



UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE CENTRAL
Sucre – Bolivia

MAESTRÍA EN DERECHO NOTARIAL

**EL NOTARIO Y SU PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS CONTRA
LA FE PÚBLICA**

**Tesis presentada para optar al Grado
Académico de Magíster en Derecho
Notarial**

MAESTRANTE: MARLENY GUTIÉRREZ SEJAS

Sucre – Bolivia

2023



UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE CENTRAL
Sucre – Bolivia

MAESTRÍA EN DERECHO NOTARIAL

**EL NOTARIO Y SU PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS CONTRA
LA FE PÚBLICA**

**Tesis presentada para optar al Grado
Académico de Magíster en Derecho
Notarial**

MAESTRANTE: MARLENY GUTIÉRREZ SEJAS
TUTOR: JOSEFINA CHINEA GUEVARA DE ROSALES, PhD.

Sucre – Bolivia

2023

DEDICATORIA

A la Universidad Andina Simón Bolívar, por ser medio necesario para adquirir el conocimiento de la Maestría de Derecho Notarial.

AGRADECIMIENTO

Al saber científico del Derecho Notarial, a mis docentes de la Maestría, a mi tutora la Ph.D Josefina China Guevara de Rosales, quienes con su sapiencia jurídica en este campo del Derecho, contribuyeron a mi formación magistral.

RESUMEN

La presente investigación tiene como principal objetivo definir los criterios de imputación de la autoría, coautoría o participación notarial para los delitos de falsedad material o ideológica de documentos públicos según el Código Penal Boliviano.

En tal sentido el estudio se estructura, primeramente, en función de la determinación de los fundamentos teóricos de la autoría y participación en el derecho penal, acompañada de un crítico análisis de la legislación penal nacional y extranjera en relación con los delitos de falsedad material e ideológica y un estudio empírico acerca de las opiniones de expertos en el área sobre el tema investigado.

El diseño de investigación utilizado es de tipo analítico-descriptivo y propositivo. Se parte del paradigma sociocrítico mixto que se caracteriza por la pluralidad de métodos de investigación utilizados para abordar el problema.

Se utilizaron métodos de investigación bibliográfica, lógico deductivo, de derecho comparado, método estadístico, y de teoría fundamentada con un enfoque cualicuantitativo.

Palabras claves: Autoría, coautoría y participación, Notario, falsedad material, falsedad ideológica.

SUMMARY

The main objective of this research is to define the criteria for imputation of authorship, co-authorship or notarial participation for crimes of material or ideological falsehood of public documents according to the Bolivian Penal Code.

In this sense, the study is structured firstly, based on the determination of the theoretical foundations of authorship and participation in criminal law, accompanied by a critical analysis of national and foreign criminal legislation in relation to crimes of material and ideological falsehood. and an empirical study about the opinions of experts in the area on the subject under investigation.

The research design used is analytical-descriptive and purposeful. It starts from the mixed socio-critical paradigm that is characterized by the plurality of research methods used to address the problem.

Methods of bibliographic research, deductive logic, comparative law, statistical method, and grounded theory with a qualitative-quantitative approach were used.

Keywords: Authorship, co-authorship and participation, Notary, material falsehood, ideological falsehood.

ÍNDICE GENERAL

1	INTRODUCCIÓN	1
1.1	Antecedentes	3
1.2	Planteamiento del problema	3
1.2.1	Identificación del Problema	3
1.2.2	Formulación del Problema de Investigación	4
1.3	Objetivos	4
1.3.1	Objetivo General	4
1.3.2	Objetivos Específicos	4
1.4	Justificación	4
1.4.1	Justificación Técnica	4
1.4.2	Justificación Económica	5
1.4.3	Justificación Social	5
1.5	Alcance	5
1.5.1	Alcance Temático	5
1.5.2	Alcance Geográfico	5
1.5.3	Alcance Temporal	6
1.6	Estrategia Metodológica	6
1.6.1	Diseño y Tipo de Investigación	6
1.6.2	Técnicas e Instrumentos de Investigación	6
1.6.3	Universo y Muestra	7
	CAPÍTULO I.....	8
1	Fundamentos teórico doctrinales de la autoría, coautoría o participación notarial en delitos de falsificación de documentos públicos	8
1.1	Autoría y Participación	8

1.1.1	Sistema Unitario	8
1.1.2	Sistema Diferenciador.....	10
1.1.3	Autoría	12
1.1.3.1	Concepto	12
1.1.3.2	Teorías Sobre la Autoría	12
1.1.3.3	Clases de Autoría	18
1.1.3.4	Coautoría.....	22
1.1.3.5	La prohibición de Regreso como Límite a la Coautoría.....	27
1.2	La Teoría sobre los Delitos de Infracción de Deber.....	28
1.3	La fe Pública como Bien Jurídico Tutelado en los Delitos contra la Fe Pública. La falsedad de Documento Público.....	31
	CAPÍTULO II.....	34
2	Análisis Crítico sobre la Normativa Nacional y Extranjera en Relación a la Coautoría y Otras Formas de Participación Notarial en Delitos de Falsedad Material o Ideológica de Documentos Públicos	34
2.1	Análisis Crítico de la Regulación de la Coautoría y la Participación en el Código Penal Boliviano.....	34
2.2	El delito de Falsedad Material o Ideológica en el Código Penal Boliviano Según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia.....	46
2.2.1	El Notario como Autor del Delito de Falsedad Material o Ideológica Según el Código Penal Boliviano. Crítica	55
2.3	Estudio del Derecho Extranjero Sobre el Tema.....	65
2.3.1	Argentina	65
2.3.2	Perú	70
2.3.3	Colombia.....	74
	CAPÍTULO III.....	88

3	Análisis y procesamiento de la información	88
3.1	Recolección, Análisis e Interpretación de los Datos	88
3.2	Encuesta.....	95
3.2.1	Procesamiento, análisis e interpretación de los datos obtenidos con la encuesta técnica.....	96
3.3	Conclusión Parcial	100
	CAPÍTULO IV	101
4	Fundamentos teóricos, normativos y empíricos para una propuesta de determinación de los criterios de imputación de autoría, coautoría o participación notarial en delitos de falsedad material o ideológica de documentos públicos en Bolivia	101
4.1	Fundamentos Teóricos de la Propuesta	101
4.2	Fundamentos Normativos de la Propuesta.....	104
4.3	Fundamentos Empíricos de la Propuesta.....	109
4.4	La Propuesta Concreta.....	109
	CONCLUSIONES	113
	RECOMENDACIONES.....	116
	BIBLIOGRAFÍA	117

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1: Cuadro Comparativo	87
Tabla 2: Tabla de Especificación	90
Tabla 3: Resultados del análisis de fiabilidad	93
Tabla 4: Tipo de pregunta para cada Ítems	93
Tabla 5: Análisis de porcentos de selección en cada opción de pregunta	98
Tabla 6: Método de Comparación Constante	98

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1	92
Gráfico 2	92
Gráfico 3	96
Gráfico 4	97

1 INTRODUCCIÓN

El punto de contacto esencial entre la función notarial y los delitos contra la fe pública es -sin dudas- el documento.

La función notarial tiene - al menos- tres perspectivas jurídicas que se integran en la autorización del Notario: el acto contractual, el acto de dación de fe del notario, y la prueba documental pública, es decir, el documento público que es el resultado de esa labor documentadora del Notario y que circula en el tráfico jurídico mediante testimonio o en original. Y es precisamente, ese documento público notarial el que puede ser objeto material de los delitos contra fe pública. Téngase en cuenta que el origen de la actividad notarial es precisamente la necesidad de seguridad y certeza que tienen los derechos que nacen de los actos de los particulares en el tráfico jurídico que se resuelve mediante el acto notarial de dación de fe, y esencialmente esa seguridad y certeza resultan ser el bien jurídicamente protegido en los delitos contra la fe pública, porque la fe pública significa esa seguridad y certeza ofrecida oficialmente por el Estado de lo que puede ser considerado por verdad. Atentar contra esa verdad oficial provoca una crisis de credibilidad del Estado que puede ser insostenible jurídica y políticamente, significa el caos social.

En tal sentido, coincide Pabón Gómez, cuando afirma:

(...) el objeto jurídico en los delitos contra la fe pública está centrado en la protección dada a la veracidad y/ o genuinidad de los medios de prueba funcionales en el tráfico jurídico. Funcionalidad en el tráfico jurídico relevante, en el cual los medios de prueba puedan dinamizar situaciones de creación, modificación y/o extinción de derechos. (Pabón Gómez, 1991, 33)

Según Romero Soto,

el doble carácter social-legal de la fe pública es lo que hace de ella un bien jurídico especial, pero no autónomo, ya que se halla vinculado al valor probatorio de los documentos y a través de esta calidad al derecho que por este medio se crea, modifica o extingue, en forma tal que, puede decirse que los delitos contra la fe pública pertenecen a la especie de los

llamados pluriofensivos, porque en ellos se sanciona la lesión simultánea a varios derechos” (Romero Soto, 2018, 16).

De esta manera explica el autor esa triple repercusión que tiene el documento público: como forma del contrato, como resultado del acto de dación de fe notarial, y como prueba de los actos que contiene.

El propio autor afirma que:

Puede definirse la fe pública diciendo que es un sentimiento colectivo de confianza, que constituye un derecho de la sociedad y de los particulares en la veracidad, autenticidad e integridad de los signos de valor y de autenticación en las formas escritas jurídicamente relevantes como medios de prueba y en la autenticidad de las personas considerando todo ello, como elementos indispensables para el tráfico jurídico (Romero Soto, 2018, 33)

Y eso tienen en común la función notarial y los delitos contra la fe pública, ese sentimiento colectivo de confianza, certeza, seguridad que luchan por salvaguardar en la sociedad actual. La función notarial desde un sistema de seguridad jurídica cautelar que basa su eficacia en la labor del Notario; el derecho penal, desde el ámbito sancionador, castigando a quien ha causado un perjuicio en razón de su atentado a la veracidad y al tráfico jurídico documental que protege la fe pública.

En este sistema de interrelaciones fundamentales, el presente estudio pretende profundizar en los casos de autoría material o intelectual del Notario en delitos de falsificación material o falsificación ideológica, precisando la conducta punible en tales casos a fin de resolver incomprendiones que surgen en la práctica jurídica nacional.

Este tema de investigación resulta ser de marcado interés en el contexto boliviano, por cuanto existe en la práctica jurídico penal criterios que consideran la coautoría notarial en delitos de falsificación de documentos, y a falta de un

estudio teórico en ese sentido, se intenta a través de esta investigación salvar la confusión en este ámbito

1.1 Antecedentes

La autoría, la coautoría y la participación son temas muy trascendentes y debatido a nivel mundial, porque con frecuencia el delito no es obra de una sola persona. Se dan supuestos en que concurren varias personas en un solo acontecimiento delictivo y por eso su comprensión será esencial para todo abogado.

La distinción entre autor y partícipe representa el eje problemático más importante de la concurrencia de personas. Y con este estudio se trata de desarrollar sus diferencias, buscando apreciar debidamente la importancia del aporte que hace cada sujeto a lo injusto delictivo en el caso de la falsedad de documentos, apuntando especialmente a definir las circunstancias en que el Notario pudiera ser imputado como autor o partícipe en uno de esos delitos.

La distinción entre autor y partícipe resulta relevante porque la redacción de Código Penal boliviano se da sobre agentes que actúan individualmente, pero surgen casos en los que intervienen dos o más personas, y es entonces cuando toma gran importancia el análisis del autor y de las personas que contribuyeron a que realizara el delito (partícipes), esencialmente en el ámbito que preocupa a este estudio la participación del Notario en los delitos de falsedad documental.

1.2 Planteamiento del problema

1.2.1 Identificación del Problema

En Bolivia la teoría de la participación delictiva no ha sido objeto de consideraciones doctrinales profundas y es necesario -sin dudas- ahondar en temas de esta clase ante tal ausencia, más cuando resulta necesario explicar la noción de autor que ofrece el artículo 20 del Código Penal Boliviano a la luz de la teoría del dominio del hecho desde el delito de falsificación de documentos públicos.

Con estas consideraciones y a vista de lo virgen que se encuentra el tema en el ámbito nacional se dedica esta investigación a delimitar la coautoría como

categoría de autoría en el marco de la legislación penal boliviana y los problemas actuales que enfrenta, partiendo de la teoría del dominio del hecho, en delitos de falsedad material o ideológica, con especial énfasis en la participación del Notario en este tipo de hechos punibles.

1.2.2 Formulación del Problema de Investigación

¿Cómo determinar en el contexto jurídico penal boliviano los criterios de imputación de autoría, coautoría o participación notarial en delitos de falsedad material o ideológica de documentos públicos?

1.3 Objetivos

1.3.1 Objetivo General

Definir los criterios de imputación de la autoría, coautoría o participación notarial para los delitos de falsedad material o ideológica de documentos públicos según el Código Penal Boliviano.

1.3.2 Objetivos Específicos

1. Determinar los fundamentos teórico-doctrinales de la autoría, coautoría como forma de autoría material del hecho y la participación, en el delito de falsedad material o ideológica de documentos públicos
2. Analizar críticamente la normativa nacional y extranjera sobre la autoría, coautoría y otras formas de participación notarial en delitos de falsedad material o ideológica de documentos públicos
3. Elaborar un diagnóstico sobre los criterios de la comunidad jurídica nacional acerca de la participación notarial en delitos de falsedad material o ideológica de documentos públicos
4. Sistematizar los resultados teóricos, normativos y empíricos obtenidos en los objetivos anteriores para fundamentar la propuesta.

1.4 Justificación

1.4.1 Justificación Técnica

La investigación en el ámbito de la definición de los criterios de imputabilidad de autoría, coautoría notarial en delitos de falsedad material o ideológica de

documentos públicos se justifica ante la indeterminación actual de la figura, que trae inseguridad jurídica, provoca imputación formal al Notario en todo caso de falsificación y conduce a la ineficiencia de la justicia penal en tales situaciones.

Se justifica ante la urgente necesidad de fundamentos teóricos profundos que permitan definir los criterios de imputabilidad notarial en los delitos de falsedad material o ideológica de documentos públicos, y que reconduzcan la práctica penal por derroteros mucho más seguros.

1.4.2 Justificación Económica

Desde el ámbito económico la investigación se justifica ante la necesaria economía de recursos que debe caracterizar la actuación de la justicia penal en el país, y lo ineficiente que resulta cuando la imputación formal se hace bajo criterios pobremente fundamentados, afectando el trabajo notarial con producción de daños económicos al Notario y a la población.

1.4.3 Justificación Social

Socialmente esta investigación se justifica porque permite cortar de raíz la incertidumbre social que afecta la estabilidad de las relaciones sociales, en caso de situaciones de hecho punibles tipificadas como falsedad material o ideológica de documentos públicos y la imputación notarial, que conduce a la suspensión de la función notarial del Notario imputado e incluso afecta la regularidad del servicio notarial.

1.5 Alcance

1.5.1 Alcance Temático

Derecho penal y Derecho notarial. Participación del Notario en delitos de falsedad material o ideológica de documentos públicos.

1.5.2 Alcance Geográfico

La investigación tiene un alcance nacional. Se utiliza el análisis crítico de la legislación y la jurisprudencia nacional y extranjera en aras de interpretar los resultados de la comparación jurídica.

1.5.3 Alcance Temporal

El estudio se realizó entre los años 2020 y 2022

1.6 Estrategia Metodológica

1.6.1 Diseño y Tipo de Investigación

La presente investigación es de tipo analítico-descriptivo y propositivo. Se parte del paradigma sociocrítico mixto que se caracteriza por la pluralidad de métodos de investigación utilizados para abordar el problema.

Se utilizan los siguientes métodos de investigación:

Método de Investigación Bibliográfica Documental y Dogmática. - El método de investigación bibliográfica documental y dogmática se utilizó al recopilar toda la información teórica. Siendo un método teórico formal permite el análisis crítico de las teorías jurídicas fundamentales sobre el tema que se investiga.

Método Lógico Deductivo.- Se utilizó el método lógico deductivo en la comprobación y deducción lógica necesaria al proceso de investigación del problema en estudio, que permite elaborar argumentos coherentes y provistos de sentido lógico.

Método de derecho comparado: Se utiliza para encontrar y profundizar sobre causas y soluciones encontradas por el derecho extranjero a los mismos problemas que en esta investigación constituyen objeto de estudio. El estudio de derecho comparado permite al investigador formar un conjunto de juicios generalizados sobre el tema en estudio y, desde una perspectiva crítica, valorar la propuesta nacional en tal sentido.

Método Estadístico: Se utiliza la estadística para procesar la información recogida de la comunidad jurídica nacional sobre su valoración de la coautoría o participación notarial en delitos de falsificación de documentos públicos

Método de Teoría Fundamentada: Se utiliza para el análisis de datos e interpretación de los mismos, para crear teoría de la realidad.

1.6.2 Técnicas e Instrumentos de Investigación

Las técnicas utilizadas son:

- a) Análisis bibliográfico para recoger y analizar la información teórica
- b) comparación normativa del derecho extranjero
- c) el cuestionario
- d) el análisis estadístico para procesar los datos obtenidos
- e) Comparación constante

Los instrumentos utilizados:

- a) Fichas bibliográficas
- b) Cuadro comparativo
- c) Encuestas
- d) Gráfico estadístico

1.6.3 Universo y Muestra

Para la aplicación de la encuesta la muestra está constituida por juristas notarios, jueces y abogados en el ejercicio libre en materia penal del eje troncal, 240 en total, 80 de cada departamento (Santa Cruz, La Paz, Cochabamba). La muestra es no probabilística.

El informe de investigación está estructurado en cuatro capítulos que se corresponden con los objetivos propuestos; además, se ofrecen un conjunto de conclusiones y recomendaciones que pretenden introducir los resultados que esta investigación propone.

CAPÍTULO I

1 Fundamentos teórico doctrinales de la autoría, coautoría o participación notarial en delitos de falsificación de documentos públicos

Este capítulo tiene la intención de conformar el aparato teórico crítico de la investigación, definir los conceptos más importantes, las tendencias teóricas que informan tanto la definición de autoría, coautoría y participación en la construcción jurídica del delito de falsedad material o ideológica de documentos públicos, determinando la naturaleza jurídica de este tipo delictivo y sus caracteres fundamentales en el ámbito de protección a la fe pública, en este caso desde la perspectiva notarial.

1.1 Autoría y Participación

La distinción entre autor y partícipe representa el núcleo problemático más importante de la concurrencia de personas. Se busca apreciar debidamente la importancia del aporte que hace cada sujeto a lo injusto y precisar el personal juicio de reproche que le corresponde. Frente a esta problemática se han propuesto dos sistemas: unitario y diferenciador. De lo que se trata es: admitir la diferencia entre la realización del rol principal (autor) y la ejecución de conductas accesorias (partícipes en general), o bien renunciar a esta diferencia y admitir un concepto unificado de autor.

1.1.1 Sistema Unitario

De acuerdo a esta teoría, es autor el que aporta una contribución causal al hecho por mínima que sea. Es decir, considera como autores a todos aquellos que, de una u otra manera, contribuyeron a la realización del hecho delictuoso. Su principal consecuencia es la consideración como autor de todo el que realiza una contribución causal al hecho punible, con independencia de la intervención concreta que haya tenido en él, y al margen de la valoración jurídica de las conductas de los demás intervinientes.

No interesa; entonces, distinguir la intervención de cada sujeto. Es decir, como indica el profesor Roxin: "se da una equivalencia de todas las condiciones, por

tanto, es obvio negar la diferencia entre autores, cómplices e inductores y partir del concepto unitario de autor" (Roxin, 2015,122). En este sentido, el profesor Berdugo dice: "Al enunciarse el concepto unitario de autor, prevalecía la teoría de la equivalencia de condiciones y se consideraba que las aportaciones de todos los intervinientes en el hecho debían poseer una relación causal con el resultado" (Berdugo Gómez de la Torre, 2016, 213).

La autoría se fundamenta en la causalidad-teoría de la equivalencia de las condiciones - resultando superflua toda idea de accesoriedad. Sin embargo, no logra superar las distinciones, pues recurre a diferenciar varias formas de autoría según la especie de la comisión del hecho: autor inmediato, autor mediato, categoría esta última que diferencia entre autoría de inducción (instigación y autoría mediata en sentido estricto) y autoría de apoyo (que incluye las formas de complicidad).

Los planteamientos de la teoría unitaria se adecuan a la estructura de los tipos penales culposos, por ello, la participación imprudente será considerada en todos los casos como autoría culposa. Esta teoría responde a una opción político-criminal que cree necesario castigar por igual a todos los intervinientes en un hecho delictivo. Ha sido definida por los que consideran como base del Derecho Penal a la peligrosidad del delincuente y también por la corriente nacional-socialista de la Escuela de Kiel que partía de un Derecho Penal de la voluntad.

Nuevas formulaciones del sistema unitario de autor, son propuestas por Kienapfel (Kienapfel, 2018, 40) quien abandona la idea de la causalidad de la clásica teoría unitaria (que él las denomina concepción unitaria formal), planteando esta vez, una serie de categorías de intervención en el delito (concepción unitaria funcional). Se rechaza la accesoriedad bajo la premisa de que todo interviniente responde exclusivamente por su propio injusto y propia culpabilidad. Se establecen diversas formas de autoría en base a la responsabilidad autónoma de cada interviniente. La concepción unitaria funcional tiene como idea central la doble naturaleza de la intervención, donde se presentan, por una parte, la distinción dogmática entre las formas de

intervención (plano formal) y, por otra, la cuestión de la determinación de su trascendencia a efectos de la medición de la pena.

La causalidad para la concepción unitaria funcional solo constituye un mero presupuesto conformante en los tipos penales de cualquiera de las categorías de autoría. El verdadero fundamento se encuentra en los principios de merecimiento y necesidad de la pena, pues permite justificar y considerar autores a todos los intervinientes en el delito.

1.1.2 Sistema Diferenciador

Se justifica este sistema en el sentido que es una respuesta a las reclamaciones de una diferenciación de los distintos papeles cumplidos por quienes toman parte en el delito y a las exigencias de una mayor seguridad jurídica. El Derecho Penal del Estado social y democrático debe partir de un concepto diferenciador entre autoría y participación. En el sentido de este sistema, se han formado diversas teorías.

a. Concepto extensivo del autor

El fundamento de esta posición es la teoría de la equivalencia de las condiciones y tiene como complemento necesario a la teoría subjetiva de la participación. Esta teoría considera que autor es todo aquel que ha puesto una condición para la causación del resultado típico, pero esto puede afirmarse también de quien sólo presta una colaboración poco significativa, de tal manera que el concepto de autor resulta extraordinariamente extendido.

Este concepto admite que la ley obliga a distinguir distintos grados de responsabilidad. Como consecuencia, los tipos legales de participación surgen como causas de limitación de la pena. Si esto no fuera así, tendría que castigarse a todos los intervinientes como autores.

Se le critica porque transforma al autor en un concepto residual que se obtiene por exclusión, ya que lo será sólo aquel que no presente las características señaladas por la ley para considerarlo cómplice o instigador. Resulta tan extensa que puede comprender a cualquier persona y constituirse en un peligro de renuncia a la delimitación típica de la acción del delito.

Esta concepción también carece de base objetiva para trazar la diferencia entre autor y partícipe, es por ello que para superar estas dificultades recurrieron a un complemento subjetivo (teoría subjetiva de la participación). No está claro si esta teoría subjetiva fue el resultado de un esfuerzo doctrinal para distinguir entre autor y partícipe ante el fracaso de las teorías objetivas o, todo lo contrario.

Por lo menos, la posición subjetiva comenzó su competencia con la objetiva ya a comienzos del siglo XIX. Con el apoyo de esta posición subjetiva la distinción entre autor y partícipe se encuentra en la intención del sujeto, en su ánimo. Es considerado autor el sujeto que actúa con voluntad de tal (*animus auctoris*), quiere el hecho como propio o tiene interés en el resultado, y partícipe, quien actúa con voluntad de tal (*animus socii*), quiere el hecho como ajeno y no tiene interés propio.

Esta posición no estuvo exenta de críticas y se afirmó que los *animus auctoris* y *socii* no tienen ni realidad jurídica, ni realidad normativa y si se guía por una fórmula de puro ánimo existe el peligro de llegar al extremo de no tomar en cuenta la realidad fáctica: que el autor, haya ejecutado una acción típica, lo que es una contraposición al principio de legalidad. Tampoco resulta recomendable realizar la distinción entre autor y partícipe sólo en base a lo que declare el sujeto o a lo que piense el juez respecto a la subjetividad con el riesgo de una apreciación arbitraria.

Como lo ha verificado la jurisprudencia alemana, esta distinción puramente subjetiva encierra graves inconvenientes político-criminales pues la "teoría del *animus*" consiste en que ella permite tales manipulaciones -en virtud de lo cual no son los roles de la intervención, sino que la sanción deseada decide sobre los roles de la intervención. Ni el concepto extensivo de autor, ni la teoría subjetiva de la participación han sido acogidos por el actual derecho penal boliviano.

b. Concepto restrictivo del autor

Parte de un principio opuesto al concepto extensivo: no todo el que causa el delito es en concepto autor, porque no todo el que interpone una condición causal del hecho realiza el tipo. Causación no es igual a la realización del delito; para ésta es preciso algo más que la causación. Como consecuencia de esta

restricción en el concepto, los tipos de participación son sólo "causas de extensión de la pena", pues si no estuvieran previstas por la ley no serían punibles. Los seguidores de esta teoría ubican la línea fronteriza entre autor y partícipe en el plano objetivo, pero no siempre, pues en el caso de la teoría del dominio del hecho incorporan criterios subjetivos. En este sentido, es posible distinguir tres direcciones: teoría objetivo-formal, teoría objetivo-material y teoría del dominio del hecho.

1.1.3 Autoría

1.1.3.1 Concepto

Para que el sujeto pueda ser calificado de autor de un delito, se requiere como presupuesto básico e indispensable que este haya realizado el acto conscientemente, lo que implica dejar de lado los casos de falta de acción, fuerza física irresistible, movimientos reflejos y estado de inconsciencia. Justamente la conciencia del acto es lo que diferencia al hombre de los actos realizados por los animales y por la naturaleza.

1.1.3.2 Teorías Sobre la Autoría

a) Teoría Objetivo formal

Para esta teoría lo decisivo es solo y siempre la realización de todos o algunos de los actos ejecutivos previstos expresamente (literalmente) en el tipo legal; parten de la descripción típica para distinguir al autor del partícipe, autor viene a ser aquel cuyo comportamiento puede ser apreciado como clara verificación del tipo. La doctrina proviene de la dogmática alemana y tuvo numerosos partidarios ya en el siglo XIX.

Esta teoría tiene inconvenientes al encontrarse frente a la autoría mediata, pues el agente no realiza directamente la acción, sino que se vale de un instrumento (persona) para hacerlo. De acuerdo con esta teoría, sería autor el instrumento que realiza materialmente la acción, el cual podría ser un inimputable, una persona coaccionada o una persona que se encuentra inmerso en un error, otro inconveniente que se presentaría en el caso de la coautoría.

Esta teoría es fascinante, pero a pesar de ello, ha sido hoy abandonada, y ciertamente, la teoría tropieza con importantes dificultades que no supera como:

- 1) No distingue entre autoría y la mera acusación, extendiendo peligrosamente el concepto de autor; quien dispara y el que presta la pistola resultarían autores de homicidio pues ambos contribuyeron a la realización de la descripción típica.
- 2) No resuelve el fenómeno de autoría mediata.
- 3) En la coautoría, no distingue cuando algunos de los intervinientes no llegan a realizar ningún acto típico.

En esta teoría es el autor quien realiza estrictamente la acción típica, se enfatiza el principio de legalidad. Es decir, el comportamiento del agente debe coincidir con la acción descrita en el tipo penal. Sería entonces participe el que se limita a ayudar o cooperar en la ejecución de la acción típica. Esta teoría tiene inconvenientes al encontrarse frente a la autoría mediata, pues el agente no realiza directamente la acción, sino que se vale de un instrumento (persona) para hacerlo.

De acuerdo con esta teoría, sería autor el que realiza materialmente la acción, el cual podría ser un inimputable, una persona coaccionada o una persona que se encuentra inmerso en un error. Otro inconveniente se presentaría en el caso de la coautoría; ejemplo: en el delito de robo, este se configura cuando se emplea violencia y sustracción; técnicamente el autor tiene que realizar ambas conductas porque si una persona ejerce la violencia y otra sustrae, ninguna sería autor de robo.

En este sentido, la teoría objetivo-formal, según la cual es autor quien realiza algún acto ejecutivo del delito, es insuficiente para fundamentar la autoría mediata y algunos supuestos de realización del delito sirviéndose de un aparato de poder. En resumen, la teoría objetivo formal resulta ilimitada en los delitos meramente resultativos y excesivamente limitada -en cambio- en los delitos de medios determinados.

b) Teoría Objetivo material

Esta teoría trata de corregir los errores de la teoría objetivo formal remitiendo a un criterio material más allá de la mera descripción típica, si bien parte de la aportación objetiva de los sujetos al hecho, sostiene que existen aportaciones más importantes que otras, en cierta forma aplica la teoría de la causa eficiente. Es decir, es autor quien aporta la contribución más importante, el que da una mayor peligrosidad al hecho.

Surge entonces la pregunta: ¿Quién determina si el aporte del sujeto es más eficiente o peligroso? Esto nos lleva a la distinción entre causa y condición, dejándose de lado la equivalencia. Esta distinción sirvió de base para delimitar la autoría y la participación. Uno de los puntos a discutir está referido a las aportaciones para la configuración del delito. Pueden darse casos en que las aportaciones de un cómplice determinen o sean tan importantes como la del autor. Además, esta teoría tiene problemas respecto del autor mediato porque este no tiene aportaciones objetivas.

Se sustenta en las distintas concepciones singularizadas de la causalidad, propugnando, generalmente, que es autor el que coloca una causa de la producción del resultado, en tanto, es participe el que pone únicamente una condición; es así que se buscó establecer que el autor es la causa, mientras que el cómplice es la condición del resultado típico.

Pero se ha establecido que una distinción precisa entre causa y condición no es factible de ejecutar en el mero terreno objetivo de la causalidad; además, se connota que las diversas postulaciones de la teoría material objetiva han sido desechadas porque la distinción limitativa de la causalidad en el plano pre-típico, ha fracasado.

De esta teoría cabe formular dos críticas: por una parte, desconoce la importancia de lo subjetivo para caracterizar el papel de cada contribución al hecho. Ejemplo: para decidir si concurre autoría mediata es decisivo tener en cuenta si el ejecutor material conoce o desconoce la situación. Por otra parte, de poco sirve como criterio delimitador de autoría y participación la remisión a una fórmula vaga como “mayor importancia objetiva, mayor peligrosidad objetiva”,

etc. Son por estas razones que la doctrina alemana ha abandonado en la actualidad el punto de vista objetivo-material.

c) Teoría del Dominio de Hecho

Una variedad de la teoría objetiva es la teoría del dominio del hecho, que puede considerarse como una teoría material-objetiva. La teoría del dominio del hecho fue introducida en la dogmática hispano parlante por Luis Jiménez de Asúa (Jiménez de Asúa, 1956). Su elaboración se debe a Welzel (Welzel, 2018). Para esta teoría autor es quien tiene el dominio final del suceso, mientras los partícipes por su parte carecen de ese dominio del hecho (Chumán Céspedes, 2017, 31).

En la opinión de Wezel, es el hecho de tener intencionalmente en las manos el desarrollo del acto típico. Así, es autor quien controla la toma de decisión y la ejecución de la misma. El instigador y el cómplice, intervienen en la ejecución del comportamiento, pero no tienen el dominio de su realización (Welzel, 2018, 321). Según Roxin, principal exponente de esta concepción, es autor respecto a una pluralidad de personas, quien, por el papel decisivo que representa, aparece como la figura clave o central del suceso. Se trata de una síntesis de factores objetivos y subjetivos (Roxin, 2015, 108). Como lo explica Maurach, por dominio del hecho debe entenderse el tener en las manos el curso del suceso típico. También afirma que este requisito, a pesar de basarse asimismo en el dolo, es de naturaleza objetiva: lo decisivo no es la simple "voluntad del dominio del hecho", sino el "voluntario moldeado del hecho". Así, la comisión del delito depende del control que tenga el agente sobre el desarrollo de la acción y de su consumación (Maurach & Zipf, 2018, 143).

El autor es quien tiene el dominio del hecho, junto al dominio del hecho entran en consideración, como especiales elementos de la autoría los elementos subjetivos personales de la autoría (los elementos subjetivos personales de lo injusto) y los elementos objetivos personales de la autoría (calidad de funcionario, medico, etc.).

Jescheck determina como consecuencia de la teoría del dominio del hecho, lo siguiente:

Siempre es autor quien ejecuta el hecho por su propia mano todos los elementos del tipo.

Es autor quien ejecuta el hecho utilizado a otro como instrumento (autoría mediata)

Es autor el coautor que realiza una parte necesaria de la ejecución del plan global (dominio funcional del hecho) aunque no sea un acto típico en sentido estricto, pero, participando, en todo caso, de la común resolución delictiva (Jescheck & Weigend, 2018, 89).

Pero de acuerdo a esta teoría, se puede calificar de autor al agente si:

- i. La persona sabe el que, el cómo y cuándo se va a realizar el hecho delictivo o si realiza la acción típica personalmente.
- ii. Si hace ejecutar el hecho mediante otro cuya voluntad, según parámetros jurídicos, no es libre, o que no conoce el sentido objetivo de la acción de su comportamiento.
- iii. Debe dar una contribución objetiva al hecho (dominio funcional del hecho)
- iv. Si intervienen varias personas se tiene que dar un acuerdo previo a la realización del hecho delictivo (Jescheck & Weigend, 2018, 110)

Para aplicar el concepto del dominio del hecho, se deben tener en cuenta diversos criterios:

a) El transcurso y resultado del hecho dependen decisivamente de su voluntad:

El agente tiene una relación interna con el hecho, la cual se manifiesta en el dominio conjunto del curso del acontecer. Esta idea sirve de mucho para determinar la existencia de la coautoría. Como se afirma, la voluntad dirige el comportamiento de los agentes, pero esta solo se torna influyente si el agente cumple una función, objetivamente significativa, en la realización del tipo.

b) La capacidad de hacer continuar y de impedir:

Esta idea la sostiene Maurach, el cual se sirve de esta fórmula para caracterizar el dominio del hecho en general y para determinar con mayor precisión la coautoría en particular. Se plantea que cada agente tiene un papel necesario

centro de la comisión del delito de manera que, si este desiste, puede hacer que fracase el plan (Maurach & Zipf, 2018, 212).

c) La posibilidad de dar al suceso el giro decisivo

Es decir, el agente tiene y está en pleno dominio del hecho, por lo que puede darle un giro decisivo. Esta posición se verifica en los delitos de omisión en los cuales el agente tiene la posibilidad de impedir el resultado. En otras palabras, no importa si el sujeto, interviniendo activamente, pudo haber impedido el resultado, sino a la inversa, si el que permaneciere inactivo ha detenido el suceso que se venía desarrollando o lo ha modificado decisivamente.

d) El poder sobre el hecho:

Se debe entender a las posibilidades físicas o habilidades técnicas del agente y conforme con ello ver si dominan la dirección final del curso causal en la realidad. La incapacidad para realizar el tipo de propia mano no excluye el dominio del hecho, lo cual se demuestra tanto en la autoría mediata como en la coautoría. Lo que se debe destacar es que no basta la mera voluntad de autor o de dominio del hecho, la disposición interna, para fundamentar la autoría.

e) La subordinación de la voluntad:

La teoría del dolo es acertada también como teoría del dominio del hecho, en la medida en que capta que el partícipe tiene que hacer depender el suceso de voluntad del autor, dejándolo a su criterio. Un sujeto no es partícipe porque haya dejado a criterio del otro la ejecución del hecho porque este tiene el dominio sobre el suceso. La subordinación de la voluntad es el reflejo psíquico de las relaciones de dominio objetivas.

f) Voluntad del dominio del hecho y sentimiento de autoría

El autor tiene que conocer las circunstancias fácticas y además ser consciente de los hechos que fundamentan su dominio sobre el suceso, es decir se da un conocimiento fundamental del dominio.

El dominio del hecho se maneja de diversas formas: en la actividad directa autoría como dominio de la acción; en la autoría mediata como dominio de la

voluntad; en coautoría como dominio funcional del hecho de los autores que actúan dividiéndose la tarea.

Según Berdugo

La teoría del dominio del hecho es también una teoría restrictiva, y por lo tanto, se basa en la diferenciación entre autores y partícipes. El criterio diferenciador será, justamente, el dominio del hecho. Autor de un delito será aquel sujeto que tenga dominio del hecho, aquel que pueda decidir los aspectos esenciales de la ejecución de ese hecho. Se abandona el criterio objetivo-formal para adoptar un criterio material que explique más satisfactoriamente los distintos supuestos de autoría y participación. El control del hecho se realiza a través del dominio de la acción, del dominio de la voluntad o del dominio funcional, según los casos. La exigencia de esta clase de dominio es fundamental, ya que sobre él se podrá diferenciar la responsabilidad de los demás intervinientes que no son autores, sino partícipes (Berdugo Gómez de la Torre, 2016, 334).

De las tres teorías la más aceptable, más completa y coherente para definir quién es el autor del delito; es la de dominio de hecho.

1.1.3.3 Clases de Autoría

La autoría se puede clasificar como sigue:

1) Autoría directa:

También llamada autoría inmediata ya que se equipará con la mediata. Autor directo es aquel que realiza personalmente el delito, es decir, el que de un modo directo y personal realiza el hecho. Lógicamente este concepto se encuentra implícito en la descripción que del sujeto activo se hace en cada tipo delictivo de la parte especial. Casi siempre son los que toman parte directa en la ejecución del hecho, ya que ello implica una realización directa del delito.

Es autor directo el que realiza por sí el hecho punible, vale decir, aquel cuya acción se le va a imputar por referirse a la realización directa de los elementos objetivos y subjetivos del tipo. La conformación del hecho mediante la voluntad de ejecución que dirige en forma planificada es lo que transforma al autor en

rector del hecho. Por esta razón, la voluntad final de realización es el momento general del dominio sobre el hecho.

Maurach resume el sentido de la teoría diciendo que es autor quien tiene el dominio del hecho (Maurach & Zipf, 2018, 130), quien tiene dolosamente en sus manos el curso del suceso típico, por ello esta tesis, con independencia de las matizaciones que se le hacen, no es absoluta. Dependerá de la posición relativa del sujeto concreto respecto de los demás partícipes. Sólo en la medida en que el sujeto pueda sobredirigir el suceso total, habrá entonces dominio del hecho. Mientras tanto, como bien afirma Roxin, el dominio del hecho es un concepto abierto. De ahí que cuando la descripción resulta insuficiente, interviene el principio regulativo justamente frente a la gama de posibilidades (Roxin, 2015, 215).

2) Autoría mediata

A la autoría mediata se le equipara con la autoría inmediata o directa.

La autoría mediata es aquella en la que el autor no llega a la realizar directa, ni personalmente el delito. El autor en esta hipótesis se sirve de otra persona, generalmente, no responsable penalmente, quien al final, realiza el hecho típico. Lo que busca la ley es un fundamento que permita reprimir al autor real del delito, mas no a su instrumento. El criterio rector es el dominio del hecho, ya aludido, pues, no cabe duda que el autor mediato (el hombre de atrás) es quien posee todo el dominio de la realización del delito.

En otras palabras, existe autoría mediata cuando el autor, en la realización de la acción típica, se sirve de otra persona, que utiliza como instrumento; es un caso de verdadera autoría, donde el agente realiza el injusto típico como propio, esta se basa en el dominio de la voluntad, ejemplo: el que fuerza a otro con violencia o con engaño a suscribir un documento falso, realiza directamente el delito y dominan su acción.

No se puede hablar, por lo tanto, de participación, porque la persona, instrumento de la que se sirve el autor mediato, a veces ni siquiera actúa típicamente; por ello se dice que la autoría mediata es aquella en la que el autor no realiza directa

y personalmente el delito, sino sirviéndose de otra persona, generalmente no responsable, que es quien lo realiza.

Lo característico de la autoría mediata radica en la situación en que se encuentra el intermediario. Este carece del dominio del hecho, por ende, se le imputa el hecho cometido al hombre de atrás por dos razones: por una parte, porque el realizador material actúe sin libertad o sin conocimiento de la situación y ello se haya provocado o se aproveche por la persona de atrás, coaccionando, engañando al instrumento o utilizándolo, contando con su falta de libertad o su ignorancia de la situación.

Villavicencio ofrece una definición de autor mediato y dice " autor mediato es el sujeto que se sirve del actuar de un intermediario, pero sólo él tiene el dominio del hecho" (Villavicencio Terreros, 2016, 110).

El concepto de autor mediato surge como consecuencia de la accesoriedad extrema, que exigía en el autor inmediato también el requisito de la culpabilidad, pues de acuerdo a ese criterio los que instigaban a autores culpables resultaban impunes. Para evitar este inconveniente nació la teoría del autor mediato, posteriormente se introdujo la accesoriedad limitada (bastaba que el hecho principal sea típico y antijurídico) la que, a pesar de sus postulados, no pudo eliminar el concepto de autoría mediata pues se considera que está demostrado que se trata de casos de autoría (Villavicencio Terreros, 2016, 120).

Hurtado Pozo explica;

El autor mediato aprovecha o utiliza la actuación de un intermediario para alcanzar su fin delictuoso. Se trata de un caso de autoría, en el que el agente (autor mediato) realiza el tipo legal sirviéndose, consciente y voluntariamente del "autor directo de la acción típica", quien debe tener la capacidad de cometer acciones. No es un partícipe (en el sentido técnico), pero tampoco puede ser calificado de mero "instrumento". Esta expresión, sin embargo muy utilizada, resulta poco apropiada por dos razones: primera, puede inducir a pensar que también hay que considerar los casos en que el agente utiliza como cosa a una persona (por ejemplo, con la intención de romper el vidrio de un escaparate, el agente empuja violenta y sorpresivamente a la persona que va junto a él), y

segunda, hace pensar que sólo se da la autoría mediata cuando el intermediario es un incapaz o alguien privado de toda voluntad. Por todo esto, es preferible hablar simplemente de intermediario material. Este intermediario, en razón a una serie de circunstancias particulares, se encuentra en una situación de inferioridad respecto al autor mediato. (Hurtado Pozo, 2018, 89)

Entre los requisitos y supuestos de la autoría mediata pueden citarse:

a) El autor mediato no realiza actos objetivos.

La persona que actúa como instrumento debe hacerlo sin dolo, es decir, no sabe que comete un delito no actúa típicamente; este es el fundamento para que no sea sancionado. Puede darse el caso de que al instrumento le falte una especial calificación o un elemento subjetivo que exija el tipo electivo. Por ejemplo: el funcionario o servidor público que para cometer el delito de cohecho se vale de un tercero para recibir dinero.

La persona que se desenvuelve como instrumento actúa técnicamente conforme a derecho, ya que se encuentra bajo un error que ha sido producido por el autor mediato. Puede darse el caso de que el instrumento actué justificadamente y exista autoría mediata. La persona que actúa como instrumento puede ser incapaz, tanto por minoría de edad como por ser mayor de edad con incapacidad psíquica. Es decir, es un inimputable. Pero existen ciertos casos de inimputabilidad en los que el sujeto tiene cierto nivel de discernimiento y decisión por lo que el autor mediato no tiene el dominio de la voluntad y, lo que surgiría es una instigación.

Puede darse el caso en que el instrumento actué sin libertad, es decir coaccionado o bajo amenaza.

El profesor Roxin señala el caso de una cadena de mando o un aparato de poder estrictamente jerarquizado. Son los casos denominados "autor tras el autor". Aquí se presenta la situación en que el ejecutor directo es plenamente responsable, pero actúa como simple eslabón de una cadena de mando o de un aparato de poder jerarquizado. (Roxin, 2015, 154) Este supuesto sería sumamente discutible porque se ha indicado que la esencia de la autoría mediata consiste en valerse de un instrumento, lo cual no se cumpliría porque en este

caso el ejecutor tiene plena responsabilidad, en todo caso, habría un caso de coautoría.

Los casos de autoría mediata son:

- a) Aquel en que el autor no realiza personalmente la acción ejecutiva, sino mediante otro instrumento.
- b) el Instrumento obra sin dolo.
- c) el Instrumento obra coaccionado; el que obra coaccionando lo hace, sin duda, con dolo; coactus voluit.
- d) el instrumento carece de capacidad para motivarse de acuerdo a la norma. Se deben distinguir dos supuestos; primero, que el instrumento actúe en estado de incapacidad, de inculpabilidad; segundo, que el instrumento obre en error de prohibición.
- e) el instrumento no califica en los delitos especiales y obra sin elemento subjetivo de la autoría. En los delitos especiales solo puede ser autor un sujeto que tenga la calificación de autor exigida para el delito.
- f) el instrumento no obra típicamente.
- g) el instrumento obra de acuerdo a derecho. El caso se presenta con toda claridad en los supuestos de estafa procesal.
- h) el instrumento obra dentro de un aparato de poder.

1.1.3.4 Coautoría

1) Concepto

La coautoría es una forma de autoría con la peculiaridad que, en ella, el dominio del hecho es común a varias personas. Coautores son los que toman parte en la ejecución del delito, en codominio del hecho (dominio funcional del hecho).

Surge cuando la acción típica es realizada por dos o más personas que participan voluntaria y conscientemente de acuerdo a una división de funciones de índole necesaria, cada una de las cuales toma parte en la ejecución de los hechos en forma consciente y voluntaria. Para que esto se dé, todos los sujetos deben tener un dominio funcional del hecho, deben haber realizado una parte objetiva, es decir, han de conocer el qué, cómo y cuándo. La coautoría es una especie de conspiración llevada a la práctica y se diferencia de esta figura

precisamente en que el coautor interviene en la ejecución material del delito, lo que, no sucede en la conspiración.

Los coautores son autores porque cometen el delito entre todos, pero como ninguno de ellos por si solo realiza completamente el hecho, no puede considerarse a ninguno participe del hecho de otro. No rige, pues, aquí el "principio de accesoriedad de la participación", según el cual el participe solo es punible cuando existe un hecho antijurídico del autor, sino un principio en cierto modo inverso: el principio de imputación recíproca de las distintas contribuciones, este dice que todo lo que haga cada uno de los coautores es imputable (es extensible) a todos los demás.

El elemento esencial de la coautoría es el codominio del hecho. Este elemento ha sido caracterizado por Roxin, como un dominio funcional del hecho en el sentido de que cada uno de los coautores tiene en sus manos el dominio del hecho a través de una parte que le corresponde en la división del trabajo (Roxin, 2015, 243). El codominio del hecho es consecuencia de una decisión conjunta al hecho. Mediante esta decisión conjunta o común se vinculan funcionalmente los distintos aportes al hecho, cada aporte está conectado al otro mediante la división de tareas acordadas en la decisión conjunta.

Problemático es distinguir esta decisión conjunta que fundamenta la coautoría de la división de tareas acordadas entre autor y cómplice o cooperador. Las opiniones están divididas, por un criterio formal objetivo. El criterio correcto de distinción debe establecer si la división de tareas acordadas importa o no subordinación de unos respecto de otro o de otros. Para la existencia de coautoría es necesario que no haya subordinación a la voluntad de uno o de varios que mantengan en sus manos la decisión sobre la consumación del delito.

Los coautores solo responden por lo acordado y ejecutado, no por los excesos que pueden haber cometido cada uno de ellos. Las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado final debe atribuirse a cada coautor, independientemente de su aportación. Como señala Mir Puig: "Cuando uno de los coautores se excede por su cuenta del plan acordado sin que los

demás lo consientan, en principio el exceso no puede imputarse a los demás: más allá del acuerdo mutuo no hay imputación recíproca" (Mir Puig, 2018, 201).

2) Tipos de Coautoría:

➤ Coautoría ejecutiva directa:

Surge cuando todos los autores realizan los actos ejecutivos. Por ejemplo: un grupo de fanáticos del equipo de fútbol A, se encuentran con un fanático del equipo B, al cual le propinan una golpiza.

➤ Coautoría ejecutiva parcial:

Surge cuando se da un reparto de las tareas ejecutivas. Por ejemplo: cuando dos sujetos se proponen robar a un individuo, uno de los cuales lo golpean mientras el otro sustrae la billetera.

➤ Coautoría en la cual se da un reparto de papeles entre los diversos intervinientes en la acción típica:

Aquí se incluyen casos en los que ciertos autores no se encuentran en el momento de la ejecución. En este apartado se ubica a los denominados autores intelectuales, se recurre a un criterio material que supera la visión estrictamente formal de la coautoría, todo esto sobre la base del dominio del hecho.

3) Requisitos

a) Decisión Común

Según Villavicencio la decisión común fundamenta y limita la unidad de la coautoría, en consecuencia, determina la conexión de las partes del hecho llevadas a cabo por distintas personas. Es difícil determinar esta decisión común, pues, por ejemplo, el simple estar de acuerdo con los que actúan dolosamente no será suficiente, pues esto también existe entre el autor y el cómplice (Villavicencio Terreros, 2016, 156).

Este concierto de voluntades determina la división de funciones en el proceso ejecutivo, ejemplo, el autor ata a la víctima, el otro le sustrae su dinero. Dentro de esta división de funciones se pueden diferenciar dos formas de coautoría: una coautoría no ejecutiva, donde se identifican a los autores que realizan labores de planeación, dirección y coordinación de las funciones de ejecución; y, una

coautoría ejecutiva, que comprende a los autores que realizan las labores propias de comisión del delito. A su vez, la coautoría ejecutiva puede ser directa, cuando todos los autores realizan los actos ejecutivos; o parcial, en la que se produce un reparto de las tareas ejecutivas.

Es necesario que exista una decisión conjunta de realizar el hecho delictivo. Precisamente, este común acuerdo será lo que engarce unas aportaciones a otras y les dé un sentido de división de función en dentro de la globalidad de contribuciones que dan lugar a la realización del tipo. Por ejemplo: "A" apunta con una pistola, mientras "B" toma el dinero de la caja.

El común acuerdo, tácito o expreso, puede haberse concretado "antes de la ejecución" o "durante" la ejecución (que se denomina coautoría sucesiva). Si la ejecución ha sido iniciada, el coautor que se presente únicamente deberá responder en base a lo que se realice a continuación, pero no se le puede imputar retroactivamente lo sucedido antes de su entrada en escena.

Cuando falta el común acuerdo y entre varias personas realizan el tipo, se puede hablar de autoría accesoria y no ante coautoría.

Jescheck en el aspecto subjetivo, exige que los intervinientes estén vinculados recíprocamente por medio de una resolución conjunta, con lo que, en el marco del acontecimiento global, cada uno de ellos, debe asumir una función parcial de carácter esencial que les haga aparecer como soportadores de la responsabilidad por la ejecución del conjunto del hecho. (Jescheck & Weigend, 2018, 265)

4) El codominio del hecho

En la coautoría es preciso que exista un codominio del hecho, esto es que todos y cada uno de los intervinientes dominen el hecho. Como señala Roxin. "el que coactúa ha codecidido hasta el último momento sobre la realización del tipo" pues, "cuando alguien aporta al hecho una colaboración necesaria, tiene por este medio en sus manos la realización del tipo", el dominio del hecho no se presenta únicamente en los casos en los que el sujeto por sí mismo realiza el tipo, sino que también existe aunque cada persona que interviene no realice por sí solo y enteramente el tipo, pues es posible derivar un dominio del hecho, en razón a

cada aportación al hecho, basada en la división del trabajo o de funciones entre los intervinientes (Roxin, 2015, 170).

De ahí que se hable del dominio funcional del hecho. Ahora bien, las distribuciones de funciones no solo se presentan entre coautores sino también entre el autor y cómplice, por lo que es indispensable contar con algún criterio que permita establecer la distinción, Como señala Bacigalupo, el criterio correcto debe establecer si la división de tareas acordada importa una subordinación de unos respecto de otros. Para la existencia de coautoría es necesario que no haya subordinación a la voluntad de uno o de varios que mantengan en sus manos la decisión sobre la consumación del delito" (Bacigalupo, 2018, 32).

Tiempo atrás se venía manteniendo la teoría del acuerdo previo, conforme a la cual basta con el *pactum scaeleris* y no es necesario que el sujeto realice aportación alguna, dado que la delincuencia no se determina por la intervención en el mal físico causado, sino por la concurrencia del elemento intencional en relación con el hecho externo que la manifiesta. Sin duda, con esta teoría se destruye cualquier distinción entre autores, coautores, inductores, cómplices, etc. Con toda razón, y de forma acertada y exhaustiva, esta tesis fue criticada por Gimbernat (Gimbernat Ordeig, 2016, 187).

Para una conceptualización correcta de la coautoría. Es preciso tener en cuenta las siguientes reglas:

Sin aporte no es posible coautoría; cualquier aporte no da lugar a coautoría; y, no todo común acuerdo configura una coautoría. Es preciso el dominio del hecho con todos los requisitos que la conforman. También debe tenerse presente que el aporte ha de ser esencial; con esta expresión, en modo alguno se afirma que sea causal, aporte esencial y aporte causal no son sinónimos.

Villavicencio dice que el codominio del hecho es una consecuencia de una decisión conjunta, pero el problema se presenta al tratar de identificar la decisión conjunta que fundamenta la coautoría de la división de tareas acordadas entre autor y cómplice. El criterio correcto de distinción está en si la división de tareas acordadas importa o no subordinación de unos respecto de otros (Villavicencio Terreros, 2016, 278).

Hans Herinich Jescheck fundamenta el dominio del hecho, el cual debe ser conjunto, cada coautor domina el suceso global en colaboración con otro o con otros. Por consiguiente la coautoría consiste en una división de trabajo, que hace posible el delito, lo facilita o disminuye sustancialmente el riesgo del hecho, es por ello que en éste aspecto objetivo cada coautor debe mostrar una determinada medida de significado funcional, de forma que el desarrollo de cada uno del papel que le corresponde se presente como una pieza esencial de la realización del plan delictivo conjunto (dominio funcional) (Jeschek & Weigend, 2018, 267).

➤ **Aportación en Fase Ejecutiva:**

Otra cuestión que se debe tener en cuenta es la del momento en el que se produce la aportación del interviniente: El coautor tiene que realizar su aportación en fase ejecutiva. En otras palabras, su contribución tiene que ser actualizada al momento de la realización del tipo. La razón es clara, solo así puede decirse que el sujeto tiene el dominio del hecho. Esto conduce a que la misma contribución pueda tener un significado distinto para el derecho en virtud del momento en que se produzca.

Así pues: un aporte esencial durante la ejecución dará lugar a la coautoría; el mismo aporte, pero durante la preparación dará lugar, a la cooperación necesaria. Los demás aportes, es decir, los no esenciales, tanto tengan lugar durante la ejecución como durante la preparación, deberán considerarse complicidad

Por ello, Roxin afirma que "lo importante es saber si la realización estructurada del hecho tiene lugar en la preparación o durante la ejecución del hecho. Sólo en el último caso puede existir una coautoría, mientras que en los restantes casos debe imponerse una pena de cómplice" (Roxin, 2015, 254).

1.1.3.5 La prohibición de Regreso como Límite a la Coautoría

Sin embargo, otros autores, por el contrario, han encontrado una explicación a la problemática anterior sin tener que recurrir a la existencia de un elemento subjetivo; ello obedece, a una consideración distinta de la estructura de la coautoría.

La inexigencia del acuerdo como elemento subjetivo de la coautoría no puede explicarse sin una referencia a su concepción global de la autoría y la participación dentro de su peculiar sistema jurídico-penal.

La teoría de la intervención delictiva se configura como una parte de la teoría de la imputación objetiva del comportamiento, articulada en este ámbito, fundamentalmente, a través del principio de prohibición de regreso. Se sostiene que mediante este principio es posible limitar la responsabilidad jurídico-penal en los delitos de resultado de comisión activa, en el sentido de que la responsabilidad no puede afirmarse en los supuestos en los que, pese a que la acción del sujeto es causal para el resultado, no existe una comunidad normativa con el ejecutor en la producción del mismo.

1.2 La Teoría sobre los Delitos de Infracción de Deber

ROXIN, representante de la teoría del dominio del hecho, ante el estudio de delitos especiales, consideró que, en algunos de ellos, para determinar quién era autor del delito, no era importante el dominio que se tuviera sobre el hecho, sino que lo relevante era establecer en cabeza de quién se encontraba el deber especialísimo de protección al bien jurídico, sin importar si tenía o no el dominio del hecho. (Roxin, 2015, 198)

Así, las cosas, autor sería aquel que había infringido el deber especial, sin importar el dominio del hecho que hubiera tenido, un deber que -además- era de carácter personalísimo.

Luzón Peña señala especialmente como ejemplos de delitos de infracción de deber a los delitos de funcionarios públicos, o de garantes en los delitos de comisión por omisión u omisión impropia. (Luzón Peña, 2015, 305).

Torres Tópaga, concluye sobre el particular asegurando que:

ROXIN sostiene una tesis diferenciadora para determinar la autoría, ya que depende si estamos frente a delito de dominio o de infracción de deber; afirmando frente a los primeros la importancia del dominio del hecho para establecer quién es autor, mientras que en los segundos la autoría se determina por la infracción del deber por parte de la persona que lo tiene.

Si se analiza un poco el origen y las consecuencias de los delitos de infracción de deber, tal y como lo concibió ROXIN, vemos que el asunto se inició por el estudio de ciertos tipos penales donde se encontraban unos deberes especialísimos en cabeza de unos sujetos, de manera que lo importante era determinar si la persona titular de ese deber lo había cumplido o no; para nada afectaba si el sujeto permitía que otra persona vulnerara el bien jurídico relacionado con el deber, o si lo que realizaba el sujeto titular del deber era una simple ayuda a otro, o si lo que hacía era inducir a otro a la vulneración de ese deber jurídico; lo verdaderamente relevante era que el sujeto titular de ese deber en todos estos casos (ayudar, permitir, inducir) había incumplido con su deber, por lo tanto era a esta persona a quien estaba dirigido ese tipo penal, era a él a quien se le había encargado el cumplimiento de un especial deber, por lo tanto era quien debía responder a título de autor. (Torres Tópaga, 2004, 4)

Nótese que el autor afirma las dos posiciones de Roxin para valorar la autoría en los delitos penales. Una referida al dominio de hecho que resulta de aplicación general y otra referida a la los delitos configurados como de infracción de deber, condicionados entonces a la no utilización de la teoría de dominio del hecho para definir la autoría, sino a la infracción del deber de determinadas personas que lo infringen, sin importar el dominio del hecho que pudieran tener sobre el ilícito.

Así, la forma de definir la autoría en este tipo de delitos, dependerá de la infracción de ese deber que especialmente es atribuido al funcionario público, deber que no se encuentra descrito exactamente en la norma penal, sino que se encuentra recogido en otras normas extrapenales.

En consecuencia, en los delitos de infracción de deber siempre será autor aquella persona a la que se le encomienda el deber especialísimo que se encuentra incumplido y el particular involucrado en el tipo penal siempre lo será en concepto de cómplice, u otro tipo de participación que no sea la autoría, a vistas de que no es el que tiene atribuida la misión del deber especialísimo considerado imprescindible para la autoría en este tipo de delitos.

Por ello, a diferencia de los delitos de dominio donde lo relevante para determinar la autoría y participación resulta el dominio del hecho, en los delitos de infracción de deber como, por ejemplo, los delitos de los funcionarios públicos, no es necesario tener dominio de la acción delictiva, sino que lo determinante para definir la autoría será la infracción del deber dispensada por el funcionario público en cuestión. No importa el aporte causal de quien domine la acción, lo importante resulta, únicamente, de la conducta infractora de un deber extrapenal.

Sobre la coautoría en este tipo de delitos de infracción de deber, continúa diciendo Torres Tópaga que:

Si autor sólo puede ser la persona que infringe el deber especialísimo, la coautoría únicamente podrá existir en los eventos en que varias personas sean titulares del mismo deber y lo infrinjan de manera conjunta.

Algunos consideran que en este tipo de delitos no es posible hablar de coautoría, ya que lo que existe es una violación por parte de cada uno del deber especial, de manera que se estaría enfrente de una autoría por cada uno. ROXIN resalta la importancia de la coautoría ya que de otra manera se llegaría a la inconcebible situación de encontrarse frente a partícipes con infracción de deber y partícipes sin infracción de deber, de manera que lo correcto es que en eventos donde exista infracción de deber las personas que lo infrinjan sean consideradas coautores de ese delito. (Torres Tópaga, 2004,8).

Así que la coautoría en este tipo de delitos solo podrá ser considerada en el caso de que varias personas sean titulares del mismo deber y se salten ese deber conjuntamente, incluso la doctrina ha considerado en algunos casos que se trata de una autoría independiente.

Por otro lado, en cuanto a la participación, en los delitos de este tipo de configuración, la persona que tiene ese deber especialísimo que se considera infringido no puede constituirse en partícipe, aunque no domine el hecho, porque siempre será autor dada la infracción del deber exigida.

Partícipe, según la teoría de los delitos de infracción de deber, será solo aquel que coopera en la realización del tipo sin vulnerar el deber especial extrapenal fundamentador de la autoría.

1.3 La fe Pública como Bien Jurídico Tutelado en los Delitos contra la Fe Pública. La falsedad de Documento Público.

La tesis de la fe pública como único bien jurídico tutelado en los delitos contra la fe pública es originaria de la doctrina italiana. Parte de la doctrina italiana considera que la diferencia entre lo que constituye fe privada y pública, radica en que la fe privada es aquella confianza que el hombre tiene por naturaleza en el tráfico dentro de una sociedad natural; sin embargo, la fe pública aparece cuando aparece la sociedad estructurada jurídicamente que instituye una determinada autoridad, por la cual nace entre los ciudadanos una fe que proviene de lo prescrito por la autoridad que la impone. Otros por su parte, consideran que la fe pública es una creencia social, objetivamente configurada, y otra tercera postura nace de la consideración del delito de falsedad como delito pluriofensivo, con múltiples objetos tutelados (Villacampa Estiarte, 2017, 28).

En Alemania, por su parte, la historia de estos delitos de falsedad es diferente. La gran mayoría ha considerado que la falsedad tutela la fiabilidad y seguridad del tráfico. Aunque esta consideración no se aparta definitivamente de la que en Italia define la tutela a la fe pública de estos delitos. Es cierto que la fiabilidad o seguridad del tráfico introduce un aspecto finalístico que no contempla la teoría de la fe pública como bien jurídico protegido, pero tampoco logra concretar el bien jurídico protegido de los delitos de falsedad documental (Villacampa Estiarte, 2017, 32).

Sin embargo, en Alemania ocurre una evolución hacia la concreción del bien jurídico tutelado en tales casos de falsedad documental hacia posiciones que intentan definir al bien jurídico protegido en la autenticidad del documento como prueba, o en la necesidad de proteger la función de garantía de seguridad del propio documento. (Villacampa Estiarte, 2017, 40).

Comenta Villacampa, que Binding en Alemania revolucionó el tratamiento de estos delitos desde el ámbito de su bien jurídicamente tutelado, porque abandona los criterios generales de fe pública o seguridad del tráfico, para centrarse en el documento y su valor probatorio, no solo en el ámbito judicial, sino también extrajudicial y trata de explicar que el bien jurídico que protege la

falsedad documental es la prueba auténtica. Sin embargo, otros han tratado de concretar el interés jurídico protegido en la eficacia probatoria del documento como De Marisco (citado por Villacampa Estiarte, 2017, 45).

Por lo anterior, para ofrecer una definición de falsedad es preciso hacer un estudio del tipo regulado normativamente por los Códigos, puesto que el ilícito en estos delitos lo constituye el atentado a las funciones del documento, por lo cual, es preciso abandonar la idea de que falso es todo aquello diferente a la verdad.

La doctrina italiana ha tratado de diferenciar la falsedad material de la ideológica, identificando a la falsedad material como aquella que afecta la materialidad o forma del documento, e identifican la falsedad ideológica en aquellos casos que se altera su contenido o sustancia, así concluyen que la falsedad será material cuando la falsedad recaiga sobre el soporte mismo del documento, y será ideológica cuando recaiga sobre las ideas que en él se encuentran plasmadas (Villacampa Estiarte, 2017, 241).

En la doctrina española esta idea de diferenciar las falsedades porque ella afecte al soporte documental o a su contenido, también ha tenido acogida. Por ejemplo, Jiménez Asenjo, asegura que “la falsedad material consiste en la mutación o alteración parcial o total de los elementos materiales de un documento”, sin embargo, la ideológica “afecta al fondo o contenido del documento haciendo constar en él, algo que no es verdadero” (Jiménez Asenjo, 2019, 485).

Sin embargo, la utilización del criterio de alteración soporte material o contenido para diferenciar los tipos de falsedad material e ideológica se hace indeterminado y obliga a la doctrina a buscar criterios más precisos. De ahí, que se haya evolucionado hasta considerar que la falsedad material afecta la autenticidad o legitimidad de un documento, y la falsedad ideológica afecta su veracidad. Para los autores que parten de tales ideas, la falsedad material es aquella acción de la que resulta un documento ilegítimo y la falsedad ideológica aquella acción de la que resulta un documento no verdadero. En consecuencia, pudiera precisarse que la falsedad ideológica solo puede ser cometida por aquellas personas que tienen la obligación jurídica de decir la verdad como los funcionarios públicos,

por ejemplo, y en tal razón, la falsedad ideológica no se predica de los documentos privados, solo de aquellos que tienen carácter público.

Sin embargo, el documento afectado por falsedad material es aquel ilegítimo, falta de autenticidad. Para tratar de definir lo ilegítimo o falta de autenticidad, resulta imprescindible definir la legitimidad o autenticidad. Por ello, puede afirmarse que auténtico es aquel documento que procede de su autor real y no ha sido alterado. Este es criterio mayoritario en la doctrina italiana y española.

Sin embargo, es de destacar la tesis de Carrara sobre la diferenciación entre falsedad material e ideológica. Carrara parte de la concepción de que falsedad documental solo hay una, la falsedad material; porque los supuestos de falsedad ideológica tienen una naturaleza diferente, tienen naturaleza de fraude. (Carrara, 2018, 288)

Sobre la posibilidad de que los Notarios en su función cometan falsedad dice Carrara que cuando el Notario declara falsamente sobre el presente comete siempre falsedad material, es decir, que el Notario debe describir lo que está sucediendo en la actualidad y que lo perciben sus sentidos, por eso, no pueden cometer falsedad ideológica, las partes sí, pero el Notario no. Para Carrara, el Notario debe ser un espejo de la realidad que describe, y si ahí hay alguna alteración, la materialidad del relato se ve afectada y por eso será siempre falsedad material, pero no puede cometer falsedad ideológica porque no puede modificar el relato a conveniencia, eso lo pueden hacer solo las partes.

Como es de notar la discusión doctrinal sobre los conceptos de falsedad material e ideológica, no es pacífica por ello, resulta imprescindible en este estudio adaptar tales teorías a la regulación normativa que hace el Código Penal boliviano que en adelante es materia de análisis.

CAPÍTULO II

2 Análisis Crítico sobre la Normativa Nacional y Extranjera en Relación a la Coautoría y Otras Formas de Participación Notarial en Delitos de Falsedad Material o Ideológica de Documentos Públicos

El presente capítulo tiene la intención de analizar desde una perspectiva crítica la normativa que rige la autoría, coautoría y otras formas de participación notarial en delitos de falsedad material o ideológica de documentos públicos. Incluso, se pretende escudriñar la jurisprudencia nacional que de alguna forma ha llegado a tratar estos asuntos. Se aborda -además- el estudio del derecho extranjero sobre el tema en estudio utilizando el método de derecho comparado.

2.1 Análisis Crítico de la Regulación de la Coautoría y la Participación en el Código Penal Boliviano

En esta oportunidad se va a detener el estudio en los artículos 20, 22 y 23 del vigente Código Penal boliviano que forman parte del Capítulo III “Participación criminal” del Título II del Código penal vigente. Pero es preciso aclarar algunas cuestiones antes.

Mir Puig, afirma que “autoría es pertenencia del hecho; es autor todo aquel que realiza el hecho en condiciones tales que puede imputársele como suyo” (Mir Puig, 2018, 237).

Es este, otro de los debatidos tópicos que hoy agitan a la doctrina penal que deben tenerse en cuenta para analizar la postura asumida en la materia por el Código Penal, mediante la asunción legal y toma de postura con relación al concepto extensivo de autor, apoyado sobre el mencionado criterio de la equivalencia de las condiciones, lo que hace el concepto de autor más amplio con relación al ontológico, debiéndose reconocer que se trata de una asimilación extensiva (*latu sensu*) de dicha categoría jurídica, la cual culmina en la nombrada Teoría del dominio funcional del hecho, obra de Welzel (Welzel, 2018, 123), (prevaleciente actualmente en el campo de la autoría, con la cual se pone en entredicho el principio de accesoriedad).

El art. 30 C.P., consagra el principio de accesoriedad, que presupone la existencia de un hecho principal, sin cuya presencia no puede haber participación. Señala Jescheck (Jescheck & Weigend, 2018, 98) que “la participación no integra un tipo delictivo autónomo, sino un simple concepto de referencia”, lo cual significa, sin más, que aquella requiere para su existencia de un hecho principal que es realizado por el autor, pues el concepto de autor se basa más en la idea del dominio (autor es quien ostenta el dominio del acto, por ende, su desarrollo) que en el tradicional de ejecución.

Sólo debe atenderse que puede ser autor y dominador del hecho la figura central y clave de los sucesos de actuación concreta que se muestran como realizadores del tipo penal.

Se admiten tres formas de manifestación del dominio del hecho; el dominio de la acción, que se refiere a la realización directa del tipo doloso (autor directo), por propia mano del tipo; el dominio de la voluntad, que corresponde a la autoría mediata, manifestada como instrumentalización de otro y, finalmente, se habla del dominio funcional del hecho, correspondiente a la coautoría y que hace referencia al concurso de varios en la realización del hecho según división de trabajo o de funciones.

En el campo empírico de las formas de intervención criminal se sitúa un amplio ámbito de actuación delictiva donde el comportamiento humano se estructura de manera diferente para cometer el hecho en concepto de autor: cuando la conducta típica se realiza conjuntamente por varias personas, ya sea de forma inmediata o mediata (coautoría como dominio funcional del hecho). En esta situación se plantea el problema de dilucidar si todos los participantes en dicho proceso deben responder criminalmente de forma independiente por la realización de un hecho injusto propio, (Coautoría) o bien de forma dependiente por la contribución a un hecho injusto ajeno (participación). Aquí, claro está, la referencia es a las formas de participación que incluye el Código Penal Boliviano, Instigador artículo 22 y complicidad artículo 23.

La diferencia entre ambas formas de intervención criminal no es cuantitativa, sino cualitativa, en cuanto que la autoría supone la realización de un tipo principal

(hecho injusto propio), mientras que la participación supone la realización de un tipo de referencia, mediante la cooperación accesoria para que otro (autor) realice el tipo penal (hecho injusto ajeno).

Hay que establecer los principios y presupuestos que permitan diferenciar y ordenar correctamente la autoría y la participación, siendo consciente de que sus límites no son precisos, ya que este campo empírico está demasiado abierto y se producen constantes transiciones entre ambos tipos de intervención criminal.

No cabe duda que la distinción entre la coautoría y la participación constituye uno de los principales y más complejos problemas en la teoría de la codeinencia.

Es necesario entonces precisar aquí algunas formas especiales de coautoría que describe la doctrina: la sucesiva, alternativa o aditiva, pero antes se hace referencia a la autoría accesoria.

Autoría Accesoria

En la autoría accesoria dos o más personas, sin común acuerdo, actuando cada una de forma independiente de la otra y desconociendo la actuación de las otras, producen un resultado típico. No se consideran coautores porque no existe entre ellos el acuerdo previo.

No procede aquí entonces, el principio de imputación recíproca de las contribuciones propio de la coautoría, si no que la aportación de cada autor accesorio debe considerarse por sí mismo, con independencia de las aportaciones de los otros autores, lo que implica que cada autor accesorio responde únicamente por lo realizado por sí mismo, a diferencia de lo que sucede con la coautoría en la que el coautor responde del conjunto y por todo lo realizado por los otros coautores.

Precisamente, donde se dan con mayor frecuencia los supuestos de autoría accesoria es en el ámbito de los delitos imprudentes.

Coautoría Sucesiva

Se presenta cuando una persona participa en un hecho cuya acción se inició en régimen de autoría única por otro sujeto, a fin de, acoplando su actuación con la

de éste, lograr la consumación. No se requiere un acuerdo expreso. Es decir, alguien participa co-dominando el hecho en un delito que otro ya ha comenzado a ejecutar. El coautor sucesivo únicamente responderá de lo que suceda con posterioridad a su intervención, no de lo que ha ocurrido anteriormente por iniciativa del que comenzó a perpetrar el delito.

Coautoría Alternativa

Aparece cuando se trata de aportes de distintas personas en las que cada aporte previsto realiza por completo el tipo, pero que únicamente pueden producirse de forma alternativa, bien el aporte de una o de la otra persona.

Igualmente se define como el acuerdo de voluntades que determina que el hecho no lo realice por sí solo un sujeto determinado, sino cualquiera del colectivo alternativamente, dependiendo de las circunstancias más propicias para la ejecución. Un ejemplo sería cuando dos asaltantes se han puesto de acuerdo para arrebatar a un mensajero su carga porque porta gran cantidad de efectivo, pero no saben cuál será su recorrido, porque tiene dos recorridos distintos, entonces hasta que la víctima no toma su ruta ninguno de los dos sabe quien tendrá que perpetrar el hecho punible.

Coautoría Aditiva

Aparece cuando varias personas siguiendo la decisión común realizan al mismo tiempo la acción ejecutiva, pero solo alguna, o algunas de las acciones de dichas personas producirán el resultado típico.

No se trata de lo que algunos doctrinantes llaman la coautoría necesaria que es la que se produce en el caso de los delitos plurisubjetivos, es decir, los que exigen que la acción sea cometida necesariamente por una pluralidad de sujetos.

En la coautoría aditiva ocurre una agresión en grupo en la cual varios sujetos con la decisión compartida realizan al mismo tiempo la acción, pero se desconoce cuál de las aportaciones producirá el resultado.

Tales supuestos deberán resolverse de la misma manera que la coautoría alternativa, es decir, admitiendo que se trata de un caso de autoría, pues ante

las diferentes contribuciones, cada una de ellas sería esencial y necesaria para la consecución del resultado.

Cuando surge la diferenciación entre autor y partícipe, se fundaba en criterios estrictamente causales, a partir de Carrara y, subjetivos en el finalismo, desdoblándolos, a su vez, en desvalor de acto y desvalor de resultado, o sea, el momento ex - ante y el ex - post del hecho, en su manifestación criminal, que vienen a conjugar, garantísticamente, las fases subjetiva y objetiva, del delito, para examinar en aquella la relación entre complicidad psíquica e imputación objetiva, dado el vínculo entre peligrosidad y relación de riesgo.

Los partícipes, en la teoría del dominio del hecho, no disponen de tal dominio, pero contribuyen, aportando una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva. Por lo tanto, a todos ellos pertenece el hecho, que es obra inmediata de todos, quienes comparten su realización al distribuirse los distintos actos por medio de los cuales tiene lugar, habida cuenta del “plan común” que los identifica dando lugar a un curso causal susceptible de producir un daño.

La autoría mediata, autor detrás del autor material, que retiene en sus manos el curso causal y puede decidir sobre el sí y el cómo de la realización de la conducta punible y, quien, en últimas, posee todo el dominio de la realización del ilícito, ya que está dada (la autoría), por la importancia de que la aportación objetiva del imputado en la fase ejecutiva, contribuya a dominar el hecho el autor de un delito es quien realiza el tipo penal dominando su ejecución, que puede realizar por sí mismo (autoría directa), conjuntamente de acuerdo con otros (coautoría) o a través de otro (autoría mediata).

Anota Zaffaroni, que no puede fundarse en criterios puramente objetivos, ni puramente subjetivos, sino que abarca ambos aspectos y requiere una concretización en el caso efectivamente dado, en orden a distinguir al autor, del cómplice (art. 23 C.P.), pues en este se dan acciones de ayuda sin participar en la decisión, ni en el dominio final del hecho, de conformidad con la visión del padre del finalismo quien al cargar el énfasis en el control del curso causal, acoge sin esfuerzo a la figura del autor mediato (al ser un desvalor de acción), desplazando al cómplice, que es el que facilite o coopere a la ejecución del

hecho antijurídico doloso o presta asistencia o ayuda con posterioridad al hecho en virtud de promesas anteriores. Es decir, presta colaboración al hecho sin dominar el curso de acción, mucho menos el suceso final en tal forma que aún sin esa ayuda se habría cometido (Zaffaroni, 2016, 43).

Aquí radica la diferencia pues, a la inversa, existen sujetos que sin ejecutar de propia mano un tipo penal son autores si son titulares del dominio del hecho. En otras palabras, es autor quien domina la respectiva acción típica, por poseer todo el dominio de la realización del delito.

El concepto de autor acogido en el Código Penal no deriva directamente del concepto de acción sino de la concepción personal de lo injusto en que se inspira el legislador, configurando una nueva forma de imputación jurídica delictiva, que supera la concepción clásica del delito como acción, dada la insuficiencia de esta noción, en la evolución de las ciencias sociales, en donde el derecho penal cumple su función, habida cuenta, de los intentos de vincular la imputación objetiva del resultado a la realización de cuatro nexos de imputación: nexo condicional; nexo de adecuación; nexo del fin de protección de la norma y nexo de la realización del peligro, que corresponde ahora estudiar frente a la configuración del injusto en la dogmática dominante.

Viene a ser la autoría, en esta óptica, -siguiendo a Roxin - un concepto abierto, tanto es así que los inductores o determinadores, vienen a ser verdaderos autores morales, en el fondo, al imponérseles la pena prevista para el delito, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23 C.P.B., lo cual significa que toda contribución causal a un ataque a un bien jurídico penalmente amparado constituye una participación punible (Roxin, 2015, 46).

El Código Penal, no define la coautoría en sí, acoge, sin más, un concepto tradicional de ejecución, de realización conjunta o cooperación necesaria, inspirado, además, en una concepción personal del injusto típico, permite -en consecuencia que sea considerado autor el coautor que realiza una acción conjuntamente, o los que dolosamente prestan una cooperación necesaria, aunque no sea un acto típico en sentido estricto, pero debiendo participar, en todo caso, de la idéntica resolución delictiva, mediando un acuerdo común, con

la advertencia que deben realizar los actos ejecutivos que le correspondan funcionalmente; por ejemplo, vendiendo el producto del hurto.

Si se examina el artículo 20 del Código Penal a la luz de las teorías, se advierte fácilmente que excluye las teorías subjetivas, porque no es autor quien quiere como propio el hecho o quien actúa en interés propio, sino quien realiza la conducta punible, descrita en el tipo penal. Así esta norma introduce el concepto de coautoría por la vía de la ejecución de la acción penal y por el dominio de hecho. Se trata de la ejecución de un delito cometido conjuntamente por varias personas que participan voluntaria y conscientemente de acuerdo con una división de funciones de índole necesaria.

Esta postura abandona el concepto unitario de autor, dando entrada al criterio de la equivalencia de las condiciones para la definición de la autoría.

Asimismo, cabe reiterar que los co-autores deben observar las siguientes condiciones: a) ejecución del hecho en común; b) aportación causal, pues los coautores deben realizar los actos ejecutivos que les correspondan funcionalmente, no interesando, al efecto, ni la distancia, ni la simultaneidad, por ejemplo: el jefe de la banda que, sin embargo, puede reservarse una parte no ejecutiva en la realización efectiva del hecho, adquiriendo la calidad de coautor. Se presenta aquí la llamada disociación entre quien actúa y quien planifica el hecho criminal. Generalmente, el que planifica no ve finalmente a la víctima. Cada autor es responsable por el acuerdo común y, por tanto, responde por lo que salga del plan común.

De la misma manera, se distingue, entre a) el dominio de la acción, emanada del autor, en sus vertientes objetiva y subjetiva, b) el dominio funcional del hecho (autoría funcional), pues se basa en la división del trabajo y sirve de fundamento a la coautoría (alude, justamente, al concurso de varios en la realización del hecho según dicha división de funciones, y c) el dominio de la voluntad, de la autoría mediata, que ocurre cuando alguien, que no participa en la ejecución de propia mano, pero que ejerce un dominio sobre la voluntad del ejecutor, realiza por este dominio de la voluntad ajena, el delito.

Es coautor, enseña Jescheck, "...todo aquel que ha contribuido a causar el resultado típico, sin necesidad de que su contribución al hecho consista en una acción típica..." (Jeschek & Weigend, 2018, 894). Debe partirse de las previsiones contempladas en el artículo 20 del Código penal, según las cuales la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado ya que allí se da un privilegio al disvalor de acto que, a partir de un juicio ex-ante, abarca el comportamiento humano en toda su extensión (acción-omisión), dejando por fuera los simples procesos causales que son problemas con incidencia en la antijuridicidad, dando entrada a la Teoría Jurídica del delito.

Concepto de la Co-autoría

Dicha figura debe ser interpretada según el fin de la ley (teleológicamente), dentro de la teoría jurídica del delito, inexorablemente se debe construir teleológica y sistemáticamente un esquema (Art. 20 C.P.B) al que se le debe colocar, como contenido, lo que esta construcción dogmática dice bien puede afirmarse que esta figura, parte de la vinculación de propósito y solidaridad en la acción común emprendida, viniendo a quedar todos los intervinientes ligados por la misma y única relación causal e idéntica responsabilidad penal, siendo sus requisitos básicos, para su aplicación legal en el marco de la descripción recogida en el citado artículo 20, el acuerdo común, traducido en un concierto previo, unido a voluntades encaminadas a idéntico fin (división de trabajo) que supone la fase ejecutiva del inter criminis (actuar).

Para determinar el co-dominio del hecho, fundamento de la coautoría, es indispensable la concurrencia de dos condiciones: la decisión común (el acuerdo) y realización en conjunto, lo que equivale a la división del trabajo, indicador de conocimiento del hecho y voluntad concorde y libre de llevarlo a cabo, debiendo tener la conducta de cada uno, entidad bastante para operar como condición causal de la equivalencia de las condiciones y el comportamiento en equipo.

En cuanto a la primera exigencia, ella fundamenta y limita, a la vez, la unidad de la coautoría; por lo tanto, determina la conexión de las partes del hecho llevadas a cabo por distintas personas. No obstante, en la práctica procesal, es difícil

determinar esta decisión común pues, a manera de ejemplo, el simple estar de acuerdo con los que actúan dolosamente no es suficiente, ya que para esto también existe el autor y el cómplice, como indica la doctrina, lo cual debe interpretarse, desde luego, en aquellos casos en donde no sea posible verificar el compromiso penal integral de los concurrentes.

El concierto de voluntades determina la división de funciones en el proceso ejecutivo (fase externa del inter criminis). Esto conduce, necesariamente, a que no se pueda distinguir objetivamente entre autoría y participación desde el punto de vista causal, lo que viene a explicar el concepto extensivo de autor, siguiendo la teoría de la equivalencia o sine qua non, pues las distintas acciones de los concurrentes no pueden contemplarse aisladamente, como si fueran independientes recíprocamente, cuando en realidad son conexas, tanto material como moralmente.

En cuanto a la segunda exigencia –realización en conjunto- el co-dominio del hecho debe ser consecuencia de una decisión conjunta que ha desplazado la teoría del acuerdo previo, ya que importa más la realización del hecho que dicho acuerdo; así las cosas, existe co-autoría si no hay subordinación, pero debe además recurrirse a comprobar la realización común del hecho. Así es co-autor, por ejemplo, el caso del sujeto que amenaza al público en un asalto, en cambio, será cómplice el sujeto subordinado que debe preparar las armas para el asalto.

Es así como este acuerdo mutuo convierte las distintas contribuciones en partes de un plan global, dando origen al principio de la imputación recíproca, pues todo lo que haga cada uno de los co-autores es imputable a los demás, postura ésta que debe manejarse con especial cuidado, frente a las previsiones del Art. 22 y 23 C.P., sobre la participación.

Para determinar la co-autoría debe analizarse la naturaleza del aporte del hecho, lo que se remite al aspecto procesal-probatorio, pues ella establecerá la existencia o no del co-dominio del hecho. Si los sujetos que actúan en común acuerdo, individualmente considerados, realizan la acción, serán co-autores, salvo que se exijan calidades especiales requeridas por el tipo.

También será co-autor quien realiza parcialmente las características del tipo, siempre que, considerados todos los aportes en su conjunto, originen el tipo, lo cual supone una relación de independencia funcional apoyada, se ha visto antes, en el principio de la división del trabajo, es decir, que cada coautor complemente con su parte en el hecho, la de los demás en la totalidad del delito, integrándose un todo unitario atribuible a cada uno de ellos.

En lo que respecta al tercer requisito señalado, vale decir, la realización común (aporte objetivo del hecho), debe precisarse la exigencia de que el sujeto haga un aporte en el sentido indicado, que venga a encontrarse en una relación de independencia funcional apoyada sobre el principio de la división del trabajo, o sea, que cada co-autor complemente con su parte en el hecho la de los demás en la totalidad del delito, integrándose un todo unitario atribuible a cada uno de ellos.

Para calificar dicha figura típica, es esencial tomar en cuenta la conducta de los sujetos en forma colectiva, los que intervienen como tal en la ejecución del delito; o sea, no sólo se deben considerar co-autores a los que ejecutan en sentido estricto el delito sino también a todos los que aporten una parte esencial al plan de ejecución.

Para el destacado profesor Alberto Hernández Esquivel, en su estudio sobre " El concurso de personas en el delito " se puede concluir que;

Será autor quien realiza en forma total la conducta prevista en el tipo penal,(...)Será también autor y su actuación se s se subsuman integralmente al tipo penal: son los casos llamados por el profesor REYES de coautoría material propia, o paralela para ZAFFARONI.(...) también se analizará con base en el tipo mismo, sin necesidad del dispositivo amplificador, quien concurre con otra u otras personas a la realización del hecho punible, siempre que los actos realizados por cada uno, independientemente considerado serán del mismo calificativo de autor quien conjuntamente con otras personas realiza la conducta prevista en el tipo penal, pero a diferencia de los anteriores, su contribución no constituye por sí sola delito ni se subsume directamente en la disposición

penal que describe la conducta y solo adquiere sentido en la medida que se integre con la de los demás partícipes; en este evento el aporte es de tal importancia que tiene en sus manos el manejo del proceso causal y por lo tanto puede hacer que se produzca el resultado con su aporte o evitarlo negándose a contribuir, vale decir, teniendo el dominio funcional del hecho. (Hernández Esquivel, 1993, 70)

Respecto de la teoría de la participación delictual, existen varias vías doctrinales interpretativas, entre ellas, las siguientes:

- A. Teoría objetiva estricta: según esta es autor el que intervenga en el hecho delictivo, intervención que determina la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones, también es conocida como concepto extensivo de autor.
- B. Teoría objetivo-formal. Restrictiva del concepto de autor, considera que es autoría quien realiza el verbo rector.
- C. Teoría Objetiva, autor es quien actúa en interés propio, de tal forma que todo aquel que actúa en interés ajeno es partícipe.
- D. Teoría del Dominio del hecho, autor es quien tiene el dominio del hecho, debiendo participar en su realización. Siendo éste el criterio de mayor aceptación por la doctrina moderna del derecho penal, por ser mas compatible con el derecho penal de acto, orientado hacia la punición racional y realizador de una concepción personalista del ius puniendi. Partiendo de este principio del dominio del hecho como criterio para la determinación de quien sea autor del hecho punible se rige sobre la base de tres criterios a manera de requisitos configuradores, de tal forma que la ausencia de alguno o de todos ellos ocasiona el abandono del estudio de la figura y obliga, en consecuencia, al estudio de la participación criminal en forma estricta, así:
 - 1. El dominio del hecho está repartido en varios sujetos, criterio conocido como "codominio del hecho"
 - 2. Debe existir contribución material suficiente de un sujeto al aporte objetivo a la realización del hecho.
 - 3. Existencia de plan común o acuerdo previo.

Como se dijo la ausencia de uno o varios elementos elimina la posibilidad de aplicar la coautoría y obliga a buscar la responsabilidad penal en la participación estricta esto es en los márgenes de la inducción o la complicidad.

Según Garrido Montt,

forjado el objetivo común, la finalidad, creada la voluntad de acción (que es producto de un concierto previo, que en esencia conlleva la existencia de discusión, confrontación, armonización de opiniones y criterios individuales de quienes intervienen), se hace necesaria su ejecución colectiva, donde se realiza una distribución de actividades (determinada por los coejecutores), surgiendo la necesidad de un elemento objetivo constituido por una clara y manifiesta división del trabajo delictivo.... unos pueden quedar a nivel de dirección del plan, otros en el de preparación de los medios y condiciones de ejecución y otros hacerse cargo de su ejecución material. Pueden desarrollar unos una labor exclusivamente intelectual y tener más importancia en el plano de la realización que el hecho directo (Garrido Montt, 2019, 25)

Ahora bien: la complicidad (en estricto sentido una de las dos formas de participación criminal) "...es prestar dolosamente al autor de un delito doloso, cualquier ayuda relevante para la realización del hecho..." (Fernández Carrasquilla, 2018, 409)

Por su naturaleza y esencia la complicidad consiste en "la ejecución de acciones de ayuda sin participar en la decisión ni en el dominio final del hecho" (Welzel, 2018, 156). El cómplice, no tiene la posibilidad de realizar el injusto penal, sólo presta ayuda al autor para que pueda realizarlo (coopera con la intención de que el autor obtenga el resultado final) lo que ha dado pie para que se afirme que la complicidad es un fenómeno jurídico subordinado a la autoría. Sin que exista autor, no podría ser posible hablar de cómplice.

La diferencia entre la autoría (co-autoría) y la complicidad (forma de participación), está marcada por el dominio finalista sobre el hecho completo. El coautor se diferencia del mero cómplice, no por el aspecto exterior de su conducta, sino porque a diferencia de éste, aquél (co) posee el dominio finalista

sobre el hecho delictuoso integro. O sea, que coautor es quien, con su voluntad, controla realmente la realización del delito concertado o decidido junto con otros coautores, aun cuando después se abstenga de intervenir personalmente en la ejecución del ilícito.

2.2 El delito de Falsedad Material o Ideológica en el Código Penal Boliviano Según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia

El delito de falsedad material y de falsedad ideológica están tipificados en los artículos 198 y 199 del Código Penal vigente de la siguiente forma:

ARTÍCULO 198°.- (FALSEDAD MATERIAL). El que forjare en todo o en parte un documento público falso o alterare uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, incurrirá en privación de libertad de uno a seis años.

ARTÍCULO 199°.- (FALSEDAD IDEOLÓGICA). El que insertare o hiciere insertar en un instrumento público verdadero declaraciones falsas concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio, será sancionado con privación de libertad de uno a seis años. En ambas falsedades, si el autor fuere un funcionario público y las cometiere en el ejercicio de sus funciones, la sanción será de privación de libertad de dos a ocho años. (Bolivia, Código Penal, 2021, 98)

El Código al tipificar las figuras utiliza la diferenciación entre falsedad material e ideológica. En la primera califica como falsedad el tipo objetivo de crear un documento público falso completamente o en parte, o la alteración de uno verdadero ya existente, lo que implica la autoría de un funcionario público que pudiera ser el Notario.

Teniendo como punto de partida que la tipificación de estos delitos parte de la tutela jurídico penal a las diversas funciones que tiene el documento en el tráfico jurídico, el artículo 198 protegería la función de perpetuación, porque aquí el tipo penal define como acción punible aquella que crea un documento público total o parcialmente falso, o altera uno verdadero.

Por su parte, la tipificación de la falsedad ideológica que ordena el artículo 199 protege la función probatoria del documento porque aquí la conducta punible se relaciona con insertar o hacer insertar declaraciones falsas en un documento público verdadero, concernientes a un hecho que el documento deba probar y de esa manera en su uso probatorio pueda resultar perjuicio. Nótese que la función de garantía también estaría protegida en este tipo penal, porque sin duda, ella se vería afectada al introducir declaraciones falsas de una persona que no hizo esas declaraciones verdaderamente, o que se faltare a la verdad en la narración de los hechos, por lo que no puede verse el tipo penal como solo protector de una función determinada del documento público, sino que en algunos casos, la tutela penal se amplía a la protección de diferentes funciones del documento público en el tráfico jurídico.

El sujeto activo de tipo penal de falsedad material sería siempre el funcionario público, y es un delito cuya acción típica es de mera actividad, y de peligro porque no se penaliza la efectiva lesión del bien jurídico tutelado, sino su mera puesta en peligro. En la falsedad ideológica su configuración funciona de la misma forma.

Es válido aclarar aquí, que tanto los delitos de pura actividad como los de resultado pueden dividirse en instantáneos y permanentes según que la actividad o resultado determinen la aparición de una situación lesiva al bien jurídico de cierta duración o no; los primeros, se consumen al instante, sin crearse una situación lesiva duradera en el tiempo, mientras que los segundos suponen el mantenimiento de una situación lesiva por voluntad del autor, por lo que el delito se sigue consumando hasta que abandona la situación.

En relación en con las falsedades y el uso de documento falso dice el Auto Supremo 411 del 2014 RRC:

Solo es objetivamente imputable un resultado por una acción humana cuando dicha acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado, que se ha realizado en el resultado típico...”; en los tipos penales de falsedades contenidos en el Libro Segundo, Título IV, capítulo III del Código Penal no se requiere la producción de un daño y perjuicio efectivo,

es por ello que resulta exigente un estudio profundo de cada uno de los elementos del tipo analizado con relación al hecho delictivo en particular para poder establecer la culpabilidad sobre una persona, así como de aquellos supuestos que hacen determinar la voluntad del sujeto activo para actuar; el art. 203 del CP, señala: “El que a sabiendas hiciere uso de un documento falso o adulterado, será sancionado como si fuere autor de la falsedad”, en principio, este precepto penal, incluido dentro de las normas penales que protegen el bien jurídico, Fe Pública, tiene estrecha relación con los diferentes tipos penales de falsedad previstos en el capítulo relativo a la “Falsificación de Documentos en General” del Código Penal, tiene como verbo rector del tipo penal, hacer uso del documento falso con conocimiento de su falsedad; el referido precepto normativo penal está dirigido a castigar precisamente la conducta de agentes que no han intervenido en la elaboración del documento falso, pero que hacen uso de él, de ahí que no puede existir, por ejemplo, concurso de los delitos de falsedad (sea material o ideológica) con el uso de dicho documento, porque a la conducta del agente que labró el documento, no le alcanza el tipo penal de Uso, esta figura penal está dirigida exclusivamente a la conducta del tercero que no intervino en el forjado, pero que utilizó un documento falso, teniendo conocimiento que no era auténtico o verdadero.(Tribunal Supremo de Justicia, Auto Supremo 411, 2014, 29)

Nótese como se hace imprescindible la especialización de cada uno de estos tipos penales por sus verbos rectores y acciones típicas: en la falsedad material el que forjare en todo o en parte un documento público o alterar uno verdadero; en la falsedad ideológica, el que insertare o hiciese insertar declaraciones falsas sobre un hecho que el documento deba probar, y el tipo de uso de documento falsificado, cuyo agente no interviene en la elaboración del documento falso, sino que lo usa con conocimiento de su falsedad, lo que implica que no puede existir concurso de delitos de falsedad.

Este propio Auto Supremo más adelante y refiriéndose al delito de falsedad ideológica afirma:

(...) el delito de Falsedad Ideológica previsto en el Código Penal, la forma de tutela penal tiene una especial tendencia hacia la persecución de acciones que presentan un peligro para el bien jurídico fe pública, entendida como la existencia de una verdad oficial cuya creencia se impone a la sociedad, en sentido de que no se llega a ella por un proceso directo, sino en virtud del imperativo jurídico o coacción determinada por el poder estatal, que obliga a tener por auténticos y verídicos, determinados hechos, actos o acontecimientos.

En el caso de Bolivia, el delito de Falsedad Ideológica se halla tipificado en el art. 199 del CP, de la siguiente manera: “El que insertare o hiciere insertar en un instrumento público verdadero, declaraciones falsas a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio, será sancionado con privación de libertad de uno a seis años. En ambas falsedades, si el autor fuere funcionario público y las cometiere en el ejercicio de sus funciones, la sanción será de privación de libertad de dos a ocho años”; esto implica, en cuanto a la primera parte, que el agente puede ser cualquier persona cuya conducta esté dirigida a insertar o hacer insertar en un instrumento público verdadero, declaraciones falsas, es decir, de manera directa labrando el mismo el documento o con la intervención de un tercero, esta conducta se configura a través de la idea de creación completa, introduciendo en él los elementos que son propios del instrumento que se trate, desde su contenido, la designación del o los sujetos, siendo los demás requisitos formales verdaderos (sellos, firmas, hojas membretadas, etc.), donde los hechos referidos en él se tienen como ocurridos ante el funcionario público, por lo tanto son oponibles a diferencia de los documentos privados que sólo son oponibles entre las partes que lo suscribieron y cuyos efectos son los que ambos decidieron o admitieron, pero puede adquirir su calidad de público en el momento en que se compromete la intervención de un funcionario público para su validación como tal.

Es necesario aclarar que la potencia engañadora radica en la circunstancia de que el documento es verdadero, pero no la totalidad o

parte de su contenido, donde los rasgos objetivos del documento son suficiente para su credibilidad, la doctrina sobre este elemento plantea que la falsedad cuando incurre sobre documentos públicos, puede señalarse como un menoscabo de la Fe Pública; asimismo, debe sumarse que a esa eventual lesión se añade la posibilidad de perjuicio de otros bienes jurídicos, que pueden ser de naturaleza patrimonial o moral, y deben ser titularidad de alguien que no sea el agente de la falsificación. El tratadista Carlos Creus, en su obra "Falsificación de Documentos en General" 2a. edición actualizada. p.6, señala al respecto lo siguiente: "El carácter del instrumento, la idoneidad de la falsificación y la posibilidad de perjuicio, forman unidad en torno al concepto jurídico penal de la fe pública, al menos en el capítulo de las falsedades documentales".

Ahora bien, un aspecto a ser considerado en la redacción del tipo penal, es la frase "pueda resultar perjuicio", lo que implica que tratándose del delito de Falsedad Ideológica no resulta exigible un perjuicio real, siendo suficiente para la concurrencia de los elementos constitutivos del tipo, un perjuicio potencial, de modo que la tipicidad objetiva o el requisito objetivo para su configuración, es la potencialidad de causar perjuicio; sobre el particular, Carlos Creus, en su obra citada precedentemente, al comentar sobre el perjuicio como posibilidad respecto al delito de Falsedad Material, que al igual que el delito de Falsedad Ideológica tiene en su texto la expresión "de modo que pueda resultar perjuicio", señala: "...significa que basta con que el perjuicio obre como posibilidad. Cuando él se concreta en daño, con mayor razón se da la característica de tipicidad, sin perjuicio de que pueda originarse otro delito que concorra –material o idealmente-...se ha descripto correctamente el perjuicio potencial como el estado ´causalmente apto para lesionar la fe pública en que se encuentra el instrumento con arreglo tanto en sus condiciones objetivas –forma y destino-, como a las que se derivan del contexto de la situación. Lo posible es lo que puede ser, no lo que va a ser sino cambian las relaciones de causalidad, porque este último configura lo probable y la ley no requiere la probabilidad del perjuicio, sino la simple posibilidad de él". A su vez,

Ricardo Levenne, en su obra “Manual de Derecho Penal, Parte Especial” pág. 617 manifiesta: “Ese perjuicio no tiene que ser efectivamente sufrido, ni siquiera inminente; es suficiente con que sea potencial. La mera posibilidad es la que completa la conducta reprimida y esa posibilidad tiene que estar en la mente del autor. El dolo aquí consiste no sólo en la voluntad de cometer falsedad, sino de cometerla de modo tal que pueda causarse un perjuicio. Es irrelevante se cause o no”. Francisco Muñoz Conde, en su libro Teoría General del Delito, pág. 85 argumenta: “...es un concepto normativo en la medida en que descansa en un juicio de probabilidad de que un determinado bien pueda ser lesionado por el comportamiento realizado, aunque después esa lesión de hecho no se produzca. El juicio de peligro es pues, un juicio ex ante, que se emite situándose el juzgador en el momento en que se realizó la acción. Para establecer si la acción realizada era peligrosa para un bien jurídico, es decir, era probable que produjera su lesión”.

Bajo tales premisas, ingresando en análisis del caso, se constata que ambos tribunales concluyeron que la planilla N° 1, contenía datos falsos respecto a los seis ítems de avance de obras como primer elemento del tipo penal; empero, manifestaron que no se dio el segundo elemento referido al daño o perjuicio por no demostrarse con prueba suficiente y por la inexistencia de saldos pendientes a favor o en contra de alguna de las partes; sin embargo, conforme se manifestó precedentemente, los delitos de falsedad no requieren de la existencia de un daño o perjuicio real que bien puede concretarse o no; de manera general, se tiene como un primer presupuesto que el documento acusado como ideológicamente falso, esto es la planilla N° 1 de avance de obra, es auténtico o genuino en su forma; es decir, que su elaboración responde a uno de los requisitos contractuales para el desembolso de cierta cantidad de dinero amortizable en contrapartida a la realización de determinadas obras, si bien, en una de sus cláusulas se tiene estipulado la presentación de planillas para realizar los desembolsos, no debe olvidarse que las mismas se

presentarían una vez realizada cierta cantidad de obras sujetas a verificación por personeros de la ex prefectura.

Si bien en el presente caso, el Tribunal de Sentencia concluyó que no existió perjuicio y tal conclusión fue confirmada por el Tribunal de alzada, se reitera que, conforme la doctrina precedentemente citada, no resulta imprescindible que se concrete un daño o perjuicio real, sino un perjuicio potencial, el cual no debe ser confundido con el objeto material que son las cosas susceptibles de apropiación o con un valor económico o afectivo que debe reunir tres atributos: corporeidad, valor económico o afectivo y susceptibilidad de apropiación, por ejemplo un vehículo, dinero, etc., mientras que el objeto jurídico o bien jurídico es el bien jurídicamente tutelado, es decir el bien o derecho protegido por las leyes penales, como la vida, la integridad corporal, la libertad sexual, la fe pública, la propiedad privada, etc. Según Carlos Creus en su libro Derecho Penal parte especial Tomo 2: "El perjuicio o su peligro puede recaer sobre cualquier bien; no se restringen a los de carácter propiamente económico, ni siquiera a los de índole material, ni a los de naturaleza privada: se extienden a los inmateriales, a los públicos; hasta se mencionan como comprendidos la honra y los intereses políticos y los que puede tener el Estado en cumplimiento de determinadas actividades o en la reglamentación para la concepción de ciertas habilitaciones". (Tribunal Supremo, Auto Supremo 411, 2014, 32).

Del análisis hecho por el Auto Supremo pueden extraerse algunas precisiones sobre la falsedad ideológica. En primer lugar, la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo considera un delito de peligro, doloso, en que el agente puede ser cualquier persona que insertare o hiciera insertar en un documento formalmente verdadero, declaraciones falsas, por sí mismo o utilizando a un tercero. La fuerza para provocar el engaño en esta clase de falsedad radica en que el documento es, por sus características objetivas, perfectamente creíble y pasa por auténtico, no siéndolo; razón por la que el perjuicio recae sobre la fe pública y puede provocar daños patrimoniales o morales con el uso y la circulación del documento falsificado. En síntesis, puede asegurarse que las falsedades

documentales combinan, en su tipo penal, el carácter del instrumento, la idoneidad de su falsificación y la posibilidad del perjuicio, potencialmente percibido. Afirma el Auto Supremo “la mera posibilidad es la que completa la conducta reprimida y esa posibilidad tiene que estar en la mente del autor” (actuación dolosa) “los delitos de falsedad no requieren de la existencia de un daño o perjuicio real que bien puede concretarse o no” (Auto Supremo 411,2014, 33)

En cuanto a la falsedad material precisa el Auto Supremo 702 del 2015 RRC L lo siguiente:

(...) el ilícito en análisis se encuentra en el título IV de delitos contra la fe pública, el art. 198 del CP expresa: “El que forjare en todo o en parte un documento público falso o alterare uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, incurrirá en privación de libertad de uno (1) a seis (6) años”. Del artículo transcrito, se advierte que los elementos constitutivos del tipo penal son el forjar en todo o en parte un documento público falso o alterar uno verdadero y que pueda resultar perjuicio; es decir, la falsedad material recae necesariamente sobre un documento público, que de acuerdo al art. 1287 del CC, es el extendido con las solemnidades legales por un funcionario autorizado para darle fe pública; en el caso en análisis, el presunto documento acusado de falso a decir de la Sentencia es un documento privado de acuerdo transaccional de 14 de julio de 2008, que fue incorporado al juicio como prueba N° 26, consistente en un informe pericial en fotocopia simple; en cambio, para el Tribunal de alzada, el documento falsificado materialmente es un documento público de transferencia de lotes de terreno de propiedad del Banco Bisa S.A., lo que implica que el Tribunal de alzada no realizó una correcta aplicación de la ley sustantiva, confundiendo inclusive en el análisis del documento inculcado de falso, sin observar los elementos objetivos y subjetivos del delito en examen. (Tribunal Supremo,Auto Supremo 702, 2015, 10)

Se acredita como imprescindible que la conducta penal de la falsedad material se realice sobre un documento público, que es el extendido con las solemnidades

legales por un funcionario autorizado para darle fe pública, en este caso, interesa el actuar del Notario como autor de este delito de falsedad material.

Otra importante acotación que hace el Auto Supremo comentado es la siguiente:

Por otra parte, debe tenerse presente que con relación a la acreditación de los delitos de falsedad que atentan el bien jurídico protegido como es la fe pública, la Sentencia Constitucional 0797/2010-R de 2 de agosto, estableció el siguiente entendimiento: “Los delitos de falsedad material, falsificación de documento privado y uso de instrumento falsificado, se encuentran tipificados en los arts. 198, 200 y 203 del CP, como atentatorios a la fe pública, utilizándose en la mayoría de los casos como instrumento para ejecutar o encubrir otros delitos, o como una forma de conseguir de manera más segura y rápida sus objetivos, en los que se observan dos fenómenos, por un lado, la confianza del público en un instrumento de materialización, como es el documento; y por otro, la fragilidad que éste presenta a la hora de ser alterado en su contenido, debido a que el documento se emplea como principal medio de prueba de las relaciones jurídicas. De ahí que, el documento, basándose en su relevancia probatoria, permita garantizar un mínimo de seguridad jurídica en las relaciones lícitas.

Con la intervención del órgano representante de la sociedad y del Estado, se pretende compensar la alta seguridad que presenta el documento, frente a la relativa facilidad con la que puede ser objeto de manipulación ilícita; pues el bien jurídico protegido en el delito de falsificación de documentos, es la fe pública. En consecuencia, uno de los medios para determinar la existencia de falsedad de documentos es la prueba pericial practicada, ya sea en el proceso penal, civil u otro, y, más aún, la valoración que se otorga a estos medios probatorios, ya que sólo a través de este medio, se podrá determinar si existió o no alteración de un documento privado o público. (Tribunal Supremo, Auto Supremo 702, 2015, 7)

Aquí el Auto Supremo cita jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se ha pronunciado por la prueba efectiva en estos casos de falsedad documental, estableciendo que la prueba pericial practicada en cualquier juicio penal, civil u otro, será la determinante para establecer si existió o no falsedad documental.

2.2.1 El Notario como Autor del Delito de Falsedad Material o Ideológica Según el Código Penal Boliviano. Crítica

Para iniciar este análisis es preciso apuntar que elemento esencial del concepto penal de funcionario lo constituye la participación en el ejercicio de funciones públicas, debiendo ir pues dirigida a tal elemento material la interpretación del elemento formal o subjetivo. Justamente de ello deriva el dato de que para hablar de funcionario a efectos penales no sea necesaria la incorporación del sujeto a una entidad administrativa en régimen de Derecho público, o que baste con una dedicación temporal a la función pública sin necesidad de que se dé la nota de permanencia.

En relación con la figura del Notario, no se discute que su situación como funcionario es un tanto sui generis, puesto que su organización no se encuentra recogida en la legislación administrativa dictada con tal cometido. Constituye una figura que se encuadra en un sistema mixto entre el del funcionariado y el del profesional liberal. Su actividad se desenvuelve en el ámbito de las relaciones entre ciudadanos, reguladas en la mayoría de ocasiones por el Derecho privado, y su retribución -sujeta a unos aranceles mínimos- no se efectúa con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sino por quienes solicitan sus servicios, como ocurre con cualquier otro profesional liberal. Las características administrativas de la función notarial están precisamente en que accede al cargo a través de un concurso-oposición ordenado por el Estado y tiene además una demarcación territorial fija donde ejercer sus funciones así delegadas por el Estado.

Pese a los rasgos de profesionalidad liberal de la actividad notarial, la dación de fe pública consustancial a la figura del Notario se ha caracterizado tradicionalmente como una función pública, en tanto en cuanto el Notario contribuye con su actividad a hacer efectiva una función propia del Estado, que

consiste en dotar de fuerza probatoria reforzada a determinados documentos. En puridad, dicha función pública, que se ha denominado función certificante del Estado, es sustancialmente una función administrativa. Ello no supone que haya de ser ejercida exclusivamente por el poder ejecutivo, sino que puede ser realizada por los tres poderes e incluso ser cedida a sujetos que, no estando insertos en el organigrama administrativo, son depositarios de la misma por determinadas razones.

Teniendo en cuenta las precedentes consideraciones, no ha de haber duda acerca de la participación del Notario en el ejercicio de funciones públicas, de modo que en él concurre el requisito material u objetivo para hablar de funcionario a efectos penales. Sólo un entendimiento excesivamente formal del concepto penal de funcionario que lo identificara con el funcionario estatutario del Derecho administrativo, y desnaturalizador, por tanto, de la esencial condición funcional del concepto penal y de su autonomía en relación con otras ramas del Ordenamiento público, podría conducir a negar la condición de funcionario a efectos penales a los Notarios.

La cuestión de la función pública desempeñada por notario no logra del todo dilucidar su consideración como sujeto activo del delito de falsedad material o ideológica, porque el tipo penal exige que cometiere ambas falsedades en el ejercicio de sus funciones. Esta exigencia trae como consecuencia, que se admita la posibilidad de la falsedad documental imprudente, con la consiguiente objetivización del requisito singularizador del sujeto activo, notario en este caso; falsedad documental imprudente que no supone abuso del cargo, sino uso descuidado del mismo, lo que implica que pudieran conciliarse -en el tipo penal para el caso del Notario- la comisión dolosa o imprudente del mismo.

Por consiguiente, el único que puede lesionar el bien jurídico específico protegido en el tipo es aquel que, teniendo entre los cometidos de su cargo (Notario) redactar determinados tipos de documento (instrumentos públicos), efectúa una de las conductas descritas en los artículos 198 y 199 del Código Penal Boliviano, afectando a alguna de las funciones únicamente de aquellos documentos que pueda confeccionar.

Según la interpretación aquí sostenida, la expresión contenida en el artículo 199 del Código Penal Boliviano está limitando el círculo de posibles autores de la falsedad específica de funcionario, desde el momento en que presupone la existencia de un vínculo funcional entre el autor de la falsedad y el documento sobre el que la misma se opera.

De aquí puede derivarse una doble consecuencia: de un lado, con la limitación al ejercicio de las propias funciones no se está exigiendo que el funcionario use mal o efectúe un ejercicio ilegítimo de sus cometidos, como usualmente se ha postulado; no se prejuzga acerca de la legitimidad o ilegitimidad en el desempeño del cargo. De otro lado, no se circunscribe el sujeto activo del delito, a priori, a un determinado grupo de funcionarios. Si bien parece que el precepto esté pensando en una determinada categoría de funcionarios, lo cierto es que no establece dicha limitación, de modo que cualquier funcionario puede ser autor de una falsedad documental cualificada, pero no en relación con cualquier documento. El vínculo funcional que el precepto presupone entre el autor del delito y el objeto material sobre el que recae requiere, en primer lugar, analizar el documento de que se trate en el concreto supuesto, para, como segundo paso en el análisis, comprobar que el funcionario, Notario en este caso, que ha operado la falsedad tenía atribuido el cometido de confeccionar ese documento en cuestión.

Constituyendo la expresión “en el ejercicio de sus funciones” un elemento típico dirigido exclusivamente a determinar el círculo de autores del delito, y desligado de valoraciones acerca del buen o mal ejercicio del funcionario en el desempeño de su cargo, no ha de conceptuarse como elemento descriptivo. No bastará así la vinculación que, según el sentido común del lenguaje, una al funcionario con el documento. En aras a una mayor seguridad jurídica, será necesario que una norma jurídica -que puede tener rango igual o inferior a la Ley- establezca la relación, configurando, por así decir, un vínculo jurídico de sujeto con objeto material. Tal circunstancia concurrirá sólo en aquellos casos en que el cometido esencial del funcionario sea emitir documentos. En definitiva, representa un elemento normativo objetivo, aunque referido a un sujeto.

Desligar el ejercicio de la propia función de toda valoración acerca de la legitimidad o no del ejercicio de la función supone admitir la aplicación del tipo aun en supuestos en que el funcionario actúa en contra de lo prevenido en las normas reguladoras de su cargo.

Cualquiera de las formas comisivas falsarias previstas en el Código Penal Boliviano, implican necesariamente el ejercicio ilegítimo de la función notarial, pues de contrario no serían consideradas delictivas. Esto es, cuando el funcionario notario, ejercitando su competencia de modo contrario a lo que las normas reguladoras de la función establecen, altera alguna de las funciones que el documento desempeña, cumple ilegítimamente los cometidos de su cargo; y esto tanto si la falsedad consiste en recoger distorsionadamente una declaración que tiene la función de documentar exactamente, como si manipula un documento ya confeccionado. En segundo lugar, la expresión “en el ejercicio de sus funciones” no presupone valoración alguna acerca de la licitud o no de dicho ejercicio, sino que centra el ámbito de sujetos activos en relación con tipos documentales concretos.

Ahora bien, que el funcionario actúe en ejercicio de sus funciones no supone tanto como actuar con ocasión del mismo. En consecuencia, sólo se encuentran en situación de ser sujetos activos de este delito aquellos funcionarios Notarios que, en virtud de la competencia que tienen atribuida, podían emitir el documento de que se trate, independientemente de que en el concreto supuesto cumplieran todos los requisitos que la competencia territorial y material exigen.

La competencia o facultad para emitir un determinado documento del Notario, ha de entenderse así en sentido abstracto, o lo que es lo mismo, el vínculo funcional entre sujeto y objeto material debe establecerse con parámetros relacionales que tengan en cuenta sólo el tipo de documento y si éste puede emitirse por la categoría funcional a la que pertenece el sujeto en cuestión según normas reguladoras de sus funciones (Ley 483 y su reglamento), haciéndose abstracción de su incompetencia territorial o incompatibilidad que en el caso sea manifiesta.

En tal sentido, actuará en el ejercicio de sus funciones y le será aplicable el art. 199 del Código Penal boliviano el Notario que redacta una escritura pública

dentro de los límites de su competencia territorial, pero también el que lo hace fuera de éstos, aunque habrá de considerarse absolutamente incompetente y no aplicable el artículo 199, al Notario que redacte una sentencia o el Juez que autorice una escritura.

Por ejemplo, un Notario que modifique la escritura matriz contenida en el protocolo de un Notario ya jubilado de cuya custodia se ha hecho éste cargo. La alteración produce un documento inauténtico, puesto que ha sido redactado por otro funcionario, cometiendo así la modalidad falsaria prevista en el art. 199 aun cuando él tiene atribuida en abstracto la competencia para redactar este tipo de documentos.

En otro caso puede que un Notario confeccione una escritura pública sin que ante él haya comparecido otorgante alguno. En tal caso, aunque no pueda hablarse de simulación total de documento -ya que autor del mismo es el Notario que lo rubrica- sí podrá admitirse la existencia de simulación parcial cuando imite las firmas de los supuestos comparecientes, consumándose así la acción falsaria prevista en el Código Penal. Aunque no se induzca a error sobre la autenticidad del documento en sí, sí se produce tal consecuencia en relación con las concretas declaraciones que en el mismo se contiene, con lo que no es absolutamente legítimo.

Evidentemente, el Notario puede cometer falsedad también en ejercicio de sus funciones en documento legítimo, cuando, por ejemplo, no transcribe fielmente la declaración que uno de los comparecientes efectúa ante él, alterando en este caso la realidad.

Que la falsedad documental de funcionario en ejercicio de sus funciones constituye un delito especial es una cuestión que nadie pone en duda; las discrepancias se plantean, sin embargo, en relación con su consideración de delito especial propio o impropio.

Mientras la mayoría de la doctrina considera que dicho delito es especial impropio, existe cierto sector que postula su naturaleza especial propia. Se argumenta en apoyo de esta segunda opción que la condición de funcionario no constituye en este delito sólo una causa de agravación, sino la misma razón de

ser del ilícito, aquello que codetermina la antijuricidad, otorgándole un distinto contenido de injusto que al delito común.

En tal sentido, pueden distinguirse dos grandes tendencias. La primera, mayoritaria, diferencia el delito especial propio del impropio atendiendo a que en el primero de ellos la calidad especial del sujeto es determinante para la existencia del ilícito. De tal manera, si esa calidad falta, el hecho sería atípico cuando el delito sea especial propio, mientras en el impropio dicha calidad tiene tan sólo virtualidad de atenuar o agravar la pena del autor por las razones que fueren -sea esto consecuencia de la existencia de un mayor o menor injusto o reprochabilidad-. En resumen, el delito será especial impropio o propio en función de que tenga correspondiente fáctico en un delito común o no respectivamente.

La segunda de las tendencias, minoritaria en la doctrina, es la sugerida por COBO/VIVES. Para estos autores el delito es especial propio o especial en sentido estricto cuando las particularidades del sujeto activo “pertenezcan al tipo de injusto de la infracción correspondiente”, y especial impropio “cuando dicha condición del sujeto activo fundamente una punición distinta dentro del mismo tipo de injusto, pero sin afectar a su esencia” (Cobo/Vives, 2011, 268). Así, caracterizan el delito de especial propio cuando el elemento en que se fundamenta dicha especialidad pertenece al injusto y de impropio cuando dicho elemento pertenece a la culpabilidad.

En la configuración del delito de falsedad del artículo 199 subyace la idea del legislador de que aquellas conductas falsarias que afectan exclusivamente a la función probatoria del documento sólo pueden cometerse por quienes tienen normativamente reconocida la tarea de confeccionar documentos públicos u oficiales, y sólo respecto aquellos extremos en que el documento goza de una fuerza probatoria privilegiada. De tal modo, el Código penal no tutela ya la función probatoria que cualquier documento desempeña, sino sólo aquel sector de la misma que se refiere al valor probatorio reforzado.

Así, el faltar a la verdad en la narración de los hechos se convierte, ahora sin duda, en un delito especial propio que sólo determinados funcionarios que se encuentran vinculados jurídicamente con específicas formas documentales,

como lo es el Notario, pueden cometer. Justamente de ahí el carácter bifronte del delito de falsedad documental en el Código penal, que en el supuesto en que el sujeto activo sea el funcionario documentador incrimina el atentado contra cualquiera de las tres funciones que el documento desempeña, mientras que cuando el sujeto sea el particular incluido también el funcionario absolutamente incompetente- sólo protege preferentemente la función de garantía y parcialmente la de perpetuación, en el seno de la falsedad documental genérica.

Ello aproxima la regulación del Código Penal Boliviano a la regulación de las falsedades documentales del Código penal alemán, que configura los atentados contra la función de garantía y de perpetuación del documento como delitos comunes, mientras caracteriza la lesión de la función probatoria del mismo como un delito especial de funcionario notario.

En cuanto a la autoría y participación en el tipo penal de falsedad material e ideológica cuando se trate de autor único, el sujeto habrá de realizar la conducta típica, mientras que cuando la acción sea llevada a cabo por varios sujetos será necesario que cada uno de ellos realice, cuanto menos, parte del tipo para ser considerado coautor. Frente a ello, en la autoría mediata la realización del tipo vendrá determinada por la instrumentalización de un tercero. Toda contribución al hecho que no consista en la realización de una parte del tipo delictivo deberá reconducirse a la participación, sin que pueda hablarse tampoco de autoría cuando de la realización de acciones típicas sin existencia de dominio del hecho se trate.

Sin embargo, sobre los delitos de deber expone Roxin (Roxin, 2015, 335) que cuando el tipo se configura en función de que el autor sea un funcionario, se señala ya con ello una condición de la autoría, de manera que sólo el intraneus puede ser autor del delito, y ese tipo de delitos de deber, constituye la lesión voluntaria de ese deber lo que fundamenta la autoría en tales casos. El deber en que la autoría se fundamenta, según la concepción de este autor, no es aquel que impone toda norma penal con la prohibición implícita de cometer el delito, puesto que ese deber se vulneraría al cometer cualquier delito, sino que se trata de la lesión de un deber que tiene su fuente en una norma extrapenal.

Semejante a la división de Roxin entre delitos de dominio y delitos de deber es la operada por Jakobs (Jakobs, 2015, 791) entre “delitos en virtud de una competencia de organización” y “delitos en virtud de una competencia institucional”, respecto de los que el autor deduce semejantes consecuencias para la autoría y participación que Roxin en relación con los delitos de deber.

Así que para definir la responsabilidad del Notario en un delito de falsedad material o ideológica se utilizaría como parámetro base que define la autoría la infracción de un deber. La teoría de los delitos de deber, independientemente de las consecuencias que para la autoría conlleva, ha sido duramente criticada por buena parte de la doctrina en general. Las críticas se centran en que esta teoría resulta contraria al principio de legalidad, a vistas de que la consideración de autor de un determinado sujeto por el mero hecho de ser aquél a quien el deber extrapenal incumbe, sin atender a su intervención material en la comisión del delito, resulta violatoria de la legalidad.

Para Roxin el funcionario que tiene cualquier tipo de intervención en un delito propio de funcionario puede considerarse autor del delito aun cuando materialmente no haya más que realizado una actividad coadyuvante de quien ostentaba el dominio del hecho.

Un criterio de este tipo no parece sostenible, porque no puede fundamentarse la condición de autor sobre la mera existencia de la infracción del deber, haciendo abstracción de la efectiva intervención en la ejecución del hecho. Tampoco que haya de mantenerse para la falsedad documental propia del funcionario un concepto de autor distinto que para la del particular, habida cuenta de la extensión del concepto de autor en el primero que ello supondría.

Ninguna duda hay acerca de que el autor del art. 198 y 199 del Código Penal boliviano ha de serlo necesariamente un funcionario (Notario) que obre en ejercicio de sus funciones. Pero también en el delito propio de funcionario el sujeto activo ha de realizar total o parcialmente la conducta típica, teniendo el dominio del hecho característico de la forma de autoría de que se trate. Cuando el particular sea quien ejecuta la acción, el funcionario que coadyuva a la realización del hecho con una actividad no típica será partícipe, y su participación

habrá de considerarse punible cuando la conducta del particular autor sea típica, además de antijurídica.

Tema importante a tratar para determinar la responsabilidad penal del Notario en este tipo de delitos de falsedad es la autoría mediata. La autoría mediata implica la utilización de una persona como “instrumento”. Requiere, pues, el uso de un autor inmediato que obra sin dolo, generalmente por haber padecido error, situación en la que puede incurrir el Notario cuando es inducido a error por el autor mediato del delito de falsedad documental.

Podrá, por tanto, ser autor mediato de la falsedad documental el funcionario público que utilice a un particular o a otro funcionario como instrumento para ejecutar algún tipo de actividad falsaria en un documento que la normativa aplicable le conceda la potestad de emitir. Del mismo modo, el particular que utilice como instrumento a un funcionario o a otro particular podrá ser autor mediato de la falsedad documental siempre y cuando la conducta activa realizada por el sujeto instrumento sea típica.

Existen distintos supuestos en que el particular puede inducir a engaño a un funcionario haciéndole documentar un hecho no veraz sobre el que el documento confeccionado tenga fuerza probatoria reforzada. Estos supuestos no se limitan, a considerar este tipo de falsedad como falso testimonio extrajudicial, a los casos en que la declaración se efectúa, oralmente o por escrito, ante un funcionario.

Son imaginables situaciones en las que se instrumentaliza al funcionario, por ejemplo, documentos falsos que provocarán una actividad documentadora por parte del funcionario que tenga como resultado un documento con función probatoria alterada. Piénsese en supuestos como el del otorgante de una escritura pública que presente a un Notario un documento de identidad (o de otro tipo) falso, consiguiendo así que en el documento público conste como interviniente una persona con identidad distinta de quien realmente ha intervenido. Ciertamente en tales casos, puede hablarse de una falsedad cometida únicamente por el particular. Dicha falsedad será sólo medio para cometer una segunda falsedad en autoría mediata, finalidad de la primera acción

falsaria, que debería encontrar también acomodo jurídico entre los delitos de falsedad.

Para ello fuera más técnico, incluir dentro del capítulo relativo a las falsedades documentales, un tipo específico que incriminase exclusivamente la autoría mediata del particular en este tipo de falsedades, al modo como lo hacen otros textos punitivos como el Código penal italiano, en su art. 483, o el Código penal alemán, en su artículo 271.

La previsión expresa de esta posible incriminación no debería basarse, por tanto, en la existencia de un supuesto deber de veracidad del funcionario que en específicas ocasiones se traslada al particular, sino en que la función probatoria reforzada que determinados documentos experimentan respecto de determinados extremos que contienen puede verse “mediatamente” alterada por el particular. Se trataría, por tanto, de establecer un precepto ad hoc para dotar de relevancia penal a un típico supuesto de autoría mediata que no está claro partiendo de las reglas generales de la autoría y la participación.

Su aplicación solo tendría sentido en los casos en que efectivamente se instrumentalizase al funcionario notario, acudiéndose a la calificación de autoría por vía de este ilícito o a la aplicación del delito especial de funcionario -con eventual participación del particular- según las reglas generales de la participación.

El extremo sobre el que el particular engañase al funcionario -o lo instrumentalizase por cualquiera de las otras posibles vías para convertirse en autor mediato- debería ser necesariamente de aquellos que en el respectivo documento gozan de una fuerza probatoria privilegiada, lo que se determinaría remitiéndose a la regulación legal del documento notarial y sus procedimientos.

Otro apunte. La ausencia de previsiones específicas en el Código que regulen los supuestos de participación del extraneus en el delito de funcionario los conducen a otorgar el mismo tratamiento a todos los casos, que pudieran graduarse en diferentes niveles de participación para modular la pena establecida en tales casos.

2.3 Estudio del Derecho Extranjero Sobre el Tema

Para el estudio del derecho extranjero sobre el asunto que se investiga, se han seleccionado tres países: Argentina, Perú y Colombia, teniendo en cuenta la vecindad geográfica, la tradición jurídica que emparenta y el desarrollo del Notariado en cada uno de esos países. En tal sentido se analizará en cada ordenamiento jurídico cómo se comportan los temas de autoría y participación del Notario como agente comisario de delitos de falsedad material e ideológica en los Códigos Penales.

2.3.1 Argentina

El Código Penal de la Nación Argentina prescribe en su título XII, Capítulo III, la falsificación de documentos en general, de la siguiente forma:

ARTICULO 292.- El que hiciere en todo o en parte un documento falso o adultere uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, si se tratare de un instrumento público y con prisión de seis meses a dos años, si se tratare de un instrumento privado.

Si el documento falsificado o adulterado fuere de los destinados a acreditar la identidad de las personas o la titularidad del dominio o habilitación para circular de vehículos automotores, la pena será de tres a ocho años.

Para los efectos del párrafo anterior están equiparados a los documentos destinados a acreditar la identidad de las personas, aquellos que a tal fin se dieran a los integrantes de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales o penitenciarias, las cédulas de identidad expedidas por autoridad pública competente, las libretas cívicas o de enrolamiento, y los pasaportes, así como también los certificados de parto y de nacimiento.

(Artículo sustituido por art. 9° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTICULO 293.- Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, el que insertare o hiciere insertar en un instrumento público

declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio.

Si se tratase de los documentos o certificados mencionados en el último párrafo del artículo anterior, la pena será de 3 a 8 años. (Párrafo sustituido por art. 10° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTICULO 293 bis.- Se impondrá prisión de UNO (1) a TRES (3) años al funcionario público que, por imprudencia o negligencia, intervenga en la expedición de guías de tránsito de ganado o en el visado o legalización de certificados de adquisición u otros documentos que acrediten la propiedad del semoviente, omitiendo adoptar las medidas necesarias para cerciorarse de su procedencia legítima.

(Artículo incorporado por art. 8° de la Ley N° 25.890 B.O. 21/5/2004)

ARTICULO 296. - El que hiciere uso de un documento o certificado falso o adulterado, será reprimido como si fuere autor de la falsedad.

ARTICULO 297.- Para los efectos de este Capítulo, quedan equiparados a los instrumentos públicos los testamentos ológrafos o cerrados, los certificados de parto o de nacimiento, las letras de cambio y los títulos de crédito transmisibles por endoso o al portador, no comprendidos en el artículo 285.

(Artículo sustituido por art. 11 de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTICULO 298. - Cuando alguno de los delitos previstos en este Capítulo, fuere ejecutado por un funcionario público con abuso de sus funciones, el culpable sufrirá, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena. (Argentina, Código Penal de la Nación, 118)

Es de resaltar que la denominación de la conducta típica es de falsificación y no falsedad, se habla de falsificación material o ideológica y la conducta del sujeto necesita de la producción de perjuicio para ser punible, tanto en la falsificación material como ideológica. Existe tratamiento de la autoría, pero solo para declarar la autoría del que usa el documento falsificado. Las agravantes se utilizan en función de la categoría del documento falsificado, no exactamente

utilizando como criterio para agravar la sanción la cualidad de funcionario público del sujeto comisario del delito. Solo se utiliza como criterio la cualidad de funcionario público del sujeto comisario del delito para disponer una sanción accesoria de inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena.

No se ha podido encontrar jurisprudencia en la que se trate a la figura del Notario como partícipe o autor de una falsificación. En la jurisprudencia el tratamiento de estos ilícitos se pone de manifiesto en el análisis que, en un caso en un matrimonio que inscribe un niño como suyo no siéndolo, el juez hace el análisis siguiente:

La figura del art. 293 del Código Penal describe la conducta de quien insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio. Por su parte, el último párrafo del art. 293 prevé una modalidad de agravación cuando el documento objeto de adulteración es uno de los destinados a acreditar la identidad de las personas. Dado que se trata de un tipo calificado por agravación se mantienen los elementos de su modalidad básica y, por ende, también la exigencia de perjuicio. Ahora bien, los aspectos objetivos de los tipos penales en trato, están claramente reunidos. La acción de insertar, implica incluir una cosa en otra; en este caso, se incorporan en un documento público declaraciones que no son verdaderas. Esto presupone que la declaración insertada es falsa cuando lo consignado tiene un sentido jurídico distinto del acto que realmente ha pasado en presencia del fedatario y que él debió incluir como verdad de la que deba dar fe. Por otra parte, hacer insertar es lograr que se incluyan en el documento público manifestaciones que no revelan la verdad pasada, dando como ocurrido lo que no sucedió o lo que ocurrió de un modo distinto. Así, con relación a la participación efectiva de la imputada en el delito de falsedad ideológica que se le achaca es necesario analizar la circunstancia de si es posible acreditar su autoría en este tipo penal, a pesar de que no haya sido ella – sino su marido, Jorge Raúl Vildoza- quien efectivamente concurrió al registro a hacer insertar los datos falsos. Sobre este punto,

cabe referir que el perjuicio que se ha ocasionado con estas maniobras hizo que el riesgo de lesión para el bien jurídico tutelado se haya concretado. Ello por cuanto, el matrimonio anotó a Javier como hijo propio, introduciendo atestaciones falsas con relación a los datos patronímicos del niño, sobre el lugar de parto, el horario y fecha de nacimiento, simulando que sería hijo biológico, de modo de alterar su filiación y estado civil. Con ello perjudicaron de manera efectiva los derechos de todos quienes tienen interés en que los datos insertos en este tipo de documentos resulten fidedignos, de modo de depositar su confianza en sus atestaciones; se afectó, pues, la fe pública. Tal proceder coadyuvó de modo directo a suprimir la identidad real del niño, conculcándose los derechos de éste y de todas las personas llamadas a ejercer la tutela y protección de aquél, obviamente sus progenitores y parientes en orden ascendente y colateral. Si bien la participación efectiva de Ana María Grimaldos en la fase ejecutiva del delito no pudo ser probada fehacientemente, consideramos que la nombrada no pudo haber sido ajena a la inscripción como hijo biológico de Javier, debiendo aportar -a lo sumo, y por ser éste un requisito indispensable- su documento nacional de identidad para que Vildoza acudiera al registro civil a inscribir el nacimiento. Máxime cuando, de la partida de nacimiento misma surge que el alumbramiento habría ocurrido en su domicilio de la calle Dorrego, y la consigna a ella como madre que dio luz a un niño. Por todo ello no existe duda alguna acerca de la necesaria participación de la imputada en el hecho. Se debe recordar que durante la pesquisa se ha incorporado al proceso el certificado médico en fotocopia certificada no original, que fuera expedido por el Dr. Ricciardi. Independientemente de esto, existen objeciones derivadas de la superposición que en ciertos supuestos se pueden generar cuando para la obtención de un instrumento público falso resulta necesario valerse de otro igualmente apócrifo. En el caso, la generación del certificado de parto falso, es un instrumento público autónomo en cuanto a sus efectos propios, pero importa un requisito previo para la formalización de la partida de nacimiento, que será, cierto

es, también necesariamente apócrifa, pues, en lo esencial de su objeto, debe reproducir iguales atestaciones falsas que el certificado de parto que es su antecedente y causa. De igual forma, ello es aplicable a la obtención del documento nacional de identidad a nombre del menor. Pues bien, en la especie, conforme al propósito perseguido, se debió progresar en la ejecución del hecho falseario, procurar el certificado de parto para la obtención definitiva de la partida de nacimiento y del DNI, violando tres veces el mismo bien jurídico tutelado y las normas penales acuñadas en ambos tipos penales simple y agravado, cuya aplicación pretenden los acusadores. Por lo expuesto, en lo atinente al aspecto subjetivo de la modalidad típica que se analiza, es ostensible que están acreditados los aspectos cognitivo y conativo requeridos por el dolo, encontrándose la decisión del Tribunal apoyada en razones de carácter objetivo. (Argentina, TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL 4, CFP 11684/1998/TO1, Buenos Aires, 14 de abril de 2015).

La argumentación jurídica que resulta del análisis del tipo, aunque no es referida al actuar notarial, deja clara muchas cuestiones del tipo de falsificación material o ideológica en la legislación argentina. Aquí no se tiene en cuenta la calidad de funcionario público para agravar la sanción del tipo penal, lo que implica que en todo momento se definirá al autor según la teoría del dominio del hecho, como se explica en la sentencia.

La autoría de la señora Ana María Grimaldós, se explica en razón de su dominio del hecho, porque, aunque no ejecutó directamente la acción falsaria en el certificado de nacimiento del niño, resulta que estuvo al tanto y participando del hecho en todo momento, lo que permite al juez determinar su autoría. A partir de esta teoría utilizada para definir la autoría en esta sentencia puede deducirse que en caso de que un Notario participara en un delito de falsificación tuviera que hacer en todo o en parte un documento falso o adulterar uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, o inserte o haga insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio, siempre determinando su autoría según el dominio de hecho que tenga sobre la conducta punible, porque en este

tipo penal no se tendría la falsificación de documentos por funcionario público como un delito de deber, evitando de esta forma utilizar el criterio de Roxin en relación con definir la responsabilidad del Notario en un delito de falsedad material o ideológica utilizando como parámetro base de la autoría la infracción de un deber extrapenal.

2.3.2 Perú

En el Perú, el Código Penal peruano prescribe los delitos de falsificación de documentos y falsificación ideológica como parte del Título XIX Delitos contra la fe pública que, en su Capítulo I, define la falsificación de documentos en general, con el siguiente tenor:

Artículo 427.- Falsificación de documentos

El que hace, en todo o en parte, un documento falso o adultera uno verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho, con el propósito de utilizar el documento, será reprimido, si de su uso puede resultar algún perjuicio, con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de diez años y con treinta a noventa días-multa si se trata de un documento público, registro público, título auténtico o cualquier otro transmisible por endoso o al portador y con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa, si se trata de un documento privado.

El que hace uso de un documento falso o falsificado, como si fuese legítimo, siempre que de su uso pueda resultar algún perjuicio, será reprimido, en su caso, con las mismas penas.

Artículo 428.- Falsedad ideológica

El que inserta o hace insertar, en instrumento público, declaraciones falsas concernientes a hechos que deban probarse con el documento, con el objeto de emplearlo como si la declaración fuera conforme a la verdad, será reprimido, si de su uso puede resultar algún perjuicio, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa.

El que hace uso del documento como si el contenido fuera exacto, siempre que de su uso pueda resultar algún perjuicio, será reprimido, en su caso, con las mismas penas.

Artículo 432.- Inhabilitación

Cuando algunos de los delitos previstos en este Capítulo sea cometido por un funcionario o servidor público o notario, con abuso de sus funciones, se le impondrá, además, la pena de inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2.

Artículo 433.- Equiparación a documento público

Para los efectos de este Capítulo se equiparán a documento público, los testamentos ológrafo y cerrado, los títulos-valores y los títulos de crédito transmisibles por endoso o al portador. (Perú, Código Penal, 2022)

Nótese que la regulación que hace este Código es muy parecida a la regulación establecida por el Código Penal argentino, anteriormente comentado. En ella no se trata el delito de falsificación de documentos o falsificación ideológica como delitos de deber, sino como delitos de dominio, por lo que la autoría o participación en los mismos se determinará por el dominio del hecho de los involucrados en la acción punible.

Tampoco se determinan agravantes en relación con la calidad de funcionario público o Notario que pueda autorizar el documento, sino que el criterio utilizado para agravar las sanciones se hace depender de la calidad del documento y de sus funciones en el tráfico jurídico, además del perjuicio provocado por el mismo en su circulación documental.

En cuanto a la jurisprudencia, pudiera traerse a este estudio la síntesis siguiente que resulta de interés a esta investigación:

Corte Suprema establece parámetros en el delito de falsificación de documentos públicos. 2015.

Fundamento destacado. Segundo: Parámetros en el delito de falsificación de documentos públicos

2.1. Tipo Objetivo.- La acción típica del primer párrafo describe dos modalidades: i) hacer en todo o en parte un documento falso (falsedad propia), y, ii) adulterar uno verdadero (falsedad impropia), ambas modalidades obedecen a la voluntad del autor por usar el documento que ha sido objeto de falsificación, como si fuera verdadero, entendiendo el término “usar” en el sentido de emplear o utilizar dicho documento.

En el caso del segundo párrafo, se requiere que el agente activo haga uso de un documento falso o falsificado como si fuera legítimo o verdadero, siempre que de su uso haya algún perjuicio.

Se cumple el requisito típico de uso de documento público falso cuando es introducido en el tráfico jurídico, desde que se coloca o incorpora el documento falso o falsificado al tráfico o al cúmulo de relaciones sociales, políticas, económicas o jurídicas; para determinar si en realidad el documento falso se utiliza o emplea, lo decisivo es la penetración o incorporación en el tráfico jurídico.

La institución resulta aplicable a persona distinta del autor de la falsedad, cuando obra de manera autónoma o, puede tratarse incluso del mismo autor de la falsedad, que inicialmente haya procedido sin los requisitos subjetivos requeridos por la figura; en este caso basta que los requisitos subjetivos se hallen presentes en el segundo de los momentos. En este último el uso de documento es una acción unida, lógica y jurídicamente a la conducta típica de la falsificación.

Está claro que DOCUMENTO PÚBLICO es aquel expedido por los funcionarios públicos que están autorizados a ello, en lo que se refiere a ejercicio de sus funciones. Por ello se dice que debe cumplir tres características: “que el documento sea emitido por un funcionario público o autoridad, que el mismo sea legalmente competente para expedir tal clase de documento, entendiéndose por competencia no sola la genuina potestad de emitir un documento de aquella clase, sino la competencia por razón de materia y territorio para emitir el concreto documento y en tal emisión observe la forma prescrita por la ley para cada caso”.

Los comprobantes de egreso materia de imputación, cumplen con estas características, por lo que se trata de documentos públicos.

2.2. Tipo Subjetivo. - El dolo típico requiere el conocimiento cierto de la falsedad del documento y la voluntad de utilizarlo tal según su finalidad probatoria.

2.3. Sujeto Activo. - Puede ser cualquier persona, el tipo penal no exige condición o cualidad especial del agente, basta que sea imputable penalmente para responder penal y civilmente por el delito.

2.4. Sujeto Pasivo. - PEÑA CABRERA FREYRE señala que desde un plano macro-social, tomando en cuenta la naturaleza supraindividual del bien jurídico protegido, sería la sociedad como sujeto pasivo mediato, pero, del mismo tenor de la redacción normativa, se identifica un sujeto pasivo inmediato, el tercero, que puede verse perjudicado con el uso del documento falsario en el tráfico jurídico.

2.5. Consumación. - El tipo penal, considera que el momento consumativo de la falsedad material en su primer párrafo, se da cuando se verifica cualquiera de las acciones típicas, crear o adulterar, tomando en cuenta también que este sea idóneo para el engaño y se tenga el propósito de causar perjuicio. Se trata de un delito de peligro que no requiere que se cause de manera efectiva el perjuicio a un tercero.

En el caso del segundo párrafo, el delito se consuma cuando se usa o emplea el documento, es decir, desde que se coloca o incorpora el documento en el tráfico jurídico, no dependiendo del éxito que pueda tener dicho uso. (Perú, Corte Suprema, Exp. 09-2015, Lima)

En cuanto a la autoría del Notario en estos casos de delitos de falsificación se tiene como punto de partida el dominio de hecho, porque como se ha precisado anteriormente no se configuran como delitos de deber. El sujeto activo del tipo penal puede ser cualquier persona, el tipo no exige condición o cualidad especial del agente, basta que sea imputable penalmente para responder penal y civilmente por el delito.

2.3.3 Colombia

En Colombia el Código Penal Colombiano (Ley 599 del 24 de julio del año 2000) describe como sigue los tipos penales referidos a la falsedad de documentos:

Artículo 286. Falsedad ideológica en documento público. El servidor público que, en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.

Artículo 287. Falsedad material en documento público. El que falsifique documento público que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.

Si la conducta fuere realizada por un servidor público en ejercicio de sus funciones, la pena será de cuatro (4) a ocho (8) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.

Artículo 288. Obtención de documento público falso. El que para obtener documento público que pueda servir de prueba, induzca en error a un servidor público, en ejercicio de sus funciones, haciéndole consignar una manifestación falsa o callar total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.

Artículo 290. Circunstancia de agravación punitiva. La pena se aumentará hasta en la mitad para el copartícipe en la realización de cualesquiera de las conductas descritas en los artículos anteriores que usare el documento, salvo en el evento del artículo 289 de este código.

Artículo 291. Uso de documento falso. El que sin haber concurrido a la falsificación hiciere uso de documento público falso que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años.

Artículo 294. Documento. Para los efectos de la ley penal es documento toda expresión de persona conocida o conocible recogida por escrito o por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso, soporte material

que exprese o incorpore datos o hechos, que tengan capacidad probatoria.

Artículo 295. Falsedad para obtener prueba de hecho verdadero. El que realice una de las conductas descritas en este capítulo, con el fin de obtener para sí o para otro medio de prueba de hecho verdadero, incurrirá en multa. (Colombia, Código Penal, 2000).

Nótese como en la regulación que hace este Código de la falsedad de documentos, el ilícito se configura como delito deber y no como delito de dominio, lo que implica un acercamiento a la forma de regulación de la falsedad material e ideológica en Bolivia. Aquí el Notario sería considerado responsable penalmente siempre que cometiera la conducta punible en ejercicio de sus funciones al extender, es decir, autorizar el documento público, que tiene la misión de servir de prueba, y esa función probatoria se entiende alterada debido a que consigna una falsedad o calla total o parcialmente la verdad.

Según la página web de Colombia Legal Corporation, el delito de falsedad ideológica en documento público, es:

El tipo penal que sanciona alterar la verdad dentro de un documento público, que busca proteger el bien jurídico tutelado de la fe pública, ya que es ésta la que afecta cuando lo que se consagra dentro de los mismo no es real, por la confianza que se deposita en estos para acreditar la relación jurídica plasmada.

Se ha establecido por la Corte Suprema de Justicia de Colombia en su jurisprudencia, que se trata de un delito de peligro presunto, en el que el legislador presume esa posibilidad de daño, y no de peligro concreto, en el cual es necesario denotar la efectiva ocurrencia de riesgo para el bien jurídico.

Conducta que sólo puede ser cometida por un servidor público, es decir que tiene un sujeto activo cualificado jurídicamente y singular, el sujeto pasivo es el Estado, con unos elementos normativos de servidor público, documento público y capacidad probatoria. No admite la tentativa, pero si admite la determinación

ycomplicidad(<https://www.colombialelegalcorp.com/blog/falsedad-documentos-publico-privado/>)

Sin embargo, hay una sistemática mucho más precisa en esta regulación porque se tiene un tipo penal específico para el caso en que se instrumentaliza al funcionario público que expide el documento porque el sujeto comisario del delito le induce a error, además hay tratamiento del copartícipe que use el documento, criterio que permite agravar la sanción en tales casos.

La falsedad material, por su parte, tiene una doble configuración, para el ciudadano común, y para el funcionario público, donde se agrava la sanción a vistas de la conformación como delito de deber del segundo.

En cuanto a la jurisprudencia colombiana sobre estos asuntos pudiera detenerse el estudio en los argumentos expuestos en la siguiente resolución judicial.

Para este caso se analizará si medió infracción al deber funcional del procesado, y si aquí, correspondiéndole al Cónsul la expedición de las visas, la conducta de quien las confeccionó consignando en ellas datos que no coincidían con la realidad puede ajustarse a la de autor del delito de falsedad ideológica.

La fe pública ha sido considerada como la credibilidad otorgada a los signos, objetos o instrumentos que constituyen medio de prueba acerca de la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas relevantes.

Es a través de los documentos que se acredita algo y se facilitan las relaciones entre los asociados. Según el artículo 294 de la Ley 599 de 2000, documento es toda expresión de persona conocida o conocible recogida por escrito o por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso, soporte material que exprese o incorpore datos o hechos que tengan capacidad probatoria.

A algunos documentos se les da una connotación especial para garantizar su crédito, el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil define como público al otorgado por funcionario en ejercicio de su cargo o con su

intervención. Si se trata de un escrito autorizado o suscrito por él adquiere la calidad de instrumento público y cuando es otorgado por un notario y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública. En tanto que el documento privado es el que no reúne los requisitos para ser documento público.

También el artículo 264 del mismo ordenamiento adjetivo señala que los documentos públicos hacen fe de su otorgamiento, su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza.

De esta manera, lo determinante para la naturaleza pública del documento no es el destino, fin o interés general que tenga, sino su fuente, esto es, que su formación o creación provenga del ejercicio de las funciones oficiales.

A los funcionarios públicos, como representantes del Estado, les es propia la función documentadora, de ahí que tengan el deber de ceñirse estrictamente a la verdad, esto es, consignar datos verídicos en los actos y escritos que expidan.

Tratándose del delito de falsedad documental, es sabido que puede ser ideológica cuando en un escrito genuino se incluyen manifestaciones contrarias a la verdad, esto es, el documento verdadero en su forma y origen (auténtico), contiene afirmaciones falaces; o material si crea totalmente el documento falso, imita uno ya existente, o altera el contenido de un auténtico.

La conducta en estudio está contemplada en el artículo 286 del Código Penal en los siguientes términos:

“El servidor público que, en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años”.

Como tal ilícito se configura cuando el servidor público, en ejercicio de sus funciones, extiende un documento público que puede servir de prueba o consigna una falsedad o calla total o parcialmente la verdad, este obrar es el que permite atribuir a alguien como declarante de la voluntad falsaria.

Requiere así de un sujeto activo calificado, porque se trata de un servidor oficial y que precisamente bajo tal calidad, para el caso, elabore el documento público con aptitud probatoria incluyendo en su contenido manifestaciones contrarias a la verdad, sin que tenga incidencia los efectos que produzca, porque lo que protege la norma es la credibilidad de su texto.

Referente a ese comportamiento punible la Corte (CSJ SP, 29 jul. 2008, rad. 28961) ha precisado lo siguiente:

...el delito de falsedad documentaria supone, como elementos propios de ésta clase de delincuencia: a) la mutación de la verdad, en el entendido de que se trata de la alteración de la verdad en su sentido y contenido documental con relevancia o trascendencia jurídica; b) la aptitud probatoria del documento y c) la concurrencia de un perjuicio real o potencial.

La imitación de la verdad implica que el documento pueda servir de prueba por atestar hechos con significación jurídica o implicantes para el derecho, es decir que el elemento falsificado debe estar en posibilidad de hacer valer una relación jurídica.

Se trata, por tanto, de la creación mendaz con apariencia de verosimilitud, que en el caso de la falsedad documental pública se entiende consumada con la editio falsi, es decir, con la simple elaboración o hechura del documento que se atribuye a una específica autoridad pública y que por ende representa una situación con respaldo en el derecho al involucrar en su formación la intervención del Estado por intermedio de alguno de sus agentes competentes, esto es, que se supone expedido por un servidor

público en ejercicio de funciones y con el lleno de las formalidades correspondientes.

Además, es un delito clasificado entre los de peligro, en el entendido de que el mismo no exige la concreción de un daño, sino la potencialidad de que se realice, esto es, como lo sostuvo esta Corporación aquél “estado causalmente apto para lesionar la fe pública en que se encuentra el instrumento con arreglo a sus condiciones objetivas - forma y destino -, como a las que se derivan del contexto de la situación (C. Creus, Ed. Astrea, 1.993)”, y cuya incidencia se mide por la aptitud que tiene de irrogar un perjuicio.

No requiere, por tanto, la falsedad documental pública, como queda señalado, del uso del documento, ella se presenta con el material elaboración espuria del mismo y la consiguiente alteración de los signos de autenticidad, contrariamente a la conducta falsaria documental privada que supone, precisamente, de su uso para ser reprochada.

Por lo mismo, el documento es verdadero en su forma y origen, pero mendaz en su contenido al contener manifestaciones que no corresponden a la realidad acerca de un acontecimiento.

Esta falsedad se configura por parte del autor legítimo al extender el documento, de lo contrario, de ser un agente externo caería en una falsedad material.

También la Corte (CSJ SP 21 jul. 2010, rad. 30460), ha señalado que:

La falsedad ideológica como su mismo nombre lo indica, es aquella en la que en el documento público se hacen declaraciones contrarias a la verdad. El documento en su origen y aspecto formal es verdadero, en su contenido material es mendaz porque las manifestaciones o declaraciones acerca de la existencia de un acto o un hecho son falsas. Estos son presentados como veraces sin que hayan ocurrido realmente, o habiendo sucedido se les muestra de otra manera.

Como en esta modalidad de delito la falsedad es cometida al extender el documento, quien afecta su contenido material es el autor del mismo, de ahí que se sostenga que el documento es falso en su autenticidad.

En cuando al momento consumativo y las diferencias de la falsedad ideológica y la material, se tiene que la primera se vincula con la veracidad de la información, con el contenido del documento, por ello la acción concurre con la elaboración o redacción del mismo, mientras que la última de las falsedades en mención tiene que ver con la existencia y autenticidad del objeto material del reato, la genuidad o autoría y la estructura física, por lo que su ejecución es simultánea o posterior con la emisión del elemento espurio.(

Nótese, como se cita jurisprudencia continuada del Tribunal de Justicia sobre las características de la falsedad material e ideológica. La falsedad ideológica es cometida al extender el documento, cuando en el mismo se hacen declaraciones contrarias a la verdad, la apariencia del documento es real y verdadera, sin embargo, su contenido es falso.

La propia sentencia continua con una argumentación que sirve a esta investigación y en tal razón se reproduce.

Como lo que se discute es si dentro del ámbito de su competencia el procesado como Canciller Grado 10PA, en la preparación o proyecto de un documento podía extenderlo consignando una falsedad o callando la verdad, a manera de ejemplo vale la pena traer a colación casos similares y la postura asumida al respecto por la Corporación.

En un caso en el que un empleado de una Notaría encargado del protocolo elaboró unas escrituras haciendo constar la venta e hipoteca de una parte proindiviso de un inmueble de un señor que en realidad no compareció a celebrar tales actos, ni suscribió las escrituras públicas correspondientes, como se afirmaba en el texto de los documentos, las cuales luego presentó para la correspondiente firma del notario, la Sala (CSJ, SP 15 feb. 2001, rad. 10819), cuando conoció en sede de casación de la condena emitida contra aquél por el delito de falsedad ideológica en

documento público, puso de relieve la consideración del Ad quem cuando concluyó que la actuación del protocolista no había sido la de mero cómplice, sino el verdadero autor del hecho punible ya que tenía el dominio del hecho, pues,

«Sólo él podía 'dominar la voluntad del Notario para que autorizara la escritura pública y diera fe de la comparecencia de los otorgantes y de las manifestaciones que quedaron consignadas en su texto', habiéndose servido del mismo, 'como dócil instrumento en sus manos por virtud del engaño de que lo hizo objeto y prevalido de la confianza que tenía depositada en él'».

También en un asunto que comprometió, entre otros, a un secretario general de una alcaldía municipal, cuando mediante actas y constancias falsas hizo que dos empleadas –secretarías de planeación–, certificaran la realización de varias obras, que a la postre no habían sido ejecutadas, condenando como autor del delito de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público –en tanto que las secretarías fueron absueltas por no haber mediado dolo–, la Corte (SJ SP, 14 sep. 2011, rad. 33688):

«con los documentos confeccionados, dándoles a conocer que directamente había constatado la realización de las obras (...), les pidió que firmaran las respectivas certificaciones y ellas lo hicieron sin comprobar su efectivo cumplimiento o no.

(...) no de otra forma se explica que, si no estaba dentro de sus funciones otorgar esa clase de constancias, terminara siendo tan acucioso para hacerlas y bajo el supuesto de haber verificado las obras las hubiera hecho firmar de las dos funcionarias aludidas, actitud que pone de presente su compromiso con lo sucedido». (Destacado en el texto).

En otro caso, por la expedición irregular de duplicados de libretas militares, en cuanto los favorecidos no habían aportado los documentos necesarios ni tenían definida su situación militar, lo cual comprometía al Comandante de un Distrito Militar por estampar su firma y a la

dependiente (suboficial), encargada de realizar la grabación en el Sistema de Información de Reclutamiento (SIR), los datos e información aportados por los solicitantes, condenados ambos como coautores del delito falsedad ideológica en ejercicio de funciones, contemplado en el artículo 243 del Decreto 2550 de 1988 del otrora Código Penal Militar, la Corte (CSJ. SP, 26 ago. 2009, rad No 27455), precisó que:

la base de la ilicitud, conforme la norma examinada, refiere a la conducta de 'extender' un documento público. El término, conforme la quinta acepción del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, representa: 'hablando de escrituras, autos, despachos, etc., ponerlos por escrito y en la forma acostumbrada'.

En términos sencillos, para lo que nos ocupa, la tarea que representa el núcleo central de la imputación obedece a expedición de los duplicados de libretas militares, entendiéndose ello como el 'extender' al que se refiere la norma....

...Resulta, sin embargo, que la tarea de expedir los duplicados en cita no opera singular o si se quiere elemental, sino compleja, con la intervención de varios funcionarios públicos y en una suerte de compartimientos estancos que necesariamente implican esas dos acepciones verbales consagradas en la norma, que desde luego no son contradictorias o antinómicas, sino complementarias....

Ahora bien, una vez demostrado que las personas, en número de 55, a favor de quienes se expidieron duplicados falsos de libretas militares, nunca habían definido su situación militar y ni siquiera aparecían registrados en el sistema SIR o en los archivos manuales de la institución, necesariamente debe advertirse que la expedición de esos duplicados obedeció a un complejo entramado criminal de varios actos en el que necesariamente intervino, para lo que ocupa la demanda de casación, la suboficial ... pues, si no existían soportes en el sistema informático, ni tampoco en los archivos físicos de la institución, mal podía ella grabar esa inexistente información en el sistema SIR y facultar con ello que el

comandante del Distrito Militar 55, firmara unos documentos carentes de validez material.

Entonces, para recaer en el motivo de impugnación del cargo primero, la realidad tozuda enseña, por encima de cualquier tipo de discusión académica o análisis dogmático cerrado de lo que la norma consagra, que en efecto, cuando se extendieron los muchos duplicados de libreta, la verdad fue mutada por una doble vía, esto es, sobre la base material legítima los cartularios firmados por el comandante del Distrito Militar 55, de cuya autenticidad no se duda- se consignaron falsedades, referidas a que la persona a cuyo favor se expide el documento tiene derecho al mismo, pero a la vez, se calló la verdad, en este caso remitida a que esa persona no tenía definida su situación militar previamente y tampoco aportó los documentos que lo demuestran.

Claro, puede argumentarse que en este tipo de delitos una actividad es más trascendente que otra, o que en estricto sentido lo omitido puede subsumirse en lo que se consigna, y a la inversa (porque, en la práctica, toda mentira encierra esa doble vía) pero resulta sí contrario a la lógica y al mismo contenido de la norma significar, como lo hace el impugnante, que se interpretó inadecuadamente el tipo penal porque, en sus palabras, se atentó 'contra el principio lógico de identidad'....

Para la Sala, se repite, el trámite necesario en el cometido de expedir los duplicados de libreta militar –que en su segunda etapa obligaba de la procesada grabar la información de soporte respecto a la definición previa de la situación militar del solicitante, para que después el Comandante del distrito Militar, verificada esa información, firmase el duplicado- junto con el número de intervinientes requeridos en el mismo, resultan factores suficientes para verificar que en el caso concreto perfectamente pueden coincidir la actividad de consignar una falsedad y la omisión de callar la verdad, sin que ello atente contra la naturaleza del delito ni mucho menos desborde principios lógicos.

No puede confundirse, así, la tarea final de firmar el documento y entregarlo al solicitante, con la amplia riqueza descriptiva que encierra el término expedir, para efectos de lucubrar únicamente posible la ejecución punible por quien realizó esa labor.

No se discute que a la procesada no le competía firmar los duplicados de libretas militares, pero sí se evidencia insoslayable que su actividad concreta le impelía un deber inexcusable de fidelidad, a la manera de entender que esos datos introducidos en el sistema y necesarios en el cometido de dar vida jurídica a los duplicados en mención, no sólo se advierten parte del documento público, sino propios de la función pública discernida al suboficial.

Al efecto, cuando el documento expedido, o 'extendido', si se quiere, estipula como verdad que determinada persona tiene resuelta su situación militar, necesariamente allí se está incluyendo el apartado de falsedad ideológica atribuido a la acusada QUINTERO AGUDELO, por virtud de que esa manifestación final obedece precisamente a que ella verificó en el sistema la materialidad del antecedente en cuestión y dio el aval para que se emitiera el duplicado de un documento anterior absolutamente inexistente, como ahora se sabe.

Cuando se trata, entonces, de confecciones espurias complejas que demandan de varios actos falsarios y de la intervención de otras tantas personas, indiscutiblemente la obra final, dígame, para lo estudiado, los duplicados de libretas militares, resume en su contenido todas esas mendacidades, sin que pueda dividirse lo ejecutado de forma tal que sólo quien firma el documento aparezca comprometido en el delito, como quiera que con ello se desconoce la integralidad del actuar contrario a derecho.

Pero, de la misma forma, si la actuación específica del funcionario público representa contrariar la verdad en ejercicio de esas funciones a él deferidas y así se plasma en un documento que pueda servir de prueba, ello por sí solo configura perfecta la ilicitud de falsedad ideológica, aunque

otros cometidos finalísticos no sean alcanzados. Con mayor vigor, si el delito examinado, en tratándose de documentos públicos, no reclama su uso para la consumación, como sucede con la falsedad en documento privado.

Para el caso, aún si el Comandante del Distrito 55 no firma los duplicados y ellos dejan de expedirse, ya la procesada había ejecutado el delito de falsedad ideológica en documento público, porque consignó en el sistema de información que esas personas sí tenían resuelta su situación militar, falseando datos al respecto, información que por sí misma tenía virtualidad probatoria, tal como se consignó desde la resolución de acusación en el siguiente apartado que la Sala se permite transcribir para ilustrar con mayor claridad la actividad de la procesada:

... Lo que se quiere decir, para evitar confusiones, es que si bien en esa actuación compleja que se describe, necesariamente lo ejecutado por cada uno de los funcionarios públicos, redundando en el resultado final, conforme la acusación, en el caso concreto esa actividad realizada por la procesada de introducir información errada en el sistema y expedir las actas que los certifican, por sí sola representa el delito de falsedad ideológica por el cual se le condenó, en tanto, se repite, actuó en cumplimiento de sus funciones, materializando un conocimiento espurio que tiene plena virtualidad de servir de prueba.

En ese sentido, tanto la procesada ..., como el Comandante..., quien tenía la función principal de firmar todas las tarjetas militares expedidas en ese distrito militar, ejecutaron el comportamiento falsario ideológicamente, en ejercicio de sus funciones oficiales, al consignar, en un proceso de documentación complejo, una falsedad que callaba la verdad sobre la falta de definición de la situación militar de las 88 personas a quienes se les expidió el duplicado de su libreta militar en condiciones completamente irregulares.

Desde luego que la procesada sabía de la connotación ilícita de su actuar y tenía completa voluntad para torcer la verdad, resultando cuando menos

absurda esa tesis, carente de argumentación, referida a que se trataba, la acusada, de un mero instrumento para la realización del supuesto proceso mecánico, pues, si así fuese nunca se habría perfeccionado el delito, precisamente porque si la procesada, conociendo de la inexactitud de la información, no hubiera grabado en el sistema que los solicitantes ya tenían resuelta su situación militar, no se habría habilitado ese paso necesario para el siguiente de expedición de las libretas, atribuido al comandante del Distrito Militar.

En otras palabras, se reitera, la confección de los documentos espurios demandaba necesario pasar por alto los protocolos establecidos para el efecto y ello sólo podía corresponder al querer y voluntad de la procesada, dado que se le confiaron claves y posibilidades de acceso al sistema negados a las demás personas. (Colombia, Corte Suprema de Justicia, SP2649-2014)

Esta argumentación constata los criterios que para disponer la responsabilidad penal en el funcionario público se utilizan por la norma sustantiva y la jurisprudencia comentada, por lo que en este tipo de regulaciones de ilícitos penales de falsedad el delito se configura como deber y la sola expedición del documento por parte del funcionario público hace que se configure el tipo penal de falsedad ideológica en documento público.

Para finalizar el estudio del derecho comparado y como síntesis del mismo, se ofrece a continuación un cuadro valorativo de las cuestiones a destacar.

Tabla 1: Cuadro Comparativo

Item a comparar	Argentina	Perú	Colombia
Configuración del delito de falsedad de documentos	Se configura como delito de dominio y de peligro	Se configura como delito de dominio y de peligro	Se configura como delito deber y de peligro
Determinación del autoría por dominio del hecho	Si	Si	No
Determinación de autoría por incumplimiento de deber extrapenal	No	No	Si
Tratamiento de la participación en el delito en especie	No hay tratamiento específico	No hay tratamiento específico	Existe tratamiento específico

Fuente: Elaboración propia, 2022

CAPÍTULO III

3 Análisis y procesamiento de la información

El marco práctico de esta investigación tiene como principal objetivo elaborar un diagnóstico sobre la opinión de la comunidad jurídica boliviana en relación con la participación notarial en delitos de falsedad material o ideológica de documentos públicos, para ello se seleccionaron expertos, utilizando un muestreo no probabilístico. Se preparó una encuesta, utilizando -además- el método estadístico para el procesamiento de los datos obtenidos.

3.1 Recolección, Análisis e Interpretación de los Datos

La técnica de recolección de datos utilizada en esta investigación ha sido el cuestionario y la estadística. El cuestionario está conformado por un conjunto de preguntas escritas, que -aplicado a personas consideradas expertos en el tema a investigar- permiten obtener información empírica necesaria al investigador para resolver el problema de investigación.

En la aplicación del cuestionario el investigador tendrá que tener en cuenta las fases que debe seguir inexorablemente. Las fases a seguir, según Chávez de Paz (Chavez de Paz, 2017: 32), son las siguientes:

- a) Determinación de los objetivos del cuestionario, que están referidos a obtener información para analizar el problema motivo de la investigación.
- b) Identificación de los variables a investigar, que orientan el tipo e información que debe ser recolectado.
- c) Delimitación del universo o población bajo estudio, donde será aplicado el cuestionario; las unidades de análisis o personas que deben responder al cuestionario; y el tamaño y tipo de muestra de unidades de análisis que permita identificar a los informantes y al número de ellos.
- d) Selección del tipo de cuestionario y forma de administración.
- e) Elaboración del cuestionario como instrumento de recolección de datos.
- f) El pretest o prueba piloto.
- g) Aplicación del cuestionario o trabajo de campo para la recolección de los datos.
- h) Crítica y codificación de la información recolectada.

- i) Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información recolectada

El cuestionario puede elaborarse con dos tipos de preguntas:

- a) La pregunta cerrada o estructurada; es la más utilizada y presenta respuestas determinadas que el encuestado deberá elegir. En este tipo de preguntas siempre existe el riesgo de que la respuesta que quisiera ofrecer el encuestado no esté prevista; por ello, es preciso incluir en este tipo de preguntas una opción de respuesta que favorezca tal posibilidad. La principal ventaja de este tipo de pregunta es que facilita su procesamiento y análisis estadístico.
- b) La pregunta abierta o desestructurada que deja en total libertad para expresarse en cualquier sentido al encuestado. Su ventaja es que puede obtenerse una información fidedigna del encuestado, pero es difícil de procesar a nivel estadístico.

Así que, en el proceso de investigación por encuesta, primeramente, se plantean los objetivos y se prepara el instrumento de recogida de información, con posterioridad se realiza la planificación de la recogida de datos y por último, se ordena el análisis e interpretación de la misma.

El cuestionario está dirigido a realizar el diagnóstico de criterios de la comunidad jurídica nacional sobre el tema, por tanto, se debe diseñar en correspondencia con ella. Además, se aplicó encuesta a una muestra no probabilística de jueces, notarios y abogados en ejercicio libre de las ciudades que conforman el eje central del país, La Paz, Cochabamba y Santa Cruz, para conocer sus criterios al respecto.

En este sentido, se trabajó -según indica Ruiz- (Ruiz, 2014) entendiendo la operacionalización como proceso fundamental en la construcción del instrumento que consiste en traducir las dimensiones en elementos medibles; es decir, pasar de las dimensiones a los indicadores, y de los indicadores a las preguntas. A continuación, se elabora la tabla de especificación que recoge las dimensiones, los indicadores y los ítems que les corresponden. Este procedimiento junto con la validación por jueces— permite probar la validez de contenido, que consiste en comprobar si las dimensiones quedan cubiertas con

preguntas adecuadas. Como resultado de este proceso, se elabora la primera versión del cuestionario (Escofet, et al., 2016).

Tabla 2: Tabla de Especificación
Relación Conceptos, Dimensiones, Indicadores e Ítems

Conceptos Definición	Dimensiones	Indicadores	Ítems
Criterios de imputación de coautoría o participación notarial en delitos de falsedad material o ideológica de documentos públicos	Dimensión teórica	<ul style="list-style-type: none"> • Teorías • Doctrinas 	1-3 3-5
	Dimensión normativa	<ul style="list-style-type: none"> • Definición normativa precisa 	4-6
		<ul style="list-style-type: none"> • Imprecisión normativa 	4-6
		<ul style="list-style-type: none"> • Ausencia de regulación normativa 	7-9
	Dimensión empírica	<ul style="list-style-type: none"> • Irregularidades que afectan al tipo penal 	4-6 7-9
		<ul style="list-style-type: none"> • Irregularidades que afectan a la participación 	7-9

Fuente: Elaboración propia, 2022

Si como se ha dejado dicho, la validez de contenido del cuestionario, se refiere al grado en que el proceso de pasar de lo teórico a lo empírico mide el concepto en cuestión (Ruiz, 2014) resultó necesario someter la primera versión de las encuestas a un procedimiento de validación por expertos, para demostrar la

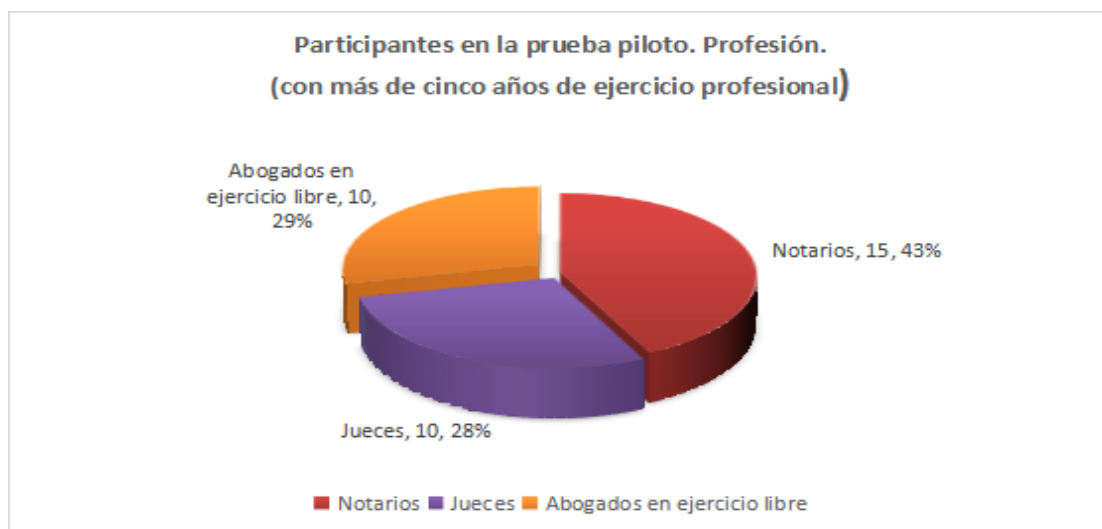
validez de contenido de las mismas. En este proceso participaron 10 profesionales (entre abogados, notarios y jueces) expertos en la materia, seleccionados por la investigadora, cuyos criterios acerca del instrumento de medición -en cuestión- fueron incorporadas al mismo, elaborándose la segunda versión de la encuesta.

Esta segunda versión de la encuesta se somete a una prueba piloto. Los objetivos que orientan la aplicación de la prueba piloto de las encuestas son los siguientes (Escofet, et al., 2016):

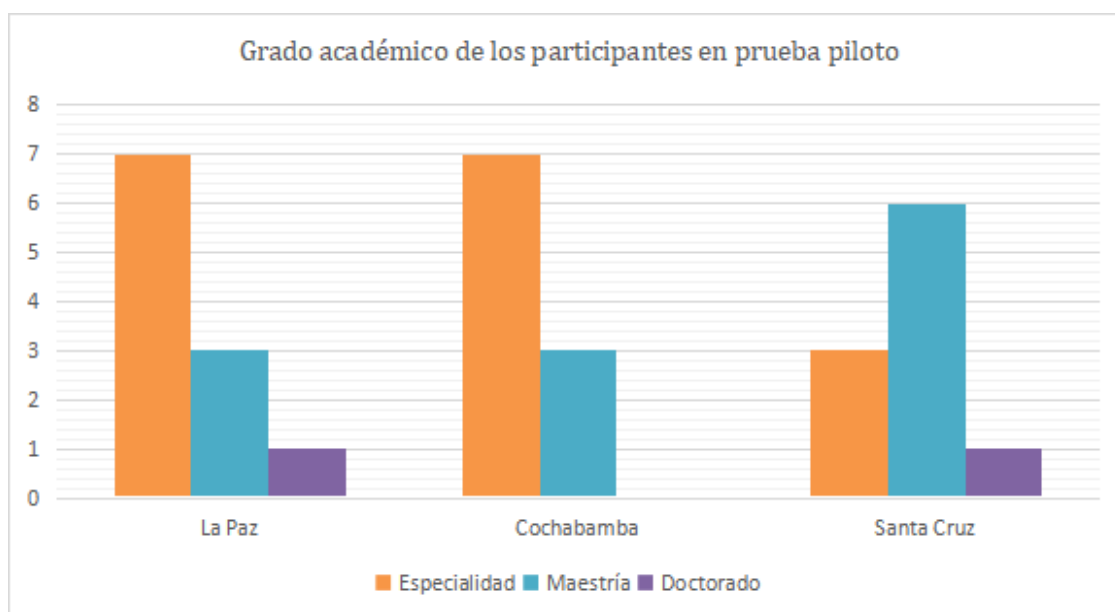
- 1) probar la fiabilidad de la encuesta
- 2) comprobar si los expertos a los que se destinan las encuestas, entienden correctamente los diferentes ítems planteados
- 3) probar si las encuestas se pueden resolver en un tiempo razonable;
- 4) ver si es posible cerrar las opciones de respuestas de alguna de las preguntas, tomando en cuenta las respuestas recibidas
- 5) comprobar si se trata de encuestas de interés para los expertos seleccionados
- 6) analizar si los ítems formulados responden a los objetivos para los que están diseñados

La prueba piloto de la encuesta fue realizada a un grupo de profesionales escogidos entre los que tenían más de cinco años de servicio como Notarios, jueces o abogados que ejercen la profesión libre, con grado en derecho; en un total de 30 profesionales, de las ciudades del eje troncal del país: La Paz, Cochabamba y Santa Cruz.

En la siguiente figura se representan las características de los participantes en la prueba piloto de la encuesta:

Gráfico 1

Fuente: Elaboración propia, 2022

Gráfico 2

Fuente: Elaboración propia, 2022

Para probar la consistencia interna se ha utilizado en este estudio el coeficiente alfa de Cronbach. De su empleo dice Escofet:

La ventaja de utilizar esta medida es que permite encontrar la posibilidad de evaluar cuánto mejoraría (o empeoraría) la fiabilidad de la prueba si se excluyera un determinado ítem. De este análisis se puede concluir que el resultado de las

escalas analizadas es fiable, si la aportación de cada ítem a su respectiva escala (índice de homogeneidad corregido, que proporciona la capacidad de discriminación) es, en todos los casos, un valor positivo. (Escofet, et al., 2016)

Tabla 3: Resultados del análisis de fiabilidad

Pregunta sobre:	Nº de ítem	Índice de homogeneidad corregido	Alpha de Cronbach
Dimensión teórica	1-3	3/3 Positivo	0.81
Dimensión normativa	4-6	3/3 Positivo	0.83
Dimensión empírica	7-9	3/3 Positivo	0.84

Fuente: Elaboración propia, 2022

La prueba piloto determinó la fiabilidad de la encuesta y la validez de la tabla de especificación adoptada, confeccionándose el instrumento definitivo que consta de 3 preguntas de múltiple alternativa, elaboradas con las siguientes características:

Tabla 4: Tipo de pregunta para cada ítems

Ítem	Tipo de pregunta
1-3	cerrada, de opción múltiple, y de valoración
4-6	cerrada, de opción múltiple, y de valoración
7-9	cerrada, de opción múltiple, y de valoración

Fuente: Elaboración propia, 2022

Este instrumento encuesta, confeccionado definitivamente de la forma que se ha explicado, fue aplicado a una muestra no probabilística conformada por 240 profesionales juristas entre ellos abogados de ejercicio libre de la profesión, notarios y jueces, de los departamentos de Santa Cruz, Cochabamba y La Paz, en número de 80 profesionales en cada departamento, grupo conformado de la siguiente forma: 40 notarios, 20 jueces y 20 abogados del ejercicio libre.

La muestra es no probabilística, muestreo discrecional, porque la elección de los encuestados no se determinó por probabilidades, ni fórmulas matemáticas, sino por las características de la investigación. La utilidad de este tipo de muestra se manifiesta en una cuidadosa y controlada elección de los sujetos considerados expertos en la materia que se investiga, cuestión que colabora efectivamente con los objetivos propuestos en la investigación.

Para el análisis de la información recogida en la encuesta, se estudiaron las respuestas a cada pregunta aislada, y luego las relaciones entre las respuestas a todas las preguntas; para de tal manera, interpretar los datos en el contexto en que fueron recogidos y extraer, en fin, conclusiones.

En el trabajo de campo, la investigación utiliza el análisis de datos cuantificados para determinar lo que es típico en el grupo estudiado y se interpreta cotejando los resultados obtenidos con las formulaciones del investigador y el resultado de ese cotejo se relaciona con la teoría y los procedimientos de investigación.

Cuando este procedimiento de interpretación ofrece unos resultados que permiten confirmar los datos, es preciso preservar la interpretación obtenida para que ella no exceda a la información que se ha obtenido de los datos preliminares. En este momento es preciso tener en cuenta la necesaria validación de los datos obtenidos y las restricciones que se han presentado en el proceso que pudieron perturbar los mismos.

Sin dudas, todo ello lleva a la conformación de un argumento sólido que permita sostener los resultados de la investigación. La encuesta practicada fue la siguiente:

3.2 Encuesta

Estimado colega:

Esta encuesta está destinada a descubrir la opinión de la comunidad jurídica boliviana sobre la definición de criterios de imputación de coautoría o participación notarial para los delitos de falsedad material o ideológica de documentos públicos en Bolivia.

Es parte de una investigación que será motivo de Tesis de Maestría en Derecho Notarial dentro del Programa de Maestría del mismo nombre, que desarrolla el CEADIS (Centro de Educación a Distancia) de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sucre.

Por su colaboración muchas gracias.

1. Seleccione de las siguientes opciones, las razones teóricas que, a su juicio, fundamentan la determinación de los criterios de imputación de coautoría o participación notarial en los delitos de falsedad material o ideológica de documentos públicos en Bolivia. Valore en la escala, el grado de influencia de la opción seleccionada, donde 5 es el grado máximo de influencia y 0 el grado mínimo.

a) Teoría del dominio del hecho Valoración 5 4 3 2 1 0

b) Teoría de los delitos deber Valoración: 5 4 3 2 1 0

c) Teoría de la instrumentalización del Notario Valoración: 5 4 3 2 1 0

2. Seleccione de las siguientes opciones, las cuestiones referidas a la coautoría o participación Notarial en los delitos de falsedad material o ideológica en Bolivia que a su juicio deben ser reguladas normativamente. Valore en la escala, el grado de influencia de la opción seleccionada, donde 5 es el grado máximo de influencia y 0 el grado mínimo.

a) Definir para el tipo penal las consecuencias de la instrumentalización del Notario. Valoración: 5 4 3 2 1 0

b) Determinar para el tipo las situaciones de coautoría o participación notarial. Valoración: 5 4 3 2 1 0

c) Determinar normativamente que se trata de un delito de peligro presunto

Valoración: 5 4 3 2 1 0

3. Marque, de las siguientes opciones, las soluciones que, a su juicio, permitan definir los criterios de imputación de coautoría o participación notarial en los delitos de falsedad material o ideológica en Bolivia. Valore en la escala, el grado de influencia de la opción seleccionada, donde 5 es el grado máximo de influencia y 0 el grado mínimo.

a) Modificación del artículo 199 en su segundo párrafo del Código Penal

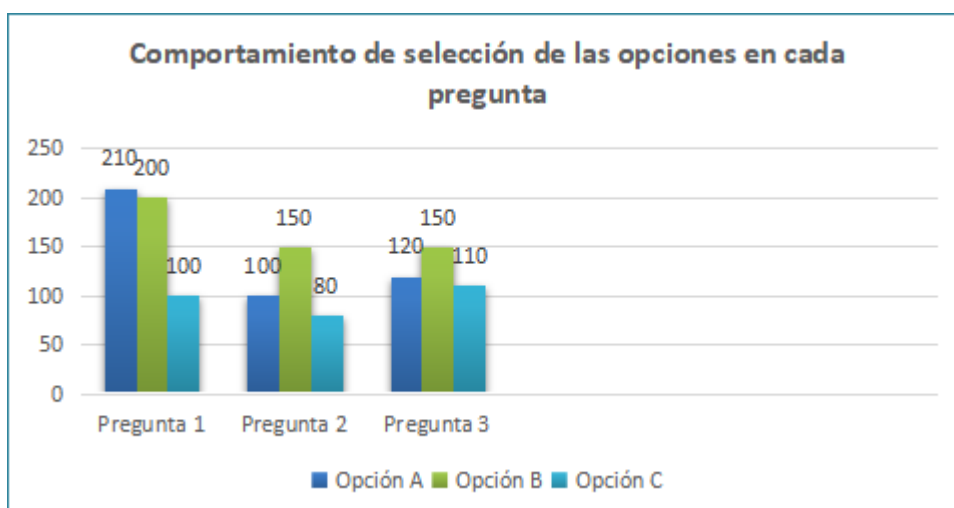
Valoración: 5 4 3 2 1 0

b) Introducir un tipo penal que se refiera a la figura del notario en razón de su especial condición como profesional del derecho que desempeña una función pública. Valoración: 5 4 3 2 1 0

c) Determinar penal y específicamente para el caso de que la falsificación se originara en instrumento público redactado por Notario los criterios de determinación de su participación en el delito. Valoración: 5 4 3 2 1 0

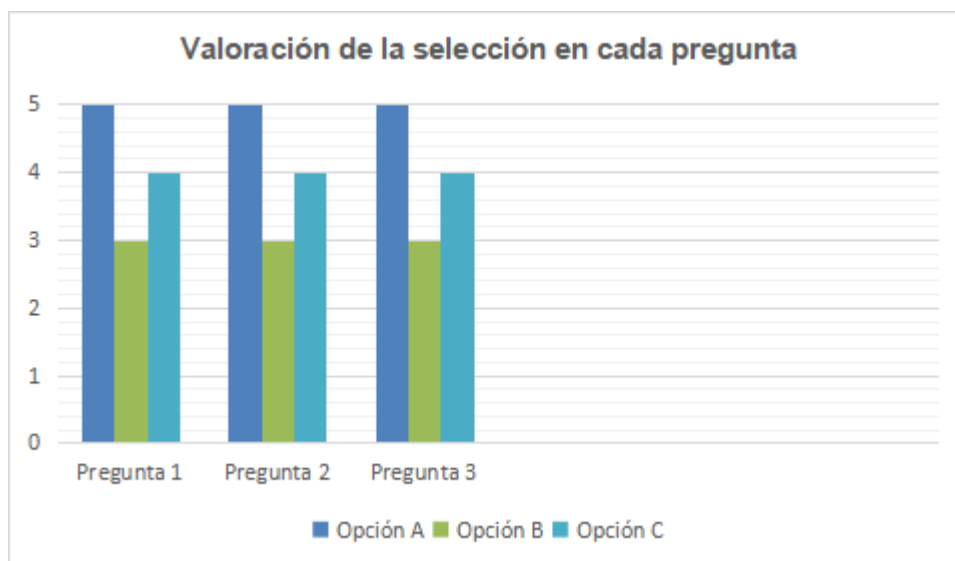
3.2.1 Procesamiento, análisis e interpretación de los datos obtenidos con la encuesta técnica.

Gráfico 3



Fuente: Elaboración propia, 2022

Gráfico 4



Fuente: Elaboración propia, 2022

Análisis de los datos obtenidos

Del análisis de los datos obtenidos con la encuesta y luego de procesados los mismos, pueden determinarse las opciones más votadas y mejor valoradas en cada pregunta.

De los datos obtenidos las tres opciones -en cada una de las tres preguntas- quedan habilitadas por los encuestados por haber obtenido mayorías de voto importantes, todas por encima de 80 votaciones de los 250 encuestados, lo que equivale a un mínimo del 32% de los encuestados a favor, que se presenta para la opción que implica determinar normativamente que se trata de un delito de peligro presunto como resultado valorativo en la pregunta dos; todos los demás porcentajes obtenidos en las diferentes opciones de respuestas, son mayores.

En adelante, los porcentajes obtenidos en la selección de las diferentes opciones de cada pregunta:

Tabla 5: Análisis de porcentos de selección en cada opción de pregunta

% de selección	Opción a	Opción b	Opción c
Pregunta 1	84%	80%	40%
Pregunta 2	40%	60%	32%
Pregunta 3	48%	60%	44%

Fuente: Elaboración propia, 2022

Para el análisis de datos en esta investigación- se decide utilizar el método de comparación constante, con saturación teórica. El método de comparación constante o continua, conocido como MCC por sus siglas en español, es utilizado por la teoría fundamentada. Mediante este método, se realiza una continua revisión y comparación de los datos capturados para ir construyendo teoría de la realidad. Se pretende -con su utilización en este caso- comparar continuamente los resultados obtenidos de la encuesta, que resulta del levantamiento de los datos obtenidos en el estudio empírico.

Tabla 6: Método de Comparación Constante

Unidad de comparación	Dimensión teórica	Dimensión normativa	Dimensión empírica
<p> Criterios de imputación de coautoría o participación notarial en delitos de falsedad material o ideológica de documentos públicos </p>	<p> Se fundamentan en la teoría del dominio de hecho, del delito deber y de la instrumentalización del Notario </p>	<p> Se materializa en la identificación de tres cuestiones que deben ser reguladas normativamente: Definir para el tipo penal las consecuencias de la </p>	<p> Se proponen acciones de mejoramiento de la regulación normativa de los delitos de falsificación material e ideológica en el Código Penal Boliviano, para precisar la </p>

		<p>instrumentalización del Notario</p> <p>Determinar para el tipo las situaciones de coautoría o participación notarial</p> <p>Determinar normativamente que se trata de un delito de peligro presunto</p>	<p>responsabilidad penal del Notario:</p> <p>Modificación del artículo 199 en su segundo párrafo del Código Penal Boliviano</p> <p>Introducir un tipo penal que se refiera a la figura del notario en razón de su especial condición como profesional del derecho que desempeña una función pública.</p> <p>Determinar penal y específicamente para el caso de que la falsificación se originara en instrumento público redactado por Notario los criterios de determinación de su participación en el delito.</p>
--	--	--	--

Fuente: Elaboración propia, 2022

Interpretación de los datos

Tratando de interpretar los datos resultantes de la encuesta puede asegurarse que entre los encuestados existe preferencia por considerar que el fundamento teórico esencial es la teoría del dominio del hecho, aunque los resultados de la encuesta habilita -además- las otras dos respuestas.

En cuanto a la dimensión normativa la mayoría de los encuestados piensan que determinar para el tipo, las situaciones de coautoría o participación notarial, es esencial para la determinación de la responsabilidad penal del notario. No obstante, al igual que en la pregunta anterior, las tres opciones de respuestas quedan validadas para ser tenidas en cuenta.

En cuanto a la dimensión empírica hay acuerdo en que la forma de mejoramiento en la determinación de los criterios de coautoría y participación notarial en los delitos de falsedad material e ideológica en el Código Penal de Bolivia pasa por introducir un tipo penal que se refiera a la figura del notario en razón de su especial condición como profesional del derecho que desempeña una función pública.

3.3 Conclusión Parcial

El análisis de datos tiene como resultado lo siguiente:

El fundamento teórico esencial para definir autoría, coautoría y participación en los delitos de falsedad material e ideológica en el Código Penal Boliviano es la teoría del dominio del hecho, teoría que determinará la autoría, coautoría o participación del Notario en la acción penal teniendo en cuenta el dominio del hecho que tenga el mismo cuando el documento falsificado es un instrumento público notarial. Otra cosa sería que en tales casos se configurara el delito de falsedad material o ideológica como un delito deber del Notario; lo que implicaría la introducción -en un futuro- de un nuevo tipo penal que se refiera a la figura del Notario específicamente, que teniendo en cuenta su especial condición, determine los criterios de determinación de coautoría y participación en tales hechos falsarios.

CAPÍTULO IV

4 Fundamentos teóricos, normativos y empíricos para una propuesta de determinación de los criterios de imputación de autoría, coautoría o participación notarial en delitos de falsedad material o ideológica de documentos públicos en Bolivia

Para determinar los criterios de imputación de coautoría o participación notarial en delitos de falsedad material o ideológica de documentos públicos en Bolivia, se han estudiado sus fundamentos teóricos, sus fundamentos normativos y empíricos, este capítulo tiene la intención de sistematizar los resultados obtenidos en cada una de estas perspectivas para fundamentar la propuesta concreta de la investigación; a ese fin, se concretan las ideas finales de cada perspectiva, elaborando un sistema que permita cumplir el objetivo propuesto.

4.1 Fundamentos Teóricos de la Propuesta

Sirven de fundamentos teóricos a la propuesta de esta investigación los argumentos siguientes:

- a) La distinción entre autor y partícipe representa el núcleo problemático más importante de la concurrencia de personas. Se busca apreciar debidamente la importancia del aporte que hace cada sujeto a lo injusto y precisar el personal juicio de reproche que le corresponde
- b) Como consecuencia de la aplicación de la teoría del dominio del hecho siempre es autor quien ejecuta el hecho por su propia mano todos los elementos del tipo. Es autor quien ejecuta el hecho utilizado a otro como instrumento (autoría mediata). Es autor el coautor que realiza una parte necesaria de la ejecución del plan global (dominio funcional del hecho) aunque no sea un acto típico en sentido estricto, pero, participando, en todo caso, de la común resolución delictiva.
- c) De acuerdo a esta teoría, se puede calificar de autor al sujeto comisario si la persona sabe el qué, el cómo y cuándo se va a realizar el hecho delictivo o si realiza la acción típica personalmente; si hace ejecutar el hecho mediante otro cuya voluntad, según parámetros jurídicos, no es libre, o que no conoce el sentido objetivo de la acción de su

comportamiento; si ha ofrecido una contribución objetiva al hecho (dominio funcional del hecho) o si interviniendo varias personas, ellas tienen un acuerdo previo a la realización del hecho delictivo

- d) Se admiten tres formas de manifestación del dominio del hecho; el dominio de la acción, que se refiere a la realización directa del tipo doloso (autor directo), por propia mano del tipo; el dominio de la voluntad, que corresponde a la autoría mediata, manifestada como instrumentalización de otro y, finalmente, se habla del dominio funcional del hecho, correspondiente a la coautoría y que hace referencia al concurso de varios en la realización del hecho según división de trabajo o de funciones.
- e) Como resultado de la aplicación de la teoría del dominio del hecho, un aporte esencial del sujeto comisario durante la ejecución del hecho delictivo dará lugar a la coautoría; el mismo aporte, pero durante la preparación del hecho delictivo dará lugar, a la cooperación necesaria. Los demás aportes, es decir, los no esenciales, tanto tengan lugar durante la ejecución como durante la preparación, deberán considerarse complicidad. Por ello, lo importante es saber si la realización estructurada del hecho tiene lugar en la preparación o durante la ejecución del hecho. Sólo en el último caso puede existir una coautoría, mientras que en los restantes casos debe imponerse una pena de cómplice.
- f) La doctrina en general, sostiene una tesis diferenciadora para determinar la autoría, en los delitos que se configuran como de infracción de deber, o en los delitos de dominio; afirmando frente a los segundos la importancia del dominio del hecho para establecer quién es autor, mientras que en los primeros la autoría se determina por la infracción del deber por parte de la persona que lo tiene.
- g) Existen ciertos tipos penales donde se configuran unos deberes especialísimos en cabeza de unos sujetos, de manera que lo importante es determinar si la persona titular de ese deber lo ha cumplido o no; para nada importa si el sujeto permite que otra persona vulnere el bien jurídico relacionado con el deber, o si lo que realiza el sujeto titular del deber es una simple ayuda a otro, o si lo que hace es inducir a otro a la vulneración

de ese deber jurídico; lo verdaderamente relevante es que el sujeto titular de ese deber en todos estos casos (ayudar, permitir, inducir) haya incumplido con su deber, por lo tanto es a esta persona a quien está dirigido ese tipo penal, es a él a quien se le encarga el cumplimiento de un especial deber, por lo tanto es quien debe responder a título de autor.

- h) La coautoría en este tipo de delitos por infracción de un deber solo podrá ser considerada en el caso de que varias personas sean titulares del mismo deber y se salten ese deber conjuntamente, incluso la doctrina ha considerado en algunos casos que se trata de una autoría independiente. Por otro lado, en cuanto a la participación, en los delitos de este tipo de configuración, la persona que tiene ese deber especialísimo que se considera infringido no puede constituirse en partícipe, aunque no domine el hecho, porque siempre será autor dada la infracción del deber exigida. Partícipe, según la teoría de los delitos de infracción de deber, será solo aquel que coopera en la realización del tipo sin vulnerar el deber especial extrapenal fundamentador de la autoría.
- i) El bien jurídico tutelado en los delitos de falsedad documental ha sido objeto de concreción hacia posiciones que intentan definir al bien jurídico protegido en la autenticidad del documento como prueba, o en la necesidad de proteger la función de garantía de seguridad del propio documento.
- j) La doctrina ha revolucionado el tratamiento de los delitos de falsedad desde el ámbito de su bien jurídicamente tutelado, porque ha abandonado los criterios generales de fe pública o seguridad del tráfico, para centrarse en el documento y su valor probatorio, no solo en el ámbito judicial, sino también extrajudicial y trata de explicar que el bien jurídico que protege la falsedad documental es la prueba auténtica. Sin embargo, otros han tratado de concretar el interés jurídico protegido en la eficacia probatoria del documento.
- k) La doctrina sobre los delitos de falsedad material o ideológica ha evolucionado hasta considerar que la falsedad material afecta la autenticidad o legitimidad de un documento, y la falsedad ideológica

afecta su veracidad. Para los autores que parten de tales ideas, la falsedad material es aquella acción de la que resulta un documento ilegítimo y la falsedad ideológica aquella acción de la que resulta un documento no verdadero. En consecuencia, pudiera precisarse que la falsedad ideológica solo puede ser cometida por aquellas personas que tienen la obligación jurídica de decir la verdad como los funcionarios públicos, por ejemplo, y en tal razón, la falsedad ideológica no se predica de los documentos privados, solo de aquellos que tienen carácter público.

- l) Sobre la posibilidad de que los Notarios en su función cometan falsedad dice Carrara que cuando el Notario declara falsamente sobre el presente comete siempre falsedad material, es decir, que el Notario debe describir lo que está sucediendo en la actualidad y que lo perciben sus sentidos, por eso, no pueden cometer falsedad ideológica, las partes sí, pero el Notario no. Para Carrara, el Notario debe ser un espejo de la realidad que describe, y si ahí hay alguna alteración, la materialidad del relato se ve afectada y por eso será siempre falsedad material, pero no puede cometer falsedad ideológica porque no puede modificar el relato a conveniencia, eso lo pueden hacer solo las partes.

4.2 Fundamentos Normativos de la Propuesta

Sirven de fundamentos normativos a la propuesta de esta investigación los siguientes argumentos:

- a) El delito de falsedad ideológica el Tribunal Supremo lo considera un delito de peligro, doloso, en que el agente puede ser cualquier persona que insertare o hiciera insertar en un documento formalmente verdadero, declaraciones falsas, por sí mismo o utilizando a un tercero. La fuerza para provocar el engaño en esta clase de falsedad radica en que el documento es, por sus características objetivas, perfectamente creíble y pasa por auténtico, no siéndolo; razón por la que el perjuicio recae sobre la fe pública y puede provocar daños patrimoniales o morales con el uso y la circulación del documento falsificado. En síntesis, puede asegurarse que las falsedades documentales combinan, en su tipo penal, el carácter

del instrumento, la idoneidad de su falsificación y la posibilidad del perjuicio, potencialmente percibido. Se afirma que la mera posibilidad es la que completa la conducta reprimida y esa posibilidad tiene que estar en la mente del autor (actuación dolosa) los delitos de falsedad no requieren de la existencia de un daño o perjuicio real que bien puede concretarse o no

- b) Se acredita como imprescindible que la conducta penal de la falsedad material se realice sobre un documento público, que es el extendido con las solemnidades legales por un funcionario autorizado para darle fe pública, en este caso, interesa como posibilidad, que el actuar del Notario lo constituya en autor de este delito de falsedad material, si directamente elaborara un documento público falso, lo que significa que cuando el Notario introduce una descripción de los hechos que ocurren ante él que no corresponde con la realidad estaría incurriendo en el tipo delictivo de falsedad material siempre.
- c) No existe duda acerca de la participación del Notario en el ejercicio de funciones públicas, de modo que en él concurre el requisito material u objetivo para hablar de funcionario a efectos penales. Sólo un entendimiento excesivamente formal del concepto penal de funcionario que lo identificara con el funcionario estatutario del Derecho administrativo, y desnaturalizador, por tanto, de la esencial condición funcional del concepto penal y de su autonomía en relación con otras ramas del Ordenamiento público, podría conducir a negar la condición de funcionario a efectos penales a los Notarios.
- d) La cuestión de la función pública desempeñada por notario no logra del todo determinar su consideración como sujeto activo del delito de falsedad material o ideológica, porque el tipo penal exige que cometiére ambas falsedades en el ejercicio de sus funciones. Esta exigencia trae como consecuencia, que se admita la posibilidad de la falsedad documental imprudente, con la consiguiente objetivización del requisito singularizador del sujeto activo, notario en este caso; falsedad documental imprudente que no supone abuso del cargo, sino uso descuidado del mismo, lo que

implica que pudieran conciliarse -en el tipo penal para el caso del Notario- la comisión dolosa o imprudente del mismo.

- e) El único que puede lesionar el bien jurídico específico protegido en el tipo es aquel que, teniendo entre los cometidos de su cargo (Notario) redactar determinados tipos de documento (instrumentos públicos), efectúa una de las conductas descritas en los artículos 198 y 199 del Código Penal Boliviano, afectando a alguna de las funciones únicamente de aquellos documentos que pueda confeccionar.
- f) Según la interpretación de que se parte, la expresión contenida en el artículo 199 del Código Penal Boliviano está limitando el círculo de posibles autores de la falsedad específica de funcionario, desde el momento en que presupone la existencia de un vínculo funcional entre el autor de la falsedad y el documento sobre el que la misma se opera.
- g) Como consecuencia, puede afirmarse que, de un lado con la limitación al ejercicio de las propias funciones no se está exigiendo que el funcionario use mal o efectúe un ejercicio ilegítimo de sus cometidos, como usualmente se ha postulado; no se prejuzga acerca de la legitimidad o ilegitimidad en el desempeño del cargo. De otro lado, no se circunscribe el sujeto activo del delito, a priori, a un determinado grupo de funcionarios. Si bien parece que el precepto esté pensando en una determinada categoría de funcionarios, lo cierto es que no establece dicha limitación, de modo que cualquier funcionario puede ser autor de una falsedad documental cualificada, pero no en relación con cualquier documento. El vínculo funcional que el precepto presupone entre el autor del delito y el objeto material sobre el que recae requiere, en primer lugar, analizar el documento de que se trate en el concreto supuesto, para, como segundo paso en el análisis, comprobar que el funcionario, Notario en este caso, que ha operado la falsedad tenía atribuido el cometido de confeccionar ese documento en cuestión.
- h) Cualquiera de las formas comisivas falsarias previstas en el Código Penal boliviano, implican necesariamente el ejercicio ilegítimo de la función notarial, pues de contrario no serían consideradas delictivas. Esto es,

cuando el funcionario notario, ejercitando su competencia de modo contrario a lo que las normas reguladoras de la función establecen, altera alguna de las funciones que el documento desempeña, cumple ilegítimamente los cometidos de su cargo; y esto tanto si la falsedad consiste en recoger distorsionadamente una declaración que tiene la función de documentar exactamente, como si manipula un documento ya confeccionado. En segundo lugar, la expresión “en el ejercicio de sus funciones” no presupone valoración alguna acerca de la licitud o no de dicho ejercicio, sino que centra el ámbito de sujetos activos en relación con tipos documentales concretos.

- i) Sólo se encuentran en situación de ser sujetos activos de estos delitos de falsedad aquellos funcionarios Notarios que, en virtud de la competencia que tienen atribuida, podían emitir el documento de que se trate, independientemente de que en el concreto supuesto cumplieran todos los requisitos que la competencia territorial y material exigen.
- j) La competencia o facultad para emitir un determinado documento del Notario, ha de entenderse así en sentido abstracto, o lo que es lo mismo, el vínculo funcional entre sujeto y objeto material debe establecerse con parámetros relacionales que tengan en cuenta sólo el tipo de documento y si éste puede emitirse por la categoría funcional a la que pertenece el sujeto en cuestión según normas reguladoras de sus funciones (Ley 483 y su reglamento), haciéndose abstracción de su incompetencia territorial o incompatibilidad que en el caso sea manifiesta.
- k) Mientras la mayoría de la doctrina considera que el delito de falsedad cometido por notario es especial impropio, existe cierto sector que postula su naturaleza especial propia. Se argumenta en apoyo de esta segunda opción que la condición de funcionario no constituye en este delito sólo una causa de agravación, sino la misma razón de ser del ilícito, aquello que codetermina la antijuricidad, otorgándole un distinto contenido de injusto que al delito común.
- l) El delito es especial propio o especial en sentido estricto, cuando las particularidades del sujeto activo pertenezcan al tipo de injusto de la

infracción correspondiente, y especial impropio cuando dicha condición del sujeto activo fundamente una punición distinta dentro del mismo tipo de injusto, pero sin afectar a su esencia. Así, caracterizan el delito de especial propio cuando el elemento en que se fundamenta dicha especialidad pertenece al injusto y de impropio cuando dicho elemento pertenece a la culpabilidad.

- m) En la configuración del delito de falsedad del artículo 199 subyace la idea del legislador de que aquellas conductas falsarias que afectan exclusivamente a la función probatoria del documento sólo pueden cometerse por quienes tienen normativamente reconocida la tarea de confeccionar documentos públicos u oficiales, y sólo respecto aquellos extremos en que el documento goza de una fuerza probatoria privilegiada. De tal modo, el Código penal no tutela ya la función probatoria que cualquier documento desempeña, sino sólo aquel sector de la misma que se refiere al valor probatorio reforzado.
- n) Así, el faltar a la verdad en la narración de los hechos se convierte, ahora sin duda, en un delito especial propio que sólo determinados funcionarios que se encuentran vinculados jurídicamente con específicas formas documentales, como lo es el Notario, pueden cometer. Justamente de ahí el carácter bifronte del delito de falsedad documental en el Código Penal, que en el supuesto en que el sujeto activo sea el funcionario documentador incrimina el atentado contra cualquiera de las tres funciones que el documento desempeña, mientras que cuando el sujeto sea el particular -incluido también el funcionario absolutamente incompetente- sólo protege preferentemente la función de garantía y parcialmente la de perpetuación, en el seno de la falsedad documental genérica.
- o) En la configuración del delito de falsedad del artículo 199 subyace la idea del legislador de que aquellas conductas falsarias que afectan exclusivamente a la función probatoria del documento sólo pueden cometerse por quienes tienen normativamente reconocida la tarea de confeccionar documentos públicos u oficiales, y sólo respecto aquellos

extremos en que el documento goza de una fuerza probatoria privilegiada. De tal modo, el Código penal no tutela ya la función probatoria que cualquier documento desempeña, sino sólo aquel sector de la misma que se refiere al valor probatorio reforzado.

4.3 Fundamentos Empíricos de la Propuesta

La aplicación de los instrumentos de recogida de información que abundan sobre las opiniones de la comunidad jurídica nacional en este sentido, ofrecen como resultado que en la dimensión teórica existe preferencia por considerar a la teoría del dominio del hecho como el criterio fundamental a utilizar para determinar la autoría, coautoría, o participación notarial en los delitos de falsedad material o ideológica, en el Código Penal Boliviano, aunque los resultados de la encuesta habilita además las otras dos respuestas.

En cuanto a la dimensión normativa las opiniones de la comunidad jurídica avalan que es preciso determinar para el tipo, las situaciones de coautoría o participación notarial, por ser esencial para la determinación de la responsabilidad penal del notario. No obstante, al igual que en la pregunta anterior, las tres opciones de respuestas quedan validadas para ser tenidas en cuenta.

Por último, en cuanto a la dimensión empírica hay acuerdo en que la forma de mejoramiento en la determinación de los criterios de coautoría y participación notarial en los delitos de falsedad material e ideológica en el Código Penal de Bolivia pasa por introducir un tipo penal que se refiera a la figura del notario en razón de su especial condición como profesional del derecho que desempeña una función pública.

4.4 La Propuesta Concreta

La propuesta concreta de esta tesis para determinar los criterios de imputación de autoría, coautoría o participación notarial en delitos de falsedad material o ideológica de documentos públicos en Bolivia, a partir de la identificación de sus fundamentos teóricos, normativos y empíricos que se han explicado antes, se sintetiza en lo siguiente:

- a) No puede fundamentarse la condición de autor sobre la mera existencia de la infracción del deber, haciendo abstracción de la efectiva intervención en la ejecución del hecho. Tampoco que haya de mantenerse para la falsedad documental propia del funcionario un concepto de autor distinto que para la del particular, habida cuenta de la extensión del concepto de autor en el primero que ello supondría. En tal razón, para estos tipos penales se mantendría como criterio de imputación de autoría, coautoría o participación la teoría del dominio del hecho.
- b) Ninguna duda hay acerca de que el autor del art. 198 y 199 del Código Penal boliviano ha de serlo necesariamente un funcionario (Notario) que obre en ejercicio de sus funciones. Pero también en el delito propio de funcionario el sujeto activo ha de realizar total o parcialmente la conducta típica, teniendo el dominio del hecho característico de la forma de autoría de que se trate. Cuando el particular sea quien ejecuta la acción, el funcionario que coadyuva a la realización del hecho con una actividad no típica será partícipe, y su participación habrá de considerarse punible cuando la conducta del particular autor sea típica, además de antijurídica.
- c) Tema importante a tratar para determinar la responsabilidad penal del Notario en este tipo de delitos de falsedad es la autoría mediata. La autoría mediata implica la utilización de una persona como "instrumento". Requiere, pues, el uso de un autor inmediato que obra sin dolo, generalmente por haber padecido error, situación en la que puede incurrir el Notario cuando es inducido a error por el autor mediato del delito de falsedad documental.
- d) Podrá, por tanto, ser autor mediato de la falsedad documental el funcionario público que utilice a un particular o a otro funcionario como instrumento para ejecutar algún tipo de actividad falsaria en un documento que la normativa aplicable le conceda la potestad de emitir. Del mismo modo, el particular que utilice como instrumento a un funcionario o a otro particular podrá ser autor mediato de la falsedad documental siempre y cuando la conducta activa realizada por el sujeto instrumento sea típica.

- e) Existen distintos supuestos en que el particular puede inducir a engaño a un funcionario haciéndole documentar un hecho no veraz sobre el que el documento confeccionado tenga fuerza probatoria reforzada. Estos supuestos no se limitan, a considerar este tipo de falsedad como falso testimonio extrajudicial, a los casos en que la declaración se efectúa, oralmente o por escrito, ante un funcionario.
- f) Son imaginables situaciones en las que se instrumentaliza al funcionario, por ejemplo, documentos falsos que provocarán una actividad documentadora por parte del funcionario que tenga como resultado un documento con función probatoria alterada. Piénsese en supuestos como el del otorgante de una escritura pública que presente a un Notario un documento de identidad (o de otro tipo) falso, consiguiendo así que en el documento público conste como interviniente una persona con identidad distinta de quien realmente ha intervenido. Ciertamente en tales casos, puede hablarse de una falsedad cometida únicamente por el particular. Dicha falsedad será sólo medio para cometer una segunda falsedad en autoría mediata, finalidad de la primera acción falsaria, que debería encontrar también acomodo jurídico entre los delitos de falsedad.
- g) Para ello fuera más técnico, incluir dentro del capítulo relativo a las falsedades documentales, un tipo específico que incriminase exclusivamente la autoría mediata del particular en este tipo de falsedad. La previsión expresa de esta posible incriminación no debería basarse, por tanto, en la existencia de un supuesto deber de veracidad del funcionario que en específicas ocasiones se traslada al particular, sino en que la función probatoria reforzada que determinados documentos experimentan respecto de determinados extremos que contienen puede verse mediatamente alterada por el particular. Se trataría, por tanto, de establecer un precepto para dotar de relevancia penal a un típico supuesto de autoría mediata que no está claro partiendo de las reglas generales de la autoría y la participación.
- h) Su aplicación solo tendría sentido en los casos en que efectivamente se instrumentalizase al funcionario notario, acudiéndose a la calificación de

autoría por vía de este ilícito o a la aplicación del delito especial de funcionario con eventual participación del particular según las reglas generales de la participación.

- i) El extremo sobre el que el particular engañase al funcionario o lo instrumentalizase por cualquiera de las otras posibles vías para convertirse en autor mediato- debería ser necesariamente de aquellos que en el respectivo documento gozan de una fuerza probatoria privilegiada, lo que se determinaría remitiéndose a la regulación legal del documento notarial y sus procedimientos.

CONCLUSIONES

De las anteriores consideraciones se elaboran las siguientes conclusiones por objetivos:

Del objetivo número 1: Determinar los fundamentos teórico-doctrinales de la autoría, coautoría, como forma de autoría material del hecho y la participación, en el delito de falsedad material o ideológica de documentos públicos

Primera: Los principales fundamentos teórico doctrinales que permiten determinar la autoría, coautoría y participación en los delitos de falsedad material o ideológica de documentos públicos son la teoría del dominio del hecho y la teoría de los delitos de infracción de deber. La doctrina en general, sostiene una tesis diferenciadora para determinar la autoría, en los delitos que se configuran como de infracción de deber, o en los delitos de dominio; afirmando frente a los segundos la importancia del dominio del hecho para establecer quién es autor, mientras que en los primeros la autoría se determina por la infracción del deber por parte de la persona que lo tiene.

Del objetivo número 2: Analizar críticamente la normativa nacional y extranjera sobre la autoría, coautoría y otras formas de participación notarial en delitos de falsedad material o ideológica de documentos públicos

Segunda: La principal crítica a la normativa nacional en este sentido es que no puede fundamentarse la condición de autor sobre la mera existencia de la infracción del deber del Notario (funcionario público), haciendo abstracción de la efectiva intervención en la ejecución del hecho. Tampoco que haya de mantenerse para la falsedad documental propia del funcionario un concepto de autor distinto que para la del particular, habida cuenta de la extensión del concepto de autor en el primero que ello supondría. En tal razón, para estos tipos penales se mantendría como criterio de imputación de autoría, coautoría o participación la teoría del dominio del hecho.

Tercera: En cuanto al estudio del derecho extranjero, se constata la presencia de configuraciones diferentes de los delitos de falsedad material e ideológica; en

Argentina y Perú se configuran como delito de dominio y de peligro, en Colombia como delito de infracción de deber y de peligro con las consecuencias para la determinación de la autoría, coautoría y participación que se han dejado dichas.

Del objetivo número 3. Elaborar un diagnóstico sobre los criterios de la comunidad jurídica nacional acerca de la participación notarial en delitos de falsedad material o ideológica de documentos públicos.

Cuarta: Del estudio empírico realizado se concluye que en opinión de la comunidad jurídica consultada el fundamento teórico esencial para definir autoría, coautoría y participación en los delitos de falsedad material e ideológica en el Código Penal Boliviano es la teoría del dominio del hecho, teoría que determinará la autoría, coautoría o participación del Notario en la acción penal teniendo en cuenta el dominio del hecho que tenga el mismo cuando el documento falsificado es un instrumento público notarial. Otra cosa sería que en tales casos se configurara el delito de falsedad material o ideológica como un delito deber del Notario; lo que implicaría la introducción -en un futuro- de un nuevo tipo penal que se refiera a la figura del Notario específicamente, que teniendo en cuenta su especial condición, determine los criterios de determinación de coautoría y participación en tales hechos falsarios.

Del objetivo número 4. Sistematizar los resultados teóricos, normativos y empíricos obtenidos en los objetivos anteriores para fundamentar la propuesta

Quinta: No puede fundamentarse la condición de autor sobre la mera existencia de la infracción del deber, haciendo abstracción de la efectiva intervención en la ejecución del hecho. Tampoco que haya de mantenerse para la falsedad documental propia del funcionario un concepto de autor distinto que para la del particular, habida cuenta de la extensión del concepto de autor en el primero que ello supondría. En tal razón, para estos tipos penales se mantendría como criterio de imputación de autoría, coautoría o participación la teoría del dominio del hecho.

Del objetivo general: Definir los criterios de imputación de la autoría, coautoría o participación notarial para los delitos de falsedad material o ideológica de documentos públicos según el Código Penal Boliviano.

Sexta: El autor del art. 198 y 199 del Código Penal boliviano puede ser un funcionario (Notario) que obre en ejercicio de sus funciones. Pero también en el delito propio de funcionario el sujeto activo notario, ha de realizar total o parcialmente la conducta típica, teniendo el dominio del hecho característico de la forma de autoría de que se trate. Cuando el particular sea quien ejecuta la acción, el funcionario Notario, que coadyuva a la realización del hecho con una actividad no típica será partícipe, y su participación habrá de considerarse punible cuando la conducta del particular autor sea típica, además de antijurídica. Igualmente, en estos delitos puede presentarse la autoría mediata, que implica la utilización de una persona como instrumento. Requiere, de esta manera, el uso de un autor inmediato que obra sin dolo, generalmente por haber padecido error, situación en la que puede incurrir el Notario cuando es inducido a error por el autor mediato del delito de falsedad documental.

RECOMENDACIONES

De las conclusiones anteriores se deriva las siguientes recomendaciones:

Primera: Que los resultados de esta investigación sean puestos a consideración del Consejo de la Magistratura y la DIRNOPLU a fin de socialización de los mismos.

Segunda: Que se convoque a un Seminario jurídico nacional con representación de jueces, fiscales y notarios para la socialización y discusión de los resultados de esta investigación.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, T. (2006). *Naturaleza jurídica del notario*. Medellín: Señal editora.
- Bacigalupo, E. (2018). *Derecho Penal Parte General* (4ta ed.). Hammurabi.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. (2016). *Curso de Derecho penal: Parte General* (3ra ed.). Ediciones Experiencia.
- Bustos, J; Hormazabal, H. (2006). *Lecciones de derecho penal*. Madrid, España: editorial Trotta.
- Carnelutti, F. (2018). *La prueba civil*. Ediciones Olejnik.
- Carrara. (2018). *Programa de Derecho criminal Parte Especial* (3ra ed.). Reus.
- Cerezo, J.(2008). *Derecho penal parte general*. Buenos aires: BdeF.
- Cervini, R. & Adrisoila, g. (2005). *Derecho penal de la empresa desde una visión garantista*. Buenos aires: BdeF.
- Chumán Céspedes, E. I. (2017). *La pena de inhabilitación en el delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad*. Universidad de San Martín de Porres.
- Cuello, J. (2009). *El Derecho Penal Español Parte General*. (Vol. II). Madrid, España: editorial Dykinson.
- Del Castillo Codes, e. (2007). *La imprudencia: autoría y participación*. Monografías de Derecho Penal. (No. 10). Madrid, España: editorial Dykinson.
- Fernández Carrasquilla, J. (2018). *Derecho Penal Fundamental* (4ta ed., Vol. II). Temis.
- Ferre, J. C.; Nunez, M; Ramírez, P. (2010). *Derecho Penal Colombiano Parte General*. Bogotá, Colombia: editorial Ibáñez.
- Garrido Montt, M. (2019). *Derecho Penal, Parte General* (2da ed., Vol. 1). Editorial Jurídica de Chile.
- Gimbernat Ordeig, E. (2016). *Autor y cómplice en Derecho Penal* (3ra ed.). B de F.

- Hernández Esquivel, A. (1993, Abril). El concurso de las personas en el delito. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (49), 70 y ss.
- Hurtado Pozo, J. (2018). *Manual de Derecho Penal* (7ma ed.). Eddili.
- Jakobs, G. (2015). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (2da ed.). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Jeschek, H.-H., & Weigend, T. (2018). *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (6ta ed.). Editorial Comares.
- Jiménez Asenjo, R. (2019). *Falsificación de documentos* (4ta edición ed.). Reus.
- Jiménez de Asúa, L. (1956). *Principios de Derecho Penal. La Ley y el delito*. (3ra ed.). Abeledo-Perrot.
- Kienapfel, D. (2018). *El riesgo permitido en derecho penal* (4ta ed.). Medimops.
- Luzón Peña, D. M. (2015). *Curso de derecho penal Parte General* (2da ed., Vol. 1). Universitas.
- Maurach, R., & Zipf, H. (2018). *Derecho Penal. Parte General 1* (3ra ed.). Astrea.
- Mir Puig, S. (2018). *Derecho Penal Parte General* (10ma ed.). IB de F.
- Pabón Gómez, G. (1991, Enero). El tipo subjetivo en los delitos contra la fe pública. *Nuevo Foro Penal*, (51), 31-57.
- Reyes, y. (2007). *Imputación objetiva*. (3ª edición). Bogotá: Temis.
- Romero Soto, L. E. (2018). *La falsedad documental* (3ra ed.). Ediciones Carvajal.
- Roxin, C. (2015). *Derecho penal. Parte General* (Vol. Tomo 1). Thomson Civitas.
- Suárez, a. (2007). *Autoría*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Torres Tópaga, W. (2004, Agosto 10). Autoría en los delitos de infracción de deber [Ponencia para las XXVI Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia]. In *Dialnet* (p. 24) [web].
- Villacampa Estiarte, C. (2017). *La falsedad documental: análisis jurídico penal* (3ra ed.). Cedecs.

Villavicencio Terreros, F. A. (2016). *Derecho penal. Parte general* (5ta ed.). Editora Jurídica Grijley.

Welzel, H. (2018). *Derecho penal. Parte General*. Depalma Editores.

Zaffaroni, E. R. (2016). *Tratado de Derecho Penal, Parte General* (4ta ed., Vol. I). Ediar.