

DENUNCIA O ACUSACIÓN CALUMNIOSA.

ART. 303

Jurisprudencia.

T. S. 3° SS 04/12/2000

"De la lectura del tipo penal descrito en el Art. 303 Pn., se determina que la acción típica viene dada por las expresiones "denunciare o acusare", esto es en llevar una información sobre la perpetración de un hecho delictivo, información que de manera general puede ser dada ante la autoridad policial, fiscal o judicial, para que sea esta la que proceda hacer las averiguaciones necesarias tendientes a la verificación o no de los hechos que han sido denunciados o acusados. [...] El tipo penal en comento señala que específicamente esa noticia criminal o bien la imputación del hecho criminal debe ser realizada de forma específica ante la autoridad Judicial, es decir ante aquella que tiene la competencia tanto funcional, temporal como material para conocer de la comisión de un hecho delictivo. [...] La denuncia o acusación efectuada debe atribuir una conducta delictiva a una persona en la que se le de la calidad de autor o participe de un hecho delictivo, entendiéndose por actor, aquella persona que comete un hecho delictivo, ya sea de forma directa o bien valiéndose de otra del que se sirve como instrumento; y por participe aquellos que actúan en función de la actividad desarrollada por el autor, es decir aquellos que desarrollan una actividad accesoria a la principal que es la efectuada por el autor. [...] El delito de DENUNCIA O ACUSACION CALUMNIOSA, requiere un elemento especial que viene dado por la expresión "a sabiendas de que es inocente", esto significa que el sujeto activo del delito debe de conocer que los hechos que esta denunciando o acusando no son ciertos, es decir que no hay congruencia entre la realidad y los hechos que denuncia. La figura delictiva no puede ser desarrollada sino es mediante dolo directo; no admitiendo el eventual ni mucho menos una conducta de carácter imprudente, dado que esa expresión "a sabiendas" constituye un adverbio que denota algo de modo cierto o bien con conocimiento y deliberación".

T. S. 3° SS 08/03/2001

NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Bien Jurídico Protegido

"Debe resaltarse que este tipo de delitos, por una postura mayoritaria, se considera pluriofensivo, pues se ha determinado que se ataca el interés estatal en una correcta ADMINISTRACION DE JUSTICIA, al mal utilizar la actividad jurisdiccional por parte del sujeto activo, y secundariamente se atenta contra el HONOR DE LAS PERSONAS, por considerarse que el sujeto pasivo -una persona natural- al ser acusada calumniosamente, se ve afectada, máximo cuando tal acción trasciende al ámbito judicial, Fiscal o Policial este último como un órgano auxiliar."

Tipo Objetivo y Tipo Subjetivo

"De acuerdo al Diccionario Enciclopédico Ilustrado Océano Uno- Edición de 1994- entenderemos por Denuncia: "Noticia que de palabra o por escrito se da a la autoridad competente de haberse cometido un delito o falta", por acusar, y de acuerdo al Diccionario ya relacionado entenderemos "Imputar a uno algún delito. Exponer en Juicio los cargos contra el acusado y las pruebas de los mismos". Tal denuncia o acusación deberá realizarse ante autoridad judicial. [...] El delito de ACUSACION O DENUNCIA CALUMNIOSA, conforme a la doctrina exige los requisitos siguientes. a) Una imputación precisa y categórica de hechos muy concretos y específicos dirigida contra una persona determinada, b) Que tales hechos, de ser ciertos, constituirán delito o falta perseguible de oficio; c) La imputación ha de ser falsa; d) La denuncia ha de presentarse ante autoridad que tenga obligación de actuar, y e) Que exista intención delictiva, esto es conciencia de que el hecho denunciado es delictivo y falso; esto es que la acusación y denuncia se haya hecho con mala fe del sujeto activo."

Los comentaristas han dicho que las falsas imputaciones parciales encuentran adecuación típica en este delito. Sin embargo, tal afirmación no es aceptada de forma unánime por la doctrina. Por ejemplo, Donna, expresa que la falsedad debe ser total y luego citando a Rodríguez Devesa y Serrano Gómez ha dicho que "Una falsedad de hechos que determinara únicamente la atenuación o la agravación de la pena imponible quedaría fuera del tipo examinado" (Donna, 2000: 135). Por otro lado, habrá falsedad de la denuncia o acusación tanto si se imputa un hecho que no ha acontecido, como si se imputa un hecho real, pero que no ha sido cometido por la persona que se denuncia o acusa.

La norma comentada establece como medio para realizar la falsa imputación, tanto la denuncia como la acusación; pero incluye además, en el párrafo segundo, el aviso. Para que la denuncia o acusación calumniosa encuentren adecuación típica en este delito, deben ser interpuestas exclusivamente frente a autoridad judicial; es decir, frente a aquellos funcionarios judiciales competentes para la recepción de esos actos procesales. La denuncia falsa interpuesta ante la policía o la fiscalía, de conformidad con los arts. 234 y 235 CPP, no es abarcada por este tipo penal y por tanto escapa de la punición como un delito de Denuncia o Acusación Calumniosa; así parece sugerirlo la propia descripción del tipo legal, cuando en el párrafo segundo sí se incluye como destinatarios del “aviso” que contiene la falsa imputación, no solo a los funcionarios judiciales, sino además a la Fiscalía General de la República y a los Órganos Auxiliares. No obstante ello, la jurisprudencia nacional, siguiendo a los comentaristas, ha reconocido que la denuncia falsa o calumniosa interpuesta en sede policial o fiscal encuentra tipicidad en este delito.

SIMULACIÓN DE DELITOS.

ART. 304

Nota de Actualización. Es importante que la simulación sea capaz de generar la actividad judicial o policial, pues si lo que se denuncia son hechos absurdos o inverosímiles, tal conducta carece de relevancia penal con relación a este delito, por cuanto el destinatario de la denuncia del delito simulado, sea funcionario judicial o “cuerpo de seguridad”, no tiene obligación de proceder frente a hechos de esa naturaleza. Se trata de un delito doloso en tanto que la simulación requiere del conocimiento que se está dando apariencia de verdad a algo inexistente y la voluntad de así proceder.

FALSO TESTIMONIO.

ART. 305

Jurisprudencia.

“De conformidad a los artículos 189 de la Constitución de la República, 52 y 53 literal “c” del Código Procesal Penal, el delito de FALSO TESTIMONIO, tipificado y sancionado en el art. 305 del Código penal, es de exclusivo conocimiento y decisión del Tribunal del Jurado [...] el bien jurídico que se protege es la Administración de Justicia, como consecuencia no hay una víctima individualizada, a favor de quien deba indemnizarse civilmente, pues estamos en presencia de un interés difuso”.

T. S. 3° SS 19/04/2001

Nota de Actualización. Alguna duda ha generado la inclusión de los “Asesores” como sujeto activo de este delito, en tanto que se ha venido preguntando a quiénes se refiere la disposición. Pues bien, hay unos asesores que tienen la capacidad de incidir sobre la correcta administración de justicia, ya que se les ha otorgado facultades para orientar al Juez en aquellas decisiones que tienen que ver con la averiguación del hecho y de las pruebas de carácter científico que con ese propósito se han de ordenar. También, para ayudarlo “a reconocer adecuadamente los elementos de prueba derivados de dichos medios”. Hablamos de los asesores a que hace referencia el párrafo segundo del Art. 162 CPP. La declaración falsa de un asesor, sobre cuáles pruebas resulta pertinente ordenar o sobre el contenido y valor de algún medio de prueba científico, afecta negativamente la certeza razonable de los Jueces en su actividad de pronunciar resoluciones. De ahí que las personas que actúan con esa calidad en el proceso pueden ser sujetos activos de este delito.

Al dolo, como elemento integrador de la estructura del tipo subjetivo de este delito, no le acompaña ningún especial elemento subjetivo. Es innecesario determinar si el autor de este delito ha actuado con ánimo de perjudicar a alguna de las partes. La falsedad por error o apreciación equivocada de la realidad excluye el dolo y el delito (Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo español, de fecha 3 de abril de 1998)

FRAUDE PROCESAL.

ART. 306

JURISPRUDENCIA.

“La descripción que hace la norma antes señalada nos conduce a regular dos modalidades en su realización: La primera de ellas está referida a la alteración artificiosa de lugares, la posición y condición de cosas, personas o cadáveres, con finalidad de producir una situación errónea en el juzgador, mientras que la segunda acción se refiere a la supresión o alteración ya sea parcial o total de la realidad, siempre para producir un error en la decisión que va a tomar el Juzgador. Siendo común para ambas conductas que nos encontremos en el curso de un proceso judicial o bien inmediatamente antes de iniciarse.”

T. S. 3° SS 04/12/2000

SOBORNO.**ART. 307**

NOTA DE ACTUALIZACIÓN. Al igual que en el delito de falso testimonio, en este delito resulta indiferente la naturaleza de la diligencia o proceso en la que ha de servir la afirmación falsa del testigo o de cualquiera de los otros destinatarios de la dádiva u ofrecimiento. Con exclusión del jurado, por supuesto, quien solamente interviene en procesos penales.

ENCUBRIMIENTO.**ART. 308****JURISPRUDENCIA.**

“En el delito de encubrimiento, el bien jurídico protegido es la administración de justicia ya que la desviación punible legalmente definida pone obstáculos y trabas al correcto ejercicio de la función jurisdiccional en su aspecto de investigar, perseguir y reprimir los hechos delictivos.”

T. S. 1º SS 02/05/00.

“Tal figura exige como requisito indispensable, que el encubridor tenga un conocimiento real y efectivo de que se ha cometido un delito, no siendo suficiente las meras sospechas”.

T. S. 5º SS 21/06/2000

“El delito de encubrimiento, es considerado "de referencia", es decir, que aunque constituye un tipo penal autónomo, depende de otro delito para poder existir. Constituye entonces primer elemento objetivo, la existencia previa de un delito, es decir, de un hecho anterior al atribuido, que reúna las características de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad reguladas en las leyes penales como delito y no como falta. Otro elemento importante del delito de encubrimiento, es el conocimiento que el justiciable debe tener sobre los hechos realizados que constituyen el delito encubierto, sin que tal conocimiento sea originado de un concierto previo a la consumación del delito inicialmente perseguido, en caso contrario, no estaríamos ya frente al encubridor de un delito principal, sino frente a un partícipe de ese mismo delito. [...] El delito de Encubrimiento regulado en el art. 308 CP solamente puede ser realizado por dolo directo, no admitiendo otras modalidades como sería el dolo eventual o de consecuencias necesarias, o bien, una conducta imprudente; la aseveración anterior se hace tomando en consideración que el tipo penal señala que el autor debe tener conocimiento de haberse perpetrado un delito y al no acreditarse dicho conocimiento, desaparece la tipicidad, puesto que, en virtud del principio de legalidad, solamente aquellas conductas que encajan de manera perfecta en el tipo serán punibles, es decir, que el tipo cumple una función de garantía para el justiciable...”

T. S. 3º SS 22/09/2000

NOTA DE ACTUALIZACIÓN. Siguiendo a los autores de esta obra, la jurisprudencia nacional ha exigido que el hecho encubierto reúna todas las categorías sistemáticas del delito: Debe ser un hecho típico, antijurídico y además culpable. Tal exigencia es congruente con el uso que de la expresión “delito” hace el artículo 308 CP, pues solo es tal, aquel comportamiento en el que convergen las categorías mencionadas. Sin embargo, esa posición no es unánime en la doctrina penal. Algunos autores se conforman con que el hecho encubierto sea típico y antijurídico y a otros, como Soler, les basta con que sea típico, afirmando la posibilidad de castigar al encubridor aún cuando causas de justificación o de inculpabilidad benefician al autor del delito encubierto; sostienen tal postura en el hecho que “la actividad desplegada por la justicia en un proceso tiene por función el descubrimiento de la verdad...”. (Donna, 2000: 470). Los que sostienen que debe tratarse de un injusto, es decir, de un hecho típico y antijurídico, lo hacen sobre la base de que la presencia de una causa de justificación en el hecho encubierto hace desaparecer la propia antijuridicidad material del encubrimiento, pues “no ofende a la administración de justicia quien ayuda a quien ha hecho algo que estuvo o está justificado”. Además de los comentaristas, ningún otro sector doctrinal exige que el hecho encubierto sea también culpable. Es mayoritaria la opinión que la ausencia de culpabilidad del autor del delito encubierto no afecta la punición del encubrimiento. Así lo ha sostenido Donna: “El delito de encubrimiento se tipifica, en cambio, con el delito anterior, aunque el imputado no haya sido culpable por cualquiera de las causas conocidas, como ser: error de prohibición, incapacidad de culpabilidad o alguna causa de inexigibilidad.” (Donna, 2000:473). La legislación penal española de manera expresa ha dispuesto que también resulte punible el encubrimiento de un hecho cuyo autor sea irresponsable o esté personalmente exento de pena. (Art.453 CPE).

OMISIÓN DEL DEBER DE PONER EN CONOCIMIENTO DETERMINADOS DELITOS.

309.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN. Un delito muy parecido a este se regula en el Art.450 del Código Penal español; pero imponiendo la obligación de Intervenir de una manera más directa en la evitación del delito del cual se tiene conocimiento. Intervención que además de física, también puede ser moral (Vives Antón y otros, 1996:729). Hemos querido empezar por anotar lo dicho para justificar lo que a continuación se expone: Han afirmado los autores de esta obra, que el bien jurídico protegido por esta norma penal no lo es la administración de justicia sino aquellos valores atacados por los delitos que se pretenden cometer y que se omite poner en conocimiento. Sin embargo, la Sala Segunda del Tribunal Supremo español sí ha reconocido, de forma expresa que el bien jurídico protegido es la Administración de justicia, sin perjuicio de que también alcancen protección aquellos otros bienes jurídicos. Transcribimos en lo pertinente la sentencia de fecha cuatro de febrero de 1999, pronunciada por el Tribunal mencionado: “El bien jurídico protegido, en la vigente redacción del delito es la administración de justicia, en un sentido amplio. Las conductas descritas en el tipo protegen el deber de los ciudadanos de evitar los delitos o facilitar su persecución, bien actuando para impedir su realización, bien denunciando el hecho ante la autoridad o sus agentes, para que impidan este delito. Además mediante el tipo se vertebra, de alguna manera, una nueva modalidad de protección de los bienes jurídicos que se mencionan en el precepto.”

PREVARICATO.

ART. 310

NOTA DE ACTUALIZACIÓN. Es importante resaltar que éste, como cualquier otro delito, está constituido por dos claros componentes: uno objetivo determinado por el pronunciamiento de una resolución que manifiestamente es contraria a la ley o fundada en hechos falsos y otro subjetivo cuyo contenido se corresponde con el conocimiento y la voluntad del Juez de resolver contra norma expresa o basando la decisión en hechos falsos. No es suficiente la sola acreditación del tipo objetivo, “pues si solo esos requisitos fueran necesarios se concluiría que toda sentencia revocada daría lugar a un proceso por prevaricación” (Donna,2000:418), lo cual es incorrecto. Acerca de la prevaricación, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo español, de fecha quince de octubre de 1999 ha expresado: “El delito de prevaricación no consiste en la lesión de bienes jurídicos individuales de las partes del proceso, sino en la postergación por el autor de la validez del derecho o de su imperio y, por lo tanto, en la vulneración del Estado de Derecho, dado que se quebranta la función judicial de decidir aplicando únicamente el derecho [...] La prevaricación, por lo tanto, consiste en el abuso de la posición que el derecho otorga al Juez..., con evidente quebranto de sus deberes constitucionales”

OMISIÓN DE INVESTIGACIÓN.

ART. 311.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN. Los comentaristas han considerado que el principio de oportunidad (criterios de oportunidad, Art.20 CPP) y el cumplimiento de un deber legal (Art.27.1 CP) hacen que la negativa a investigar, deje de ser delictiva. Creemos que algunas formas de extinción de la Acción penal, como la prescripción (Art.31.4 y 34 CP), bajo ciertas condiciones también han de tener ese efecto, en tanto que “La conducta es atípica si el interés del Estado en castigar ha cesado [...] o cuando ha perdido el poder jurídico para hacerlo” (Donna, 2000: 443).

DESOBEDIENCIA A MANDATO JUDICIAL.

ART. 313

JURISPRUDENCIA.

“Cabe decir que por la forma en que está redactado este ilícito, se le considera como de aquellos cuya estructura pertenece a los “delitos propios de omisión”; ilícito de carácter especial, ya que solo pueden ser sujetos activos aquellos que, al darse ciertos presupuestos legales, llegan a encontrarse obligados por la ley a exteriorizar una conducta que es esperada de ellos y que, deliberada e injustificadamente, deciden omitir cumplirla [...] En los delitos como el que nos ocupa, depende de que confluayan los siguientes requisitos: 1.- Que se haya dado una situación que genere el deber de actuar . La situación generadora del deber para el presente caso, consiste en las legales citas hechas por un funcionario judicial para comparecer como testigos [...] El mencionado presupuesto está supeditado a la legalidad de la cita. Dicha legalidad deviene del cumplimiento de dos requisitos: primero, que sea hecha por un funcionario judicial y, segundo, que se practique de la forma prescrita por la ley. [...] 2.- Que el obligado a actuar no haya cumplido con esa conducta impuesta [...] 3.- Que haya tenido el poder de hecho para realizar la acción mandada por la ley.”

T. S 1° SA 16/03/2001

Nota de Actualización. En lo concerniente al párrafo final de la disposición legal, este delito destaca los deberes de colaboración y de coordinación entre diferentes servicios públicos que tienen como propósito lograr una correcta administración de justicia, de tal manera que el incumplimiento de esos deberes se traduce en la afectación de ese bien jurídico. Lo mismo ocurre cuando los particulares que tienen alguna de las calidades a que hace referencia el párrafo primero incumplen con su deber de colaboración. El párrafo segundo de la disposición legal comentada es el fruto de una reforma que se incorpora por medio del decreto legislativo N° 486 de fecha dieciocho de julio de dos mil uno y en ella se sanciona, curiosamente y contrario a lo que ocurre con los otros supuestos típicos, no el incumplimiento de un deber de colaboración o de coordinación, sino la omisión del ejercicio de un derecho que le asiste al sujeto activo. De manera genérica puede decirse que autor en este supuesto, lo ha de ser aquel que tiene la calidad de parte dentro de un proceso penal. Pero, la dificultad que existe al momento de identificar “partes” dentro del proceso penal, supone ya un primer problema para la determinación del sujeto activo de este delito. El Código Procesal Penal usa de forma indistinta, y hasta confusa, la expresión “partes” para referirse a aquellos sujetos procesales, distintos del Juez, que tienen una intervención directa dentro del proceso. Sin embargo, la calidad de parte en estricto sentido, o comprendida desde la técnica procesal civil, es incompatible con el ministerio fiscal, pues al concepto de “parte” le acompaña indisolublemente la idea de una actuación basada en criterios subjetivos y parciales (Velez Mariconde, 1986, Tomo II, 153). Problema adicional en la determinación del sujeto activo del delito se plantea cuando el párrafo segundo del Art.270 CPP hace una distinción entre “las partes” y sus “defensores o mandatarios”. Es decir, que en el supuesto de esta norma, el Código Procesal Penal no identifica al defensor ni al Abogado querellante, en tanto mandatario de la víctima (Art.98 CPP), como “partes” dentro del proceso penal. Entonces, si el Ministerio Fiscal o su agente auxiliar, el Defensor y el abogado querellante, si bien son sujetos procesales, no tienen la calidad de “partes” dentro del proceso penal o cuando menos no han sido identificados como tales por el Art. 270 CPP.. Esto significa que las posibilidades de convertirse en sujeto activo del delito de Desobediencia a Mandato Judicial, en el supuesto que comentamos se reducen a la víctima y al imputado; sin embargo, aún este último no tiene un deber de comparecencia a los actos de prueba que se practican conforme al Art. 270 CPP cuando se encuentra detenido, sino que ha de ser representado por su defensor, según lo establece la misma disposición legal, cuando tal circunstancia ocurra, pues, solo podrá ser sujeto activo de este delito la propia víctima. La conducta típica únicamente puede producirse en un proceso penal y en el contexto de la práctica anticipada de prueba, a la cual ha sido citado el sujeto activo, quien, sin existir impedimento para ello, no atiende el llamado judicial. Se trata de un delito doloso de omisión. Debemos añadir, que aún cuando se acepte como sujetos activos de este delito a fiscales, defensores y querellantes, el Art. 270 CPP no establece un deber de colaboración que ellos deban cumplir, sino más bien un derecho de asistencia a las pruebas realizadas de forma previa al juicio, por lo que resulta incomprensible cómo pueda afectarse la administración de justicia con la omisión del ejercicio de un derecho. Además, se ha previsto la realización de la prueba anticipada aún cuando alguna de “las partes” no concurra; es decir, que la administración de justicia, manifestada en ese acto concreto de prueba, de cualquier manera no será afectada. La reforma, pues, estaría castigado la sola desobediencia, sin que ella implique la lesión o puesta en peligro de algún bien jurídico, lo que nos lleva a afirmar que la pena prevista para esta forma de desobediencia y el sacrificio del derecho fundamental de libertad que ella implica, resulta completa e injustificadamente desproporcionada con relación al bien jurídico que se busca preservar. Especialmente cuando ya existen medios alternativos para obtener de “las partes” una conducta acorde a sus obligaciones profesionales y que abonan a la normalidad en la administración de justicia.

DESTRUCCIÓN, INUTILIZACIÓN U OCULTAMIENTO DE DOCUMENTO POR ABOGADO O MANDATARIO.

ART. 316.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN. Aunque la norma no lo exprese, los documentos sobre los que recaiga la acción delictiva en cualquiera de las formas reguladas, ha de tener cierta relevancia dentro del proceso de que se trate, de tal manera que su destrucción, inutilización u ocultamiento afecten el normal desarrollo del mismo. Solo así podría entenderse afectada la administración de justicia (Vives Antón y otros, 1996: 738).

EVASIÓN.

ART. 317.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN. La reforma que del inciso primero de esta disposición legal hizo el decreto legislativo N° 486 de fecha dieciocho de julio de dos mil uno, suprime la violencia en las personas y en las cosas como medio para alcanzar la evasión. Sin

embargo, lejos de privilegiar al delito con una pena inferior por haber desaparecido circunstancias que le imprimían un sentido criminal mayor y que por tanto le hacían merecedor de un reproche penal más grave, incrementa su pena hasta duplicar el límite superior; Ello cuestiona el respeto del legislador por el principio de proporcionalidad o prohibición de arbitrariedad, pues podría haberse producido en la reforma, “un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho” (Sentencia del Tribunal Constitucional español 55/1996, citada en la Sentencia del mismo Tribunal, de fecha 20 de julio de 1999). Esto se traduce, además, en una posible violación del principio de culpabilidad, “pues tal inflación punitiva, crea ya una afectación hacia la graduación de la culpabilidad del acusado, pues estrecha el margen del juzgador para escoger una pena acorde a la culpabilidad...” (Sánchez, 2002:119) Si era posible el concurso de delitos cuando la violencia en las personas y en las cosas constituía un elemento del tipo penal, esa posibilidad resulta mayor ahora.

FAVORECIMIENTO DE LA EVASIÓN.

ART. 318.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN. Con relación a las fases de ejecución de este delito, la doctrina penal no ha sido unánime (al menos no la argentina) en cuanto al momento de su consumación y si es o no posible la tentativa. Un sector admite la forma imperfecta de este delito y otro la rechaza completamente. La primera de las posiciones hace depender la consumación y la tentativa del favorecimiento de la evasión, de que se haya consumado o no la fuga o evasión del favorecido. Tal es la posición de Fontán Balestra: “el delito se consuma con la evasión, es decir en el momento en que el individuo que estaba privado de su libertad se ha sustraído completamente a la esfera de custodia en la que se encontraba...Dada la naturaleza del hecho, es posible la tentativa.” (Fontán Balestra, 1980: 625) y de Donna: “es admisible la tentativa. Ella tiene lugar cuando el sujeto ha prestado ayuda y cuando la evasión pertinente se ha intentado” (Donna, 2000: 564). Esa posición ha sido rechazada por Carlos Creus, para quien el favorecimiento de la evasión se consuma con el solo hecho que el favorecido haya intentado su fuga, aunque no la haya logrado, pues es ahí cuando opera el favorecimiento y no antes, y dice: “Vistas así las cosas, no nos parece posible una tentativa (que mucha doctrina hace depender erróneamente de la tentativa del favorecido); porque antes que se realice el intento de la evasión, el acto favorecedor será meramente preparatorio y, cuando se lo haya realizado, nos enfrentaremos a un delito consumado.” (Creus, 1995: 367). Esta disposición también sufrió modificaciones con la reforma introducida por el decreto legislativo 486 de 18 de julio de dos mil uno: se amplió el margen superior de la pena hasta los diez años de prisión; se suprimió la expresión del tiempo que ha de durar la pena accesoria de inhabilitación especial y también el inciso segundo que contenía una pena atenuada (sustentada en la existencia de relaciones afectivo familiares entre el sujeto activo y el favorecido o en el arrepentimiento del autor de este delito manifestado en la entrega del evadido). Los comentarios relacionados al incremento de pena en el delito precedente, son válidos para este delito. No obstante la eliminación del inciso segundo y aunque no pueda hacerse uso de la pena que ahí se establecía, sí es posible considerar el vínculo familiar que pudiera existir entre el sujeto activo y el favorecido, como una atenuante de la pena, por las circunstancias ambivalentes que establece el Art. 31 CP.

FAVORECIMIENTO CULPOSO DE LA EVASIÓN.

318-A

NOTA DE ACTUALIZACIÓN. Se trata de un nuevo delito, insertado a partir de la reforma contenida en el decreto legislativo que se ha citado al comentar la norma anterior. El bien jurídico cuya protección se busca con este delito, es la efectividad de aquellas resoluciones judiciales que imponen privaciones al derecho de libertad, bien como formas de coerción procesal o bien como formas de coerción material. Aunque la norma no lo expresa, el círculo de personas que pueden hallarse en condiciones de convertirse en sujetos activos de este delito se reduce a aquellos en quienes concurre la calidad de funcionarios o empleados públicos, autoridad pública o agente de autoridad, y que además tengan bajo su responsabilidad la custodia de quien se haya legalmente privado de libertad. Solo una persona que reúna esas calidades puede comportarse imprudentemente, infringiendo el deber objetivo de cuidado que le impone la actividad de custodia y resguardo de personas detenidas o condenadas. Se trata, pues, de un delito especial. No pueden ser sujetos activos de este delito “quienes antirreglamentariamente asumen de hecho la custodia del privado de libertad (p.ej., los empleados de juzgados que están realizando diligencias con el detenido).” (Creus, 1995: 369). Sujeto pasivo lo es el Estado en su actividad jurisdiccional. Aún cuando la infracción del deber de cuidado constituye el referente decisivo para la construcción del injusto culposos, la tarea de completar

la acción penalmente relevante con relación a delitos de esta naturaleza es siempre competencia del juzgador, dada la gran diversidad de comportamientos descuidados que pueden presentarse como potencialmente peligrosos para el bien jurídico de que se trate (Sentencia P0103-132-2000, Tribunal Tercero de Sentencia). En todo caso, el sujeto activo de este delito debe haber externado un comportamiento contrario al cuidado debido en razón de la actividad que realiza, provocando con ello una disminución en la seguridad impuesta al detenido o condenado, que determina su evasión. “La tipicidad, pues, se revela en la circunstancia de que, para evadirse, el evadido se haya valido del amenguamiento de los resguardos originados en la negligencia.” (Creus, 1995: 368). El carácter culposos de este delito, de inmediato descarta las posibilidades de admitir la tentativa. (Terragni, 1984: 69, 128, 132). El resultado en los delitos imprudentes ha sido estimado por algunos autores como una condición objetiva de punibilidad: La ausencia de lesión de un bien jurídico hace menor la necesidad de pena. (Corcoy Bidasolo, 1989: 38).

INCUMPLIMIENTO DE DEBERES.

ART. 321

NOTA DE ACTUALIZACIÓN. La motivación de la reforma contenida en el Decreto Legislativo 280 de fecha ocho de febrero de dos mil uno, fue asegurar un combate más efectivo contra la criminalidad organizada (Considerando II). Ello explicaría la ampliación del círculo de personas que pueden ser sujetos activos de este delito, con la inclusión de los “agentes de autoridad”. El crimen organizado se aprovecha de las diferentes estructuras del poder público para lograr el máximo de eficacia en la ejecución de sus planes delictivos o la impunidad antes las posibilidades de ser descubiertos. De ahí que una de las características de esta forma de delincuencia sea su “gran poder corruptor e intentan introducirse y ocupar lugares y trabajos públicos” (Joshi Jubert. 1998: 199). Las posibilidades que los agentes de la Policía Nacional Civil se vean seducidos por ese poder corruptor justifica su inclusión como potenciales sujetos activos de este delito. El crimen organizado podría verse beneficiado de que un agente de autoridad falte a los deberes propios de su función. Lo dicho no implica que solo sea punible el incumplimiento de deberes que se realiza en el contexto de esta forma de criminalidad. También se ha adicionado un párrafo segundo que contiene una forma agravada de este delito cuando el incumplimiento del deber no sólo constituye un perjuicio para los intereses de los administrados, sino además permite la lesión de cualquier otro bien jurídico penalmente protegido o “sea motivo” de otro delito.

DESOBEDIENCIA.

ART. 322.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN. Esta disposición no prevé de manera clara el incumplimiento de resoluciones judiciales como un supuesto del delito de desobediencia, como ocurre con el Art. 410 CP español. Su ubicación como un delito contra la administración pública y no contra la administración de justicia, como una especialidad de aquella, nos hace pensar que el incumplimiento del mandato contenido en una resolución judicial (incluyendo la Sentencia) no encuentra adecuación típica en este delito, sino en el Art. 313 inc. 3° CP., por virtud de la regla de concurso aparente de leyes del Art. 7.1 CP. Habría una relación de especialidad determinada por la calidad del mandato que se incumple y debemos recordar que una disposición es específica con relación a otra, “...cuando la cuidadosa interpretación nos demuestre que una figura importa una descripción más próxima o minuciosa de un hecho” (Arce Ageo, 1996: 169). El concepto de “Sentencia” es empleado por el legislador en un contexto en el que lo relevante es la condición de subordinado que existe en el destinatario del mandato con relación al emisor del mismo. Ello es congruente con el principio de jerarquía y “el orden externo impuesto por la conducción administrativa del Estado”, lo cual constituye el bien jurídico cuya protección se busca con la punición de la desobediencia (Creus, 1981: 62. Rodríguez Mourullo, t. III: 1105). De tal manera que esa “sentencia” no puede ser entendida como la resolución definitiva emitida por un órgano jurisdiccional, en tanto que las decisiones judiciales, como ya ha sido reconocido por los autores de esta obra, no siempre se emiten en el marco de una relación de jerarquía o subordinación, sino más bien, y como lo decíamos al comentar el delito de desobediencia a mandato judicial, de cooperación y coordinación. La relación del Órgano Judicial con los otros Órganos o instituciones, o con sus funcionarios, no está sustentada en la subordinación, sino en la cooperación (Art. 86 Cn), que también es generadora de deberes. Lo mismo ocurre en las relaciones entre los diferentes Juzgados o Tribunales, aún cuando algunos de ellos tengan un “nivel funcional superior” a otros. (Sentencia del Tribunal Supremo Español, de fecha 27 de marzo de 1998). Entonces, si no hay jerarquía no puede haber desobediencia en los términos de este tipo penal, pero sí con relación al Art. 313 CP, en el que no se ha exigido la dicha relación.

DENEGACIÓN DE AUXILIO.

ART. 323.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN. Lo que se ha dicho en el artículo anterior sobre las resoluciones judiciales, también es pertinente con relación a esta disposición en tanto que el acento se pone sobre los deberes de cooperación y no de la obediencia que tiene origen en una relación de dependencia o subordinación. Por tanto, la especialidad del Art. 313 CP, con relación a esta se vuelve más evidente. Cuando el auxilio que se niega ha sido requerido por una autoridad judicial, se incurrirá en el delito de desobediencia a mandato judicial. Sobre la diferencia entre este delito y el de desobediencia, el Tribunal Supremo Español ha dicho “El elemento que diferencia ambas clases de infracción penal, se encuentra en la relación de subordinación que existe entre la autoridad de quien ha emanado la sentencia, decisión u orden y el funcionario que abiertamente se niega a cumplirla” que se exige en el delito de desobediencia, en tanto que la denegación de auxilio “se refiere a aquellos casos en que no existe tal relación de superior a inferior, sino otra de coordinación entre diversos servicios públicos en virtud de la cual hay un deber de auxilio que un órgano ha de prestar a otro (“debida cooperación”)”. (STS de fecha 8 de junio de 1995).

REVELACIÓN DE HECHOS, ACTUACIONES O DOCUMENTOS SECRETOS POR EMPLEADO OFICIAL**ART. 324**

NOTA DE ACTUALIZACIÓN. Entender que el sujeto activo de este delito debe tener conocimiento de los secretos en razón de su cargo o que resulte indiferente que la revelación se haga con relación a secretos de hechos, actos o documentos oficiales o de particulares, es la consecuencia de interpretar esta norma penal tal como si se tratara del Art. 417 del Código Penal español. En esta norma esas circunstancias sí aparecen, la primera como elemento de la descripción básica de este delito y la segunda como una forma agravada. El Art. 324 de nuestro Código Penal no ha establecido esas circunstancias. Su inserción en ese delito, por vía de interpretación, provocaría primero la reducción de los potenciales sujetos activos, pues quedarían por fuera aquellos funcionarios o empleados públicos que revelan o divulgan hechos, actuaciones o documentos que conocen con ocasión, no de las funciones propias de sus cargos, sino por haberlos obtenido o conocido de manera ilícita o simplemente circunstancial. Un sector de la doctrina penal española reconoce en ello una “laguna legal” (Quintero Olivares y otros, 1996: 1825). Lo importante es que el secreto sea con relación a hechos actuaciones o documentos que corresponden a la oficina o servicio público del destino del funcionario o empleado público, sin que sea completamente necesario que el sujeto activo “...ostente la custodia “intelectual” o “ideal” del secreto...” (Quintero Olivares y otros, 1996, 1825). Como segunda consecuencia, encontramos la ampliación del ámbito de lo punible por esta disposición, pues se castigaría la revelación de secretos no oficiales sino de particulares, sin que ello se encuentre expresamente previsto. En la legislación española eso resulta posible porque así lo ha determinado de manera expresa el Art. 417.2 CPE; pero con relación a la naturaleza de los secretos a que se refiere el Art. 417.1 CPE, que es la que contiene la regulación más próxima a nuestro Art. 324 CP. La doctrina ha entendido que solo pueden ser aquellos oficiales o administrativos, pero no los particulares: “No obstante, el secreto al que se refiere el precepto comentado comprende únicamente los oficiales o administrativos, ya que aquellos que afectan a los particulares son objeto de un tratamiento diferenciado en el art. 417.2” (Quintero Olivares y otro, 1996, 1826).

PECULADO.**ART. 325****JURISPRUDENCIA.**

“Para determinar el objeto de la tutela pena, antes anotaremos la idea del conflicto que se genera en relación con este delito en cuanto al bien jurídico protegido. Tradicionalmente se ha discutido sobre la naturaleza de este delito, pues, para una postura minoritaria, se trata de un delito contra la propiedad, cualificados por: a) la condición del objeto material, al tratarse de efectos públicos; y b) la condición del sujeto activo, que es un funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público, operando estas como agravantes del tipo. En cambio la postura mayoritaria y la que retoma nuestro Código Penal, es que es un delito de funcionario, con entidad propia, por ello lo ubica, en el mismo sentido que lo hace la doctrina, dentro de los delitos contra “la administración pública”, y en capítulo propio, entendiendo entonces que no es un delito contra la propiedad, puesto que el bien jurídico protegido es distinto; es decir, el deber de fidelidad del funcionario o empleado público o encargado de un servicio público para con la administración. En este caso, en la gestión de fondos públicos y al mismo tiempo, ataca intereses económicos del Estado”.

T. S. 4º SS. 09/01/03.

“Los sujetos activos son todas aquellas personas descritas en el Art. 39 del Código Penal, siendo estos los funcionarios públicos o empleados públicos o encargados de un servicio público [...] Por el vínculo que une al delincuente con la función que se le ha encomendado, es que dicha infracción es de los que nuestro Código Penal denomina “Delito Oficial”, pues solo lo puede cometer la persona que posea esa relación: empleo o función - Administración Pública.”

T. S. 4° SS. 09/01/03.

“...es decir, que la apropiación del objeto haya nacido de la relación y función que se desempeña en la administración pública, razón por la que se convierte en el sujeto pasivo.”

T. S. 4° SS. 09/01/03.

“consiste en la apropiación de los objetos materiales o dar ocasión a que se cometiere el hecho, lo que es igual a consentir que otro se apropie; la primera de las dos modalidades, apropiarse, es la acción, la segunda, dar ocasión a que otro se apropie, es de omisión. Apropiarse significa la incorporación definitiva de los objetos materiales del delito al patrimonio del sujeto activo o al de otra persona, ya que es indiferente que el sujeto activo busque favorecerse él o entregárselos a otra persona, es decir a un tercero, siempre que su acción signifique apartar definitivamente los caudales del fin público al que estaban destinados. La conducta omisiva es un delito de Acción por comisión, ya que el sujeto activo no realiza directamente la apropiación, pero se le imputa responsabilidad en tal apropiación porque no la ha evitado, cuando estaba obligado a impedirla, por su especial posición, de tener los efectos a su cargo.”

T. S. 4° SS. 09/01/03.

“Las cosas muebles sobre las cuales recae el delito son: el dinero, valores, especies fiscales o municipales u otra cosa de esa naturaleza, de cuya administración, recaudación, custodia o venta estuviere encargado el sujeto activo del delito, en virtud de su función o empleo; en definitiva puede ser objeto material de este delito cualquier cosa mueble que tenga valor económico, presente o no, con tal que resulte apreciable; estas cosas han de pertenecer a la administración pública, siendo indiferente a que aspecto de ésta”

T. S. 4° SS. 09/01/03.

“El tipo es de exclusiva comisión por dolo directo, tanto en la conducta activa como en la omisiva, ya que se define el ánimo, es decir, se exige del ánimo del sujeto activo de lograr una ventaja patrimonial en el propio patrimonio o en el de otro. Teniendo en cuenta además que el tipo culposo está expresamente sancionado”

T. S. 4° SS. 09/01/03.

“La consumación se produce en el momento en el que se realiza la apropiación, dicho en otras palabras, cuando existen actos que signifiquen la incorporación definitiva del objeto material al patrimonio del sujeto activo o de otra persona, de forma que el objeto queda definitivamente apartado de la esfera pública. Desde dicha descripción es sostenible la posibilidad del delito imperfecto”

T. S. 4° SS. 09/01/03.

PECULADO POR CULPA.

ART. 326

JURISPRUDENCIA.

“Este se encuentra regulado en el Art. 326 del Código Penal, en el mismo Título y Capítulo, que el tipo doloso [...] La única diferencia con la conducta omisiva sancionada en el artículo anterior pertenece al tipo subjetivo, ya que se consume el delito de Peculado por culpa como su mismo epígrafe lo indica, debe de haber sido ejecutado por culpa, es decir, sin ninguna intención dolosa; puesto que no existe voluntariedad del sujeto activo, en el momento que otro sustrae el objeto material; sino que únicamente el sujeto activo infringe su deber público de vigilancia y custodia de lo a él encomendado, por abandono o descuido. En ese orden de ideas para que se configure una u otra modalidad delictiva (dolosa o culposa), es preciso fijar la atención en que el sujeto activo del delito no haya ejercido su empleo o función con la diligencia debida, y producto de ello de da el delito.”

T. S. 4° SS. 09/01/03.

COHECHO PROPIO.

ART. 330.

JURISPRUDENCIA.

“En cuanto al bien jurídico protegido por la norma, éste consiste en la eficacia y fidelidad de los servidores de la administración, al sobrepasar la confianza que se les ha depositado en relación al desempeño de sus funciones”

T. S. Mejicanos (Ahora 4° SS.) 02/12/1999.

“El bien jurídico protegido sería es el principio de imparcialidad, entendiéndolo como el deber de los poderes públicos de obrar con una sustancial neutralidad y objetividad en la prestación de servicios públicos”

T. S. 4° SS. 24/04/2002.

“Se sitúa como el bien jurídico tutelado el correcto funcionamiento de la Administración Pública conforme a los parámetros constitucionales; siendo la exigencia de servir con objetividad una de las notas fundamentales de la actividad administrativa. La constitucionalidad del principio de imparcialidad en esta esfera de la actividad pública supone además el reconocimiento de su operatividad como parámetro de valoración de toda la actividad administrativa, se instaura como una garantía para los ciudadanos tendiente a asegurar que las decisiones administrativas no van a ser influidas por intereses económicos o de cualquier otro tipo, pero al fin ajenos y contrario a los generales, que conlleven grave perjuicio en la credibilidad en la ciudadanía hacia el servidor público, y hasta entorpezcan dicha actividad.”

T. S. 4° SS. 24/04/2002.

“La conducta puede ser a iniciativa o no, ya sea por la exteriorización de la solicitud de la dádiva o por su simple aceptación; pero en el supuesto de la solicitud resulta indiferente que esta sea aceptada o no por el sujeto pasivo, ya que la mera solicitud por parte del funcionario ya genera punibilidad.”

T. S. Mejicanos (Ahora 4° SS.) 02/12/1999.

“La conducta típica consiste en solicitar, recibir o aceptar el ofrecimiento o promesa de dádivas para la realización del ejercicio del cargo de una acción u omisión constitutiva de delito. Es necesario que la dádiva se solicite o acepte como contraprestación por la realización de un acto propio del cargo que sea a su vez constitutivo de delito. Acciones típicas conforme la descripción legal “solicitar recibir dádivas o cualquier ventaja, o aceptar la promesa u ofrecimiento de una retribución” (la estructura típica requiere de la intervención de un tercero distinto del funcionario). La acción de solicitar consiste en emitir una declaración de voluntad dirigida a un tercero, por lo que se manifiesta la disposición a recibir una dádiva o presente a cambio de la realización de un acto propio del cargo. La realización de esta acción no supone la efectiva lesión del bien jurídico tutelado, sino una mera puesta en peligro , pues no se requiere que entre el funcionario y el particular se alcance un acuerdo, únicamente que el funcionario manifiesta externamente tal voluntad. La acción de recibir, consiste en la efectiva admisión de la dádiva o presente por parte del funcionario con la voluntad de hacerla suya; esta modalidad de acción requiere de la previa entrega de un tercero de la dádiva o presente con la finalidad señalada en el tipo: obtener del funcionario un acto en el ejercicio de sus funciones, constitutivo de delito. La aceptación del ofrecimiento o promesa. Esta conducta del funcionario significa la aprobación de una oferta de futura dádiva o presente. La aceptación del ofrecimiento o promesa requiere de una previa o simultanea oferta de dádivas o presentes por el sujeto interesado en la obtención de un acto propio del cargo constitutivo de delito”

T. S. 4° SS. 24/04/2002.

“Como última consideración es necesario dejar claro que el delito de cohecho propio imputado a los Agentes de la Policía Nacional Civil, de acuerdo a la doctrina penal, es un delito especial, pues los sujetos activos reúnen la calidad personal de ser agentes de autoridad, tal como lo exige el Art. 330 Pn, pero no puede calificarse como delito oficial, que también es una especie de delito especial, pues como ya se dijo el sujeto activo nada más se limita al funcionario y empleado público sin incluir la categoría de agente de autoridad.”

Sala de lo Penal C. S. J. 08/11/2002

“En cuanto al sujeto activo, éste no puede ser cualquier persona, ya que la disposición normativa es determinante al establecer que solo pueden cometer este tipo de hechos punibles los Funcionarios o Empleados Públicos, agentes de autoridad o Autoridad Pública, término que se encuadra dentro de los límites que establece el artículo treinta y nueve del Código Penal.”

T. S. Mejicanos (Ahora 4° SS.) 02/12/1999.

“El sujeto pasivo es la Administración Pública”

T. S. Mejicanos (Ahora 4° SS.) 02/12/1999.

“La consumación llega cuando la declaración de voluntad del autor llega al conocimiento de la otra parte (la falta de acuerdo en la cantidad o concreción del acto propio no afecta la consumación). Uno de los argumentos más utilizados para negar el carácter de pluripersonal del delito del cohecho, ha sido precisamente la posibilidad de consumir el delito sin la intervención del particular, en el caso cuando el funcionario solicita una ventaja y esta petición es desatendida por el destinatario de la misma”

T. S. 4° SS. 24/04/2002.

“El delito se consuma con ya sea con la solicitud, o con la recepción o aceptación de la dádiva, lo cual hace imposible que el hecho ocurra en grado de tentativa”

T. S. Mejicanos (Ahora 4° SS.) 02/12/1999.

“Se equiparan el solicitar, el recibir o el aceptar; por tanto basta con que el funcionario se dirija a alguien en solicitud de la dádiva para que el delito se consuma, independiente de que se acepte o no la solicitud. De lo anterior se concluye que no caben las formas imperfectas de ejecución.”

T. S. 4° SS. 24/04/2002.

“El cohecho se presenta como un delito de Lesión o resultado, ya que el funcionario o empleado público se coloca desde el momento en que solicita, recibe o se deja prometer la dádiva en una posición parcial respecto al resto de los ciudadanos”

T. S. 4° SS. 24/04/2002.

“Solo es punible la comisión dolosa ya que el funcionario o autoridad debe ser consecuente del carácter y finalidad del carácter de la solicitud, aceptación o recepción de la dádiva y querer actuar a pesar de ella. Es indiferente el móvil que le impulse (en provecho propio de un tercero)”

T. S. 4° SS. 24/04/2002.

“El funcionario o autoridad que solicita, recibe o acepta la promesa u ofrecimiento de dádivas o presente a cambio de la realización, en el ejercicio de sus funciones, de una acción u omisión delictiva debe, para responder por el delito de cohecho actuar dolosamente, es decir el funcionario ha de conocer que solicita o acepta una dádiva que no le es debida y, que condiciona su recepción a la practica de una acción u omisión constitutiva de delito”

T. S. 4° SS. 24/04/2002.

“Cuando la dádiva solicitada, recibida o prometida tiene por objeto que el funcionario o la autoridad pública se abstenga de realizar un acto que debería practicar en el ejercicio de su cargo generalmente tiene doble penalidad como en el caso del artículo 330 del Código Penal, hablamos de la pena y de la inhabilitación especial para el desempeño del empleo o cargo (Tipo Omisivo)”

T. S. 4° SS. 24/04/2002.

COHECHO IMPROPIO.

ART. 331

JURISPRUDENCIA:

“El Art. 331 Pn. En ningún momento establece una cuantía para éste delito, por que lo que se persigue con esta figura penal es el accionar ilícito por parte del funcionario independientemente lo que reciba y cuanto reciba por su trabajo”.

T. S. U 02/02/2000

NOTA DE ACTUALIZACIÓN. Esa posición de la jurisprudencia nacional es acorde a la orientación de la doctrina penal con relación a la importancia o entidad de la dádiva, pues se ha aceptado que ninguna relevancia tiene ésta para establecer la tipicidad del comportamiento. No tiene porqué guardar alguna proporción con relación a la actividad esperada o realizada por el sujeto activo en quien se presenta cualquiera de las calidades apuntadas por la disposición legal. Lo que realmente importa es que esa dádiva se presente como “el precio” de la actividad del funcionario o empleado público, autoridad pública o agente de autoridad. (Creus, 1981: 275).

MALVERSACIÓN.

ART. 332

NOTA DE ACTUALIZACIÓN. Podemos entender como bien jurídico protegido por esta norma penal “la regular inversión y aplicación de los bienes públicos” (Creus, 1981, 312) o la “sujeción del funcionario a la ley, ya que en un Estado de Derecho los bienes públicos como tales deben estar regidos por el presupuesto de la Nación básicamente como ley del Congreso y no por la voluntad del funcionario

público.” (Donna, 2000: 260). En tal caso, además de aquellos comportamientos que desvían los caudales públicos hacia fines que no se corresponden con los de la propia administración pública, también serían punibles aquellos que asignan a los bienes un destino diferente aún dentro de la administración, pues con esas conductas igualmente se ve afectada esa regularidad en la inversión y aplicación de los recursos públicos. En nuestro ordenamiento jurídico, es la Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado la que se encarga, en alguna manera, de regular y ordenar la administración de los recursos públicos; así el Art. 21 de la citada ley establece:

“Los objetivos del subsistema de presupuesto son:

a) Orientar los recursos disponibles para que el Presupuesto General del Estado y los demás presupuestos del sector público sean consistentes con los objetivos y metas propuestas por el Gobierno”. Además, el Art. 42 de esa ley ha establecido una prohibición que se encuentra estrechamente vinculada con el tipo penal que comentamos y en lo pertinente dice: “No se podrá disponer ni utilizar recursos [...] para una finalidad distinta a la prevista en el presupuesto...”. El autor no siempre obra con ánimo de obtener un provecho personal para sí o para un tercero, pero cuando eso ocurre, es decir, cuando se obtiene ese provecho, se ha de aplicar la pena agravada del párrafo segundo, además de la pena accesoria de inhabilitación especial.

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.

ART. 333

NOTA DE ACTUALIZACIÓN. La reforma de fecha nueve de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, contenida en el Decreto Legislativo N° 703, incorpora como potenciales sujetos activos de este delito, a aquellas personas en quienes concurre la calidad de Autoridad Pública, la cual debe ser entendida en los términos del Art. 39. 2 CP; además hace un incremento bastante oneroso de la pena. Por otro lado, frente a la objeción que los autores de esta obra hacen a la constitucionalidad del tipo penal de enriquecimiento ilícito se ha construido respuestas, por algunos sectores de la doctrina penal, negando la posible vulneración de normas fundamentales que tienen que ver con la presunción de inocencia, el debido proceso o la defensa en juicio. Ello se hace contraponiendo a tales garantías fundamentales los deberes asumidos por el funcionario o empleado en el ejercicio de la función pública o rechazando, con diferentes argumentos, que se trate de un delito de “sospecha” en el que se haga una inversión de la carga de la prueba. Sobre lo primero se ha dicho: “El incumplimiento de un deber sustancialmente adquirido por el manejo de los fondos públicos confiados al funcionario y con relación a sus funciones no puede permitir alegar la violación de la presunción de inocencia [...] sobre todo cuando se trata de hechos que importan de manera vehemente el enriquecimiento a costa de los fondos públicos [...] no se debe partir solo del hecho del incremento patrimonial del funcionario, sino de la no justificación de tal enriquecimiento; así tampoco es posible arrancar de una presunción de ilicitud, sino que lo correcto es concebir la existencia de un deber impuesto por la norma al funcionario público, cual es, justamente, el de justificar el aumento apreciable de su patrimonio dado a partir de la asunción del cargo o función pública” (Donna, 2000: 384). Con relación a que esta norma penal vulnera el principio de inocencia y la inviolabilidad de la defensa en juicio por construir un “tipo de sospecha”, se ha respondido que con la falta de justificación del incremento patrimonial, junto a “la palpable realidad de un patrimonio surgido “de la noche a la mañana”, se tendrá la entidad probatoria para proferirse sentencia en adversidad del servidor público enriquecido” (Peña Ossa, 1995: 200). Además, tal conclusión no tiene fundamento en la construcción, por parte del legislador, de una presunción de culpabilidad que exonere al acusador de la obligación de probar la imputación que hace (Art.4 CPP), sino “que tiene su base en el análisis elemental que de los hechos deberá hacer el Juzgador para inferir la suma de indicios que le ofrezca la responsabilidad del imputado” (Peña Ossa, 1995: 200). Además, se ha dicho que “El incumplimiento del deber de justificar que asigna el tipo [...] no conlleva una condena ni importa una presunción de culpabilidad, y es tarea del Estado – a través del Ministerio Público – probar la existencia de un injustificado enriquecimiento apreciable, vinculado al ejercicio de la función pública. Es el Estado el que debe probar los extremos de la imputación delictiva [...] no invirtiéndose la carga de la prueba.” (Donna, 2000: 387). El asunto de la constitucionalidad o no de este tipo penal no es, pues, un tema acabado.

INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE REGISTROS O DOCUMENTOS PÚBLICOS.

ART. 334

JURISPRUDENCIA.

“Esta figura delictiva requiere que el sujeto activo sea un funcionario o empleado público, por lo que es necesario precisar el alcance de este concepto; auxiliándonos del Art. 39 Pn., que al efecto como FUNCIONARIOS PUBLICOS “a todas las personas que prestan servicios, retribuidos o gratuitos, permanentes o transitorios, civiles o militares, en la administración pública del Estado, municipio o de

cualquier institución oficial autónoma que se hallen investidos de la potestad legal de considerar y decidir todo lo relativo a la organización y realización de los servicios públicos. En cuanto al concepto de EMPLEADO PUBLICO, se dice que son todos los servidores del Estado o de sus organismos descentralizados que carecen de poder de decisión y actúan por orden o delegación del funcionario o superior jerárquico”

T. S. 3° SS 22/09/2000

“En cuanto a la acción de sustraer debe interpretarse en el sentido de privar a la administración del documento que le estuviere conferido en razón del cargo al funcionario o empleado público. Las conductas de destruir o inutilizar, guardan estrecha relación, puesto que ambas suponen la desaparición definitiva o la extinción del documento. Lo esencial en las conductas que son objeto de protección por el legislador, es que los documentos cumplan las funciones a que están destinados, es por ello que debe interpretarse también la destrucción o inutilización que afecte parcialmente al documento. Finalmente la acción típica puede consistir en el ocultamiento por parte del funcionario o empleado público de los documentos que se le han confiado por razón de su cargo, entendiéndose por oculto aquello que está escondido, o bien aquellos documentos que son guardados o no entregados a la administración a fin de que cumplan con el destino al que están dirigidos. El tipo penal comentado hace alusión a que la sustracción, destrucción, ocultación o inutilización debe recaer sobre registros o documentos, entendiéndose por tales, aquellos soportes o materiales que expresen o incorporen datos o información con relevancia jurídica, confiados a un funcionario para que éste los custodie o les dé un destino, pudiendo éste contener información publica, oficial, o privada, tal condición no la pierden por estar bajo la custodia de la administración. Desde el punto de vista teleológico, los conceptos anteriores se restringen exclusivamente a aquellos documentos con trascendencia para el correcto funcionamiento de la administración. [...] En lo referente a los verbos rectores que señala el artículo en comento debe decirse que dicho artículo contempla un tipo alternativo, puesto que señala varias acciones que no necesariamente deben colmarse todas sino que bastará con una de ellas para tenerse por consumado el delito”.

T. S. 3° SS 22/09/2000

COHECHO ACTIVO.

ART. 335

NOTA DE ACTUALIZACIÓN. Los autores de esta obra han expresado, con relación al sujeto pasivo, que es “coincidente con el del cohecho pasivo”. Creemos que hacen referencia al delito de cohecho propio, pues el comportamiento prohibido en el Art. 330 CP es coincidente con la conducta que bajo ese nombre ha sido regulado en otras legislaciones como la argentina. Entonces, el sujeto pasivo de este delito lo ha de ser “La propia administración y, por extensión, los ciudadanos que son servidos por ella”.

TRAFICO DE INFLUENCIAS.

ART. 336

JURISPRUDENCIA.

“Esta figura delictiva en su primer inciso puede ser cometida por cualquier persona que simule influencias con un funcionario o empleado público, para recibir dinero o una ventaja económica por su mediación. Lo fundamental de este delito es la conducta de influir sobre un funcionario o empleado publico, para conseguir una resolución que pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico al sujeto activo del delito. Para el autor FRANCISCO MUÑOZ CONDE, a efecto de cometer el delito referido no basta la mera influencia, sino el prevalecerse de otras situaciones con la finalidad de influir sobre el funcionario competente pero que emita una resolución que beneficie económicamente al sujeto activo del delito. Sin embargo el tipo penal regula que no solo se configura el delito mediante valerse de la influencia con un funcionario o empleado publico; sino también mediante una simulación, es decir fingir la circunstancia que se puede influir en la decisión, sin ser esta cierta; es decir realizar conductas que permitan pensar que el autor pueda incidir en una decisión. La figura delictiva además puede ser realizada por un funcionario o empleado público, tal como lo dice el inciso segundo, en este caso se acude a la definición dada por el Art. 39 Pn”

T. S. 3° SS 22/09/2000

RESISTENCIA.

ART. 337

JURISPRUDENCIA.

“El ilícito [...] consistente en Resistencia tipificado y sancionado en el Art. 337 CP., tiene los siguientes elementos genéricos y específicos: Dentro de los genéricos, el sujeto activo puede ser cualquier persona que sea capaz de oponerse mediante violencia, a la ejecución de un acto legal de un funcionario o empleado público, ente de autoridad o autoridad pública, y el sujeto pasivo es el Estado, pero la conducta típica recae sobre personas concretas, afectadas por la violencia, pudiendo ser tanto funcionarios o empleados públicos como los particulares que les auxiliaron [...] Respecto a los elementos específicos del tipo penal, presentan ciertas particularidades que acompañan al dolo y que en el delito de Resistencia es oponerse mediante violencia a la ejecución de un acto legal de una autoridad pública”

T. S. SV 04/12/2000

“La acción delictiva consiste en oponerse utilizando la violencia, física o moral, a que un funcionario o empleado público, agente de autoridad o particular (que ha sido requerido por los antes mencionados), realice un acto legal; el sujeto activo en la comisión de dicho delito puede ser cualquier persona a la que se le pueda aplicar la ley penal y sujeto pasivo el funcionario o empleado público, agente de autoridad o particular que les asista por haber sido requerido para ello, que en ese momento es el encargado de realizar el acto legal encomendado o que por ley le corresponda hacer, el sujeto pasivo directo es el Estado Salvadoreño, representado al momento de cometerse el ilícito por cualquiera de los mencionados como sujeto pasivo, fundamental resulta el hecho de establecer que la oposición mediante violencia para no permitir la ejecución de un acto legal de parte de los sujetos pasivos, es que efectivamente determinemos la legalidad del acto a realizarse de parte de éstos, porque sólo en este caso es que la oposición de parte del sujeto activo cobra relevancia para el derecho penal por cuanto el derecho penal protege al sujeto pasivo sólo si esta ejerciendo sus funciones correctamente, no cometiendo delito el que se opusiere a la ejecución de un acto que conlleve incumplimiento de las formalidades legales para su realización.”

T. S. 5° SS 30/03/2000

DESOBEDIENCIA DE PARTICULARES.

ART. 338

JURISPRUDENCIA.

“ELEMENTOS DEL TIPO PENAL: SUJETO ACTIVO: La norma hace referencia a la persona que se encuentra obligada al cumplimiento de un mandato, dictado por autoridad competente, por lo que debe referirse a una persona determinada, que para el caso es la obligada al cumplimiento de tal mandato. ACCION: El verbo rector del tipo penal es DESOBEDECER, estableciendo la condición en la que se debe encontrar el sujeto activo, es decir obligado al cumplimiento de un mandato”

T. S. 6° SS 18/01/2000

DESOBEDIENCIA EN CASO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

ART. 338-A

JURISPRUDENCIA.

“Para existir una desobediencia debe haber una orden previa a ésta; constituyendo todo lo anterior la tipicidad y antijuricidad; agregando que el sujeto activo del ilícito en mención requiere de una característica especial; de allí que se considera que el delito de desobediencia en caso de violencia intrafamiliar solo puede cometerlo aquel que esta vinculado en alguna forma de parentesco con el sujeto pasivo; de allí que la doctrina lo considera como un delito común especial. La fase de ejecución del delito de desobediencia en caso de violencia intrafamiliar queda consumada con el solo hecho que el sujeto activo no de cumplimiento a la orden recibida”

T. S. 1° SA 22/09/2000

“...En cuanto al tipo subjetivo, la doctrina reconoce como elementos constitutivos del dolo el conocimiento y la voluntad del sujeto activo de un ilícito, los que se concretizan al llevar a cabo una acción que afecte los bienes jurídicos de otras personas; estos elementos deben entenderse, que el ejecutor del ilícito conoce la ilicitud de su acción, el daño que ocasiona y el fin a perseguir, este último incluye la voluntad que mueve al sujeto activo de un delito”.

T. S. 1° SA 22/09/2000

NOTA DE ACTUALIZACIÓN. No parece que el tipo penal exija algún parentesco entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de la acción delictiva porque la violencia intrafamiliar cuya erradicación procura la Ley de esa materia, no se limita a aquella que se produce entre parientes, sino toda la que tienen origen en relaciones de convivencia actuales o pasadas. Se trata, pues, de un delito común. Lo

relevante es que el sujeto activo sea el destinatario de la orden contenida en las medidas preventivas, cautelares o de protección y que efectivamente haya tenido conocimiento de ellas a partir del acto legal de notificación. El tipo penal indica que la orden debe haber emanado de Autoridad Pública, concepto que de acuerdo al Art. 39.2 CP ofrece muchas posibilidades; pero que para este tipo penal ha de limitarse a los Jueces que de conformidad con la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar tienen facultades para la imposición de esa clase de medidas y que concretamente son los Jueces de Paz y de Familia.

ASOCIACIONES ILICITAS.

ART. 345

JURISPRUDENCIA

“En cuanto al delito de Asociaciones Ilícitas, esta es una figura penal mediante la cual se protege la paz pública, la cual para su configuración es necesario que una persona tome parte en una agrupación, organización o asociación que tenga por objeto cometer delitos, es decir se castiga la participación en una organización dedicada a cometer una pluralidad de delitos y no castigar la participación en un solo delito, por otra parte es requisito para la configuración de este delito la permanencia, debiendo tomarse en cuenta los planes que tenga la asociación, es decir, que es necesario una pluralidad de planes delictivos”

T. S. U. 05/04/2000

“Implícita en la anterior descripción típica se encuentran tres requisitos para la existencia de éste ilícito: 1º) Se requiere de una pluralidad de personas, las cuales deberían ser al menos dos; 2º) Dichas personas deben estar de acuerdo de cualquier modo, con una estructura más o menos compleja, según la actividad que se propongan; es decir, que de alguna manera tiene que haber un reconocimiento negativo de ese grupo de personas, en la cual se conoce una estructura de mando o de operaciones; en efecto, requerirá una investigación de la banda o agrupación más allá de una sola incriminación de delitos a un grupo de personas; 3º) En consecuencia, debe existir una permanencia en el tiempo, es decir, una estabilidad temporal de sus miembros en ella que denote una persistencia en su accionar y una continuidad de sus actos delictivos.”

T. S. U. 28/04/2000

“En cuanto a la existencia del delito de Asociaciones Ilícitas, siendo éste un delito de peligro, típicamente de carácter permanente, que se configura con la acción de asociarse con el fin de perpetrar hechos delictivos, indistintamente de la cantidad de individuos que se reúnan y sin importar si los delitos se cometen o no”

T. S. Cojutepeque 23/04/2001.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN. Este delito fue reformado por medio del Decreto Legislativo N° 280 de fecha ocho de febrero de 2001. Con la reforma se altera la regulación legal del comportamiento que ha de constituir el delito de asociación ilícita. Así, en el párrafo primero aparecen, ahora, dos conductas típicas: Una que es el solo acuerdo de organizarse para los efectos que en la norma se prevé y la otra que es la efectiva organización de dos o más personas para la consecución de propósitos delictivos. En esta última forma típica del delito, muy a pesar de su redacción, todavía podemos encontrar los elementos que tradicionalmente han integrado la asociación ilícita: La existencia de una estructura con un mínimo de organización, la permanencia de la agrupación en el tiempo y la ejecución de delitos como propósito de la organización. Los dos primeros requisitos o elementos de tipicidad giran en torno al último, pues la finalidad de ejecutar una pluralidad de delitos requiere de una asignación más o menos específica de roles y tareas dentro de la agrupación y que la misma prolongue su existencia en el tiempo, si no de forma perpetua, por lo menos hasta lograr los fines propuestos. (Creus, 1995, 108). En todo caso, la sola expresión “organizarse” nos hace pensar en la necesidad de una estructura, que puede incluso contar con jerarquías, supuesto para el cual la norma establece una pena mayor para quienes se encuentran en la cúspide de la asociación o que estimulan su existencia. Por otro lado y con relación a la primera de las formas típicas mencionadas, vemos como la reforma establece el castigo del solo acuerdo de organizarse, anticipando la barrera punitiva a la represión de comportamientos que no constituyen ni siquiera formas imperfectas de este delito, sino solo actos preparatorios porque acordar organizarse no supone todavía la existencia de una asociación “cuya concreción resulta especialmente importante para distinguir la asociación ilícita de la conspiración a cometer delito [...] cuando éste sea punible” (Cobo del Rosal y otros, 2000, 953). El acuerdo de organizarse para ejecutar algún comportamiento delictivo constituye una conspiración en los términos del artículo 23 CP, pues se trata simplemente del concierto de dos o más personas para la ejecución de un delito, que puede ser cualquiera de los establecidos en el catálogo del Código Penal, el de Asociación Ilícita incluido. La ofensa social que pudiera contener la sola conspiración tiene un significado indiscutiblemente diferente al que tiene un

delito consumado; porque aquella, como acto preparatorio tiene todavía un “insuficiente contenido delictivo y poca inteligibilidad real” (Welzel, 1997, 222) y por tanto desprovisto, en muchos casos, de un carácter ofensivo para el bien jurídico de que se trate. Eso hace que los actos preparatorios, entre ellos la conspiración, sean ordinariamente impunes y que solo se prevea su castigo cuando “tales acciones, excepcionalmente, se dirijan inequívocamente al delito cuya preparación constituyen y la lucha eficaz contra esta forma de criminalidad requiera una intervención temprana” (Stratenwerth, 1982, 201); pero en todo caso, y por su escaso daño social, el legislador no puede establecer como respuesta punitiva del acto preparatorio, la misma que se ha determinado para el delito consumado, tal como ocurre con la reforma. Eso constituye un quebrantamiento del principio de proporcionalidad o prohibición de arbitrariedad, ya que se estaría dando la misma respuesta punitiva del delito de asociación ilícita consumado, a un comportamiento que solo puede ser entendido como un acto preparatorio punible para cometer delitos y particularmente para cometer el propio delito de asociación ilícita. Además, si el legislador estimó como particularmente peligroso para el ordenamiento social la conspiración para cometer el delito de asociaciones ilícitas debió sujetarse a la regla de concreción de tipicidad contenida en la parte final del Art. 23 CP, que como una exigencia del principio de legalidad requiere la expresa regulación típica de aquellos supuestos de proposición y conspiración punibles, y establecer una norma que regulase adecuadamente la conducta y la pena de un delito de conspiración para cometer el delito de Asociaciones Ilícitas tal como en una correcta técnica legislativa lo ha hecho para otros delitos como los Arts. 342 CP y 344 CP y como ocurre con el Art. 519 del Código Penal español. En el párrafo segundo, se establece una pena agravada cuando la asociación tuviere como propósito la ejecución de los delitos ahí mencionados. La regla del inciso tercero resulta innecesaria, toda vez que tal circunstancias ya tendría previsión legal en el Art. 71 CP, en el que se establecen las reglas de determinación de pena para los supuestos de concurso real de delitos. Ya la doctrina ha indicado que existe un concurso real entre el delito de Asociaciones ilícitas y aquellos delitos ejecutados como parte del propósito de la organización. (Creus, 1995, 112). Los comentarios vertidos con relación al acuerdo de organizarse, son válidos para el contenido de párrafo final de esta disposición, en el cual se ha consignado una serie de comportamientos que solo pueden ser catalogados como actos preparatorios.

TENENCIA, PORTACIÓN O CONDUCCIÓN DE ARMAS DE GUERRA.

ART. 346

JURISPRUDENCIA.

“Tomando en cuenta la naturaleza del ilícito penal en el cual el bien jurídico tutelado es difuso, no se puede determinar a una persona en particular como directamente afectado”

T. S. U. 03/02/2000.

“..El Legislador estableció para éste tipo de delitos, un capítulo genérico denominado "De Los Delitos Relativos A La Paz Pública"; bajo el Título Décimo Séptimo de éste Código, denominado "Delitos Relativos al Sistema Constitucional y La Paz Pública"; de donde se desprende que el bien jurídico Tutelado es la Paz Pública, entendida ésta como "La tranquilidad o sosiego en la vida interna de toda la sociedad, la cual debe ser protegida por el Estado"; encontrándose protegido por nuestra Constitución de La República en su Art. 2, el cual es puesto en peligro cuando los instrumentos mencionados en el Art. 346 Pn., diseñados o fabricados con la específica finalidad de herir o matar y por tanto, son potencialmente peligrosos para los bienes jurídicos de mayor entidad, están en poder de personas al margen de toda regulación o control estatal. Este tipo de armas atenta contra la tranquilidad, así como también contra la integridad personal de los miembros de la sociedad, por tener un alto poder destructivo”

“El presente delito consiste en tener, portar o conducir de manera ilegítima armas de guerra, cuyo uso es exclusivo de las Fuerzas Armadas. La Tenencia: consiste en la posesión del objeto dentro de la residencia o lugar de trabajo del sujeto activo; La Portación: hace referencia a que el objeto se encuentre adherido al sujeto; y La Conducción: es el movilizarse de un lugar a otro con el arma sin ocultarla, en forma clandestina o contrario a la Ley. En definitiva, se castiga todos los actos en los que el sujeto activo tenga la posibilidad de obtener un arma de guerra, no importando si se ha utilizado o no; y debe de entenderse que se castiga también la acción tendiente a crear o modificar las características esenciales de un arma o explosivo ya existente y que da lugar a la aparición de un arma o explosivo nuevo, de configuración diferente al anteriormente existente”

“Dentro de la estructura del tipo penal se concibe por éste Tribunal que el presente hecho punible es de aquellos caracterizados por ser de peligro abstracto, es decir, que no requiere de un resultado, pues la sola conducta de “Tener, Portar o Conducir” un arma de guerra es ilegal, y dicha conducta se considera peligrosa y constitutiva de delito”

T. S. LU 06/04/2000.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN. Los comentaristas del Código Penal han citan, al hablar de la conducta típica, a la Ley de Control de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Artículos Similares de fecha ocho de diciembre de 1993; pero tal ley fue derogada por el Decreto Legislativo N° 655 de fecha uno de julio de 1999, que contiene la Ley a la que han hecho referencia los propios comentaristas, en la letra “F”.

FABRICACIÓN, PORTACIÓN, TENENCIA O COMERCIO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO O EXPLOSIVOS CASEROS O ARTESANALES.

ART. 346-A

JURISPRUDENCIA

“En cuanto al injusto es decir la gravedad del daño, y el peligro efectivo provocado en el presente caso es una conducta contraria al ordenamiento jurídico, y a las normas que protegen la Paz Pública”

T. S. SV 29/02/2000

“El delito es de mera actividad, que se consuma con la adecuación de la conducta a uno de los verbos rectores”

T.S. NSS 24/04/2001

“Este delito es de los llamados complejos en donde al configurarse cualquiera de las conductas tipificadas dentro del tipo especifica se consuma en su totalidad el delito”

T. S. Zacatecoluca 18/07/2000

“En lo que respecta al delito de fabricación, portación, tenencia o comercio ilegal de armas de fuego o explosivos caseros o artesanales, ha de decirse que puede catalogarse indistintamente como un delito de peligro abstracto o de mera actividad; en todo caso siempre se considera como un delito de consumación anticipada, y lo que interesa para tenerse por comprobada la realización del tipo objetivo en esta clase de hechos punibles, es la verificación de la acción típica prohibida por el legislador, ya que ella en sí, de acuerdo a la experiencia, representa un peligro para la paz pública, es decir, el bien jurídico tutelado. Como es lógico deducir, en esta clase de hechos no es menester verificar la existencia de un resultado, razón por la cual no cabe plantearse la cuestión de la imputación objetiva”

T. S.1° SA 29/01/2001

“Las acciones típicas de portar o tener requieren del sujeto activo que éste tenga tanto el conocimiento como la voluntad de portar o tener esta clase de armas, constituyéndose así los elementos cognoscitivo y volitivo del dolo, cuyas características esencialmente configuran el elemento subjetivo del delito y, por ende, complementan al tipo penal”

T. S.1° SA 29/01/2001

“En relación a la petición este Tribunal de Sentencia se abstiene de pronunciarse sobre la responsabilidad civil derivado del delito de FABRICACION, PORTACION, TENENCIA O COMERCIO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO Y EXPLOSIVOS CASEROS O ARTESANALES por el que se acusó al condenado, esto por no haber reclamo directo de la fiscalía de esa responsabilidad, en tanto que representante y defensora de los intereses del Estado y de la sociedad; y por otra parte, por no existir un sujeto pasivo que haya sufrido un daño directo y concreto, que pueda ser individualizado para efecto de indemnización de los daños y perjuicios, en tanto que el titular de la acción civil corresponde a La Paz Pública”

T. S. Zacatecoluca 18/07/2000

TENENCIA, PORTACIÓN O CONDUCCIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN. Este delito se ha adicionado al catalogo del Código Penal, a partir de la reforma contenida en el Decreto Legislativo N° 280 de fecha ocho de febrero de dos mil uno y comprende:

A) Bien Jurídico Protegido.

Por la ubicación de este delito como uno que atenta contra la Paz Pública, es a ésta a la que debemos identificar como bien jurídico protegido y consiste en el derecho de la comunidad a vivir en completo sosiego y tranquilidad como condiciones opuestas a las disensiones y el desorden. Pero también puede identificarse como bien jurídico protegido, la seguridad común entendida como “la situación real en que la integridad de los bienes y las personas se halla exenta de soportar situaciones peligrosas que la amenacen” (Creus, 1995, 1), porque la tenencia de armas de fuego al margen de las exigencias legales, pone en riesgo, por su potencial lesivo, a un número indeterminado de personas y/o bienes.

B) Sujetos.

Ninguna cualidad especial es requerida por la norma respecto del sujeto activo, razón por la que cualquier persona puede asumir tal calidad en este delito. Sujeto pasivo, al igual que en los delitos precedentes, lo es la comunidad, en tanto titular de la paz pública.

C) Conducta Típica.

El tipo comprende varios comportamientos alternativos, bastando la realización de uno solo de ellos para su consumación. Esos comportamientos se corresponden a los verbos Tener, portar y conducir. Aunque constituyen elementos descriptivos del tipo penal que denotan acciones, la precisión de su contenido no puede determinarse a partir del significado que en el lenguaje común reciben, porque ellos se encuentran vinculados a las diferentes clases de matriculas que regula la Ley de Control y Regulación de Armas, Municiones, Explosivos y Artículos Similares aprobada por Decreto Legislativo N° 655 de fecha uno de julio de 1999. Así, y de conformidad con el Art 4. de esa ley, hemos de entender como Tenencia la posesión que una persona ejerce sobre un arma de fuego, con facultades para tenerla aprovisionada, cargada y lista para el uso, dentro de los límites de su propiedad urbana o rural, casa de habitación, negocio, oficina o dependencia. Por Conducción ha de entenderse el transporte de un arma de fuego debidamente descargada y desaprovechada; y la portación ha de importar la facultad otorgada a una persona para llevar consigo un arma de fuego, aprovisionada, cargada y lista para su uso, salvo en aquellos lugares prohibidos por la citada Ley. La conducta típica, pues, estaría determinada por la realización de cualquiera de esos comportamientos sin estar facultado para ello por no contar con la Licencia para uso de armas de fuego a que se refiere el Art. 3. literal “a” de la Ley o con cualquiera de las matriculas establecidas en los literales “a” y “b” del Art. 4. expedidas por el Ministerio de la Defensa Nacional a través de su oficina de Registro y Control de Armas de Fuego. En cualquiera de los supuestos no es exigible una detentación material del arma por parte del sujeto activo, bastando con que ésta se encuentre en condiciones que le permitan a aquel disponer libremente de ella. El tipo requiere de la inexistencia absoluta de licencia o matricula, de ahí que la tenencia, portación o conducción de un arma de fuego sin portar tales documentos, no obstante tenerlos, es un comportamiento que constituye una falta menos grave de carácter administrativo, conforme a lo dispuesto por el Art. 68 de la Ley respectiva, que no es abarcada por la punición establecida para este delito. Lo mismo ocurre cuando se realizan esas conductas teniendo vencida la licencia o la matricula.

D) Tipo Subjetivo.

Se trata de un delito doloso, en el que el sujeto activo ha de tener la voluntad de tener, portar o conducir una o más armas de fuego, conociendo que carece de autorización para ello, por no tener licencia de uso de armas o la matricula respectiva.

E) Fases de Ejecución del Delito.

La propia naturaleza del delito como uno de peligro, meramente formal, hace insostenible que pueda pensarse siquiera en la posibilidad de admitir alguna forma imperfecta del mismo. No cabe la tentativa.

El inciso segundo establece una pena más grave para la reincidencia o frente al supuesto de que el sujeto activo cuente con antecedentes penales vigentes. Para estimar la reincidencia no ha de bastar la sola acreditación, a través de atestados policiales por ejemplo, de que el sujeto activo haya cometido antes este mismo delito, sino que ha de establecerse la reincidencia de la forma prevista para la agravante genérica del Art. 30.16 CP, es decir, para que sea aplicable la pena del párrafo segundo de la disposición que ahora se comenta, el sujeto activo debió haber sido condenado previamente por el delito de Tenencia, Portación o Conducción Ilegal de Armas de Fuego y deben además acreditarse las otras circunstancias que se exigen en la disposición citada. No obstante lo dicho, también hemos de agregar que la reincidencia como circunstancia agravatoria de la pena ha tenido muchos detractores en la

doctrina penal, quienes cuestionan su constitucionalidad. Se ha afirmado que la regulación legal de la reincidencia con propósitos de agravación de la pena se enfrenta abiertamente al principio de proporcionalidad el cual se encuentra íntimamente relacionado con la prohibición de penas perpetuas, infamantes, proscriptivas y con cualquier clase de tormento, que nuestra constitución establece en su Art. 27, ya que solo una pena proporcional a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor, escapa de tener las características antes dichas y resulta respetuosa de la dignidad humana. El incremento de pena que se asigna con motivo de la reincidencia no responde ni a la gravedad del hecho, ni a la culpabilidad del autor. El ataque al bien jurídico de que se trate, en este caso la Paz Pública, no es más grave por ser el autor un reincidente ni muestra mayor culpabilidad aquel autor que ha delinquido en el pasado; la reincidencia muchas veces muestra todo lo contrario: una menor capacidad del autor de adecuar su comportamiento a la norma, condicionado por factores personales o sociales. Entonces, sugerir una pena mayor bajo esa circunstancia, resulta desproporcionado. También se ha dicho que la reincidencia es una vulneración de la prohibición de doble enjuiciamiento o condena (Ne Bis In Idem), Art. 11 Cn., ya que el incremento de pena no está determinado por la mayor gravedad del nuevo hecho o de la culpabilidad del autor sino por el anterior delito, el que se vería así doblemente castigado. Por otro lado, la pretensión del legislador de evitar la reincidencia a partir de una amenaza penal más severa, se aparta de las finalidades que la Constitución ha diseñado para las penas, que no es solamente la inocuización del delincuente, sino también su readaptación. Finalmente, castigar la reincidencia con una pena mayor constituye la degradación del principio de derecho penal de acto y su sustitución por un derecho penal de autor, en el que se sancionaría no una conducta externa, sino una forma particular de ser: ser reincidente.

DESORDENES PÚBLICOS.

ART. 348

NOTA DE ACTUALIZACIÓN. La reforma de fecha nueve de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, contenida en el Decreto Legislativo N° 703 adiciona un párrafo que tiene como destinatarios a los miembros de pandillas o “maras”. El delito de desordenes públicos plantea dos comportamientos típicos. En el párrafo primero se describe la conducta constitutiva de este delito en sentido estricto y en el mismo identificamos como tipo objetivo la alteración del orden público que se logra, no por cualquier medio, sino a través de la obstrucción de vías públicas o accesos a las mismas, así como por la invasión de instalaciones o edificios. Significa que no cualquier ruptura del orden público puede enmarcarse dentro de este tipo penal, sino solo aquella producida por esos comportamientos de obstaculización o de invasión. Obstaculizar es impedir o dificultar que algo cumpla un propósito, en este caso obviamente que las calles o accesos públicos sirvan para la libre circulación de las personas, e invadir puede entenderse como entrar por la fuerza a algún lugar. Es a partir de esa forma particular de llevar adelante esos comportamientos que implican en sí mismos el ejercicio de violencia y por la necesidad de pluralidad de autores, que puede lesionarse la Paz Pública como bien jurídico, entendiendo por tal el Derecho de la comunidad a vivir sin temores, en completo estado de sosiego y tranquilidad. Luego, dentro del tipo subjetivo encontramos que la norma penal exige un dolo específico en tanto que el propósito de los autores ha de ser atentar contra la Paz Pública; es decir, afectar el estado de tranquilidad de un amplio sector de la sociedad. Lo que se regula en el párrafo segundo del Art.348 CP, es una extensión de este delito y el cual castiga la pertenencia a una pandilla armada cuya finalidad para existir es promover desordenes e intimidación a las personas. Adviértase que aquí no se castiga un acto concreto lesivo de la Paz Pública, sino la sola pertenencia a la pandilla; pero, a partir de la regulación legal de este delito, debemos entender que se trata de una agrupación con cierta permanencia en el tiempo, pues ella responde a un fin que solo puede alcanzarse por esa permanencia.

TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS.

JURISPRUDENCIA.

“Lo que el delito tipo protege no es el patrimonio, por lo que el hecho de que el traslado se haga o no, mediante el pagar de alguna cantidad de dinero, no importa a la realización del ilícito, en el cual el bien jurídico tutelado es la humanidad, es decir, trasciende el derecho individual y protege al ser humano en su derecho a la vida, a la integridad, a la salud, a la dignidad, etc.”

Cámara 2° de lo Pena de la Primera Sección del Centro, SS. 18/07/2002.

“En el delito de estafa lo que se protege es el patrimonio de la persona, a quien se perjudica cuando se le engaña, pero en el delito de Tráfico Ilegal de Personas, el bien jurídico trasciende lo económico, pues a quien en primer lugar se protege es a la persona, y como accesorios los controles migratorios y el patrimonio, no bastando con la devolución del dinero entregado para considerar que la conducta varía y que por lo tanto no debe ser sancionada.”

Juzgado 2° Instrucción, SS. 04/03/2003.

“El bien jurídico tutelado es la humanidad en su conjunto por el peligro en abstracto o riesgo de violar fronteras de nuestro país u otros con fines de terrorismo, economía exterior y políticas internas de países vecinos y el nuestro.”

Juzgado de Instrucción de Jujutla, Ahuachapán. 16/07/2003.

“En la comisión del ilícito en comento, no interesa la colaboración que las personas cuyos derechos se pretenden proteger, hayan dado, no importa si el sujeto activo les selecciona o ellos concurren en busca del servicio ofertado, no es el hecho de traspasar o no los límites fronterizos nacionales o extranjeros, basta que se realice algunas de las actividades descritas, con la finalidad de evadir controles migratorios nacionales o extranjeros, es un delito de peligro abstracto, en el cual basta la potencial puesta en peligro de las personas transportadas, no se requiere que el país cuyos controles migratorios se evaden, ejecute algún acto coercitivo, es suficiente la potencial reacción ante cualquier acto de ejecución.”

Cámara 2° de lo Penal de la Primera Sección del Centro, SS. 18/07/2002.

“Encontrándonos ante un tipo penal de resultado y no de mera actividad, [...] en ese sentido es de señalar que la adecuación típica en los delitos de resultado comprende la acción lesiva y el resultado de la vulneración, menoscabo o puesta en peligro, la acción y resultado deben enlazarse de tal manera que una sea el presupuesto de la otra, el solo propósito de evadir controles migratorios se debe entender como lesionado el bien jurídico tutelado imponiéndose la inmediata reacción penal.”

Juzgado de Instrucción de Jujutla, Ahuachapán. 16/07/2003.

“Por inmigración clandestina hay que entender no solo la totalmente oculta, sino la realizada con infracción de lo dispuesto en la Ley”
“La acción típica [...] giró sobre el verbo genérico de “guiar”, el cual designa un comportamiento físico de acompañar mostrando el camino, ayudando a recorrer el mismo; siendo tal ayuda con el objeto de evadir controles migratorios.”

Juzgado de Instrucción de Jujutla, Ahuachapán. 16/07/2003.

“Al analizar la figura tipo vemos como esta se encuentra dividida en varias conductas que el sujeto activo puede realizar para que encaje en este ilícito [...] Los verbos rectores son albergar, transportar o guiar”

Juzgado 2° Instrucción, SS. 04/03/2003.

“Puede concluirse entonces, que el inculcado tuvo conocimiento de los elementos objetivos que se le puede exigir al hombre promedio, actuando aquel con el propósito de evadir controles migratorios, traduciéndose ello en el dolo directo [...] lo que constituye el elemento subjetivo de la tipicidad”

Juzgado de Instrucción de Jujutla, Ahuachapán. 16/07/2003.

“El tráfico ilegal de personas o la inmigración clandestina de personas como también suele llamarse forma parte de una organización con ánimo de lucro, aunque debemos tomar en cuenta que en el tipo penal del Art. 367-A Pn., no es elemento esencial, pero la finalidad de los que lo tratan sí. [...] El término <<traficar>>no implica ánimo de lucro. Ciertamente que normalmente se tratará de conductas que respondan a objetivos económicos del autor, pero ese elemento no viene exigido por el tipo [...] Aunque la misma literalidad de la lectura del tipo penal en comento no establece el ánimo de lucro, a consecuencia de las personas solicitantes de ese servicio ilegal, es obvio que ese es uno de sus fines; ya que la existencia del ánimo de lucro exige que el sujeto actúe para sí o para un tercero, siendo este un elemento subjetivo del tipo que debe ser abarcado por el dolo del sujeto activo. El “ánimo de lucro” significa la voluntad del sujeto activo de obtener una ventaja o beneficio patrimonial para sí mismo o para otra persona a través de la apropiación del objeto material, de su incorporación al patrimonio del sujeto activo o el patrimonio de la persona que quiere beneficiar.”

Juzgado de Instrucción de Jujutla, Ahuachapán. 16/07/2003.

“El propósito debe ser el evadir los controles migratorios, sin que se requiera que esto se haya logrado.”

Juzgado 2° Instrucción, SS. 04/03/2003.

“De tal manera, no constan elementos de prueba que el sujeto activo deba tener una condición especial; en tal sentido, la literalidad de la definición legal antes comentada, se refiere a “la persona” siendo un elemento genérico...”

“De ahí que, en la práctica, la lesividad aparezca ligada a la actuación de redes organizadas y dedicadas a favorecer la emigración ilegal. Lo que no es obstáculo para admitir la tipicidad en supuestos de sujeto activo que actúa solo.”

Juzgado de Instrucción de Jujutla, Ahuachapán. 16/07/2003.

“El sujeto activo por su parte puede ser también cualquier persona, sin que se necesite una cualificación especial.”

Juzgado 2º Instrucción, SS. 04/03/2003.

“Como sujeto pasivo tenemos a la colectividad, como parte integrante del o los territorios a los que pertenecemos”

Juzgado de Instrucción de Jujutla, Ahuachapán. 16/07/2003.

“Para el caso el sujeto pasivo pueden ser tanto nacionales o extranjeros de cualquier edad”

Juzgado 2º Instrucción, SS. 04/03/2003.

“Es así como el resultado de la acción es la evasión del control migratorio, mediante las conductas de guiar, transportar o albergar...”

Juzgado de Instrucción de Jujutla, Ahuachapán. 16/07/2003.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN. La adición del este delito al Código Penal forma parte de las reformas contenidas en el Decreto Legislativo N° 568 de fecha - - - - y comprende:

A) Bien Jurídico Protegido.

La jurisprudencia nacional no ha tenido dificultad en reconocer que es la Humanidad el bien jurídico protegido por esta norma. Sin embargo, en la doctrina no ha sido un tema pacífico y todavía hoy se discute si es ese el bien jurídico tutelado o si puede encontrarse otros que también encuentran protección, cuando menos de forma indirecta. Hay quienes piensan que normas penales como la que ocupa ahora nuestra atención, solo procuran que los flujos migratorios se produzcan a través de los mecanismos legales, identificando eso como el bien jurídico protegido. Pero, si consideramos que la realización de este delito normalmente se encuentra dentro de la línea de acción de organizaciones colocadas al margen de la Ley y que su ejecución múltiple y sistemática forma parte de la finalidad con que éstas se integran, hemos de entender adecuada su ubicación sistemática como un delito contra la Humanidad que protege la dignidad de la población migrante que pudiera verse colocada en condiciones de desamparo por la clandestinidad o irregularidad de su tránsito a nuestro país o a otros, sin más protección que la del propio traficante.

B) Sujetos.

Se trata de un delito común, ya que al no exigirse ninguna calidad especial, cualquier persona puede ser sujeto activo del mismo. De igual forma, sujeto pasivo lo puede ser cualquier persona. Que éste tenga la condición de extranjero o nacional resulta indiferente pues la misma respuesta penal se ha previsto para las conductas reguladas en los incisos primero y segundo.

C) Conducta Típica.

La conducta típica resulta similar en los incisos primero y segundo, la diferencia entre uno y otro estaría determinada únicamente por la condición del sujeto pasivo, como nacional o extranjero, lo que, como ya dijimos, no tiene ninguna incidencia sobre la pena; y además algunas matizaciones que encontramos en el inciso primero y a las que hemos de referirnos después. La conducta típica viene formada por los verbos albergar, transportar y guiar, que deben ser comprendidos en su sentido gramatical como dar alojamiento u hospedaje, llevar personas o cosas de un lugar a otro y mostrar el camino a otros u otros, yendo adelante; respectivamente. La relevancia penal de esos comportamientos, que en principio pueden ser incluso socialmente adecuados, se manifiesta cuando están orientados por el propósito de evadir los controles migratorios nacionales o los del otros países. El inciso primero establece además, como conducta típica el intento y la efectiva introducción de extranjeros al territorio Nacional; tal regulación parece innecesaria por estar comprendida ya en aquellas conductas de transportar y guiar. El inciso tercero, regula una conducta en la que el medio escogido por el autor para burlar los controles migratorios no es la clandestinidad, como normalmente ha de ocurrir en las conductas de los dos primeros incisos, sino el fraude de terminado por el uso de documentación falsa o auténtica, pero que no pertenece a quien la exhibe en el control migratorio. El inciso tercero exaspera la pena de este delito por el resultado lesivo de la vida la integridad física y otros bienes jurídicos del sujeto pasivo.

Tipo subjetivo.

El dolo de autor debe comprender el propósito de lograr el tránsito de las personas que se albergan, transportan o guían, por las fronteras nacionales o de otros países, evadiendo los diferentes controles migratorios. Es indiferente para efectos de consumación, si tal propósito se logra o no.

BIBLIOGRAFÍA.

Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial. Tomo III.
Rubinzal-Culzoni Editores. 2000.

Velez Mariconde, Alfredo. Derecho Procesal Penal Tomo II.
Marcos Lerner Editora Córdoba, 1986.

Vives Antón, T.S. y otros. Derecho Penal Parte Especial.
Tirant Lo Blanch. 1996.

Sánchez Escobar, Carlos Ernesto. El Principio de Culpabilidad Penal,
En Revista Justicia de Paz N° 13, año V- Vol. III, Sept-Dic. 2002.

Fontán Balestra, Carlos. Derecho Penal Parte Especial.
Editorial Abeledo Perrot. 1980.

Creus, Carlos. Derecho Penal Parte Especial Tomo II.
Editorial Astrea. 1995.

Creus, Carlos. Delitos Contra la Administración Pública.
Editorial Astrea. 1981.

Terragni, Marco Antonio. El Delito Culposo.
Rubinzal-Culzoni Editores. 1984

Corcoy Bidasolo, Mirentxu. El Delito Imprudente, Criterios de Imputación del Resultado.
Promociones y Publicaciones Universitarias. 1989.

Joshi Jubert, Ujala. Sobre el Concepto de Organización en el Delito de Tráfico de Drogas en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español., en Libro Homenaje a José Rafael Mendoza Troconis, Tomo I.
Universidad Central de Venezuela. 1998.

Arce Ageo, Miguel Angel. Concurso de Delitos en Materia Penal.
Editorial Universidad. 1996.

Rodríguez Mourullo, Gonzalo. Comentarios al Código Penal, Tomo III.

Quintero Olivares, Gonzalo y Otros. Comentarios al Nuevo Código Penal. Tomo III.
Editorial Aranzadi. 1996.

Peña Ossa, Erleams de Jesús. Delitos Contra la Administración Pública.
Editoriales Jurídicas Gustavo Ibáñez. 1995.

Cobo del Rosal, Manuel y otros. Compendio de Derecho Penal Español.
Marcial Pons. 2000.

Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán.
Editorial Jurídica de Chile. 1997.

Strantenwerth, Günter. Derecho Penal Parte General I, El Hecho Punible.
Editoriales de Derecho Reunidas, S.A. 1982.

Gómez-Benitez, José Manuel. Elementos Comunes de los Crímenes Contra la Humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y Necesaria Tipificación de Estos Crímenes en el Derecho Penal Español, en El Derecho Penal Internacional, Cuadernos de Derecho Judicial VII. 2001.

Zugaldía Espinar, José Miguel. Sobre La Inconstitucionalidad de la Agravante de Reincidencia.
Revista del Poder Judicial nº 13. Marzo 1989
CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. (Edición Electrónica 2002)

Palomo del Arco, Andrés. Criminalidad Organizada y la Inmigración Ilegal, en La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos.
Cuadernos de Derecho Judicial 2. 2001. (Edición Electrónica 2002)
Código Penal Español de 1995.
Editorial Aranzadi. 1999.

Base de Datos de Jurisprudencia Española.
El Derecho Editores.
Actualización 2-2000.

D. L. 486 de fecha 18 de julio de 2001.

D. L. 280 de fecha 8 de febrero de 2001.

D. L. 703 de fecha 9 de septiembre de 1999.

