quedó ratificado en el primer capítulo, no se puede aseverar que las penas privativas de libertad en Guatemala, "rehabiliten al delincuente". No se puede incluso afirmar que la pena de muerte sea en realidad no logra el efecto de "escarmiento" en el resto de la sociedad, puesto que en la década de los noventa, se tuvo la experiencia de ejecutar tres sentencias de pena capital, dos ellas por medio de fusilamiento y la última por medio de la inyección letal, siendo aún así un hecho poco significativo en relación al número de ilícitos que se cometieron posteriormente. En el interior de la República se



incrementaron los secuestros, demostrándose así la respuesta del sector delincuencia, es decir que lograron evadir, aunque no disminuir.

Es decir la reacción social a la política criminal del Estado, se demuestra en el sector organizado del país.

En doctrina y en derecho comparado, se encuentran formas de reacción del Estado a la criminalización en la sociedad, de distintas formas, entre las que se puede mencionar: Desprisonalización, despenalización, desjudicialización, descriminalización.

La desprisonalización, consiste en sustituir la pena de prisión por métodos alternos de sujeción y de ejecución de la pena. En Guatemala por ejemplo, aunque es manifiesta la dificultad que enfrenta el sistema carcelario o penitenciario, evidenciándose en la recién creación de prisiones de máxima seguridad, no se observa ni por asomo la posibilidad de llegar a una posible sustitución de la pena de prisión, empero con la puesta en marcha del Código Procesal Penal Decreto 51-92 del Congreso de la República, se establecen las medidas sustitutivas que son en sí, el indicio de posible revisión.

La desprisonalización por otro lado debe ser un ejercicio al que todo sistema debe tender, por la búsqueda constante que acusa la humanidad desde tiempos remotos de la aplicación de un real Estado de Derecho.

La pena de prisión sirve para separar al delincuente del resto de la sociedad, pero únicamente, puesto que no hay rehabilitación.

La despenalización según lo señala Alfonso Reyes Echandía en su obra Criminología la despenalización consiste en: "el mecanismo en virtud del cual una conducta descrita en la ley penal como delito sale de esta esfera jurídica para ser



sancionada en el ámbito de una jurisdicción diversa, de naturaleza civil, comercial (mercantil) administrativa".⁸

El Doctor Mario González Duran, señala que para que haya despenalización, "en términos de hacer más dura la sanción prevista por la ley, se requiere de otra norma jurídica que dejando, sin efecto la anterior, disponga de mayor severidad o endurecimiento de aquella". Agregando que la criminalización opera también la despenalización; empero, no toda despenalización conlleva necesariamente la descriminalización". (González Duran, Mario. Conferencia de Derecho Penal.

Sin embargo, ciertamente, cuando una pena es demasiado severa, se constituye en un "retributivo verdaderamente, es decir, excluye la idea de la resocialización." (Mir Puig, Santiago. Manual de Derecho Penal.

Las conductas prohibidas establecen tipos penales, que están sujetos a determinada pena; aumentar o disminuir la misma, significa que se aumenta o disminuye la sanción. Si disminuye, se restringe la penalización vigente con relación a la anterior; si se aumenta, se amplía dicha penalización. Por ejemplo, lo ocurrido con la reforma al Código Penal en 1996 cuando se aumentaron las penas privativas de libertad; estableciéndose nuevos máximos, por ejemplo, las penas que antes contemplaban un máximo de 30 años, ahora lo contemplan en 50. Por lo mismo, se amplió la penalización de todos aquellos delitos que contemplan pena de 30 años.

Por aparte, el Decreto 48-92, del Congreso de la República, Ley Contra la Narcoactividad, que si por una parte incrementó algunas penas ya contenidas en el Código Penal, (es decir amplió las penas ya existentes), lo importante es que amplió la criminalización creando nuevos tipos penales, tal el caso de: tránsito internacional; siembra y cultivos; transformación y otros. Que no estaban contempladas anteriormente en el Decreto número 17-73 del Congreso de la República, Código Penal.

⁸ **Ibid.**



Por tanto, y con base en los antecedentes, podemos decir que la penalización de un tipo penal previamente establecido, significa únicamente el aumento de las penas ya contempladas. La penalización de un tipo penal no existente, significa no solo la creación del tipo o delito, como figura delictiva, significa penalizar una conducta que hasta ese momento no había estado prohibida. Y finalmente, pudiera ser que ya existía la figura penal, pero era contemplada sin pena alguna, por tanto, si se penaliza, se asigna por primera vez una pena a esa conducta ya contemplada pero no penalizada.

Lo contrario a todo lo anterior tendrá que ser, la despenalización. En Alemania, los autores del Proyecto Alternativo, solicitaron despenalizar los hurtos en supermercados, la generalidad hurta, y aunque dicha conducta debería estar prohibida (criminalizada), no debería por tal motivo, ser penalizada. Por lo mismo, lógicamente, como hasta ese momento de la propuesta la misma tenía asignada una sanción coercitiva, dicho delito debería ser despenalizado.

A guisa de ejemplo, se transcriben a continuación las llamadas parábolas de la despenalización de las drogas y sus conclusiones expuestas por Antonio Cuerda Riezu: Milán, 1764. Un joven de veintiséis años, llamado Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, acabada de publicar un libro. Para escribirlo se ha inspirado en las largas conversaciones que mantienen en una tertulia de nobles milaneses. Estados nobles están empapados en las aguas revolucionarias de las ideas que se extienden desde París. Se dedican a vituperar el modelo absolutista de Gobierno, y en particular la actuación arbitraria de los jueces, la extendida práctica de las torturas para extraer confesión a los presuntos culpables, las pésimas condiciones de las cárceles y mazmorras...Pero imbuidos del espíritu de transformación de la sociedad - tan propio de los períodos revolucionarios- los contertulios proponen nuevos ideales, nuevas reglas para el Derecho Penal.

El libro que ha terminado de redactar Beccaria lleva por título Dei Delitti e delle pene. Las últimas líneas escritas por su pluma son estas: "Para que cada pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano privado, debe ser



esencialmente pública, rápida, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias dadas, proporcionada a los delitos, dictadas por las leyes." Esta es la conclusión del joven marqués que todavía hoy pervive como pauta de un Derecho Penal razonablemente correcto. En otro pasaje de su libro podemos leer lo siguiente: "Para que una pena consiga su efectos basta con que el mal de la pena exceda al bien que nace del delito...A medida que los suplicios llegan a ser más crueles, los ánimos humanos, que como los líquidos se ponen siempre a nivel con los objetos que los circundan, se encallecen." Con estas palabras expresa Beccaria lo que hoy conocemos como principio de proporcionalidad, que requiere que la gravedad de la pena se adecúe a la gravedad del delito. Y añade el marqués que la pena desproporcionada es ineficaz ("encallece los ánimos"), sobre todo si no responde a la escala de valores que rige en una sociedad determinada.

De toda parábola se deriva una enseñanza ética. Esta es histórico-científica y encierra el siguiente mensaje dirigido al legislador: si castigas con penas excesivamente graves no conseguirás disuadir al hipotético delincuente. Además, en la actualidad se ha demostrado que si los jueces sienten que una pena es desmesurada, emplean diversos mecanismos para eludirla, bien considerando que los hechos no están probados, bien imponiendo una pena inferior. ¿Qué consecuencias tiene ese mensaje remitido al legislador en materia de drogas? En 1988 se endurecieron en España las penas para los delitos de tráfico de drogas, regulándose diversas agravaciones: algunas de tales agravaciones pueden alcanzar la nada despreciable pena de veintitrés años y cuatro meses de cárcel (que roza la que corresponde al delito de asesinato) y 225 millones de multa; por otra parte, la Ley de Seguridad Ciudadana de 1992 considera infracción administrativa no sólo el consumo o el tráfico de drogas en lugares públicos, sino además que otros toleren estas conductas. De manera que todo el ciclo de la droga (producción, tráfico y consumo) está prohibido. Cuando todavía se oyen voces a favor de agravar estas penas, uno se pregunta cuál es el nuevo castigo que se propone: ¿la pena de muerte (prohibida expresamente por la Constitución)? ¿la cadena perpetua (prohibida tácitamente por la Constitución)? Y todavía quiero formular otras preguntas: ¿acaso va a evitar ese mayor rigor punitivo las ochocientas muertes



que provoca anualmente en España el tráfico y consumo de drogas? ¿acaso va a evitar que existan productores traficantes y consumidores de drogas? Mi opinión es que no. Mi opinión es que los que quieran seguir siendo productores, traficantes o consumidores de drogas, lo van a seguir siendo por mucho que aumenten las penas o sanciones para estas conductas. Si queremos aprender algo de Beccaria, la enseñanza de esta parábola se impone por sí misma no más penas desproporcionadas para los delitos relativos a las drogas, porque no consiguen disuadir a los potenciales delincuentes.

Estados Unidos de América, enero de 1920. EL diputado A.J. Volstead, con el apoyo de las comunidades religiosas y las sociedades de abstemios, consigue que se promulgue la ley que lleva su nombre y que se convierte en la decimoctava enmienda a la Constitución. EL día 17 de enero de 1920 nace la llamada "ley seca", que prohíbe la elaboración o el tráfico de cualquier bebida embriagante. Las consecuencias de semejante norma son sobradamente conocidas, porque todos las hemos contemplado en las películas sobre el Chicago de los años veinte. Aumentan los bares y tugurios donde se expide ocultamente el alcohol: si Nueva York contaba en 1919 con 15.000 bares legales, en 1921 - bajo el imperio de la ley seca- se calculaban en 32.000 las tabernas clandestinas. El negocio es redondo, porque la prohibición ha provocado - lógicamente, según las leyes del mercado- una fulgurante subida del precio del producto. Pero como para mantener el negocio resulta preciso acallar algunas coincidencias, las carteras de muchos policías y responsables políticos se ven considerablemente engrosadas; en los mejores ascendían semanalmente a 30.000 dólares. La corrupción se enseñorea de todo. EL sindicato del crimen es omnipotente. De otro lado, al no ser el mercado del alcohol ni legal ni transparente, surgen el fenómeno de los gánsters para controlar tan suculento pastel. Las "familias" de Jim Colosimo, de Johnny Torrio, o de Alphonse Capone luchan para hacerse con él. Y comienza el asombro espectáculo de los asesinatos por sorpresa y las macabras venganzas, seguidos de ostentosos entierros en los que el "capo" que ha ordenado la matanza, abre el cortejo abrazado a la viuda de la víctima. Con el tiempo, el poder y la impunidad de la banda dominante obliga a la apertura de nuevos mercados donde



invertir los excedentes (como la prostitución o las apuestas), o a ampliar los objetivos de actuación (como los atracos a bancos). Este panorama social - analizado de forma magistral por Hans Magnus Enzensberger en su Política y delito- tiene sus efectos. "Es primer decenio de la prohibición arrojó el balance siguiente: medio millón de detenciones; penas de prisión por un total de treinta y tres mil años; dos mil muertos en la guerra del aguardiente de los gánsters; y treinta y cinco mil víctimas de intoxicación por alcohol" expone Enzensberger. Se ha repetido hasta la saciedad que Eliot Ness y sus "Intocables" lograron detener a Capone con la acusación de delito fiscal. El mítico jefe mafioso cumplió ocho años de prisión no por los sobornos, no por las falsedades, no por la promoción de la prostitución; por ironías del destino, Al Capone estuvo tras las rejas por no haber saldado sus cuentas con la Hacienda estadounidense. El paralelismo entre esos sucesos y los que recientemente han ocurrido en España, y siguen ocurriendo, es revelador. Cambiemos alcohol por drogas; ley seca por los Artículos 344 y siguientes del Código Penal español; corrupción política y policial por corrupción policial y política; muertes a balazos por muertes derivadas del SIDA, o de droga adulterada o con excesiva pureza; cambiemos intoxicación debida al alcohol por toxicomanía y drogodependencia; Al Capone o Johnny Torrio por Manuel Charlín (alias "El Patriarca") o Laureano Oubiña; cambiemos un Al Capone que se considera a sí mismo como un benefactor social finalmente se vuelve contra él, por un Laureano Oubiña que - en el juicio "Nécora"- contesta con sorna e incluso chulería a las preguntas del fiscal, porque es consciente de que domina un imperio y que las pruebas contra él son escasas. También es posible obtener frutos de esta parábola histórica. En esta caso, la enseñanza es sociológica y dirán de ser tenida en cuenta. Y tal enseñanza es que, por curioso que parezca, algunas leyes penales son criminógenas, es decir, que provocan más delitos que los que evitan. Cuando se prohíbe bajo pena algo que es difícilmente controlable por los instintos humanos, como es la necesidad que sienten algunos de evadirse mediante el consumo de alcohol o de drogas, necesidad que está insertada en las raíces de muchas culturas, la prohibición absoluta de estos productos o bien es ingenua, o bien se impone de mala fe. Es posiblemente ingenua porque la comisión de los delitos de traficar o consumir alcohol o drogas se va a seguir produciendo y además con tendencia a crecer, ante el acicate añadió de entrar en la



esfera de lo oculto y clandestino. Pero posiblemente la prohibición absoluta también obedezca a razones poco confesables, de carácter estrictamente económico: en efecto, el producto prohibido genera colosales beneficios, y puede haber muchas almas hipócritamente prohibicionistas, cuyos bolsillo se rellenan de esas ganancias.

TERCERA PARÁBOLA Ginebra, 1939. La Sociedad de Naciones, creada en 1919 por el Tratado de Versalles con el objetivo de mantener la paz mundial, asiste muda e impotente a la invasión de Polonia por las tropas alemanas guiadas por Hitler. Unos Estados enmudecen porque consiguen una buena porción en el reparto de las tierras polacas, como la URSS. Otros Estados se sienten impotentes, como ya se sintieron ante la guerra civil española o ante el desmembramiento de Checoslovaquia. Todos callan y la Sociedad de Naciones languidece. Ese silencio, junto con otras muchas causas, contribuye por fin al estallido de la Segunda Guerra Mundial, fracasando la sociedad en aquel objetivo de garantizar la solución pacífica de los conflictos internacionales. Los ejemplos de pasividad de la comunidad internacional pueden multiplicarse sin esfuerzo: el día 20 de diciembre de 1989, tropas norteamericanas invadieron Panamá con la excusa del descontento de la población ante la anulación de las elecciones: su objetivo real era capturar a Noriega, acusado de fomentar el narcotráfico, lo que consiguieron el siguiente 4 de enero; una vez secuestrado Noriega, se le trasladó a los Estados Unidos para juzgarle, sin que mediara ninguna solicitud de extradición. Ante semejante violación del Derecho Internacional, nadie protestó. Nadie dijo nada. ¿Qué lección podemos entresacar hoy de aquel silencio de la Sociedad de Naciones o de otros elocuentes silencios de la comunidad internacional? Creo que alguna. Cuando se argumenta que la despenalización de las drogas no se pueden efectuar aisladamente por España, porque entonces sería el paraíso de los toxicómanos, se dice sólo una verdad a medias. Es cierto que existe el riesgo de que aumente la presencia de traficantes o consumidores (ésta es la verdad). Pero también es cierto que si se adopta firmemente la política de la despenalización, lo coherente es proponerla y defenderla en los foros internacionales. Y esto (aquí nos encontramos con el porcentaje de mentira) no lo ha hecho el Estado español, sino que más bien se ha acobardado ante la infundada crítica procedente sobre todo de los Estados Unidos de América que nos tildaba de país liberalizador en materia de drogas; por si fuera poco, el



Estado español ha apoyado con todo su ímpetu los tratados internacionales que abogaban por una mayor represión. Una de dos: o no se persigue la despenalización de las drogas, y entonces la postura española es coherente; o sí se persigue esa despenalización, y entonces no es coherente que en el marco internacional no se promueva esa política. Ante la inmovilidad de algunos Estados, que continúan aferrados a la solución de la represión absoluta en materia de drogas, o ante el silencio de otros que no intentan convencer de lo contrario a la comunidad internacional, hay que reconocer la dura realidad de que el sistema de la prohibición omnicompreensiva ha fracasado estrepitosamente. Y puesto que este fracaso es evidente ¿por qué no tener la valentía de declararse a favor de la política de la despenalización? ¿por qué al menos, no probarlo? Más aún: ¿por qué no intentar convencer a los restantes Estados de que tal política no es una postura enloquecida y sin sentido, sino una razonable y razonada en argumentos históricos? Aprendamos, pues, la lección de Ginebra en 1939 o de Panamá en 1989 y evitemos el silencio. **Conclusión** Los momentos históricos reseñados la obra de Beccaria, la época de la Ley Volstead y la crisis de la Sociedad de Naciones o el secuestro de Noriega en 1990- son ejemplos que nos ponen de relieve hacia dónde hay que ir y hacia dónde no hay que ir en el ámbito de las drogas. Los buenos ejemplos -Beccaria- y los malos ejemplos - ley seca, apatía de la comunidad internacional en 1939 o 1990- están ahí para que nos tropecemos contra la misma piedra. La conclusión a deducir de estas parábolas es que el método de la prohibición absoluta no sólo no ha tenido éxito alguno, sino que, por el contrario, ha cosechado fracasos. Es preciso probar un nuevo modelo que combine una represión relativa - la mínima necesaria- y una liberalización controlada de las drogas. Por represión relativa, entiendo el castigo penal del fomento del consumo de drogas entre jóvenes, discapacitados e individuos sometidos a un proceso de deshabituación. Y por liberalización controlada, entiendo que la Administración se encargue de distribuir y suministrar drogas a aquellos individuos que, libre y conscientemente, asuman los riesgos que se derivan del consumo. Esta política es la que se corresponde con la imagen de una sociedad democrática; efectivamente, en ella el Estado no debe tutelar a sus ciudadanos hasta el punto de prohibirles lo que aquél considera que es nocivo para la salud, sino que las personas son adultos socialmente hablando, es decir, seres libres



que optan por fumar o no, por ingerir alcohol o no, por drogarse o no. Los costes económicos, sociales y humanos de esta nueva política despenalizadora serían menores que los que se derivan del actual criterio de la total represión. En el sector de la producción de drogas desaparecería la confrontación – tan hipócrita, tan de nuestros días- entre países productores y países consumidores. En el sector de la distribución, tendería a disminuir el número de mafias y grupos criminales organizados. Y en el sector del consumo, igualmente se rebajarían las cifras de muertes por sobredosis o por adulteración, y las de enfermedades vinculadas a las drogas (SIDA, hepatitis, etc.). Asimismo es lógico pensar que la demanda entraría en una curva decreciente, que, consecuentemente, serían menos los reclusos condenados por delitos patrimoniales o por tráfico de drogas. Querría añadir una reflexión sobre el objeto de esta liberalización controlada. Recientemente Carlos López Iraño, secretario de Estado del plan Nacional sobre Drogas, ha propuesto desenlazar el tráfico del hachís. Aunque la propuesta me parece positiva porque abre un resquicio de esperanza liberalizadora, creo que todavía no se corresponde con esa imagen de la sociedad democrática que deja al arbitrio del individuo cuáles son las vías de escape que desea adoptar, siempre claro está que no dañen a los demás. Si con la propuesta de López Iraño las restantes drogas se mantienen incluidas bajo la prohibición, seguirían produciéndose en gran medida los mismos efectos que en la actualidad española o con la ley seca. Que sea por tanto el individuo consciente y maduro el que decida si quiere o no fumar hachís, esnifar cocaína, inyectarse heroína, o consumir éxtasis, pero siempre bajo el control de la Administración. Diputados senadores españoles: ¿no hay suficientes motivos para pensar que es necesario y posible cambiar la actual política penal sobre las drogas?

La desjudicialización, consiste en "la solución de un conflicto interpersonal por mecanismos distintos de los judiciales, generalmente, mediante el auxilio de disciplinas extrajurídicas de naturaleza laboral, sicóloga, médica, educativa y económica".

La descriminalización "Consiste este fenómeno en hacer desaparecer del elenco de delitos o contravenciones legalmente descritos, un determinado modelo de

comportamiento humano, que a partir de una tal decisión sería jurídicamente lícito o indiferente”







CAPÍTULO III

3. La extinción de la responsabilidad penal

3.1. La responsabilidad penal

La responsabilidad penal es, en derecho, la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto por el Derecho penal al deber de afrontar las consecuencias que impone la ley. Dichas consecuencias se imponen a la persona cuando se le encuentra culpable de haber cometido un delito o haber sido cómplice de éste.

La responsabilidad penal la impone el Estado, y consiste en una pena que busca castigar al delincuente e intentar su reinserción para evitar que vuelva a delinquir.

La responsabilidad penal no busca resarcir o compensar a la víctima del delito, sino que esa será una responsabilidad civil independiente y derivada del acto delictivo. Sería un tipo de responsabilidad civil extracontractual por producir un acto lesivo para otra persona.

En ocasiones dichos conceptos se confunden, y sobre todo en el derecho anglosajón, dado que ambas responsabilidades pueden llevar a obligaciones pecuniarias. Sin embargo, existen varias diferencias:

- Su finalidad es distinta: La responsabilidad penal sanciona, y la civil repara un daño.
- La cantidad de la cuantía a pagar se calcula con diferentes medidas: Una multa (responsabilidad penal) estará basada principalmente en la gravedad del hecho delictivo, mientras que la responsabilidad civil busca resarcir un daño a la víctima.



- Normalmente el destinatario también es distinto. La responsabilidad penal se suele pagar al estado, y la civil a la víctima.

Históricamente se ha entendido que una persona jurídica no puede ser responsable penalmente, en tanto en cuanto no puede cometer delitos por sí misma (y hay muchas penas que no puede cumplir). Este principio está reflejado en la expresión latina: "*societas delinquere non potest*".

Sin embargo, existirían algunos delitos que pueden ser cometidos desde una persona jurídica y que incluso pueden realizarse únicamente en beneficio de la misma (estafa, apropiación indebida, delitos fiscales, etc.). En esos casos, se ha entendido que el responsable penal sería la persona física que toma las decisiones.

Este principio se sigue manteniendo en la gran mayoría de ordenamientos jurídicos, si bien en algunos ha comenzado a aparecer la posibilidad de que una persona jurídica cometa un delito. En esos casos, la pena se ajusta al tipo de sanción que la persona jurídica puede cumplir (normalmente pecuniaria, aunque también se podría hacer alguna privación de derechos).

La orientación de las nuevas sociedades vistas como espacio articulados alrededor de los grandes desarrollos tecnológicos y la primacía de las comunicaciones en devenir de los actores, ha llevado a que las distintas disciplinas se aclimaten a dicho panorama universal. A ello no puede ser extraño el derecho, pues su funcionalidad le obliga a reconstituirse dentro de las lógicas y dinámicas que orientan al desarrollo de la historia. Sin embargo, dicho proceso se enfrenta en ocasiones a aquellos paradigmas que, por sus connotación, causan tensiones frente a las nociones de progreso y orden social. En el plano del derecho penal económico, dicho escenario conflictivo se visibiliza mejor cuando la posibilidad de incriminar a las personas jurídicas se presenta. Así, la recurrencia a principios por los que la comisión de un hecho delictivo solo puede ser verificada por la persona natural trastoca la necesidad de orientar las conductas



delictivas hacia la imputación de la empresa y los diversos entes colectivos que articulan las relaciones entre Estado, mercado y sociedad.

De allí que el presente estudio ofrezca una posición teórica a partir de la cual se podría sustentar la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, a al vez que cuestiona la vigencia de algunos de los paradigmas hallados en la teoría del sujeto penal y del delito. De esta forma, la recurrencia a la teoría de los sistemas de Niklas Luhmann y el afianzamiento de las comunicaciones como el centro de atención de la sociedades, desde un perspectiva jurídica y sociológica, marcarán el hilo conductor de una discusión inacabada y que se presta para el debate desde diferentes ópticas.

Mucho se ha debatido, sobre si las personas jurídicas pueden ser responsables de un delito; pero en la actualidad esta discusión cobra más importancia, por el incremento de la criminalidad económica dentro de los países industrializados; mediante la utilización de estas corporaciones, asociaciones, empresas, en definitiva personas jurídicas, que en la mayoría de los casos son creadas para disimular verdaderas conductas delictivas, lo que ha obligado a reflexionar sobre la urgente necesidad de sancionar tales comportamientos; ante esta problemática el Derecho Penal se ha encontrado impedido para sancionar a dichas personas jurídicas, pues esta posibilidad choca con el principio tradicional "*societas delinquere non potest*", que ha informado el sistema penal desde hace siglos; y del que se deriva que es imposible hacer responder penalmente a una persona jurídica; puesto que el Derecho Penal a lo largo de su evolución se ha caracterizado por una concepción individual y personal de la responsabilidad penal.

Legislaciones como la francesa y la de Bélgica, han derogado éste principio y en sus códigos penales están previstas sanciones para las personas jurídicas.

En el caso español, no se ha dado éste paso, pero varias voces se están empezando a alzar para seguir el sendero marcado por Francia, así mismo se ha planteado la necesidad de revisar las categorías dogmático-penales vigentes y la



derogación del principio en mención. Por el contrario, la doctrina mayoritaria; se ha negado a aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, debido a la estructuración del derecho penal en el estado moderno y con ello, se ha reanimado la discusión sobre si pueden responder penalmente las personas jurídicas por los hechos delictivos que se cometan en su seno.

Una vez planteado el problema, es conveniente conocer más a fondo; la postura de la doctrina española en relación con el reconocimiento de la punibilidad de las personas jurídicas.

La estructuración del Derecho Penal en el Estado moderno, concibe a la persona natural como la única autora de delitos. De acuerdo con Fernández, ello es así porque “tal y como se concibe la acción, la culpabilidad y la pena, la persona jurídica no tiene capacidad de acción, de culpabilidad ni de pena”. Por su parte Muñoz Conde sostiene que “desde el punto de vista penal, la capacidad de acción, de responsabilidad y de pena exige la presencia de una voluntad, entendida como facultad psíquica de la persona individual, que no existe en la persona jurídica, mero ente ficticio al que el derecho atribuye capacidad a otros efectos distintos a los penales”. Con estas citas doctrinales se resumen las razones por las que la dogmática jurídico-penal, se opone a la posibilidad de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Para realizar un análisis de los criterios aducidos, los dividiremos en tres apartados: en el primero se expondrán los motivos para negar capacidad de acción a la persona jurídica, en el segundo la incapacidad de culpabilidad, y, en el tercero, abordaremos la falta de capacidad para sufrir la pena.

Las personas jurídicas, para actuar en el mundo exterior, necesitan servirse de las acciones humanas y, por ello, la doctrina mayoritaria afirma que en ellas falta una verdadera capacidad de acción propia, ya que han de actuar a través de acciones naturales de otros.



Sin embargo, para analizar esta afirmación; resulta imprescindible asumir un concepto válido de acción. El concepto de acción en derecho penal ha sido uno de los más complejos a la hora de definir y, aún hoy, no existe unanimidad absoluta en cuanto a su delimitación. De este modo, actualmente conviven tres concepciones distintas de acción, que han ocasionado divergencias en la ciencia jurídico-penal, a saber, el concepto causal, el concepto final y el concepto social de la acción.

El concepto causal de acción, constituye la postura tradicional y todavía vigente en un sector de la doctrina penal española. Partiendo su formulación de una metodología positivista, este concepto de acción causal naturalista; es considerado por la dogmática alemana, el pilar en el que se asienta todo el esquema clásico del delito; cuyas bases fueron sentadas por Franz Von Liszt, Beling, y Radbruch. Para los defensores de la teoría causal de la acción, la acción es la producción o la no evitación voluntaria de un cambio en el mundo externo. El resultado ha de ser perceptible por los sentidos y dependiente, de algún modo, del querer (siendo indiferente el contenido de ese querer, cuyo análisis se relega al momento posterior del juicio de culpabilidad).

Las deficiencias del concepto causal de acción, en cuanto a la dificultad de abarcar los delitos omisivos, u otros donde lo importante no son los movimientos corporales sino el contenido o significado de los mismos (por ejemplo, en el delito de injurias), dio paso al concepto final de acción articulado por Hans Welzel, quien sostiene que “la acción humana es ejercicio de actividad final”, de forma que el dolo pertenece a la acción como momento esencial. La dirección final de la acción se divide conceptualmente en dos momentos: en una primera etapa, que transcurre en la esfera del pensamiento, el autor anticipa el fin, selecciona los medios para su consecución y considera los efectos concomitantes unidos a ésta; en la segunda, de ejecución, que tiene lugar en la esfera externa, el autor efectúa su acción poniendo en movimiento los factores causales escogidos.

La principal crítica a la teoría de la acción final, era la relacionada con los delitos imprudentes, en los que el contenido de la voluntad no se dirige a la causación del



resultado, aunque Welzel trató de salvar esa dificultad articulando otro concepto de acción final para los delitos imprudentes.

El concepto social de acción, para superar las insuficiencias que presentaban tanto el concepto causal de acción como el final, se rige por la idea desarrollada por Maihoffer, de que la valoración de un comportamiento como acción parte de la comunidad social. Por tanto, éste autor define la acción como “todo comportamiento objetivamente dominable, dirigido a un resultado social objetivamente previsible”. Acción es, por ello, un comportamiento humano socialmente relevante. El concepto de acción relevante, jurídico-penalmente, no puede obtenerse simplemente de la pura observación de los hechos humanos, sino que se basa en la selección que hace el Derecho penal para calificarlos de relevantes *a posteriori* de su existencia. Así pues, no todos los comportamientos humanos van a ser importantes para el derecho penal, concretamente no le van a importar “aquéllos frente a los cuales la prohibición penal carecería de todo sentido”, y van a ser, por tanto, excluidos del concepto jurídico-penal de acción.

Quienes defienden la teoría de social de la acción, argumentan que proporcionan un concepto general de acción; con base en procedimientos prejurídicos, recurriendo a valoraciones sociales. Sin embargo, para Vives Antón, esta afirmación es falsa, por cuanto para determinar si ha existido acción o no y, en su caso, qué clase de acción ha habido, los partidarios de la doctrina social han de recurrir al tipo hipotéticamente aplicable para determinar si la acción es socialmente relevante, anticipando así momentos de tipicidad en la acción. Por ello, se ha afirmado que la teoría social de la acción se convierte en una doctrina de la acción típica, con lo que son vanas sus pretensiones de articular un supraconcepto de acción. En términos de Vives Antón, lo que la doctrina social de la acción dice es que, lo que nos permite interpretar ciertos hechos como acciones es que les atribuimos un sentido social, es decir, que los interpretamos como acciones porque socialmente los consideramos acciones, sin que se nos diga por qué ni cómo hacemos tal cosa.



Ninguna de las anteriores teorías de la acción han logrado articular un supraconcepto de la misma, en el que quepan las acciones positivas y las omisiones, las acciones dolosas y las imprudentes. Las normas sólo pueden regular acciones, no meros procesos causales, y las penas sólo pueden imponerse (sólo tiene sentido que se impongan), no simplemente porque algo haya sucedido, sino porque se haya llevado a cabo una acción, de modo que los presupuestos de las diversas infracciones han de tener en común precisamente el ser acciones.

En la concepción significativa de la acción de Vives Antón, la acción no es un hecho específico, ni puede definirse como sustrato de imputación jurídico-penal, porque definir no es todavía juzgar. Para Vives la acción es un sentido que, conforme a un sistema de normas, puede atribuirse a determinados comportamientos humanos. Así pues, la diferencia entre hechos y acciones es que los hechos acaecen, las acciones tienen sentido (significan); los hechos pueden ser descritos, las acciones han de ser entendidas; los hechos se explican mediante leyes físicas, químicas, biológicas, etc., las acciones se interpretan mediante reglas gramaticales.

Tomando como base la concepción significativa de la acción, sólo puede ser calificada como tal las ejecutadas por personas físicas, pues son las únicas que siguen una regla del lenguaje, y sólo cuando se siguen estas reglas del lenguaje, se puede afirmar que hay una acción, por cuanto se puede dar sentido y significado a las acciones. El juego del lenguaje es una expresión de la forma de vida humana, en la que los hombres se hallan naturalmente instalados, y que les confiere una capacidad natural para formular y captar códigos prelingüísticos, mediante los cuales expresan y atribuyen las actitudes intencionales de las que depende el significado.

Por otra parte, con base en la concepción significativa de la acción; la acción presupone una capacidad natural para formar y expresar intenciones, si bien la determinación del significado de la acción que se realiza, no depende de la concreta intención que el sujeto quiera llevar a cabo, sino del código social conforme al que se interpreta lo que hace. En este sentido, las personas jurídicas no van a poder nunca ser



responsables criminalmente, porque en éstas no concurre una facultad de querer, decir, una potencialidad volitiva, al ser un ente ficticio creado por el Derecho. Así pues, podemos afirmar que la persona jurídica carece de capacidad de acción, y, en su caso, la acción típica la ejecutarán las personas físicas que la integran.

No obstante, los partidarios de reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, han reaccionado en dos líneas de pensamiento. Una, en el marco del funcionalismo jurídico, que tiene como representante más significativo a Jakobs, para quien el concepto de acción de las personas físicas sirve también para las personas jurídicas. Para Jakobs, lo que el Derecho penal va a juzgar no son acciones en sentido naturalístico, sino sujetos de responsabilidad, esto es, sistemas compuestos de psique y cuerpo (personas físicas) o de constitución y órganos (personas jurídicas), siendo ambos sujetos perfectamente capaces de originar resultados (output). Los actos de los órganos de la persona jurídica (acuerdo de un órgano), son acciones propias de la persona jurídica.

La otra línea de pensamiento (mayoritaria), seguida por Hirsch, Tiedemann, Brender, Stratenwerth, o Schünemann, se inclina por dejar a salvo la dogmática tradicional de la persona física, y prefiere acometer la elaboración de nuevos conceptos de acción válidos para las personas jurídicas. Para afirmar la capacidad de acción de las personas jurídicas, se han aplicado los principios inspiradores y las reglas generales de la coautoría y de la autoría mediata. Las personas jurídicas son una realidad indiscutible en la sociedad actual y, precisamente por tal existencia, son destinatarias de obligaciones, de tal modo que pueden cometer una lesión a ese deber, cuando no cumplen las órdenes normativas que se les dirige, es decir, que pueden realizar “acciones” (contratos, adopción de acuerdos, etc.) que se “expresan” a través de las acciones de sus órganos y representantes, pero que son, al mismo tiempo, acciones de la persona jurídica, de la misma forma que el coautor y el autor mediato responden de su propio acto, aunque éste se realice total o parcialmente a través de otro.



El argumento de que las personas jurídicas son destinatarias de obligaciones, con lo que se presupone que pueden infringirlas, no está tan claro si se parte de la idea de que la persona jurídica es una necesidad creada por el derecho, para referirse y prever normativamente una realidad, que se produce cuando un número considerable de personas se agrupa para perseguir una finalidad común, algo que les facilita su actividad, económica fundamentalmente, y les hace fácilmente reconocibles por las demás personas. Por supuesto, a las personas jurídicas se las hace destinatarias de determinados deberes, pero no se espera que sean ellas mismas las que los satisfaga, sino los miembros que la integran. El orden jurídico social, que supone que todos los miembros integrantes de una unidad se agrupen bajo una entidad jurídica con un nombre único y original, que los haga fácilmente identificables (imagínense las dificultades que supondría que cada vez que tuviésemos que dirigirnos a una agrupación de personas tuviésemos que nombrar a todos y cada uno de sus miembros, más cuando estamos ante una gran empresa con incontables accionistas), hace necesaria la creación de éstas y su previsión normativa, sin que con ello se les reconozca que tengan una voluntad propia, individual y distinta de los demás miembros que la integran.

La capacidad de culpabilidad supone una reprochabilidad personal por la realización de la acción típicamente antijurídica, cuando podía haber actuado de modo distinto a como lo hizo, es decir, conforme a deber. La esencia del principio de culpabilidad es que no hay pena sin culpa, y la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad. Por tanto, el principio de culpabilidad se convierte en una garantía del Estado de Derecho, frente a la imposición de penas innecesarias o desproporcionadas.

El juicio de culpabilidad se compone de la imputabilidad (capacidad de culpabilidad), el dolo y la culpa (formas de culpabilidad) y por la exigibilidad. En cuanto a la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, ésta sólo concurre cuando un sujeto puede valorar y comprender la ilicitud del hecho realizado (elemento intelectual), y tiene un poder de voluntad suficiente para adecuar su conducta al mandato normativo (elemento volitivo). La capacidad de culpabilidad, por tanto, exige la presencia de una



serie de estructuras biopsicológicas, que difícilmente se puede encontrar en las personas jurídicas, con lo que no pueden ser consideradas sujetos imputables, y nunca podría concurrir en ellas responsabilidad penal alguna. La capacidad intelectual y volitiva imprescindible para predicar la culpabilidad de una persona, sólo se daría en las personas físicas que componen la persona jurídica, y únicamente aquéllas podrían ser responsables penalmente.

En cambio, quienes sostienen la viabilidad de que las personas jurídicas sean objeto de responsabilidad penal, manifiestan que la sociedad tiene una voluntad propia, que nace del encuentro y concierto de varias voluntades individuales. Así pues, el elemento subjetivo de la infracción, la culpabilidad, no está ausente. De acuerdo con Jakobs, sí que se puede hablar de capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, y enumera algunos casos en los que no se puede afirmar que la persona jurídica sea imputable, como cuando los actos realizados por un órgano de la misma, estén fuera del marco estatutario, ni de los actos realizados por un órgano no elegido por la persona jurídica, sino que le haya sido impuesto (por ejemplo, una intervención judicial).

Por su parte, la línea doctrinal que elabora nuevos conceptos de culpabilidad válidos sólo para las personas jurídicas, y aplicando los principios inspiradores y reglas generales de la “*actio liberae in causa*” y de los delitos impropios de omisión, ha afirmado la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, no biopsicológica del órgano, sino una culpabilidad propia de la persona jurídica, que Zugaldía denomina “culpabilidad por defecto de organización”. Así, la persona jurídica se convierte en culpable cuando omite la adopción de las medidas de precaución que le son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad empresarial. De esta forma, también se pretende superar el argumento de que una sanción sobre la persona jurídica, afecta a terceros no implicados (por ejemplo, los accionistas), ya que la persona jurídica respondería no sólo por su propia acción, sino también por su propia culpabilidad.



Hirsch, que también ha afirmado y fundamentado la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, utiliza el ejemplo de una empresa química que vierte sustancias tóxicas en un río y, a consecuencia de ello, mueren gran parte de los peces y se pone en peligro el suministro de agua potable. Según Hirsch, éste ejemplo; nos demostraría cómo la culpabilidad, en un supuesto de esta naturaleza, no sería algo éticamente indiferente, con lo que al hacersele a la corporación un reproche de culpabilidad, estaríamos aplicando un parámetro social. El referido autor sostiene que la esencia de la corporación consiste justamente en que no es una mera suma de personas individuales, sino que constituye una estructura independiente que se separa de ellas. La culpabilidad de la asociación no es idéntica a la culpabilidad de sus miembros. La capacidad penal tampoco fracasa si se tiene en cuenta el requisito de la culpabilidad. En el caso de las asociaciones se da más bien un fenómeno paralelo al de la culpabilidad individual.

Partiendo que la función de la pena es la prevención, un sector doctrinal afirma que la imposición de penas a las personas jurídicas no puede tener efectos preventivos (generales o especiales), en virtud de que si la persona jurídica no tiene capacidad volitiva ni intelectual, no puede motivarse para actuar de acuerdo con la norma y tampoco puede resultar intimidada para no delinquir. En cuanto a la prevención especial, no cabría apreciar ningún tipo de corrección, enmienda o arrepentimiento.

El argumento de que la persona jurídica no puede ser sometida a una pena privativa de libertad, ha quedado bastante en desuso, dada su escasa fortaleza. Si partimos de la concepción de que una pena es el castigo consistente en la privación de un derecho (bien jurídico) por la autoridad legalmente determinada a quien, tras el debido proceso, aparece como responsable de una infracción del derecho, y a causa de dicha infracción, es evidente que las penas, para cumplir con su finalidad eminentemente preventiva, no tienen por qué ser necesariamente privativas de libertad. En efecto, caben penas privativas de otros derechos, y que son tanto o más perjudiciales para la persona jurídica, a título de ejemplo: clausura temporal o definitiva de un establecimiento, la disolución de la sociedad, la suspensión de actividades,



limitación de ejercicio de la actividad en determinadas zonas, pérdida de beneficios fiscales, imposibilidad de contratación con entidades públicas, publicación en medios de comunicación de la imposición de una pena, multas, o el comiso, y que son perfectamente aplicables a las personas jurídicas.

Por otro lado, se afirma que penando a la persona jurídica, se castiga de forma indistinta a sus miembros, tanto a aquellos que han conocido y querido el delito, como aquellos que no lo han conocido y/o querido, es decir, no en función de su culpabilidad, como es tradicional en el Derecho penal. En efecto, cuando se acuerda, por ejemplo, la clausura de la empresa, o la suspensión de sus actividades, no sólo se castiga a quienes han intervenido activa o pasivamente en el delito, sino también a los socios y trabajadores, que eran totalmente ajenos a la comisión de los delitos, máxime si se trata de un gran empresa o una multinacional. De esta forma, se haría responder a personas físicas por el hecho de otro, al no haber intervenido en la acción típicamente antijurídica. El contraargumento utilizado es que tampoco la imposición de la pena a la persona física tendrá efectos preventivos, porque la persona jurídica podría continuar cometiendo actos delictivos, si bien dirigida, representada o compuesta por otras personas físicas, que sustituyan a las penadas.

Para el profesor Hirsch, la pena impuesta a las personas jurídicas sí que tiene efectos preventivos. Respecto a la prevención general, este autor afirma que, una vez penada la persona jurídica, las demás empresas se plantearán si vale la pena correr el riesgo de una sanción de esa naturaleza. En relación con la prevención especial, Hirsch fundamenta que la persona jurídica que ha sufrido la sanción, tendrá a partir de entonces más cuidado de no vulnerar de nuevo la norma penal. Este autor también nos recuerda que las personas jurídicas están sometidas al mercado, a la demanda, a la opinión pública y, por ello, se esforzarán en impedir nuevos daños a su imagen. Quienes son partidarios de la defensa del principio "*societas delinquere non potest*" se formulan la siguiente pregunta ¿quién debe valorar realmente las consecuencias negativas de la imposición de la pena; la persona jurídica como un ente real o las



personas físicas que la conforman y velan por su crecimiento y competitividad en el mercado?

En este apartado tercero, hemos explicado los argumentos de tipo dogmático, que se alegan tanto a favor como en contra de la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Con independencia de la posición que se considere más adecuada y acorde con la dogmática, los fundamentos y los fines del derecho penal, lo único cierto es que el fenómeno criminal está presente y que alguna respuesta penal se debe producir.

3.2. Elementos generales

En el campo del derecho civil, la culpa se contrapone al dolo. Referida al deudor de una obligación, la culpa o negligencia consiste en la omisión, no dolosa, de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. No se cumple con el deber de previsión y el subsiguiente deber de evitación de los posibles impedimentos de la prestación o conducta debida. En función de la diligencia omitida, suele hablarse de supuestos de culpa lata (grave falta de diligencia, omisión de las precauciones más elementales), culpa leve (omisión de la diligencia normal, de las precauciones que suelen tomar las personas corrientes) y culpa levísima, que consiste en la omisión de la diligencia propia de las personas escrupulosas. La culpa lata suele equipararse al dolo. En los supuestos en que el deudor sea un profesional, el referente radicará en la diligencia exigible a los profesionales que desempeñen la misma actividad.

Es posible, en mayor o menor medida, el establecimiento de cláusulas modificativas de la responsabilidad por culpa, ya sean éstas de exoneración o de limitación de la responsabilidad, ya de agravación de la misma. Se habla también de culpa en el ámbito del derecho penal, que se produce cuando, sin intención de dañar, mas sin proceder con la diligencia debida, se causa un resultado dañoso y tipificado por la ley penal. Se distingue también, en este campo, entre culpa lata, leve y levísima. Se



distingue asimismo entre culpa consciente e inconsciente, dependiendo de que agente se represente o no de las consecuencias perjudiciales que puedan derivarse de sus actos, por mucho que confíe en que no se produzcan y no tomándolas por ello en cuenta.

En derecho penal tipifica la conciencia y voluntad de cometer un delito. Así, no hay dolo en la conducta del médico que causa por descuido o negligencia no culpable la muerte de un paciente en una operación quirúrgica; pero sí se aprecia en el comportamiento del homicida que sabe qué es matar, es consciente de que la conducta está penada por el derecho y, a pesar de todo, quiere matar. En los códigos penales se utilizan expresiones sinónimas, tales como malicia, intención, propósito, entre otras. Como es natural, las penas que tienen asignados los delitos cometidos con dolo son más graves, pues se trata del elemento que representa la forma más grave de culpabilidad. El aludido es el denominado dolo directo. Los penalistas lo distinguen del dolo eventual. Es directo el dolo del francotirador que apunta a una persona concreta que camina por la calle y dispara contra ella: él quiere lograr de una forma específica el resultado de matar, que es el objetivo en que piensa. Es eventual el dolo de quien en esa calle, con el fin de organizar un alboroto, coloca un explosivo de escasa potencia. Tal vez no quiera matar a nadie, pero tampoco excluye la posibilidad de que ello suceda.

En derecho civil y en general, en derecho privado, el término dolo tiene dos significados: a) En el momento de la celebración de un acuerdo, un contratante comete dolo si engaña al otro con palabras o maquinaciones insidiosas, propaganda engañosa, habladurías o procedimientos análogos, de tal modo que, si no fuera por tales artimañas, el compromiso no se habría celebrado o no lo habría sido en las condiciones en que lo fue. En quien provoca dolo hay una intención deliberada de engaño. Esta modalidad de dolo constituye, junto con la violencia, la intimidación y el error, uno de los llamados vicios de consentimiento, que provoca que el contrato pueda ser declarado nulo. A diferencia de la violencia y la intimidación, susceptibles de ser impuestas por terceras personas, el dolo proviene necesariamente de una de las partes del contrato.



Así, aunque el error lo haya provocado otra persona, existe dolo si el contratante conoce el efecto que está produciendo en la percepción de la otra parte, y, pudiendo evitar el equívoco, no lo hace: el error no lo ha inducido él, pero ya que se está aprovechando de los efectos de la confusión causada por un tercero, se considera que existe dolo. De esta modalidad de dolo se habla también en el derecho matrimonial canónico, al regular las consecuencias de la celebración del matrimonio habiendo mediado engaño acerca de alguna cualidad del otro contrayente con el fin de obtener el consentimiento.

Es preciso establecer algunos conceptos que son indispensables en la comprensión de lo que se trata de explicar. En ese sentido, para poder entender que un resultado es culposo aun cuando la motivación inicial para cometer un delito ha sido el dolo, es preciso estudiar lo que significa dolo y culpa, así como las formas en que se pueden presentar dichas figuras.

Cometer un delito con dolo significa producir un resultado sabiendo que la conducta que lo genera es prohibida en ley, ya sea esta conducta una acción o una omisión.

Para definirlo técnicamente, se cita Luis Jiménez de Azúa, el cual afirma que dolo es: “la producción de un resultado típicamente antijurídico (o la omisión de una acción esperada), con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación de voluntad y el cambio en el mundo exterior (o de su no mutación), con conciencia de que se quebranta un deber con voluntad de realizar el acto (u omitir la acción debida) y con representación del resultado (o de la consecuencia del no hacer) que se quiere o conciente”⁹.

El dolo se puede presentar en dos formas: dolo directo y dolo eventual. Siendo el dolo directo: “el que el autor quiere realizar precisamente el resultado (en los delitos

⁹ Jiménez de Azúa, Luis. **Lecciones de derecho penal**, pág. 240



de resultado) o la acción típica (en los delitos de simple actividad): el autor quería matar y mata...”¹⁰

Mientras que en el dolo eventual: “el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo su eventual realización”.¹¹

Los autores ya citados De Mata Vela y De León Velasco, que se refieren a: “Que el hecho se cometa: a sabiendas, es decir, que el hecho requiere de un dolo específico: la conciencia de que el documento es falso”.¹²

Por otro lado, el destacado autor desaparecido, Licenciado Guillermo Alfonso Monzón Paz, en su obra *Introducción al Derecho Penal Guatemalteco, Parte Especial*, señala: “Los actos falsos a que se refiere el uso, pueden ser públicos o privados. A menos que la ley, en cuanto a los documentos privados, requiera para esta acriminación al fin de obtener para sí o para otros algún provecho o de causar a otros un daño, lo que equivale a decir que requiere un dolo específico”¹³

Con dichas citas textuales, se quiere expresar la importancia que tales autores nacionales le quieren dar al dolo específico que en sentido estricto es el que otro sector de la doctrina como Francisco Muñoz Conde nombra como “elemento intelectual del dolo”¹⁴. Sin embargo, este es uno de aquellos delitos que no puede considerarse como tal, puesto que en hipotético caso que el sujeto responsable no tenga conocimiento (uno de los elementos del dolo específico o directo) de que el documento que porta es falso, no podría haber dolo, por lo que el delito se cometería por culpa, es decir sería un delito imprudente, por no proceder con la debida diligencia y verificar con autoridad correspondiente, la veracidad del documento. Por ejemplo, el sujeto que encarga a otro el trámite de determinado documento de identidad que luego puede ser falso, porque

¹⁰ Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. **Derecho penal parte general**, pág. 226.

¹¹ **Ibid.**

¹² **Ibid.**

¹³ Monzón Paz, Guillermo Alfonso. **Introducción al derecho penal guatemalteco**, pág. 192.

¹⁴ Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. **Ob. Cit**; pág. 247



éste segundo se dedica a actividades ilícitas, con la ignorancia del anterior. Por tales motivos, es posible (se dice de momento, para comprobarse más adelante en este trabajo), que un delito como el contenido en el artículo 325 del Código Penal se geste como delito culposo. Lo cual demostraría lo equivocadamente inflexible del tipo, al contener dicho elemento del dolo cuando señala: “a sabiendas”.

Cometer un delito con dolo significa producir un resultado sabiendo que la conducta que lo genera es prohibida en ley, ya sea esta conducta una acción o una omisión.

Para definirlo técnicamente, se cita Luis Jiménez de Azúa, el cual afirma que dolo es: “la producción de un resultado típicamente antijurídico (o la omisión de una acción esperada), con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación de voluntad y el cambio en el mundo exterior (o de su no mutación), con conciencia de que se quebranta un deber con voluntad de realizar el acto (u omitir la acción de vida) y con representación del resultado (o de la consecuencia del no hacer) que se quiere o conciente”¹⁵.

El dolo se puede presentar en dos formas: dolo directo y dolo eventual. Siendo el dolo directo: “en el que el autor quiere realizar precisamente el resultado (en los delitos de resultado) o la acción típica (en los delitos de simple actividad): el autor quería matar y mata...”¹⁶

Mientras que en el dolo eventual: “el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo su eventual realización”.¹⁷

El dolo general es comúnmente confundido en nuestro medio con figuras como la preterintencionalidad la tentativa o los delitos culposos, sin embargo, el mismo debe

¹⁵ Jiménez de Azúa, Luis. **Ob. Cit**; pág. 240

¹⁶ Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. **Ob. Cit**; pág. 226.

¹⁷ **Ibid.**



ocupar su propio espacio en la legislación penal. En Guatemala, el tratamiento de esta figura no se da. De tal manera que la presente investigación pretende inquietar la necesidad de su tratamiento en una forma adecuada y concreta en el Código Penal.

El llamado "dolus generalis". Piénsese en el siguiente caso: A quiere matar a B a golpes con un bastón; luego de propinarle un número considerable de golpes en el cuerpo y en la cabeza cree haberle producido la muerte; para ocultar el cadáver lo arroja a un pozo con agua. Al descubrirse el hecho los médicos comprueban que B murió ahogado y que, por lo tanto no estaba muerto, como creyó A cuando éste lo arrojó al pozo. En consecuencia, cuando el autor quiso matar no logró el resultado; cuando creyó que no mataba (pensaba que arrojaba al pozo al cadáver) produjo el resultado de muerte. Las opiniones se dividen en lo que respecta al tratamiento de estos casos. Para una parte de la teoría deben admitirse dos acciones diferentes en el primer tramo tentativa de homicidio y en el segundo homicidio culposo (en concurso real.) Para otro grupo de opiniones se trata de un único hecho en el que debe admitirse un dolo general de matar que se concretó en la obtención del resultado (es decir, homicidio doloso). La primera solución es la preferible, pero siempre y cuando la decisión de realizar el segundo tramo del hecho sea sobreviniente. Si el autor desde el comienzo pensó ocultar el cadáver de la manera en que lo hizo, sólo habrá una desviación no esencial de nexo causal.

En la culpa típica lo que hay es posibilidad de la representación del resultado, y en el dolo eventual, representación de la posibilidad del resultado; pero también en la llamada culpa con previsión el agente se representa, como posible el evento. La sola diferencia está en que no lo ratifica, como en el dolus eventualis, y por el contrario, si estuviere seguro el autor de la producción del resultado, no proseguiría su conducta.

La definición de dolo eventual consiste según Jiménez de Azúa en: "El dolo en que el agente se representa como posible la realización del delito, pero aún así persiste o ratifica la conducta ilícita"¹⁸.

¹⁸ Jimenez de Azúa, Luis. **Ob. Cit.**, pág. 243



En la culpa llamada con previsión, el sujeto espera de su habilidad, o de su fortuna, que el resultado no sobrevenga. Por eso nos parece impropia la frase culpa con previsión, porque, como dijo Carrara, haber previsto que no sucederá es como no haber previsto. Esta clase de culpa debe llamarse culpa con representación o culpa consciente.

Una hipótesis doble aclarará las dudas si aún existen: el hombre que maneja a gran velocidad un automóvil y penetra en una población cuyas calles están muy concurridas, si se representa la posibilidad de atropellar a un transeúnte y confía en que su pericia le libraré de ocasionar el accidente, comete homicidio, cuando el paseante se interpone y muere, por culpa con representación, (mal llamada con previsión); porque ha causado el atropello sin ratificarlo; al contrario, con la esperanza, por su parte, de que su pericia o fortuna lograrían impedirlo. En cambio, se representa la posibilidad de un atropello que no confía pueda ser evitado por su pericia en razón de que la marcha que lleva es demasiado grande para ello, y aunque él no quiere, como deseo de primera, clase matar a un transeúnte, hay indiferentismo de su parte con respecto a la muerte del sujeto, que ha ratificado en su ánimo por el afán de ganar la carrera; por eso, a pesar de la representación del peligro, sigue pisando el acelerador y el coche continúa marchando a gran velocidad hasta que sobreviene el accidente.

“Por eso habría que entender que el dolo eventual está asimilado, sólo para los efectos de la pena, al dolo, y que ello se deduce del Art. 9. 4ª del C. P., que establece una atenuante cuando el delincuente no tuvo intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo. Es decir, la culpa con un elemento subjetivo del injusto (cfr. Bustos, 1984, p. 324) –contar con o decidirse por- (llamada dolo eventual), se equipara al dolo para los efectos de la pena en virtud de su mayor intensidad criminal, pero para establecer la diferencia se impone una atenuante (en esa dirección ya Córdoba, notas, p. 321; Mir, notas, p. 427/428). De este modo, además, se cumple con el principio de garantía, esto es, que toda la ley, en caso contrario habría que determinar que el dolo eventual es culpa, aun para los efectos de la pena (ni el juez ni la doctrina pueden crear o agravar injustos, sólo la ley). Por otra parte, queda claro que



la estructura del dolo eventual es de culpa y, por tanto, que no podrá aplicarse a todo tipo legal, sino sólo a aquellos que permiten la estructura de la culpa (p. ej. No permiten la estructura de la culpa los tipos legales con elementos subjetivos de intención trascendente, como el hurto o la falsificación de documentos)".¹⁹

Este tipo de dolo eventual basado en la teoría de la representación es tan sólo una forma de juzgar sobre la base de hipótesis aceptada, es decir no sobre proceso reales. Recuérdese que el dolo no debe ser visto desde el punto de vista psiquiátrico, sino más bien jurídico. Por lo que este segundo grupo de autores no sólo abocan este tipo de casos “eventuales” a la idoneidad del medio empleado en el delito, (es decir la mordaza que lógicamente en el correr de los minutos puede producir asfixia), sino además eliminan el dolo eventual al expresar enfáticamente que este queda subsumido en el dolo directo. Conviene citar para conclusión de la postura de este grupo de autores estudiados para el presente plan de trabajo, al mismo Gimbernat que señala: “pero dejémonos de expresiones prosaicas y hablemos técnica y crudamente: todo ello es (autoritario) derecho penal de autor y no (democrático) derecho penal de hecho, es culpabilidad por el carácter y no culpabilidad de hecho”²⁰.

Es preciso establecer algunos conceptos que son indispensables en la comprensión de lo que se trata de explicar. En ese sentido, para poder entender que un resultado es culposo aun cuando la motivación inicial para cometer un delito ha sido el dolo, es preciso estudiar lo que significa culpa, así como las formas en que se puede presentar dicha figura.

En el caso de la culpa se trata de no querer producir el resultado dañoso. Es decir que con ocasión de realizar una conducta permitida por la ley se produce un resultado prohibido por la ley, lo cual es comprensible si se obra por imprudencia, negligencia o impericia²¹.

¹⁹Bustos Ramírez, Juan. **Ob Cit** pág. 33

²⁰ **Ibid.**

²¹ Ver artículo 12 Decreto 17-73 del Congreso de la República Código Penal.



La culpa es: “la forma de manifestación de la culpabilidad mediante una conducta causalmente productora de un resultado típico que era previsible y evitable por la simple imposición a la propia conducta del sentido necesario para cumplir el deber de atención y cuidado exigible al autor, atendiendo las circunstancias personales temporales concurrentes con el acontecimiento”.²²

En las teorías que explican la culpa se encuentran básicamente dos grupos, que se consignan a continuación:

“En la culpa típica lo que hay es posibilidad de la representación del resultado, y en el dolo eventual, representación de la posibilidad del resultado; pero también en la llamada culpa con previsión se representa el agente como posible el evento. La sola diferencia está en que no lo ratifica, como en el dolus eventualis, y por el contrario, si estuviere seguro el autor de la producción del resultado, no proseguiría su conducta. En la culpa llamada con previsión, el sujeto espera de su habilidad, o de su fortuna, que el resultado no sobrevenga. Por eso nos parece impropia la frase culpa con previsión, porque, como dijo Carrara, haber previsto que no sucederá es como no haber previsto. Esta clase de culpa debe llamarse culpa con representación o culpa consciente.

Una hipótesis doble aclarará las dudas si aún existen: el hombre que maneja a gran velocidad un automóvil y penetra en una población cuyas calles están muy concurridas, si se representa la posibilidad de atropellar a un transeúnte y confía en que su pericia le libraré de ocasionar el accidente, comete homicidio, cuando el paseante se interpone y muere, por culpa con representación, (mal llamada con previsión); porque ha causado el atropello sin ratificarlo; al contrario, con la esperanza, por su parte, de que su pericia o fortuna lograrían impedirlo. En cambio, se representa la posibilidad de un atropello que no confía pueda ser evitado por su pericia en razón de que la marcha que lleva es demasiado grande para ello, y aunque él no quiere, como deseo de primera, clase matar a un transeúnte, hay indiferentismo de su parte con respecto a la muerte del sujeto, que ha ratificado en su ánimo por el afán de ganar la carrera; por

²² Vela Treviño, Sergio. **Culpabilidad e Inculpabilidad** pág. 180.



eso, a pesar de la representación del peligro, sigue pisando el acelerador y el coche continúa marchando a gran velocidad hasta que sobreviene el accidente.

Criterios de culpabilidad. Entre las teorías de la culpabilidad la predominante es la del consentimiento. El dolo eventual es la representación de un resultado probable, que se asiente, aprueba, acepta, consiente y que por eso se quiere. Pero aquí se está utilizando querer con un significado completamente diferente. Cuando se dice que el dolo es querer, se pone éste en relación a un proceso real de volición de un determinado suceso en la realidad (Juan quiere matar a José, coge el medio apto –una pistola- y dispara sobre él). En cambio en los hechos definidos como de dolo eventual la constelación es diferente. Hay un suceso posible –que la bala del cazador alcance a José- y un resultado posible –la muerte de José-, todo lo cual sería aceptado, tomado a cargo o aprobado. Es decir, en los casos d dolo eventual se sustituye un proceso real por uno totalmente hipotético, luego, no se puede hablar de realización volitiva, sino exclusivamente de hipótesis aceptada. Y por eso la práctica judicial que se guíe por esta teoría ineluctablemente tiene que confirmar lo señalado por Liepmann, esto es, que actuará con dolo eventual el pobre diablo, el ya disidente, pues se partirá de su mal ánimo y será fácil entonces reconducir los indicios o pruebas de modo que confirmen tal premisa.²³

“En el Código Penal vigente se emplea a veces, la expresión “culpa” o “culposo”, que equivale a la de “imprudencia” o “negligencia”, considero preferible esa terminología por cuanto el término “culpa” tiene en el lenguaje ordinario una aceptación mucho más amplia equivalente al de “responsabilidad”²⁴.

Por otro lado se señala: “El descuido o desprecio absoluto en la adopción de las precauciones más elementales para evitar un mal o daño”²⁵

Es preciso establecer algunos conceptos que son indispensables en la comprensión

²³Bustos Ramírez, Juan. **Ob. Cit;** pág. 33.

²⁴Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. **Ob. Cit;** pág. 235

²⁵Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**, pág. 56



de lo que se trata de explicar. En ese sentido, para poder entender que un resultado es culposo aun cuando la motivación inicial para cometer un delito ha sido el dolo, es preciso estudiar lo que significa culpa, así como las formas en que se puede presentar dicha figura.

En el caso de la culpa se trata de no querer producir el resultado dañoso. Es decir que con ocasión de realizar una conducta permitida por la ley se produce un resultado prohibido por la ley, lo cual es comprensible si se obra por imprudencia, negligencia o impericia²⁶.

La culpa es: “la forma de manifestación de la culpabilidad mediante una conducta causalmente productora de un resultado típico que era previsible y evitable por la simple imposición a la propia conducta del sentido necesario para cumplir el deber de atención y cuidado exigible al autor, atendiendo las circunstancias personales temporales concurrentes con el acontecimiento”.²⁷

En las teorías que explican la culpa se encuentran básicamente dos grupos, que se consignan a continuación:

“En la culpa típica lo que hay es posibilidad de la representación del resultado, y en el dolo eventual, representación de la posibilidad del resultado; pero también en la llamada culpa con previsión se representa el agente como posible el evento. La sola diferencia está en que no lo ratifica, como en el *dolus eventualis*, y por el contrario, si estuviere seguro el autor de la producción del resultado, no proseguiría su conducta. En la culpa llamada con previsión, el sujeto espera de su habilidad, o de su fortuna, que el resultado no sobrevenga. Por eso nos parece impropia la frase culpa con previsión, porque, como dijo Carrara, haber previsto que no sucederá es como no haber previsto. Esta clase de culpa debe llamarse culpa con representación o culpa consciente.

²⁶ Ver Artículo 12 Decreto 17-73 del Congreso de la República; Código Penal.

²⁷ Vela Treviño, Sergio. **Culpabilidad e Inculpabilidad**, pág. 180.



Una hipótesis doble aclarará las dudas si aún existen: el hombre que maneja a gran velocidad un automóvil y penetra en una población cuyas calles están muy concurridas, si se representa la posibilidad de atropellar a un transeúnte y confía en que su pericia le libraré de ocasionar el accidente, comete homicidio, cuando el paseante se interpone y muere, por culpa con representación, (mal llamada con previsión); porque ha causado el atropello sin ratificarlo; al contrario, con la esperanza, por su parte, de que su pericia o fortuna lograrían impedirlo. En cambio, se representa la posibilidad de un atropello que no confía pueda ser evitado por su pericia en razón de que la marcha que lleva es demasiado grande para ello, y aunque él no quiere, como deseo de primera clase matar a un transeúnte, hay indiferentismo de su parte con respecto a la muerte del sujeto, que ha ratificado en su ánimo por el afán de ganar la carrera; por eso, a pesar de la representación del peligro, sigue pisando el acelerador y el coche continúa marchando a gran velocidad hasta que sobreviene el accidente.

“Criterios de culpabilidad. Entre las teorías de la culpabilidad la predominante es la del consentimiento (representante importante fue v. Hippel; en España entre otros, Jiménez de Asúa, Tratado, V, p. 574ss.; Antón Oneca, D. P., p. 200ss.; del Rosal, D. P., II, p. 103ss.; Rodríguez Devesa, D. P., p. 447ss.). El dolo eventual es la representación de un resultado probable, que se asiente, aprueba, acepta, consiente y que por eso se quiere. Pero aquí se está utilizando querer con un significado completamente diferente. Cuando se dice que el dolo es querer, se pone éste en relación a un proceso real de volición de un determinado suceso en la realidad (Juan quiere matar a José, coge el medio apto –una pistola- y dispara sobre él). En cambio en los hechos definidos como de dolo eventual la constelación es diferente. Hay un suceso posible –que la bala del cazador alcance a José- y un resultado posible –la muerte de José-, todo lo cual sería aceptado, tomado a cargo o aprobado. Es decir, en los casos de dolo eventual se sustituye un proceso real por uno totalmente hipotético, luego, no se puede hablar de realización volitiva, sino exclusivamente de hipótesis aceptada. Y por eso la práctica judicial que se guíe por esta teoría ineluctablemente tiene que confirmar lo señalado por Liepmann, esto es, que actuará con dolo eventual el pobre diablo, el ya disidente, pues



se partirá de su mal ánimo y será fácil entonces reconducir los indicios o pruebas de modo que confirmen tal premisa”.²⁸

“En el Código Penal vigente se emplea, a veces, la expresión “culpa” o “culposo”, que equivale a la de “imprudencia” o “negligencia”, considero preferible esa terminología por cuanto el término “culpa” tiene en el lenguaje ordinario una aceptación mucho más amplia equivalente al de “responsabilidad”²⁹.

Por otro lado se señala: “El descuido o desprecio absoluto en la adopción de las precauciones más elementales para evitar un mal o daño”³⁰

La norma penal como a toda norma jurídica nace con el objeto de proteger algo. Es decir, cada norma protege un bien determinado. En particular las normas jurídico penales, desarrollan un carácter protector de determinados bienes que han sido tomados como tales, es decir que dicha norma se convierte en un a norma "tuitiva", desde el punto de vista que ampara cierto bien. En otras palabras es una norma tutelar. En el caso de las normas penales, la función protectora o tuitiva desarrollada, es mayor a la de otras clases de normas, puesto que la violación a una de ellas implica una sanción mayor a la aplicable en cualquier otra esfera del Derecho. Probablemente por lo mismo Santiago Mir Puig señala que: "Más precisa sería la expresión bien jurídico penal por lo que sería deseable que se generalizara su uso".

La norma jurídico penal es tutelar de los bienes de la comunidad. Por considerarse este un patrón suficientemente importante, la norma debe establecer una sanción lo suficiente coercitiva, pues lograr su observancia, y como razón esencial la protección del bien tutelado, el cual tiene por dicha circunstancia el carácter de: jurídico.

Un bien jurídico es un presupuesto por el cual la persona alcanza la satisfacción de su realización personal y con ella la de la sociedad en su conjunto. Por ejemplo, la

²⁸Bustos Ramírez, Juan. Ob. Cit. pág. 33.

²⁹Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. Ob. Cit. pág. 235.

³⁰Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario Jurídico Elemental**, pág. 56.



persona necesita la vida, por lo que es necesario protegerla estableciendo una norma que criminalice o penalice el acto por el cual cualquier ser humano le quita la vida a otro, y se establece en tal sentido un orden de resguardo de este bien jurídico.

Al necesitarse la protección de bienes jurídicos, la norma penal debe "justipreciar" dichos bienes, para lo cual se establece una valoración de cada bien, y consecuentemente el nivel de relevancia penal de atentar en contra de cualquiera de ellos. Estableciéndose en tal sentido una relación entre el justiprecio de cada bien y la pena que debe aplicársele al responsable de quebrantar la ley que lo protege.

La ley establece la protección sobre determinados bienes, sin embargo estos mismos pueden ser desprotegidos con el tiempo. En otras palabras, un bien jurídico que los protege el Código Penal actualmente pueden no ser considerados en el futuro en alguna reforma al Código vigente o con la promulgación de uno nuevo. Un ejemplo puede explicar mejor, la consideración que se quiere intentar en cuanto a lo coyuntural o meramente "eventual" de los bienes jurídicos. En el caso del orden jurídico familiar el adulterio u el concubinato, han dejado de ser considerados como ilícitos, por lo que si bien es cierto no se deja en desamparo el bien jurídico, el cual en este caso es el orden jurídico familiar y el estado civil, por el solo hecho de eliminar estos ilícitos como tales, también es cierto que se modifica la regulación de dicho bien jurídico tutelado, tanto como su concepción. Con lo que se demuestra que aquello que consideró el legislador en 1973, cuando se promulgó el Código para regular dichas figuras delictivas, no es lo mismo que consideró el legislador que lo reformó, derogando del Código dichos ilícitos, lo cual no es más que la demostración de lo "eventual" de algunos tipos penales, en relación con la época en que han sido establecidas.

Por otro lado cada uno de los bienes jurídicos establecidos en la ley, y consignados en un Código Penal, responden a la idiosincrasia y políticas de determinada sociedad. Para ejemplificar dicha situación huelga recordar el tema del aborto visto de tan diferentes formas y en tan variadas formas legislado en todo el mundo. Siendo una conducta



restringida y en la mayoría de casos prohibida en Guatemala, no resulta igual en algunos Estados de Estados Unidos o en Cuba, en donde es permitido abortar.

Bustos Ramírez establece por bien jurídico una: "formula normativa sintética concreta de una relación social determinada y dialéctica", y agrega: "Así individualizado el bien jurídico, como algo concreto, pero que al mismo tiempo da cuenta de la vida del cuerpo social, surge como una síntesis normativa (fijada por el ordenamiento jurídico) de una relación social determinada y dialéctica".

Por su parte Santiago Mir Puig establece que: "El concepto de bien jurídico se utiliza por la doctrina pena en dos sentidos: a) en el sentido político criminal (de lege lata) de objeto efectivamente protegido por la norma penal vulnerada de que se trate. Aquí interesa este sentido dogmático de bien jurídico, como "objeto de la tutela jurídica": por ejemplo la vida, la propiedad, la libertad, el honor, la administración de Justicia, la seguridad interior del Estado, etcétera en cuanto el Código Penal castiga determinados ataques contra estos bienes".

Establecido que el delito es aquella conducta que dicta la ley como tal sancionándose con una pena, y establecidos los lineamientos de los "valores" que el Derecho Penal debe proteger bajo los tipos penales, es conveniente dejar claro que principios informan a dicha rama del Derecho, los cuales le brindan legitimidad a lo establecido por éste en cuanto a qué conductas se deben penalizar y qué bienes tutelar.

El Derecho Penal subjetivo o derecho de castigar, se encuentra limitado por ciertos principios los que ofrecen, al ser estudiados en conjunto, una útil perspectiva de la forma en que cada Estado entiende, establece y aplica el Derecho Penal en general, en el presente apartado, únicamente se puede analizar la Legislación Penal guatemalteca.

Los principios del Derecho Penal suelen clasificarse de acuerdo a la esfera de la parte del derecho que tocan, de tal forma que si se trata del Derecho Penal sustantivo, existen determinados principios aceptados para dicha parte así como el Derecho Procesal



Penal aporta los suyos también y adicional a esto se debe considerar que existen principios en cada tema de los abordados por ambos. Hay principios para el Delito, principios para la pena etcétera. Lo mismo en el caso del Derecho Procesal Penal se pueden encontrar principio para cada una de las etapas del Proceso Penal. Por lo mismo se puede hacer una general descripción de estos principios, acotando que existen los siguientes principios:

En materia de Derecho Penal sustantivo, se pueden mencionar entre otros el principio de legalidad, (que atañe tanto a la pena como al delito), el principio de exclusión del juzgamiento por analogía, que pese a ser un tema de competencia procesal, puesto que se habla del "juzgamiento", lo que implica un verbo práctico y de connotación más bien adjetiva y no sustantiva, sin embargo se ubica en la sede última, puesto que el mismo Código Penal (material), en forma acertada según criterio del autor del presente trabajo, lo regula en su parte general, concretamente en el Artículo séptimo, con el epígrafe "exclusión por analogía".

También el principio de taxatividad, que consiste en que exclusivamente el legislador puede penalizar o despenalizar una conducta. Por otra parte el principio de retroactividad de la ley penal, que en Guatemala además tiene categoría constitucional puesto que es regulado por la Constitución Política de la República de Guatemala.

En enfoques más precisos, se pueden mencionar principios más particulares o propios de cada tema del Derecho Penal sustantivo, tales como: en cuanto a la pena: "principio de la necesidad de la intervención"; "principio de protección de los bienes jurídicos"; "principio de la dignidad de la persona" y otros. Un tema más específico para ilustrar lo que se trata, lo constituye la participación en el delito, siendo el "principio de accesoriedad" el que establece la forma en que se deben comunicar ciertas y determinadas circunstancias entre autor y cómplice, así como cómplices en diferente nivel de participación.



En sede procesal, se puede hablar de una variedad poco más extensa de principios, puesto que los operadores de justicia en un sistema como el procesal oral que impera en Guatemala desde 1994, deben ceñir su actuar a los mismos. De tal manera que se pueden mencionar:

Para principiar, el debido proceso, que es también un principio constitucional. Dicho principio es establecido por el Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala en su artículo 4, con el epígrafe "juicio previo". Además se halla en el Código Procesal Penal: "el principio de legalidad" establecido en dos momentos; en el artículo primero, se encuentra el principio: "No hay pena sin ley anterior", es decir que no se puede fijar una pena si la ley no la hubiere fijado con anterioridad. Y en un segundo momento en el artículo segundo, el principio por demás procesal: "No hay proceso sin ley anterior".

Por otro lado en forma particular se encuentran los principios de moralidad, publicidad, intermediación procesal, non bis in ídem y otros propios del debate, conteniéndose además otros para cada etapa del proceso, (verbigracia el principio de ejecución legal para la última ratio del proceso), no obstante resultan demasiados para enumerarse, cuanto de poca relevancia para la presente investigación.

Es resumen existe una serie de principios que limitan el derecho subjetivo o ius puniendi o derecho de castigar del Estado que no es otras cosa que "el derecho que le corresponde (al Estado) a crear y aplicar el Derecho penal objetivo".³¹ Y a continuación se amplían los que interesan al análisis de la presente investigación, siendo de todos los mencionados, aquellos en los que el Estado fundamenta su actuación jurídico penal y su potestad punitiva, dejándose empero, para el siguiente apartado el tratamiento de todos los principios que informan a la pena. Dichos principios, como se enfatiza, importan para establecer el perfil del Estado de Guatemala influenciado claro está, por las corrientes que históricamente se imponen en los últimos años del siglo XX en el Derecho Penal, sustentándose que el Estado de Guatemala protege a la persona y en cuanto se refiere a

³¹.Mir Puig, Santiago. **Derecho penal**, pág. 7.



la letra de la ley se perfila como un Estado protector de la dignidad del ser humano sometido a una acusación y también la del condenado. De tal manera que en el plano teórico cuando menos es un Estado protector, rehabilitado y no represivo.

Uno de los fundamentales principios que cimientan la actividad del Derecho Penal es el de legalidad, toda vez que constituye la licencia para que el Estado pueda juzgar a cualquier ser humano, sea o no nacional y en sentido contrario, puede ser tomado como el derecho de todo ciudadano a que todo delito o incluso falta, que se le imputa a cualquiera debe estar contenido con la debida antelación en la ley, previo a la perpetración de la conducta tomada como ilícita y contraria a derecho, es decir debe estar anticipadamente definida por un tipo penal específico. Adicional a tal situación está el hecho de que toda pena a imponer por el Estado debe también previamente estar contenida en ley. Sirve por tanto, de orientación en la aplicación de la sanción al responsable de cometer un delito, de tal manera que no se le puedan asignar penas que no correspondan a las indicadas en la punibilidad relacionada con la acción o la omisión.

El principio de legalidad destaca a un Estado garantiera y nace tanto en la teoría del delito como en el de la pena. En palabras de Bustos Ramírez: "el derecho penal moderno nace desde una perspectiva garantiera, en ese sentido no sólo es o pretende ser la Carta Magna de todo ciudadano".³²

Dicho principio está contenido aunque en diferentes niveles, en la Constitución Política de la República de Guatemala; en el Código Penal, así como en el Código Procesal Penal. (Ver Artículos: décimo séptimo de la Constitución Política de la República de Guatemala; primero del Código Penal y primero del Código Procesal Penal).

La exclusión que debe haber por la ley del "juzgamiento por analogía", consiste en que los jueces simplemente tienen que verificar si las actuaciones u omisiones por las que sujetan a una persona a proceso, se prestan específicamente al delito por el cual juzgan. Es decir que por simple "coincidencia" que se establezca entre una conducta regulada en

³².Bustos Ramírez, Juan. **Manuel derecho procesal penal**, pág. 59.



ley con otra que ha cometido un sujeto, no se puede formar proceso a éste, puesto que dicha situación sería juzgar a alguien por analogía. A éste principio en doctrina se le da el nombre simplemente de "juzgamiento por analogía". Es decir que, por analogía los jueces no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones. Como queda claro, el principio es una manifestación del carácter garantiera del Derecho Penal por esta ley.

Como se mencionó antes, este principio se encuentra contenido en el Artículo séptimo del Código Penal.

El principio de taxatividad es también conocido como principio de Seguridad Jurídica, el cual consiste en que solo el legislador puede penalizar o despenalizar una conducta, por lo que dicha función es un monopolio absoluto del legislador. Este principio consta de la forma en que se puede establecer la seguridad jurídica de que únicamente el Estado, por medio de su Congreso u órgano legislativo tiene la facultad de considerar una conducta determinada como punible o no.

Entre los temas de Derecho Penal sustantivo, el de la Ley penal se encuentra limitado por este principio, que consiste en que la ley vigente no puede juzgar hechos nacidos con anterioridad a su imperio, salvo en materia penal, tal como lo establece el artículo décimo quinto de la Constitución Política de la República de Guatemala en donde si la ley posterior resulta más favorable al reo, entonces se aplicará con clara excepcionalidad al principio de irretroactividad de la ley.

Este principio es relevante jurídicamente para establecer que el Estado de Guatemala según la ley beneficia aún al condenado, puesto que garantiza una flexible comprensión de la situación de la sanción imponiéndole aquella que resulte más benigna, en caso de presentarse la posibilidad.

El principio de inocencia así como también el de Debido Proceso perfilan al Estado garantiera de los Derechos elementales de la persona humana al que se ha hecho alusión frecuentemente. El principio de inocencia determina la protección para todo ciudadano de



ser tomado como inocente "mientras no se le haya declarado responsable judicialmente en sentencia debidamente ejecutoria" (Ver Artículo décimo cuarto de la Constitución Política de la República de Guatemala).

Este principio es elemental del derecho procesal penal.

El *ius puniendi* o punto de vista subjetivo consiste en la "Facultad de castigar que tiene el Estado como único Ente soberano (Fundamento filosófico del Derecho Penal)". Mientras que el *ius poenale*, o punto de vista objetivo: "Es el conjunto de normas jurídico-penales que regulan la actividad punitiva del Estado; que determinan en abstracto los delitos, las penas y las medidas de seguridad". La facultad del Estado de "penar", está limitada por el principio de legalidad, (*Nullum Crimen, Nulla poena sine lege*). Y por la exclusión por analogía.³³ Es decir, que el Estado no puede imponer su voluntad de manera arbitraria, sino debe atenerse a los límites que la legislación vigente le permite, esto se da gracias al principio de legalidad.

Se consideran las principales discusiones dentro del Derecho Penal, la pena y el delito. Entre ambas esta última a tenido suficiente discusión en el presente siglo y comienza a ceder espacio a la de la pena. Tal como lo señalan Julio y Jorge Armaza Galdos, tratadistas peruanos al afirmar que: "apaciguado el debate que en las últimas dos décadas se libró en esta parte del continente en torno a las teorías causal y final, el interés por la pena permanece intacto...".

La potestad que tiene el Estado de penalizar es por tanto, un tema nada agotado y sobre todo en Guatemala donde no solo no abundan los trabajos sobre Derecho Penal, sino que son escasos los referidos al tema de la Pena. Señala Bacigalupo que: "el enfrentamiento radical de estos puntos de vista (sobre la pena), dio lugar a partir del último cuarto del siglo pasado, a la llamada "lucha de escuelas", que no es en verdad otra cosa que una disputa en torno a los principios legitimantes del Derecho Penal".

³³De Mata Vela. **Ob. Cit.** Pág. 5



Esa facultad que tiene el Estado para sancionar; para imponer penas, e incluso la pena capital, ha sido objeto de múltiples discusiones, en las diferentes etapas por las que el Derecho Penal sustantivo a atravesado. ¿Qué penas se aplican?; ¿De qué forma se aplica una pena?; ¿Se aplica una pena en forma exclusiva o bien se hace a la par de un medida de seguridad o en vez de esta última?; ¿Qué se penaliza y qué no?; ¿En qué grado debe penalizarse?. Resultan éstas, ser algunas de las principales cuestiones a resolver cuando se enfrentan los principios de la pena.

Kelsen, afirma que la regla jurídica se distingue justamente por "la sanción", que en el caso de la regla jurídico penal, es la pena. Sin embargo, contrario a esa afirmación, para Binding: "para que exista el imperativo no es necesaria la sanción".

Aunque los juristas no otorgan una naturaleza a la sanción, es lógica la aseveración de que la misma es potestad del Estado, y que se impone a través de los tribunales. Por el sistema penal existente en Guatemala, podemos decir que todos estos temas, (la sanción, la pena etc.), no pueden ser facultad ni potestad de los particulares. Según Bustos Ramírez "El Estado solo puede querer sus propias acciones y esa acción sería el acto coactivo".³⁴

Uno de los elementos básicos de la sanción, y para hacer posible su aplicación, es la llamada coacción. Este carácter coercitivo que debe tener la sanción, es el esencial, para poder cumplir el fin, para el que está destinada. Por lo tanto se afirma que coacción es el cumplimiento forzado del deber o de la sanción impuesta.

Las sanciones suelen clasificarse atendiendo a la finalidad que persiguen y a la relación entre la conducta ordenada y la norma infringida agrupándose en tres formas: De Cumplimiento Forzoso, si su fin consiste en obtener coactivamente la observancia de la norma infringida; de indemnización, si tiene como fin obtener del sancionado una prestación económica equivalente al deber jurídico primario. Una sanción también puede ser simplemente un castigo, si su finalidad inmediata es aflictiva. No persigue el

³⁴ Ibid.



cumplimiento del deber jurídico primario ni la obtención de prestaciones equivalentes, sino reprimir al sujeto.

Sin embargo, la norma jurídico penal como quedó descrito al hablar del criterio de Bindig, no necesariamente debe ser sancionatoria, y además la misma sanción no debe ser exclusivamente un castigo, sino puede incorporarse a la misma (es decir a la función de la pena), el carácter rehabilitador de la misma. En otras palabras no necesariamente tiene que ser la consecuencia de la infracción a la ley penal una forma de castigo, sino puede además rehabilitar a ese individuo que ha infringido una norma jurídico-penal. La pena debe ser capaz de incorporar de nuevo al sujeto a la sociedad, puesto que su pena se cumple y el mismo debe volver al mismo grupo humano del que salió, previo a cumplir su condena. A parte según la mayoría de tratadistas españoles, también debe ser capaz la pena, de expresar claramente y con voz diáfana sobre el resto del conglomerado social un amedrantamiento, para que el resto no infrinja la ley.

En definitiva, analizar la naturaleza del delito, abalanza el sentimiento de aplicar justicia y contradecir así la impunidad. En sociedades como la nuestra, es importantísimo el someter a análisis y discusiones, las magnitudes de los delitos que se cometen. Sin embargo no podemos aislar el concepto de la pena. Porque su dimensión exacta no solo esta ligada al delito sino también a la conducta social que desarrolla una colectividad, histórica y estructuralmente.

Por mucho tiempo la idea de pena fue relacionada con ideas morales o hasta religiosas que lo único que produjeron se resume en hasta una contradicción y polémica entre tratadistas y legislaciones sobre la verdadera naturaleza de la pena, y por tanto sobre la del Derecho Penal subjetivo. Dicha discrepancia ha generado el origen de distintas "escuelas" motivadas por el ensayo de su propia respuesta a la pregunta sobre la naturaleza de la pena. Entre estas escuelas se han presentado adicionalmente varias tendencias, corrientes o propuestas, que algunos tratadistas como Muñoz Conde les llama: "teorías", aunque de tal concepto solo tengan el nombre, puesto que son más una forma de concebir el poder punitivo del Estado. Por lo que Bustos Ramírez les llama



simplemente: "criterios". Mientras que Julio y Jorge Armaza Galdos exponen que es a Zacharia a quien se debe la conocida clasificación de teorías absolutas y relativas y agregan que, Antón Bauer añadió posteriormente, las mixtas. Sin embargo que Bentham, antes había distinguido las teorías relativas preventivo especiales y generales.

La Ciencia del Derecho Penal debe responder a un conjunto de ideas que son sustanciación filosófica, la cual puede ser (como ha sido) positivista, clásica, o político criminal como se concibe últimamente.

Posteriormente a la segunda guerra mundial, pero sin excluir los adelantos de Alemania en Derecho Penal, pese a ser la nación derrotada, se inicia un período que consolida la dogmática de un Derecho prepotente y absolutista a un Derecho más democrático y hondamente relacionado con los cambios sociales. De tal manera que se concibe como dogma del Derecho Penal que es posible ser reformado constantemente y los juristas en esta rama de derecho aceptan finalmente que el mismo es susceptible de perfeccionarse de conformidad con la evolución de la sociedad la tecnología e incluso con el “desarrollo” de la criminalidad, sobre todo de la formas en las que atacan a la sociedad.

La mejor forma de examinar la dogmática que inspira al Derecho jurídico penal de una época o coyuntura y de determinado lugar, consiste en examinar la política criminal que sienta las grandes líneas de donde devienen las diferentes penas (su severidad o flexibilidad) y los delitos, así como los bienes jurídicos que se tutelan.

En dicho sentido Santiago Muir Puig a señalado: “Aunque suele limitarse la expresión Ciencia del Derecho penal a la dogmática jurídico penal, también es corriente hablar de ciencias penales o Ciencia global del Derecho Penal, en un sentido comprensivo de todas las perspectivas señaladas ...el estudio dogmático del Derecho penal es el específico contenido normativo del Derecho Penal”.³⁵

³⁵ Mir Puig, Santiago, **Derecho penal parte general**, pág. 19.



Y como señala Ignacio Gómez: “Puede decirse que la tarea de la dogmática penal es la interpretación del Derecho Penal positivo”³⁶

3.2. Extinción de la responsabilidad penal

Después que se ha comprobado la existencia de un delito y que se atribuye a una persona determinada, esta deviene en responsable del mismo y se sujeta a las consecuencias penales y civiles por la comisión del mismo.

Sin embargo la legislación considera la extinción del derecho de acción penal (extinción de la responsabilidad) y la extinción del derecho de ejecución de la pena (extinción de la pena)

En la extinción del derecho de acción penal de cuyo ejercicio conforme lo prescribe el Artículo 24 del Código Procesal Penal, es titular el Ministerio Público, pero que alternativa y eventualmente pueden ejercer además, los agraviados y cualquier persona o asociación de personas cuando se trata de delitos cometidos por funcionarios o empleados públicos que hubieren violado derechos humanos.

Las causas de extinción de la responsabilidad penal son determinadas circunstancias que sobrevienen después de la comisión del delito y anulan la acción penal

En Guatemala, la responsabilidad penal se extingue:

- Por muerte del procesado o del condenado.
- Por amnistía
- Por perdón del ofendido, en los casos en que la ley lo permita

³⁶ Gómez de la Torre, Ignacio V. **Derecho penal**, pág. 82.



- Expresamente.
- Por prescripción.
- Por cumplimiento de la pena.

No obstante, si una persona paga el monto del cheque por el que se le procesa en un caso de Estafa mediante cheque, esto no lo libera para que el proceso no continúe y tampoco evita, como resulta lógico, que se le condene eventualmente.

Por tales motivos, resulta necesaria la revisión de estos conceptos que no contribuyen con la solución de conflictos sino más bien los agravan.





CONCLUSIONES

1. El delito de estafa mediante cheque no ha sufrido cambios en la reciente época, pese a que la consigna del derecho penal moderno consiste en la solución de conflictos y no lo contrario.
2. Una de las formas en que se extingue la responsabilidad penal es el cumplimiento de la pena. Por lo tanto, en un proceso de Estafa mediante Cheque, no hay razón procesal o jurídica que justifique que el procesado que cumpla con los pagos correspondientes, continúe el proceso e inclusive sea condenado.
3. Toda la legislación penal moderna en el derecho comparado, como quedó expresado en el segundo capítulo de la presente investigación, con el caso europeo o el costarricense, tiende a la solución de conflictos.
4. Los fines para los cuales contribuye toda la estructura y sistema penal de una sociedad civilizada, es la del mantenimiento de la paz y la convivencia pacífica entre sus miembros.
5. Toda figura delictiva, contemplada como tal en una normativa legal, esta sujeta y subordinada a la consecución de los fines generales del derecho. El Código Penal guatemalteco, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, fue creado con tal propósito.





RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala, por medio del Congreso de la República, debe revisar los criterios que inspiran la normativa de delitos tales como el de estafa mediante cheque, toda vez que con su regulación actual no contribuye con los fines del derecho penal moderno.
2. Asimismo, el Congreso de la República de Guatemala, debe establecer la posibilidad para los procesados que cumplan con el cumplimiento de la obligación que dio origen a su proceso, a ser considerada extinguida su responsabilidad penal, puesto que de lo contrario los sujetos perseguidos por dichos delitos no intentarán resarcir o indemnizar a quienes extendieron un cheque sin fondos por ejemplo.
3. La Corte Suprema de Justicia, y los órganos jurisdiccionales, deben considerar en una perspectiva distinta a la actual, el delito de estafa mediante cheque, toda vez que el elemento de ardid o engaño pudiera no estar presente en el mismo, cuando por negligencia del librador del cheque, los fondos simplemente fueran insuficientes.
4. El Estado de Guatemala, por intermedio del Congreso de la República de Guatemala, debe legislar la modernización de las distintas figuras delictivas a fin de que las mismas sean consecuentes con los principios generales del derecho.
5. Los operadores de justicia, al momento de aplicar la ley penal, deben considerar los principios generales del derecho.





BIBLIOGRAFÍA

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal, parte general**, Barcelona, España, 3ra ed., Ed. Ariel, S.A. 1996.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal, parte general**, Tomo IV, Barcelona, España, Volumen primero. 7ma ed., Bosch Casa Editora S.A., 1948.

DE MATA VELA, José Francisco y DE LEÓN VELASCO, Héctor Anibal, **Curso de derecho penal guatemalteco**, Guatemala, Ed. Universitaria, 1994.

GONZÁLEZ, María. **La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder institutos de estudios comparados en ciencias penales de buenos aires**, Guatemala, Ed. Vile, 1997.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Lecciones de derecho Penal**, México D.F., Ed. Harla, 1998.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal, parte general**. Barcelona, España, 3era ed., Ed. PPU. 1990

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

ZAFFARONI, E. Raúl. **Tratado de derecho penal**, Tomo III, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1981.

Legislación

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

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

Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto 107 del Congreso de la República.



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

Ley del Organismo Judicial. Decreto 2-89 del Congreso de la República.