

Código



TOMO 2

Artículos 165 al 409

Autores de los Comentarios

Francisco Moreno Carrasco, Luis Rueda García.

Actualización y Anotación Jurisprudencial

Carlos Ernesto Sánchez Escobar
Sergio Luis Rivera Márquez, Délmer Edmundo Rodríguez
Marco Tulio Díaz Castillo

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

Penal de El Salvador Comentado

Í N D I C E

CAPÍTULO III	OTROS ATAQUES A LA LIBERTAD SEXUAL	
Art. 165	ACOSO SEXUAL	619
Art. 166	ACTO SEXUAL DIVERSO	621
Art. 167	CORRUPCIÓN DE MENORES E INCAPACES	622
Art. 168	CORRUPCIÓN AGRAVADA	626
Art. 169	INDUCCIÓN, PROMOCIÓN Y FAVORECIMIENTO DE LA PROSTITUCIÓN	627
Art. 169-A	REMUNERACIÓN POR ACTOS SEXUALES O ERÓTICOS	629
Art. 170	DETERMINACIÓN A LA PROSTITUCIÓN	630
Art. 170-A	OFERTA Y DEMANDA DE PROSTITUCIÓN AJENA	632
Art. 171	EXHIBICIONES OBSCENAS	632
Art. 172	PORNOGRAFÍA	635
Art. 173	UTILIZACIÓN DE PERSONAS MENORES DE DIECIOCHO AÑOS E INCAPACES O DEFICIENTES MENTALES EN PORNOGRAFÍA	638
Arts. 173-A y 173-B	POSESIÓN DE PORNOGRAFÍA	640
CAPÍTULO IV	DISPOSICIÓN COMÚN	
Art. 174	INDEMNIZACIONES ESPECIALES	641
TÍTULO V	DELITOS RELATIVOS A LA SEGURIDAD PERSONAL	
CAPÍTULO ÚNICO	DEL DEBER DE SOCORRO	
Art. 175	OMISIÓN DEL DEBER DE SOCORRO	642
Art. 176	DENEGACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA	647
TÍTULO VI	DELITOS RELATIVOS AL HONOR Y LA INTIMIDAD	
CAPÍTULO I	DE LA CALUMNIA Y LA INJURIA	
Art. 177	CALUMNIA	648
Art. 178	DIFAMACIÓN	655
Art. 179	INJURIA	658
Art. 180	INHABILITACIÓN ESPECIAL	660
Art. 181	CONCEPTO DE PUBLICIDAD	660

Art. 182	CALUMNIA, DIFAMACIÓN E INJURIAS ENCUBIERTAS	661
Art. 183	RÉGIMEN DE LA PRUEBA	662
CAPÍTULO II	DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA INTIMIDAD	
Art. 184	VIOLACIÓN DE COMUNICACIONES PRIVADAS	664
Art. 185	VIOLACIÓN AGRAVADA DE COMUNICACIONES	668
Art. 186	CAPTACIÓN DE COMUNICACIONES	668
Art. 187	REVELACIÓN DE SECRETO PROFESIONAL	670
Art. 188	ALLANAMIENTO DE MORADA	673
Art. 189	ALLANAMIENTO DE LUGAR DE TRABAJO O ESTABLECIMIENTO ABIERTO AL PÚBLICO	678
Art. 190	UTILIZACIÓN DE LA IMAGEN O NOMBRE DE OTRO	679
CAPÍTULO III	DISPOSICIÓN COMÚN	
Art. 191	EXCLUSIÓN DE DELITOS	681
TÍTULO VII	DELITOS RELATIVOS A LAS RELACIONES FAMILIARES	
CAPÍTULO I	DE LOS MATRIMONIOS ILEGALES	
Art. 192	MATRIMONIOS ILEGALES	683
Art. 193	BIGAMIA	684
Art. 194	CELEBRACIÓN DE MATRIMONIO ILEGAL	687
CAPÍTULO II	DE LOS DELITOS RELATIVOS AL ESTADO FAMILIAR	
Art. 195	SUPOSICIÓN U OCULTACIÓN DE ESTADO FAMILIAR	689
Art. 196	SUPLANTACIÓN Y ALTERACIÓN DE ESTADO FAMILIAR ..	691
Art. 197	SIMULACIÓN DE EMBARAZO O PARTO	692
Art. 198	ALTERACIÓN DE FILIACIÓN	694
CAPÍTULO III	DE LOS ATENTADOS CONTRA DERECHOS Y DEBERES FAMILIARES	
Art. 199	ABANDONO Y DESAMPARO DE PERSONA	697
Art. 200	VIOLENCIA INTRAFAMILIAR	699
Art. 201	INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA ECONÓMICA	702
Art. 202	SEPARACIÓN INDEBIDA DE MENOR O INCAPAZ	705
Art. 203	INDUCCIÓN AL ABANDONO	706
Art. 204	ABUSO DEL DERECHO DE CORRECCIÓN	708
Art. 205	EXPLOTACIÓN DE LA MENDICIDAD	710
CAPÍTULO IV	DISPOSICIÓN COMÚN	
Art. 206	EXCUSA ABSOLUTORIA	713

TÍTULO VIII DE LOS DELITOS RELATIVOS AL PATRIMONIO**CAPÍTULO I DEL HURTO**

Art. 207	HURTO	714
Art. 208	HURTO AGRAVADO	722
Art. 209	HURTO IMPROPIO	728
Art. 210	HURTO DE USO	730
Art. 211	HURTO DE ENERGÍA O FLUIDOS	733

CAPÍTULO II DEL ROBO, LA EXTORSIÓN Y LA RECEPCIÓN

Art. 212	ROBO	736
Art. 213	ROBO AGRAVADO	739
Art. 214	EXTORSIÓN	741
Art. 214-A	RECEPCIÓN	743
Art. 214-B	CONDUCCIÓN DE MERCADERÍAS DE DUDOSA PROCEDENCIA	747
Art. 214-C	PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN	748

CAPÍTULO III DE LAS DEFRAUDACIONES

Art. 215	ESTAFA	749
Art. 216	ESTAFA AGRAVADA	755
Art. 217	APROPIACIÓN O RETENCIÓN INDEBIDAS	758
Art. 218	ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA	761

CAPÍTULO IV DE LAS USURPACIONES

Art. 219	USURPACIONES DE INMUEBLES	764
Art. 219-A	REMOCIÓN O ALTERACIÓN DE LINDEROS	767
Art. 219-B	USURPACIÓN DE AGUAS	768
Art. 220	PERTURBACIÓN VIOLENTA DE LA POSESIÓN	769

CAPÍTULO V DE LOS DAÑOS

Art. 221	DAÑOS	771
Art. 222	DAÑOS AGRAVADOS	774

CAPÍTULO VI DE LOS DELITOS RELATIVOS AL PATRIMONIO CULTURAL

Art. 223	INFRACCIÓN A LAS MEDIDAS DE REGISTRO, CONTROL, CIRCULACIÓN Y PROTECCIÓN DE BIENES CULTURALES	778
Art. 224	TRÁFICO ILÍCITO DE PATRIMONIO CULTURAL	782
Art. 225	HALLAZGO HISTÓRICO	784

CAPÍTULO VII	DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL	
Art. 226	VIOLACIÓN DE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS	786
Art. 227	VIOLACIÓN AGRAVADA DE DERECHOS DE AUTOR Y DE DERECHOS CONEXOS	790
TÍTULO IX	DELITOS RELATIVOS AL ORDEN SOCIOECONÓMICO	792
CAPÍTULO I	DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INDUSTRIAL	
Art. 228	VIOLACIÓN DE PRIVILEGIOS DE INVENCION	795
Art. 229	VIOLACIÓN DE DISTINTIVOS COMERCIALES	799
Art. 230	INFIDELIDAD COMERCIAL	801
Art. 231	REVELACIÓN O DIVULGACIÓN DE SECRETO INDUSTRIAL	805
CAPÍTULO II	DE LOS DELITOS RELATIVOS AL MERCADO, LA LIBRE COMPETENCIA Y LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR	
Art. 232	MONOPOLIO	809
Art. 233	ACAPARAMIENTO	813
Art. 234	VENTA A PRECIO SUPERIOR	815
Art. 235	USO DE PESAS O MEDIDAS ALTERADAS	818
Art. 236	AGIOTAJE	819
Art. 237	PROPALACIÓN FALSA	821
Art. 238	COMPETENCIA DESLEAL	823
Art. 238-A	FRAUDE DE COMUNICACIONES	826
Art. 239	DESVIACIÓN FRAUDULENTA DE CLIENTELA	827
Art. 240	VENTAS ILÍCITAS	828
Art. 240-A	DEFRAUDACIÓN A LA ECONOMÍA PÚBLICA	831
CAPÍTULO III	DE LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES	
Art. 241	ALZAMIENTO DE BIENES	836
Art. 242	QUIEBRA DOLOSA	841
Art. 243	CHEQUE SIN PROVISIÓN DE FONDOS	845
CAPÍTULO IV	DE LOS DELITOS RELATIVOS A LOS DERECHOS LABORALES Y DE ASOCIACIÓN	
Art. 244	INFRACCIÓN DE LAS CONDICIONES LABORALES O DE SEGURIDAD SOCIAL	851
Art. 245	RETENCIÓN DE CUOTAS LABORALES	856
Art. 246	DISCRIMINACIÓN LABORAL	859

Art. 247	COACCIÓN AL EJERCICIO DE LA LIBERTAD SINDICAL O DEL DERECHO DE HUELGA	862
Art. 248	OBSTÁCULOS A LA LIBRE CONTRATACIÓN	864
CAPÍTULO V	DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA HACIENDA PÚBLICA	
Art. 249	EVASIÓN DE IMPUESTOS	867
Art. 250	OTRAS DEFRAUDACIONES	870
Art. 251	PRESUPUESTO PARA PROCEDER	872
Art. 252	EXCUSA ABSOLUTORIA	873
TÍTULO X	DELITOS RELATIVOS A LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO, LA PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES, Y AL MEDIO AMBIENTE	
CAPÍTULO I	DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO	
Art. 253	CONSTRUCCIONES NO AUTORIZADAS	875
Art. 254	RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS O EMPLEADOS PÚBLICOS	878
CAPÍTULO II	DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA NATURALEZA Y EL MEDIO AMBIENTE	
Art. 255	CONTAMINACIÓN AMBIENTAL	880
Art. 256	CONTAMINACIÓN AMBIENTAL AGRAVADA	883
Art. 257	CONTAMINACIÓN AMBIENTAL CULPOSA	884
Art. 258	DEPREDACIÓN DE BOSQUES	884
Art. 259	DEPREDACIÓN DE FLORA PROTEGIDA	887
Art. 260	DEPREDACIÓN DE FAUNA	889
Art. 261	DEPREDACIÓN DE FAUNA PROTEGIDA	890
Art. 262	RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS	892
Art. 262-A	QUEMA DE RASTROJOS	894
Art. 262-B	COMERCIO Y TRANSPORTE DE SUSTANCIAS PELIGROSAS	895
Art. 263	EXCUSA ABSOLUTORIA Y MEDIDAS ACCESORIAS	895
Art. 263-A	CONDICIONES OBJETIVAS DE PROCESABILIDAD	897

TÍTULO XI DELITOS RELATIVOS A LA SEGURIDAD COLECTIVA**CAPÍTULO ÚNICO****DE LOS DELITOS DE PELIGRO COMÚN**

Art. 264	LIBERACIÓN DE ENERGÍA	899
Art. 265	INCENDIO	901
Art. 266	ESTRAGOS	903
Art. 267	INFRACCIÓN DE REGLAS DE SEGURIDAD	905
Art. 268	DELITOS DE PELIGRO COMÚN AGRAVADOS	907
Art. 269	DELITOS CULPOSOS DE PELIGRO COMÚN	908
Art. 270	RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS O EMPLEADOS PÚBLICOS	909

TÍTULO XII DELITOS RELATIVOS A LA SALUD PÚBLICA**CAPÍTULO I DE LOS DELITOS RELATIVOS A PRODUCTOS QUÍMICOS,
MEDICINALES, ALIMENTICIOS Y AGUAS**

Art. 271	ELABORACIÓN Y COMERCIO DE PRODUCTOS QUÍMICOS Y SUSTANCIAS NOCIVAS	910
Art. 272	TRÁFICO DE PRODUCTOS QUÍMICOS Y SUSTANCIAS NOCIVAS	912
Art. 273	DESPACHO O COMERCIO INDEBIDO DE MEDICINAS	914
Art. 274	ALTERACIÓN DE SUSTANCIAS MEDICINALES	916
Art. 275	FABRICACIÓN Y COMERCIO DE ALIMENTOS NOCIVOS ..	919
Art. 276	ENVENENAMIENTO, CONTAMINACIÓN O ADULTERACIÓN DE AGUAS Y SUSTANCIAS ALIMENTICIAS	923
Art. 277	DELITOS CULPOSOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA	924

**CAPÍTULO II DE LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD E HIGIENE EN LOS
CENTROS DE TRABAJO, SALUD Y ESTUDIO**

Art. 278	INFRACCIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD E HIGIENE ..	925
----------	---	-----

TÍTULO XIII DELITOS RELATIVOS A LA FE PÚBLICA**CAPÍTULO I DE LA FALSIFICACIÓN DE MONEDA, SELLOS OFICIALES Y
ESPECIES FISCALES**

Art. 279	FALSIFICACIÓN, TENENCIA O ALTERACIÓN DE MONEDA	929
Art. 280	FALSIFICACIÓN, TENENCIA DE SELLOS OFICIALES, ESPECIES FISCALES O BILLETES DE LOTERÍA	933

Art. 281	VENTA O CIRCULACIÓN DE MONEDA, ESTAMPILLA O ESPECIES FISCALES FALSIFICADAS	936
Art. 282	VALORES EQUIPARADOS A MONEDA	937
CAPÍTULO II	DE LA FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS	
Art. 283	FALSEDAD MATERIAL	938
Art. 284	FALSEDAD IDEOLÓGICA	944
Art. 285	FALSEDAD DOCUMENTAL AGRAVADA	946
Art. 286	SUPRESIÓN, DESTRUCCIÓN U OCULTACIÓN DE DOCUMENTOS VERDADEROS	946
Art. 287	USO Y TENENCIA DE DOCUMENTOS FALSOS	948
CAPÍTULO III	DE LA FALSEDAD PERSONAL	
Art. 288	USO FALSO DE DOCUMENTO DE IDENTIDAD	950
Art. 288-A	TENENCIA Y USO INDEBIDO DE TRAJE O UNIFORME ...	952
Art. 289	EJERCICIO ILEGAL DE PROFESIÓN	953
CAPÍTULO IV	FALSIFICACIÓN DE MARCAS, SEÑAS Y FIERROS	
Art. 289-A	FALSIFICACIÓN DE SEÑAS Y MARCAS	956
Art. 289-B	958
TÍTULO XIV	DELITOS RELATIVOS A LOS DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA	
CAPÍTULO ÚNICO	DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA	
Art. 290	PRIVACIÓN DE LIBERTAD POR FUNCIONARIO O EMPLEADO PÚBLICO, AGENTE DE AUTORIDAD O AUTORIDAD PÚBLICA	961
Art. 291	LIMITACIONES INDEBIDAS DE LA LIBERTAD INDIVIDUAL	965
Art. 292	ATENTADOS RELATIVOS AL DERECHO DE IGUALDAD ..	967
Art. 293	ATENTADOS RELATIVOS A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	969
Art. 294	ATENTADOS RELATIVOS AL DERECHO DE ASOCIACIÓN Y REUNIÓN	970
Art. 295	FRAUDE ELECTORAL	974
Art. 296	ATENTADOS RELATIVOS A LA LIBERTAD DE RELIGIÓN ..	978
Art. 297	TORTURA	980
Art. 298	ATENTADOS RELATIVOS AL DERECHO DE DEFENSA ...	983
Art. 299	REGISTRO Y PESQUISAS ILEGALES	985
Art. 300	ALLANAMIENTO SIN AUTORIZACIÓN LEGAL	987

Art. 301	INVIOLABILIDAD DE CORRESPONDENCIA	989
Art. 302	INTERFERENCIA E INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS	991

TÍTULO XV DELITOS RELATIVOS A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

CAPÍTULO I DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA ACTIVIDAD JUDICIAL

Art. 303	DENUNCIA O ACUSACIÓN CALUMNIOSA	993
Art. 304	SIMULACIÓN DE DELITOS	998
Art. 305	FALSO TESTIMONIO	1000
Art. 306	FRAUDE PROCESAL	1004
Art. 307	SOBORNO	1007
Art. 308	ENCUBRIMIENTO	1010
Art. 309	OMISIÓN DEL DEBER DE PONER EN CONOCIMIENTO DETERMINADOS DELITOS	1014
Art. 310	PREVARICATO	1018
Art. 311	OMISIÓN DE INVESTIGACIÓN	1025
Art. 312	OMISIÓN DE AVISO	1028
Art. 313	DESOBEDIENCIA A MANDATO JUDICIAL	1030
Art. 314	PATROCINIO INFIEL	1034
Art. 315	SIMULACIÓN DE INFLUENCIA	1037
Art. 316	DESTRUCCIÓN, INUTILIZACIÓN U OCULTAMIENTO DE DOCUMENTO POR ABOGADO O MANDATARIO	1039

CAPÍTULO II DE LOS DELITOS CONTRA LA AUTORIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES Y ABUSO DE DERECHO

Art. 317	EVASIÓN	1041
Art. 318	FAVORECIMIENTO DE LA EVASIÓN	1043
Art. 318-A	FAVORECIMIENTO CULPOSO A LA EVASIÓN	1045
Art. 319	EJERCICIO VIOLENTO DEL DERECHO	1047

TÍTULO XVI DELITOS RELATIVOS A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO I DE LOS ABUSOS DE AUTORIDAD

Art. 320	ACTOS ARBITRARIOS	1050
Art. 321	INCUMPLIMIENTO DE DEBERES	1052
Art. 322	DESOBEDIENCIA	1055
Art. 323	DENEGACIÓN DE AUXILIO	1059
Art. 324	REVELACIÓN DE HECHOS, ACTUACIONES O DOCUMENTOS SECRETOS POR EMPLEADO OFICIAL ..	1062

CAPÍTULO II	DE LA CORRUPCIÓN	
Art. 325	PECULADO	1066
Art. 326	PECULADO POR CULPA	1072
Art. 327	CONCUSIÓN	1073
Art. 328	NEGOCIACIONES ILÍCITAS	1075
Art. 329	EXACCIÓN	1078
Art. 330	COHECHO PROPIO	1080
Art. 331	COHECHO IMPROPIO	1087
Art. 332	MALVERSACIÓN	1088
Art. 333	ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO	1090
Art. 334	INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE REGISTROS O DOCUMENTOS PÚBLICOS	1093
 CAPÍTULO III	 DE LOS DELITOS COMETIDOS POR PARTICULARES	
Art. 335	COHECHO ACTIVO	1099
Art. 336	TRÁFICO DE INFLUENCIAS	1101
Art. 337	RESISTENCIA	1104
Art. 338	DESOBEDIENCIA DE PARTICULARES	1107
Art. 338-A	DESOBEDIENCIA EN CASO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR	1109
Art. 339	DESACATO	1111
 TÍTULO XVII	 DELITOS RELATIVOS AL SISTEMA CONSTITUCIONAL Y LA PAZ PÚBLICA	
 CAPÍTULO I	 DE LOS DELITOS RELATIVOS AL SISTEMA CONSTITUCIONAL	
Art. 340	REBELIÓN	1114
Art. 341	SEDICIÓN	1118
Art. 342	PROPOSICIÓN, CONSPIRACIÓN Y APOLOGÍA PARA COMETER REBELIÓN O SEDICIÓN	1120
 CAPÍTULO II	 DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PAZ PÚBLICA	
Art. 343	ACTOS DE TERRORISMO	1121
Art. 344	PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN PARA ACTOS DE TERRORISMO	1124
Art. 345	AGRUPACIONES ILÍCITAS	1126
Art. 346	TENENCIA, PORTACIÓN O CONDUCCIÓN DE ARMAS DE GUERRA	1132
Art. 346-A	FABRICACIÓN, PORTACIÓN, TENENCIA O COMERCIO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO O EXPLOSIVOS CASEROS O ARTESANALES	1137

Art. 346-B	TENENCIA, PORTACIÓN O CONDUCCIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO	1139
Art. 347	COMERCIO ILEGAL Y DEPÓSITO DE ARMAS	1143
Art. 348	DESORDENES PÚBLICOS	1144
Art. 349	APOLOGÍA DEL DELITO	1147

TÍTULO XVIII DELITOS RELATIVOS A LA EXISTENCIA, SEGURIDAD Y ORGANIZACIÓN DEL ESTADO

CAPÍTULO ÚNICO

Art. 350	ATENTADOS CONTRA LA INTEGRIDAD Y EXISTENCIA DEL ESTADO	1149
Art. 351	ATENTADOS CONTRA LA UNIDAD NACIONAL	1151
Art. 352	TRAICIÓN	1153
Art. 353	INTELIGENCIA CON ESTADO EXTRANJERO	1155
Art. 354	PROVOCACIÓN DE GUERRA, REPRESALIAS O ENEMISTAD INTERNACIONAL	1157
Art. 355	REVELACIÓN DE SECRETOS DE ESTADO	1160
Art. 356	ESPIONAJE	1162
Art. 357	SABOTAJE	1165
Art. 358	INFIDELIDAD EN NEGOCIOS DE ESTADO	1169
Art. 359	VIOLACIÓN DE TRATADOS, TREGUAS, ARMISTICIOS O SALVOCONDUCTOS	1171
Art. 360	VIOLACIÓN DE INMUNIDADES DIPLOMÁTICAS	1173

TÍTULO XIX DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD

CAPÍTULO ÚNICO

Art. 361	GENOCIDIO	1175
Art. 362	VIOLACIÓN DE LAS LEYES O COSTUMBRES DE GUERRA	1178
Art. 363	VIOLACIÓN DE LOS DEBERES DE HUMANIDAD	1181
Art. 364	DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS	1183
Art. 365	DESAPARICIÓN FORZADA COMETIDA POR PARTICULAR	1185
Art. 366	DESAPARICIÓN DE PERSONAS PERMITIDA CULPOSAMENTE	1186
Art. 367	COMERCIO DE PERSONAS	1187
Art. 367-A	TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS	1190
Art. 367-B	TRATA DE PERSONAS	1195

TÍTULO XX DELITOS DE CARÁCTER INTERNACIONAL

CAPÍTULO ÚNICO

Art. 368	PIRATERÍA.....	1196
Art. 369	PIRATERÍA AÉREA.....	1200
Art. 370	ORGANIZACIONES INTERNACIONALES DELICTIVAS	1201

LIBRO TERCERO

PARTE ESPECIAL

LAS FALTAS Y SUS PENAS

TÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

Art. 371	REGLAS DE APLICACIÓN	1203
Art. 372	PERDÓN JUDICIAL	1204

TÍTULO II

CAPÍTULO I FALTAS RELATIVAS A LA VIDA, A LA INTEGRIDAD Y A LA LIBERTAD PERSONAL

Art. 373	VENTA ILEGAL DE ABORTIVOS	1207
Art. 374	ANUNCIO DE MEDIOS ABORTIVOS	1208
Art. 375	LESIONES Y GOLPES	1209
Art. 376	AMENAZAS LEVES	1211

CAPÍTULO II FALTAS RELATIVAS A LA PREVENCIÓN DE DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL

Art. 377	PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS (DEROGADO)	1214
Art. 378	EXPLOSIONES PELIGROSAS	1214

CAPÍTULO III FALTAS RELATIVAS AL PATRIMONIO

Art. 379	HURTO	1217
Art. 380	ESTAFA	1218
Art. 381	DAÑOS	1218
Art. 382	APROPIACIÓN IRREGULAR.....	1219
Art. 383	TENENCIA INJUSTIFICADA DE GANZUAS O LLAVES FALSAS	1221
Art. 384	FABRICACIÓN, VENTA O ENTREGA DE LLAVES O GANZUAS	1222

Art. 385	VENTA O ENTREGA DE INSTRUMENTOS APTOS PARA ABRIR CERRADURAS	1224
Art. 386	APERTURA INDEBIDA DE CERRADURAS	1225
Art. 387	ADQUISICIÓN DE COSAS DE ORIGEN SOSPECHOSO (DEROGADO)	1226
Art. 388	OBJETOS DE ILEGÍTIMA PROCEDENCIA	1226

CAPÍTULO IV FALTAS RELATIVAS A LA FAMILIA, BUENAS COSTUMBRES Y AL DECORO PÚBLICO

Art. 389	INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA MORAL	1228
Art. 390	SUMINISTRO INDEBIDO DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS	1231
Art. 391	SUMINISTRO INDEBIDO DE PRODUCTOS INDUSTRIALES O FARMACÉUTICOS	1232
Art. 392	ACTOS CONTRARIOS A LAS BUENAS COSTUMBRES Y AL DECORO PÚBLICO	1235

CAPÍTULO V FALTAS RELATIVAS AL ORDEN Y TRANQUILIDAD PÚBLICA

Art. 393	INOBSERVANCIA DE LAS PROVIDENCIAS DE LA AUTORIDAD	1245
Art. 394	USO INDEBIDO DE INSIGNIA O CONDECORACIÓN	1247
Art. 395	PERTURBACIÓN DE LOS LUGARES EN QUE SE EJERCEN FUNCIONES PÚBLICAS	1248
Art. 396	MENOSPRECIO A LOS SÍMBOLOS PATRIOS	1250
Art. 397	PERTURBACIÓN DE LA TRANQUILIDAD PÚBLICA O PRIVADA	1251
Art. 398	PELIGRO DE LA SEGURIDAD DE LAS PERSONAS	1258

CAPÍTULO VI FALTAS RELATIVAS AL RESPETO DE LOS DIFUNTOS

Art. 399	VIOLACIÓN DE SEPULCROS	1261
Art. 400	PROFANACIÓN DE SEPULCROS	1262
Art. 401	MENOSPRECIO DE CADÁVERES	1263
Art. 402	PERTURBACIÓN DE UN FUNERAL O SERVICIO FÚNEBRE	1264
Art. 403	SUSTRACCIÓN O APODERAMIENTO DE CADÁVERES ..	1265

TÍTULO FINAL DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Art. 404	PROCESOS PENDIENTES	1266
Art. 405	SENTENCIAS EJECUTORIADAS	1268
Art. 406	RÉGIMEN ESPECIAL DE MENORES	1271
Art. 407	LEY MÁS FAVORABLE	1272

Art. 408	DISPOSICIÓN FINAL. DEROGATORIA	1272
Art. 409	VIGENCIA	1272

REFORMAS.

Bibliografía referida en los comentarios de los artículos 1 al 127 CP.

Referencias bibliográficas correspondientes a las Notas de Actualización de los artículos 128 al 205 CP.

Bibliografía referida en las Notas de Actualización de los artículos 207 al 302 CP.

Bibliografía referida en las Notas de Actualización de los artículos 303 al 367-A CP.

CAPÍTULO III

OTROS ATAQUES A LA LIBERTAD SEXUAL

165

Art. 8.- Refórmase el Art. 165, así:

“ACOSO SEXUAL

“El que realice conducta sexual indeseada por quien la recibe, que implique frases, tocamiento, señas u otra conducta inequívoca de naturaleza o contenido sexual y que no constituya por sí sola un delito más grave, será sancionado con prisión de tres a cinco años.

El acoso sexual realizado contra menor de quince años, será sancionado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

619

Si el acoso sexual se realizare prevaliéndose de la superioridad originada por cualquier relación, se impondrá además una multa de cien a doscientos días multa.”

El inciso primero del artículo define como delito de acoso sexual la realización de actos no deseados de inequívoco carácter sexual, actos que, por exclusión de los castigados en el delito de violación o en el de agresión sexual, no deben ser logrados mediante el uso de la violencia.

No hay diferencia con los delitos mencionados en cuanto al bien jurídico protegido ni en cuanto a los sujetos intervinientes.

Se ha dicho que el principal problema de esta clase de delitos es imaginar qué hechos son los castigados, pues es difícil pensar casos en los que el sujeto activo logre implicar a otra persona, contra la voluntad de esta, en un contexto sexual, sin emplear violencia y sin que el sujeto pasivo sea menor de edad, esté enajenado o inconsciente o impedido de resistir. Parece que el tipo del inciso primero queda reservado a los abusos sorpresivos o aquellos realizados con motivo de la concurrencia de gran cantidad de personas o en las aglomeraciones, aunque, para no exacerbar el castigo de conductas irrelevantes,

solo deberán castigarse por este precepto, aquellos de estos comportamientos que, racionalmente, aparezcan como graves.

Tanto la referencia a los tocamientos como la descripción de la conducta, que hace mención a conductas realizadas por el sujeto activo y recibidas por el sujeto pasivo, parece indicar que es preciso el contacto físico entre los sujetos implicados.

El inciso segundo castiga, de modo agravado, la realización de la conducta sancionada en el primer inciso respecto de un sujeto pasivo menor de doce años. Esto significa que, bajo la aplicación del precepto, caen los actos sexuales no deseados por el sujeto pasivo menor de doce años, distintos del acceso vaginal o anal y no logrados por el sujeto activo mediante el uso de la violencia, pero no se castigan por aplicación de este precepto los actos deseados por el sujeto menor de doce años, ya que el acoso sexual sanciona actos indeseados. De esta manera se vienen a castigar los supuestos distintos del acceso carnal vaginal o anal, hechos castigados en el artículo 159 y distintos de cualquier otro hecho sexual violento, supuestos castigados en el artículo 161, siempre que tengan objetivo carácter sexual y que el sujeto pasivo no los desee.

620 El inciso tercero castiga el acoso sexual con prevalimiento de la situación de superioridad del sujeto activo, originada en cualquier relación. A diferencia del artículo 164, que castiga el acceso carnal vaginal o anal por prevalimiento, aquí no se establece ninguna limitación en cuanto a la edad del sujeto pasivo, por lo que se viene a sancionar la realización de cualquier conducta objetivamente sexual, incluso el acceso carnal con persona mayor de dieciocho años, no deseada por el sujeto pasivo, lograda mediante el prevalimiento de la situación de superioridad del sujeto activo.

JURISPRUDENCIA.

“...acoso sexual, ... se extrae que la víctima de éste delito se encontraba dormida, por tanto privada de su voluntad, incapacitada para poder expresar libre, espontánea y voluntariamente su deseos o preferencias, por lo que ... el comportamiento atribuido al imputado en el presente hecho, no se adecua a dicha figura penal descrita en el Art. 165 Código Penal donde se estipula que la propia víctima del hecho tiene que tener una participación necesaria de “No aceptación de las conductas sexuales del sujeto activo” y ya se estableció que una persona que se encuentre privado de su voluntad por estar éste dormida no puede expresar si acepta desea dichas conductas. habiéndose ... establecido ... que la intención del sujeto activo del delito era tener relaciones sexuales con la víctima, pues este se despojo de su ropa y yacía sobre la propia víctima rozándole la vulva... el suscrito consideró... cambiar la calificación jurídica ... a Violación en menor o incapaz en grado de tentativa.” (T.S. La Unión, 26-04-01)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Tomando en cuenta el carácter residual de esta conducta resulta difícil hacerlo aplicable. Con el acto sexual diverso hemos de diferenciarlo partiendo de que éste requiere engaño; también hemos de buscar una frontera con la falta prescrita en el Art. 392 No. 4 que dice “El que aprovechándose de aglomeraciones públicas o del descuido de quien transita por las calles o lugares públicos realizare tocamientos impúdicos.

Este tipo de figuras delictivas deben interpretarse conforme la evolución de la realidad; su gravedad conlleva una buena dosis de relativismo; por lo anterior algunos actos realizados que en alguna época encajaban perfectamente en el tipo hoy puede que no lo sean, variante que también puede darse en atención al ambiente social en que se encuentre el sujeto activo.

166

ACTO SEXUAL DIVERSO**621**

El que realizare mediante engaño con persona entre catorce y dieciséis años de edad, cualquier acto sexual diverso del acceso carnal, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

Si el acto sexual diverso se realizare con persona entre doce y catorce años de edad, aún con su consentimiento, la sanción será de uno a tres años de prisión.

El artículo opera como precepto subsidiario del artículo 163, respecto del cual la única diferencia es la clase de conducta sexual realizada por el sujeto activo, que en aquel artículo es el acceso carnal vaginal o anal, y en este es cualquier acto distinto, siempre que, objetivamente, tenga naturaleza sexual, por lo que, salvo en este aspecto, nos remitimos al comentario realizado respecto del artículo 163.

167

CORRUPCIÓN DE MENORES E INCAPACES

El que promoviere o facilitare la corrupción de una persona menor de dieciocho años de edad o de un deficiente mental, mediante actos sexuales diversos del acceso carnal, aunque la víctima consintiere participar en ellos, será sancionado con prisión de dos a seis años.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

622

Es la indemnidad o integridad sexual de los menores de edad y de los deficientes mentales. Hay acuerdo general en que estas personas, cuando son menores, para lograr un adecuado proceso de educación, maduración y socialización, no deben ser sometidos a conductas de significación sexual cuando su desarrollo, experiencias y capacidades no les permiten enfrentarse a ellas, comprender su significado e integrarlas en su estructura personal, tanto más cuando no se trata de actos sexuales, sino de actos de corrupción y, cuando son deficientes mentales, no deben servir para satisfacer apetitos sexuales de otros.

B) SUJETOS

El sujeto activo puede ser cualquier persona, hombre o mujer, pero sujeto pasivo sólo puede ser una persona, hombre o mujer, menor de dieciocho años cumplidos, o un deficiente mental. A la vista de la regulación de los anteriores artículos, es en sede de este precepto, integrado con el siguiente, donde deben castigarse los actos sexuales distintos del acceso vaginal y anal realizados con menores de doce años con su consentimiento.

C) CONDUCTA TIPICA

Consiste en promover o facilitar. Promover significa iniciar, incitar, invitar, y facilitar es remover los obstáculos, pudiendo consistir en poner los medios, los locales o las condiciones para la corrupción.

Esta promoción o facilitación tiene que dirigirse a la corrupción del sujeto pasivo. Esta corrupción significa llevar al menor o deficiente mental a un trato carnal inadecuado, por la incapacidad de esta persona para asumir los actos sexuales, por su corta edad o

por su deficiencia, y el término corrupción en este ámbito evoca la idea de fomento de la vileza.

La promoción o facilitación tiene que ser realizada por cualquier medio que no sea la realización de acceso carnal, acto que, si concurren los elementos típicos, será constitutivo de violación, agresión sexual o estupro.

Es indiferente que el sujeto pasivo ya estuviera corrompido o no, en el sentido de que se hubiera visto implicado con anterioridad en actos de esta naturaleza, así como que se contara o no con el consentimiento del sujeto pasivo, ya que la falta de capacidad y de formación del sujeto pasivo le impiden decidir con plena libertad frente a lo que se le ofrece con facilidad. La norma no exige que el sujeto activo se dedique habitualmente a esta actividad, por lo que ya una sola acción es punible.

Es igualmente indiferente, habiendo delito en ambos casos, que el sujeto activo busque satisfacer sus propios fines lascivos o los de otro.

D) TIPO SUBJETIVO

El dolo del sujeto activo debe abarcar, aunque sea con dolo eventual, la menor edad o la deficiencia mental del sujeto pasivo.

623

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Basta la realización de los actos de promoción o facilitación para la consumación del delito, sin que sea preciso que el sujeto pasivo sea efectivamente corrompido. Si los tales actos no llegan a completarse, cabe el castigo mediante la tentativa.

F) CONCURSOS

Existirán tantos delitos como personas cuya corrupción se promueva o facilite.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

En otras legislaciones se establece la no punibilidad en caso de que la persona menor sea corrupta, regulándose sólo la promoción de la corrupción⁷¹.

En nuestra legislación la situación cambia en razón de que la figura del favorecimiento en alguna medida supone que la corrupción es un aspecto existente en el menor; en el

fondo esta disposición protege al menor que por alguna circunstancia puede cambiar positivamente su vida, resultado que se vería afectado con el favorecimiento.

En el marco del tipo caben conductas como el sadismo, necrofilia, zoofilia.

Fase de ejecución del delito.

Constituye un delito de peligro abstracto, no requiriendo por ende una corrupción efectiva, basta con que el peligro que se dé.

Concursos.

Aunque en cronología puede preceder a la violación o a la agresión sexual hemos de decir que el concurso es factible atendiendo a los alcances de cada uno; la violencia sexual deja un efecto lesivo que no coincide con la corrupción de menores; el primero trasciende a lo físico y moral, el segundo trasciende a generar un cambio en la personalidad, en la percepción acerca del sexo, en síntesis al desarrollo psicológico sexual, secuela que no necesariamente produce la violación en palabras de Breglia se produce “una alteración o modificación psíquica con incidencia en la personalidad sexual de una persona, que es distorsionada y sacada del cauce natural de desarrollo...”⁷²

624 Se inclinan por el concurso: Trejo⁷³; otros estiman que no hay concurso Creus⁷⁴.

“En este delito la acción recae directamente sobre la psique del sujeto pasivo, pues lo que dirige la voluntad del autor es el propósito de “promover la corrupción” de la víctima (lo que no abarca -aunque pueda suceder- la posibilidad de daños físicos, aparte de los psicológicos, a raíz del hecho corruptor). Aquí el contacto físico entre sujeto activo y pasivo no es indispensable para constituir el tipo penal, sino que es un suceso contingente, en tanto es una de las posibles formas que pueden asumir los actos de naturaleza perversa, prematura o excesiva de que se vale el agente para promover la corrupción, sin que tampoco sea necesario que se produzca efectivamente la corrupción del ofendido -como resultado material- para configurar el tipo, pues es un delito de peligro abstracto. En la corrupción el comportamiento deberá ser “perverso, prematuro o excesivo”, correspondiendo al juzgador interpretar y designar con precisión, el significado de cada uno de los elementos normativo-culturales del tipo y los hechos o circunstancias particulares que en cada caso concreto, le dan contenido a esas expresiones.

La promoción típica se logra a través de actos sexuales, los cuales son hechos, comportamientos o acciones materiales (por ejemplo actos de bestialidad, sadismo, sodomía, coito, sexo oral, etc.) o intelectuales (enseñanzas, consejos, exposiciones de imágenes, etc.) de significación sexual que el autor realiza con la víctima o que ejecuta

solo o con un tercero ante ella, objetivamente eficaces o aptos para promover la corrupción y que, según la descripción típica, deben ser perversos, prematuros o excesivos (la promoción puede producirse por un acto único o por una reiteración de actos, pues hay unidad de acción y única lesión si en un corto tiempo se realizan varios actos de estas características sobre el sujeto pasivo).

En la Corrupción de menores se tutela el desarrollo psicológico-sexual espontáneo, natural y sano de las personas (por eso se dispone en el tipo que el hecho no es punible si la persona menor ya es corrupta, aunque varios autores cuestionan esta excepción).

El “acto sexual” a que alude la Corrupción de Menores como medio de su promoción, es un concepto mucho más amplio que la acción de violar o de abusar deshonestamente, pues comprende también los accesos carnales o abusos consentidos por la víctima, pero además puede abarcar otros actos que ni siquiera requieren contacto físico entre los sujetos activo y pasivo sino que son meramente intelectuales, como las enseñanzas, consejos, exhibición de materiales pornográficos, etc., tendientes a producir en la víctima la propensión a depravar su conducta sexual. Además estos actos sexuales son nada más que los medios por los cuales se promueve la corrupción, que es la acción típica de este delito.

625

La tentativa o consumación del delito de Violación excluyen el de Abuso Deshonesto, atendiendo al plan del autor... el concurso es aparente. Sin embargo, es posible el concurso material entre estos dos delitos cuando no existe unidad de acción.

168

CORRUPCIÓN AGRAVADA

La pena será de cuatro a ocho años de prisión, si la corrupción de menores se realizare:

- 1) En víctima menor de doce años de edad;**
- 2) Con propósito de lucro;**
- 3) Mediante engaño, violencia, abuso de autoridad o confianza, o por cualquier otro medio de intimidación; y,**
- 4) Por ascendiente, adoptante, hermano, encargado de la educación o guarda de la víctima.**

626 El presente precepto castiga el mismo delito del artículo anterior, pero imponiendo pena agravada cuando concorra alguno de los elementos típicos específicos en él mencionados. La concurrencia de todos los elementos no da lugar más que a la comisión de un sólo delito, bastando un sólo elemento para la aplicación de la pena agravada, al ser un tipo mixto alternativo, siempre que haya un solo sujeto pasivo.

Todos los términos que suponen la agravación son perfectamente comprensibles y sólo es necesario comentar la mención a cualquier medio intimidatorio, incluyéndose a toda amenaza, directa o indirecta y a cualquier medio similar.

El dolo del sujeto activo tiene que abarcar la producción del elemento a aplicar.

En el supuesto de que se haya llegado a realizar actos sexuales, el hecho, según las circunstancias, será punible por aplicación de los tipos contemplados en los preceptos anteriores.

169

INDUCCIÓN, PROMOCIÓN Y FAVORECIMIENTO DE LA PROSTITUCIÓN

El que indujere, facilitare, promoviere o favoreciere la prostitución de persona menor de dieciocho años, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.

Cuando cualquiera de estas modalidades se ejecutare prevaleándose de la superioridad originada por cualquier relación, se impondrá además una multa de cincuenta y cien días multa.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es el ya comentado con anterioridad: la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores.

B) SUJETOS

627

El sujeto activo y el sujeto pasivo pueden ser tanto hombres como mujeres, pero el sujeto pasivo tiene que tener menos de dieciocho años cumplidos.

En el supuesto en que entre el sujeto activo y el sujeto pasivo existiera una relación de superioridad de cualquier clase y la conducta haya sido realizada por aquel con prevalimiento de la misma, la pena se eleva de conformidad con lo previsto en la parte final del precepto. Esta relación de superioridad es cualquiera, como la dependencia laboral, la económica de cualquier clase, la docente y toda otra, siempre que no implique el uso de violencia, que llevaría a la aplicación de otro precepto. Como se ha observado reiteradamente, en realidad no hay dos personas que se encuentren en la misma situación en la vida, por lo que siempre una es superior a otra, no siendo esto suficiente y siendo preciso que esta situación debilite la libertad de decisión del sujeto pasivo y que, el sujeto activo, siendo consciente de ello, lo aproveche para la consecución de sus fines.

C) CONDUCTA TIPICA

Se castiga inducir, facilitar, promover o favorecer la prostitución.

La inducción se define en el artículo 35 del Código Penal y es tanto como llevar al sujeto a la realización de la prostitución. Los conceptos de facilitar y promover ya han sido explicados al comentar el artículo 167. Favorecer es lo mismo que prestar apoyo, dar patrocinio a algo, mediar en su favor. En todos los casos la acción del sujeto activo debe significar un acto directo y relevante para la prostitución del sujeto pasivo.

La prostitución es la realización de actos sexuales de cualquier clase mediante retribución.

Es indiferente que el sujeto pasivo preste su consentimiento, por cuanto el mismo carece de validez.

D) TIPO SUBJETIVO, FASES DE EJECUCION DEL DELITO Y CONCURSOS

Son idénticos a los de los dos artículos anteriores.

JURISPRUDENCIA.

628

“1º) Inducción: Que consiste ejecutar actos para lograr que una mujer menor de dieciocho años, se inicie como prostituta o facilitarle la prostitución, privando en el actor el ánimo de lucro o por satisfacer los deseos erótico - sexuales de otro, una vez que la mujer se inicie en esta clase de actos o al iniciarse en los mismos. Dichos actos pueden consistir en expresiones habladas o escritas o acciones similares de parte del sujeto activo hacia el pasivo, para inducirla a practicar actos erótico-sexuales con el actor o con otra persona. El ánimo de lucro puede consistir en una ventaja económica, promesa remuneradora o pago que le haga o espere de otro; consumándose el delito, cuando se logra tal propósito, o sea cuando éste otro realiza el acto erótico-sexual. 2º) Promoción: Es la ayuda a la prostitución y reviste dos formas: a) El sostener económicamente o dirigir, ya sea administrando por cuenta propia o en forma ostensible o encubierta, una casa o negocio que se dedique a la prostitución; y b) La conducta o rufianismo demostrado por dedicarse habitualmente a facilitar la prostitución de mujeres menores de dieciocho años; y 3º) Favorecimiento: Es la explotación de la prostitución consiste en hacerse mantener, total o parcialmente, con las ganancias ilegítimas y provenientes del comercio carnal de una o varias mujeres, dedicadas a esta clase de actividades.” (T.S. La Unión, 20-06-00)

Los hechos fueron calificados como Inducción, Promoción y Favorecimiento a la Prostitución ...; debiendo entenderse por favorecimiento de la prostitución el hecho de intermediar, actuar de alcahuete, proxeneta o tercero en el tráfico carnal, o crear ambiente o condiciones propicias para ese tráfico; facilitar la prostitución implica proporcionar medios, local, discreta publicidad u otros condicionamientos que permitan el logro de

carnales apetencias propias o de un tercero, ...; así mismo debemos entender por prostitución el tráfico habitual que una persona hace de su cuerpo, subordinando a un lucro sus relaciones sexuales. (T.S. Ahuachapán, 22-03-00)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

La prostitución implica una actividad mas o menos cotidiana consistente en la prestación de servicios de naturaleza sexual a cambio de una prestación de contenido económico. Se indica que inducir equivale a impulsar, animar, convencer; facilitar es allanar obstáculos, proporcionar medios y formas; promover como sinónimo de inducir y equivale a estimular el inicio de algo; favorecer es ayudar o auxiliar para que se produzca algo. La diversidad de verbos (indujere, facilitare, promoviere, favoreciere) permiten encajar en este tipo conductas incluso cuando la persona menor ya ejerce la prostitución; una persona menor no por el hecho de ejercer la prostitución deja de estar protegida.

La disposición legal por la amplitud de conductas incluye supuestos adecuables a las formas de participación: complicidad, inducción.

El inciso segundo tiene su fundamento en el hecho de que los sujetos activos generan sobre los menores o incapaces cierta confianza que facilita la atracción al ámbito de la prostitución.

629

Consumación.

Se discute cual es momento pues un sector de la doctrina se inclina por considerar que se consuma por la mera actividad, no siendo necesario que efectivamente se realicen actos de prostitución⁷⁵.

169-A

Art. 13.- Adiciónase el Art. 169-A, así:

“REMUNERACIÓN POR ACTOS SEXUALES O ERÓTICOS

El que pague o prometa pagar con dinero u otra ventaja de cualquier naturaleza a una persona menor de dieciocho años o una tercera persona para que la persona menor de edad ejecute actos sexuales o eróticos, será sancionado con una pena de tres a ocho años de prisión.”

170

Art. 14.- Refórmase el Art. 170, así:

“DETERMINACIÓN A LA PROSTITUCIÓN

El que determinare, coactivamente o abusando de una situación de necesidad, a una persona para que ejerciere la prostitución o se mantuviere en ella, será sancionado con prisión de seis a diez años.

La pena de prisión será de ocho a doce años cuando la víctima fuere menor de dieciocho años de edad.

Cuando cualquiera de estas modalidades fuere ejecutada prevaleiéndose de la superioridad originada por cualquier relación, la pena se agravará hasta en una tercera parte del límite máximo.”

630 A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

A diferencia de lo afirmado en anteriores preceptos, el bien jurídico aquí protegido es la libertad sexual, ya definida en los primeros artículos del Título pues la conducta típica supone la abolición de esa libertad, si el sujeto activo emplea la coacción, o supone su limitación, en el resto de los casos.

B) SUJETOS

En el tipo básico inicial sujeto activo y sujeto pasivo puede ser cualquier persona, hombre o mujer, siempre mayor de dieciocho años, pues, de ser menor, procede la aplicación del inciso final, con su coherente pena agravada.

La definición del sujeto pasivo, unida a la de la conducta típica, hace que las conductas relacionadas con la prostitución voluntaria de personas mayores de edad hayan quedado destipificadas.

Al igual que en el inciso anterior, la existencia entre los sujetos de relaciones de superioridad de cualquier origen, junto al prevalimiento de ella, da lugar a la imposición de una pena objetivamente más grave mediante la acumulación de una pena pecuniaria,

que debe entenderse aplicable incluso cuando el sujeto pasivo tenga menos de dieciocho años.

C) CONDUCTA TIPICA

Es determinar a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, mediante alguna de las dos vías tipificadas: uso de coacción o mediante abuso de una situación de necesidad.

La determinación coactiva supone vencer la voluntad contraria del sujeto pasivo mediante la violencia, física o moral, incluyendo las amenazas, lo que, como ya se ha dicho, implica completa abolición de esa voluntad, siendo lo mismo que obligar a otro a prostituirse, mientras que cuando la determinación se consigue mediante el abuso de una situación de necesidad, no se produce tal abolición, sino un condicionamiento hasta tal punto importante que hace inválido el consentimiento. La idea de necesidad implica la existencia de carencias relativas a aspectos esenciales del sujeto pasivo. No basta con la existencia de estas carencias y con la imposibilidad del sujeto pasivo de hacerles frente, además la comisión del delito reclama que el sujeto activo sea consciente de ello y lo use como palanca para inclinar la voluntad del sujeto pasivo a favor de la prostitución.

631

La ley contempla tanto la determinación al ejercicio de la prostitución como al mantenimiento en la misma, expresiones que no presentan necesidad de mayor explicación, por lo que se penan actos en relación con el inicio del sujeto en tal clase de vida, así como los producidos para la continuación de la anteriormente llevada.

D) TIPO SUBJETIVO

La conducta es intencional y sólo posible actuando el sujeto activo con dolo directo.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

El verbo determinar indica que la consumación tiene lugar cuando el sujeto pasivo realiza actos de prostitución, por lo que, si el sujeto activo ha coaccionado o abusado de la necesidad pero el sujeto pasivo no ha realizado la actividad sexual, el delito se encuentra en fase de tentativa.

F) CONCURSOS

El principal problema es saber si es posible castigar a quien realiza actos sexuales con el sujeto pasivo, siendo conocedor que éste ha consentido por haber sido coaccionado

o por haber sido explotada su necesidad. En los supuestos de coacción el hecho puede ser castigado por vía de la aplicación de los tipos de violación o de otras agresiones sexuales, pero el caso es mucho más difícil de resolver si se ha abusado de la situación de necesidad, aunque puede ser punible por vía del delito de acoso sexual con abuso de superioridad.

Si el sujeto pasivo ejerce voluntariamente la prostitución pero no desea ejercerla en concreto por cualquier razón con una persona, y se le fuerza a ello por alguna de las vías descritas en el precepto, también se comete este delito.

Si la retención en la prostitución se lleva a cabo privando de libertad al sujeto pasivo, este delito entra en concurso de delitos con el de detención ilegal.

170-A

Art. 15.- Adiciónase el Art. 170-A, así:

632 “OFERTA Y DEMANDA DE PROSTITUCIÓN AJENA

La mera oferta u ofrecimiento de servicios de prostitución ajena será sancionado con prisión de cuatro a ocho años.

La mera demanda o solicitud de servicios de prostitución, será sancionado con la misma pena del inciso anterior.”

171

Art. 16.- Refórmase el Art. 171, así:

“EXHIBICIONES OBSCENAS

El que ejecutare o hiciere ejecutar a otros actos lúbricos o de exhibición obscena, o indecorosa, en lugar público o expuesto al público o bien ante menores de dieciocho años de edad o deficientes mentales, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.”

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Al igual que en otros preceptos ya comentados, se trata de la indemnidad sexual de los menores, así como de la intangibilidad en esta esfera de los deficientes mentales, en aras, en los primeros, de lograr su adecuada educación sexual y su socialización correcta y, en los segundos, el respeto a su dignidad en este campo.

B) SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquiera.

Sujeto pasivo ha de ser menor de dieciocho años cumplidos o deficiente mental, en el sentido de persona a quien su situación mental no le permita comprender los actos de significación sexual y su trascendencia o determinarse libremente en relación a los mismos. Es indiferente su sexo.

C) CONDUCTA TIPICA

Admite dos posibilidades:

633

a) Ejecutar actos lúbricos o de exhibición obscena. El sujeto activo lleva a cabo un comportamiento que, en uno y otro caso, ha de tener objetivo carácter sexual y que, por su entidad, aunque se trate de un solo acto, o por su repetición, tengan entidad bastante para incidir sobre el bien jurídico protegido. Siempre y cuando se cumplan estos requisitos, es indiferente el resto de las circunstancias de los actos, como el momento, el lugar, la distancia o la ubicación. Por no afectar al bien jurídico protegido no es constitutivo de este delito el nudismo, como práctica social, el ser sorprendido involuntariamente realizando actos sexuales, o el hacer las necesidades en la vía pública, pero sí el mostrar voluntariamente los genitales a otras personas y actos de similar entidad.

Mostrar al sujeto pasivo material obsceno de cualquier clase da lugar al delito del artículo siguiente.

b) Hacer ejecutar los mismos actos a otro. Se trata de un supuesto de autoría mediata en el que, si se ha atacado la libertad sexual del autor directo, se dará lugar al correspondiente concurso de delitos.

D) TIPO SUBJETIVO

El sujeto activo debe ser consciente de la edad o situación mental del sujeto pasivo, así como de la objetiva significación sexual de los actos que ejecuta o hace ejecutar.

La Medicina suele describir la personalidad del exhibicionista, estrictamente considerado, como psicopática, lo que, en algún caso, puede dar lugar a limitación de su imputabilidad.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación se produce con la mera realización de los actos lúbricos o de exhibición obscena, sin que sea preciso que el sujeto pasivo se sienta afectado o alterado por ello, por lo que el delito es de mera actividad y la tentativa, aunque posible, será de difícil presentación.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

634 Por actos lúbricos se entiende equivalente a libidinosos o con un matiz sexual grosero; en cuanto al entendimiento de lo que es obsceno hay tendencia a considerar superada la idea de su vinculación con la impudicia o lo contrario a las buenas costumbres, más bien se le vincula a sensaciones de asco, repugnancia, excitación sexual, quedando incluido en este rubro la muestra de los órganos sexuales, prácticas masturbatorias.

No obstante lo expuesto en la interpretación de lo que es obsceno está de por medio la realidad social; debe considerarse los cambios en la manera de percibir los hechos, lo que en una época es obsceno probablemente hoy no lo sea.

Tipo subjetivo.

El aspecto subjetivo juega un papel decisivo, pues hay actos que objetivamente encajan en la descripción legal, pero al faltar el subjetivo se descarta la tipicidad, orinar en la vía pública puede responder a una situación de satisfacer necesidades fisiológicas, tomar el sol completamente desnudo en una azotea privada.

Autoría.

Cuando se alude a hacer ejecutar debe en su caso una forma de autoría de autoría mediata, como cuando se utiliza a un inimputable.

Concursos.

Si las actividades culminan con algún supuesto de tocamientos violentos o acceso carnal violento, habrá concurso de delitos⁷⁶ pero se ha entendido que cuando constituya el tránsito en torno al delito habrá concurso aparente de leyes.

Para una mejor delimitación de esta conducta cabe tener en cuenta la disposición relativa a la falta de Actos Contrarios a las Buenas Costumbres y al Decoro Público Referida en el Art. 393 No. 2 que dice así “El que en sitio público o expuesto a la vista de los demás ofendiere la decencia pública con sus desnudeces o por medio de palabras obscenas, gestos actitudes, cantares o exhibiciones indecorosas”

La diferencia estriba en que el delito está referido a sujetos pasivos determinados, es un grupo en concreto; por su parte la falta no se refiere a una persona determinada, no hay un sujeto pasivo determinado.

172

Art. 17.- Refórmase el Art. 172, así:

635

“PORNOGRAFÍA

El que por cualquier medio directo, inclusive a través de medios electrónicos, fabricare, transfiriere, difundiere, distribuyere, alquilar, vendiere, ofreciere, producir, ejecutar, exhibiere o mostrare, películas, revistas, pasquines o cualquier otro material pornográfico entre menores de dieciocho años de edad o deficientes mentales, será sancionado con prisión de tres a cinco años.

En la misma sanción incurrirá el que no advirtiere, de forma visible, sobre el contenido de las películas, revistas, pasquines o cualquier otro material, inclusive el que se pueda transmitir a través de medios electrónicos, cuando éste fuere inadecuado para menores de dieciocho años de edad o deficientes mentales.”

A) BIEN JURIDICO Y SUJETOS

Son los mismos que en el artículo anterior.

B) CONDUCTA TIPICA

Se trata de difundir, vender o exhibir el objeto material por una vía directa.

Difundir es dar mayor alcance a algo, vender es dar a cambio de precio y exhibir es mostrar, enseñar. Estas tres actividades tienen que ser realizadas de modo directo por el sujeto activo en relación con el sujeto pasivo: el sujeto activo ha de enseñar o vender o entregar las fotos, películas, relatos u otro material pornográfico a uno o más menores o deficientes mentales, siendo impunes los actos de preparación de la pornografía, siempre que su realización no implique a menores o deficientes mentales, hecho que se debe castigar mediante la aplicación del artículo 173, así como el realizar la difusión, venta o exhibición a mayores de edad con plena capacidad mental, aunque esta actividad se lleve a cabo públicamente, y, por tanto, de modo indirecto se encuentre al alcance de los sujetos pasivos de este delito. Por esto el tener a la venta material pornográfico no es constitutivo de delito, pues no se dirige de modo directo a menores o deficientes, sino en general a potenciales compradores.

C) OBJETO MATERIAL

636 Es el material pornográfico, concepto que es de muy difícil determinación.

En primer lugar, no caen dentro de este artículo, sino bajo la aplicación del precedente, las actuaciones personales de significación lasciva, siendo preciso en este caso, como indica la mención “material”, la existencia de alguna clase de soporte de esta naturaleza que fije los actos pornográficos. Es indiferente que se trate de libros, papeles, escritos, revistas, fotografías, dibujos, grabaciones de imagen o sonido o cualquier otro, debiendo incluirse las cada vez más extendidas actividades a través de la red informática, como Internet.

Se ha señalado reiteradamente que no basta que tal material y las representaciones que incorpore inciten sexualmente a los terceros, al ser esta una cuestión puramente subjetiva, siendo esencial que, valorada la totalidad de las circunstancias concurrentes, se pueda concluir que el material en cuestión carece de cualquier valor o trascendencia de naturaleza artística, científica, educativa o de otro aspecto que no sea el puramente lascivo.

D) TIPO SUBJETIVO

El sujeto activo debe tener conciencia de la naturaleza del material pornográfico, así como de que realiza la conducta respecto de las personas definidas en el sujeto pasivo.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

El hecho queda consumado con la efectiva difusión, venta o exhibición, siendo posibles casos de tentativa cuando, habiendo actos iniciales de las mismas, no se hayan concluido. No es preciso que el sujeto pasivo se sienta afectado o alterado.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Podría entenderse como representaciones de carácter sexual a través de escritos, objetos, medios audiovisuales, etc que tienen a provocar o excitar a terceros.

El alcance de la expresión pornografía a los efectos penales necesariamente ha de tener en cuenta aspectos normativos provenientes de la moral sexual social, la que sin llegar a la calidad de bien jurídico constituye una referencia imprescindible para el entendimiento del alcance⁷⁷, por lo anterior se alude a pornografía blanda y dura.

La lesividad de esta conducta debe implicar que con el material se busca excitar sexualmente; por ende quedan fuera aquellos materiales que aunque incluyen desnudeces o relaciones sexuales evidencian una intención educativa, médico o científico.

637

En la interpretación de esta disposición cabe tener en cuenta el Art. 392 No 7 CP. referente a la falta de Actos Contrarios a las Buenas Costumbres y al Decoro Público. "El que fabricare, vendiere, alquilaré películas, revistas, pasquines o cualquier literatura pornográfica a menores de dieciocho años."

El delito está referido a la venta a un menor en concreto por su parte la falta no se refiere a alguien en concreto.

173

Art. 18.- Refórmase el Art. 173, así:

“UTILIZACIÓN DE PERSONAS MENORES DE DIECIOCHO AÑOS E INCAPACES O DEFICIENTES MENTALES EN PORNOGRAFÍA

El que produzca, reproduzca, distribuya, publique, importe, exporte, ofrezca, financie, venda, comercie o difunda de cualquier forma, imágenes, utilice la voz de una persona menor de dieciocho años, incapaz o deficiente mental, sea en forma directa, informática, audiovisual, virtual o por cualquier otro medio en el que se exhiban, en actividades sexuales, eróticas o inequívocas de naturaleza sexual, explícitas o no, reales o simuladas, será sancionado con prisión de seis a doce años.

Igual sanción se impondrá a quien organizare o participare en espectáculos, públicos o privados, en los que se hace participar a las personas señaladas en el inciso anterior, en acciones pornográficas o eróticas.”

638

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es plenamente reproducible lo afirmado en los dos artículos precedentes respecto de los menores de edad. En este caso, a diferencia de los dos anteriores, en los que el menor era el destinatario de los actos lúbricos o la exhibición obscena, o de la pornografía, él es el actor en la misma, pero la afectación al bien jurídico protegido es la misma.

B) SUJETOS

El sujeto activo es común, y el sujeto pasivo es, exclusivamente, la persona de cualquier sexo que no tenga dieciocho años cumplidos. Es criticable que la protección no alcance a los deficientes mentales con la misma intensidad que está prevista para los menores de edad.

C) CONDUCTA TIPICA

Consiste en utilizar al sujeto pasivo con fines o en espectáculos exhibicionistas y pornográficos.

Utilizar es lo mismo que usar, en el sentido que tiene este verbo en relación con actividades humanas y, por tanto, significa hacer participar al sujeto pasivo en actos cuya finalidad sea la exclusiva excitación sexual o en espectáculos de la misma naturaleza, espectáculo que puede ser público en sentido usual, o destinado a un círculo más o menos restringidos de personas, siendo lo mismo que representación. Los conceptos de exhibicionismo y pornografía ya han sido comentados en los preceptos anteriores.

Es indiferente que el menor haya consentido o no, con la salvedad a la que se hará referencia a la hora de comentar los concursos.

D) TIPO SUBJETIVO

En concordancia con los demás casos en los que están implicados menores de edad, el sujeto activo tiene que ser consciente de la edad del sujeto pasivo.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Se trata de un delito de resultado, que es la participación del menor en los actos o espectáculos exhibicionistas o pornográficos, por lo que si se han iniciado los actos tendentes a lograrlo, pero no se ha llevado a cabo, procede la aplicación de la tentativa.

639

F) CONCURSOS

Si el sujeto activo ha logrado la implicación del menor mediante el uso de la violencia, o el engaño, o, en definitiva, la participación del sujeto pasivo en los actos o espectáculos constituye otro de los delitos sancionados en el Título, procede la aplicación del concurso ideal de delitos entre el ahora comentado y el que proceda según la conducta realizada.

173-A y 173-B

Art. 19.- Adiciónase el Art. 173-A y 173-B, así:

“POSESIÓN DE PORNOGRAFÍA

Art. 173-A.- El que posea material pornográfico en el que se utilice la imagen de personas menores de dieciocho años, incapaces o deficientes mentales, en actividades pornográficas o eróticas, será sancionado con pena de dos a cuatro años.

Art. 173-B.- Los delitos a que se refieren los Arts. 169 y 173 del presente Código, serán sancionados con la pena máxima correspondiente aumentada hasta en una tercera parte del máximo establecido de la pena y la inhabilitación del ejercicio de su profesión durante el tiempo que dure la condena, si cualquiera de las acciones descritas fuera realizada por:

640

- a) Ascendientes, descendientes, hermanos, adoptantes, adoptados, cónyuges, conviviente y familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo grado de afinidad;
- b) Todas las personas contempladas en el Art. 39 de este Código;
- c) La persona encargada de la tutela, protección o vigilancia de la víctima; y,
- d) Toda persona que prevaliéndose de la superioridad originada por relaciones de confianza, doméstica, educativa, de trabajo o cualquier otra relación.”

CAPÍTULO IV

DISPOSICIÓN COMÚN

174

INDEMNIZACIONES ESPECIALES

Los autores de los delitos a que se refieren los Capítulos I y II del presente Título, serán también condenados por vía de indemnización:

1) A sufragar todos los gastos en que hubiere incurrido la víctima en concepto de atención médica y psiquiátrica o psicológica; y,

2) A proveer a la víctima de manutención completa por el término de la incapacidad médica.

641

Los delitos contra la libertad sexual y, dentro de ellos, en especial, los de violación, agresiones sexuales y estupro, además de una profunda ofensa en los sentimientos más íntimos del sujeto pasivo, dejan frecuentemente secuelas precisadas de atenciones médicas, no sólo físicas, sino también psiquiátricas o psicológicas. La extensión de la responsabilidad a estas consecuencias del delito y a sus secuelas se deriva del propio artículo 115 del Código, pero la especial gravedad de las mismas en esta clase de delitos justifica esta mención expresa.

TÍTULO V

DELITOS RELATIVOS A LA SEGURIDAD PERSONAL

CAPÍTULO ÚNICO

DEL DEBER DE SOCORRO

175

OMISIÓN DEL DEBER DE SOCORRO

El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de tercero, será sancionado con multa de cincuenta a cien días multa.

642 En la misma pena incurrirá quien impedido de prestar socorro, no solicitare con urgencia auxilio ajeno.

Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a un año y multa de cincuenta a cien días multa.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Tradicionalmente se ha sostenido que era la solidaridad humana, entendida como valor que, en los casos de peligro para la vida o la integridad personal, obliga a todos los integrantes de la especie humana a realizar los actos posibles para disminuir el riesgo para esos bienes. Sin embargo, la falta de concreción de la idea de solidaridad y el hecho de que ésta es puesta en contacto con la vida y con la integridad de las personas debe llevar a considerar que el bien jurídico protegido es la propia vida o integridad en peligro de una persona.

B) TIPO BASICO: CONDUCTA PRINCIPAL

El inciso primero tipifica una conducta de pura omisión, cuya consumación, por tanto, no requiere la producción de ningún resultado, conducta que es de aplicación principal frente a la conducta del inciso segundo.

La conducta típica es no socorrer al sujeto pasivo, que debe encontrarse desamparado y en peligro manifiesto y grave.

Socorrer significa realizar cualquier actividad capaz de modificar la situación de peligro, bien porque éste se suprime completamente, bien porque se disminuye la gravedad del mal amenazante, bien porque se aleja su producción o, en fin, porque se lo hace menos probable. Por tanto, no hay delito de omisión del deber de socorro cuando ninguna acción del omitente hubiera podido disminuir el peligro, en los términos dichos, o suprimirlo. El auxilio prestado debe ser eficaz como conducta de socorro, aunque luego, por otros motivos, no consiga disminuir o suprimir el peligro, ya que la ley no exige evitar el resultado perjudicial, sino intentar seriamente, con conductas adecuadas, disminuirlo o evitarlo.

La víctima debe estar desamparada, debiendo entenderse que lo está la persona que no se puede prestar ayuda a si mismo ni la tiene de otras personas ni cuenta con recibirla. Además debe encontrarse en situación de peligro manifiesto y grave para su vida o integridad física, y para determinar si existe tal peligro es necesario juzgar todas las circunstancias de la situación para decidir si hay riesgo de males graves e importantes, que, además, debe ser patente, fácilmente percibible.

643

La comisión del delito requiere que la prestación de auxilio no suponga riesgo para el omitente o para otros, riesgo este que es distinto de una mera incomodidad y que debe revestir la suficiente entidad y trascendencia para justificar la conducta abstencionista del omitente.

El tipo subjetivo requiere que el sujeto activo tenga conocimiento de la situación en la que se encuentra el sujeto pasivo, y, por tanto, hace necesario un encuentro físico entre ambos sujetos o, por lo menos, que alguien reclame ayuda al sujeto activo.

C) TIPO BASICO: CONDUCTA SUBSIDIARIA

Se encuentra regulada en el inciso segundo del artículo, que contiene una conducta, también omisiva, que solo tendrá aplicación en defecto de la conducta del inciso primero.

El delito se comete previa la existencia de un presupuesto: el omitente no puede prestar auxilio por sí mismo o la prestación de tal auxilio supondría la asunción de riesgos desproporcionados. Existiendo esta situación, la ley exige que se demande urgentemente auxilio a otras personas, debiendo entenderse que esta demanda de auxilio debe ser eficaz en su ejercicio, aunque no lo sea en su resultado, por lo que debe ser dirigida a personas capaces de prestar tal ayuda. En lo demás, son de aplicación los comentarios realizados al primer inciso.

D) TIPO AGRAVADO

Se encuentra en el inciso tercero, que contiene un subtipo agravado de los incisos anteriores, por lo que, la aplicación de este tipo cualificado requiere que concurren todos los elementos del tipo básico y, además, los especiales del inciso que se comentan a continuación.

La agravación se fundamenta en el hecho de que es el propio omitente quien ha ocasionado por accidente la situación en la que se encuentra la víctima a la que no auxilia. Dentro del término accidente deben entenderse comprendidos tanto los supuestos de actuación fortuita cuanto los supuestos de actuación imprudente, en el sentido usual del término, por lo que sólo quedan excluidos los casos de actuación precedente dolosa.

El dolo de este subtipo supone que el sujeto activo sabe que una actuación suya, fortuita o imprudente, ha puesto en peligro a una persona, siendo un riesgo manifiesto y grave, estando tal persona en situación de desamparo, pese a lo cual, no habiendo riesgo, no ayuda, o, habiéndolo, no demanda ayuda.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Sólo es concebible el castigo de la infracción consumada, pues el delito de omisión no permite la existencia de tentativa.

F) CONCURSOS

La existencia del delito de omisión del deber de socorro es un límite al principio de la ingerencia en relación con la comisión por omisión. Quien, dolosamente, ha creado un riesgo para una persona y, pudiendo voluntariamente evitar que tal riesgo llegue a ser daño, no lo hace, incurre en el delito correspondiente en comisión por omisión, sin que exista responsabilidad por el delito de omisión del deber de socorro. Si por contra la creación del riesgo ha sido fortuita o imprudente, el hecho se castiga por aplicación de

la parte final del artículo 175, pero no existe responsabilidad respecto del resultado lesivo producido, pues no cabe imputar el mismo al sujeto activo, al no haber actuado dolosamente respecto de la creación del riesgo.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Ha sido cuestionado el tradicional fundamento solidaridad para la punición de este hecho, sobre la base de ser un concepto muy vago, así se alude a que refiere a determinados bienes: vida e integridad física según Muñoz Conde⁷⁸ dejándose por fuera otros como la libertad ambulatoria o la sexual. Por los problemas que puede haber de limitar la protección a la vida y la integridad física un sector sigue pregonando por la solidaridad⁷⁹.

En cuanto a los bienes a proteger no cabe duda que como mínimo está la vida o la integridad física; se estiman excluidos algunos como la propiedad, el patrimonio, y otros de naturaleza no personal; se discute la inclusión de algunos personalísimos como el honor, la libertad, la libertad sexual.

Se entiende que los bienes jurídicos objeto de protección lo serán a aquellos de naturaleza personalísima cuya puesta en peligro pueda darse sin la intervención típica de terceros, quedando por ende además de la vida e integridad física la libertad ambulatoria.

645

Pensamos que el concepto de grave es el norte en al interpretación de las conductas encajable en este tipo. Para el caso puede tratarse de la integridad física, pero si resulta que el hecho es de mínima gravedad no será punible la omisión; un caso de violencia sexual existirá mayor gravedad aunque el bien jurídico sea de menor entidad.

El peligro manifiesto indica refiere a que sea perceptible y cognoscible por la generalidad de las personas.

No interesa el origen del peligro, es decir si deriva de una acción humana o de un hecho natural.

El auxilio puede tener diversas formas: asistencia directa, traslado.

Al ser de omisión pura no requiere de un resultado, para el caso la muerte de la víctima por ejemplo; sobre la base de lo anterior no habrá de responder por la muerte.

La anterior idea también conduce a concluir de que es irrelevante que la víctima no resulte con daños graves en su salud; sobre la base de lo anterior se estima que debe de tratarse de un peligro objetivamente idóneo ser ex ante y no ex post⁸⁰; si el peligro se daba en la fase ex ante el delito se entiende cometido.

Si el resultado muerte se da con la imprudencia inicial, la huida constituye una tentativa idónea, ya no hay bien jurídico qué proteger, por lo que a nuestro juicio no hay punibilidad. Si el resultado muerte posteriormente se produce la situación cambia, pues si se dio el resultado inicial, y sabiendo la lesión de la víctima surge sobre la base de la injerencia el deber de garante, es decir de realizar las acciones tendientes a evitar cualquier resultado lesivo en la vida del afectado.

La expresión accidente para algunos refiere a los hechos imprudentes y fortuitos; para otros sólo a los fortuitos.

En el caso de un hecho originalmente doloso, el abandono ya constituye un hecho impune, en tanto que si el resultado se buscó desde un principio el mismo responderá el sujeto, claro siempre y cuando el resultado le sea imputable.

646 El concepto de desamparo debe interpretarse cuidadosamente, en el sentido que la sola presencia de un grupo numeroso de personas es insuficiente para descartar la tipicidad, pues se desconoce la voluntad y capacidad coadyuvante de las mismas.

Causas de Justificación.

El cumplimiento de un deber que conlleve mayor importancia puede generar un estado de necesidad y justificar la conducta.

La descripción penal alude a que la acción se realice sin riesgo propio ni de tercero, que en el fondo es una verdadera situación de no exigibilidad de otra conducta.

El riesgo a que alude la disposición debe entenderse como un riesgo físico; no un jurídico, por consiguiente amparado en este supuesto el temor a ser aprehendido penalmente como derivado de las lesiones en la víctima, no constituye un riesgo que excluya la tipicidad.

176

DENEGACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA

El que denegare asistencia sanitaria de la que se derivare riesgo grave para la salud de las personas, será sancionado con multa de cincuenta a cien días multa e inhabilitación especial de profesión u oficio de uno a dos años, si el autor realizare actividad médica, paramédica o sanitaria.

El artículo 176 contiene un tipo especial centrado en la denegación de asistencia sanitaria, cuyo contenido de injusto es el mismo que en el artículo precedente: el riesgo para la salud de las personas.

Aunque la referencia a la asistencia sanitaria puede hacer pensar que es un delito especial impropio, del que sólo pueden ser sujetos activos los profesionales de la sanidad, en realidad, es un delito común, pues no se restringe el círculo de los sujetos activos y sólo si realiza actividad médica, paramédica o sanitaria se prevé una pena de inhabilitación.

647

La conducta típica sigue siendo de omisión pura, consumándose la misma en el momento en el que se produce la denegación de la asistencia sanitaria, siempre que se derive grave riesgo para la salud de las personas, exigencia ésta que contiene el aspecto valorativo del tipo, que justifica su existencia como delito, más allá de la simple infracción de deberes. El peligro, que no se exige que sea patente o manifiesto, debe ser grave, lo que significa que revista trascendencia o relevancia para la salud de las personas, debiendo entenderse comprendida en la salud de las personas su vida y su integridad física. Así entendido el tipo contiene un delito de peligro concreto.

TÍTULO VI

DELITOS RELATIVOS AL HONOR Y LA INTIMIDAD

CAPÍTULO I

DE LA CALUMNIA Y LA INJURIA

177

CALUMNIA

El que atribuyere falsamente a una persona la comisión de un delito o la participación en el mismo, será sancionado con prisión de uno a tres años.

648 La calumnia realizada con publicidad será sancionada con prisión de dos a cuatro años.

Las calumnias reiteradas contra una misma persona serán sancionadas con prisión de dos a cuatro años y multa de cincuenta a cien días multa.

Si las calumnias reiteradas se realizaren con publicidad, la sanción será de dos a cuatro años y multa de cien a doscientos días multa.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido en los delitos de calumnia, difamación e injuria es el mismo, pues, en los tres casos, como dice la rúbrica del Título, se trata del honor. Este concepto, su protección y la valoración de los ataques contra el mismo que merezcan ser tenidos como delictivos son relativos y dependen de la situación en la que se produzcan los hechos, de las relaciones entre los intervinientes, de su grado de formación y de otros muchos factores.

El honor es un aspecto derivado de la dignidad humana y, por tanto, desde un punto de vista estático, todos los seres humanos tenemos el mismo derecho al honor, que deriva del derecho al reconocimiento de nuestra condición de persona, pero es imposible

cerrar los ojos al hecho de que el libre desarrollo de la personalidad y la diferente participación de las personas en la vida social dan al honor un aspecto dinámico que modula de forma distinta el respeto a las diferentes personas, por lo que el honor de unos puede ser diferente y los ataques contra él merecer diferente valoración en unos y otros casos.

Por honor se debe entender tanto el aspecto objetivo de la fama o reputación social, como opinión que se tenga de una persona en las diferentes esferas o estratos sociales en los que se desenvuelve, cuanto el aspecto subjetivo del honor, como propia estima, esto es, la conciencia que una persona tiene de si mismo y de sus cualidades.

B) SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquiera, al ser un delito común.

Solo puede ser sujeto pasivo la persona física, pues sólo el ser humano puede delinquir, aunque, como veremos en el artículo 182, no es imprescindible la abierta e indiscutible identificación del sujeto pasivo, con tal de que sea persona determinada o determinable.

C) CONDUCTA TIPICA

649

Es la falsa atribución de la comisión o participación en un delito del Código Penal o de las Leyes Especiales. Por tanto no constituye calumnia la falsa imputación de una falta, que dará lugar a otro delito contra el honor. Es indiferente que el sujeto activo califique jurídicamente o no los hechos que imputa falsamente, y, si lo hace, carece de relevancia que la calificación sea correcta o errónea. La imputación debe ser de hechos concretos y verosímil.

La atribución debe ser falsa, en el sentido objetivo que significa que no coincida lo imputado con lo ocurrido en verdad, pues, a la vista del artículo 183, inciso primero, no existe responsabilidad penal si el acusado de calumnia demuestra la veracidad de su imputación.

D) TIPO SUBJETIVO

El dolo del sujeto activo debe abarcar la falsedad de la atribución que realiza. Este dolo puede ser directo, cuando el sujeto es plenamente consciente de que el sujeto activo no ha cometido ni ha participado en el delito que le achaca, o puede ser dolo eventual, cuando el sujeto pasivo, sin estar plenamente seguro de si el sujeto pasivo ha cometido

o ha participado en el hecho delictivo que le atribuye, y aceptando que puede que no lo haya cometido ni participado en él, le imputa tales hechos.

Los supuestos de dolo eventual tienen especial relevancia porque, en la mayoría de los casos, es prácticamente imposible encontrar la verdad absoluta de un hecho, de modo que, exigir la total certeza de la verdad de una imputación puede llevar, en la práctica, a cercenar la libertad de información. Por tanto, para excluir el dolo eventual y, por tanto, el delito de calumnia, será necesario exigir a quien imputa la comisión de un delito el máximo celo dentro de sus posibilidades para verificar la exactitud de sus informaciones o de las fuentes de la misma, de forma que estas aparezcan como razonablemente verídicas.

E) SUBTIPOS CUALIFICADOS

Los incisos segundo a cuarto contienen agravaciones del tipo básico contenido en el inciso primero, resultantes de aplicar los conceptos de publicidad, de reiteración y la combinación de ambos. Al tratarse de tipos derivados del ya comentado, es imprescindible que concurren todos los elementos de éste.

650 El concepto de publicidad es el contenido en el artículo 181 y nos remitimos a su comentario.

El inciso tercero requiere que las calumnias se dirijan contra la misma persona y que sean reiteradas, lo que debe llevar a considerar si esta reiteración exige que se repita la imputación del mismo delito en varias ocasiones, si se castiga el hecho de que se imputen en diversas ocasiones diferentes infracciones delictivas o si se incurre en la pena agravada en uno y otro caso, debiendo entenderse que esta última posibilidad es la más aceptable, pues el incremento en la lesión para el bien jurídico protegido que determina el aumento de la pena está presente en uno y otro caso. Deberá entenderse que existe la reiteración en la imputación calumniosa cuando, en un plazo de tiempo lo suficientemente cercano como para no entender desligada una atribución de otra, se producen al menos tres de éstas.

El inciso final conjuga los dos motivos de agravación, exasperando la pena, aumento que sólo se justifica si cada una de las imputaciones reiteradas se ha cometido con publicidad.

F) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La calumnia se consuma cuando la atribución falsa llega a su destinatario y, así, si la atribución es verbal, cuando es escuchada por quienes están presentes, si se hace por carta, cuando ésta llega a su destinatario, si se realiza mediante la publicación en un periódico o revista, en la fecha de publicación de éstos. De este modo, aunque no hay problema técnico para la existencia de la tentativa, en los supuestos de calumnias verbales, ésta será prácticamente imposible.

G) CONCURSOS

El delito de acusación o denuncia calumniosa es especial respecto del de calumnia y, por tanto, de aplicación preferente. Si en un mismo hecho concurre la calumnia con la difamación o con la injuria, la calumnia consumirá a una y a otra. Ante la existencia del subtipo cualificado de calumnias reiteradas no será posible, en principio, aplicar el delito continuado.

H) JUSTIFICACION

El artículo 183 regula la exclusión de responsabilidad criminal al probar el acusado de calumnia la veracidad de la atribución realizada.

651

Son especialmente importantes los supuestos de cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, señaladamente, el de información, pero el Código Penal dedica expresamente a la cuestión el artículo 191, a cuyo comentario nos remitimos.

JURISPRUDENCIA.

Injurias por la prensa.

“El delito de injuria por la prensa se comete al publicar las ofensas en un medio de comunicación colectiva, sin necesidad de que el medio esté específicamente dirigido al ofendido, de conformidad con el artículo 7 de la Ley de Imprenta, a diferencia de lo que ocurre con la injuria prevista en el Código Penal que sí exige la contumelia, según su propia descripción típica. Precisamente lo que especializa la figura de injurias por la prensa de la injuria prevista en el Código Penal es el medio utilizado para realizar el hecho. El recurso desconoce esa especialidad que proviene de la naturaleza misma de los delitos de imprenta, pues los medios de comunicación colectiva no van dirigidos en forma específica a un solo usuario. En consecuencia, si bien el delito de injuria genérico previsto en el Código Penal exige que la ofensa se realice en presencia del agraviado

o por medio de una comunicación dirigida a ella, en la injuria por la prensa por su propia naturaleza tal cosa no constituye un requisito de tipicidad, al relacionar la Ley de Imprenta con la norma penal que integra el resto de la descripción típica de ese delito. De lo contrario nunca podría llegar a tipificarse ese delito utilizándose un medio de comunicación colectiva no obstante que la Ley de Imprenta lo incluye entre los delitos castigables. Por lo expuesto los hechos descritos en la sentencia como probados si tipifican el delito de injuria por la prensa aplicado por el juzgador. En consecuencia debe rechazarse el reclamo.” (S3 - CR - 31-08-93)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Nuestra Constitución establece el derecho al honor, de ahí su protección jurídico penal. La calificación delictual de un hecho contra el honor como delictivo requiere de un análisis cauteloso que ha de tomar en consideración la sensibilidad, el grado de formación, las relaciones entre el sujeto activo y el pasivo. Hay expresiones que en el marco de un contexto son insignificantes, pero que dadas en otro aunque con el mismo vocabulario si tiene relevancia penal.

652

Es más expresiones que épocas pasadas tenían un alto contenido ofensivo hoy resultan ser inocuas.

Cuando está de por medio la discusión en el derecho a la información debemos advertir que una cosa es afirmar la conducta de otra persona y otra es que en el ejercicio del periodismo se limite a dar cuenta de lo sucedido o escuchado, sin incluir opiniones de ninguna clase, por lo que en este último no se trata de una conducta delictiva.

Tentativa.

Tanto la calumnia, la difamación como la injuria se considera que puede perfilarse en grado de tentativa cuando se ejecutan por escrito; considerándose inviable en el supuesto de manifestaciones verbales.

Causas de justificación.

No se estima justificada la retorsión, es decir injuria del ofendido a quien anteriormente le injurió. Bajo la nominación “Injurias recíprocas” el Art. 189 del Código Penal de 1974 consideraba la posibilidad de que el juez eximiera de pena.

El cumplimiento del deber puede operar como cuando el testigo ante preguntas formuladas relata sobre la conducta de alguna persona; naturalmente que si miente lo que estará en discusión será la comisión del delito de Falso Testimonio, Art. 305 CP.

El cumplimiento del deber o ejercicio de un cargo puede justificar la expresión, como cuando se emiten juicios de valor, para el caso el ejercicio de la profesión de Abogado, o cuando se emiten declaraciones testificales o periciales para el caso.

En algún momento determinado puede darse el conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor de una persona, ambos constituyen derechos fundamentales en tanto son reconocidos por la Constitución (arts. 2 y 6), como en los convenios internacionales (artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Sabemos que la libertad de información se ha constituido en uno de los pilares de la democracia; si bien la libertad de información debe tener su campo, tampoco ello debe conducir a otorgarle una protección absoluta que conduzca a abusos en el ejercicio en el sentido anterior; ese conflicto entre derechos fundamentales sólo puede resolverse a favor del derecho al honor cuando se verifica un ejercicio abusivo de las libertades de información y de prensa, en el sentido anterior si no se perfila abuso alguno, sino por el contrario se actúa ejerciendo legítimamente las libertades de información y de prensa no hay delito.

653

Debe buscarse un adecuado equilibrio; en la medida que existe un sistema de frenos y contrapesos el ejercicio de un derecho no se convertirá en abuso de cuya acción derive en lesión arbitraria al honor de una persona.

Como caso de abuso cabe mencionar: divulgar datos falsos a sabiendas de que lo son; no tratar de conocer la versión del funcionario para ofrecer una información balanceada; que se le niegue al afectado sus derechos de rectificación y/o respuesta; que se trate de asuntos meramente privados o que no se relacionen con el cargo funcional; dar públicamente por cierto que la conducta es delictiva sin que haya sentencia judicial en esa dirección; que se tenga como intención únicamente el ofender a alguna persona lo que puede deducirse lo que podría deducirse del contexto en que se divulgue alguna información, la forma como se manejen fotografías o imágenes, la manera como se presente la noticia o los comentarios en torno a la misma, o situaciones semejantes.

El consentimiento no se regula como causa de justificación general sino para algunos delitos (lesiones), de ahí que si se perfila habría que considerar si en verdad se descarta algún tipo de lesión al bien jurídico, y en tal sentido excluir la tipicidad o antijuricidad según el caso.

Exceptio Veritatis.

La discusión resulta polémica cuando se visualiza el conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la información. En ese marco ha venido perfilándose una evolución desde una protección absoluta al honor frente a la libertad de expresión hasta buscar una posición más flexible, derivado ello de la consolidación de la democracia, claro ello tratándose de personajes públicos y políticos.

En cuanto a la naturaleza jurídica, algún sector lo estima como una causal de atipicidad, otro de exclusión de antijuricidad ⁸¹; si estamos seguros es que no constituye una causal de exclusión de pena, pues ello implicaría dejar latente la responsabilidad civil ⁸².

Con respecto a las calumnias pensamos que sin necesidad de esta regla partiendo de la descripción legal al exigirse la falsedad como elemento del tipo, esta regla de la exceptio veritatis es innecesaria; con respecto a la difamación si pensamos que esta regla tiene trascendencia pues de no existir la conducta vendría a ser punible.

Impunidad.

654 De conformidad a lo dispuesto por el Art. 125 Cn los diputados no responden por las opiniones o votos que emitan. Debemos entender que está referido a algo estrictamente relacionado al ejercicio de sus funciones, si sale de ello el delito contra el honor puede darse.

Calumnia.

La imputación debe ser precisa y materializada en hechos concretos, quedando fuera señalamientos genéricos, vagos o imprecisos.

Debe ser determinada, de ahí que cuando se hace la crítica aludiendo por ejemplo a los “policías” o los “jueces”, no se configura el tipo; a efectos penales se entiende al honor bajo un significado personalista.

Por el principio *societas delinquere non potest* se impide imputar un delito a un ente colectivo, lo que repercute en sentido de que una calumnia se refiere a una imputación a una persona natural no a una jurídica.

No obstante lo expuesto debemos advertir que si por el señalamiento son claramente identificables un grupo de personas con nombre y apellido el delito puede configurarse. En cuanto al sujeto pasivo debe tratarse de una persona viva, de ahí que si se atribuye que una persona en vida lo cometió el delito de calumnia no se realiza; serian otras vías legales las que deberán seguirse.

178

DIFAMACIÓN

El que atribuyere a una persona que no esté presente una conducta o calidad capaz de dañar su dignidad, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

La difamación realizada con publicidad será sancionada con prisión de uno a tres años.

La difamación reiterada contra una misma persona será sancionada con prisión de uno a tres años y multa de cincuenta a cien días multa.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Claramente en el texto del inciso primero, con aplicación para todo el artículo, queda claro que es objeto de protección el honor en su doble vertiente objetiva y subjetiva, pues la conducta típica debe atacar o a la fama, o reputación, dimensión externa del honor o a la propia estima, dimensión interna del derecho al honor.

655

B) SUJETOS

No hay limitaciones en el tipo, por lo que se trata, desde el punto de vista del sujeto activo, de un delito común.

Se ha discutido si el delito puede ser cometido contra personas jurídicas o contra fallecidos. La redacción del precepto, que se refiere a la dignidad de una persona, a su fama o a su estimación, indica que el sujeto pasivo debe ser una persona física y no una persona jurídica, por cuanto estas pueden tener fama comercial o reputación empresarial, pero no honor. El mismo argumento, en parte, es reproducible respecto de los difuntos que, por no ser ya personas, no tienen honor.

C) CONDUCTAS TÍPICAS

Se contempla un tipo básico en el inciso primero, sobre el que operan las agravaciones contenidas en los otros dos incisos, por lo que, para la apreciación de las agravaciones deberán concurrir todos los elementos del tipo básico. De otro lado, como las

agravaciones por publicidad y por reiteración ya han sido comentadas al hacer mención del artículo anterior, se dan por reproducidas en el presente artículo.

a) Tipo básico. La característica diferencial de la conducta típica de todos los supuestos de difamación es que tiene lugar fuera de la presencia del sujeto pasivo, mientras que, en el caso de la injuria, el sujeto pasivo debe estar presente en el momento de realización de la conducta típica.

La conducta típica sólo puede ser cometida mediante acción, pues consiste en atribuir a otro una conducta o una calidad. La conducta atribuida puede ser cualquiera, siempre que no constituya delito, pues en tal caso, de ser verdadera la atribución, no se cometería delito y, de ser falsa, se incurriría en calumnia. Por tanto, la conducta atribuida en la difamación puede ser constitutiva de una falta penal, puede ser una conducta contraria a cualquier otra parte del ordenamiento jurídico o ser plenamente conforme al ordenamiento. Igualmente se puede cometer difamación atribuyendo una calidad, o lo que es igual, formulando juicios de valor sobre un aspecto relevante de una persona. En uno y otro caso, tanto la conducta como la calidad a la que hacemos referencia, deben ser objetivamente ofensivas, pues la ley exige que puedan dañar la dignidad del sujeto pasivo, pudiendo ser realizada la imputación de palabra, por escrito y de modo simbólico.

656

En el texto del artículo, a diferencia del anterior, no se exige que la atribución sea falsa, pero, por aplicación del artículo 183, incisos segundo y tercero, la atribución a personas privadas de conductas o calidades objetivamente contrarias a la dignidad, pero verdaderas, son constitutivas de difamación e, igualmente, son constitutivas de difamación las atribuciones verdaderas hechas en contra de personas con relevancia pública que afecten a su derecho a la intimidad personal o familiar. De este modo cabe concluir que la falsedad de la atribución no es, necesariamente, un elemento de la conducta típica en el delito de difamación.

b) Tipos agravados, el inciso segundo exige la concurrencia de publicidad, concepto normativo contenido en el artículo 181, y el inciso tercero la de reiteración, para cuyo comentario nos remitimos al artículo anterior.

D) TIPO SUBJETIVO

Tradicionalmente se ha venido exigiendo la concurrencia en el tipo subjetivo de, además del dolo, un elemento subjetivo, el “animus difamandi”, como específica intención de atacar el honor del sujeto pasivo, por lo que comportamientos objetivamente contrarios a este bien jurídico protegido, no serían constitutivos de delito al estar regidos por

finalidades diversas, como la de bromear, la de corregir del maestro o del superior, la de defender del abogado y otras muchas.

Sin embargo, no existe en el texto del artículo nada que requiera para la comisión del delito la presencia de un elemento subjetivo del tipo además del dolo, y se debe sostener que, desde el aspecto subjetivo del tipo, basta con el dolo.

El dolo, en consonancia con lo que se ha afirmado en el artículo anterior, puede ser directo o eventual.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación requiere que se menoscabe la fama o la autoestima del sujeto pasivo, por lo que la atribución realizada por el sujeto activo debe llegar a conocimiento de una persona, que no se precisa que sea el sujeto pasivo, capaz de entenderla, lo que hace posible la existencia de formas imperfectas. La consumación no requiere que se constate que ha disminuido la consideración social del sujeto pasivo o la propia estima de este, sino tan solo se ha realizado la conducta típica de modo objetivamente apto para atentar contra el honor.

657

F) JUSTIFICACION

La prueba de la veracidad de la conducta o de la calidad atribuidas, en las condiciones establecidas en el artículo 183, declara exento de pena al acusado de la difamación.

Al igual que en el delito anterior, el artículo 191 regula los supuestos de justificación de mayor trascendencia.

179

INJURIA

El que ofendiese de palabra o mediante acción la dignidad o el decoro de una persona presente, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

La injuria realizada con publicidad será sancionada con prisión de uno a tres años y multa de cincuenta a cien días multa.

Las injurias reiteradas contra una misma persona serán sancionadas con prisión de uno a tres años y multa de cincuenta a cien días multa.

Si las injurias reiteradas se realizaren con publicidad, la sanción será de uno a tres años de prisión y multa de cien a doscientos días multa.

658 La estructura del tipo es idéntica a la del tipo de calumnia, con un inciso primero en el que se contiene el tipo básico y tres subtipos cualificados a continuación, agravándose la responsabilidad criminal en el primero de ellos por publicidad, en el segundo por reiteración y en el tercero por la combinación de estas dos circunstancias, por lo que, en todo lo aquí no expresamente mencionado, debe entenderse aplicable el comentario realizado al respecto en la calumnia.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO Y SUJETOS

Son reproducibles las consideraciones anteriormente realizadas respecto de los otros delitos contra el honor.

B) CONDUCTA TIPICA

En el tipo básico consiste en ofender de palabra o por acción la dignidad o decoro de una persona presente, por lo que la característica esencial diferenciadora de la difamación es que en este caso la conducta típica tiene que ser realizada a presencia física del sujeto pasivo.

La descripción típica no permite la comisión del delito mediante omisión, por cuanto se refiere a la comisión de palabra o mediante acción, lo que solo puede ser interpretado en términos positivos y no será injurioso no dirigir la palabra a otro o no saludarle. De la

doble modalidad de conducta, la cometida de palabra admite tanto la atribución de hechos no delictivos como la formulación de juicios de valor, de palabra, por escrito o mediante símbolos, mientras que las acciones injuriosas deben infringir un deber de comportamiento aceptado por la comunidad en relación con el deber de las personas. En uno y otro caso, la expresión o la acción deben ser objetivamente injuriosos.

No existe en relación con la injuria ninguna disposición aplicable similar a las que contiene el artículo 183 en relación con la calumnia y la difamación, por lo que, respecto de la injuria consistente en la ofensa de palabra, carece de toda relevancia penal que los hechos imputados sean verdaderos o falsos o que el juicio formulado coincida o no con el convencimiento íntimo de quien lo expresa. La cuestión carece de trascendencia respecto de las acciones injuriosas, por cuanto las acciones no son verdad o mentira, sino que tienen lugar o no.

C) TIPO SUBJETIVO

Al igual que en la difamación, y por los mismos motivos, debe rechazarse la existencia de un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo y que deba ser abarcado por éste.

D) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

659

Son posibles, técnicamente, supuestos de tentativa, pero, en la práctica, su probabilidad es muy escasa, al exigir el tipo que la conducta típica se realice a presencia del sujeto pasivo.

E) JUSTIFICACION

Como en los dos preceptos anteriores, se regula en el artículo 191 la exclusión de responsabilidad por ejercicio del derecho de información o del cumplimiento de un deber.

180

INHABILITACIÓN ESPECIAL

Cuando los hechos previstos en este capítulo, fueren cometidos a través de un medio de comunicación social y resultaren responsables de los mismos, profesionales o personas dedicadas al ejercicio de la función informativa, se impondrá a éstos además de la pena señalada para el delito correspondiente, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión u oficio por igual tiempo al del impuesto como pena de prisión, según la entidad de la ofensa y el daño causado.

El artículo prevé para un caso especial caracterizado por una doble circunstancia, consistente en que el responsable sea profesional de un medio de comunicación social o persona dedicada a la función informativa y que el delito contra el honor sea cometido a través de un medio de comunicación social, una pena acumulativa a la prevista en cada tipo, consistente en la inhabilitación especial para el correspondiente oficio o profesión por el mismo tiempo por el que se imponga la prisión, “según la entidad de la ofensa y el daño causado”, lo que parece ser un recordatorio de que, en los casos de delito contra el honor, debe tenerse especialmente en cuenta la trascendencia de todas las circunstancias presentes a la hora de realizar la determinación de la pena conforme al artículo 63 del Código Penal.

660

181

CONCEPTO DE PUBLICIDAD

Se entenderá que la injuria y la calumnia han sido realizadas con publicidad cuando se propaguen por medio de papeles impresos, litografiados o gravados, por carteles o pasquines fijados en sitios públicos o ante un número indeterminado de personas o por expresiones en reuniones públicas o por radiodifusión o televisión o por medios análogos.

El artículo 181 contiene el concepto normativo de publicidad a los efectos de los delitos contra el honor, que opera como agravante en los términos ya vistos. Aunque el texto legal sólo se refiere a la calumnia y a la injuria y no a la difamación, lo que nos podría llevar a pensar que el inciso segundo del artículo 178 utiliza un concepto usual de

publicidad, debe entenderse que el concepto del artículo 181 es aplicable a los tres delitos, especialmente a la vista de la rúbrica del Capítulo, que sólo hace mención a la calumnia y a la injuria, por lo que parece concebir la difamación como una modalidad de esta última.

El motivo de la agravación es la mayor entidad que reviste el ataque contra al honor cuando se pone en conocimiento de múltiples personas por alguno de los medios mencionados en el artículo, ya que éste no exige que el delito se cometa por esta vía, sino que se propague por alguno de estos sistemas.

Debe criticarse la excesiva amplitud de la agravación, que es una cláusula abierta, al admitir cualquier medio análogo a los citados en el artículo. Esto y el hecho de que no exista dificultad para interpretar las expresiones legales hace de escaso interés el análisis pormenorizado de cada una de ellas.

182

CALUMNIA, DIFAMACIÓN E INJURIAS ENCUBIERTAS

661

Los delitos de calumnia difamación e injurias, son susceptibles de cometerse no sólo manifiestamente, sino también por medio de alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones.

La finalidad del artículo 182 es hacer patente que los delitos contra el honor no solo se cometen a través de expresiones o acciones patentes, o, como dice el precepto “manifiestamente”, sino a través de medios indirectos, oblicuos o encubiertos, enumerados en el texto del artículo, en su sentido usual. En todo caso es imprescindible que las alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones tengan un objetivo carácter atentatorio contra el honor.

183

RÉGIMEN DE LA PRUEBA

El acusado por delito de calumnia quedará exento de toda responsabilidad penal, probando el hecho punible que hubiere atribuido.

El acusado por delito de difamación quedará exento de pena probando la veracidad de la conducta o calidad atribuida, siempre que sea legítima su difusión.

Se entiende legítima la difusión, cuando los hechos se refieren a personas que tengan algún tipo de relevancia pública, y su difusión satisfaga la función del libre flujo de información de una sociedad democrática, salvo que con ello se afecte a hechos protegidos por su derecho o la intimidad personal o familiar.

662 El artículo 183 contiene dos diferentes preceptos, el primero de los cuales es la “exceptio veritatis” aplicable al delito de calumnia, contenido en el inciso primero, mientras que el segundo de ellos, regulado en los incisos segundo y tercero, es la “exceptio veritatis” aplicable al delito de difamación.

A) “EXCEPTIO VERITATIS” APLICABLE A LA CALUMNIA

Se ha discutido ampliamente si su naturaleza es la de causa de atipicidad, causa de justificación o excusa absolutoria, discusión en la que, habiéndose sostenido en el correspondiente comentario que la falsedad de la atribución es un elemento del tipo de calumnia, es preciso sostener que se trata de una causa de atipicidad. Tenga una u otra naturaleza, su eficacia práctica es patente en la ley, pues la persona a quien se imputa la comisión de un delito de calumnia queda exento de pena y de toda otra consecuencia en el orden penal, de tal modo que, si una persona afirma que otra ha cometido un delito, creyendo que se trata de una imputación falsa, pero, a la postre, resulta ser verdadera, no incurre en delito de calumnia.

B) “EXCEPTIO VERITATIS” APLICABLE A LA DIFAMACION

El alcance de esta cláusula es diferente pues no declara al acusado exento de toda responsabilidad penal, sino de toda pena, con lo que quedan en pie las demás consecuencias jurídicas del delito y parece acercar la naturaleza de la cláusula más a la excusa absolutoria que a otras figuras del ordenamiento jurídico. La eficacia de la

“exceptio veritatis” queda condicionada a una doble circunstancia: en primer lugar, que la conducta o condición atribuida sea verdadera, en sentido objetivo, es decir, que lo imputado coincida con la realidad, y, en segundo lugar, que la difusión de esta conducta o condición fuera legítima.

Para que la difusión de una noticia sea legítima la propia norma exige el cumplimiento de tres condiciones, de las que dos son positivas y una negativa: en primer lugar la conducta o condición deben pertenecer a una persona con relevancia pública, en segundo lugar esa difusión debe tener trascendencia en orden al ejercicio de la libertad informativa, como uno de los pilares esenciales de la sociedad democrática y, por último, la noticia no debe afectar a hechos protegidos por el derecho a la intimidad personal o familiar.

CAPÍTULO II

DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA INTIMIDAD

184

VIOLACIÓN DE COMUNICACIONES PRIVADAS

El que con el fin de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, se apoderare de comunicación escrita, soporte informático o cualquier otro documento o efecto personal que no le esté dirigido o se apodere de datos reservados de carácter personal o familiar de otro, registrados en ficheros, soportes informáticos o de cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado, será sancionado con multa de cincuenta a cien días multa.

664

Si difundiere o revelare a terceros los datos reservados que hubieren sido descubiertos, a que se refiere el inciso anterior, la sanción será de cien a doscientos días multa.

El tercero a quien se revelare el secreto y lo divulgare a sabiendas de su ilícito origen, será sancionado con multa de treinta a cincuenta días multa.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

En este y en los dos siguientes preceptos es, con carácter general, la intimidad, garantizada en el artículo 2, inciso segundo, de la Constitución, entendida como el ámbito personal, definido por su titular, dentro del que se encuentran los hechos conocidos sólo por éste o por un círculo concreto de personas. Dentro de este bien jurídico no se comprende el secreto profesional, protegido en el artículo 187.

No existe diferencia entre el concepto de secreto y el de intimidad, el contenido de la intimidad son secretos a otras personas. Por secreto debe entenderse aquel conocimiento que pertenece a un número limitado de personas, dependiendo de la voluntad de éstas la ampliación de este círculo.

B) SUJETOS

Sujeto activo puede cualquier persona, excepto aquellas cuya cualificación da lugar a la aplicación del tipo agravado del artículo siguiente. Deben ser personas particulares a las que no pertenezcan las comunicaciones escritas, los soportes informáticos, los documentos o efectos, o los datos a los que hace mención la ley, debiendo entenderse, como hace la norma, que las cartas pertenecen a su destinatario. No puede ser sujeto activo la persona a la que hace referencia el secreto consignado en esos papeles, cartas, soportes informáticos o documentos, pues, en tal caso, aunque éstos pertenezcan a otra persona, nunca podría actuar para descubrir los secretos de otro, ya que el secreto es suyo. Igualmente, tampoco puede ser sujeto activo quien, por voluntad del titular del secreto, ha tomado conocimiento anterior del secreto, ni aunque los divulgara después, pues su conducta no es incardinable en el inciso segundo.

Sujeto pasivo es el titular del secreto cuya difusión afecte a su intimidad y que, además, tiene que ser el destinatario de las comunicaciones, soportes o documentos en los que ese secreto esté consignado. En el caso de datos consignados en ficheros, soportes o archivos, bastará con que sea el titular del secreto.

C) CONDUCTA TIPICA**665**

En el tipo básico del inciso primero consiste en apoderarse, bien de las comunicaciones escritas, soportes informáticas, documentos o efectos en los que consta el secreto, o, bien, de los propios datos reservados personales o familiares, que consten en ficheros, soportes informáticos, archivos o registros, siempre que, en uno u otro caso, se realice para descubrir los secretos, sin que se exija la difusión o revelación a otro, que sí es elemento del tipo agravado del inciso segundo.

El apoderamiento, por tanto, reviste un doble significado: en primer lugar puede ser cometido tanto al tomar algo que no se tenía cuanto al retener algo indebidamente, debiendo entenderse que hay retención desde el momento en el que el sujeto activo realiza cualquier comportamiento que implique una disposición a descubrir el secreto, como, por ejemplo, cuando se niega tener algo que realmente se tiene; en segundo lugar consiste en el acceso a los datos reservados de naturaleza personal consignados en ficheros, soportes, archivos o registros.

En el tipo cualificado del segundo inciso, la conducta típica exige no solo el apoderamiento, sino también la difusión o revelación a terceros de los datos reservados descubiertos merced al comportamiento castigado en el tipo básico. Difusión o revelación significa comunicar el secreto a una o más personas que, anteriormente, no tenían

conocimiento del mismo. La justificación de la mayor penalidad reside en el aumento de la lesión al bien jurídico protegido, pues son más las personas que penetran en la intimidad del sujeto pasivo.

Parecida a la anterior es la conducta castigada en el inciso tercero, en el que el sujeto activo no es el que inicialmente se ha apoderado del secreto, sino otra persona, que ha tenido conocimiento del origen ilícito de ese conocimiento y que lo transmite a terceros.

D) OBJETO MATERIAL

En el primer inciso del inciso primero el objeto material son las comunicaciones escritas, soportes informáticos, documentos o efectos personales. Por tanto, aunque inicialmente el delito sólo hacía referencia a secretos consignados mediante la escritura, en este momento pueden ser objeto material del delito cualquier clase de objeto que incorpore un secreto por cualquier medio, sea la escritura, la grabación de sonido o de imagen o cualquier otra forma de constancia. En el segundo inciso se trata de cualquier sistema por el que el dato reservado ha quedado incorporado al fichero, archivo, etc., existentes en este momento o que se puedan inventar en un futuro.

666 E) TIPO SUBJETIVO

La única especialidad es la presencia de un elemento subjetivo del tipo, que puede consistir en descubrir los secretos o en vulnerar la intimidad del sujeto pasivo. Significa esta exigencia que el sujeto activo realiza el comportamiento en el tipo básico para tomar conocimiento para sí o para entregar el secreto a otro, pues en ambos casos se ofende igualmente el bien jurídico protegido. El ánimo deberá ser anterior o coetáneo al apoderamiento, no posterior a éste, lo que plantea la posible tipicidad de los comportamientos en los que una persona recibe o toma el objeto material sin la concurrencia de ese ánimo específico, pero toma conocimiento de los secretos después, debiendo entenderse que el hecho es impune por este precepto. Es indiferente que el sujeto actúe para descubrir totalmente algo que ignora, para confirmar previas sospechas o para descubrir a otra persona, sin tomar propio conocimiento.

F) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La conducta queda consumada, en el inciso primero, cuando el sujeto activo, realizado el comportamiento con alguna de las finalidades que se acaban de citar, se apodera de la comunicación escrita, del soporte informático, del documento o efecto, sin que sea necesario que llegue a tomar conocimiento de los secretos que contienen, o, bien, cuando llega a apoderarse de los datos reservados contenidos en ficheros, soportes

informáticos, archivos o registros, igualmente, aunque no llegue a tomar conocimiento de los secretos. Son posibles las formas imperfectas, cuando no se logre el apoderamiento.

En el inciso segundo la consumación se producirá cuando los datos reservados lleguen a conocimiento de personas diferentes del sujeto activo del tipo básico, por lo que también cabe la tentativa, criterio igualmente aplicable al tipo básico.

G) CONCURSOS

Pueden darse casos de concurso ideal de delitos cuando el apoderamiento recaiga sobre un objeto mueble con significación económica, pues el hecho será, también, un delito contra el patrimonio.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Quedan fuera de la descripción típica aquellas actividades de investigación policial, en las que con la autorización de víctimas o parientes de delitos como extorsión o secuestro se realizan escuchas y grabaciones, en tanto que uno de los intervinientes en la comunicación autoriza ello.

667

El delito se estaría cometiendo en la medida que el tercero intercepta al margen del conocimiento de uno de los intercomunicadores; se puede entender que ese es el criterio de José María Casado⁸³ cuando analiza el problema desde el ángulo procesal, es decir de la validez probatoria de esas escuchas y grabaciones; en sentido contrario Francisco Muñoz Conde considera que ese consentimiento no justifica el hecho⁸⁴.

Si bien los avances tecnológicos constituyen una razón para facilitar el desarrollo de una sociedad, son herramientas generadoras de una mayor vulnerabilidad de la intimidad de las personas, por lo que se vuelve imperativo incriminar sofisticadas conductas que hacen posible un control certero, sistemático e invisible sobre el individuo.

Cuando la disposición refiere a “cualquier otra señal de comunicación” deja la puerta abierta para interpretar el tipo de acuerdo a los avances tecnológicos que se tenga en materia de comunicaciones, en ese sentido quedan aquí comprendidas las comunicaciones verificadas vía telefax o internet, lo que puede implicar como paso la vulneración de la clave de acceso electrónico o password. Aquí lo importante es que se trate de cualquier objeto en que pueda quedar plasmada la intimidad del sujeto.

185

VIOLACIÓN AGRAVADA DE COMUNICACIONES

Si los hechos descritos en el artículo anterior se realizaren por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, archivos o registros, se impondrá, además de la pena de multa, inhabilitación del respectivo cargo o empleo público de seis meses a dos años.

El artículo 185 contiene una agravación en razón de la característica personal del sujeto activo. Es aplicable, en principio, respecto de todas las conductas castigadas en el artículo anterior, pero, en realidad, su alcance es bastante limitado, porque sólo puede aplicarse cuando el secreto conste en un fichero, soporte informático, archivo o registro del que esté encargada alguna persona y no en otro caso.

668

186

CAPTACIÓN DE COMUNICACIONES

El que con el fin de vulnerar la intimidad de otro, interceptare, impidiere o interrumpiere una comunicación telegráfica o telefónica o utilizare instrumentos o artificios técnicos de escucha, transmisión o grabación del sonido, la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, será sancionado con prisión de seis meses a un año y multa de cincuenta a cien días multa.

Si difundiere o revelare a terceros los datos reservados que hubieren sido descubiertos, a que se refiere el inciso anterior, la sanción será de prisión de seis meses a un año y multa de cien a ciento cincuenta días multa.

El tercero a quien se revelare el secreto y lo divulgare, a sabiendas de su ilícito origen, será sancionado con multa de treinta a cincuenta días multa.

El que realizare los actos señalados en el primer inciso del presente artículo para preparar la comisión de un delito grave será sancionado con la pena de dos a seis años. (9)

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO Y SUJETOS

Ya han sido objeto de examen con anterioridad.

B) CONDUCTA TIPICA

La estructura del precepto es básicamente similar a la del artículo 184, conteniendo, en el primer inciso el tipo básico, en el segundo un tipo agravado por difusión o revelación, y en el tercer inciso un tipo específico de revelación por persona diferente del autor del tipo básico, por lo que, salvo en lo ahora mencionado, nos remitimos al comentario realizado en el artículo 184.

El tipo básico tiene dos modalidades:

- a) Interceptar, impedir o interrumpir una comunicación telegráfica o telefónica. Castiga los comportamientos mediante los cuales una persona se introduce, o hace imposible, o pone fin, a una comunicación realizada mediante el telégrafo o el teléfono entre otras personas. Resulta difícil pensar en la posibilidad de realizar la conducta típica consistente en impedir o interrumpir una comunicación como las descritas para descubrir la intimidad de otro, como exige el tipo. En todo caso estas conductas, realizadas respecto de comunicaciones telegráficas o telefónicas, exigen la utilización de alguno de los medios descritos en la siguiente modalidad.
- b) Utilizar instrumentos o artificios técnicos de escucha, transmisión o grabación del sonido, la imagen o cualquier otra señal de comunicación. Aunque no lo diga expresamente la ley, el uso de estos medios tiene que estar dirigido a captar el contenido de la comunicación concreta. La amplitud de la definición permite castigar todo tipo de captación, excepto aquella que se realice sin usar otros medios más que los propios sentidos.

669**C) TIPO SUBJETIVO**

Contiene un elemento subjetivo del tipo, consistente en la finalidad de vulnerar la intimidad de otro, idéntico al ya comentado.

D) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación no requiere que el sujeto activo logre, efectivamente, vulnerar la intimidad del sujeto pasivo, bastando la realización de alguna de las conductas típicas con esa finalidad.

187

REVELACIÓN DE SECRETO PROFESIONAL

El que revelare un secreto del que se ha impuesto en razón de su profesión u oficio, será sancionado con prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial de profesión u oficio de uno a dos años.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

670 Sigue siendo la intimidad de las personas, algunas de las cuales, por motivo de relaciones con otras que ejercen determinada profesión u oficio, ponen en poder de éstos conocimientos que no deben salir de su ámbito.

B) SUJETOS

Sujeto activo sólo puede ser la persona que desempeñe una profesión u oficio, debiendo entenderse por este último todo comportamiento en el que se realicen actividades por cuenta de otra persona, diferenciándose de la profesión en que en ésta los servicios prestados se basan en una formación determinada regulada por normas públicas que condicionan a su obtención la ostentación de la cualidad de profesional.

C) CONDUCTA TIPICA

Presupuesto general de la misma es que el sujeto activo tome conocimiento necesario por el desarrollo de su oficio o profesión, de un secreto del sujeto pasivo, bien porque éste se lo confíe, bien porque se imponga del mismo durante su actuación, bien porque otra persona diferente se lo transmita. No se exige en el tipo que el oficio o profesión correspondiente tenga obligación de reserva, sigilo o secreto, bastando para la realización de la conducta típica que el sujeto activo entregue el conocimiento reservado que ha alcanzado a otra persona.

El consentimiento del titular del secreto hace la conducta conforme a derecho, ya que la intimidad ya no se ve afectada por la conducta e, igualmente, en muchos casos, la revelación del secreto puede ser necesaria para evitar males mayores, en cuyo caso el hecho estará justificado por estado de necesidad.

D) TIPO SUBJETIVO

No existe ningún elemento subjetivo, siendo posible la comisión con dolo directo o con dolo eventual.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La infracción queda consumada desde el momento en el que el secreto llega a persona distinta del sujeto activo, siendo posibles las fases imperfectas.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Esta disposición guarda íntima relación con el contenido del Art. 187 CPP. que al efecto dice: “No podrán declarar sobre los hechos que han llegado a su conocimiento en razón de su propio estado estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad, los ministros de una iglesias con personalidad jurídica, los abogados, notarios, médicos, farmacéuticos y obstetras, según los términos del secreto profesional ... Sin embargo, estas personas no podrán negar el testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto.”

671

Sobre los sujetos activos cabe decir:

- a) Abogados. Deriva en el fondo del derecho a la defensa de las personas que acuden a los servicios de un profesional del derecho y para resolver sus asuntos tiene que confiar su versión.

En tanto no sea liberado del deber de secreto por su cliente no puede el abogado vertir la información, aunque objetivamente ello beneficie a éste, por ejemplo una impotencia sexual que lo exonere de un delito de violación; o cuando el silencio pueda perjudicar la búsqueda de la verdad real (determinar al verdadero culpable).respecto a hechos criminales futuros el secreto no ampara al cliente.

- b) En el caso del secreto médico se presentan dificultades. Es obvio que el paciente en aras de su cura tenga que poner al servicio del médico

información cuyo interés es que no se conozca por otras personas. Pero casos habrá en que no estará obligado al secreto sino más bien obligado a revelarlo o denunciarlo: ejemplo 1) casos de enfermedades infecto contagiosas, 2) en los que existe deber de denunciar o 3) en los que interviene como perito.

Una regla similar a la del abogado opera y es que el derecho a la intimidad priva por sobre el deber de denunciar cuando se trata de hechos del pasado (el sujeto le confiesa al psiquiatra que violó a una mujer; la mujer que abortó), pero si se refiere al futuro la obligación de denunciar priva.

En el caso de un enfermo de sida tomando en cuenta el elevado nivel de estigmatización para el enfermo que implicaría la revelación de su problema es de considerar en qué condiciones, términos y forma se expresa; en el sentido expuesto si es evidente que existe un elevado nivel de peligro de contagio cabe la obligación de advertirlo a las personas que estén en peligro, quedando tal conducta bajo la cobertura del estado de necesidad.

672

La situación concreta en que se encuentra el médico constituye un factor determinante en el deber de secreto, no es lo mismo el nivel de sigilo que tiene el médico privado del paciente, que el de un hospital público, el médico de la empresa donde trabaja; el de la compañía de seguros, el médico forense. También el tipo de enfermedad es determinante, no es lo mismo una enfermedad mental o venérea que se trate del estado de los dientes.

- c) En cuanto a los periodistas se generan conflictos. A los fines de asegurar la democracia el derecho a la información se constituye en una pieza clave, en ese sentido el garantizar la confidencialidad de las fuentes de información se vuelve imperativo.

En nuestro país existe una falta de regulación del secreto profesional.

- d) En cuanto a los ministros de culto religioso se discute el carácter punible de la conducta cuando revela datos confiados por el ejercicio del cargo; desde el ángulo procesal la cuestión es clara en cuanto al deber de secreto, pero en el ámbito de la descripción penal resulta discutible si cabe nominarlo profesión u oficio considerándosele inmerso en el concepto de personas que actúan investidas de estado, característica del sujeto activo que si bien lo refiere la normativa procesal, no está comprendida en la descripción penal en comento.

En cuanto al límite temporal hemos de indicar que aun cuando la relación del sujeto activo con el pasivo se haya cortado el deber del secreto se mantiene.

188

ALLANAMIENTO DE MORADA

El particular que, sin habitar en ella, se introdujere en morada ajena o en sus dependencias, sin el consentimiento de quien la habitare, de manera clandestina o con engaño o permaneciere en la misma contra la voluntad del morador, pese a la intimación para que la abandonare, será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de treinta a cincuenta días multa.

Si la introducción o permanencia se hiciere con violencia en las personas, la sanción será de uno a tres años de prisión y multa de cincuenta a cien días multa.

673

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es un aspecto del derecho a la intimidad, que se manifiesta en la intimidad de la morada, lo que ha sido puesto en contacto con la libertad de cada persona a la hora de decidir sobre las personas con acceso al lugar concreto donde desarrolla los aspectos más íntimos de su vida, y también, para excluir de ese ámbito a las personas no deseadas. La Constitución en su artículo 20 declara la inviolabilidad de la morada, el consentimiento de cuyo habitante es preciso para ingresar en ella, con las excepciones que cita la propia Constitución.

B) SUJETOS

Sujeto activo sólo puede ser el particular que no habite en la morada afectada y sujeto pasivo es la persona o personas que viven en la morada afectada por la conducta típica.

C) CONDUCTA TIPICA

Tanto en el tipo básico del inciso primero, como en el tipo agravado del inciso segundo, es doble, existiendo una conducta típica activa, consistente en introducirse, y otra omisiva, consistente en permanecer.

Por introducirse se entiende el comportamiento en el que la persona del sujeto activo entra completamente en la morada ajena o en sus dependencias, no bastando una simple introducción parcial, como pisar o poner una mano o echar una mirada. Esta introducción o entrada, para ser típica, debe ser realizada:

- a) Sin contar con el consentimiento del titular del bien jurídico protegido, esto es, del habitante de la morada, o morador, por lo que la introducción típica no sólo es aquella que se realiza en contra de la voluntad, expresa o tácita del morador, sino también aquella que se realiza sin contar con el permiso, expreso o tácito, de éste, lo que amplía el ámbito de lo punible. Los casos más frecuentes de entrada sin permiso son los dos que, a continuación, recoge la ley, pero no son descartables en la práctica otros.
- 674 b) De manera clandestina, pues la clandestinidad de la introducción pone de manifiesto la voluntad del allanador de no someterse a la voluntad del morador y, obliga, necesariamente, a concluir la existencia de una voluntad cuando menos presunta de oposición por este a la conducta del sujeto activo, o
- c) Con engaño, supuesto éste en el que la utilización por el sujeto activo de este medio igualmente justifica, de un lado, la irrelevancia del consentimiento del morador, y, de otro lado, la existencia de una voluntad presunta en contra de esa introducción.

Por permanecer debe entenderse un comportamiento que, partiendo de una presencia lícita en la morada ajena o en sus dependencias, se torna delictuoso cuando el morador manifiesta su voluntad contraria a la presencia del sujeto activo, voluntad en este caso ya solamente expresa, pues debe manifestarse en una intimación directa realizada al sujeto activo para que abandone el lugar, desoyendo el allanador esa decisión del titular del bien jurídico protegido.

El punto central del delito lo constituye el concepto de morada o sus dependencias. Por morada, concepto que no es coincidente con el de domicilio, ha de entenderse el espacio, mueble o inmueble, cerrado o en parte abierto, delimitado físicamente de algún modo

del resto del mundo en el que una persona desarrolla su vida, en tales condiciones que puede excluir de ella a otros. Es indiferente que se trate de un lugar natural o artificial, permanente o no, de cualquier clase de material, tamaño o composición. Por dependencias de la morada hay que entender todos los espacios físicos delimitados, contiguos a la morada y en comunicación interior con ella. Así pueden ser morada los automóviles, los remolques, los vagones de ferrocarril, las tiendas de campaña, las cuevas y otros muchos lugares y no pueden serlo los lugares no delimitados como los rellanos de escaleras, los soportales de un patio común o el propio patio común.

La morada debe ser ajena al sujeto activo del delito, exigencia que viene a completar la de que esa persona no habite en dicha morada, como total separación de la misma del bien jurídico protegido.

El inciso segundo contempla un tipo cualificado por uso de la violencia como medio para llevar a cabo cualquiera de las dos conductas típicas, violencia que, si tiene efectos sobre las personas, dará al correspondiente concurso de delitos.

D) TIPO SUBJETIVO

En los casos de entrada sin consentimiento del morador son posibles supuestos de dolo eventual, pero, en los demás casos, normalmente sólo cabe la comisión con dolo directo, como lo demuestra el acceso clandestino, el uso de engaño o la permanencia en contra de la intimación del habitante.

675

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

El delito es de consumación instantánea y de efectos permanentes, pues basta la introducción o la permanencia para la consumación y el delito sigue en estado de consumación hasta que el sujeto activo no abandona la morada.

Son posibles casos de tentativa, especialmente en la modalidad activa de la conducta típica, cuando el sujeto no consiga introducirse en la morada o en sus dependencias por motivo distinto de su voluntario desistimiento.

F) JUSTIFICACION

Presentan especial dificultad los casos en los que en una morada no habita solo una persona, sino varias, cuando una de ellas consiente la presencia de un extraño, mientras que otro se opone. En tales casos cabe discutir si tal extraño comete o no el delito de allanamiento de morada. Si los moradores no se encuentran en la misma situación

jerárquica, por ejemplo, por ser uno empleador y los otros empleados, la voluntad relevante es la de la persona que ocupa la posición principal, pero, en los casos básicamente familiares, en los que no hay tal relación jerárquica, no es aplicable tal criterio. En este caso, la voluntad a tener en cuenta es, en principio, la del cabeza de familia, titular de la patria potestad, tutor u otra persona que ostente facultades similares, pero, en casos especiales, será necesario estar atento a las posibles circunstancias relevantes que obliguen a tener en cuenta otras voluntades, así como a la posible relevancia del error.

JURISPRUDENCIA.

676

“Para introducirse se entiende el comportamiento en el que la persona del sujeto activo entra completamente en la morada ajena o en sus dependencias, no bastando una simple introducción parcial, como lo sería pisar o poner una mano o echar una mirada... la introducción típica no sólo es aquella que se realiza en contra de la voluntad, expresa o tácita del morador, sino también aquella que se realiza sin contar con el permiso, expreso o tácito de éste, lo que amplía el ámbito de lo punible... La morada debe ser ajena al sujeto activo del delito, exigencia que viene a completar la de que dicha persona no habite en dicha morada, como total separación de la misma del bien jurídico protegido”. (T.S. 4° S.S., 16-08-02)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Para la configuración del delito se requiere que la morada esté habitada, caso contrario el delito no se da; claro si se trata de una vivienda que momentáneamente está deshabitada pues sus moradores han salido ya sea de compras, de paseo, o por cualquier otra razón, el delito se configura.

Constituye este un delito en que la voluntad del morador juega un papel definitivo, en tal sentido si se consiente el ingreso no hay delito.

Un problema que se suscita es cuando existen varios moradores, aun cuando uno tiene mejor derecho que otro, el padre respecto a los hijos, o respecto de la encargada de los oficios domésticos. Existe inclinación en pensar que el derecho de nadie es ilimitado y absoluto; en ese sentido se considera que si hay cotitularidad del derecho a la intimidad y hay conflicto prevalece el derecho de quien niegue el ingreso.

En nuestra legislación procesal hay una posición clara en el sentido de que cuando se trata del ingreso de la policía en vías de investigación y es de los supuestos en que se

requiere orden judicial el consentimiento no constituye una circunstancia que valida el acto, es la orden judicial la que franquea el ingreso.

De acuerdo al contenido de la disposición legal en cuanto al tipo subjetivo no se requiere un ánimo especial, basta el dolo.

Error.

El error en el objeto (se equivocan de casa) o en la persona (se equivocan en la persona) no excluye el delito, en tanto que la inviolabilidad de la morada constituye un derecho personalísimo; y además el ánimo especial no lo requiere el tipo.

Concursos.

Atendiendo a la naturaleza de los bienes jurídicos y el hecho de que el allanamiento de morada en su aspecto subjetivo no requiere más que el dolo, puede considerarse que puede concurrir con otros delitos como es la violación, el robo, cuando el ingreso a la vivienda se constituye el medio necesario, caso en el cual podrá considerarse un concurso ideal, en tanto que hay una misma violencia como medio.

Lo importante en cada caso es analizar si el delito fin no incluye de entre sus elementos el ingreso a la morada, caso en el cual habrá concurso de delitos⁸⁵, si incluye en sus elementos el ingreso habrá concurso aparente. La violación sexual y el robo por ejemplo no incluyen de entre sus elementos típicos el ingreso a la vivienda⁸⁶. El concurso aparente puede resultar en el caso de hurto con escalamiento, en tanto que el ingreso a la vivienda de esa manera ya agrega un plus en el reproche contra la conducta del sujeto⁸⁷.

677

Excluyentes.

Puede resultar justificado el ingreso a la morada cuando se pretende evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, o para prestar un servicio humanitario o a la justicia: por ejemplo podría resultar justificado cuando lo sea para guarnecerse de las inclemencias del tiempo y se tenga por objeto alojar un niño pequeño.

Es discutible como queda el caso del ladrón que se ingresa la morada al huir de la persecución policial o particular; sin lugar a dudas tomando en cuenta que no se requiere el ánimo de lesionar la intimidad, como ese ingreso de por sí viola la intimidad, quien quita que al entra el ladrón una mujer se encuentre desnuda, la tipicidad se mantiene; talvez podría buscarse otra excluyente resultando discutible una no exigibilidad de otra conducta, en razón de que si bien es penalmente relevante la conducta original que motiva la persecución, el huir no constituye un impedimento legal para nadie; con lo anterior queda a salvo el derecho del afectado en su intimidad de solicitar su indemnización por daños y perjuicios.

189

ALLANAMIENTO DE LUGAR DE TRABAJO O ESTABLECIMIENTO ABIERTO AL PÚBLICO

El que ingresare o se mantuviere contra la voluntad de su titular en el lugar reservado de trabajo de una persona o en establecimiento o local abierto al público fuera de las horas de apertura, será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de treinta a cincuenta días multa.

Si el ingreso o permanencia se hiciere con violencia en las personas, la sanción será de uno a tres años de prisión y multa de cincuenta a cien días multa.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

678

El objeto de protección es en este caso es la intimidad de la persona que se desarrolla, no en su morada, sino en el lugar donde lleva a cabo su actividad y emplea su mente, entendiendo que el libre desarrollo de la personalidad no solo se produce en el ámbito de la intimidad cotidiana del reposo, el descanso o la alimentación, sino también donde se aplican las potencias de la mente humana, pues en el trabajo de las personas también existe el derecho a limitar las personas con acceso al lugar donde se desarrolla.

B) SUJETOS

No hay especialidad respecto del artículo anterior en lo relativo al sujeto activo, ya que, aunque no se diga expresamente, debe ser un particular ajeno al trabajo que se desarrolla en el lugar o al establecimiento o local abierto al público.

El sujeto pasivo será la persona que desarrolla su trabajo en el lugar allanado, sea este o no un local establecimiento al público, con tal de que, en este caso, el hecho tenga lugar fuera de las horas de apertura.

C) CONDUCTA TIPICA

Admite las mismas dos posibilidades, activa u omisiva, que el artículo anterior, pero en este caso la tipicidad de la conducta depende de que el titular del lugar haya manifestado su voluntad, de modo expreso o tácito, en contra del ingreso del sujeto activo o de su permanencia.

Dentro del concepto de lugar reservado de trabajo deben entenderse comprendidos todos los espacios a los que no tengan acceso personas indiferenciadas y en los que se desarrollen actividades laborales en sentido amplio, sean por cuenta ajena, por cuenta propia o integrantes de profesiones liberales, pudiendo ser oficinas, despachos, consultas, talleres, almacenes y otros locales. En cambio en el concepto de establecimiento o local abierto al público deben incluirse los lugares, físicamente determinados, a los que tengan acceso personas indeterminadas, sin previas características o requisitos, siendo los supuestos más frecuentes las tiendas, comercios, bares, restaurantes y otros lugares donde se realicen actividades de venta o suministro.

La comisión del delito, respecto de los locales o establecimientos abiertos al público, exige que la conducta típica se realice fuera de las horas de apertura, por lo que será necesario constatar la existencia de tal horario, con especial relevancia sobre el dolo del sujeto activo.

La conducta típica del tipo agravado del inciso segundo es idéntica a la ya comentada en el artículo anterior.

D) TIPO SUBJETIVO

679

La única cuestión relevante se presenta respecto de la introducción o permanencia en local o establecimiento abiertos al público, pues será necesario constatar que el dolo del sujeto activo, directo o eventual, abarca la circunstancia de que está realizando el comportamiento fuera de las horas de apertura al público.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO Y JUSTIFICACION

Presentan los mismos problemas que el artículo anterior.

190

UTILIZACIÓN DE LA IMAGEN O NOMBRE DE OTRO

El que utilizare por cualquier medio la imagen o nombre de otra persona, sin su consentimiento, con fines periodísticos, artísticos, comerciales o publicitarios, será sancionado con multa de treinta a cien días multa.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Está definido en los artículos 2 y 36 de la Constitución, en cuanto que el derecho a la propia imagen y al nombre son aspectos propios de la dignidad de la persona, como reconocimiento que el derecho realiza respecto de la pertenencia a la especie humana.

B) SUJETOS

Es un delito común que puede ser realizado por cualquier persona.

El Código Penal no hace exclusión, respecto del sujeto pasivo, entre personas físicas y personas jurídicas y, teniendo nombre e imagen las personas jurídicas, también pueden ser objeto de protección.

C) CONDUCTA TIPICA

Se castiga utilizar por cualquier medio la imagen o nombre de otra persona sin su consentimiento.

680 No cualquier utilización será constitutiva de delito, sino tan solo aquellas que, a la vista del bien jurídico protegido, tengan entidad suficiente para poner en peligro el derecho de cada persona a su propia imagen o a la tenencia y uso de su propio nombre. La determinación de que utilizaciones son típicas deberá ser realizada en cada caso por los Jueces a la vista de la totalidad de las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

El consentimiento de la persona cuya imagen o nombre se utilizan hace atípica la conducta. Este consentimiento deberá ser prestado por persona con capacidad para ello y ha de ser válido y, por tanto, exento de violencia, intimidación o engaño.

D) TIPO SUBJETIVO

El dolo del sujeto activo debe abarcar la totalidad de los elementos del tipo objetivo, entre los que debe destacarse la ausencia de consentimiento válido prestado por el titular del bien jurídico protegido, así como alguno de los elementos subjetivos recogidos en el precepto, pues la conducta sólo es típica cuando se realiza con alguna de las finalidades específicas citadas en la norma: los fines periodísticos, artísticos, comerciales o publicitarios. Estos conceptos deben ser entendidos en su significación ordinaria y la utilización con cualquier otra finalidad hace que la conducta no sea típica por este artículo del Código Penal.

CAPÍTULO III

DISPOSICIÓN COMÚN

191

EXCLUSIÓN DE DELITOS

No son punibles los juicios desfavorables de la crítica política, literaria, artística, histórica, científica, religiosa o profesional; ni los conceptos desfavorables expresados en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho de información, siempre que el modo de proceder o la falta de reserva no demuestren un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de una persona.

Contiene el artículo una disposición aplicable, en principio, a la totalidad del Título VI de este Libro II del Código Penal, pero, sin embargo, el propio texto de la disposición demuestra que su alcance se restringe a aquellos delitos que puedan ser cometidos mediante la formulación de juicios o la emisión de conceptos, unos y otros desfavorables.

681

El artículo es una aplicación específica de la primera circunstancia eximente del artículo 27 del Código, pues, en definitiva, viene a significar que, quien ejerciendo el derecho constitucional de expresar y difundir sus pensamientos, de conformidad con el artículo 6 de la Constitución de la República, expresa juicios desfavorables para la actividad política, literaria, artística, histórica, científica, religiosa o profesional de alguien, no comete delito punible por este Título VI del Libro II del Código, e igualmente, no incurre en delito quien expresa conceptos desfavorables contra alguien en cumplimiento de un deber legal, como puede suceder cuando un juez, en el caso de dictar sentencia, se ve obligado a descalificar la actuación de una persona, como por ejemplo, un testigo que ha incumplido sus deberes, ni tampoco quien actúa en ejercicio legítimo del derecho de información.

Estos comportamientos, aunque no existiera este artículo 191, serían impunes por concurrencia de la dicha circunstancia 1ª del artículo 27 del Código, pero, su existencia y, especialmente, la cláusula final, según la cual sí hay delito cuando el modo de proceder o la falta de reserva muestren un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de una persona, permiten establecer los límites de esta

crítica, cumplimiento de un deber o ejercicio del derecho de información, pues todos ellos deben ser ejercidos legítimamente en su propia órbita. Por tanto, los ataques objetivamente ajenos al ámbito del derecho ejercido serán punibles: así, por ejemplo, un crítico teatral que, en vez de comentar las cualidades o defectos de una obra, dedica su crítica a describir la falta de higiene personal del autor o su avaricia, un abogado que al formular un recurso, en vez de criticar en derecho una resolución judicial, llama torpe o ignorante al juez que la dictó, un periodista que en un artículo llama mamarracho o payaso a una persona, y otros muchos.

TÍTULO VII

DELITOS RELATIVOS A LAS RELACIONES FAMILIARES

CAPÍTULO I

DE LOS MATRIMONIOS ILEGALES

192

MATRIMONIOS ILEGALES

El que contrajere matrimonio ocultando la existencia de un impedimento, será sancionado con prisión de seis meses a un año.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

683

El delito que abre este Capítulo, dedicado a los matrimonios ilegales, da cumplimiento, en la órbita penal, al mandato constitucional de protección estatal a la familia, contenido en el artículo 32, inciso primero, de la Constitución, pero, al mismo tiempo, al iniciar un Título que contiene los delitos relativos a las relaciones familiares, lo hace desde la perspectiva de la familia. Así el bien jurídico protegido es la configuración legal del matrimonio monogámico heterosexual como medio de entrada en una familia y de determinación de un estado civil.

B) SUJETOS

El sujeto activo es la persona que contrae matrimonio, cuando se encuentre en la circunstancia de que en su persona concurra un impedimento. Si el impedimento concurre en ambos contrayentes, los dos cometen este delito, si sólo concurre en uno y el otro contrayente, sabiéndolo, contrae el matrimonio, incurre en responsabilidad como cooperador necesario.

El sujeto pasivo es la sociedad, que es la titular del bien jurídico protegido, pues la familia es la base esencial de ella, como reconoce el artículo 32 de la Constitución.

C) CONDUCTA TIPICA

Consiste en contraer el matrimonio, por tanto, en la realización de los actos que, según el Capítulo III del Código de Familia dan lugar a esta situación, con ocultación del impedimento existente.

Los impedimentos que dan relevancia típica a la conducta de contraer matrimonio son los regulados en los artículos 14 y 15 del Código de Familia, pero si tal impedimento es el regulado en el apartado segundo del artículo 14, es decir, estar ligado por vínculo matrimonial, el delito cometido no es éste sino el de bigamia del artículo siguiente.

D) TIPO SUBJETIVO

El dolo del sujeto activo supone el conocimiento de la existencia del impedimento, y la realización del matrimonio sin ponerlo de manifiesto. Cabe dolo directo y dolo eventual.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

684

La realización de los actos regulados en el artículo 27 del Código de Familia producen la consumación del delito, sin que sea precisa la convivencia de los casados. Son posibles supuestos de tentativa cuando el matrimonio no se ha concluido y también cuando se han realizado los trámites previos.

193

BIGAMIA

El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, sin hallarse legalmente disuelto el anterior, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

Si el matrimonio contraído anteriormente por el bígamo, fuere declarado nulo o se anulare su segundo matrimonio por causa distinta de la bigamia, se extinguirá la acción penal para todos los que hubieren participado en el delito y si hubiere recaído condena, cesará su ejecución y todos sus efectos penales.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Se trata del estado civil matrimonial, concebido como la pertenencia de una persona a una familia a través de la institución matrimonial monogámica. Es un bien jurídico de naturaleza pública, que es indisponible para las personas individuales. En última instancia se viene a proteger el matrimonio monógamo.

B) SUJETOS

Sujeto activo solo puede ser la persona que realiza el comportamiento descrito, estando previamente ligado por un vínculo matrimonial no disuelto, por lo que se trata de un delito especial. La persona con la que se contrae el segundo o ulterior matrimonio no puede ser sujeto activo, pero si conoce la vigencia del anterior matrimonio, responderá como partícipe.

Sujeto pasivo es la colectividad, como depositaria de la necesidad de certeza en las relaciones matrimoniales y en los derechos y obligaciones derivados de ellas.

C) CONDUCTA TIPICA**685**

La conducta típica tiene un presupuesto: la existencia de un matrimonio anterior que no se encuentre disuelto conforme a la ley. Esto convierte el precepto en una ley penal en blanco, pues el supuesto de hecho del delito depende de una realidad fijada en normas de otra naturaleza, que, en este caso, son los relativos al matrimonio y, en el caso de que se cuestione la previa existencia de tal matrimonio, podrá plantearse una cuestión prejudicial civil que deberá ser resuelta por la jurisdicción competente.

El delito exige que tanto el primer matrimonio, que constituye el presupuesto visto, como el segundo o ulterior matrimonio, cuya realización es la conducta típica del precepto, deben ser válidos conforme a sus leyes reguladoras. Este es el sentido del segundo inciso del artículo, según el cual la acción penal en contra de cualquier partícipe en el delito, e, incluso, la responsabilidad civil ya declarada, y todos los efectos penales, quedan extinguidos si el primer matrimonio es declarado nulo o si el segundo fuera anulado por motivo distinto a la bigamia.

D) TIPO SUBJETIVO

El dolo del sujeto activo debe abarcar el conocimiento de la existencia de su anterior matrimonio y de que no está disuelto, así como la voluntad de contraer nuevo matrimonio, siendo posible el dolo directo y el eventual.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación se produce con la realización de las formalidades precisas del segundo matrimonio, con la mutua aceptación de los cónyuges, aunque no es preciso que convivan posteriormente. Cabe la tentativa.

JURISPRUDENCIA.

“No obstante la existencia legal de dicho vínculo entre el acusado y .(X)... aquél contrajo nuevo matrimonio civil con (Y)... se concluye con certeza positiva en la existencia del ilícito de Bigamia”. (T.S. 2° Santa Ana, 06-09-02)

686

“El delito de bigamia ... supone un ataque frontal a la institución familiar, en cuanto que la misma tiene su fundamento en el matrimonio y éste responde en nuestro país, al igual que en la mayoría de los países civilizados, a la concepción monogámica, lo que lleva al legislador a criminalizar y sancionar la conducta del que “contrajere segundo o ulterior matrimonio sin hallarse legítimamente disuelto el anterior”. Al conllevar la celebración del matrimonio un cambio o modificación del “estado civil”, se busca su protección contra el doloso y arbitrario atentado que supone, desentendiéndose del ligamen derivado de unas precedentes nupcias y contrariando la normativa de prohibición e impedimento establecida, abocar en una segunda celebración formal matrimonial, hiriendo y perturbando los normales sentimientos y derechos del primer cónyuge y, caso de buena fe del contrayente no casado, sometiéndole a indudable vejación y ocasionándole serios perjuicios, como consecuencia de un matrimonio sin base jurídica de subsistencia; sintetizándose, ..., como bien jurídico protegido por esta infracción penal, el interés público en asegurar el orden jurídico matrimonial establecido por el Estado..” (T.S. 2° S.S., 31-01-86)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

La regulación del matrimonio en nuestra legislación familiar es determinante para la configuración del delito, de ahí que si el primer matrimonio es de personas del mismo sexo con efectos en el extranjero, a los efectos penales el segundo matrimonio entre hombre y mujer realizado en El Salvador no tiene la calidad de bigamo.

Para lo anterior es de tomar en cuenta lo dispuesto en el Art. 11C. Fam. *que dice: “El matrimonio es la unión legal de un hombre y una mujer, con el fin de establecer una plena y permanente comunidad de vida.”*

Es discutible el problema de la validez del primer matrimonio, algunos entienden que es preciso que el primer matrimonio sea válido sin ser susceptible de ser anulado, en este sentido José Miguel Pratts⁸⁸ sostiene : “Si lo que se pretende proteger es justamente la formalidad jurídico-matrimonial, el interés público en la tutela de una determinada modalidad de vínculo familiar, no parece coherente que se tutelen aquellas que no merecen tal cualificación desde la óptica del derecho privado...para excluir la tipicidad penal debería bastar con que fuese susceptible de ser disuelto legalmente”; otros entienden que el delito se comete sin perjuicio de que el primer matrimonio sea anulable.

Justificación.

Tomando en cuenta que la regulación del matrimonio es de orden público, no siendo el interés de los contrayentes los protegidos sino el sistema jurídico matrimonial, aunque el cónyuge del primer matrimonio lo autorice, no por ello deja de ser penalmente relevante el segundo matrimonio⁸⁹.

Se trata de un delito de estado, por ende la prescripción empieza a contarse desde el momento de la acción.

En las formas de participación también caber quien se casa por poder, Art. 30 C. Fam.

687

Concurso.

Puede concurrir con otros delitos, como el estupro, cuando tal celebración es el medio para engañar y lograr un Acceso Carnal.

194

CELEBRACIÓN DE MATRIMONIO ILEGAL

El Notario o funcionario público que a sabiendas autorizare un matrimonio ilegal, será sancionado con prisión de seis meses a un año e inhabilitación especial por igual período.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Al igual que en el precepto anterior, en última instancia, se trata de proteger el matrimonio en la configuración que le proporcionan sus normas reguladoras.

B) SUJETOS

Sujeto activo sólo pueden ser los Notarios o funcionarios públicos entre cuyas funciones se encuentre el autorizar matrimonios, por lo que es un delito especial propio.

Si los que contraen el matrimonio tienen conocimiento de su ilegalidad, incurren, en su caso, en alguno de los dos preceptos anteriores, pero no son partícipes en el cometido por el Notario o funcionario, como éste no es partícipe en el de ellos, por lo que no le es aplicable la disposición del inciso segundo del artículo 193.

C) CONDUCTA TIPICA

Consiste en la autorización, o lo que es igual, el ejercicio de las funciones atribuidas, para sancionar el matrimonio ilegal. A los efectos de tipicidad carece de toda relevancia cual sea el motivo de contradicción del matrimonio con la legalidad: la existencia de impedimentos, ausencia de requisitos, prohibición legal o cualquier otra.

D) TIPO SUBJETIVO

688 Sólo es posible el dolo directo, pues el precepto exige que el sujeto activo realice el comportamiento a sabiendas, lo que indica conocimiento de la ilegalidad del matrimonio y voluntad de autorizarlo.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La infracción queda consumada con la realización de los actos propios de la autorización del matrimonio por el sujeto activo. Cabe la tentativa.

CAPÍTULO II

DE LOS DELITOS RELATIVOS AL ESTADO FAMILIAR

195

SUPOSICIÓN U OCULTACIÓN DE ESTADO FAMILIAR

El que inscribiere o mandare inscribir en el registro correspondiente un nacimiento inexistente, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.

El que estando obligado por ley a inscribir en el registro respectivo el nacimiento de una persona, omitiere hacerlo con el fin de obtener beneficios económicos, será sancionado con la pena señalada en el inciso anterior.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

689

En éste y en los demás preceptos del Capítulo el bien jurídico protegido es el estado familiar, entendido como el conjunto de consecuencias jurídicas derivadas de la pertenencia a una familia, bien por la relación natural derivada del nacimiento, bien por la relación legal derivada de la adopción. Es un bien jurídico de naturaleza pública, del que no pueden disponer los interesados, por lo que su consentimiento carece de trascendencia.

B) SUJETOS

La conducta activa sancionada en el primer inciso del artículo puede ser cometida por cualquier persona, como autor directo o sirviéndose de otra persona, en cuyo caso será sancionado, él como autor mediato, y su instrumento, en caso de actuación dolosa, como autor directo.

Por contra la conducta omisiva del inciso segundo constituye un delito especial que sólo podrá ser cometido por quien tenga obligación legal de inscribir en el registro un nacimiento, pudiendo responder otras personas como partícipes de la conducta de éste.

Sujeto pasivo en el primer supuesto es la familia, a la que falsamente se atribuye un nacimiento que no ha tenido lugar y, en el segundo caso, el propio nacido cuyo nacimiento ha sido omitido en el registro.

C) CONDUCTA TIPICA

Se trata de sancionar en los dos casos auténticas conductas falsarias especiales, consistentes, la primera, en alterar la verdad registrada al hacer aparecer una inscripción de nacimiento que no corresponde a ninguno verdadero, mientras que la segunda oculta a la verdad registral la existencia de un nacimiento ocurrido.

D) TIPO SUBJETIVO

La primera conducta sólo requiere el dolo, mientras que la modalidad omisiva tan solo es delito cuando el sujeto activo se rija por la finalidad de obtener un beneficio económico, siendo impunes por este artículo todas las omisiones de inscripción de nacimientos realizadas por las personas obligadas por la Ley a llevarlas a cabo si su intención es distinta a la del lucro económico, como puede ocurrir cuando se actúe por motivos de resentimiento, venganza u otros cualesquiera.

690

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

No existe problema en cuanto a la consumación de la primera modalidad, que tendrá lugar cuando hayan quedado completos los actos mediante los cuales el nacimiento inexistente queda registrado, por lo que cabe la tentativa.

La segunda modalidad, omisiva, puede presentar dificultades a la hora de acreditar si se trata de una auténtica omisión de inscripción o de un simple retraso, sancionable en vía disciplinaria. En todo caso el incumplimiento de los correspondientes trámites o plazos será indicativo de la omisión.

F) CONCURSOS

Ambas conductas son ley especial frente a las falsedades comunes, por lo que son de aplicación preferente.

196

SUPLANTACIÓN Y ALTERACIÓN DE ESTADO FAMILIAR

El que al inscribir en el registro correspondiente, suplantare el estado familiar de otro, mediante el cambio de los datos personales o de filiación, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.

El que mediante sustitución de un menor de edad por otro, alterare el estado familiar de éstos, será sancionado con prisión de dos a cuatro años. La sanción será de tres a cinco años de prisión, si uno de los menores hubiere fallecido, o tuviere anormalidades físicas o psíquicas o si la suplantación o alteración se hiciere con fines de adopción.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Tanto en el primer inciso como en el segundo se trata del estado familiar de las personas cuya pertenencia a una familia se ve alterada por la conducta típica.

691

B) SUJETOS

Sujeto activo en ambas modalidades típicas puede ser cualquier persona, mientras que, en todo caso, el sujeto pasivo es doble, pues se alteran o mudan dos estados familiares correspondientes a dos personas, esto es, el que verdaderamente corresponde a una persona, y el que falsamente se le atribuye de otra persona existente.

C) CONDUCTA TIPICA

En todos los supuestos de delito hay una doble alteración, pese a lo cual existe un único delito.

La primera modalidad delictiva supone la existencia de una persona que va a ser inscrita en el registro correspondiente, pero, el sujeto activo, en vez de hacerlo con los datos personales o la filiación correcta, se los niega, atribuyéndole, por contra, otros u otra, correspondientes a otra persona, a quien, por tanto, se le usurpan.

La segunda modalidad supone colocar a un menor en lugar de otro, con lo que a ambos se les introduce en familias a las que no pertenecen.

En una y otra modalidad es indiferente el consentimiento de los integrantes de las familias afectadas y de los propios padres, así como el momento del hecho y las demás circunstancias personales o familiares, salvo aquellas que sirven para agravar la segunda modalidad: que se trate de la sustitución de un menor fallecido por uno vivo, o viceversa o que el sustituido o el sustituto sufran deficiencias físicas o psíquicas o que la finalidad de la conducta fuera la adopción.

D) TIPO SUBJETIVO Y FASES DE EJECUCION DEL DELITO

No presentan especialidades.

197

SIMULACIÓN DE EMBARAZO O PARTO

692 La mujer que fingiere un embarazo o un parto con el propósito de obtener para sí o para el supuesto hijo, derechos que no les corresponden, será sancionada con prisión de seis meses a dos años.

El facultativo o auxiliar de la profesión médica que cooperare a la ejecución de este delito, será sancionado con prisión de seis meses a un año, e inhabilitación especial de la profesión u oficio por igual período.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Se protegen en el presente artículo las relaciones familiares derivadas del nacimiento, es decir, las relaciones de filiación natural. El nacimiento de una persona supone su pertenencia a una familia y el reconocimiento social y jurídico de su estado familiar, mientras que la conducta castigada en este delito crea una apariencia en la que se atribuye a una persona, que no pertenece a una familia, una falsa condición de integrante de la misma.

B) SUJETOS

Sujeto activo tan solo puede ser, en el supuesto del inciso primero, la mujer que se finge embarazada o que finge o simula haber dado a luz, cualquier otra persona podrá ser sancionada como partícipe, pero no como autora.

En la previsión del inciso segundo se castiga, excluyéndolo de la aplicación de las reglas comunes, un acto de cooperación en la conducta realizada por la mujer, y el cooperador ha de ser facultativo o auxiliar de la profesión médica, es decir, médicos generales o especialistas, enfermeros, practicantes, comadronas y otros. Si la cooperación la realizan otras personas, el castigo se rige por las normas generales.

Sujeto pasivo será tanto la familia cuyas relaciones familiares se alteran como, en caso de existir, las propias del nacido al que falsamente se atribuye la pertenencia a una familia.

C) CONDUCTA TIPICA

Admite tanto la ficción del embarazo como la ficción del parto. Por tanto no solo se castiga presentar a un niño producto de un parto que no ha tenido lugar, atribuyéndole un estado familiar que no le corresponde, sino también fingir un estado de gravidez que no existe y presentar a un niño como producto de un parto cuyo fruto ha nacido muerto.

El acto de cooperación sancionado en el inciso segundo es un acto de participación en esta conducta, y no constituye una conducta autónoma, aunque, a efectos de punición, como ya se ha visto, se excluye de las normas generales.

693

D) TIPO SUBJETIVO

La descripción de la conducta típica hace que la misma sólo se pueda realizar con dolo directo, ya que se exige un específico propósito que viene a constituir un elemento subjetivo del tipo, consistente en la intención de obtener para la propia presunta embarazada o madre o para el supuesto hijo unos derechos que, en realidad, no le corresponden.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación supone la realización de los comportamientos tendentes a hacer creíble la falsa situación de embarazo o parto. No se exige que se logre la ficción, ni otro resultado, por lo que es una conducta de mera actividad.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

El delito no se configura si no existe de por medio el objetivo de obtener para sí o del supuesto menor derechos que no corresponden, por ende si la finalidad es ganar el

cariño de otra personas (como cuando se finge el embarazo para que el hombre se case) el delito no se configura.

Siendo un delito de mera actividad, si se realizan actos posteriores como es la inscripción falsa en el registro, habrá concurso de delitos⁹⁰ con la Suposición u Ocultación de Estado Familiar; aunque es de advertir que un sector considera impune este tipo de falsedad⁹¹.

La conducta que se discute puede revestir enormes polémicas sobre todo si la discusión arranca de la consideración de persona desde el momento de la concepción, lo que podría generar en el reclamo de derechos a favor del ser que está por nacer, aunque este no logre nacer.

Puede haber intervención de personal del hospital, aunque no se prevé la responsabilidad imprudente.

198

694

ALTERACIÓN DE FILIACIÓN

El que entregare un hijo o descendiente a otra persona, mediante compensación económica, para establecer una relación análoga a la de la filiación, incumpliendo los requisitos legales de la guarda o adopción, será castigado con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de autoridad parental por el mismo período.

En este caso, la persona que lo recibiere y los intermediarios, serán sancionados con prisión de dos a cuatro años.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es el ya visto, la pertenencia de una persona a una familia mediante la filiación determinada por el nacimiento. Es indiferente que la comisión del delito suponga una mejora objetiva de la situación personal del sujeto pasivo, pues no es admisible que con tal fin esta persona se convierta en el objeto de un intercambio comercial.

B) SUJETOS

Es preciso que el sujeto activo sea padre, madre o ascendiente, sin distinción de grado, del sujeto pasivo, que ha de ser, por tanto, hijo o descendiente por naturaleza de aquel, resultando indiferente que sea menor o mayor de edad, con tal de que, en este último caso, sea incapaz de manifestar su filiación.

C) CONDUCTA TIPICA

Es entregar al sujeto pasivo mediante compensación económica, comportamiento que, si no repugnara aplicado a seres humanos, se podría definir perfectamente como de compraventa. Se trata, por tanto, de un traspaso material de la persona del sujeto pasivo.

La compensación económica ha de suponer que el sujeto activo reciba para sí o para otro una cantidad de dinero o disfrute de otra ventaja de naturaleza económica, en los mismos términos.

Es igualmente punible la conducta de las personas que reciben al sujeto pasivo a consecuencia de la transacción, así como la de los que intermedian en la misma. La trascendencia de la mención es que, de no existir, tales personas serían sancionados como partícipes de la conducta realizada por el padre o ascendiente, con pena no mayor que la de éstos, mientras que, ahora, como autores de una conducta propia, se les sanciona con pena superior a la prevista para los que entregan el sujeto pasivo, excepto en la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de autoridad parental, que no se les puede imponer, pues carecen del mismo.

695**D) TIPO SUBJETIVO**

Es necesaria la presencia de un elemento subjetivo que, aunque la ley lo exige solo en el inciso primero, dada la situación, deberá concurrir también en la conducta sancionada en el inciso segundo. La entrega del sujeto pasivo mediante compensación debe encontrarse dirigida a que el receptor establezca con él una relación “análoga a la de filiación, incumpliendo los requisitos legales de la guarda o de la adopción”. La exigencia de que los responsables criminalmente sean conscientes de este término hace que el delito sólo se pueda cometer con dolo directo.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Queda consumada la infracción con el traspaso físico del sujeto pasivo, por lo que caben supuestos de tentativa, antes de que esta se produzca.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Si no hay compensación económica como medio para el accionar el delito nos se configura; tampoco lo habría, aunque hubiera compensación económica si se cumplen los procedimientos legales de guarda y adopción⁹².

Si es llevada por medio de falsedades documentales puede haber concurso de delitos; de realizarse la inscripción en el registro familiar puede darse el delito de Suplantación o Alteración del Estado Familiar en tanto que se cambian los verdaderos datos de la filiación.

La consumación del delito requiere de entre sus elementos la compensación económica, de ahí que si el pago se difiere, también se difiere la consumación; en ese ínterin son posibles los estadios de realización imperfecta del tipo.

CAPÍTULO III

DE LOS ATENTADOS CONTRA DERECHOS Y DEBERES FAMILIARES

199

ABANDONO Y DESAMPARO DE PERSONA

El que teniendo deber legal de velar por un menor de dieciocho años o una persona incapaz de proveerse por sí misma, los abandonare poniendo en peligro su vida o su integridad personal, o los colocale en situación de desamparo, será sancionado con prisión de uno a tres años.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Aunque se puede sostener que el bien jurídico protegido es la prestación de los deberes de protección a los menores o incapaces, por quien tiene obligación legal, la descripción legal, claramente en los casos de existencia de peligro para la vida o la integridad personal, y de manera más matizada en los supuestos de desamparo, obliga a afirmar que el bien jurídico protegido es la vida o integridad personal del menor o incapaz, pues el tipo se configura como una infracción de peligro para estos bienes jurídicos.

697

B) SUJETOS

Sujeto activo sólo puede ser quien, en virtud de norma jurídica, se encuentre en situación de velar por el menor o incapaz, o lo que es igual, se encuentre encargado de él. No se incluye en el círculo de sujetos activos a quienes se encuentren encargados del menor o incapaz por una mera situación de hecho, sino que es precisa la existencia de un deber basado en una norma jurídica. De este modo nos encontramos ante un delito especial.

Sujeto pasivo es quien tenga edad cronológica inferior a dieciocho años y quien carezca de capacidad para prestarse a sí mismo la asistencia necesaria para atender a sus necesidades vitales en cuanto a alimentación, vestuario, higiene y alojamiento, sin que el tipo exija que se haya producido un pronunciamiento judicial en este sentido.

C) CONDUCTA TIPICA

Admite dos posibilidades:

- a) El abandono del menor o incapaz que ponga en peligro su vida o integridad personal, debiendo entenderse por abandono cualquier conducta que aparte al sujeto pasivo del ámbito de cuidado personal a cuya prestación está obligado por título legal el sujeto activo, significando, en definitiva, dejar al sujeto pasivo a su propia suerte, ya que se trata del abandono de la persona, no de mantener físicamente al sujeto pasivo junto al sujeto activo y no prestarle las atenciones debidas. La conducta típica reclama la existencia de peligro, por tanto, posibilidad relevante de producción de resultados dañosos, para la vida o integridad personal del sujeto pasivo.
- b) Poner al menor o incapaz en situación de desamparo. Deben entenderse castigados en esta conducta aquellos comportamientos en los que el sujeto activo no abandona al sujeto pasivo, es decir, no le coloca físicamente al margen de su entorno habitual, sino que, manteniéndole en él, no le presta la asistencia necesaria para asegurar su subsistencia y la satisfacción de sus necesidades mínimas, a las que por si mismo no puede atender, lo que justifica la situación de protección a la que se encuentra sometido y que determina su situación de desamparo.

698

D) TIPO SUBJETIVO

No existe especialidad ninguna, salvo la expresa necesidad de que, en la primera conducta, el dolo del sujeto activo, abarque la situación de peligro para la vida o integridad personal del sujeto pasivo.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

El tipo queda consumado con la existencia de peligro para la vida o integridad personal del sujeto pasivo o con la existencia de la situación de desamparo. Se trata así de un delito de resultado peligro y cabe la tentativa cuando este resultado no se haya producido.

F) CONCURSOS

La puesta en peligro para la vida de una persona supone una tentativa de homicidio, por lo que el hecho deberá ser sancionado mediante la aplicación del artículo 7, a través de un concurso aparente de normas penales.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Las modalidades comisivas lo son el abandono y el desamparo, la primera conlleva un traslado o alejamiento del sujeto activo respecto de la víctima haciendo imposible con ello la propia ayuda; en el segundo además de lo anterior se quita o impide cualquier ayuda ajena; así el primer caso se daría cuando la madre deja de amamantar a su bebé, y en el segundo cuando lo deja en un bosque con la imposibilidad de ser auxiliado por terceros⁹³.

De relevante importancia es el caso de cuando el resultado de peligro se concreta en la efectiva lesión de la vida o de la integridad física; partiendo del papel de garante sería aplicable el homicidio o las lesiones en comisión por omisión, pero el abandono ya no entra en concurso de delitos, siendo ello un concurso aparente.

La tentativa podría operar en cuanto de darse el abandono o desamparo surja un curso salvador ante la intervención excepcional de un tercero.

“La acusada ... no tiene el deber legal del cuidado y protección de sus hijos por padecer de una enfermedad mental ...al contrario por su enajenación mental es una persona incapaz quien debe de estar bajo el cuidado y protección de sus familiares, ... la acusada se encuentra bajo la protección de su madre ... no existiendo disposición legal en nuestro ordenamiento jurídico que ordene que un incapaz a consecuencia de una enajenación mental tiene el deber de cuidado y protección de sus hijos... la acción ejecutada por la acusada es Atípica.” (T.S. Sensuntepeque, 20-02-02)

699

200**VIOLENCIA INTRAFAMILIAR**

El que ejerciere violencia sobre su cónyuge o sobre la persona con quien conviviere maritalmente o sobre sus hijos o los hijos de aquellos, sujetos a la autoridad parental, pupilo menor o incapaz sometido a su tutela o guarda o en sus ascendientes, por medio de actos que no tengan una pena mayor señalada en este Código, será sancionado con prisión de seis meses a un año.

En estos casos se aplicará previamente la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar.

(4)

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido no es aquí la salud o la integridad personal, que son protegidos en los delitos de lesiones, como lo demuestra la ubicación del precepto y el hecho de que no se haga mención a los resultados, si los hay, del uso de la violencia, por lo que el bien jurídico protegido es la dignidad de las personas en el seno de la familia y su derecho a no ser sometidos a tratos inhumanos y degradantes.

B) SUJETOS

Es un delito especial propio, pues solo lo pueden cometer como sujetos activos los que estén ligados al sujeto pasivo por la relación definida en la ley: matrimonio, convivencia marital, filiación, tutela o guarda o ascendencia, con el sujeto activo, su cónyuge o conviviente.

C) CONDUCTA TIPICA

700 El tipo solo requiere ejercer violencia, física o mental, aunque no se produzca ningún resultado. El concepto de violencia no recibe otras cualificaciones, ya que no se exige que sea habitual o que tenga otra relevancia, y por tanto, sin perjuicio del concepto de Violencia Intrafamiliar contenido en el artículo 3 de la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar, para evitar sancionar como delito conductas insignificantes, es preciso que la violencia ejercida por el sujeto activo tenga suficiente trascendencia para afectar al bien jurídico protegido y, así, debe ser capaz de afectar a la dignidad de los demás integrantes del ámbito familiar.

La mención a que la violencia se realice “por medio de actos que no tengan una pena mayor señalada en este artículo” constituye una cláusula de subsidiariedad expresa, que ha de ser interpretada en el sentido de que si los actos violentos realizados por el sujeto activo son castigados en otro lugar del Código Penal con penas mayores a las previstas en este artículo, deben aplicarse tales preceptos en concurso real con este artículo 200.

D) TIPO SUBJETIVO

El dolo requiere conocimiento de la relación definida en la ley. No parecen posibles las formas imperfectas, bastando el ejercicio de la violencia para la consumación del hecho.

E) CONCURSOS

Si la violencia ejercida tiene resultados lesivos para la vida o la integridad del sujeto pasivo, se produce el correspondiente concurso real de delitos con los tipos de homicidio o lesiones.

F) NORMA PROCESAL

El inciso segundo del artículo declara de previa aplicación la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar, en correspondencia con el artículo 41 de esta Ley, que prevé la suspensión del proceso penal a favor del establecido en la propia Ley Contra la Violencia Intrafamiliar y aunque el artículo 4 de la propia Norma declare que la sanciones que prevé no obstaculizarán la responsabilidad penal. Este óbice procesal es criticable, pues supone un obstáculo para el ejercicio del ius puniendi del Estado en materias especialmente complejas.

De conformidad con el artículo 42 de la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar, en caso de dictarse sentencia condenatoria por delito grave cometido por personas y en hechos sujetos a tal Ley, se impondrán como sanciones accesorias las medidas previstas en la Ley.

701**NOTA DE ACTUALIZACIÓN.**

Sobre el tema en discusión el Art. 3 de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar dispone: “Constituye violencia intrafamiliar, cualquier acción u omisión, directa o indirecta que cause daño, sufrimiento físico, sexual, psicológico o muerte a las personas integrantes de la familia”.

La disposición legal transcrita en esencia trasciende el contenido del delito, en tanto que si los efectos implican delitos graves a la integridad física o de contenido sexual, ya no resulta aplicable el Art. 200 CP. sino otros como la Violación, Lesiones Graves, siendo agravados por el mismo parentesco.

En el fondo atendiendo a la parte final del inciso primero es un delito residual, siendo aplicable el principio de subsidiariedad a que se refiere el Art. 7 CP.

201

INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA ECONÓMICA

El padre, adoptante o tutor de un menor de dieciocho años o de persona desvalida que deliberadamente omitiere, prestar los medios indispensables de subsistencia a que estuviere obligado, mediando sentencia civil definitiva ejecutoriada, convenio celebrado en la Procuraduría General de la República o fuera de ella, será sancionado con diez a treinta jornadas semanales de trabajo de utilidad pública.

Si para eludir el cumplimiento de la obligación alimentaria traspasare bienes o se valiere de cualquier medio fraudulento, la sanción será de seis meses a un año de prisión.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

702 Se trata del derecho del menor de edad o de la persona desvalida a percibir los medios indispensables de subsistencia, debiendo entenderse por éstos los necesarios a su alimentación, vestido, alojamiento, higiene, sanidad y educación.

B) SUJETOS

Es preciso que el sujeto activo y el sujeto pasivo se encuentren unidos por la relación que describe el tipo, que, de este modo, viene a ser un presupuesto de la conducta típica y, además, se requiere que el sujeto pasivo sea menor de dieciocho años de edad o desvalido, en el sentido que se dirá después.

El sujeto activo debe ser padre, por naturaleza o por adopción, o tutor del sujeto pasivo, excluyéndose cualquier otro posible sujeto activo, de modo que estamos ante un delito especial. La determinación de estas cualidades se realizará por aplicación de las reglas civiles.

El sujeto pasivo ha de ser hijo, por naturaleza o adopción, o pupilo del sujeto activo y, además, debe tener menos de dieciocho años de edad o, aun teniendo más de tal edad, encontrarse en situación de desvalimiento, es decir, en incapacidad de lograr por si mismo atender a sus necesidades esenciales.

C) CONDUCTA TIPICA

Estamos ante un delito que, en lo referente al primer inciso, regulador del tipo básico, es de pura omisión, pues la conducta se contrae a un no hacer: no prestar los medios indispensables de subsistencia a los que el sujeto activo estuviese obligado en virtud de sentencia ejecutoria o convenio. Es esencial que el incumplimiento del sujeto activo se refiera a una prestación establecida en la sentencia civil definitiva ejecutoriada o en alguno de los convenios que cita el artículo.

En el segundo inciso se contempla un supuesto específico de alzamiento de bienes que, si es un tipo agravado respecto del inciso anterior, viene a ser un privilegio respecto del tipo ordinario de alzamiento de bienes del artículo 241, exigiéndose aquí el uso de cualquier medio fraudulento para evitar el cumplimiento de la obligación.

Como demuestra la dicción de la excusa absolutoria del artículo 206, apartado a), se trata en ambos supuestos de una obligación económica familiar.

No se castiga en el presente artículo el incumplimiento de obligaciones dirigidas a personas distintas de hijos o pupilos menores o desvalidos y, característicamente, de cónyuges.

703**D) TIPO SUBJETIVO**

Solo es posible el dolo directo, como establece la ley al exigir que el incumplimiento del sujeto activo sea deliberado, lo que significa, en primer lugar, que debe tener posibilidad de prestar los medios indispensables de subsistencia que se le reclaman en la sentencia o convenio y, en segundo lugar que, conociendo tal obligación y pudiendo cumplirla, elige conscientemente no hacerlo.

La finalidad de esta exigencia es evitar que el tipo se convierta en un supuesto de prisión por deudas.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

El hecho queda consumado cuando el sujeto activo no cumple en el momento o plazo señalado la obligación de prestación de los medios ya citados, por lo que no parece posible aplicar formas imperfectas de ejecución.

F) PENALIDAD

Es de aplicación a este artículo la excusa absolutoria contenida en el artículo 206, apartado a).

JURISPRUDENCIA.

“El delito en discusión es un delito de omisión propia, en tanto que basta para su consumación el incumplimiento deliberado de la obligación alimenticia, sin que se exija un resultado, el que constituye un elemento esencial para la consideración del delito de omisión impropia.

En el marco de lo expuesto la tipicidad penal del delito en análisis requiere 1) la existencia de una obligación de efectuar una prestación alimenticia; 2) ausencia de la acción mandada, es de decir ausencia de la prestación alimenticia; 3) Capacidad de realización de la acción.” (T.S. 6° S.S., 17-04-01)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

704 Cuando la disposición legal refiere a los medios indispensables de subsistencia, no debe entenderse exclusivamente a los alimentos entendidos en sentido estricto, sino en el amplio tal y como lo dispone el Art. 247 C. Fam., que al respecto dice: “Son alimentos las prestaciones que permiten satisfacer las necesidades de sustento, habitación, vestido, conservación de la salud y educación del alimentario”.

A primera vista pudiera visualizarse el contenido de la conducta como una situación de una simple deudas, entrando en discusión la prisión por deudas.

Debemos indicar dos aspectos por un lado la pena del delito no es prisión, por otro aunque si bien de por medio hay una deuda, hay incumplimiento de una obligación de suministrar los medios indispensables para su desarrollo integral. Un menor tiene derecho a una buena salud, educación, vestimenta, que son los que lo ponen a futuro en una mejor condición para enfrentar la vida.

Distinto es el tratamiento que daríamos a una deuda cuyo incumplimiento sólo afecta el patrimonio; en el delito en cuestión el incumplimiento trasciende de lo económico, y por esta razón el bien jurídico afectado no es el patrimonio.

En armonía con lo antes expuesto el Art. 7.7 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos dice: “Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los

mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios”.

202

SEPARACIÓN INDEBIDA DE MENOR O INCAPAZ

El que teniendo a su cargo la crianza o educación de un menor de edad o incapaz, lo entregare a un tercero o a un establecimiento público sin la anuencia de quien se lo hubiere confiado o de la autoridad en su defecto, será sancionado con prisión de seis meses a un año.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es el conjunto de potestades relativas al mantenimiento del menor y del incapaz, en su sentido amplio de alimentación, vestuario, higiene, sanidad y educación.

705

B) SUJETOS

Sujeto activo sólo puede ser la persona que ha recibido de la persona a quien corresponden originalmente y que, por tanto, puede encomendar su ejecución a otro, las potestades pertinentes para la crianza y educación del menor o incapaz.

Sujeto pasivo es el propio menor o incapaz y también el original depositario de las potestades relativas a la crianza y educación del menor, pues la acción típica supone la ruptura con el correcto ejercicio de las mismas, al ser traspasadas indebidamente a otra persona o institución.

C) CONDUCTA TIPICA

Consiste en un traslado físico de la persona del menor o incapaz, que, de encontrarse en el ámbito del sujeto activo es llevado por acción dependiente de la voluntad de éste, al ámbito de otra persona o institución. La tipicidad exige que esta entrega se haya realizado sin el consentimiento del original depositario legal de las potestades pertinentes para la crianza o educación del menor o incapaz, siendo posibles casos en los que éste no preste su anuencia por ignorar completamente la entrega y, también, otros en los que se le notifique tal entrega y no preste su consentimiento.

D) TIPO SUBJETIVO

El dolo debe abarcar todos los elementos, y, especialmente, la falta de consentimiento de quien confió al sujeto activo al menor o incapaz.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Este es un delito de resultado, consistente en la ubicación física del menor en poder de una persona o establecimiento distinta de aquella a la que había sido confiado, por lo que, antes de que se produzca esta ubicación, caben formas imperfectas de ejecución.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.***Concursos.***

Si como resultado de la separación acaece por ejemplo muerte o lesiones por inanición en el menor o como derivado de la acción de un tercero, resultará aplicable ya sea el delito de lesiones o según el caso el homicidio en comisión por omisión en el primer supuesto; y complicidad en el segundo. Si tuviera como finalidad un atentado contra la libertad serán aplicables las reglas del delito de privación de libertad o el secuestro según el caso.

706

203

INDUCCIÓN AL ABANDONO

El que indujere a un menor de dieciocho años de edad a abandonar la casa de sus padres, tutores o encargados del cuidado personal, será sancionado con prisión de seis meses a un año.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

El delito produce una alteración de la situación personal del menor de edad, realizada por él mismo a causa de la inducción ajena, sin embargo, el punto central del delito se halla en que esta mutación impide a los titulares de la patria potestad, la tutela o el cuidado personal, el correcto ejercicio de las funciones que tienen atribuida para mejor protección del menor y, por eso, estas funciones son el bien jurídico protegido.

B) SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquiera y sujeto pasivo serán los padres, tutores o encargados del cuidado de la persona del menor.

C) CONDUCTA TIPICA

La conducta es descrita en la ley como inducción, sin embargo, de la inducción definida en el artículo 35 del propio Código la separa el hecho de que la instigación en general debe producirse respecto de una persona criminalmente responsable, mientras que, en el presente caso, el menor no lo es, por lo que es más correcto admitir que aquí el sujeto activo se sirve del menor como instrumento no imputable, para la comisión del delito. Si la inducción se produce respecto de un incapaz que sea mayor de edad, el comportamiento no es típico por este precepto.

No se trata, técnicamente, de un supuesto de participación en un hecho delictivo ajeno, porque la conducta del menor es impune, de modo que, en realidad, se trata de un auténtico delito autónomo.

D) TIPO SUBJETIVO**707**

No contiene especialidad ninguna, excepto que la inducción, que tiene que ser directa, es, evidentemente, una conducta intencional, que sólo puede ser llevada a cabo con dolo directo.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Al no ser una inducción en el sentido técnico, no es preciso que el menor abandone el domicilio de sus padres, tutor o guardador para que la infracción esté consumada y, por lo tanto, en los casos en los que el sujeto haya realizado la persuasión y no haya logrado convencer al menor o cuando, habiendo convencido a éste, no se haya abandonado todavía el hogar, procederá el castigo por tentativa.

F) PENALIDAD

Es de aplicación a este precepto la excusa absolutoria regulada en el artículo 206, apartado b). En realidad no se trata de una excusa absolutoria, pareciendo más bien una aplicación específica del estado de necesidad, pues, a diferencia de la excusa del apartado a), aplicable al artículo 201, en la que se requiere un comportamiento del autor del hecho posterior a la consumación, en el presente caso se trata de establecer

una valoración judicial de las motivaciones del sujeto activo en el momento de la comisión del delito.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Debemos entender que la inducción debe ser directa y eficaz, en tal sentido si el menor ya estaba decidido a realizarla, no puede considerarse típica la conducta; en el marco de la teoría de la imputación objetiva el resultado no sería atribuible a la acción de querer inducir.

Aunque de lege ferenda debería comprenderse el caso de los incapaces, el tipo no lo contempla, por lo que ante tal hecho no habrá tipicidad.

Constituye un delito de resultado materializado en el abandono por el menor⁹⁴, por tal razón de no darse ello el delito es en grado de tentativa; cabe advertir que un sector estima que de no darse el abandono la conducta de abandono habría atipicidad⁹⁵.

En nuestro sentir es de hacer dos distinciones: si los actos de inducción no influyen psíquicamente en el menor no hay delito, si influyen, pero por razones ajenas al menor el resultado no se produce, como cuando es detenido al salir y por ello no abandona, el delito será tentado.

708

204

ABUSO DEL DERECHO DE CORRECCIÓN

El que en ejercicio del derecho de corrección de un menor abusare de tal derecho, con evidente perjuicio material o moral de dicho menor, será sancionado con prisión de seis meses a un año.

Igual sanción se aplicará a cualquier persona, que con abuso de los medios de corrección, causare perjuicio a un menor que se hallare sometido a su autoridad, educación, cuidado o vigilancia o que se encontrare bajo su dirección con motivo de su profesión u oficio.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Básicamente es el correcto ejercicio de las potestades que el artículo 215 del Código de Familia otorga a los padres y a las madres y que el artículo 314 del mismo Texto otorga a los tutores, así como el correcto ejercicio de las mismas facultades de corrección existentes en favor de los maestros o profesores u otras personas que puedan ejercer autoridad sobre los menores por alguno de los motivos que cita la ley.

B) SUJETOS

Sujeto activo sólo pueden ser, en el inciso primero, aquellas personas que, en virtud de una norma jurídica, sean titulares de un derecho de corrección sobre un menor, mientras que, en el inciso segundo, serán personas relacionadas con el sujeto pasivo por alguno de los motivos citados.

El sujeto pasivo ha de ser persona menor de edad, relacionada con el sujeto activo de la forma vista.

C) CONDUCTA TIPICA**709**

En el primer inciso se sanciona el abuso del derecho de corrección, mientras que en el segundo se castiga el abuso de los medios de corrección, distinción que no pasa de ser semántica, pues la ley, en el primer caso, está pensando en situaciones consagradas legalmente, mientras que en el segundo se trata de situaciones de hecho, no necesariamente apoyadas por una norma jurídica en cuanto a la posibilidad de corregir al menor, pero en las que la situación puede forzar a tener que hacerlo.

El criterio rector del ordenamiento jurídico ha de ser, en todo caso, el del mayor bien del menor, por lo que, para aplicar este precepto, en primer lugar, debe existir una situación que, rectamente considerada por el juzgador, justifique la corrección del menor, pues, en otro caso, no se puede sostener que la conducta se realice en ejercicio del derecho de corrección, como dice el inciso primero, pero, como de conformidad con el artículo 215 del Código de Familia, tal corrección ha de ser adecuada y moderada, para que la conducta sea sancionable ha de exceder de esta adecuación y moderación.

En el supuesto de que la conducta del sujeto activo haya producido lesiones al sujeto pasivo, como tal comportamiento nunca puede ser encuadrable en el derecho o medios de corrección, el adecuado encaje de la conducta no se encuentra en este precepto, sino en las infracciones contra la salud.

D) TIPO SUBJETIVO

Nos encontramos ante un delito doloso, por lo que el sujeto activo debe ser consciente, no solo de que ejerce un derecho de corrección o de que es titular de facultades de corrección, sino, además, del exceso o abuso en el que incurre, por lo que el artículo no castiga una especie de imprudencia en el ejercicio de tal derecho o facultad, sino una conducta plenamente consciente.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

El primer inciso exige como resultado el evidente perjuicio material o moral del menor, mientras que el segundo inciso exige como resultado el perjuicio, que no es preciso que sea evidente, pudiendo ser de cualquier clase.

Los supuestos de tentativa tendrán lugar cuando no se haya producido el perjuicio dicho.

JURISPRUDENCIA.

- 710** Si bien los padres de familia en el marco del derecho de corrección pueden realizar actos de castigo en sus hijos, ello no implica una permisión para realizar actos que impliquen un evidente abuso. (T.S. 6° S.S., 07-03-00)

205

EXPLOTACIÓN DE LA MENDICIDAD

El que utilizare o prestare a un menor de dieciocho años de edad para la práctica de la mendicidad, será sancionado con quince a treinta jornadas semanales de trabajo de utilidad pública.

Si para este mismo fin se traficare con menores de dieciocho años, se empleare con ellos violencia o se les suministrare sustancias perjudiciales para la salud, la sanción será de uno a tres años de prisión.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Con carácter general el bien jurídico protegido es la dignidad personal del menor, que es vulnerada cuando otra persona se sirve de su persona para excitar la compasión ajena. Además en el segundo inciso se protege la libertad del menor, cuando se emplea violencia, y la salud, cuando se le suministran sustancias perjudiciales para la misma.

B) SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquiera, bastando la realización de la conducta típica.

El sujeto pasivo es la persona con edad cronológica inferior a dieciocho años.

C) CONDUCTA TIPICA

En el tipo básico, contenido en el inciso primero, su definición es alternativa, pues se comete, en primer lugar, cuando se utiliza directamente al menor, con lo que se castiga tanto a quien hace que el menor ejerza la mendicidad, como a quien la ejerce por sí, usando al menor como reclamo de la piedad y, en segundo lugar, cuando se presta al menor, lo que castiga a quien entrega el menor a otra persona para que lo utilice de la forma ya comentada. Por mendicidad ha de entenderse la actividad de solicitar de otros, por compasión u otro motivo, la entrega de dinero o cosas, debiendo entenderse castigados también los supuestos de mendicidad encubierta, como la guarda de vehículos, la limpieza de sus parabrisas y demás, siempre que la diferencia entre el servicio prestado y la retribución buscada o lograda sea desproporcionada.

711

En el tipo agravado del inciso segundo se sanciona el tráfico o entrega a otro del menor para la mendicidad, mediante contraprestación, el uso de violencia o intimidación para determinar al menor a realizar los actos de mendicidad, y el suministrarle sustancias capaces de producir resultados negativos para su salud, sin que sea necesaria la efectiva alteración de ésta.

D) TIPO SUBJETIVO

No tiene especialidades, salvo en el caso de entrega para la práctica de la mendicidad, en el que el sujeto activo debe ser consciente de este extremo.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

El tipo queda consumado cuando se ejerce la mendicidad, o cuando se presta el menor, siendo posibles casos de tentativa, cuando no se llega a practicar actos de mendicidad o cuando no se produce la entrega física del menor, respectivamente.

F) CONCURSOS

Si el uso de la violencia o el suministro de sustancias produce alteración en la salud del sujeto pasivo, se producirá un concurso real de delitos con los tipos correspondientes contra la salud o contra la vida.

JURISPRUDENCIA.

“...La dignidad de los menores o incapaces resulta esencialmente perjudicada cuando son instrumentalizados y se les dedica a la recaudación de dinero, mendigando, en beneficio de los mayores que se aprovechan con su explotación...”
(T.S. 2º S.S., 17-31-00)

CAPÍTULO IV

DISPOSICIÓN COMÚN

206

EXCUSA ABSOLUTORIA

En los casos de los artículos 201 y 203, quedarán exentos de pena:

- 1) El que pagare los alimentos debidos; y,**
- 2) El que a juicio prudencial del Juez hubiere tenido razón justificada en beneficio del menor para inducirlo al abandono.**

El comentario al presente precepto ha sido realizado en los apartados correspondientes de los artículos 201 y 203.

713

Art. 23.- Refórmase el numeral 1) del Art. 206, así:

“1) El que pagare los alimentos debidos. Esta excusa absolutoria solo podrá otorgarse una sola vez a una misma persona y únicamente comprende la excepción de la pena de prisión.”

TÍTULO VIII

DE LOS DELITOS RELATIVOS AL PATRIMONIO

CAPÍTULO I

DEL HURTO

207

HURTO

El que con ánimo de lucro para sí o para un tercero, se apoderare de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, sustrayéndola de quien la tuviere en su poder, será sancionado con prisión de dos a cinco años, si el valor de la cosa hurtada fuere mayor de doscientos colones. (9)

714

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Aunque una postura minoritaria sostiene que es la posesión e, indirectamente, la propiedad, la posición mayoritaria entiende que el bien jurídico protegido en el delito de hurto es la propiedad, básicamente porque, a la vista del artículo 207, el objeto material del delito debe ser total o parcialmente ajeno al sujeto activo.

La propiedad ha sido definida como la relación de una persona sobre una cosa, que concede al titular todas las facultades sobre ella, o como el contenido económico y jurídico de ese derecho. El derecho de propiedad sobre una cosa no desaparece por la comisión del delito, ya que el propietario lo sigue siendo, integrándose, además, entre sus facultades, la de recuperar el objeto. Con el delito el dueño de la cose se ve impedido para ejercitar las facultades que le concede el derecho del que es titular sobre la cosa.

B) SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquiera, menos el dueño único de la cosa, por lo que se trata de un delito común. Puede ser sujeto activo el copropietario, en cuanto sustraiga algo parcialmente ajeno.

Sujeto pasivo es el titular del derecho lesionado, el dueño de la cosa, tenga o no el objeto en su posesión, pues el objeto puede estar en poder de un servidor de la posesión.

C) CONDUCTA TIPICA

Es común al hurto y al robo. Ambos preceptos se refieren a un comportamiento propio y activo de desplazamiento físico de la cosa objeto del delito desde el patrimonio del sujeto pasivo al del sujeto activo, aunque no es preciso que el objeto material esté en poder del propietario, pudiendo estar en poder de otra persona, por el previo ejercicio de sus facultades por el dueño.

Esta conducta típica diferencia los delitos de apoderamiento que estamos viendo de los de defraudación, cuyo paradigma es el delito de estafa del artículo 215, en los que la cosa pasa del patrimonio del sujeto pasivo al del sujeto activo por un acto de aquel, que realiza engañado; igualmente, los diferencia del delito de apropiación o retención indebidas, del artículo 217, en el que no hay desplazamiento físico del objeto del delito porque el sujeto activo ya lo tenía con anterioridad.

El desplazamiento físico en el que consiste la conducta típica, tiene que ser realizado por el sujeto activo, lo que no es igual a que esta persona tenga que tocar la cosa con su propia mano, el sujeto activo puede servirse de otras personas, de animales o de medios físicos, mecánicos o químicos, siempre que exista el desplazamiento físico y se pueda decir que ha sido gobernado por el sujeto activo. Así, por ejemplo, si se usan fuerzas naturales, como el magnetismo o la energía eólica, o si se utilizan animales, como pueden ser perros, amaestrados para que se apoderen de objetos, como pueden ser bolsos u otros efectos o cuando se usa a otras personas como instrumentos para la comisión del hecho.

715

Para que haya hurto y no robo es necesario que en la conducta que se acaba de describir no concurra violencia en las personas.

D) OBJETO MATERIAL

Es la cosa mueble, total o parcialmente ajena, que, además, debe tener valor económico, al tratarse de un delito contra el patrimonio.

1. Cosa. El concepto de cosa utilizado en el delito de hurto es distinto al admitido en el Derecho civil, siendo una manifestación de la autonomía con la que el Derecho penal fija los conceptos. Según el artículo 562 del Código Civil, son cosas muebles las cosas corporales y los derechos no definidos como inmuebles en el artículo anterior. El Derecho

penal no puede aceptar este concepto, porque en el delito de hurto, la cosa es el objeto material del delito y sobre ella debe recaer la acción típica, por lo que, al ser esta un traspaso físico, es necesario que la cosa sea material, que tenga entidad física, de tal modo que pueda ser traspasada de un ámbito de poder a otro, de este modo, a efectos del derecho penal, los derechos no son cosas muebles. Igualmente, las energías, por ejemplo, la electricidad, sólo pueden ser cosa a efectos del tipo básico de hurto cuando están envasadas, como ocurre con una batería eléctrica, al recaer sobre el recipiente el apoderamiento, de no estar envasadas su uso indebido se castiga en el tipo especial de hurto del artículo 211. El mismo razonamiento es aplicable a los fluidos, como los gases.

2. Mueble. Para ser objeto del delito de hurto la cosa tiene que ser susceptible de ser traspasadas de un patrimonio a otro, y, en este sentido, se dice que tiene que ser mueble, porque sólo las cosas muebles pasan físicamente de un patrimonio a otro, no admitiendo tampoco el Derecho penal el concepto civil de mueble, en la medida en la que englobe objetos no susceptibles del traslado dicho. De este modo el concepto penal de cosa mueble tampoco coincide con el concepto del artículo 562 del Código Civil, pues éste considera ciertos derechos como cosas muebles, a pesar de que, los derechos, como cosas inmateriales, pueden ser usurpados, pero no físicamente traspasados de un patrimonio a otro.

716

3. Ajena. La cosa mueble debe ser total o parcialmente ajena al sujeto activo. Hay acuerdo general en que la cosa es totalmente ajena cuando tiene un dueño que es persona distinta del sujeto activo. Para que la cosa sea ajena no es necesario conocer la identidad del dueño, basta con saber que existe. No son ajenas las cosas de nadie, las cosas de todos o las cosas abandonadas, por lo que, al tomarlas, no se comete delito.

Cabe hurto contra los objetos que forman la herencia yacente, que tienen un dueño indeterminado hasta que son atribuidas al heredero. Las cosas que están fuera del comercio, como los objetos ilícitos, tal como las drogas, también pueden ser hurtadas porque es el Estado su dueño último.

La cosa es parcialmente ajena cuando sobre ella existe un condominio, es decir, el titular del derecho de propiedad sobre ella es una comunidad, uno de cuyos integrantes es el sujeto activo del delito, quien se apodera de dicho objeto material. Si el condominio es de aquel tipo en el que todo el objeto pertenece a todos los propietarios en común, y uno de los copropietarios se apodera del mismo, no existe hurto, pues todo el objeto le pertenece, al igual que pertenece por completo a todos los demás comuneros, pero, si por contra, se trata de una comunidad en la que existe alguna distribución por partes,

por cuotas proporcionales o de otro modo, que pertenecen diferenciadamente a uno u otro propietario, y el sujeto activo se apodera sólo de su parte, no existirá delito, pues esa parte no es, ni siquiera, parcialmente, ajena, pero, si se apodera de partes que no le pertenecen, sí existe hurto.

4. Valor económico. La cosa mueble ajena deber tener valor económico, aunque éste es un requisito implícito, al ser el hurto un delito contra el patrimonio y requerir el tipo que la cosa tenga valor superior a los quinientos colones, y ser éste el criterio diferenciador de la falta de hurto del artículo 379. No se puede admitir como delito patrimonial la sustracción de un objeto carente de todo valor económico. Valor económico es valor de la cosa en mercado, en cambio de cosas o bienes, derive tal valor de aspectos materiales, como el estar hecha de oro, o de aspectos ideales, como el ser un papel dibujado por un artista famoso y cuyas obras tengan valor económico.

El principal problema es saber si tienen valor económico y, en tal caso, cual, las cosas con valores potenciales hipotéticos, las cosas que tienen un valor pero pueden tener otro, entre las cuales las principales son los títulos-valores. Son títulos valores los documentos en los que se materializa un derecho, de modo que el documento, que es una cosa mueble, en si carece de valor, pero el derecho incorporado al documento, sí lo tiene. Los títulos valores suelen separarse entre aquellos que son al portador, en los que basta con poseer el documento para ejercer el derecho a él incorporado y, por tanto, ingresar en el patrimonio del poseedor el valor económico correspondiente; y títulos valores que no son al portador, en los que, quien los tiene, no puede hacer suyo con la inmediatez el valor incorporado al documento.

717

Para la opinión mayoritaria quien toma uno de los primeros está hurtando el valor del derecho incorporado al documento y no solo el valor de este, mientras que quien hurta uno de los segundos, solo se apodera del valor material del documento, y para apoderarse del valor del derecho será necesaria, normalmente, la comisión de una estafa.

Junto a los títulos valores propios están los impropios, como las contraseñas de encargos o guardarropas, las entradas o los billetes de barco y avión, a los que se aplica, en principio, el mismo régimen.

E) TIPO SUBJETIVO

La existencia del delito exige que el sujeto actúe con ánimo de lucro propio o ajeno, o como dice la ley, para si o para un tercero. Este es un elemento subjetivo del tipo que debe ser abarcado por el dolo del sujeto activo.

En el delito de hurto este concepto significa la voluntad del sujeto activo de obtener una ventaja o beneficio patrimonial para si mismo o para otra persona a través de la apropiación del objeto material, de su incorporación al patrimonio del sujeto activo o al patrimonio de la persona que quiere beneficiar. Es lo mismo que decir que el sujeto quiere comportarse con la cosa como dueño o que otra persona se comporte como dueño de la cosa. Por contra suele entenderse que el ánimo de un acreedor de hacerse pago, apoderándose de bienes del deudor, excluye el ánimo de lucro, al ser una finalidad de restituir la integridad de su patrimonio, indebidamente mantenida por el incumplimiento del deudor.

La prueba del ánimo de lucro debe realizarse mediante presunciones, pues es un elemento interno, cuya existencia se debe derivar, según las reglas del razonamiento y experiencia, de los hechos externos presentes.

F) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

El hurto es un delito de resultado, que queda consumado con la producción del mismo, momento que es común al hurto y al robo.

718 Hay acuerdo prácticamente unánime en que el delito está consumado, en que el sujeto ha tomado o se ha apoderado de la cosa, cuando ha logrado tener una mínima disponibilidad sobre ella, es decir, cuando ha alcanzado la posibilidad de disponer de la cosa como dueño, cuando ha tenido la posibilidad de hacer con la cosa algo que habría podido hacer quien hubiera sido su dueño. El concepto de disponibilidad es diferente del de efectiva disposición, significando la posibilidad de disponer.

Existirá tentativa cuando el sujeto realice alguno de los actos necesarios para realizar el desplazamiento patrimonial pero no todos y esto ocurrirá, generalmente, cuando ni se llegue a tocar el objeto, o cuando quien lo ha tocado o cogido no se pueda decir que lo tiene. Igualmente habrá tentativa cuando el sujeto haya realizado todos los actos de ejecución pero no haya alcanzado el resultado, entendiendo por este la disponibilidad, lo que ocurrirá siempre que el sujeto haya logrado tener la cosa y sea inmediatamente sorprendido, así como en los casos de persecución inmediata e ininterrumpida. Normalmente se acepta la consumación en los casos de ocultación y de disponibilidad parcial.

JURISPRUDENCIA.

La Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia de fecha 13 de mayo de 2003, determinó que el concepto “cosa mueble” utilizado en la descripción

típica del Art. 207 es un concepto funcional y no necesariamente debe coincidir con el concepto bien mueble que desarrolla el Código Civil.

En cuanto a la ajenidad de la cosa, la Sala en la sentencia anterior, considera que este es un concepto jurídico civil, entendido como la no pertenencia de una cosa a un sujeto. En el hurto se lesiona directamente la posesión, ya que es necesaria la previa no posesión de la cosa por parte del sujeto activo, aunque indirectamente se pueda lesionar también la propiedad. La noción de posesión en lo penal equivale a la mera tenencia; tanto se comete hurto apoderándose de cosas poseídas por el propietario como por el tenedor; por tal razón, los términos de propiedad o posesión tienen en lo penal más plena autonomía que el significado civilista.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Bien jurídico.

Se considera necesario aclarar que existe un bien jurídico único protegido en este título, y no diferentes bienes jurídicos tutelados en cada uno de los diferentes capítulos que lo forman. El bien jurídico protegido en el Título es el patrimonio de las personas, el que en sentido amplio puede definirse como el conjunto de derechos y obligaciones referibles a cosas y otras entidades, que tienen valor económico y que deben ser valorables en dinero (Muñoz Conde, 1990: 212).

719

Los Códigos Penales vigentes en El Salvador agrupaban estos delitos bajo la denominación “Delitos contra la Propiedad”. Al entrar en vigencia el Código Penal de 1974 se denominó a este grupo de tipos penales como “Delitos contra el Patrimonio”, criterio de agrupamiento que mantiene el Código Penal vigente.

Tal cambio de denominación resulta más conveniente para comprender todos los comportamientos prohibidos en este título, lo que no ocurre con el Derecho de Propiedad. El Código Civil nos determina el contenido de este derecho, así:

“Art. 568.- Se llama dominio o propiedad el derecho de poseer exclusivamente una cosa y gozar y disponer de ella, sin más limitaciones que las establecidas por la ley o por la voluntad del propietario.”

En consecuencia, la denominación “Delitos contra el Patrimonio” resulta una expresión apropiada ya que algunos delitos comprendidos en el título no sólo tutelan la propiedad, sino también el derecho de posesión y los derechos reales en general (Jiménez Huerta, 1989: 9), por lo que podrían protegerse no sólo los derechos del propietario sino los del

usuario, usufructuario, acreedor, y en general, de cualquier titular de derechos sobre bienes (Exposición de motivos del Código Penal de 1974: 94).

Por lo tanto, entre el sujeto pasivo y la cosa mueble debe existir una relación fáctica y además esa relación deberá estar protegida por el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, que no se trate de un ladrón que roba a otro ladrón.

Como Tenencia y Propiedad pueden estar unidas o separadas, Jiménez Huerta propone distinguir entre los sujetos pasivos, así, en primer lugar el sujeto pasivo de la conducta, quien sufre directamente la acción de apoderamiento, y en segundo lugar el sujeto pasivo del delito, el titular del derecho de propiedad de la cosa mueble (Jiménez Huerta, 1989: 36).

La misma situación ocurre con los documentos y la correspondencia (cartas, telegramas, etc.) que son protegidos por otros tipos penales, en este caso por el delito de Violación de Comunicaciones Privadas, Art. 184 del Código Penal.

720 En conclusión, el objeto de la acción son las cosas muebles, en otras palabras es susceptible de hurto lo que sea aprehensible, transportable y valorable (dotada de valor económico), por ejemplo títulos valores, letras de cambio aceptadas, cheques firmados, etc. Con las limitaciones mencionadas.

En cuanto a la ajenidad de las cosas abandonadas o perdidas, no debemos olvidar los supuestos del Art. 225 del Código Penal, en cuanto a que podría constituir un delito de Hallazgo Histórico, al tratarse de una cosa encontrada durante una búsqueda, investigación o excavación de interés arqueológico o histórico en terrenos públicos o privados y que dicho objeto por su valor o significación artística, histórica o arqueológica se estima que forma parte del patrimonio cultural de la República.

En cuanto a las drogas como objeto material del delito de hurto, se debe matizar la última afirmación. En el sentido que sólo podrá ser objeto material de la acción cuando se esté ante un caso de decomiso o incautación de drogas conforme al Art. 66 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, pues tal como allí se establece dichas sustancias son puestas a la orden del juez competente quien determinará el lugar donde serán depositadas, sólo en momentos como éste es que goza de protección jurídico penal; no podría, por lo tanto, invocar dicha protección una persona que mientras trafica drogas otra se apodera de ellas, ya que el ordenamiento jurídico no protege situaciones antijurídicas, como se mencionó al abordar el tema del sujeto pasivo.

Igual criterio debemos emplear para el caso de los billetes de lotería, ya que el documento en sí representa un valor pecuniario, por lo que en principio constituiría una falta dado el precio de venta de cada fracción de billete. En caso que el billete fuera el premiado constituiría delito consumado si se cobra el premio y delito imperfecto o tentado si no lo cobra.

En resumen el ánimo de lucro (en beneficio del sujeto activo o de un tercero) incluye cualquier tipo de ventaja o beneficio patrimonial que el sujeto se proponga conseguir mediante el apoderamiento de alguna cosa mueble ajena. Por lo tanto se excluye el destruir, cobrar o los propósitos nobles, por ejemplo el sustraer la pistola de alguien que la va a usar para agredir a alguna persona.

El Consentimiento.

El consentimiento posee una relevancia jurídica como eximente de responsabilidad en materia del delito de hurto, ya que la manifestación de voluntad por parte del titular, siempre que se reúnan los requisitos generales del consentimiento, excluye la relevancia delictual del comportamiento. Dichos requisitos en resumen son:

- a) Disponibilidad del bien jurídico. Es decir la autorización jurídica del titular del bien jurídico de disponer del mismo.
- b) Capacidad del que consiente. Considerando como tal, el conjunto de facultades físicas o mentales que permiten a la persona percatarse de la relevancia de su acto.
- c) Ausencia de vicios de la voluntad. Suelen mencionarse el error, la fuerza y el engaño.
- d) El consentimiento tiene que haber sido dado antes del hecho. Además el sujeto activo deberá tener conciencia de que actúa amparado por el consentimiento del sujeto pasivo.
- e) El consentimiento debe ser expreso. Requisito este último que se desprende de la particularidad de nuestro ordenamiento jurídico penal de que cada vez que ha regulado el consentimiento siempre exige que sea de esa forma.

721

Para explicar la consumación en el delito de hurto se han propuesto diferentes teorías, a saber: la contrectatio o apprehentio (el tocar la cosa consuma el delito), la remotio (el hurto se consuma cuando se mueve del sitio donde su propietario lo había colocado), la ablatio o illactio (la cosa se ha transportado a otro lugar, fuera de la esfera en que estaba y colocada en la esfera de acción del culpable), y la disponibilidad (la disposición de la cosa por parte del sujeto activo es el requisito mínimo de consumación, es decir en la correlación desapoderamiento y apoderamiento).

En resumen, el hurto se consuma en el momento en que la cosa sale del ámbito de tutela dominical. Ese ámbito puede ser físico (una casa, un local) o personal (la visión del hecho, directamente o por mecanismos de seguridad usados para captación de la imagen). Hasta que el autor traspasa ese umbral físico o de visualización, lo que por cierto no sucede mientras lo están persiguiendo, estaremos en formas imperfectas de ejecución.

208

HURTO AGRAVADO

La sanción será de cinco a ocho años de prisión, si el hurto fuere cometido con cualquiera de las circunstancias siguientes:

- 1) Empleando violencia sobre las cosas;**
- 722 2) Usando la llave verdadera que hubiere sido sustraída, hallada o retenida; llave falsa o cualquier otro instrumento que no fuere la llave utilizada por el ofendido. Para los efectos del presente numeral se considerarán llaves las tarjetas magnéticas o perforadas y los mandos o instrumentos de apertura de contacto o a distancia;**
- 3) Aprovechando estrago o calamidad pública o una situación de desgracia particular del ofendido;**
- 4) Con escalamiento o valiéndose de cualquier otro medio para ingresar;(15)**
- 5) Arrebatando las cosas del cuerpo de las personas;**
- 6) Por dos o más personas;**
- 7) Usando disfraz o valiéndose de cualquier otro medio para engañar;(15)**
- 8) En ganado o en otros productos o insumos agropecuarios;**
- 9) En vehículos de motor;**
- 10) Sobre objetos que formaren parte de la instalación de un servicio público o cuando se tratare de objetos de valor científico o cultural. (9)**

El artículo contiene en sus diez números diversas circunstancias que agravan la penalidad del delito de hurto, por lo que, para su apreciación, previamente deben concurrir todos los elementos de este delito. Se trata de un tipo mixto alternativo, de tal modo que basta la concurrencia de una sola circunstancia para apreciar la penalidad agravada, sin que exista más de un solo delito aunque en el hecho concurren más de una circunstancia.

1) El empleo de la violencia en las cosas supone que el sujeto activo emplea medios físicos para vencer las cautelas materiales puestas por el dueño o el detentador de la cosa para protegerla. Es preciso que la violencia sobre las cosas sea el medio utilizado por el sujeto activo para lograr el apoderamiento. Son los supuestos más frecuentes de agravación del hurto y abarcan la rotura de puertas, ventanas, paredes, suelos y techos, de edificios o de objetos muebles, como pueden ser los vehículos, los carros o los vagones de ferrocarril, la ruptura de cajas, sean o no cajas fuertes, cerradas, la destrucción de cerraduras, barrotes, rejas, pestillos u otros medios de cierre, la apertura, sin llegar a romperlos, de estos medios, mediante la aplicación de la fuerza física, el quebrantamiento de cadenas, barras de seguridad u otros mecanismos de aseguramiento y cualquier otro que coincida con la definición realizada.

2) La característica esencial de la presente circunstancia es que se produce la agravación cuando, con el uso de los medios descritos, se abre una cerradura, no cuando se rompe una cerradura, caso que entra dentro de la agravación del número anterior.

723

La agravación opera en dos diferentes órbitas: en primer lugar cuando el sujeto activo utiliza para la apertura de la cerradura la llave verdadera de la misma, siempre que, con anterioridad, le haya sido sustraída a su titular o este la haya perdido o haya sido indebidamente retenida por alguien que debía haberla entregado, y, en segundo lugar, cuando el sujeto activo del delito abre la cerradura empleando cualquier objeto distinto a la llave empleada legítimamente por el titular, entre los que se cita, a título de ejemplo, las llaves falsas, debiendo entenderse comprendido dentro de este concepto a las ganzúas, es decir, piezas metálicas o de otro material, trabajadas de modo que sirvan para la apertura de cerraduras, así como todos los objetos del mismo fin, tales como copias de la llave verdadera, indebidamente obtenidas, con lo que se llevarán a este supuesto de agravación prácticamente todos los casos de apertura no autorizada de una cerradura.

La redacción del Código Penal viene a resolver los problemas que había producido el fenómeno de la proliferación de la utilización de tarjetas magnéticas o perforadas y mandos o instrumentos de apertura, que, ahora, se consideran llaves. Así son hurtos

agravados las sustracciones en las que el sujeto activo se apodera del objeto material abriendo las cerraduras que lo protegen mediante el uso de una tarjeta o un mando, sea de contacto o a distancia, siempre que antes hayan sido sustraídos a su titular, hayan sido hallados por alguien, por haber sido previamente extraviados o hallan sido retenidos indebidamente, porque su titular los haya entregado lícitamente, así como, también, en el caso de que esa concreta tarjeta o mando no sean los empleados por su titular para abrir la cerradura.

El concepto de llave es eminentemente funcional, significando el objeto que sirve para abrir una cerradura, por lo que, si se trata de un objeto con otra función, como puede ser, exclusivamente, poner en marcha un motor, no debe ser considerada llave.

3) La agravación no sólo exige que se produzca la situación de estrago o calamidad pública, o la desgracia particular del ofendido, sino, también, que el sujeto activo se aproveche de tales situaciones para cometer el delito, de tal modo que esta persona debe ser consciente de tal situación y de que hace al sujeto pasivo especialmente vulnerable y debe querer facilitar el delito de este modo.

724 4) El escalamiento supone entrar o salir del lugar en el que se encuentra el objeto del delito por vía distinta a la prevista al efecto. Por tanto son supuestos de hurto agravados aquellos en los que el apoderamiento se logra entrando o saliendo por una ventana, aunque esta se encuentre situada a la altura del suelo y también cuando la vía de acceso sean conducciones de calefacción o ventilación o cualquier clase de huecos que sean distintos de los destinados al acceso personal al espacio de que se trate. Es necesario que el objeto material se encuentre en un lugar cerrado que tenga una vía de acceso ordinaria y procede la agravación cuando el sujeto activo logra entrar en tal lugar por otra vía diferente.

5) La agravación supone que el sujeto pasivo de la infracción tiene sobre su cuerpo el objeto del delito, que le es arrebatado por el sujeto activo. Es necesario separar estos supuestos de hurto agravado de los que son constitutivos de robo cuando el sujeto activo obtiene el objeto mediante un tirón, casos que merecen la consideración de robo siempre que tal tirón sirva para vencer la oposición del sujeto pasivo, pero no en los casos en los que no se produzca afectación de esta persona. De este modo los casos en los que el sujeto activo sustrae una cartera del bolsillo del sujeto pasivo o le coge el monedero que lleva en la mano serían constitutivos de hurto agravado, mientras que los casos en los que se arranca una cadena o un collar del cuello de la víctima o cuando se tira de una bolsa cuyas asas lleva el sujeto pasivo pasado por el hombro, son constitutivos de robo.

6) La agravación exige que el hecho típico de la sustracción sea realizado por la pluralidad de sujetos a que se refiere la ley, que no requiere el previo concierto entre ellos, bastando con que, al cometer el delito, actúen de acuerdo. En cuanto que el motivo de la agravación es la superioridad que la pluralidad de personas da a los sujetos activos, es incompatible con la agravante de abuso de superioridad.

7) La agravación por disfraz exige que se haya producido una alteración de la apariencia del sujeto activo que haya dificultado la defensa del sujeto pasivo, sin que se exija que se llegue a la total imposibilidad de identificar al sujeto activo.

8) Es una agravación por la índole del objeto material del delito, no incluyéndose en la agravación el hurto de aves o conejos, pero sí el de ganado mayor, como caballerías o ganado vacuno, y el de ganado menor, como ovejas o cerdos, siempre que se trate de ganado doméstico y no animales salvajes.

9) El objeto material de esta modalidad agravada tiene que ser un vehículo a motor, entendiendo por este todo artefacto o aparato destinado al transporte terrestre de personas o mercancías, provisto para ello de un motor de cualquier clase, no siéndolo los aviones o barcos ni tampoco los tranvías o trolebuses.

725

10) Este numeral contiene dos diferentes agravaciones, ambas referidas al objeto material. La primera de ellas exige que pertenezca a la instalación de un servicio público, debiendo entenderse por tal todo el conjunto de cosas que sirva para la prestación de los servicios prestados por el Estado, directamente o por concesión, a la sociedad, como los servicios de telecomunicaciones, agua, electricidad u otros. La segunda de las agravaciones hace mención al valor científico o cultural del objeto, siendo estos conceptos usuales que obligan en cada caso al juez a determinar si, según los criterios normales de la razón, las cosas hurtadas tienen relevancia científica o cultural.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Como se mencionó anteriormente, la violencia que se ejerce sobre las cosas (*Vis in rebus*) es el medio empleado para la sustracción y el apoderamiento, por lo tanto si se emplea posteriormente excluye la agravante y el delito será considerado como hurto (simple).

La agravante consiste en aprovecharse de estrago (daño, ruina, asolamiento) o calamidad pública (desgracia o infortunio general) o desgracia particular del ofendido. Es una agravante por el momento de la comisión de la acción. Es el denominado hurto calamitoso.

El numeral 4 del Art. 208, se reformó mediante decreto legislativo No. 486, del 18 de julio de 2001. Ampliándose la circunstancia de “escalamiento” para comprender la de “valiéndose de cualquier otro medio para ingresar”. Por lo tanto, se debe interpretar de forma amplia el concepto de escalamiento y entenderlo como la entrada en el lugar del hurto por una vía que no es la destinada al efecto, o el acceso personal ilícito al lugar donde se hallan las cosas objeto de la sustracción. El escalamiento se puede dar antes o después de la sustracción.

El numeral 7 del Art. 208, se reformó mediante decreto legislativo No. 486, del 18 de julio de 2001, incluyéndose junto con el uso de disfraz una conminación genérica de medios engañosos como criterios agravatorios del hurto. Por lo que en la actualidad establece “usando disfraz o valiéndose de cualquier otro medio para engañar”. Los medios engañosos implican el empleo de una especial astucia o ardid para sorprender la vigilancia del propietario o poseedor del bien que se sustrae o se pretende sustraer.

726 Este delito es denominado en doctrina como abigeato de Ab y Ager, echar por delante, arrear, palabra descriptiva de la forma material como se consuma el hurto de los animales, que no se toman en los brazos para llevarlos, así como también se le llama “hurto campestre” (Carrara, 1967: 91). Finalmente, debe mencionarse que pese a que la palabra “ganado” es un sustantivo que hace referencia a una pluralidad de animales, el apoderamiento ilícito de un solo animal califica al hurto.

La agravación del hurto en este caso viene determinada por la naturaleza propia de la cosa: vehículo de motor, y no por el lugar específico donde se encuentre, por ejemplo aparcado en la calle o en un garage, ni del mayor o menor grado de protección privada o pública de que esté gozando la cosa al momento del apoderamiento.

El Art. 11 de la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial nos define vehículos de motor.

“Art. 11.- Para los efectos de esta ley, los vehículos se clasifican en:

- a) De motor;
- b) De tracción humana, ya sea de mano o pedal; y,
- c) De tracción animal.”

Además su Art. 12 los clasifica en livianos de pasajeros, livianos de carga, pesados de pasajeros y pesados de carga. Todos estos son objetos de protección jurídica por esta agravante.

“Art. 12.- Los vehículos automotores regulados por esta Ley serán:

- 1) Livianos de pasajeros:
 - a- Automóviles;

- b- Microbuses;
 - c- Motocicletas de todo tipo y clase.
- 2) Livianos de carga:
- a- Pick ups y páneles;
 - b- Camiones hasta de tres toneladas de capacidad.
- 3) Pesados de pasajeros:
- a- Autobuses de todo tipo y clase;
 - b- Otros de tecnología diferente que a futuro se utilicen.
- 4) Pesados de cargas:
- a- Camiones de más de tres toneladas de capacidad;
 - b- Camiones y remolques articulados;
 - c- Cabezales y trailers;
 - d- Maquinaria pesada montada sobre ruedas de hule;
 - e- Otros no contemplados.

Asimismo, se establecen regulaciones especiales en lo que compete a esta Ley, sobre los vehículos de tracción humana o animal; así como cualquier vehículo de tecnología diferente que a futuro pudiese incorporarse a la circulación vehicular en el país, a excepción del transporte ferroviario.”

727

Es aspiración del Derecho Penal que los elementos típicos tengan un contenido más o menos objetivo. Por ello se considera que la Ley Especial de Protección al Patrimonio Cultural de El Salvador nos da suficientes “criterios” como para entender el valor científico o cultural de los objetos, en consecuencia resulta razonable considerar que el apoderamiento ilícito de los bienes culturales o que forman el patrimonio cultural constituye justificación de la agravante que comentamos, resulta obvio mencionar siempre que sean susceptibles de apoderamiento físico.

El Art. 2 de dicha ley nos define los bienes culturales (se volverá sobre ellos en el análisis de los Arts. 222, 223 y 224, que se refieren al tráfico ilícito de bienes culturales) de la siguiente manera: “Se consideran Bienes Culturales los que hayan sido expresamente reconocidos como tales por el Ministerio, ya sean de naturaleza antropológica, paleontológica, arqueológica, prehistórica, histórica, etnográfica, religiosa, artística, técnica, científica, filosófica, bibliográfica y documental.” Además el Art. 3 de esta ley nos regula los bienes que forman parte del Patrimonio Cultural de El Salvador. Finalmente se debe reseñar que según el Art. 9 de esta ley los bienes referidos anteriormente pueden ser de propiedad pública o de propiedad privada.

209

HURTO IMPROPIO

El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tuviere legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de un tercero, será sancionado con arresto de diez a veinte fines de semana.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido en este caso no es la propiedad, sino la posesión, pero no se protege este derecho en general, sino solo cuando es atacado en las condiciones descritas por el precepto: es decir, cuando se trata de posesión legítima, ya que la posesión ilegítima no puede ser protegida, cuando el ataque a la posesión lo realiza el dueño de la cosa y cuando esa sustracción produzca perjuicio al sujeto pasivo o a un tercero.

728

B) SUJETOS

El sujeto activo del delito es el dueño de la cosa, sea directamente o como autor mediato. Si la sustracción la realiza quien no es el dueño o quien no actúa por instigación de éste, la posesión solo se protege en la medida en la que, quien ataque la propiedad de modo típico, ataque también una de sus facultades, que es la posesión.

Sujeto pasivo es el titular de la posesión legítima.

C) CONDUCTA TIPICA

La conducta típica es la ya vista para el tipo básico de hurto y debe causar perjuicio.

D) TIPO SUBJETIVO Y FASES DE EJECUCION DEL DELITO

El tipo subjetivo no presenta ninguna especialidad.

La consumación del delito requiere que se haya causado perjuicio, al legítimo poseedor del objeto material o a otra persona. No es preciso que este perjuicio sea económico. Al tratarse de un delito de resultado, es posible la tentativa.

E) CONCURSOS

Cuando el propietario de un vehículo, que no es su poseedor, por ejemplo, por haberlo alquilado a otra persona que, así viene a ser su poseedor legítimo, con posterioridad, se apodera de ese mismo vehículo, pueden plantearse dudas acerca de si el hecho debe ser sancionado por aplicación del precepto ahora comentado, o por aplicación del siguiente artículo. Si el sujeto activo busca sustraer la cosa, en el sentido citado anteriormente y para el delito de hurto, es decir, para incorporar el vehículo a su patrimonio, cometerá el delito del artículo 209, pero si su intención es meramente una utilización, en el sentido expuesto al comentar la conducta típica del artículo siguiente, asumiendo ilegítimamente esa facultad de uso que ya no tiene, pero sin intención de apoderarse del objeto, este último precepto es el que deberá ser aplicado.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Se puede señalar como antecedente de este delito el *furtum usus possessionis* del Derecho romano, que consistía en la acción de tomar el propietario la cosa por escaso tiempo sin la voluntad de su legítimo poseedor (Soler, 1973: 396).

La denominación “Hurto impropio” se origina por oposición con la forma básica del “Hurto”, ya que en éste el objeto material es una cosa mueble total o parcialmente ajena y en el hurto impropio la situación es diferente, pues el sujeto activo es el propietario de la cosa y el sujeto pasivo es un legítimo tenedor del bien.

210

HURTO DE USO

El que sin la debida autorización o sin causa lícita utilizare, sin intención de apropiarse un vehículo y efectuare su restitución o lo dejare voluntariamente en condiciones que permitan al poseedor recuperarlo, será sancionado con arresto de quince a treinta fines de semana.

Si con la utilización del vehículo se persiguiera un objetivo de lucro o provecho personal, la sanción será de seis meses a un año de prisión.

Cuando la utilización del vehículo tuviere por objeto la comisión de un delito o procurar la impunidad, la sanción será de uno a tres años de prisión.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

730 Ya que la ley no exige que el vehículo sea ajeno, haciendo referencia al poseedor, el bien jurídico protegido es la facultad de usar esos objetos, inherente a la propiedad sobre ellos o a cualquier otro título que conceda esa facultad, como el arrendamiento.

B) SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquier persona que no sea el titular de la facultad de uso sobre el vehículo, incluido el dueño del mismo, cuando sea persona distinta del titular de esa facultad y en los términos expuestos al comentar los concursos en relación con el artículo anterior.

La determinación del sujeto pasivo es de la mayor importancia en el delito de hurto de uso, porque es la persona que, prestando autorización a otro para que use el vehículo, puede hacer que la conducta sea atípica. El titular del bien jurídico protegido es el sujeto pasivo y, por tanto, será el legítimo poseedor del vehículo.

C) CONDUCTA TIPICA

Viene descrita con el verbo utilizar, lo que significa usar el coche según su finalidad propia, para transportar personas o cosas o, en los casos de vehículos con finalidad específica, para ésta, abarcando no solo el manejar los mecanismos sino el viajar como

pasajero. La conducta típica se completa con dos elementos negativos del tipo: solo será constitutiva de delito la utilización sin la debida autorización o sin causa lícita. La autorización, como ya se ha dicho, debe proceder de la persona titular de la facultad de uso, mientras que la concurrencia de causa lícita es un aplicación específica de la circunstancia de estado de necesidad o de cumplimiento de un deber.

Es indiferente que el sujeto activo haya logrado utilizar el vehículo porque primero lo sustrajo, porque utilizó engaño para lograr el uso del vehículo o porque, teniendo un derecho limitado de uso (mecánico, aparcacoches, conductor), se excede del mismo.

El hecho de que se describa la conducta típica como utilizar hace que sean sancionables como delito las utilizaciones indebidas en cadena, así como los casos del pasajero que, sin haber tomado parte en el acto inicial de sustracción o defraudación, posteriormente, con conocimiento del origen ilícito del uso, viaja en el vehículo. De este modo es punible la conducta de quienes, encontrando un vehículo anteriormente utilizado indebidamente por otros y abandonado por ellos, lo utilizan a su vez.

Como la conducta castigada exige la utilización del vehículo según su fin propio, no constituyen delito los casos de movimiento del objeto de manera distinta a la normal, como llevar un vehículo automóvil a remolque de caballerías o empujando ni tampoco el dormir dentro de un vehículo o emplearlo para poner cosas encima, sin moverlo.

731

El tipo exige que el sujeto activo restituya el auto o lo deje voluntariamente en condiciones que permitan a su poseedor recuperarlo. En definitiva, la restitución puede ser directa o indirecta. Restituir es devolver algo a quien lo tenía y aquí significa toda actividad que provoque o favorezca la recuperación del auto, sea de modo directo, es decir, entregándolo directamente al dueño o notificándole dónde puede encontrarlo, o de modo indirecto, con cualquier actividad que demuestre claramente la voluntad de devolución y que permitan la recuperación, como dejarlo dónde fue sustraído, llamar a la policía, dejarlo cerca del domicilio del dueño. No es restitución el abandono del auto a su suerte, por eso, aunque el objeto material sea recuperado, puede no proceder la aplicación de este tipo, cuando esté claro que el auto ha sido abandonado, en cuyo caso la ley parece sentar una presunción contraria, de existencia de ánimo de lucro, por lo que el hecho sería punible como hurto agravado.

D) OBJETO MATERIAL

Se trata de vehículos, sin que, al margen de cual haya sido la intención del legislador, la ley exija que se trate de vehículo de motor, por lo que, rectamente interpretada la

norma, deben entenderse comprendidos todos los aparatos o artefactos comprendidos en el concepto de vehículo, sea cual sea su medio de tracción o propulsión.

E) TIPO SUBJETIVO

Es exclusivamente, la voluntad de utilizar, sin ánimo de apropiárselo, el objeto material. Si concurre voluntad de tenerlo como propio, el delito a sancionar será el correspondiente de hurto o de robo.

El dolo requiere que el sujeto activo tenga voluntad de utilizar el objeto material para su fin normal, sin intención de incorporarlo a su patrimonio y sabiendo que ni tiene permiso ni existe causa lícita. Es el elemento que separa este delito del de hurto o del de robo y su existencia debe derivarse de los elementos objetivos que concurran en el hecho.

Como se ha dicho antes, la ley, para el caso de que no se produzca la restitución directa o indirecta, establece una presunción según la cual el sujeto activo actuaba con ánimo de apropiación, lo que lleva el hecho a la aplicación de otros delitos.

732

F) CONSUMACION

Este es un delito de resultado y la consumación requiere que el vehículo se mueva de acuerdo con su mecanismo propio y caben supuestos de tentativa cuando no se llega a esta situación, cuando el sujeto activo no ha logrado un mínimo traslado del vehículo.

G) SUBTIPOS CUALIFICADOS

Los dos incisos finales del artículo contienen dos tipos cualificados, el primero de los cuales es, en realidad, el caso más frecuente, pues cuando una persona usa un vehículo indebidamente, normalmente es porque le representa un provecho, del que no se exige que sea económico, o una ventaja patrimonial, entendiendo por ésta cualquier ventaja de esa índole distinta de la apropiación.

El último inciso agrava la penalidad en los casos en los que los motivos de la utilización contraria al ordenamiento sea la comisión de un delito o la impunidad de éste, lo que, normalmente, deberá dar lugar a un concurso real de delitos entre el hurto de uso y el delito de referencia.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Este delito exige la presencia en el tipo subjetivo de un elemento subjetivo especial denominado *animus utendi* o *animus rei sibi habiendi*, es decir sin ánimo de apropiarse el bien, en este caso el vehículo.

Por otro lado, si bien no se ha prescrito como elemento típico la temporalidad del uso del vehículo este es un elemento que se debe considerar en cuanto a discriminar la lesividad por los límites temporales de la acción, así, una utilización prolongada que dure varios meses, por ejemplo, difícilmente puede como considerarse como Hurto de uso, por lo tanto las diferencias entre ánimo de apropiación y ánimo de uso tienen que objetivarse de alguna manera a los efectos probatorios (STS de España, 04-12-87).

Por lo tanto, como el contenido del segundo inciso del Art. 210 repite un elemento del tipo subjetivo que está siempre presente en el tipo penal del Hurto de uso, el ánimo de lucro, se hace mal al considerarlo como una circunstancia agravatoria del hurto de uso, porque de admitirlo se caería en el absurdo de considerar que el ánimo de lucro no integra el tipo penal del Hurto.

733

211

HURTO DE ENERGÍA O FLUIDOS

El que utilizare ilícitamente, energía eléctrica, agua o servicio telefónico o tolerare que otro lo hiciere, será sancionado con multa de treinta a cuarenta días multa.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es el interés económico de las empresas suministradoras de las energías, elementos o servicios mencionados en el artículo, que, por razón de la lejanía entre tales empresas y los destinatarios de sus suministros, hace difícil, a pesar del uso de contadores y aparatos automáticos, el control sobre tal suministro.

B) SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquiera y sujeto pasivo será quien suministre la energía eléctrica, agua o servicio telefónico indebidamente utilizado, pudiendo ser la Administración o particulares.

C) CONDUCTA TIPICA

Existen dos conductas típicas: una activa y otra omisiva.

La conducta activa consiste en utilizar ilícitamente, lo que significa que el sujeto activo logra un suministro de electricidad o de agua o de comunicaciones telefónicas sin autorización del titular de la prestación de tales servicios, por cualquier medio, sea instalando mecanismos propios para la utilización indebida o alterando los ya existentes.

La conducta omisiva sanciona el comportamiento de quien, con conocimiento de que otra persona está realizando la conducta activa, lo tolera. De este modo se sancionan los comportamientos de las personas intermedias que, sin beneficiarse directamente de la utilización indebida, permiten con su omisión que esta se produzca en perjuicio de otros.

734

D) OBJETO MATERIAL

La peculiaridad del precepto viene de la naturaleza del objeto material, que no es cosa mueble en el sentido en el que lo son los objetos materiales del tipo básico de hurto, pues aquí se trata de energías, como la eléctrica, fluidos, como el agua, o el conjunto de instalaciones y fuentes de fuerza conocidos como servicio telefónico. En todo caso son energías, fluidos o servicios que se suministran mediante unas redes o sistemas de servicio y que se cuantifican a través de alguna clase de contador.

D) TIPO SUBJETIVO

El dolo del sujeto activo supone el conocimiento de la falta de título para la utilización del objeto material y la voluntad de utilizarlo.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación del delito no requiere el perjuicio para los suministradores, aunque, normalmente, concurrirá. La consumación requiere la efectiva utilización del objeto

material, de modo que la instalación de derivaciones de línea, enganches no autorizados, canalizaciones clandestinas u otros actos encaminados a lograr esa utilización son constitutivos de tentativa, produciéndose la consumación, como se ha dicho, cuando mediante el uso de tales artificios o de otro modo se logra tal utilización.

JURISPRUDENCIA.

La Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia de referencia 49/98 del 18 de junio de 1999, determinó que en el delito de Hurto de Energía o Fluidos no constituye condición objetiva de procesabilidad el régimen sancionatorio y procedimental previsto en la Ley de Telecomunicaciones, puesto que tal situación no está incorporada en la descripción legal y estas condiciones “deben estar previstas en la ley por observancia directa del principio de legalidad, tanto en su vertiente penal material como en la procesal”, por lo que es inapropiado afirmar “la necesidad de agotar previamente el procedimiento administrativo ante la Superintendencia de Energía y Telecomunicaciones (SIGET) para luego proceder a la vía penal”.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

735

Se incluyó su tipificación expresa por la dificultad de calificar determinadas energías como cosas y de poder calificar su apoderamiento como hurto. Por ello es que se incrimina la acción que consiste en la utilización ilícita empleando medios como, instalando mecanismos o valiéndose de ellos para la utilización de la energía eléctrica, alterando maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores o empleando cualesquiera otros medios clandestinos.

No comprende otro tipo de energía como por ejemplo la genésica animal, v.gr. usar un caballo sin consentimiento del dueño o un toro con fines de reproducción. Pero si comprende la utilización indebida de terminal de telecomunicaciones, por ejemplo abusar de las llamadas particulares en la oficina o llamadas a líneas de conversación lúbrica.

CAPÍTULO II

DEL ROBO, LA EXTORSIÓN Y LA RECEPCIÓN (9)

212

ROBO

El que con ánimo de lucro para sí o para un tercero, se apoderare de cosa mueble, total o parcialmente ajena, sustrayéndola de quien la tuviere, mediante violencia en la persona, será sancionado con prisión de seis a diez años.

La violencia puede tener lugar antes del hecho para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o inmediatamente después para lograr el fin propuesto o la impunidad.

736 Los delitos de robo comparten con los de hurto gran cantidad de elementos comunes, como el bien jurídico protegido, los sujetos, la conducta típica, el objeto material, el tipo subjetivo y las fases de ejecución del delito.

El robo se diferencia del hurto por la concurrencia de violencia, y el comentario a este precepto se va a limitar a considerar este elemento definitorio de este delito, dentro del cual se comprende la intimidación, de modo que el tratamiento legal de ambas es idéntico, pese a lo cual, para mejor comprensión de las conductas sancionadas, conviene examinarlas por separado.

A) VIOLENCIA

Es sólo la llamada violencia propia, esto es, el acometimiento físico de carácter agresivo. Debe consistir, al menos, en la violencia constitutiva de la falta del artículo 375, inciso segundo del Código Penal. Dentro del concepto de violencia no es admisible la llamada violencia impropia, es decir, la hipnosis, la sugestión o la omisión, como no dar de comer, pues alguno de estos supuestos, como el no dar de comer, son constitutivos de intimidación, mientras que aceptar otros, tales como la hipnosis, como violencia, atentaría al principio de legalidad por ser una interpretación extensiva.

La violencia, por exigencia del tipo, debe ser utilizada directamente sobre las personas, por lo que no cabe la violencia indirecta, la que inmediatamente se ejerce sobre cosas

y solo mediatamente afecta a las personas, pero no es preciso que la violencia afecte a la misma persona que va a ser objeto de la sustracción, bastando que el ladrón piense que esa persona se va a oponer o a ayudar a aquella.

La violencia sobrevenida antes del apoderamiento es violencia también, como veremos al comentar la parte final del precepto.

Los casos de tirón merecen la consideración de robo siempre que tal tirón sirva para vencer la oposición del sujeto pasivo, pero no en los casos en los que no se produzca afectación de esta persona, planteándose la diferenciación de estos casos de robo de los que son constitutivos de hurto agravado del artículo 208, nº 5, a cuyo comentario nos remitimos.

Los casos de uso de un tóxico solo son constitutivos de robo si se obligó a alguien a tomarlo con un acometimiento físico, como en el caso de que se inyecta o se arroja a la cara del asaltado o cuando se sujeta a éste y se le fuerza a ingerirlo, pero no en los demás casos, como cuando se suministra un somnífero disuelto en una bebida a una persona, que no se da cuenta de ello.

B) INTIMIDACION

737

Es el mismo comportamiento castigado en las amenazas del artículo 154, y constituyen intimidación los supuestos en los que el sujeto activo infunde a otra persona un sentimiento de miedo, temor o angustia, mediante el anuncio de la producción de un mal grave, personal y posible, que tendrá lugar si no entrega aquello que el sujeto activo del delito le reclama. Esta cercanía con el delito de amenazas obliga a separar las dos figuras, y habrá robo cuando se exija la entrega inmediata del objeto y amenazas cuando se reclame la entrega diferida del mismo.

Para que haya robo es necesario que la intimidación tenga una mínima entidad que acredite que el asaltado ha cedido sus bienes o los de otro ante el temor de sufrir un mal, propio o ajeno, y, en primer lugar, es necesario que el sujeto activo actúe con voluntad intimidante, que quiera intimidar, de modo que si el sujeto pasivo se intimida sin quererlo el otro, no hay robo; en segundo lugar, es necesario que, en la práctica, el sujeto pasivo se vea intimidado, pues si no se causa esa intimidación, o no entrega el objeto, con lo que no hay robo, al menos, consumado, o se opone, con lo que habrá robo con violencia; y, por último, los medios empleados por el sujeto activo deben tener objetiva capacidad par producir temor, aunque, en realidad, no sean verídicos, como, por ejemplo, el uso de una pistola simulada que tenga suficiente parecido con la verdadera arma de fuego. Tales medios pueden ser palabras o hechos.

La intimidación puede dirigirse contra el asaltado o contra otro y debe tener con el apoderamiento la misma relación que la violencia, para que haya robo y no hurto.

Esta violencia, comprensiva de la intimidación, debe ser medio del apoderamiento y el inciso segundo del artículo define la relación que tiene que haber entre el apoderamiento y la violencia, en una triple faceta: antes de la ejecución del apoderamiento, para favorecerlo, en el mismo acto del apoderamiento o inmediatamente después de éste para lograr el fin propuesto o la impunidad. En todos los supuestos debe haber una conexión causal entre la violencia y la sustracción, de tal modo que esta sea facilitada o permitida por aquella. Es absolutamente imprescindible que la violencia concorra con la finalidad dicha y antes de que se produzca la consumación del apoderamiento, pues, en otro caso, existirá un concurso de hurto con el delito de lesión u homicidio de que se trate, si la violencia empleada produce efectos, pero no robo.

Si el uso de la violencia produce un resultado descrito en la ley, procede la aplicación de la correspondiente pena por tal delito en concurso real de delitos con la pena del robo, pues tal violencia no es necesaria, desde el punto de vista legal, para la comisión del delito de robo, sino excesiva sobre la necesaria, que es, como ya se ha dicho, la tipificada en el artículo 375, inciso segundo.

738

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

El robo es un delito consistente en el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, mediante el empleo de intimidación o violencia en las personas, siendo indiferente que dicha fuerza, violencia o intimidación tengan lugar antes del hecho, para facilitarlo en el acto de cometerlo o inmediatamente después, para lograr el fin propuesto o la impunidad.

La mayoría de los elementos son comunes al hurto. La única diferencia radica en los medios comisivos por los cuales el sujeto activo del delito realiza el apoderamiento ilícito de la cosa total o parcialmente ajena. Además en el delito de robo es indiferente el elemento normativo del valor por más de doscientos colones de la cosa mueble ajena, ya que lo que se castiga es la utilización de la violencia como medio comisivo.

El robo es un delito complejo. Hay que tener presente que en el delito de robo, dada la exigencia legal de que el apoderamiento sea realizado mediante violencia o amenaza en la persona para que el hecho sea típico, los actos de ejecución comienzan con el ejercicio de esa violencia o amenaza. De esta manera, en el caso de la tentativa en el robo, hay una mayor cantidad de actos del sujeto que quedan comprendidos por este

campo punitivo, en relación con el hurto, delito en el cual la delimitación entre actos preparatorios y actos de ejecución radique en el inicio de la sustracción.

En el hurto la consumación hay que buscarla en los actos dispositivos de la cosa, realizados por el agente, es decir, ya configurado el apoderamiento efectivo de la cosa. Por el contrario, en el robo no se puede considerar consumando aunque se haya ejercido la violencia en la persona e iniciado la sustracción, pese a que algunos actos de ejecución realizados, por sí mismos constituyen delitos como amenazas, coacción, etc.

Existe una contradicción al confundir consumación con comienzo de ejecución, cuando expresa violencia antes del hecho, algunos autores le llaman consumación ficticia del robo (Rodríguez Devesa).

213

ROBO AGRAVADO

La pena de prisión será de ocho a doce años, si el hecho se cometiere:

739

1) Aprovechando estrago o calamidad pública o una situación de desgracia particular del ofendido;

2) Por dos o más personas; y,

3) Esgrimiendo o utilizando armas de fuego o explosivos.

Los dos primeros números del artículo contienen agravaciones idénticas a las tipificadas para el delito de hurto en el artículo 208, apartados 3 y 6, por lo que nos remitimos al comentario realizado en este artículo.

El número tres agrava la pena del delito de robo cuando el sujeto activo lo comete esgrimiendo o utilizando armas de fuego o explosivos.

El motivo de la agravación es la posibilidad de producción de resultados dañosos para las personas al utilizarse esta clase de instrumentos, es decir, el riesgo que para la vida o la salud de las personas produce tal comportamiento.

Armas son los objetos concebidos para realizar funciones de ataque o defensa, frente a personas o animales, procediendo sólo la agravación cuando sean de fuego, es decir, actúen mediante la propulsión de proyectiles mediante la deflagración de una sustancia. El concepto de explosivos es el usual. Se agrava la pena cuando el delincuente esgrime las armas de fuego o explosivos, bastando la mera exhibición con fines conminatorios o amenazantes, mientras que la utilización significa el empleo del arma de fuego o explosivo según el fin para el que fueron concebidas, disparando la pistola, apuñalando con el puñal.

Al igual que en el tipo básico, es preciso que las armas de fuego o explosivos se empleen en orden al apoderamiento, en las condiciones descritas en el inciso segundo del artículo anterior y, por tanto, antes de la consumación de la sustracción.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Resulta oportuno traer a cuento, para una mejor comprensión de la circunstancia agravante, las definiciones que de arma de fuego y de explosivos recoge el ordenamiento jurídico salvadoreño, específicamente la Ley de Control y Regulación de Armas, Municiones, Explosivos y Artículos Similares:

740

“Art. 5.- Se entenderá por arma de fuego, aquella mediante el uso de cartuchos de percusión anular o central, impulsen proyectiles a través de un cañón de ánima lisa o rayada, mediante la expansión de gases producidos por la combustión de materiales explosivos, sólidos, pólvora u otro material inflamable contenido en los cartuchos, asimismo, para efecto de identificación, se considera como arma, el marco de la pistola o del revólver y en caso de fusiles, carabinas y escopetas, lo será el cajón de mecanismo donde aparece el número de serie. El Reglamento correspondiente establecerá su clasificación técnica.”

“Art. 47.- (...) Entiéndese por explosivo la combinación de varias sustancias y mezclas que producen una reacción exotérmica cuando son iniciados. (...)”

214

EXTORSIÓN

El que con ánimo de lucro, obligare a otro a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero, será sancionado con prisión de ocho a doce años.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Estamos ante un delito pluriofensivo, que lesiona tanto el patrimonio del sujeto pasivo como su libertad, de modo que viene a configurarse como una especie de figura mixta entre los delitos contra la libertad y los delitos patrimoniales, aunque lo decisivo sea su matiz patrimonial.

B) SUJETOS

Tanto desde el punto de vista del sujeto activo como desde el punto de vista del sujeto pasivo, se trata de un delito común.

741

C) CONDUCTA TIPICA

El delito se comete cuando se obliga a otro a realizar u omitir un acto o negocio jurídico de repercusión patrimonial. El tipo no exige expresamente la concurrencia de violencia o intimidación, sino que se centra en que el sujeto pasivo haya realizado u omitido el acto o negocio jurídico en contra de su voluntad, lo que, normalmente, implicará la concurrencia de violencia o intimidación, según los conceptos que ya han sido estudiados y que no revisten características distintas a las que presentan en el delito de robo. El sujeto activo con estos medios busca conseguir que el sujeto pasivo realice u omita un acto o negocio jurídico, lo que producirá perjuicio patrimonial a este sujeto pasivo o a otro, siendo indiferente que el negocio verse sobre bienes muebles o inmuebles o sobre derechos.

D) TIPO SUBJETIVO

Exige la ley en este delito que, además del dolo, concorra ánimo de lucro, cuyo concepto es el mismo que en el robo, aunque, al ser preciso que el acto que realice u omita el sujeto pasivo sea perjudicial, se ha señalado que es un ánimo cercano al de defraudación.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación se produce en el momento en el que el sujeto pasivo realiza el acto o negocio jurídico u omite el que debía realizar, sin que la consumación requiera el efectivo perjuicio del sujeto pasivo o del tercero, que, de producirse, pertenecerán a la fase de agotamiento del delito. La tentativa se producirá cuando el sujeto activo no consiga que el sujeto pasivo otorgue u omita el acto o negocio del que se trate, habiendo realizado actos encaminados a esa finalidad.

F) CONCURSOS**742**

No caben con robo ni con amenazas o coacciones, por razón de especialidad, pero sí con delitos contra la vida o la integridad, con los que entran en concurso real.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

El objeto de ataque de la extorsión es la capacidad de disposición patrimonial que tiene una persona, pues como ya se dijo, con la extorsión se ataca el patrimonio, con lo cual lo primero que se afecta es la libertad del sujeto pasivo, bajo la forma de su capacidad de disposición patrimonial. En ese sentido, coartada su libertad por violencia en contra de una persona, la disposición patrimonial a que es obligada la víctima está viciada por la violencia que se ejerce.

En cuanto a los medios (violencia en los términos expuestos), únicamente debe mencionarse la idoneidad del medio, pues éste debe ser de tal entidad que quedan al margen de la punición expresiones de voluntad meramente jactanciosas, absolutamente inidóneas por su ridiculez y aquéllas en las cuales el mal amenazado no dependa de la realización por parte del autor o de un tercero.

214-A

RECEPTACIÓN

El que sin cerciorarse previamente de su procedencia legítima, adquiera, reciba u oculte dinero o cosas que sean producto de cualquier delito o falta en el que no haya tenido participación, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

Se debe presumir por el sujeto activo que las cosas son de ilícita procedencia cuando hubiere notoria desproporción entre el precio de la adquisición y su valor real; cuando las mismas son exhibidas, entregadas o vendidas de manera clandestina; o cuando hubiere cualquier elemento de juicio suficiente para suponer que conocía su ilícita procedencia.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará también al que, en las condiciones previstas en el inciso primero de este artículo, de cualquier manera intervenga para que se adquieran, reciban u oculten el dinero o cosas procedentes de cualquier delito o falta.

743

Si el culpable ejecutare habitualmente lo hechos que se sancionan en el presente artículo, la pena será de uno a cinco años de prisión y de veinte a doscientos días multa. (9)(11)

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

El delito de receptación se regula, junto con el robo y la extorsión, entre los delitos contra el patrimonio, lo que nos proporciona una primera indicación, según la cual el legislador habría buscado proteger de manera primaria el patrimonio.

Sin embargo, la receptación se puede cometer en relación con cualquier delito o falta previos, no sólo respecto a delitos o faltas patrimoniales y, al mismo tiempo, el artículo comentado tiene una pena propia, no relacionada con la de ninguna infracción contra el patrimonio.

De este modo, si por la ubicación, parece que nos encontramos ante un delito patrimonial, el texto del precepto carece de referencias fiables de naturaleza patrimonial.

Lo propio de esta infracción, que la individualiza de los demás delitos, es, como ya se ha dicho, que hace referencia a otro delito o falta previos. La comisión de la receptación profundiza y aumenta la lesión que para un bien jurídico protegido significó la comisión de otra infracción, pues la perpetúa y dificulta o impide la restitución del orden jurídico violado a la situación previa a la comisión del delito o falta. Al mismo tiempo, la receptación tiene un importante carácter criminógeno, pues facilita a los delincuentes la obtención de las finalidades perseguidas con sus depredaciones.

De este modo parece que el bien jurídico protegido, pese a la ubicación del precepto, no es patrimonial, sino que se trata del interés colectivo en orden a limitar la lesividad de las infracciones penales, reprimiendo y sancionando los comportamientos que la aumentan y, al mismo tiempo, motivan la realización de hechos punibles.

B) SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquier persona que no haya tenido participación en el inicial delito o falta, sea como autor estricto, coautor, inductor, cooperador necesario o cómplice, pues si estas personas llevan a cabo las conductas ahora contempladas, lo único que realizan es el agotamiento del delito que previamente han cometido, lo que es impune.

744

Sujeto pasivo es la comunidad, pues el delito afecta a un interés colectivo, cuya mayor o menor vigencia tiene relevancia para todos los integrantes de ella.

C) CONDUCTA TIPICA

Se castiga:

- a) Adquirir, recibir u ocultar dinero o cosas que sean producto de cualquier delito o falta;
- b) Intervenir de cualquier manera en tales operaciones, mención esta última que eleva a rango de autoría comportamientos que, de no existir, podrían constituir supuestos de complicidad.

Salvo en la mención a las faltas que hace el artículo 214-A y que no hace el artículo 308, las conductas típicas de aquel y del número 3 de éste, son idénticas, pues las dos castigan la adquisición, recepción u ocultación de lo mismo, sin que se aprecien entre uno y otro precepto diferencias que permitan decidir cuál aplicar, lo que es especialmente grave porque la pena de uno y otro son distintas.

En los dos artículos se sanciona la adquisición; sea gratuita o se produzca mediante precio de cualquier importe, la recepción, actos de traspaso de los objetos materiales en concepto de depósito y la ocultación, en la que se esconden tales objetos, abarcando todos los supuestos en los que el receptor persiga cualquier ventaja, beneficio o provecho del anterior delito o falta. En los dos preceptos el sujeto activo no debe haber tenido participación en la inicial infracción y no se exige que actúe con ánimo de lucro.

La coexistencia de dos normas aplicables a un mismo supuesto supone un defecto de técnica legislativa que dificulta el enjuiciamiento de estos casos. La diferencia tradicional entre receptación y encubrimiento consiste en que, en la primera, el receptor busca su propio provecho, mientras que en el encubrimiento persigue beneficiar a los responsables del delito, pero esta distinción ha quedado desdibujada en el texto legal, que no exige ni excluye en ninguno de los dos supuestos la existencia de ánimo de lucro.

D) OBJETO MATERIAL

Son el dinero o cosas que sean producto de cualquier delito o falta. No es preciso, por ser conceptos comunes, definir el dinero o las cosas. Han de ser producto de cualquier delito o falta, concepto que es más amplio que el de efectos del delito, pues no incluye sólo las cosas que son el objeto material del previo delito o falta, sino también los bienes que proceden de los que fueron estrictamente objeto del delito, por lo que es posible la llamada receptación sustitutiva. De este modo comete receptación tanto quien adquiere un bien sustraído como quien, por ejemplo, recibe como regalo un objeto que fue adquirido con el precio cobrado por la comisión de un delito.

745

E) TIPO SUBJETIVO

El tipo exige que el sujeto activo realice la conducta típica sin cerciorarse previamente de la procedencia legítima de los objetos materiales, por lo que incurre en el delito tanto quien conoce plenamente el origen ilícito de ellos, como quien, meramente, lo sospecha. Es indiferente que el sujeto activo tenga o no puntual conocimiento de las circunstancias previas del delito o falta cometidos, de sus autores, o de su calificación jurídica.

La determinación de que el sujeto activo conocía o sospechaba el origen ilícito de los efectos del delito debe realizarse deduciéndolo de los hechos externos que rodeen la conducta típica realizada. Este es el sentido del inciso segundo del artículo, que, con una formulación abierta, recoge dos de los principales datos que han permitido determinar ese elemento: el precio vil y la clandestinidad de la adquisición.

F) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación se produce en el momento en el que el sujeto activo adquiere, recibe u oculta el objeto del delito. No es necesario que logre beneficiarse, si es que esa es su intención, pues tal beneficio se encontraría en sede de agotamiento del delito. Es posible la tentativa, cuando no se haya logrado llevar a cabo la adquisición, recepción u ocultación.

En los supuestos del inciso tercero la consumación se produce con la realización de cualquier acto de favorecimiento de la adquisición, recepción u ocultación. La amplitud de la dicción, que castiga cualquier acto de mínima eficacia restringe grandemente la posibilidad de la tentativa.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

746 No se está de acuerdo con esta última afirmación puesto que la receptación es un delito que genéricamente ataca el patrimonio de las personas, porque la prohibición de esta conducta constituye una ampliación de la protección, en virtud de una consideración preventiva general, que trata de abarcar todos los actos aun posteriores (o de agotamiento) que están referidos al bien jurídico protegido. Considerar lo contrario llevaría a una confusión del bien jurídico que haría imposible diferenciar este delito de algunos supuestos de Encubrimiento Real (Art. 308).

Para evitar caer en la tentación de equiparar este artículo con el Encubrimiento Real (Art. 308), que conllevaría a tener que declarar inaplicable una de las disposiciones legales, se debe recurrir a diferenciar estos delitos a través del grado de conocimiento que se exige y afirmar que en el Art. 214-A el conocimiento del origen ilícito de los bienes es potencial, es decir la persona debía sospecharlo, de ahí la regulación de la “presunción” del segundo inciso; en cambio, en el Art. 308 el conocimiento es actual, en otras palabras el sujeto activo sabe el origen ilícito de los bienes, por eso señala este artículo “el que con conocimiento de haberse perpetrado un delito”.

Mediante el Decreto Legislativo número 703, del 9 de septiembre de 1999, se agregó un inciso final que establece una modalidad agravada de receptación por conductas reiteradas que hagan apreciar habitualidad del sujeto activo respecto de estos hechos, estableciéndose una pena de uno a cinco años de prisión y de veinte a doscientos días multa.

214-B

CONDUCCIÓN DE MERCADERÍAS DE DUDOSA PROCEDENCIA

El que en vehículo automotor de carga condujere mercadería sin la debida documentación que ampare la legítima propiedad o procedencia de la misma, sin importar la cantidad, será sancionado con una pena de dos a cuatro años de prisión.
(9)

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Son, en principio, reproducibles las observaciones realizadas al considerar el bien jurídico protegido del artículo anterior, sin embargo, en el presente artículo aparece más claramente un matiz socioeconómico consistente en el interés de la comunidad en el correcto desarrollo del intercambio de mercaderías. No obstante, debe manifestarse desde un principio que el presente precepto es muy criticable, pues el interés protegido, a la vista de la redacción del precepto, tiene una entidad que no merece la sanción de prisión de dos a cuatro años de prisión.

747

B) SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquier persona.

Sujeto pasivo, por lo ya dicho, es la comunidad.

C) CONDUCTA TIPICA

Conducir mercaderías en vehículo automotor de carga sin la debida documentación que ampare la legítima propiedad o procedencia de la misma.

Conducir es lo mismo que transportar o trasladar, o, lo que es igual, cambiar de ubicación en el espacio. Este traslado debe ser realizado en un vehículo automotor de carga, es decir, en un medio mecánico provisto de un medio de autopropulsión de cualquier clase, sea motor de explosión, eléctrico o cualquier otro, sin que se incluyan los medios de tracción animal o cualquier otro que tome de una fuente ajena la energía para su movimiento y, además, su finalidad ha de servir al transporte de carga, sin que se excluya que, además, se dedique o pueda dedicarse a otras finalidades, como el transporte de personas.

La comisión del delito exige la carencia de la documentación que ampare la legítima propiedad o procedencia del objeto material. Tal documentación puede ser de cualquier índole o clase, pues dependerá de la mercadería conducida. Una mínima restricción del ámbito del delito exige entender que tal carencia ha de ser absoluta y que no se incurrirá en delito si tal documentación existe pero no se lleva materialmente en el vehículo en el momento de la intervención de la autoridad o de descubrirse la infracción.

Para evitar criminalizar una simple infracción administrativa sería preciso exigir que la carencia de la documentación requerida correspondiera a un origen ilícito de las mercaderías, pero el texto del artículo no contiene ningún requisito de esta naturaleza.

Mercaderías son todos los objetos susceptibles de comercio entre las personas.

D) TIPO SUBJETIVO

No existe ninguna especialidad, el dolo del sujeto activo debe abarcar la inexistencia de la documentación y la voluntad de realizar la conducción del objeto material.

748

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

La referencia a vehículo automotor de carga comprende las dos categorías que establece la clasificación de los vehículos de motor que hace la Ley de Transporte Terrestre, Transito y Seguridad Vial en su Art. 12, estas son los vehículos automotores livianos de carga y los pesados de carga.

214-C

PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN

La proposición y conspiración para cometer cualquiera de los delitos mencionados en este Capítulo, con excepción del delito de receptación, serán sancionadas con igual pena que para los delitos referidos, respectivamente. (13)

CAPÍTULO III

DE LAS DEFRAUDACIONES

215

ESTAFA

El que obtuviere para sí o para otro un provecho injusto en perjuicio ajeno, mediante ardid o cualquier otro medio de engañar o sorprender la buena fe, será sancionado con prisión de dos a cinco años si la defraudación fuere mayor de doscientos colones.

Para la fijación de la sanción el juez tomará en cuenta la cuantía del perjuicio, la habilidad o astucia con que el agente hubiere procedido y si el perjuicio hubiere recaído en persona que por su falta de cultura o preparación fuere fácilmente engañable. (9)

749

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Hay acuerdo común en que tiene naturaleza patrimonial y que no es ni la buena fe en el tráfico ni un derecho a la verdad, aunque éstos sean fines de política criminal.

Partiendo de un concepto mixto de patrimonio, según el cual el mismo se encuentra integrado por las posiciones de poder con significación económica y que presenten una apariencia jurídica, se ha sostenido que el bien jurídico protegido en la estafa es el patrimonio considerado en su conjunto, porque el tipo exige la existencia de un perjuicio, concebido como la disminución del valor global del patrimonio, y también porque el inciso segundo considera el perjuicio como uno de los criterios para fijar la sanción.

Sin embargo, en realidad, en la estafa el bien jurídico protegido es sólo una de las partes integrantes del patrimonio, y, dado que en el tipo no se dice cuál sea el elemento protegido, el intérprete debe determinarlo en cada caso, valorando cual sea el elemento afectado, según la concreta mecánica comisiva, pudiendo ser en algún caso la propiedad, en otro caso un derecho real o de crédito y, siempre, la parte del patrimonio afectada por el delito de estafa.

En todo caso hay que precisar que el elemento patrimonial de que se trate debe estar dentro del patrimonio al consumarse el delito.

Por tanto, para determinar la existencia de perjuicio no es preciso valorar el patrimonio antes y después de la presunta estafa, para decidir si su valor global ha disminuido, sino que existirá perjuicio si se ha producido la salida ilegítima de alguno de los elementos patrimoniales sin recibir contraprestación o si ésta es de inferior valor económico a la correspondiente a aquella salida.

B) SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquiera, es un delito común.

Sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido, que puede ser persona diferente del engañado, en cuyo caso hay una persona sobre la que cae el engaño, que será el sujeto pasivo de la acción, y otra persona que recibe el perjuicio y que será el verdadero sujeto pasivo del delito.

750

C) CONDUCTA TIPICA: EL ENGAÑO

La ley define este elemento como “ardid o cualquier otro medio de engañar o sorprender la buena fe”, en una definición reiterativa, cuya finalidad es dejar claro que éste es el elemento esencial, portador del desvalor de acción.

Hay innumerables definiciones del concepto de engaño, pero todas ellas se centran en la falta a la verdad en el comportamiento del sujeto activo, de cualquier modo, mediante hechos o palabras o por cualquier otra vía.

Con carácter general el engaño o ardid debe ser, en el tiempo, antecedente o coincidente con el injusto provecho logrado con el sujeto activo, y en una relación intelectual, causante y bastante respecto del perjuicio del sujeto pasivo y del provecho buscado por el sujeto activo.

Hay acuerdo general en que, aunque mentir sea faltar a la verdad, no toda mentira es constitutiva de engaño, como elemento del delito, por lo que no en todos los casos en los que se falta a la verdad y se produce un perjuicio hay estafa. Esto obliga a encontrar un criterio que permita distinguir los supuestos delictivos de los que pueden ser constitutivos, como mucho, de un ilícito civil. El Código Penal no exige expresamente que el engañado se encuentre en situación de error, sino sólo que el ardid, engaño o medio contrario a la buena fe, dé lugar a un provecho injusto en perjuicio ajeno, por lo

que, a la luz del principio de intervención mínima del Derecho Penal y del carácter fragmentario de este ordenamiento, en cada caso será necesario valorar si, dentro del correspondiente sector de actividad y estrato social, la conducta del sujeto activo aparece como adecuada para producir aquel injusto provecho y su correspondiente perjuicio y, además, excede de los límites represivos de otras ramas del ordenamiento.

En la práctica, el problema es saber si la valoración hay que hacerla desde un punto de vista objetivo, tomando como víctima a un hombre medio, de modo que sería engaño lo que apareciese como adecuado para engañar a una persona de formación y experiencia normal, en el correspondiente sector de actividad, o desde un punto de vista subjetivo, atendiendo, cuando existan, a las especiales condiciones del sujeto pasivo, de modo que sería engaño sólo lo apto para engañar a quien, en el caso concreto, fue objeto de la acción del sujeto activo.

La solución a este problema pasa por la combinación de ambos criterios, a los que se suele llamar, respectivamente, módulo objetivo y módulo subjetivo. En primer lugar, según el módulo objetivo, será bastante para la existencia de la estafa el engaño que, en la convivencia social, aparezca como hábil frente a una persona media, lo que nos permite excluir del delito las falacias más burdas, así como las exageraciones, inexactitudes o mentiras acordes con las prácticas sociales, como las que se producen frecuentemente en la publicidad. En segundo lugar, conforme al módulo subjetivo, el engaño, para ser constitutivo de estafa, vistas las condiciones del sujeto pasivo, también deber aparecer como adecuado para confundir a éste.

751

Además el riesgo para la realización del acto de disposición por engaño debe sobrepasar lo socialmente aceptado por lo que las practicas engañosas respetuosas de las reglas sociales no son estafa. Así ocurre en los casos de mendicidad, en las que el mendigo exagera sus males para excitar la piedad ajena, ya que, aunque haya un engaño con la finalidad de obtener una ventaja económica, por lo común, no existe estafa.

El engaño puede ser explícito, en el que se realizan manifestaciones contrarias a la verdad, y también puede ser el llamado engaño implícito, en el que una persona realiza un contrato o pacto sin manifestar nada que sea falso pero ocultando que, desde el principio, no tiene intención de cumplir ningún compromiso. En este supuesto, llamado también contrato criminalizado, habrá engaño y estafa si la voluntad de incumplir existía desde el principio. El problema es la existencia de prueba de este elemento, que es interno y requerirá la presencia de signos externos inequívocos. A estos supuestos responden la estafa de hospedaje, la de suministro de combustible sin voluntad de pagar y otras.

Se ha discutido mucho si cabe el engaño por omisión y hay acuerdo general en que, para centrar la discusión, hay que separar los auténticos casos de omisión de aquellos en los que una omisión convierte en engañosa una previa conducta positiva. Estos últimos son simples engaños positivos y su tratamiento es el normal y, en cuanto a los primeros, la postura mayoritaria entiende que no dan lugar a la estafa porque el perjuicio no es producido por el engaño del sujeto activo, sino por un previo error del sujeto pasivo.

No constituyen engaño los casos en los que se recurre a actividades retribuidas de magos o curanderos, ya que si se acude a ellos es por una previa creencia en sus supuestas capacidades o poderes, no por actividades engañosas. Igualmente, como ya se ha dicho, no son constitutivas de estafa las actividades de quienes exageran sus infortunios para solicitar limosna. En cuanto a los supuestos de usos de medios de transporte público sin adquirir los correspondientes pasajes, serán constitutivos de estafa cuando el sujeto activo haya realizado cualquier comportamiento que sea encuadrable en el engaño ya definido, como falsificar los billetes u otros documentos que den derecho al uso del transporte, pero los casos en los que se haga uso de tal medio sin otro artificio, deberán ser reconducidos a la jurisdicción civil.

752 En definitiva, no constituyen engaño los casos en los que el provecho del sujeto activo no se produce por el engaño sino por la credulidad o ignorancia reprochable de la víctima.

D) ACTO DE DISPOSICION

Aunque no se cite expresamente en el tipo penal, es imprescindible que exista un acto de disposición, realizado por la persona a la que se ha engañado, pues sólo mediante él puede producirse el perjuicio y el provecho ilícito. Son actos de disposición las acciones y omisiones, aunque éstas serán poco frecuentes, que impliquen un desplazamiento patrimonial porque se entreguen, cedan o presten cosas, derechos o servicios. El concepto de acto de disposición no coincide con el de negocio jurídico y hay acto de disposición aunque quien lo realiza no tenga capacidad para realizar el negocio jurídico, como cuando se estafa a un niño, que no tiene capacidad para negociar. El acto de disposición tiene que haber sido realizado por el empleo de engaño y debe realizarlo el engañado, que puede no coincidir con el sujeto pasivo del delito.

Es el acto de disposición el que determina el valor de la defraudación, que debe superar los quinientos colones para que el hecho sea delito y no falta. El valor del objeto entregado sin contraprestación, la diferencia entre el valor de ese objeto y la contraprestación

recibida por él o el valor del derecho atribuido por engaño o del servicio prestado por el mismo motivo deben, por tanto, superar los quinientos colones.

E) PERJUICIO Y PROVECHO INJUSTO

La consideración de este elemento ya ha sido vista antes, y para la opinión más común existe si lo que por el acto de disposición se entrega, da o atribuye a otro, vale más de lo que, eventualmente, se recibe de este en contraprestación, de modo que si se da algo y se recibe algo que vale lo mismo, no hay perjuicio para uno y provecho para otro, como elemento del delito, aunque el sujeto pasivo haya recibido un perjuicio indemnizable en la vía civil.

F) RELACION DE CAUSALIDAD O DE RIESGO

Debe existir entre todos los elementos y, como se ha visto al considerar el engaño, por ella no son estafas los actos de curanderos o adivinos o los casos en los que no se engaña y a pesar de ello se realiza la disposición por liberalidad, como los casos de donaciones a personas necesitadas.

753

G) TIPO SUBJETIVO

Con carácter mayoritario se exige que el sujeto activo busque lograr, para él o para otro, un enriquecimiento correlativo al perjuicio causado al sujeto pasivo, consistiendo en esto la voluntad de obtener el provecho injusto que, como elemento subjetivo del tipo, exige la ley.

Es necesario el dolo, que debe abarcar todos los elementos que hemos citado y que, por la descripción legal, solo puede ser directo.

H) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La estafa es un delito de resultado que se consuma cuando se produce el perjuicio. El perjuicio tiene lugar cuando, al realizar el sujeto pasivo del engaño el acto de disposición patrimonial, el sujeto activo u otro se enriquece y el sujeto pasivo del delito se empobrece. Si el hecho consiste en la entrega de una cosa, el enriquecimiento del sujeto activo se producirá cuando obtenga la disponibilidad de la cosa. Si no se produce tal perjuicio existe la tentativa.

I) CONCURSOS

Especialmente problemáticos son los concursos con los delitos de falsedad de los artículos 283 y siguientes, ya que si se trata de una falsedad en documento público o auténtico, que se emplea para engañar, el caso debe resolverse como un concurso ideal de delitos, en los que la falsedad es el medio necesario para la comisión de la estafa, pero en los casos en los que la falsedad de un documento privado se utilice para engañar a otro y provocarle un perjuicio patrimonial, se tratará de un concurso de leyes, pues en estos casos la ley castiga sólo la falsedad cuando se realiza para perjudicar a otro, con lo que la defraudación es un elemento del tipo y castigar por un concurso ideal supondría infringir el non bis in idem.

J) PENALIDAD

El segundo inciso del artículo expresa las condiciones del hecho que el juez debe valorar especialmente para la determinación de la pena.

216

ESTAFA AGRAVADA

El delito de estafa será sancionado con prisión de cinco a ocho años, en los casos siguientes:

- 1) Si recayere sobre artículos de primera necesidad, viviendas o terrenos destinados a la construcción de viviendas;**
- 2) Cuando se colocare a la víctima o su familia en grave situación económica, o se realizare con abuso de las condiciones personales de la víctima o aprovechándose el autor de su credibilidad empresarial o profesional;**
- 3) Cuando se realizare mediante cheque, medios cambiarios o con abuso de firma en blanco;**
- 4) Cuando se obrare con el propósito de lograr para sí o para otro el cobro indebido de un seguro; y,**
- 5) Cuando se realizare manipulación que interfiera el resultado de un procesamiento o transmisión informática de datos.**

755

El artículo regula en sus cinco números diferentes circunstancias que deben concurrir en una estafa, por lo que, en todo caso, es necesario que se dé la totalidad de los elementos considerados para el tipo básico, a cuyo comentario nos remitimos en relación a éstos, examinando a continuación sólo lo relativo a los casos agravados.

1) Se trata de una estafa agravada por la índole del objeto material al que afecta, que deben ser los artículos de primera necesidad, es decir, aquellos precisos para el alojamiento, alimentación, vestido, sanidad o subsistencia de la gente, entre los que se ponen como ejemplo las viviendas y los terrenos destinados a la construcción de las mismas, pero abarcando a los alimentos, vestidos, fármacos y demás materias necesarias par la subsistencia.

La agravación no afecta a objetos de lujo, coches, segundas viviendas o propiedades para invertir.

- 2) En el precepto se contienen dos diferentes motivos de agravación:
- a) Por motivo del perjuicio irrogado a la víctima o a su familia, provocando una grave situación económica. Caben supuestos en los que estafas de muy pequeña entidad en cuanto a la cuantía, aunque siempre por encima de los quinientos colones, causen gran perjuicio, por lo que procederá la agravación, mientras que, dependiendo de la situación económica de la víctima o de su familia, son posibles hechos en los que una estafa de importante cuantía no produzca tal perjuicio y no procederá la agravación.
 - b) Por motivo específico de abuso de superioridad con dos modalidades, la primera de las cuales consiste en el abuso de las especiales condiciones de la víctima, por ser persona de escasa o muy avanzada edad, de corta formación, con falta de inteligencia, o por cualquier otro motivo que le haga especialmente vulnerable al engaño, siempre que el sujeto activo sea consciente de tal debilidad y se haya aprovechado de la misma, y la segunda de las cuales es el aprovechamiento de la credibilidad empresarial o profesional, con el que el sujeto activo refuerza el engaño empleado para la realización de la estafa.
- 756
- 3) También este apartado contempla dos diferentes motivos de agravación:
- a) Estafa realizada mediante cheque o medios cambiarios. Se castigan en este subtipo agravado los comportamientos en los que una persona, apoyándose en la apariencia de garantía que, inicialmente, ofrecen los documentos a los que hace referencia la ley, crea una ficción de solvencia que engaña a otro, llevándole a la realización del acto de disposición causante del perjuicio. Caben todos los supuestos de creación de un título falso, alteración de uno existente, falsificación de firma, cambio de cantidades, expedición sin fondos o sin ánimo de pagar, incluyendo los supuestos de letras de cambio de colusión o vacías.
 - b) Con abuso de firma en blanco. Se castigan aquí todos los casos en los que una persona firma un documento, total o parcialmente en blanco y otra persona, que es la que comete el delito, lo rellena, en todo o en parte, en términos distintos a los autorizados por el firmante, así como los supuestos en los que se realizan intercalaciones no previstas, siempre que, en uno y otro caso, se cause perjuicio.

4) El supuesto de estafa de seguro se concibe con máxima amplitud, porque no se tipifican los medios que puedan llevar al pago indebido por parte de la entidad aseguradora de la cantidad pactada por la producción del siniestro, siendo posible cualquier maniobra que reúna los requisitos mencionados para el engaño en el tipo básico: producción dolosa del siniestro, agravación del ya producido, ocultación de datos o cualquier otra. Es indiferente que el sujeto activo busque su propio lucro o el de otro.

5) No entran dentro de este número las maniobras físicas sobre aparatos automáticos (cabinas telefónicas, máquinas expendedoras), bien porque se manipule para obtener un objeto material, bien porque una persona realice manipulaciones para que la máquina reciba el dinero y no expenda el producto. El primero de los dos casos supondría un apoderamiento y el segundo sí sería estafa, pero del tipo básico.

Se castiga como conducta típica la realización de alguna manipulación informática, con lo que se engloban todos los casos en los que se realiza una transferencia no consentida de activos patrimoniales en perjuicio de tercero.

La manipulación tiene que ir dirigida a lograr interferir, en el sentido de alterar, el resultado de un procesamiento o transmisión informática de datos, de tal modo que se atribuyan indebidamente ingresos o bienes o servicios o se le anulen incorrectamente débitos o gastos.

757

Esta manipulación equivale al engaño en el tipo básico y la interferencia equivale al acto de disposición y al perjuicio.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Mediante Decreto Legislativo número 642, del 17 de junio de 1999, la cuantía de la defraudación como límite objetivo entre el delito de estafa y la falta de estafa se fijó en Doscientos Colones.

217

APROPIACIÓN O RETENCIÓN INDEBIDAS

El que teniendo bajo su poder o custodia una cosa mueble ajena por un título que produzca obligación de entregar o devolver la cosa o su valor, se apropiare de ella o no la entregare o restituyere a su debido tiempo en perjuicio de otro, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

758

El bien jurídico protegido es el derecho de propiedad. Pero si esta afirmación no presenta problemas cuando la apropiación indebida afecta a objetos específicos, sí existe tal problema cuando el objeto material del delito son cosas fungibles y, en especial, la más fungible de todas, el dinero, porque el que recibe estas cosas intercambiables entre sí, o dinero, no como cosas determinadas, sino como fungibles, con obligación de entregar o devolver su valor, adquiere la propiedad de lo que recibe, pero con la obligación de devolver o entregar la misma cantidad. Por eso, si se acepta que se puede cometer delito de apropiación indebida respecto de cosas fungibles, habrá que aceptar que lo que se protege no es el derecho de propiedad sobre tales cosas, sino el derecho al valor económico representado por las mismas. Por tanto, en estos casos en los que los objetos materiales son bienes fungibles, el centro del delito viene a ser la disposición abusiva de valores patrimoniales y el bien jurídico pasa a ser la protección de determinados derechos de crédito, lo que obliga a adoptar determinadas cautelas para no convertir este delito en un supuesto de prisión por deudas.

B) SUJETOS

El sujeto pasivo no presenta problemas, pues será el titular del bien jurídico definido, y, así, en caso de bienes no fungibles, será el titular del derecho de propiedad y, en caso de bienes fungibles o dinero, el titular del derecho de crédito a que le sea entregado otro tanto de la misma especie y calidad.

Desde el punto de vista del sujeto activo estamos en presencia de un delito especial que solo puede ser cometido, como dice el artículo 217, por quien tenga el objeto material del delito bajo su poder o custodia por un título que produzca la obligación de entregarlo o devolverlo, o bien, su valor. Así se dice que para ser sujeto activo es

necesario que en una persona concurren dos circunstancias: que tenga el objeto material bajo su poder o custodia y que lo tenga por uno de los títulos mencionados en la ley.

A) Tenencia del objeto material: Es necesario que el objeto se encuentre bajo las capacidades de actuación o conservación del sujeto activo, cumpliéndose el requisito cuando le haya sido previamente entregado, y también cuando ya tenía la cosa porque era su dueño y, tras dejar de serlo, sigue manteniendo la posesión, como cuando el dueño de algo lo vende y, al mismo tiempo, se lo alquila al comprador, así como en los diversos supuestos de ficción jurídica de entrega.

B) Esta tenencia de la cosa, para que haya delito, tiene que haberse producido por alguno de los motivos o títulos a los que hace referencia la ley, es decir, cualquiera que produzca obligación de entregarla o devolverla, ella misma o su valor, tratándose de una relación abierta. Son todos los títulos que hacen que el sujeto activo tenga la posesión de la cosa, pero no la propiedad, criterio que es válido mientras nos refiramos a bienes no fungibles, pero que hay que matizar cuando hablamos de bienes fungibles, pues en éstos, como ya vimos, al tomar la posesión de los mismos, se adquiere también la propiedad. En general, no son títulos hábiles para la existencia de este delito la compraventa, salvo con pacto de reserva de dominio, el préstamo mutuo, el depósito irregular, pues todos ellos transmiten el dominio, ni tampoco el arrendamiento de servicios, que no transmite la posesión. A título de ejemplo son títulos válidos el depósito, salvo el depósito irregular, la administración, el préstamo, salvo el ya mencionado, y todos los demás que cumplan los requisitos dichos.

759

Alguna vez se ha planteado si se puede decir que quien tiene la cosa por un comportamiento delictivo previo (robo, hurto, estafa), la ha recibido, de modo que, al no devolverla, cometería una apropiación indebida. La respuesta es negativa: quien sustrae o defrauda algo tiene una obligación de devolver que no deriva del título por el que recibió el objeto, que es lo que exige la ley, sino en consecuencia del previo despojo que ha realizado. En cambio, a la hora de valorar si hay o no apropiación indebida, a la ley le resulta indiferente la legalidad o ilegalidad civil de la previa adquisición.

C) OBJETO MATERIAL

Es definido en la ley como cosa mueble ajena. El concepto es el mismo utilizado en los delitos de apoderamiento. La exigencia de ajenidad de la cosa no es contradictoria con lo afirmado respecto de los objetos fungibles o del dinero, pues, en tales casos, lo que es ajeno es el valor que hay que devolver o entregar, por lo que, no siendo fungible el objeto material, sólo se comete apropiación indebida respecto de cosas ajenas, como

indica la ley con los verbos entregar y devolver y respecto de los bienes fungibles es aplicable lo ya mencionado.

D) CONDUCTA TIPICA

La ley la describe de forma alternativa: apropiarse del objeto material, o no entregarlo o restituirlo a su debido tiempo.

Todos los supuestos son reconducibles al concepto único de disposición. Hay apropiación o retención indebidas cuando el que no es el dueño, pero tiene la cosa, realiza algún acto que supone que se atribuye la propiedad de la cosa, de modo que ya no puede, definitivamente, entregarla o devolverla en el momento preciso, como era su obligación.

760

Se ha discutido si cabe cometer por omisión la apropiación indebida, en los casos en los que el sujeto activo admite tener la cosa con la obligación de entregarla o devolverla, pero no la entrega o devuelve. Hay acuerdo general en que no basta la simple negativa a entregar o devolver para entender que haya delito, sino que deberá ir acompañada de un acto de disposición. Aquellas personas que niegan la posibilidad de realizar actos de disposición por omisión, no admiten la apropiación indebida omisiva, pero para los que sí admiten tal posibilidad, porque socialmente se dé a la no entrega el significado de acto de disposición, o porque, en los casos de bienes fungibles, la retención de tales objetos equivale a la disposición, sí cabe esa comisión por omisión.

E) TIPO SUBJETIVO

El delito se regula como exclusivamente doloso, discutiendo los autores si, además del dolo, hay algún elemento subjetivo del tipo. La doctrina mayoritaria exige que concurra ánimo de lucro, entendido como voluntad de apropiación, pues, como se ha visto, se afirma que la conducta típica es reconducible al concepto de disposición, en el sentido de apropiación.

Hay acuerdo general en que el ejercicio del derecho de retención, la apropiación de uso y la compensación patrimonial excluyen la apropiación indebida.

F) CONSUMACION

Estamos ante un delito de resultado, cuya consumación exige la producción de éste, entendido como perjuicio para el sujeto pasivo. El sujeto activo tiene que realizar un acto de disposición que tenga una mínima efectividad, es decir, que, al menos, haya

perturbado en cierta medida los derechos del dueño, provocando la pérdida por este de algún valor económico y la correlativa adquisición del mismo por parte del sujeto activo. En consecuencia, se admiten las formas imperfectas.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Como estamos frente a una antijurídica apropiación que el sujeto activo hace de la cosa mueble ajena que obra en su poder, por habersele transmitido la tenencia, abusando de la confianza en él depositada, es lógico pensar que existen casos en que la retención esté justificada por el ordenamiento jurídico, por ejemplo, los Arts. 1922, 1951, 1991 y 1992 todos del Código Civil:

“Art. 1922.- Podrá el mandatario retener los efectos que se le hayan entregado por cuenta del mandante para la seguridad de las prestaciones a que éste fuere obligado por su parte.”

“Art. 1951.- El comodatario podrá retener la cosa prestada mientras no se efectúa la indemnización de que se trata en los dos artículos precedentes; salvo que el comodante caucione el pago de la cantidad en que se le condenare.”

“Art. 1991.- El depositario no podrá sin el consentimiento del depositante retener la cosa depositada, a título de compensación, o en seguridad de lo que el depositante le deba; sino sólo en razón de las expensas y perjuicios de que habla el siguiente artículo.”

“Art. 1992.- El depositante debe indemnizar al depositario de las expensas que haya hecho para la conservación de la cosa, y que probablemente hubiera hecho él mismo, teniéndola en su poder; como también de los perjuicios que sin culpa suya le haya ocasionado el depósito.”

761

218

ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA

El que teniendo a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes ajenos, perjudicare a su titular alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo operaciones o gastos, aumentando los que hubiere hecho, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente, será sancionado con prisión de tres a cinco años.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

La ubicación del precepto en el Título dedicado a los delitos contra el patrimonio evidencia que el bien jurídico protegido es el patrimonio del sujeto pasivo, sin perjuicio de que, cuando éste sea una persona jurídica, también se busque asegurar el correcto funcionamiento de la institución. El concepto de patrimonio es el económico-jurídico o mixto, al que se ha hecho mención al comentar el artículo 215.

B) SUJETOS

Considerando el sujeto activo, estamos en presencia de un delito especial, por cuanto sólo puede ser cometido por quien tenga a su cargo “el manejo, la administración o el cuidado” de bienes ajenos. Por tanto se trata de personas físicas o jurídicas, en cuyo caso entran en aplicación las previsiones del artículo 38, que, por disposición legal, negocio jurídico u otra causa, tengan encomendadas funciones de dirección, manejo, conservación o protección de bienes, intereses o asuntos ajenos con trascendencia económica. Esto abarca tanto situaciones jurídicas como situaciones de mero hecho, bastando con constatar que el sujeto activo tiene capacidad para, directa o indirectamente, mover, gastar, invertir, pagar o recibir bienes ajenos.

762

El sujeto pasivo es el titular de los bienes ajenos manejados, administrados o cuidados por el sujeto activo, pudiendo tratarse de personas físicas o jurídicas, siempre que no se trate de alguna de las entidades mencionadas en el artículo 240-A, pues, en tal caso es de aplicación preferente, por razón de especialidad, este precepto.

C) CONDUCTA TIPICA

Todos los extremos de la conducta típica tienen un denominador común, consistente en la violación por parte del sujeto activo de los deberes que le incumben para el correcto manejo, administración o cuidado de los bienes ajenos, violación que se concreta en la infracción de los límites que debe observar, perjudicando al sujeto pasivo a través de alguna de las modalidades típicas recogidas en el artículo:

- a) Alterando el sujeto activo en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos.
- b) Suponiendo operaciones o gastos o aumentando los que hubiere hecho.
- c) Ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente.

Las tres posibilidades se limitan a los casos en los que el sujeto activo compromete bienes, valores o intereses del sujeto pasivo.

D) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación del delito exige la producción de perjuicio para el sujeto pasivo, por lo que se trata de un delito de resultado, en el que se deberá acreditar la relación de causalidad entre el comportamiento del sujeto activo y tal perjuicio, siendo posible la tentativa.

E) TIPO SUBJETIVO

El tipo subjetivo, doloso, no requiere la concurrencia de ningún otro elemento, pues la ley no exige ánimo de lucro, propio o ajeno, ni tampoco ánimo de perjudicar al sujeto pasivo, aunque en la práctica totalidad de los casos concurrirá uno u otro.

F) CONCURSOS

En ciertos casos puede presentar dificultades la distinción de este artículo con el artículo 240-A, sin embargo, éste último tiene un sujeto pasivo muy concreto y la conducta típica tampoco coincide con la del artículo 218, por lo que la distinción es una mera cuestión de tipicidad.

763

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Se debe analizar la situación de si el examen y rendición de cuentas, regulado en el Art. 569 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles, es una condición objetiva de procesabilidad o no lo es. El examen y rendición de cuentas procede exigirlo a todas aquellas personas que tienen las mismas calidades de los sujetos activos del delito que se comenta. Al respecto se considera que este procedimiento no es una condición objetiva de procesabilidad, en primer lugar porque el tipo penal no lo refiere, y en segundo lugar, porque como afirma Soler “en esta clase de delitos, la rendición de cuentas es la que fija la existencia o inexistencia de un saldo (...). El hecho de que el actor haya recurrido a la vía criminal, no priva al demandado del derecho de no rendir cuentas o de no rendirlas todavía, si jurídicamente no tiene tal obligación en ese momento.” (Soler, 1973: 446).

CAPÍTULO IV

DE LAS USURPACIONES

219

USURPACIONES DE INMUEBLES

El que con fines de apoderamiento o de ilícito provecho, por medio de violencia, amenazas, engaño o abuso de confianza, despojare a otro de la posesión o tenencia legal de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produjere invadiendo el inmueble, permaneciendo en él o expulsando a los ocupantes, será sancionado con prisión de uno a tres años.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

764

Aunque se ha sostenido que el bien jurídico protegido es, en última instancia, la propiedad sobre los bienes inmuebles, que se vería atacada por la desposesión a sus titulares, parece que ni este delito ni el siguiente implican la puesta en peligro o pérdida efectiva del derecho de propiedad sobre el objeto material, mientras que sí es preciso que se afecte por alguna de las conductas tipificadas a la pacífica posesión de los bienes inmuebles o al ejercicio de los derechos reales constituidos sobre los mismos, por lo que esta pacífica posesión será el bien jurídico protegido.

B) SUJETOS

El sujeto activo puede ser cualquiera, incluso el propietario del bien inmueble, ya que la norma no exige que el inmueble le sea ajeno, pudiendo cometer el delito si usurpa el ejercicio de un derecho real constituido sobre un bien de su propiedad.

El sujeto pasivo del delito ha de ser, de conformidad con los artículos 567, 745 y ss. y 753 y ss., y sus concordantes, del Código Civil, titular de la posesión o de la tenencia legal de un inmueble, o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él. Puede darse el caso de que, siendo éste el sujeto pasivo del delito, la violencia, amenazas, engaño o abuso de confianza no se ejerzan contra él, sino contra otro, que será sujeto pasivo de la acción, siempre que su finalidad sea la consecución de la usurpación.

C) CONDUCTA TIPICA

Consiste en despojar al sujeto pasivo de la posesión o tenencia legal del inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre el inmueble, por alguna de las tres vías tipificadas en el texto: invasión del inmueble, permanencia en el inmueble o expulsión de los ocupantes, lo que ha debido ser llevado a cabo por violencia, amenazas, engaño o abuso de confianza.

El concepto de despojar en sentido amplio es quitarle a otro lo que tiene, mientras que en sentido estricto es realizar la misma conducta de modo violento. La idea de despojo, sea de la posesión o tenencia legal del inmueble o del ejercicio del derecho real, implica un acto permanente: es quitarle a otro lo que tiene, por lo que no es delictivo por este precepto cuando se introduce ganado en una finca para que pade o el entrar a recoger una cosecha, siendo precisa una cierta permanencia en el despojo, pues, en otro caso, el hecho constituye una coacción. En definitiva, se impide al titular poseer o ejercer el derecho.

Este despojo debe ser realizado mediante alguno de los medios típicos descritos en el precepto: violencia, amenazas, engaño o abuso de confianza. El significado de estos términos ya ha sido considerado en otros preceptos, relativos a la coacción, las amenazas, la violación y agresión sexual agravada, el robo o la estafa. Por tanto las ocupaciones pacíficas de bienes inmuebles, en el sentido de que en las mismas no concurre ninguna de estas cuatro modalidades, no es típica por este precepto.

765

El uso de estos medios debe concretarse en la invasión del inmueble, la permanencia en el mismo o la expulsión de los ocupantes. Invadir el mueble es lo mismo que ocuparlo, siendo equiparable la conducta a la de permanecer en él o la de expulsar a los ocupantes, pues, en todos los casos se produce la lesión al bien jurídico protegido.

D) OBJETO MATERIAL

Son los bienes inmuebles, concepto definido en el artículo 561 del Código Civil, cuya parte final considera parte de los mismos a los derechos reales constituidos sobre fincas urbanas o rústicas, de modo que vale decir que el objeto material son los bienes inmuebles según el concepto civil.

A diferencia de lo que ocurre en los delitos de hurto y de robo, en este de usurpación, el objeto material incluye los bienes inmuebles definidos en el segundo inciso del mencionado artículo 561 del Código Civil, es decir, aquellos que pueden ser separados

y transportados de un patrimonio a otro, como las puertas y ventanas de un edificio, siempre que la realización de la conducta típica respecto de ellos se produzca en el marco de la llevada a cabo contra el inmueble en si mismo y no como una intención autónoma.

E) TIPO SUBJETIVO

El texto del artículo reclama que el sujeto activo rija su actividad por uno de dos ánimos específicos: apoderamiento o de ilícito provecho. El sujeto activo debe saber que no es el titular de la posesión o tenencia o del derecho de los que despoja al sujeto pasivo y debe querer que los bienes inmuebles o los derechos reales pasen a reportar una ventaja económica en favor suyo o de otro, sea haciéndolos suyos, sea de otra manera. Sólo cabe dolo directo.

F) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación precisa el despojo efectivo mediante la invasión del inmueble, la permanencia en el mismo o la expulsión de sus ocupantes. No es preciso que el sujeto activo haya logrado apoderarse del objeto material o beneficiarse económicamente.

766

G) CONCURSOS

Si del uso de la violencia se deriva resultado lesivo, se dará lugar al correspondiente concurso de delitos con el de homicidio o lesiones.

JURISPRUDENCIA.

La Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia de fecha 29 de octubre de 2002 determinó que cuando una persona es tenedora legítima de un inmueble y construye excediéndose los linderos o márgenes fijados por la propietaria del inmueble supuestamente usurpado, no se está frente a un abuso de confianza, por lo tanto no se perfila ningún medio típico para cometer este delito, debiendo acudir en este caso a la jurisdicción civil a efecto de ejercer las acciones legales pertinentes.

219-A

REMOCIÓN O ALTERACIÓN DE LINDEROS

El que para apropiarse, en todo o en parte, de un inmueble de ajena pertenencia, o para sacar provecho de él, remueva o altere sus linderos o mojones, será sancionado con prisión de seis meses a dos años. (11)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Figura delictiva agregada en virtud del Decreto Legislativo número 703, de fecha 9 de septiembre de 1999.

La remoción o alteración de linderos es un medio más que se agrega a la violencia, al fraude y al abuso de confianza, como formas para invadir un inmueble ajeno.

La acción consiste en remover o alterar los linderos que sirven de demarcación entre dos propiedades, haciendo desaparecer el lindero original.

767

Tanto la remoción como la alteración expresan conceptos generales e indefinidos, ya que se puede cometer arrancando, cambiando, rompiendo o destruyendo la señal que el dueño había puesto como testimonio de su propiedad, haciendo inseguro el límite de la propiedad o haciendo imposible su determinación.

Los linderos o mojones son objetos o señales materiales, de cualquier naturaleza, ya se trate de cercos o alambrados, destinados a fijar los límites de un inmueble.

Cabe mencionar que si bien el Art. 219-A no expresa características particulares a los sujetos activos del delito, éste no puede serlo cualquier persona, ya que el contenido de la acción típica exige que entre el sujeto activo y el sujeto pasivo exista una relación de co-lindancia, en otras palabras el sujeto activo sólo puede ser el ocupante de un inmueble vecino, sea que se trate de su propietario, poseedor o mero tenedor.

La remoción o alteración de linderos es un delito doloso, quedando excluidas las formas imprudentes de comisión. Además se exige un elemento subjetivo especial del ánimo, ya que el dolo con que actúa el autor deberá estar acompañado del propósito de apropiarse en todo o en parte de un inmueble ajeno para sacarle provecho.

Este delito se consuma cuando se ha logrado remover o alterar los linderos, aunque no se llegue a obtener el apoderamiento total o parcial del inmueble, ni mucho menos un provecho económico.

219-B

USURPACIÓN DE AGUAS

Será sancionado con prisión de uno a tres años:

- a) El que desviare a su favor aguas públicas o privadas que no le corresponden o las tomare en mayor cantidad de aquellas a que tenga derecho; y**
- b) El que de cualquier manera impidiere o estorbare el ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas. (11)**

768 **NOTA DE ACTUALIZACIÓN.**

Delito que también se agregó por medio del Decreto Legislativo número 703, de fecha 9 de septiembre de 1999.

Son comportamientos penalmente relevantes: Desviar las aguas a favor del sujeto activo o de un tercero, se desvían las aguas cuando se modifica su curso. Tomarla en mayores cantidades de aquéllas a las que tiene derecho implica la existencia de una autorización previa pero el autor aumenta el caudal autorizado o deja correr las aguas por mayor tiempo del que su derecho autoriza. Impedir o estorbar el libre ejercicio de un derecho a usar las aguas por parte del sujeto pasivo.

Como el agua puede ser sustraída de muchas maneras, incluso sacándola en recipientes de manera discontinua, adquirirá relevancia típica la conducta que importe una corriente de desviación.

Los objetos materiales sobre los que recaen las conductas típicas son aguas públicas o privadas. Para interpretar razonablemente esta aseveración debemos recordar el Art. 576 del Código Civil que señala que los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, son bienes nacionales de uso público. Se exceptúan los ríos que nacen y mueren dentro de la misma heredad; respecto de los cuales su propiedad, uso y goce

pertenecen al dueño del terreno. Si el río nace en una heredad de propiedad particular y atraviesa dos o más heredades contiguas muriendo en una de ellas, su uso y goce corresponde a los propietarios riberaños, pero dentro de los límites de sus respectivos fundos. Además debemos considerar el Art. 3 de la Ley de Riego y Avenamiento que señala que los recursos hidráulicos son bienes nacionales, entendiéndose por recursos hidráulicos las aguas superficiales y subterráneas, ya sean corrientes o detenidas, incluyendo los álveos o cauces correspondientes, exceptuándose las aguas lluvias captadas en embalses artificiales contruidos por particulares.

El delito de usurpación de aguas es un tipo penal eminentemente doloso. Además se exige, al menos en el numeral 1) del Art. 219-B, que el dolo vaya acompañado de un elemento subjetivo especial, ánimo de lucro, que se traduce en sacar cualquier provecho del agua corriente, ya sea para irrigar terrenos, mover máquinas, etc. En cuanto al numeral 2) del Art. 219-B, este elemento subjetivo especial del ánimo no siempre estará presente, ya que en este caso la usurpación de aguas está apoyada en la pérdida, daño o privación de la víctima, más que en el provecho ilegítimo que pueda obtener el sujeto activo.

El delito de usurpación de aguas se consuma con el desvío de las aguas, así como también cuando se impide o estorba el libre ejercicio de un derecho sobre esas aguas.

769

220

PERTURBACIÓN VIOLENTA DE LA POSESIÓN

El que con violencia sobre las personas, perturbare la pacífica posesión o tenencia legal de un inmueble, será sancionado con prisión de seis meses a un año.

El precepto es tácitamente subsidiario del anterior, con el que comparte la mayor parte de los elementos, empezando por el bien jurídico y el sujeto activo.

Sujeto pasivo es quien se encuentre en la pacífica posesión o tenencia de un bien inmueble, no siendo preciso que tal posesión o tenencia sean legales, con tal de que no estén cuestionadas.

La conducta típica consiste en perturbar, en el sentido de amenazar la posesión, sin llegar a despojar de la misma, siempre que se use la violencia, física o mental sobre las personas para lograrlo.

No es preciso ningún ánimo específico que deba ser abarcado por el dolo del sujeto activo y la consumación se producirá desde que, de algún modo relevante, la pacífica posesión o tenencia del inmueble se hayan visto alteradas.

Los concursos son iguales a los del artículo anterior.

CAPÍTULO V

DE LOS DAÑOS

221

DAÑOS

El que con el propósito de ocasionar perjuicio destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o deteriorare una cosa total o parcialmente ajena, siempre que el daño excediere de doscientos colones, será sancionado con prisión de seis meses a dos años. (11)

En igual sanción incurrirán los individuos que dañen bienes muebles o inmuebles, públicos o privados, mediante cualquier inscripción de palabras, figuras, símbolos o marcas fueren estos grabados o pintados. (18)

771

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es el derecho de propiedad existente sobre el objeto material del delito, pues los casos en los que los medios empleados por el sujeto activo, como fuego o explosivos, pongan en peligro bienes personales distintos de la propiedad, los hechos deberán ser castigados también por alguno de los tipos recogidos a partir del artículo 264.

B) SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquiera salvo el dueño único de la cosa, pues la ley exige que la cosa sea total o parcialmente ajena, y el propietario que destruye una cosa suya no hace sino ejercitar una de las facultades del derecho de propiedad.

Sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido y, como éste es el derecho de propiedad, el sujeto pasivo será el dueño de la cosa, sea único propietario o exista sobre el objeto material una comunidad en el derecho de propiedad.

C) CONDUCTA TIPICA

Es destruir, inutilizar, hacer desaparecer o deteriorar el objeto material, lo que puede ser realizado de manera activa u omisiva, por no prestar los debidos cuidados de mantenimiento o alimentación, cuando se trate de seres vivos, como animales o plantas. La acción puede ser realizada por cualquier medio, incluso el incendio o los explosivos, siempre que no produzca concreto peligro para la vida, integridad o salud de las personas.

Los conceptos de destrucción y deterioro abarcan los casos en los que se produce total o parcial quebrantamiento o lesión de la sustancia con la que la cosa está formada, mientras que los conceptos de desaparición o inutilización afectan al valor de uso de la cosa, por lo que también constituyen daños los supuestos en los que el objeto material subsiste íntegro, pero, a consecuencia del comportamiento del sujeto activo, no se le puede dar su utilidad propia, como puede suceder cuando se arroja un objeto al mar, se liberan líquidos o se sueltan animales salvajes.

D) OBJETO MATERIAL

772

Son los bienes muebles o inmuebles total o parcialmente ajenos, corporales y susceptibles de deterioro, salvo los que son protegidos en otros lugares del Código Penal por diferentes motivos, como ocurre con los bienes públicos o destinados al uso público en los actos de terrorismo, o con los bienes del patrimonio cultural, cuyo daño da lugar a un tipo agravado. Cuando se trata de fluidos, pueden ser objeto del delito si están envasados y son destruidos o dispersados. La cosa debe tener algún valor económico, pues es éste un delito patrimonial, no constituyendo este delito la destrucción, deterioro o menoscabo de objetos sin valor económico, aunque esos supuestos puedan dar lugar a la aplicación de un tipo de coacción.

En general, en el tipo básico se exige que el objeto sea corporal o material, pues la destrucción de objetos inmateriales solo se castiga en los supuestos del nº 2 del artículo 222 para la informática.

En los supuestos en los que exista una copropiedad sobre el objeto material del delito y la acción típica sea realizada por uno de los copropietarios, si la comunidad es de tipo romano, en la que la totalidad del objeto pertenece a todos los copropietarios, no será posible la comisión del delito de daños, porque el objeto no es ajeno en ninguna de sus partes a ninguno de los copropietarios, pero, si se trata de una comunidad en la que existan partes que puedan ser atribuidas a cada uno de los copropietarios, proporcionalmente o de otro modo, sí cabe la comisión del delito de daños cuando uno

de los copropietarios dañe una parte de la que no sea dueño, pues esa parte le es ajena.

E) TIPO SUBJETIVO

La comisión del delito de daños requiere la presencia de un elemento subjetivo, consistente en una actitud tendencial, que la ley define como el propósito de ocasionar perjuicio al sujeto pasivo. Es indiferente que este ánimo concorra o no con la intención de beneficiarse, siempre que no sea con la incorporación de la cosa dañada al propio patrimonio del sujeto activo. Este elemento subjetivo tiene que ser abarcado por el dolo del sujeto activo.

F) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación del delito requiere que se produzca el resultado, que es el deterioro o menoscabo del objeto, que debe ser valorable económicamente, pues así lo requiere el tipo, que, además, lo usa como criterio para diferenciar el delito de la falta. Son posibles las formas imperfectas de ejecución.

773

La ley no requiere para la consumación que tal daño perjudique necesariamente al sujeto pasivo, aunque sí exige, como veremos al comentar el tipo subjetivo, que el sujeto activo tenga intención de perjudicar al sujeto pasivo. Sigue habiendo daños en los casos en los que la destrucción del objeto del sujeto pasivo, le beneficie económicamente, como ocurre en los casos en los que se produce la muerte de un animal cuyo valor económico es inferior al de sus costes de mantenimiento, o cuando se destruye un viejo inmueble, cuyo valor era inferior a lo que le costaba a su propietario mantenerlo en pie, o lo que aumenta el valor del solar sobre el que se asentaba. En la redacción legal nada exige la producción de perjuicio en la víctima y la línea de separación del delito y la falta se establece según el valor de la cosa y no sobre el perjuicio. En el caso de que se produzca un perjuicio la retribución de este corresponderá a la responsabilidad civil.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Mediante Decreto Legislativo Número 703, del 9 de septiembre de 1999, se modificó la pena del delito de Daños pasando de una pena de multa de cincuenta a cien días multa a una pena de prisión de seis meses a dos años. Además se estableció como elemento objetivo diferenciador del delito y la falta que el daño exceda de Doscientos Colones.

De igual forma por medio del Decreto Legislativo número 121, del 4 de septiembre de 2003, se incluyó como otra supuesto del delito de Daños el dañar bienes muebles o inmuebles, públicos o privados, mediante cualquier inscripción de palabras, figuras, símbolos o marcas fueren estos grabados o pintados. Con esta regulación se ha resuelto el problema que se enfrentaba al considerar que la acción de pintar leyendas alusivas en las paredes no constituía un delito de Daños, ya que se trata de una alteración de la esencia o sustancia de la pared, que si bien puede considerarse ilegítima no era típica. De igual forma la acción de tapar o tachar inscripciones o leyendas ya pintadas. (En ese sentido se manifestó la jurisprudencia argentina en la Sentencia de la Sala Criminal del 19 de septiembre de 1972).

222

DAÑOS AGRAVADOS

Se impondrá prisión de dos a cuatro años;

- 774** **1) Cuando el daño se ejecutare con violencia en las personas;**
- 2) Si el daño se realizare mediante manipulación informática;**
- 3) Si el daño se ejecutare en objetos que forman parte del patrimonio cultural; y,**
- 4) Cuando el daño recaiga en la morada de la víctima, (10)**
- 5) Cuando el daño se ejecutare por una o más personas pertenecientes a una agrupación ilícita tales como las pandillas denominadas maras. (18)**

El artículo 222 contiene subtipos agravados, con la configuración de un tipo mixto alternativo, debiendo concurrir todos los elementos del tipo básico, y, además, una o más de las circunstancias mencionadas en el precepto.

1) Se impone la pena agravada cuando el sujeto activo se sirve de la violencia, para cuyo comentario nos remitimos al del delito de robo, para lograr vencer la oposición que pudieran presentar otras personas a la realización de tales daños. Para la agravación es esencial que la violencia y los daños se encuentren en relación de medio a fin. Si tal

violencia produce resultados lesivos, se dará lugar a un concurso ideal o real de delitos, según los casos.

2) Cuando el modo de realización del daño sea una manipulación informática, con lo que se abarcan tanto los casos en los que se produce una alteración de los datos contenidos en archivos o programas informáticos, como todos otros en los que se suprimen completamente esos datos, así como cualquier comportamiento en el que se ataque los soportes físicos de los mismos, destruyendo o inutilizando los propios equipos o elementos informáticos.

3) Por razón del objeto material, que debe formar parte del patrimonio cultural, siendo este un concepto usual cuya fijación corresponde en cada caso a los jueces y tribunales.

4) Al igual que en el numeral anterior, el motivo de la agravación se encuentra en el objeto material del delito. El ordenamiento jurídico, partiendo del artículo 20 de la Constitución de la República, presta especial protección a la morada de las personas. Morada es todo espacio físico delimitado, sea natural o artificial, mueble o inmueble, dentro del cual se desarrolla la vida más íntima de una o más personas. Se impondrá la pena agravada cuando la destrucción, el deterioro o el menoscabo se produzcan sobre cualquiera de los elementos constitutivos de tal morada, sirvan para delimitarla del resto del espacio, para soportar su estructura, para formar espacios interiores o para cualquier otro fin, pues, necesariamente, tales daños afectan a la intimidad, a la seguridad o a la tranquilidad de las personas, además de perjudicar su patrimonio.

775

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

El Art. 3 de la Ley Especial de Protección al Patrimonio Cultural de El Salvador nos regula los bienes que forman parte del Patrimonio Cultural de El Salvador, así:

“Los bienes que conforman el Patrimonio Cultural de El Salvador son los siguientes:

a) Las colecciones y ejemplares de zoología, botánica, mineralogía, anatomía y los objetos de interés paleontológico;

b) Los bienes relacionados con la historia, con inclusión de la historia de las ciencias y de las técnicas, la historia militar y la historia social, así como con la vida de los dirigentes, pensadores, sabios y artistas nacionales relacionados con acontecimientos culturales de importancia nacional;

c) El producto de las excavaciones tanto autorizadas o no o de los descubrimientos arqueológicos;

d) Los elementos procedentes de la desmembración de monumentos artísticos o históricos y de lugares de interés arqueológico;

e) Antigüedades debidamente comprobadas tales como inscripciones, monedas, sellos, grabados u otros objetos;

f) El material etnológico;

g) Los bienes de interés artístico tales como:

- 1) Cuadros, pinturas y dibujos hechos enteramente a mano sobre cualquier soporte y en cualquier material con exclusión de los dibujos industriales;
- 2) Producciones originales en arte estatuario y de escultura en cualquier material;
- 3) Grabados, estampas y litografías originales;
- 4) Conjuntos y montajes artísticos originales en cualquier material.

776 h) Manuscritos incunables, libros, documentos y publicaciones antiguas de interés especial histórico, artístico, científico, literario, sueltos o en colección;

i) Sellos de correo, sellos fiscales y análogos, sueltos o en colecciones;

j) Archivos, incluidos los fonográficos, fotográficos y cinematográficos;

k) Objetos de mobiliario o instrumentos de música antiguos;

l) La imaginería, retablos, parafernalia o utilería religiosa de valor histórico;

m) Las colecciones nacionales filatélicas y numismáticas de valor histórico;

n) Los manuscritos incunables, fondo antiguo, ediciones, libros, documentos, monografías, publicaciones periodísticas, tales como revistas, boletines, periódicos nacionales y otros semejantes, mapas, planos, folletos, fotografías y audiovisuales, fonoteca, discoteca y microfilms, grabaciones electrónicas y magnetofónicas relacionados con acontecimientos de tipo cultural;

ñ) Los archivos oficiales y eclesiásticos.

Se consideran, además, como bienes culturales todos aquellos monumentos de carácter arquitectónico, escultórico, urbano, jardines históricos, plazas, conjuntos históricos, vernáculos y etnográficos, centros históricos, sitios históricos y zonas arqueológicas.

De igual forma se consideran bienes culturales:

- 1) La lengua nahuat y la demás autóctonas, así como las tradiciones y costumbres;
- 2) Las técnicas y el producto artesanal tradicional;
- 3) Las manifestaciones plásticas, musicales, de danza, teatrales y literarias contemporáneas y cualquier otro bien cultural que a criterio del Ministerio puedan formar parte del Tesoro Cultural Salvadoreño.”

Por otro lado el Art. 46 de esta ley señala que quedan terminantemente prohibidas las acciones tales como pintar, pegar, ensuciar, rayar, alterar y todas aquellas que vayan en detrimento de la integridad física y dignidad de los monumentos nacionales y sitios arqueológicos e históricos. La violación a esta regla, así como cualquier daño ocasionado al patrimonio cultural hará incurrir al infractor en una multa desde el equivalente a dos salarios mínimos hasta el equivalente a un millón de salarios mínimos, según la gravedad de la infracción y la capacidad económica del infractor, sin perjuicio de que el bien pase a ser propiedad del Estado, por decomiso o expropiación según el caso del bien cultural de que se trate. Sin perjuicio de la responsabilidad penal del infractor.

777

Mediante el Decreto Legislativo número 121, del 4 de septiembre de 2003, se agregó como quinta circunstancia agravatoria del delito de Daños el que éste fuere cometido por una o más personas pertenecientes a una agrupación ilícita. Entendiéndose por agrupación ilícita el contenido del Art. 345 del Código Penal.

CAPÍTULO VI

DE LOS DELITOS RELATIVOS AL PATRIMONIO CULTURAL

223

INFRACCIÓN A LAS MEDIDAS DE REGISTRO, CONTROL, CIRCULACIÓN Y PROTECCIÓN DE BIENES CULTURALES

El que infringiere los preceptos legales relativos al cumplimiento de los requisitos de reconocimiento, identificación, registro, acreditación y circulación de los bienes que conforman el patrimonio cultural de la República, será sancionado con prisión de seis meses a un año.

El que no acatare las medidas de protección de un bien cultural emitidas por el Ministerio de Educación, será sancionado con prisión de uno a dos años.

778

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

En este y en los dos preceptos siguientes, se trata de la función social del patrimonio cultural. La finalidad del Código Penal no es proteger los bienes integrantes de tal patrimonio por si solos ni tampoco proteger el derecho de propiedad sobre ellos, sino, más bien, asegurar que tales bienes siguen estando al servicio de los ciudadanos por sus peculiaridades culturales.

B) SUJETOS

El sujeto activo puede ser cualquier persona, al margen de consideraciones acerca de la propiedad del bien integrante del patrimonio cultural.

El sujeto pasivo es la sociedad, porque el bien jurídico tiene un claro aspecto plurisubjetivo, siendo el común de la sociedad el titular del interés plasmado en el mantenimiento de aquellos bienes a su servicio.

C) CONDUCTA TIPICA

El tipo constituye una ley penal en blanco, pues la determinación de su supuesto de hecho requiere el recurso a la Ley sobre el patrimonio cultural.

La norma castiga tanto la infracción de los preceptos legales relativos al cumplimiento de los requisitos de reconocimiento, identificación, registro, acreditación y circulación del objeto material, como el no acatar, o lo que es igual, infringir, las medidas de protección emitidas por el Ministerio de Educación.

La dicción del artículo es tan amplia que no parece fructífero entrar a formar un catálogo de todas las posibilidades delictivas, debiendo, en mejor técnica, dedicarse la interpretación a buscar los límites que definen la conducta punible.

No es constitutiva de delito cualquier infracción contra la Ley sobre el patrimonio cultural, sino, tan solo la que afecte al cumplimiento de los requisitos mencionados en el texto legal o aquellas que quebranten las medidas de protección vistas. Incluso, dentro de estos comportamientos, las infracciones meramente formales no serán constitutivas de delito, ya que es necesario que tales acciones u omisiones afecten al bien jurídico protegido y, por tanto, tengan suficiente entidad como para crear el riesgo de que tales bienes se verán apartados definitivamente, o, al menos, de modo temporalmente relevante, del cumplimiento de sus fines culturales.

779

D) OBJETO MATERIAL

Son los bienes que, conforme a la norma administrativa citada, integran el patrimonio cultural de la República.

E) TIPO SUBJETIVO

El sujeto activo debe ser consciente de que el objeto sobre el que recae su comportamiento pertenece al patrimonio cultural de la República, así como de que existen una serie de obligaciones en relación con su reconocimiento, identificación, registro, acreditación, circulación o protección que con su acción u omisión está infringiendo. No es preciso un conocimiento acabado y completo de tales obligaciones, bastando saber que existen y que puede que se estén violando, por lo que cabe el dolo eventual.

F) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

El delito se concibe como de peligro abstracto, bastando para la consumación la infracción de los correspondientes preceptos de la Ley reguladora de un modo apto para afectar al bien jurídico protegido, sin que sea preciso afectar directamente a los bienes o su función social.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Resulta importante señalar los requisitos de reconocimiento, identificación, registro, acreditación y circulación de los bienes que forman parte del patrimonio cultural, de acuerdo a la ley especial pertinente.

780

La Ley Especial de Protección al Patrimonio Cultural de El Salvador señala en su Art. 11 una obligación del propietario o poseedor de un posible bien cultural de notificar su existencia al Ministerio de Educación para su reconocimiento, identificación y certificación, para legalizar su inscripción en un plazo de cinco días para ser congruentes con el delito de Hallazgo histórico. Dicha inscripción se legaliza en el Registro de Bienes Culturales del Ministerio de Educación. Según el Art. 15 de la ley el objeto del registro es identificar, catalogar, valorar, acreditar, proteger y controlar los bienes culturales. Los asientos del Registro serán debidamente autorizados por el Ministerio y estarán en poder del mismo (Art. 17). Realizada la inscripción de un bien cultural en el Registro, se extenderá al propietario o poseedor del mismo, certificación literal del asiento, la cual servirá para legitimar su naturaleza de bien cultural, con los derechos y obligaciones del titular (Art. 18). Además se prevé en el Art. 25 de dicha ley que los propietarios, poseedores o tenedores de bienes culturales inmuebles, que encuentren en ellos indicios culturales, deben notificarlo al Ministerio para que proceda a su reconocimiento, identificación, inscripción y acreditación, en caso de no cumplir con esta obligación el propietario o poseedor, se procederá de oficio sin perjuicio del régimen de sanciones de esta Ley.

Según el Art. 51 los bienes culturales se reconocen por medio de Decreto Legislativo, Decreto Ejecutivo o Resolución Interna del Ministerio según sea el caso. El Órgano Legislativo reconoce por Decreto la calidad de Monumento Nacional; la de Área, Zona, Sitio, Lugar, Conjunto Cultural o Histórico.

De conformidad con el Art. 19, si se trata de un bien cultural inmueble, la resolución que lo reconoce e identifica, se inscribe en el registro establecido por esta ley, y al margen del asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas respectivo

se margina la calidad de bien cultural. La marginación de un bien cultural inmueble en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas, invalida las transferencias y enajenaciones de ese bien, salvo que se hayan llenado los requisitos y solemnidades establecidas en esta Ley (Art. 20).

En cuanto a la circulación de esta clase de bienes, de acuerdo con el Art. 21 de la ley, se considera legal la circulación de los bienes culturales de propietarios o poseedores que hayan cumplido con los requisitos de reconocimiento, acreditación e inscripción en el Registro.

Respecto de las medidas de protección, según del Art. 30 de la ley, el Ministerio de Educación las adoptará cuando un bien cultural esté en peligro inminente de sufrir un daño o de ser destruido. Las medidas de protección acordadas por el Ministerio se notifican por escrito al propietario o poseedor del bien cultural y a las autoridades correspondientes. Si lo considera conveniente el Ministerio puede publicar tales medidas en uno o varios periódicos de circulación nacional y en cualquier otro medio de comunicación social, en la forma y número de veces que estime conveniente.

También se pueden emitir medidas permanentes de protección, según el Art. 31 de la ley, mediante acuerdo del Órgano Ejecutivo en el ramo correspondiente.

781

El propietario o poseedor que no acate las medidas de protección emitidas por resolución del Ministerio incurrirá en una multa desde el equivalente a dos salarios mínimos hasta el equivalente a un millón de salarios mínimos, según la gravedad de la infracción y la capacidad económica del infractor, sin perjuicio de que el bien pase a ser propiedad del Estado, por decomiso o expropiación según el caso del bien cultural de que se trate. Sin perjuicio de la responsabilidad penal.

Según el Art. 32 de la ley, cuando el propietario o tenedor no cumpla con las medidas de conservación; cuando haya sido declarado monumento nacional y no se cumpla con tales medidas o por causa de utilidad pública previamente calificada por el juez competente, procederá la expropiación del bien cultural mueble o inmueble mediante el procedimiento establecido en el derecho común.

224

TRÁFICO ILÍCITO DE PATRIMONIO CULTURAL

El que exportare o importare bienes que conforman el patrimonio cultural de la República, sin cumplir con los requisitos establecidos en la ley especial, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.

Las únicas diferencias con el artículo anterior se centran en la conducta típica, aquí consistente en la exportación o importación ilegal del patrimonio cultural de la República, entendiendo por ilegal el que infrinja la ley especial, por lo que también ésta es una ley penal en blanco. El delito aparece como una infracción especial de contrabando, caracterizado por el tipo de objeto material y por afectar primordialmente, más que al interés económico del Estado, al interés social de orden cultural que representa.

La consumación requiere la efectiva exportación o importación, de modo que son punibles en grado de tentativa los comportamientos realizados con esa finalidad y que no la hayan conseguido.

782

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

La Ley Especial de Protección al Patrimonio Cultural de El Salvador, establece en su Art. 45 una prohibición de exportación de bienes culturales, salvo los casos y requisitos siguientes.

La exportación de los bienes culturales, según el Art. 22, requiere una previa autorización de la Asamblea Legislativa. Por lo tanto, las autoridades aduanales o los delegados del Ministerio de Educación no permitirán la salida del territorio nacional de ningún bien cultural sin que se les presente la autorización a referida anteriormente, y deberán decomisarlos en el acto y remitirlos bajo custodia al Ministerio.

De conformidad con el Art. 23, el Ministerio es quien gestionará la autorización para la salida temporal del país de bienes culturales muebles, en los casos siguientes:

a) Para participar en eventos culturales;

b) Para su análisis en instituciones científicas extranjeras, siempre que tales estudios no puedan ser efectuados en el territorio nacional y por el tiempo que se estime conveniente y que se garantice su conservación.

La autorización para la salida temporal se sujetará a las condiciones siguientes:

- a) Autorización de la Asamblea Legislativa;
- b) Elaboración del Convenio previo;
- c) Que al concluir el evento o los estudios, regresen al país los bienes culturales cuya salida se hubiere autorizado; y
- d) Que de los resultados de las investigaciones se informe detalladamente al Ministerio en idioma castellano e incluyendo los procedimientos utilizados en los análisis correspondientes.

El decreto mediante el cual se autorice la salida temporal de un bien cultural mueble, deberá contener la fecha de salida del territorio nacional del bien de que se trate; la fecha en que deba regresar y la obligación del Ministerio de informar a la Asamblea Legislativa, el estado en que el bien regresó.

783

En cuanto a la importación de Bienes Culturales, el Art. 49 establece que sólo podrá realizarse con el correspondiente certificado de exportación del país de origen. La violación a esto hará que el bien importado se decomise por las autoridades de aduana, quienes lo remitirán al Ministerio, el que procederá de inmediato a dar cumplimiento a lo establecido en la “Convención sobre Las Medidas que deben tomarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y Transferencia de Propiedad Ilícita de Bienes Culturales”, suscrita en la XVI Reunión de la Conferencia General de la UNESCO, celebrada en París, el 14 de Noviembre de 1970, y ratificada por El Salvador mediante el Decreto Legislativo número 412, publicado en el Diario Oficial número 236 del 20 de Diciembre de 1977, así como lo prescrito en la “Convención sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico, Artístico de las Naciones Americanas”, conocido como Convención General de San Salvador de la Organización de Estados Americanos, aprobada el 16 de julio de 1976, ratificada por El Salvador mediante Decreto Nº 217 de la Junta Revolucionaria de Gobierno, publicado en el Diario Oficial número 90, Tomo 267 de fecha 15 de mayo de 1980.

225

HALLAZGO HISTÓRICO

El que con o sin autorización legal, realizando una búsqueda, investigación o excavación de interés arqueológico o histórico en terrenos públicos o privados, encontrare un objeto que por su valor o significación artística, histórica o arqueológica, debiere estimarse como integrante del patrimonio cultural de la República, no lo notificare al Ministerio de Educación dentro del plazo de cinco días desde la fecha del hallazgo, será sancionado con prisión de seis meses a un año.

El artículo castiga como delito autónomo lo que, de no existir, no sería sino un acto preparatorio de la comisión del tipo sancionado en el artículo 223.

784 La conducta típica exige un presupuesto: la realización de una búsqueda, investigación o excavación de interés arqueológico o histórico en terrenos públicos o privados, se tenga o se carezca de la autorización legal. Por tanto los hallazgos ocasionales, por ejemplo, durante las labores del campo, o los realizados en otro tipo de búsquedas, investigaciones o excavaciones, como las propias de las labores de minería o las que se lleven a cabo para la realización de obras públicas, como carreteras o canalizaciones, siempre que no impliquen ese interés arqueológico o histórico, no dan lugar a la realización de la conducta típica.

La dicha conducta consiste en hallar un objeto que, por cualquiera de los motivos nombrados en el precepto debiera considerarse parte del patrimonio cultural de la República, y omitir la correspondiente notificación al Ministerio de Educación en el plazo de cinco días.

El dolo del sujeto activo puede ser directo, cuando sea plenamente consciente del valor del objeto, o eventual, cuando lo sospeche y omita la notificación.

Se pueden imaginar supuestos de tentativa, como cuando, antes de transcurrir los cinco días desde el hallazgo, el sujeto activo haga algo que demuestre palmariamente que tiene intención de no notificarlo, aunque, en la práctica, será difícil la aplicación de esta fase de ejecución del delito.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

La obligación de notificar se encuentra regulada en el Art. 11 de la Ley Especial de Protección al Patrimonio Cultural de El Salvador.

CAPÍTULO VII

DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL

226

VIOLACIÓN DE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

El que reprodujere, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística, científica o técnica o su transformación o una interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o fuere comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, será sancionado con prisión de uno a tres años.

786

En la misma sanción incurrirá quien no depositare en el Registro de Comercio, importare, exportare o almacenare ejemplares de dichas obras o producciones o ejecuciones sin la referida autorización.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es la propiedad intelectual, propiedad limitada al conjunto de facultades que corresponden a una persona, a la que se denomina autor, por la creación de una obra y a las facultades de disposición sobre dicha obra. La característica principal de esta forma especial de propiedad, llamada también derecho de autor, es que contiene facultades personales y patrimoniales. La cuestión es saber si el Código Penal protege ambas dimensiones o solo una de las dos. Está claro, por el lugar del Código en el que se encuentran estos delitos, que se protege el aspecto económico de la cuestión pero no ocurre lo mismo con el aspecto moral de este derecho, que no es atacado por estos delitos relativos a la propiedad intelectual sino por las coacciones y por las amenazas.

El bien jurídico protegido es la propiedad intelectual básicamente en su aspecto económico, aunque alguna de las conductas castigadas, como el plagio, se protejan aspectos de índole moral, como la paternidad de la obra o su integridad, pero siempre porque hay un trasfondo patrimonial.

B) SUJETOS

No hay especialidad en el sujeto activo, que puede ser cualquiera, aunque se plantea el problema de si es aplicable la exclusión de castigo para los cómplices del artículo 36.

Sí existe algún problema en el sujeto pasivo, porque es sujeto pasivo el titular de los derechos de propiedad intelectual, con las diversas situaciones complejas que pueden darse en el mundo actual: pueden ser titulares personas jurídicas o puede haber casos de cotitularidad o de cesiones, además estos derechos pueden recaer sobre obras de diversa naturaleza, como películas cinematográficas, programas de ordenador u otros objetos y, además, hay derechos conexos, como los de los intérpretes, productores, versionadores y otros, lo que impide adoptar criterios apriorísticos y obliga a realizar, en cada caso, un esfuerzo para determinar al concreto sujeto pasivo.

C) CONDUCTA TIPICA

Viene descrita en el artículo 226 con una serie de comportamientos, que son los siguientes:

- a) Reproducir, que es fijar la obra sobre un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella.
- b) Plagiar, que es suplantar la personalidad del autor, poniendo a otro en su lugar. La mayor dificultad de esta conducta es la distinción de estos casos delictivos de los de la falta de originalidad, que no son delictivos, debiendo entenderse que existe plagio cuando haya identidad total en las reproducciones parciales y, evidentemente, cuando haya reproducción completa.
- c) Distribuir, que es poner el original o copias a disposición del público por cualquier medio. Si esta distribución es posterior a una conducta de reproducción, solo se castiga la distribución porque la reproducción queda absorbida.
- d) Comunicar públicamente, que es todo acto por el que una pluralidad de personas pueda acceder a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una.

En el inciso segundo también se castigan una conducta omisiva, centrada en el incumplimiento del depósito en el Registro de Comercio de los objetos materiales, así como las conductas activas de importar, exportar o almacenar, que son interpretadas en su alcance descriptivo, como introducir en el territorio nacional, sacar de él o acopiar.

La existencia de delito requiere la presencia de un elemento negativo: estas conductas solo son delictivas cuando son realizadas sin la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, lo que viene a constituir un elemento normativo, pues en cada caso será necesario acudir a la norma extrapenal vigente reguladora de los derechos de autor para verificar quien es el titular de los mismos y acreditar la ausencia de su autorización.

D) OBJETO MATERIAL

Es la obra literaria, artística, científica o técnica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio.

788

El objeto del delito es la creación de la mente humana que llamamos obra literaria, artística, científica, o técnica, pero, para que sobre esta creación intelectual y, por ello mismo, inmaterial, recaiga alguna de las conductas típicas referidas en el apartado anterior, es necesario que la obra se exteriorice o concrete en objetos físicos o quede fijada en algún soporte material, como cinta de vídeo, libro o cualquier otro, o se comunique entre personas por algún medio sensorial.

Hay acuerdo general en que no es necesario inscribir en ningún registro la creación para que esta merezca protección, ya que la propiedad intelectual nace desde el momento de la creación misma y no desde que se inscribe en ningún registro.

E) TIPO SUBJETIVO

No se requiere ningún ánimo específico, bastando con el comportamiento del sujeto activo con cualquier clase de dolo, que, en todo caso, debe abarcar el conocimiento de la falta de autorización prestada por el titular de los derechos de autor.

F) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

El delito consumado no requiere el efectivo daño para el bien jurídico protegido, sino solo que, actuando con dolo, se realice alguna de las conductas típicas. Es indiferente

que el sujeto activo tenga intención de lucrarse o de perjudicar al sujeto pasivo. Caben formas imperfectas, cuando no se logre la reproducción, plagio, etc.

Si se produce perjuicio económico, procederá la correspondiente responsabilidad civil.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

El Art. 5 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Intelectual señala que el derecho de autor comprende facultades de orden abstracto, intelectual y moral que constituyen el derecho moral; y facultades de orden patrimonial que constituyen el derecho pecuniario.

De conformidad con los Arts. 12, 13, 14 y 15 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Intelectual son objetos de protección jurídica las obras del espíritu manifestadas en forma sensible, cualquiera que sea el modo o la forma de su expresión, de su mérito o de su destino, con tal que dichas obras tengan un carácter de creación intelectual o personal, es decir, originalidad.

En las creaciones señaladas quedan comprendidas todas las obras literarias, científicas y artísticas, tales como libros, folletos y escritos de toda naturaleza y extensión, incluidos los programas de ordenador; obras musicales con o sin palabras; obras oratorias, plásticas, de arte aplicado; versiones escritas o grabadas de las conferencias, discursos, lecciones, sermones y otras de la misma clase; obras dramáticas o dramático-musicales y coreografía; las puestas en escena de obras gramáticas u operáticas; obras de arquitectura o de ingeniería, esferas, cartas atlas y mapas relativos a geografía, geología, topografía, astronomía o cualquier otra ciencia; fotografías, litografías y grabados; obras audiovisuales, ya sea de cinematografía muda, hablada o musicalizada; obras de radiodifusión o televisión, modelos o creaciones que tengan valor artístico en materia de vestuario, mobiliario, decorado, ornamentación, tocado, galas u objetos preciosos; planos u otras reproducciones gráficas y traducciones; todas las demás que por analogía pudieran considerarse comprendidas dentro de los tipos genéricos de las obras mencionadas.

También son objeto de protección las traducciones, adaptaciones, transformaciones o arreglos de obras, así como también las antologías o compilaciones de obras diversas o datos u otros materiales con inclusión de las bases de datos en forma legible por máquina o en otra forma, que por la selección o disposición de las materias, constituyan creaciones originales.

Las obras protegidas por derechos de autor, publicadas en periódicos y revistas, no pierden por este hecho su protección legal.

La protección de la ley no se aplicará en ningún caso, al contenido informativo de las noticias periodísticas de actualidad; pero sí al texto y a las representaciones gráficas de las mismas, en cuanto constituyan creaciones originales.

227

VIOLACIÓN AGRAVADA DE DERECHOS DE AUTOR Y DE DERECHOS CONEXOS

Será sancionado con pena de prisión de tres a cinco años quien realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

- 790**
- 1) Usurpando la condición de autor sobre una obra o parte de ella o el nombre de un artista en una interpretación o ejecución;**
 - 2) Modificando sustancialmente la integridad de la obra sin autorización del autor; y,**
 - 3) Si la cantidad o el valor de la copia ilícita fuere de especial trascendencia económica.**

El artículo contiene un subtipo cualificado del delito castigado en el precepto anterior, por lo que, para la imposición de la penalidad agravada prevista en él, es precisa la concurrencia de la totalidad de los elementos del tipo básico y, además, la de una o más de las tres circunstancias aquí enumeradas, a cuyo examen contraemos el comentario, remitiéndonos al realizado respecto del tipo básico para los extremos pertinentes a éste.

1) La imposición de la pena agravada exige que el sujeto activo, además de atacar el contenido económico del derecho del sujeto pasivo, ofenda sus aspectos morales, privando al autor de la obra o al artista que la ha interpretado o ejecutado del reconocimiento de esa condición. La principal dificultad de la agravación es su distinción con el plagio, que es una de las conductas típicas del tipo básico. Plagiar es copiar

sustancialmente una obra ajena, en todo o en parte y presentarse como su autor, desplazando al verdadero, pero, al ser una obra humana, por mucho que se desee imitar con fidelidad, siempre habrá alguna mínima diferencia, mientras que, en este supuesto de agravación, se exige la perfecta identidad entre la totalidad o parte de la obra o de su ejecución o interpretación, de tal modo que, en lo usurpado, la única diferencia sea la persona a la que se atribuye su creación.

2) La modificación sustancial de la integridad de la obra sin autorización del autor viene también a proteger un aspecto moral del derecho de autor, directamente relacionado con la creación. La agravación exige que el cambio sea sustancial, siendo éste un elemento valorativo que deberá ser considerado en cada caso por el tribunal a la vista de la naturaleza de la obra, la alteración, deformación experimentada, su amplitud, concordancia o disonancia con el resto de la obra y, en definitiva, la totalidad de los aspectos que presente.

3) La última circunstancia de agravación presupone la existencia de copias ilícitas, pues, aunque se use esta expresión en singular, la concordancia exige pluralidad de número. La norma no da pautas para saber cuando la cantidad o el valor de tales copias presenta especial trascendencia económica, por lo que, en cada caso, el juez o tribunal, a la vista del tipo de obra, del mercado posible para la misma y sus copias, la distribución y todos los demás elementos, deberá decidir si para los derechos del sujeto pasivo la existencia de tales copias ilícitas presenta especial trascendencia económica, lo que es diferente de la existencia de perjuicio, pues, para la aplicación de esta agravación, la ley no requiere que se produzca ningún perjuicio efectivo.

TÍTULO IX

DELITOS RELATIVOS AL ORDEN SOCIOECONÓMICO

A) Aspectos Generales.

El Orden Económico como Bien Jurídico.

Economía y orden económico son conceptos diferentes. La economía es un hecho, un fenómeno cultural y social, en su expresión primaria, ella puede existir con escasa, o aun sin protección jurídica, abandonada al buen criterio de los hombres en sus operaciones de cambio y producción en el seno de una sociedad ideal. Sin embargo, en nuestra sociedad actual sin un cierto orden, esta economía no puede prosperar, no puede desarrollarse al punto de constituir un eficaz instrumento de plena satisfacción de las necesidades materiales del hombre. Esto permite afirmar que el derecho penal, no protege o tutela la realización del fenómeno económico como hecho en sí, sino que protege la integridad del orden, que se estima necesario para el cumplimiento de ese hecho, de manera que puedan producirse así los fines propuestos.

792

Resulta así claro que cualquier conducta que produzca la ruptura de este orden (concebido a manera de equilibrio indispensable en las manifestaciones económicas) trae como consecuencia una necesaria sanción.

Definición de Delito Económico.

Una de las primeras definiciones sobre el delito económico corresponde a Curt Lindemann quien menciona que es la “conducta punible que se dirige contra el conjunto total de la economía o contra ramas o instituciones funcionalmente importantes de ese conjunto”. (Miranda, 1970: 24)

Esta definición no es completamente aceptable porque:

1. Es prácticamente imposible concebir una conducta punible que ataque el conjunto total de la economía.
2. Porque ciertamente no se ataca la economía, sino su orden; el orden que rige la actividad económica.

Así Rafael Miranda Gallino, define el delito económico diciendo que es la conducta punible que produce una ruptura en el equilibrio que debe existir para el normal desarrollo

de las etapas del hecho económico; o bien, la conducta punible que atenta contra la integridad de las relaciones económicas públicas, privadas o mixtas y que como consecuencia ocasiona daño al orden que rige la actividad económica o provoca una situación de la que puede surgir este daño. Por ello, lo correcto es denominarlo como delito contra el orden económico y no de delito económico. (Miranda, 1970: 25)

Marco Constitucional del Derecho Penal Económico y Objeto de Protección Jurídico Penal.

El Derecho penal económico tiene un carácter accesorio en el sentido que no crea sus propios objetos de protección jurídica, sino que éstos le son dados por el régimen económico previsto en la Constitución.

Ello se encuentra en el Título V de la Constitución bajo la denominación “ORDEN ECONÓMICO”, y allí se determinan los casos que se quieren elevar al objeto, interés o valor a que se refieren, en bienes de protección jurídica.

Gran parte de estos bienes jurídicos se mueven en la categoría de los llamados bienes difusos, cuya defensa suele partir de la necesidad de proteger la función social atribuida a intereses de carácter individualista, tales como, la propiedad privada (Art. 103 Cn.), la libertad empresarial (Art. 110 Inc. 2º Cn.), el interés de la familia por su protección económica (Art. 32 Cn.), el interés de las clases económicamente débiles en una distribución más equitativa de la renta y la riqueza (Art. 101 Inc. 1º y 102 Inc. 2º Cn.), el interés de los trabajadores por el pleno empleo (Art. 37 Cn.), los intereses económicos de los consumidores (Art. 101 Inc. 2º, Art. 110 Inc. 2º Cn.), los intereses generales de la planificación económica (Art. 167 No. 2 y 3, 11 Inc. 2º Cn.).

793

Son estos intereses difusos, objetos de protección jurídica, los que vuelven a cobrar relevancia en el ámbito jurídico penal a través del derecho penal económico como un mecanismo para defender los intereses de los trabajadores, consumidores, ahorrantes, competidores, o de la generalidad de las personas contra la actividad empresarial mal intencionada.

Conviene advertir, que a la defensa de los intereses difusos de carácter colectivo en delitos cuyo sujeto activo va a ser normalmente el empresario, no debe conducir a una política criminal que parta de la presunción de que todo empresario es un delincuente en potencia. Muy por el contrario el derecho penal económico debe guiarse por el único interés de proteger al ahorrante, el deudor comerciante, al trabajador o a los intereses económicos generales o colectivos. (Art. 102 Inc. 1º Cn.).

En el marco de este análisis, el “Orden Económico” supone la intervención del Estado en la medida en que ya nadie cree en la regulación espontánea del mercado por el equilibrio natural de las leyes de la oferta y la demanda.

El orden económico regulado en nuestra Constitución tiene dos formas de manifestación: una de carácter estricta y otra de carácter amplio.

Bajo el carácter estricto, el orden económico ha de entenderse como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía.

Dentro del carácter amplio, el orden económico es la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

En este orden de ideas, aunque el orden económico en uno y otro sentido (estricto/amplio) siempre es objeto de protección jurídica, hay que precisar que en su carácter amplio nunca se concibe como bien jurídico protegido en el ámbito penal por la imposibilidad de constituirse en un elemento integrante del injusto penal.

794 Por el contrario el orden económico en su carácter estricto es susceptible de ser protegido por el derecho penal dotándole de su condición de bien jurídico.

Con base en lo anterior se concluye que dentro del derecho penal sólo el orden económico en sentido estricto puede configurarse como bien jurídico protegido, tomando en cuenta que el interés de su protección se concreta en un interés del Estado.

CAPÍTULO I

DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

228

VIOLACIÓN DE PRIVILEGIOS DE INVENCION

El que con fines industriales o comerciales y sin consentimiento de titular de una patente o modelo de utilidad, fabricare, importare, poseyere, ofreciere o introdujere en el comercio objetos amparados por tales derechos, será sancionado con prisión de uno a tres años.

La misma sanción se aplicará a quien con los mismos fines utilizare un procedimiento o diseño industrial protegido por un registro, sin la autorización del titular o sin la licencia respectiva u ofreciere o introdujere en el comercio o utilizare el producto directamente obtenido por el procedimiento registrado.

795

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Llamamos propiedad industrial al conjunto de derechos que tiene una persona sobre sus inventos o descubrimientos de aplicación a la industria o sobre los signos especiales con los que intenta diferenciar los resultados de su trabajo de otros similares.

El inciso primero del artículo protege los derechos de propiedad industrial que conocemos bajo el nombre de patente y bajo el nombre de modelo de utilidad, mientras que el inciso segundo da protección a los procedimientos o diseños industriales registrados.

Aunque en principio el bien jurídico protegido es el derecho exclusivo del titular de estos derechos de propiedad industrial, el hecho de que estemos ante un delito socioeconómico dota de trascendencia social a la infracción, por lo que también se protege la competencia, el mercado y a los que intervienen en el mismo.

B) SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquiera, sin otra limitación.

Sujeto pasivo sólo puede ser aquella persona que conforme a la legislación vigente en cada momento y según la regulación aplicable al concreto derecho de propiedad industrial atacado, sea el titular de este derecho, por lo que en el primer inciso será el titular de la patente o del modelo de utilidad, y en el segundo inciso el titular del procedimiento o diseño industrial registrado.

C) CONDUCTA TIPICA

En el inciso primero las conductas que vamos a considerar hacen referencia a dos conceptos, que es preciso analizar previamente:

- a) Patente. Es un derecho que reconoce el Estado a quien realiza una invención nueva que implique una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial. Este derecho corresponde al inventor, a sus causahabientes o las personas a las que uno u otro lo transmitan. El contenido de este derecho se concreta en la posibilidad de impedir que otros sin consentimiento del titular realicen los actos de explotación de dicha invención.
- b) Modelo de utilidad. Es el derecho que reconoce el Estado a quien realiza una invención nueva que implique una actividad inventiva consistente en dar a un objeto una configuración, estructura o constitución de la que resulte alguna ventaja prácticamente apreciable para su uso o fabricación. Su contenido es el mismo que el de la patente.

En el inciso segundo del artículo se mencionan otros dos conceptos:

- a) Procedimiento registrado. Cuya única diferencia con la patente es que el ámbito de protección no se refiere al objeto ya producido sino al mismo procedimiento para fabricarlo.
- b) Diseño industrial. Son las creaciones que recaen sobre el aspecto exterior de objetos de uso común, al que contribuyen a dar un aspecto más atrayente o agradable, pudiendo ser tridimensionales, dando una forma a un objeto,

o bidimensionales, y son trazos, líneas, colores, figuras, etc.. y ambas pueden entrar en el capítulo artístico.

La conducta admite diferentes modalidades:

a) En el inciso primero:

- Fabricar, importar, poseer, ofrecer o introducir en el comercio objetos amparados por una patente o modelo de utilidad.

b) En el inciso segundo:

- Utilizar un procedimiento o diseño industrial protegido por un registro.
- Ofrecer, introducir en el comercio o utilizar el producto directamente obtenido por el procedimiento registrado.

Fabricar significa crear los productos objeto de la patente o modelo de utilidad, se llegue o no a introducirlos en el mercado. Importar supone introducir en el mercado nacional tales productos, fabricados fuera de él en violación de los derechos de propiedad industrial mencionados. Poseer es tener, entrando en la órbita delictiva si la tal tenencia se une a las finalidades a las que hace mención la ley y que estudiaremos en el tipo subjetivo. El ofrecimiento supone crear la posibilidad de que otras personas puedan acceder a esos productos ilícitos, siempre con la finalidad comercial o industrial. La introducción en el comercio es una cláusula residual en la que se engloban todos los supuestos distintos de los anteriores por los que los productos dichos son puestos, onerosa o lucrativamente, en el intercambio de bienes y servicios que llamamos mercado. La utilización supone dar al producto su finalidad propia, que, como todas las conductas, solo es delito si concurren los elementos del tipo subjetivo.

797

Estos hechos, desde el punto de vista del tipo objetivo, sólo son penalmente sancionables cuando se realizan sin el consentimiento del titular del correspondiente derecho de propiedad industrial.

D) TIPO SUBJETIVO

En estos tipos el dolo del sujeto activo debe abarcar los elementos subjetivos exigidos en la ley, consistentes en la actuación del sujeto con fines industriales o comerciales, por tanto, para aplicación a fines de intercambio o de producción, no siendo delito las conductas descritas que permanezcan en el puro ámbito particular, sea cual sea el medio por el que el sujeto activo logró el objeto.

El dolo del sujeto activo debe comprender el conocimiento de que los derechos que infringe están registrados conforme a la ley.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación no requiere la efectiva producción de perjuicio económico para el sujeto pasivo, pues varias de las conductas castigadas no son sino actos preparatorios y porque, además, en la descripción típica no hay rastros de mención de tal perjuicio.

798**NOTA DE ACTUALIZACIÓN.**

Se configura de esta forma el carácter dinámico de los derechos de propiedad industrial, cuya vinculación a la necesaria regulación y tutela del ejercicio de la actividad empresarial es evidente. En efecto, no es posible desgajar la tutela jurídica de los derechos de propiedad industrial del más amplio escenario de la ordenación de la libre competencia, de la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, y, en fin, del interés general en el correcto funcionamiento del mercado. Es evidente, como ha señalado Terradillos que, “los ataques a la propiedad industrial falsean la competencia y terminan por perjudicar al consumidor” (Valle Muñiz, 1996: 587).

Consultar los Arts. 106, 120, 123 y siguientes de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Intelectual.

229

VIOLACIÓN DE DISTINTIVOS COMERCIALES

El que con fines industriales o comerciales, y sin el consentimiento del titular, reprodujere, imitare, modificare o de cualquier modo utilizare marca, nombre comercial, expresión, señal de propaganda o cualquier otro distintivo comercial, infringiendo los derechos amparados por la propiedad industrial registrada conforme a la ley, será sancionado con prisión de uno a tres años.

En la misma sanción incurrirá quien, a sabiendas, poseyere para su comercialización o pusiere en el comercio, productos o servicios con distintivos comerciales que, conforme al inciso anterior, constituyere una infracción de los derechos exclusivos del titular de los mismos.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

799

El bien jurídico protegido es un aspecto de la propiedad industrial, distinto al tutelado en el artículo anterior, concretándose en este caso en la protección de los signos peculiares distintivos de productos, servicios, actividades o establecimientos. Se trata también de un bien de carácter socioeconómico y deben darse por reproducidas las observaciones realizadas a este respecto en el comentario al artículo anterior.

B) SUJETOS

Proceden las mismas observaciones realizadas en el correspondiente apartado del artículo precedente.

C) CONDUCTA TIPICA

La comisión del delito presupone la existencia de un distintivo comercial. Se llama marca a todo signo o medio que sirva para distinguir en el mercado productos o servicios de una persona, de productos o servicios idénticos o similares de otra persona. El nombre comercial es el signo o denominación que sirven para identificar a una persona física o jurídica en el ejercicio de su actividad empresarial y que distinguen su actividad de las actividades idénticas o similares. En el precepto se mencionan también la

expresión y la señal de propaganda, además de, con carácter residual, cualquier otro distintivo comercial.

En ambos incisos el registro del correspondiente derecho de propiedad industrial, que asegura la exclusividad en su disfrute, es presupuesto de la comisión del delito. Indirectamente el delito viene a configurarse como una ley penal en blanco, porque será necesario comprobar que se ha producido el registro conforme a las normas mercantiles.

Las conductas típicas sancionadas son las siguientes:

a) En el inciso primero:

- Reproducir, imitar, modificar o de cualquier modo utilizar los derechos de propiedad industrial mencionados en el inciso.

b) En el inciso segundo:

- Poseer para comercializar o poner en el comercio los productos o servicios señalados con distintivos comerciales constitutivos de infracción a la propiedad industrial.

800

Reproducir es aquí sinónimo de falsificar, significando la creación de un distintivo comercial idéntico al legítimo. Imitar es, por contra, la creación de un distintivo comercial que, por su parecido con el legítimo, pueda inducir a confusión con éste. Modificar es tanto como realizar, en parte, las dos conductas ya mencionadas, al partir de un signo legítimo y realizar en el mismo cambios, por lo que ya no es idéntico, pero sí todavía susceptible de confusión con el legítimo. Las conductas de posesión para comerciar o introducción en el comercio de objetos o servicios señalados con distintivos ilícitos, al igual que las anteriores, solo son delictivas cuando se rigen por la finalidad industrial o comercial.

Al igual que en el caso anterior, la conducta solo es típica cuando se realice sin el consentimiento del titular del derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación, por lo que dicho consentimiento, válidamente emitido, hace atípica la conducta.

D) TIPO SUBJETIVO

Son también aplicables los comentarios realizados al anterior artículo, con una salvedad tan solo respecto al inciso segundo, pues este exige, con el uso de la expresión “a sabiendas”, la concurrencia de dolo directo, excluyendo, por tanto, el dolo eventual.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Son reproducibles los comentarios realizados respecto del artículo anterior.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Por lo tanto son objeto de protección jurídica, según la Ley de Marcas y otros Signos Distintivos, las marcas, expresiones o señales de publicidad comercial, nombres comerciales, emblemas, indicaciones geográficas y denominaciones de origen.

230

801

INFIDELIDAD COMERCIAL

El que se apoderare de documentos, soporte informático u otros objetos, para descubrir o revelar un secreto evaluable económicamente, perteneciente a una empresa y que implique ventajas económicas, será castigado con prisión de seis meses a dos años.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es la capacidad competitiva de la empresa en el mercado, entendida como el interés económico en el mantenimiento de la situación de mercado. En los dos artículos precedentes se da protección a la propiedad industrial registrada, mientras que en este artículo, al igual que en el siguiente, se protege la propiedad industrial no registrada, en la que el titular ha preferido proteger la invención o el secreto, manteniéndolos en secreto, en vez de proteger su ventaja económica a través de la inscripción, que conlleva publicidad, en el correspondiente registro.

El bien jurídico protegido tiene trascendencia social en cuanto que afecta al correcto funcionamiento del mercado, que exige el mantenimiento de una libre competencia, ajena a maniobras torticeras.

B) SUJETOS

El sujeto activo puede ser cualquiera, por lo que se trata de un delito común.

El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido y es, por tanto, la empresa, individual o colectiva, a la que pertenece el secreto. Es indiferente que se produzca un cambio en la titularidad de la empresa, pues subsiste la obligación de guardar el secreto.

C) OBJETO MATERIAL

Es el secreto de empresa, que ha de ser evaluable económicamente e implicar ventajas económicas.

802

El concepto de secreto incluye todos los conocimientos reservados a un círculo limitado de personas y oculto a otras. Este concepto debe ser puesto en contacto con el bien jurídico protegido y si éste es la capacidad competitiva de la empresa, el secreto típico es el que afecte a esta capacidad competitiva, que es lo que exige la ley cuando reclama que implique ventajas económicas, ya que este secreto es el medio del que se sirve un comerciante o industrial para conseguir la exclusividad en el uso de un objeto de interés para su empresa.

El secreto debe ser susceptible de evaluación económica, extremo este que deberá ser determinado por los tribunales, sirviéndose, en la mayor parte de los casos, del correspondiente asesoramiento de las personas con conocimientos técnicos en la rama de la industria o el comercio correspondiente.

En contraposición al concepto de secreto se encuentra el de hecho notorio, que sirve para delimitar aquel y decimos que existe un hecho notorio cuando participan en su conocimiento tal número de personas que la inclusión de otras más en el ámbito de conocimiento no lesiona el bien jurídico protegido.

El secreto de empresa es el relacionado con la actividad de ésta, y en el mismo se integran:

- a) Los secretos relativos a los sectores técnicos o industriales, como los procedimientos de fabricación empleados o los de solución de errores o problemas, o los de reparación, entre otros.
- b) Los secretos propios del sector comercial de la empresa, como las listas de proveedores y clientes, así como los datos de éstos y los referidos al contenido económico de la relación con los mismos.
- c) Cualesquiera otros que supongan ventajas económicas, como las condiciones de la relación de la empresa con colaboradores externos, o con el propio personal de la empresa, estudios para planes de expansión o de futuro, perspectivas de financiación, entre otros.

Los casos más problemáticos son aquellos en los que un empleado realiza invenciones, pudiendo plantearse si éstas, en caso de permanecer en secreto, son un secreto de empresa o son un secreto perteneciente a tal empleado. Debe entenderse que pertenecen a la empresa las invenciones realizadas por un empleado contratado específicamente a tal efecto y también las que haya realizado influido de modo preponderante por los conocimientos adquiridos en la empresa o con medios proporcionados por ésta, mientras que serán de exclusiva pertenencia al empleado aquellas invenciones realizadas al margen de este ámbito profesional.

803

No son secretos de empresa los conocimientos sobre objetos ilícitos, como los métodos para adulterar productos y fabricarlos a menor costo, pues la finalidad del bien jurídico protegido es evitar las situaciones de privilegio obtenidas mediante el empleo de maniobras abusivas, como sería la descrita, de tal modo que el bien jurídico protegido no ampara situaciones ilícitas, por muy secretas que sean.

D) CONDUCTA TIPICA

Consiste en apoderarse de documentos, soporte informático u otros objetos.

El término apoderarse no tiene el mismo significado técnico que en los delitos patrimoniales, pues no se exige que el sujeto activo tenga intención de hacer suyos definitivamente estos objetos, de los que, evidentemente, lo que le interesa es su contenido, sino tan solo tomar conocimiento de estos.

La conducta típica exige un acto de apoderamiento de objetos corporales, por lo que deja sin sanción actos de alta lesividad para la empresa, como las escuchas, sirviéndose o no de aparatos o artefactos, la interceptación de telecomunicaciones y, en general, todos los comportamientos realizados por medios electrónicos que no signifiquen un apoderamiento de soportes informáticos, como puede ser el acceso no autorizado a los datos contenidos en un sistema informático.

E) TIPO SUBJETIVO

Exige la ley la concurrencia de un específico elemento subjetivo, consistente en la intención de descubrir o revelar el secreto de empresa, por lo que es indiferente que el sujeto activo tenga intención de guardar para sí lo que conozca o que tenga intención de transmitirlo a otros.

El dolo del sujeto debe abarcar este elemento.

F) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

804

Estamos ante un delito de resultado, quedando este producido cuando el sujeto activo se apodera de los documentos, soportes informáticos u objetos con la intención de descubrir los secretos que contengan.

No es preciso para la consumación que el sujeto tome conocimiento de tales secretos, estando el delito consumado aunque el autor no pueda comprender tales secretos, por falta de conocimientos, porque estén cifrados, por intervención de otras personas o por cualquier motivo. Cabe la tentativa.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

En ese sentido el Art. 177 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Intelectual.

231

REVELACIÓN O DIVULGACIÓN DE SECRETO INDUSTRIAL

El que revelare o divulgare la invención objeto de una solicitud de patente o un secreto industrial o comercial, estando legal o contractualmente obligado a guardar reserva, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

Si el secreto se utilizare en provecho propio, la sanción se aumentará hasta en una tercera parte de su máximo.

Cuando el autor fuere funcionario o empleado público y el hecho se ejecutare en razón de sus funciones, se impondrá además la inhabilitación del respectivo cargo o empleo de seis meses a dos años.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

805

Es el mismo que en el artículo precedente.

B) SUJETOS

Desde el punto de vista del sujeto activo, es un delito especial que no puede ser cometido por cualquier persona, sino, tan solo, por quien, habiendo tomado conocimiento lícito del secreto por su situación o actuación en la empresa, o, en el inciso tercero, por el ejercicio de actividades públicas, tenga obligación legal o contractual de guardar reserva. Son irrelevantes los detalles en relación al motivo por el que el sujeto conoce el secreto, si sigue trabajando o no para la empresa o si, en el inciso tercero, sigue siendo o no funcionario o empleado público, siempre que permanezca vigente la obligación legal o contractual de guardar reserva.

Son posibles casos de participación de terceros que no tengan tal obligación de reserva, supuestos que se solventan con arreglo a las reglas generales.

El inciso tercero prevé el caso de que el sujeto activo sea, conforme al artículo 39, funcionario o empleado público, acumulando a las penas previstas en los otros incisos la de inhabilitación.

No hay diferencia con el artículo anterior en cuanto al sujeto pasivo.

C) OBJETO MATERIAL

Junto al concepto de secreto, industrial o comercial, que es idéntico al manejado en el artículo anterior, en el inciso primero se hace mención a la invención objeto de una solicitud de patente, situación intermedia en la que tal invención todavía no ha recibido la sanción oficial, por lo que no existe el derecho exclusivo en favor de su inventor, pero el conocimiento ha salido del ámbito de su titular, al haber sido entregado en el registro correspondiente, con lo que se multiplican las posibilidades de que otras personas, pertenecientes o no a este registro, tengan acceso al mismo.

Aunque no se exija expresamente, el secreto debe tener trascendencia en relación con el bien jurídico protegido y, por tanto, relevancia económica en el sentido dicho en el artículo anterior.

D) CONDUCTA TIPICA

806

Se describe, en el inciso primero, mediante los verbos revelar o divulgar. Revelar significa manifestar a otros algo que ignoraban, mientras que divulgar significa lo mismo que difundir el secreto, siendo conductas prácticamente idénticas, aunque la primera parece dirigirse a un ámbito más limitado de personas que la segunda. Es indiferente que se produzca de forma onerosa o gratuita. En todo caso ha de ser una conducta apta para afectar al bien jurídico protegido y por tanto, capaz, aunque sea de forma potencial, para afectar a la capacidad competitiva de la empresa.

En el inciso segundo se castiga al sujeto activo cuando utilice en su propio provecho la invención objeto de la solicitud de patente o el secreto. Esta utilización significa que el sujeto activo lleva a cabo cualquier actividad con relación con el ámbito de conocimientos abarcados por esa solicitud de patente o por ese secreto y que, representándole un provecho, del que no se dice que tenga que tener necesariamente naturaleza económica, afecte al bien jurídico protegido, es decir, a la capacidad competitiva de la empresa. Por tanto en este caso el conocimiento no sale del ámbito de conocimiento del propio sujeto activo.

E) TIPO SUBJETIVO

No existe ningún elementos subjetivo distinto del dolo del sujeto activo.

F) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

El delito queda consumado, en el supuesto del primer inciso desde que el conocimiento reservado se transmite a otros en condiciones de afectar al bien jurídico protegido, y, como la revelación parece referirse a un caso en el que se transmite tal saber a pocas personas, será necesario acreditar que éstas son capaces de servirse de tal secreto en contra de su titular, mientras que en el caso de la divulgación, que parece referirse a un número amplio o indeterminado de personas, ese perjuicio para el bien jurídico protegido quedará acreditado por sí mismo.

Existe tentativa cuando no se logra la difusión, por no ser comprendido el secreto por sus receptores o por cualquier otro motivo.

En el caso del inciso segundo basta con que el sujeto activo se sirva del secreto, sin que sea necesario acreditar que le reportó provecho.

807**NOTA DE ACTUALIZACIÓN.**

Esta prohibición está contenida en el Art. 180 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Intelectual, así: “Toda persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios tenga acceso a un secreto industrial o comercial del cual se le haya prevenido sobre su confidencialidad, deberá abstenerse de utilizarlo para fines comerciales propios o de revelarlo sin causa justificada y sin consentimiento de la persona que guarde dicho secreto, o de su usuario autorizado, en caso contrario será responsable de los daños y perjuicios ocasionados.”

Además esta ley en su Art. 181 señala que la persona que obtenga secretos industriales o comerciales, por razón de contratar a un trabajador que esté laborando o haya laborado, o a un profesional, asesor o consultor que preste o haya prestado sus servicios para otra persona, será responsable solidariamente con el que proporcione la información, del pago de daños y perjuicios que le ocasione a dicha persona. También será responsable de los daños y perjuicios ocasionados a otra persona, el que por

cualquier medio ilícito obtenga información que contemple un secreto industrial o comercial. Todo lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

CAPÍTULO II

DE LOS DELITOS RELATIVOS AL MERCADO, LA LIBRE COMPETENCIA Y LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

232

MONOPOLIO

Será sancionado con prisión de cuatro a ocho años y multa de ciento ochenta a trescientos días multa el que abusando de una posición de dominio total o parcial del mercado o mediante acuerdos con otras personas o empresas, impidiere, dificultare o falseare las reglas de competencia, conforme a alguna de las modalidades siguientes:

- 1) La imposición, directa o indirecta, de los precios de compra o venta;
- 2) La imposición de condiciones especiales para las transacciones o mediante la subordinación de la conclusión de los contratos a la aceptación de prestaciones o de operaciones comerciales suplementarias, que por su naturaleza y según las prácticas usuales, no guarden relación con el objeto de los contratos;
- 3) La imposición de condiciones contractuales desiguales, para prestaciones similares;
- 4) La imposición de limitaciones a la producción, desarrollo técnico o las inversiones de otras personas;
- 5) El reparto de los mercados, o de las áreas de suministro o de aprovisionamiento;
- 6) La imposición de condiciones discriminatorias para el transporte de cosas, valores o bienes;
- 7) El abandono de cosechas, cultivos, plantaciones, productos agrícolas o ganaderos; y,
- 8) La detención u obstaculización del funcionamiento de establecimientos industriales o la exploración o de explotación de yacimientos mineros.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es la competencia. La existencia de competencia, o como dice el artículo, de reglas de competencia, permite conseguir, en favor de los consumidores, mejores productos y servicios, ya que su calidad será mejor y, también, en cuanto que su precio resultará más favorable. Igualmente la competencia supone la existencia de diversidad de ofertas, permitiendo al consumidor escoger entre unos y otros por las razones que le convengan. Sin embargo, esta competencia no es pura o absoluta, ya que el modelo económico no es puramente liberal, sino que, junto con los intereses individuales, se tutelan intereses colectivos, lo que hace que el Estado intervenga en la economía, participando en cierta medida en la oferta y la demanda y en la determinación de precios.

B) SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquier persona, individual o colectiva, que intervenga en el mercado de bienes y servicios. Las características de nuestra economía y las propias modalidades de la conducta típica tendrán como consecuencia que, en la mayor parte de los casos relevantes, el sujeto activo revestirá forma social, por lo que será de aplicación el artículo 38.

810

Sujeto pasivo es la comunidad y el Estado, en cuanto que interesados en el respeto de las normas de competencia, al ser este uno de los pilares básicos del modelo económico.

C) CONDUCTA TIPICA

El núcleo de la conducta exige que o bien el sujeto activo ostente una posición de dominio total o parcial del mercado y abuse de ella, o bien formalice acuerdos con otras personas o empresas, lo que viene a ser un presupuesto para la comisión del delito.

Existe posición de dominio cuando alguien es el único ofertante o demandante de un producto o servicio en el mercado nacional, o cuando, sin ser el único, no existe competencia sustancial en este mercado. La posición dominante puede ser ostentada por un solo ofertante o demandante o por más de uno, siempre que, en este último caso, no haya competencia efectiva entre ellos o con otros. Es indiferente que esta posición dominante se ostente en todo el mercado nacional o en parte relevante de él.

No basta con la existencia de esta posición de dominio, porque el artículo exige, además, que se abuse de ella. Existe abuso cuando la posición de dominio se usa de tal manera

que causa perjuicio para la economía nacional, para otros posibles competidores o para los consumidores.

En segundo lugar, se sancionan los acuerdos con otras personas o empresas dirigidos a atentar contra la competencia. Se trata de la sanción de los pactos colusorios, entendiendo por “colusión” los acuerdos de dos o más en contra de otro.

El abuso de la posición dominante o los pactos colusorios sólo son punibles cuando dan lugar a la realización de alguno de los comportamientos recogidos en los ocho números que contiene el artículo, cuya consideración pormenorizada no presenta interés, al no haber dificultad para su entendimiento.

D) TIPO SUBJETIVO

No existe ningún elemento subjetivo específico, bastando el dolo del sujeto activo, el cual, al exigir un abuso de posición de dominio, o un acuerdo, sólo podrá ser directo, no siendo posible el dolo eventual.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

811

El delito se consuma cuando, mediante el abuso de la posición dominante o los pactos colusorios, plasmados en la realización de alguno de los comportamientos recogidos en los ocho números del artículo, se impide, dificultan o falsean las reglas de la competencia, lo que viene a constituir el resultado del delito. Se impide la competencia cuando una empresa o varias de ellas no pueden dedicarse a una actividad determinada en el mercado. Se dificulta la competencia en los casos en los que, sin llegar al impedimento, se afecta a algunos aspectos particulares de ella. Se falsea la competencia cuando se realizan actos que, de modo distinto a los específicamente tipificados en otros preceptos del Código, alteran el resultado que debería resultar de la libre concurrencia de productos y servicios.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Para una mejor comprensión del bien jurídico, debemos estar claros de la importancia de las reglas de competencia, en una economía de mercado incipiente como la salvadoreña. Como afirma Rafael García Palencia “La característica esencial de una economía de mercado consiste en la posibilidad de todos los individuos de emprender libremente una actividad económica. El juego de la oferta y la demanda conduce, idealmente, a una situación de equilibrio del mercado. En efecto, aquellas empresas

que producen aquello que se adecua a las necesidades del consumidor serán las que prosperen y se expandan, ante el éxito de estas empresas, nuevas empresas comenzarán a producir estos mismos productos, y, la supervivencia o la convivencia de estas empresas dependerá de su eficacia ya que los consumidores acudirán a aquella que le proponga la mejor relación calidad/precio. Y esto es la esencia del mercado: el esfuerzo competitivo de las empresas para realizar la mejor oferta y el esfuerzo de los consumidores por conseguir la mejor oferta. Pero todo esto sólo es posible si existe competencia en el mercado y si esta competencia es leal, es decir, si todos los operadores del mercado buscando su propio interés y empleando todo su esfuerzo en ello desencadenan el juego del mercado, consiguiendo un resultado que es positivo tanto para los operadores del mercado como para los consumidores.

812

Sin embargo tal situación es efectivamente ideal. A nadie escapa que a las empresas, individualmente hablando, les interesa eliminar la competencia, de esta forma concluyen acuerdos para repartir los mercados con los competidores, fijar precios, limitar los esfuerzos de investigación, etc.; también la libre competencia se puede ver amenazada por la actitud de una empresa en posición dominante, por monopolios legales o de hecho en un mercado, por las subvenciones estatales o regionales, exenciones fiscales, concesión de derechos especiales o exclusivos. Estos son algunos ejemplos de situaciones que empañan las condiciones de competencia en un mercado. Los Gobiernos son conscientes que para el crecimiento económico de un país y el desarrollo tecnológico de la industria nacional es necesario crear unas condiciones igualitarias de competencia en todo el territorio para evitar la fragmentación artificial del mercado en pequeños sub-mercados dominados por unas pocas empresas. Por esto es que la gran mayoría de los países con una economía de mercado se han dotado de una política nacional de competencia y un conjunto claro de reglas sobre la misma.” (García Palencia, 1997: 1) Se considera que en realidad las conductas típicas contenidas en el Art. 232 son impedir, dificultar o falsear las reglas de competencia. Por lo que la posición dominante en el mercado que ostenta el sujeto activo, es una característica o cualidad que se le exigen al mismo.

Para dar cumplimiento al propósito de que la ley penal alcanzara con sus sanciones momentos anteriores a la efectiva consumación de todo daño y, por lo tanto, también el efectivo logro de algún beneficio, se construyó una figura en la cual, si bien se exige como base algún hecho externo (consorcio, pacto, coalición, combinación, amalgama o fusión de capitales), lo que imprime a los hechos un sentido delictivo es esencialmente un elemento subjetivo de la figura, consistente en el específico fin de establecer o sostener el monopolio y lucrar con él. Aún cuando no se mencione específicamente en el Art. 232.

Esto importa que el monopolio no constituye delito en sí mismo, sino en la medida en que ese procedimiento es empleado para alcanzar ciertas formas de lucro, e inversamente, que el propósito de lucro, que es un elemento ínsito en todo acto de comercio, es impreso por el hecho de proponerse el autor alcanzarlo por el procedimiento monopolista, es decir, abusando mediante maniobras que perturben el libre juego de la competencia, dentro del cual sólo se alcanzarían, cierto tipo de utilidades normales o corrientes.

En este punto, resulta muy problemático determinar la calidad o monto de las utilidades propuestas de las cuales resultará la delictuosidad del hecho, pudiendo tratarse de lucros normales del comercio, pero que son usurpados mediante el procedimiento de la eliminación de otros productores o vendedores.

233

ACAPARAMIENTO

El que almacenare, sustrajere o retuviere fuera del comercio normal, artículos o productos de primera necesidad, provocando o pudiendo provocar el alza inmoderada de los precios, a juicio de la autoridad administrativa competente, será sancionado con prisión de uno a tres años. 813

Cuando cometiere el delito en estado de emergencia nacional o de calamidad pública, será sancionado con prisión de tres a seis años. (8)*NOTA

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es el correcto funcionamiento del mercado y, dentro del mismo, aspectos tales como el correcto desarrollo de la oferta de productos y la adecuada fijación de los precios de los mismos en función de las leyes de la oferta y de la demanda, lo que, a su vez, repercute en la protección a los consumidores, en cuanto a sus intereses económicos.

B) SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquiera.

Sujeto pasivo son todos los intervinientes en el comercio normal al que hace referencia el precepto, y, por tanto, son tanto los consumidores como los competidores del sujeto activo, globalmente considerados.

C) OBJETO MATERIAL

Son los artículos o productos de primera necesidad, debiendo entenderse por tales los imprescindibles para la alimentación, la sanidad, el vestido, la higiene y el cobijo de las personas, incluyendo las materias primas necesarias para su elaboración. No se comprenden los artículos de lujo.

D) CONDUCTA TIPICA

La conducta consiste en almacenar, sustraer o retener fuera del comercio normal artículos o productos de primera necesidad. Se castiga tanto sacar del comercio lo que ya estaba en él, como no aportar al mercado, entendiéndose por este el conjunto de actividades económicas de intercambio de bienes y servicios, los artículos o productos de primera necesidad ya comentados.

814

Este comportamiento sólo es castigado como delito cuando las condiciones en que se realice produzca o pueda producir un alza inmoderada de precios a juicio de la autoridad administrativa. El requisito supone la realidad o la posibilidad de que se produzca una subida de precios, no derivada de las leyes normales de la oferta y la demanda, sino del comportamiento típico, subida de precio que puede afectar al propio objeto material acaparado o a otro diferente, siempre que se deba al acaparamiento y no a otra causa. La ley condiciona el delito a la existencia de un pronunciamiento de la autoridad administrativa competente respecto al carácter inmoderado del alza de precios, lo que puede llevar a la impunidad de gran cantidad de casos. Esta exigencia parece ser una condición objetiva de punibilidad, que no tiene que ser abarcada por el dolo del sujeto activo.

El tipo agravado contenido en el inciso segundo impone mayor pena cuando el comportamiento se realice cuando se haya declarado el estado de emergencia nacional o en situaciones de calamidad pública, debiendo entenderse por tales las ocasiones catastróficas o de desastre. El motivo de la agravación es el abuso de tales circunstancias y la mayor lesividad de la conducta, pues estas situaciones, por sí, significan mayor necesidad de artículos de primera necesidad.

E) TIPO SUBJETIVO

Carece de especialidades, salvo la ya comentada en torno a la condición objetiva de punibilidad.

F) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Se trata de un delito de peligro, por lo que la consumación se produce con la detracción del objeto material del comercio normal en condiciones que puedan provocar la subida indebida de los precios, aunque no es preciso que, efectivamente, llegue a ser realidad tal alza de precios. Cabe la tentativa, al tratarse de un delito de resultado peligro.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

La autoridad a que se refiere el Art. 233 es el Ministerio de Economía, ya que según el Art. 5 de la Ley de Protección al Consumidor a este Ministerio le corresponde ejercer acciones tendentes a proteger en forma efectiva el interés de los consumidores, propiciando a la vez la sana competencia en el mercado, y para ello se le otorga la facultad de establecer medidas para evitar el acaparamiento y especulación de bienes y servicios.

815

Es un delito eminentemente doloso, al cual debe agregársele el elemento subjetivo especial de realizar la conducta con el fin de provocar el alza inmoderada de los precios, no es necesario que dicho resultado se produzca efectivamente.

234**VENTA A PRECIO SUPERIOR**

El que vendiere bienes o prestare servicios a precio superior al que constare en las etiquetas, rótulos, letreros o listas elaboradas por el productor o distribuidor o prestador de servicios, será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de cincuenta a cien días multa.

Si el hecho se cometiere en época de conmoción o de calamidad pública, podrá aumentarse la pena hasta el doble de su máximo señalado. (8)*NOTA

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es el propio del Capítulo.

B) SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquier persona que venda bienes o preste servicios. En el texto del artículo no se exige explícitamente que esta actividad tenga que ser continua o habitual, pero, como afirmaremos al considerar la conducta típica, éste es un requisito implícito, por lo que sujeto activo sólo puede ser quien habitualmente venda bienes o preste servicios, sin que se requiera que ésta sea su profesión.

Sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico protegido, y, por tanto, son los consumidores en general y no la concreta persona a la que se le ha vendido un bien o a quien se le ha prestado un servicio.

C) CONDUCTA TIPICA

816 Consiste en vender un bien o prestar un servicio a precios superiores a los fijados del modo señalado en el precepto. Se requiere, por tanto, la entrega de un objeto a cambio de un precio, o la realización de una actividad con trascendencia económica en favor de una determinada persona, también a cambio de remuneración. Es necesario igualmente que, por cualquier motivo, el precio de uno u otro se encuentre fijado en las etiquetas, rótulos, letreros o listas correspondientes por el productor, distribuidor o prestador de servicios.

No se exige expresamente que estas ventas o prestaciones de servicios tengan un carácter habitual o, al menos, de cierta permanencia, sin embargo, como se ha adelantado al considerar el sujeto activo, ha de entenderse que ése es un requisito implícito, pues es la única forma en la que tales comportamientos pueden, al menos, hacer peligrar el bien jurídico protegido, que, recordemos, no es individual, sino un interés difuso.

Este delito viene a ser una especie de estafa, ya que implicará normalmente un engaño perjudicial económicamente para alguien, pero se diferencia de la estafa por el bien jurídico protegido en uno y otro delito, que es diferente, con las consecuencias correspondientes en los concursos.

La parte final del precepto prevé una agravación en el caso de que el hecho se produzca en época de conmoción o calamidad pública. Conmoción es lo mismo que alteración de la República o de parte de ella, o de sus gentes por cualquier motivo, mientras que calamidad pública es una situación de infortunio de cualquier origen, que afecta a todo el país o a parte del mismo.

D) TIPO SUBJETIVO

El sujeto activo debe ser consciente del precio establecido al realizar la conducta típica.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

A la vista del precepto no es claro si la consumación se produce desde que se ponen en el mercado los objetos en venta o los servicios a precio superior al correspondiente, si es necesario que el sujeto activo entregue el objeto vendido o preste el servicio, o si es preciso que el comprador o el servido pague el precio correspondiente.

A la vista del bien jurídico protegido es necesario concluir que éste es perjudicado desde que se ofrece la cosa o el servicio a precio superior al establecido, ya que vender es, en sentido amplio, ofrecer en venta, y el mismo entendimiento se puede patrocinar respecto del concepto de prestar servicios. Esto implica que la tentativa sea notablemente difícil, si es que no es imposible.

817

F) CONCURSOS

Si el sujeto activo ha utilizado un engaño para lograr presentar el precio superior como si fuera el correspondiente y ha usado este engaño respecto de alguna persona, existirá un concurso ideal de delitos entre el que ahora comentamos en grado de consumación y la estafa intentada, delito o falta. Si el engañado ha llegado a pagar el precio el concurso existirá entre infracciones consumadas, siendo posible e, incluso, frecuente, la aplicación a la estafa del delito continuado.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Este delito es efecto de la obligación que establece el Art. 970 del Código de Comercio, en el sentido que la oferta al público de mercancías en catálogos o en cualquiera otra forma de publicidad, obliga al comerciante que la hace a lo que esté expresamente indicado; y la exposición de tales cosas, en escaparates o salones, obligará a la venta de los objetos que tengan marcado el precio y, en su caso, las condiciones del negocio.

235

USO DE PESAS O MEDIDAS ALTERADAS

El que en ejercicio de actividades mercantiles, usare pesas o medidas alteradas, será sancionado con prisión de seis meses a un año y multa de treinta a cincuenta días multa.

Si el hecho se cometiere en época de conmoción o de calamidad pública, podrá aumentarse la pena hasta el doble de su máximo señalado. (8)*NOTA

La figura es esencialmente igual a la anterior, por lo que nos remitimos a su comentario, aunque aquí se exige que la conducta se produzca en ejercicio de actividades mercantiles, en sentido de comercio, como negocio relativo a la compra, venta o cambio de géneros o servicios.

818 Se castiga el uso en tal comercio de pesas o medidas alteradas. No es suficiente la mera tenencia de estos objetos, siendo preciso acreditar que el sujeto activo se ha servido de los mismos efectivamente. Es indiferente la intensidad de la alteración, siempre que sea objetivamente relevante, así como que afecte al peso, a la longitud, a la cabida, a la densidad o a cualquier otro parámetro susceptible de medición y trascendente para la actividad mercantil.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Esta conducta es prohibida en la Ley de Protección al Consumidor, siendo obligación del Ministerio de Economía vigilar y supervisar el cumplimiento de la calidad, pesas y medidas de los productos básicos y estratégicos que se comercializan en el mercado nacional, de conformidad con el Art. 5 de dicha ley, y de sancionar administrativamente a los responsables y de informar a la Fiscalía General de la República, para que proceda en la forma legal que corresponda, según el literal d) del Art. 35 de la misma ley.

236

AGIOTAJE

El que divulgare hechos falsos, exagerados o tendenciosos o empleare cualquier artificio fraudulento que pudiere producir desequilibrio en el mercado interno de mercancías, salarios, valores o títulos negociables, será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de cincuenta a cien días multa.

Si el hecho se cometiere en tiempo de guerra o calamidad pública, será sancionado con prisión de uno a tres años y multa de cincuenta a cien días multa.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Está constituido por un interés que implica muy diversas facetas, pues, si inicialmente el precepto hace mención al equilibrio del mercado interno, es imposible cerrar los ojos ante el hecho de que la rúbrica del Título hace mención a la libre competencia, al mercado y a los consumidores, por lo que todos ellos se ven implicados en este precepto y en los demás del Título. En definitiva, en este artículo se quiere proteger directamente la libre competencia, que exige que la concurrencia de mercancías, salarios, valores o títulos negociables se produzca al margen de interferencias torticeras como las utilizadas en este precepto por el sujeto activo, pero, como la libre competencia es uno de los fundamentos del mercado, éste también se ve afectado, al igual que los propios consumidores, cuyo interés en cuanto a la cantidad, calidad y precio de los productos y servicios que precisan depende, en buena parte, de la existencia de pluralidad de competidores en condiciones de igualdad.

819

B) SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquiera, sin que sea preciso que intervenga en el mercado, pues basta con la realización de la conducta típica en condiciones que puedan producir el desequilibrio al que hace mención la ley, con conocimiento de ello.

Sujeto pasivo es la comunidad, y también el Estado, en cuanto que ordena la actividad económica.

C) CONDUCTA TIPICA

Se castiga en el inciso primero un tipo básico y en el inciso segundo un tipo agravado por el momento en el que se cometiera el delito.

En ambos la conducta es divulgar hechos falsos, exagerados o tendenciosos o emplear cualquier artificio fraudulento que pudiese producir desequilibrio en el mercado interno de mercancías, salarios, valores o títulos negociables.

La divulgación supone poner los hechos falsos, exagerados o tendenciosos al alcance o en conocimiento de otros. Es indiferente que los hechos sean completamente inventados o que se hayan modificado hechos verdaderamente ocurridos o que se interpreten hechos auténticos de manera sesgada o torcida, lo que significa tendenciosidad. El uso de cualquier artificio fraudulento es definido porque debe implicar un engaño distinto de la divulgación de hechos falsos, exagerados o tendenciosos y porque debe tener la suficiente entidad como para producir desequilibrio en el mercado.

820

El principal desequilibrio que puede sufrir el mercado es el que afecte a los precios en él vigentes, al alza o a la baja, pero el artículo no se centra en este aspecto, sino que adelanta la persecución penal al desequilibrio previo que, ulteriormente, puede o no producir esa alteración de precios, bastando con que la conducta llevada a cabo por el sujeto activo pueda provocar una mayor o menor exigencia de una mercancía, una pérdida de consideración de un título negociable o un aumento de las expectativas de cotización de un valor.

Si el sujeto activo lleva a cabo su acción en tiempo de guerra o de calamidad pública, se produce la agravación del inciso segundo. Es indiferente que se haya declarado oficialmente la guerra o que haya una rotura de hostilidades, mientras que la expresión de calamidad pública no precisa de mayor explicación que evocar las catástrofes naturales que afectan a la generalidad o a gran parte de la población.

D) TIPO SUBJETIVO

No existe ningún ánimo específico que requiera el precepto, basta con el dolo, consistente en que el sujeto activo sepa que su comportamiento puede desequilibrar el mercado interno, y la voluntad de ejecutar ese comportamiento. Es indiferente que el sujeto activo tenga otras finalidades y que acepte el desequilibrio del mercado meramente como una consecuencia inevitable o posible de su comportamiento.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación no exige que se produzca efectivamente un desequilibrio en el mercado, bastando con que el sujeto activo divulgue los hechos falsos, exagerados o tendenciosos o realice la maquinación fraudulenta, siempre que una u otra actividad tenga entidad bastante para producir tal desequilibrio, por lo que estamos ante un delito de peligro. Los supuestos de tentativa quedan reducidos a los casos en los que el sujeto activo no logre la divulgación, por ejemplo, al ser interceptados unos envíos por correo, o cuando no logre emplear el artificio.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Esta conducta es prohibida en la Ley de Protección al Consumidor, siendo obligación del Ministerio de Economía vigilar y supervisar que dichos comportamientos no ocurran, de conformidad con el Art. 5 de dicha ley, y de sancionar administrativamente a los responsables y de informar a la Fiscalía General de la República, para que proceda en la forma legal que corresponda, según el literal a) del Art. 35 de la misma ley.

821**237****PROPALACIÓN FALSA**

El que propalare hechos falsos o usare cualquier maniobra o artificio para conseguir el alza de los precios de sustancias alimenticias o artículos de primera necesidad, será sancionado con prisión de seis meses a un año y multa de treinta a cincuenta días multa.

Si el hecho se cometiere en época de conmoción o de calamidad pública, podrá aumentarse la pena hasta el doble de su máximo señalado. (8)*NOTA

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido es el mercado y, en íntima relación con el mismo, el interés de los consumidores en el correcto abastecimiento en el mismo de sustancias alimenticias u otros artículos de primera necesidad.

B) SUJETOS

El sujeto activo puede ser cualquiera, sin que sea preciso que se dedique al comercio de los artículos de primera necesidad, ya que el artículo sólo exige que realice la conducta con la finalidad de elevar los precios de esos productos, conducta que puede realizar en interés o en contra de otros.

Sujeto pasivo es toda la comunidad, pues el carácter supraindividual del bien jurídico protegido hace que no se proteja aquí el patrimonio de cada uno de los consumidores.

C) CONDUCTA TIPICA

Consiste en utilizar cualquier maniobra o artificio, entre las que se pone como ejemplo la propalación de hechos falsos. Propalar es lo mismo que extender o difundir, aquí referido a noticias o conocimientos completamente inventados o alterados hasta no coincidir con la realidad. Las maniobras o artificios pueden ser cualesquiera, engañosos o no, violentos en sentido físico o moral, viniendo a significar toda actividad relevante encaminada al fin dicho en el tipo.

822

Esta conducta ha de ser puesta en contacto con la noción de artículos de primera necesidad, unos de los cuales son los alimentos, y con sus precios. Los artículos de primera necesidad son los productos y objetos precisos para atender las necesidades básicas del ser humano, como los ya dichos alimentos, vestidos, calzados, objetos de aseo y limpieza y otros, pero no los artículos de lujo ni los vehículos.

Los precios que se intenta hacer subir son los que resulten del mercado y de la regulación sobre ellos, por lo que, en cada caso, habrá que estar a su mecanismo de fijación.

D) TIPO SUBJETIVO

La conducta típica implica una finalidad descrita en el tipo, que es conseguir el alza de los precios de los objetos materiales, lo que constituye un elemento subjetivo. Si el sujeto activo busca lograr la bajada de esos precios, por ejemplo, para arruinar a un competidor, la conducta no es punible por este artículo, aunque pueda serlo por el siguiente.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación del delito no precisa que se logre la elevación de los precios, porque estamos ante un delito de peligro abstracto, entendiendo la norma que, desde que se propalan los hechos falsos o se usa cualquier otra maniobra o artificio, se consuma. Cabe la tentativa si, por ejemplo, se inician los actos de propalación de hechos falsos, preparando envíos por correo, y éstos son interceptados.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Esta conducta es prohibida en la Ley de Protección al Consumidor, siendo obligación del Ministerio de Economía vigilar y supervisar que dichas conductas no se realicen, de conformidad con el Art. 5 de dicha ley, y de sancionar administrativamente a los responsables y de informar a la Fiscalía General de la República, para que proceda en la forma legal que corresponda, según el literal b) del Art. 35 de la misma ley.

238

823

COMPETENCIA DESLEAL

El que propalare hechos falsos o utilizare cualquier otro medio fraudulento capaz de ocasionar grave perjuicio a un competidor, con el fin de obtener para sí o un tercero una ventaja indebida, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

Para iniciar el proceso se atenderá a lo dispuesto en el artículo 497 del Código de Comercio.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es el ya visto en preceptos anteriores, en relación con la competencia, el mercado y los consumidores.

B) SUJETOS

El sujeto activo tiene que intervenir en el mercado, sea directamente como empresario o al servicio del mismo, pero, en todo caso, en situación de competir con otros.

El sujeto pasivo ya ha sido considerado en preceptos anteriores, pero, en este artículo, cobra especial relevancia la protección a los competidores del sujeto activo o de otra persona, en cuyo favor actúa el responsable del delito.

C) CONDUCTA TIPICA

La propalación de hechos falsos es lo mismo que su divulgación o puesta en circulación, y, al igual que en el artículo anterior, pero a diferencia del artículo 236, sólo se habla de hechos falsos, sin citar los exagerados o tendenciosos, por lo que tan sólo la alegación de hechos radicalmente contrarios a la realidad es constitutiva de delito y no el uso de exageraciones o interpretaciones meramente deformadas.

Al igual que en el artículo 236 y a diferencia del artículo anterior, se hace mención a los medios fraudulentos (en el artículo 236, artificio fraudulento, en el artículo 237, cualquier maniobra o artificio), por lo que tan solo serán punibles las maniobras o actuaciones que impliquen un engaño y no incurrir en este delito quienes usen otro tipo de maniobras, aunque puedan cometer otros delitos.

824

Tanto la propalación de hechos falsos como las maniobras fraudulentas tienen que ser aptas para ocasionar un grave perjuicio a un competidor. En cada caso, considerando todos los factores concurrentes, los tribunales deben decidir si el comportamiento del sujeto activo ha sido adecuado para perjudicar gravemente a un competidor, no bastando cualquier perjuicio, ya que es preciso que pueda ser calificado como grave. Además tal grave perjuicio tiene que ser puesto en relación con otro competidor, pudiendo ser más de uno, pero si el grave perjuicio se puede ocasionar a personas o estamentos distintos de los competidores, como los consumidores, no se cumplen los requisitos de este artículo.

D) TIPO SUBJETIVO

La actuación del sujeto activo tiene que estar regida por una finalidad que constituye un elemento subjetivo del tipo, que debe ser abarcado por el dolo del mismo: ha de intentar lograr, para sí o para otro, una ventaja indebida, lo que excluye del castigo por este delito los comportamientos en los que el sujeto activo tenga otros fines, como puede ser, exclusivamente, arruinar al competidor, sin obtener de ello ventaja, la venganza, u otros. En todo caso la ventaja buscada ha de ser indebida, lo que viene a ser una reiteración, pues si la ventaja se logra por los medios descritos en el artículo, siempre será indebida.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación se produce en el momento en el que se propalan los hechos falsos o se utiliza el medio fraudulento, quedando los supuestos de tentativa reducidos a los casos en los que el sujeto activo no logra la propalación (por ejemplo, el envío de cartas por correo, conteniendo los hechos falsos, que no se llega a efectuar al ser interceptadas por la policía antes de ser enviadas), o no consigue usar el medio fraudulento (un empresario intenta etiquetar diversos productos en imitación al competidor pero es interceptado antes de poner tales etiquetas en los productos). En ningún caso es necesario para la consumación que se produzca perjuicio, grave o leve, para los competidores, pues tal grave perjuicio sólo sirve para calificar la conducta típica.

F) CONDICION DE PERSEGUIBILIDAD

El inciso segundo del precepto condiciona la iniciación del proceso al cumplimiento del artículo 497 del Código de Comercio, al que nos remitimos.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.**825**

La punición de los comportamientos constitutivos de competencia desleal se justifica por el incumplimiento del comerciante a una de las obligaciones que el ordenamiento jurídico prevé, así el numeral IV del Art. 411 del Código de Comercio establece como obligación del comerciante individual y social realizar su actividad dentro de los límites de la libre competencia establecidos en la Ley, los usos mercantiles y las buenas costumbres, absteniéndose de toda competencia desleal.

Con el fin de acotar debidamente los efectos jurídicos del Art. 238 debemos señalar que no todos los comportamientos que el Art. 491 del Código de Comercio señala como competencia desleal tienen relevancia típica.

El Art. 497 del Código de Comercio establece que cuando el Juez de Comercio que conozca de un juicio sobre competencia desleal, advierta la comisión de hechos que puedan constituir delito, deberá certificar los pasajes pertinentes del expediente y remitirlos al Fiscal General de la República, especialmente la prueba vertida al respecto, a fin de que el mencionado funcionario, bajo su responsabilidad, promueva la acción penal que sea procedente. Por lo tanto esta condición objetiva de perseguibilidad no significa que el procesamiento penal deba esperar a la conclusión del juicio mercantil respectivo.

238-A

FRAUDE DE COMUNICACIONES

El que interfiere, alterar, modificare o intervinere cualquier elemento del sistema de una compañía que provee servicios de comunicaciones con el fin de obtener una ventaja o beneficio ilegal, será sancionado con prisión de tres a seis años.

Igual sanción se aplicará al que activare o configurare indebidamente teléfonos celulares, robados, hurtados, perdidos o provenientes de acciones ilícitas. Cuando se determinare que el uso de comunicaciones, a que se refiere el presente artículo, esté relacionado con los delitos de crimen organizado, la pena se aumentará hasta en una tercera parte del máximo. (15)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

826

El delito de Fraude de Comunicaciones comprende diversas modalidades de comportamientos, en primer lugar, sanciona las conductas activas de interferir, alterar, modificar o intervenir cualquier elemento del sistema de una compañía de servicios de comunicaciones con el fin de obtener ventaja. Interferir es interponerse, colocar obstáculos. Alterar consiste en cambiar su esencia, Modificar es cambiar pero no de manera esencial. Intervenir es interponerse con el objeto de controlar la comunicación. En segundo lugar se sanciona el activar o configurar teléfonos celulares provenientes de acciones ilícitas, esto último se deberá establecer.

No existe previsión legal alguna respecto a características o cualidades especiales que se exigen al sujeto activo de este delito, por lo que estamos frente a un delito común.

Cobra relevancia mencionar una serie de expresiones técnicas que nos terminan de acotar el ámbito de punición de este delito, que fue tomado del Código Penal de Puerto Rico, específicamente los Arts. 169 y 169-A de dicho cuerpo normativo. Dichas expresiones son:

- a) Clonar (“cloning”). Significa hacer réplica de una combinación válida del número de serie electrónica del equipo inalámbrico (NSE) y del número telefónico asignado a un equipo terminal y asignar y/o programar los números en uno distinto al que está legalmente asignado.

- b) Comunicación inalámbrica. Significa la transmisión de señales basada en los sistemas de radiofrecuencia que permiten la comunicación entre una unidad receptiva y/o transitoria de información de datos sin la necesidad de estar físicamente conectado mediante cables o alambres. En algunos casos se le denomina como inalámbrica o sin ataduras.
- c) Escáner ("scanner"). Significa lector portátil para captar y apropiarse, en el momento en que la comunicación se está efectuando, del número del aparato inalámbrico del cliente así como del número de identificación electrónica.
- d) "Tumbling": significa la modificación de los números de series electrónicos (NSE) y números de identificación del móvil (NIM) causando la impresión de que se trata de un nuevo cliente celular.
- e) Teléfono Clon- significa un aparato inalámbrico ilegalmente modificado mediante "cloning" para que se le identifique como cliente bona fide o autorizado.

Es un delito eminentemente doloso, cuyo dolo consiste en el conocimiento y voluntad de interferir, alterar, modificar o intervenir elemento del sistema de comunicaciones, o de activar o configurar un teléfono celular que proviene de una acción ilícita. Al que debe añadirse un elemento subjetivo especial: fin de obtener una ventaja o beneficio ilegal.

827

Este delito se califica o agrava si la conducta de Fraude de Comunicaciones está relacionada con actividades de crimen organizado (Art. 22-A del Código Penal).

239

DESVIACIÓN FRAUDULENTE DE CLIENTELA

El que propalare hechos falsos o utilizare cualquier medio fraudulento para desviar, en provecho propio o de un tercero, la clientela de algún establecimiento comercial o industrial, será sancionado con multa de cincuenta a cien días multa.

El artículo es sustancialmente idéntico al anterior en cuanto al bien jurídico, los sujetos y parte de la conducta típica, pues ésta, como en el caso precedente, se centra en la propalación de hechos falsos o en la utilización de medios fraudulentos. Sin embargo, en el presente artículo, a diferencia del anterior, que restringía los tales medios fraudulentos a los capaces de ocasionar grave perjuicio a un competidor, establece que tales medios pueden ser cualesquiera, aunque, por vía de interpretación, tal amplitud debe ser restringida a aquellos que tengan alguna eficacia en orden a la finalidad perseguida por el sujeto activo, a la que se hará referencia al comentar el tipo subjetivo.

En el tipo subjetivo, el dolo del sujeto activo tiene que abarcar la finalidad de desviar la clientela de un establecimiento comercial o industrial en provecho del propio sujeto activo o de otra persona, de modo que, al igual que en el artículo anterior, si el sujeto activo no quiere beneficiarse a si mismo o a otro, sino, por ejemplo, exclusivamente desea perjudicar tales establecimientos, el hecho es atípico por este precepto.

La consumación, como en el caso anterior, no requiere que se produzca ningún resultado consistente en que se logre la desviación de la clientela, bastando con que se propalen los hechos falsos o se utilice el medio fraudulento.

828 **NOTA DE ACTUALIZACIÓN.**

De conformidad con el Art. 491 del Código de Comercio, los actos de desviación indebida de clientela constituyen casos de competencia desleal.

240

VENTAS ILÍCITAS

El que en época de escasez, conmoción o calamidad pública, pusiere en venta o de cualquier manera negociare con bienes recibidos para ser distribuidos gratuitamente, será sancionado con prisión de uno a cuatro años.

Si el autor fuere funcionario o empleado público y el hecho se ejecutare en razón de sus funciones, además se le inhabilitará en el respectivo cargo o empleo por igual tiempo. (8) *NOTA

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

En el presente artículo, el bien jurídico protegido no tiene relación ni con la competencia ni con el mercado, pues el hecho castigado se produce, precisamente, fuera de los límites de una y de otro. Por contra, sí tiene relación con el conjunto de personas que, en otras circunstancias, distintas a las contempladas en el precepto, son los llamados consumidores. En realidad el precepto, al sancionar a quienes interceptan los bienes recibidos para ser distribuidos gratuitamente en ocasión de escasez, conmoción o calamidad pública, viene a proteger las mínimas condiciones de vida y los más elementales bienes de las personas afectadas por tales desastres, pues para atender a esas necesidades elementales se dirigen los bienes afectados por el comportamiento del sujeto activo.

B) SUJETOS

Sujeto activo, en el inciso primero, puede ser cualquier persona, siempre que tenga con el objeto material la relación que describe el artículo, y, por tanto, que tenga los bienes por haberlos recibido con una finalidad determinada: su distribución gratuita, debiendo entenderse que el delito puede ser cometido, incluso, por quienes, al ser destinatarios de los bienes, los hayan recibido gratuitamente y, después, los vendan o negocien con ellos.

829

En el segundo inciso, con penalidad agravada, el sujeto activo tiene que ser funcionario o empleado público, y, además, tiene que ejecutar el hecho en razón de sus funciones, lo que viene a ser lo mismo que exigir que deba intervenir por motivo de ellas en el reparto o gestión de los bienes.

Sujeto pasivo son los destinatarios de los bienes que son el objeto material.

C) CONDUCTA TIPICA

El presupuesto de la conducta típica es que exista una situación de escasez, conmoción o calamidad pública, sin que sea preciso que ésta afecte a la totalidad del territorio nacional, bastando con que esté presente en parte del mismo. Aunque no se exija expresamente, la escasez tiene que afectar a bienes precisos para la satisfacción de necesidades elementales de las personas y no a bienes superfluos o de lujo, mientras que las expresiones conmoción o calamidad pública, por contra, evocan las situaciones en las que eventos, naturales o no, provocan la misma carencia de lo necesario para la vida humana. Conmoción es lo mismo que alteración de la República o de parte de ella,

o de sus gentes por cualquier motivo, mientras que calamidad pública es una situación de infortunio de cualquier origen, que afecta a todo el país o a parte del mismo.

El sujeto activo debe poner en venta o negociar de cualquier modo el objeto material, sin que se castigue en este precepto la conducta de sustraer tales bienes o acapararlos, siempre que la finalidad última del sujeto no sea venderlos o negociarlos. Tampoco es punible por este precepto que el sujeto activo niegue a alguna persona la entrega de bienes o que limite la misma o la retrase o de otro modo incumpla sus deberes.

Vender o negociar son conceptos a los que se debe atribuir su sentido usual.

D) OBJETO MATERIAL

La conducta típica tiene que recaer sobre bienes recibidos para ser distribuidos gratuitamente, siendo indiferente que el origen sea la ayuda internacional u otras instancias, como entidades de beneficencia o particulares que entreguen esos bienes. Tales bienes tienen que dirigirse a satisfacer necesidades elementales de las personas en relación con la alimentación, alojamiento, vestuario o sanidad de las mismas.

830

E) TIPO SUBJETIVO

El dolo del sujeto activo implica que se tenga conocimiento de la naturaleza del objeto material, así como las limitaciones de su destino, y la voluntad de venderlos o negociar con ellos.

F) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación se produce con la realización de actos que impliquen la negociación con los bienes recibidos para la distribución gratuita, sin que sea preciso el acuerdo de voluntades para ello, ya que negociar implica la realización de actos previos de oferta o demanda o de establecimiento de condiciones, que ya son actos de negociación, sin que se precise el acuerdo de voluntades, la intervención de más de una persona o la entrega de los objetos o la recepción de un precio o contraprestación, por lo que no parece posible la tentativa.

240-A

DEFRAUDACIÓN A LA ECONOMÍA PÚBLICA

La sustracción, apropiación o distracción de cualquier clase de bienes de instituciones de crédito u organizaciones auxiliares, sociedades de seguros, cooperativas, de construcción de viviendas, de parcelación de tierras, de asociaciones cooperativas o de cualquiera otra especie que funcione con dineros o valores del público, cometida o consentida por quienes se hallaren encargados en cualquier concepto de la dirección, administración, control o auditoría de las mismas, será sancionado con prisión de cinco a quince años. Se entiende que han consentido todos aquellos que debiendo conocer los actos o hechos de que trata, los ignoraren o no los impidieren por falta de diligencia. (1)

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

La ubicación del presente artículo, entre los delitos relativos al mercado, la libre competencia y la protección al consumidor, siendo, específicamente, el último de esos preceptos, merece grandes críticas, pues en el mismo no se protege ninguno de estos intereses, sino, como se observa al leer el texto legal, la propiedad que las instituciones mencionadas en el artículo ostentan sobre sus bienes. Por tanto, no se protege globalmente el patrimonio de estas entidades, sino sólo su propiedad, pues la conducta típica no puede recaer sobre otros activos patrimoniales distintos de la propiedad sobre esos bienes, como puedan ser los derechos de crédito de los que sean titulares.

831

Este es un bien jurídico de naturaleza individual, aunque su titular sea una persona jurídica, a pesar de que los delitos socioeconómicos deben tener una trascendencia social que escapa de lo simplemente individual. En este delito tal trascendencia socioeconómica nace del hecho de que las conductas castigadas puedan afectar, aunque sea de modo remoto, al orden económico, pues el delito se comete en el seno de estructuras sociales, como son las entidades de crédito, las aseguradoras u otras, que son los principales actores de la actividad económica.

B) SUJETOS

Sujeto activo sólo pueden ser las personas encargadas de la dirección, administración, control o auditoría de las entidades mencionadas en el artículo. Es indiferente que esta

posición se ocupe en virtud de normas jurídicas que así lo establezcan, de conformidad con contratos o pactos que así lo acuerden o por una mera situación de hecho.

Así pueden ser sujetos activos los representantes legales de las entidades, los administradores nombrados o elegidos por aplicación de sus normas de funcionamiento, los directores o gerentes que hayan sido contratados por tales entidades, los apoderados que puedan disponer u obligar sus bienes, los que controlen la entidad porque tengan en ella una mayoría formal o material, aunque no ostenten cargo ninguno oficialmente y también los que realicen todos estos comportamientos mediante testaferros o personas interpuestas.

832 No tiene aplicación al presente delito lo preceptuado en el artículo 38 del Código Penal, ya que se trata de ámbitos delictivos distintos. El artículo 38 tiene por finalidad trasladar las condiciones de autoría exigidas en determinados delitos especiales, desde la persona, jurídica o física en la que concurren, al directivo o administrador de la primera o al representante de la segunda, en los que no concurren, pero que son quienes han actuado por aquellas. El artículo 240-A, en primer lugar, no es de aplicación a los supuestos en los que el sujeto pasivo sea una persona física, y, en segundo lugar, el ámbito de aplicación del artículo 38 son las insolvencias punibles, los delitos fiscales, algunas apropiaciones o retenciones indebidas o los delitos contra la propiedad industrial o intelectual, mientras que, este hecho que estamos considerando, la alusión a los administradores, directores, controladores o auditores, que, parcialmente coincide con los mencionados en el artículo 38, no busca identificar a las personas a las que se puede trasladar una condición de autoría, sino, precisamente, a las personas que son autores idóneos de este delito, sin que, por ningún motivo, aparezcan como autores formales las entidades mencionadas en el artículo.

Sujeto pasivo es, en cada caso, la entidad cuya propiedad se ve afectada por la conducta del sujeto activo, sin que pueda entenderse que el público al que menciona el artículo y con cuyos dineros o valores funciona la sociedad, sea sujeto pasivo, pues el artículo no exige que la conducta se realice respecto de tales valores o dineros, ni tampoco, que se les irroque perjuicio ninguno. El catálogo de entidades que contiene el artículo es meramente ejemplificativo, pudiendo ser cualquiera otra con tal de que funcione con dineros o valores del “público”, esto es, de personas en principio carentes de cualquier otro rasgo identificativo.

C) CONDUCTA TIPICA

La conducta típica es sustraer, apropiarse o distraer los bienes, de cualquier clase, de alguna de las entidades mencionadas en el artículo o de otras similares, como ya se ha dicho.

La conducta de sustraer es la misma castigada en los delitos patrimoniales de hurto y robo, a cuyo comentario nos remitimos, significando el comportamiento personal del sujeto activo en cuya virtud el objeto material del delito pasa del patrimonio, del ámbito de poder del sujeto pasivo, al suyo propio. Apropiarse es un término también utilizado en el Código Penal en otros lugares, y, en concreto, en el delito de apropiación o retención indebidas, al que también nos remitimos, significando, en esencia, el comportamiento del sujeto activo que supone el ejercicio de indebidas facultades de dueño sobre un objeto que no es legalmente de su propiedad. La conducta de distraer es, desde el punto de vista objetivo, idéntica a la de apropiarse, y la única diferencia entre las dos es subjetiva, pues, en el caso de la apropiación, el sujeto activo en ningún momento tiene la intención, ni siquiera hipotética, de devolver el objeto material a su titular, mientras que en el caso de la distracción, el ánimo del sujeto activo es destinar el objeto material que no le pertenece a la satisfacción de necesidades que no son aquellas a las que está destinado por su dueño, pero con una ulterior intención de devolver la cosa a éste en un futuro, muchas veces potencial e indeterminado.

833

Son punibles tanto las conductas activas como las cometidas por omisión, ya que el artículo incluye tanto la comisión directa de la sustracción, apropiación o distracción, como el consentimiento en la misma, o lo que es igual, no impedirla, siendo indiferente, dada la penalidad equivalente, que el que consienta esté o no de acuerdo con las personas que realicen efectivamente la sustracción, apropiación o distracción.

La parte final del artículo contiene una cláusula extremadamente criticable, pues establece una presunción contra la que no se admite prueba, según la cual se entiende que los administradores, directores, controladores o auditores que, por falta de diligencia, ignorasen que se estaba produciendo por parte de otras personas la sustracción, apropiación o distracción, la han consentido, y que, igualmente, los que, sabiendo que se iban a producir estos hechos, no los impidieron por falta de diligencia, los han consentido. Esta cláusula debe ser rechazada pues supone un tipo de sospecha, contrario al principio de culpabilidad y a la presunción de inocencia.

No parecen punibles por este artículo los simples usos indebidos, por muy perjudiciales que puedan resultar para el sujeto pasivo, como puede ser el caso del sujeto activo que destina bienes del sujeto pasivo a su propio y exclusivo servicio personal, supuesto

que no coincide con las conductas típicas, o el del que hipoteca bienes del sujeto pasivo para garantizar una deuda propia, ya que este caso no supone una sustracción, apropiación o distracción del bien, sino un compromiso de su valor patrimonial. Igualmente parece que no serán punibles en principio comportamientos como los de autoconcederse préstamos con cargo a fondos de la sociedad, siempre que tales préstamos sean devueltos, pues tal comportamiento no supone la realización de la conducta típica, aunque puedan suponer un perjuicio para la sociedad, si, por ejemplo, no se han pactado intereses, o los pactados son notoriamente inferiores a los vigentes en el mercado.

No se exige en el texto de la norma que el comportamiento típico sea fraudulento, en el sentido de que signifique una actuación contraria al deber que incumbe a los directores, administradores, controladores o auditores, de realizar sus cometidos fielmente al interés de la entidad, sin embargo, tal contradicción es parte del concepto de sustracción, apropiación o distracción, pues, evidentemente, el interés de la entidad se ve afectado por esos comportamientos.

D) OBJETO MATERIAL

834

Son los bienes de cualquier clase de las entidades citadas en el artículo. Esta expresión, puesta en contacto con el artículo 560 del Código Civil, parece abarcar tanto a los bienes muebles como a los inmuebles, pero las conductas típicas del precepto, a saber, sustraer, apropiarse o distraer, parecen permitir la comisión del delito sólo respecto de bienes muebles, pues sólo respecto de éstos cabe decir que son objeto de tales conductas, mientras que respecto de los inmuebles o de los derechos cabe la usurpación.

No son objeto material del delito los derechos, ya que el artículo hace referencia tan solo a los bienes, de tal modo que son impunes por este precepto los comportamientos en los que el sujeto activo usurpa derechos del sujeto pasivo, pues tal hecho no supone una sustracción, apropiación o distracción.

E) TIPO SUBJETIVO

El delito sólo se puede cometer con dolo directo, pues no es posible llevar a cabo de otro modo las conductas típicas. No se exige ningún ánimo específico que constituya un elemento subjetivo del tipo, como pudiera ser el ánimo de lucro o el de apropiación, por lo que bastará el dolo.

F) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación se produce en el momento en el que, en la sustracción, el sujeto activo tiene la posibilidad de disponer de la cosa, por tanto, en iguales términos que en el delito de hurto, mientras que, en los supuestos de apropiación y de distracción, la consumación se produce en el momento en el que el sujeto ejerce sobre el objeto material indebidas facultades de dueño. Al tratarse de infracciones de resultado, no existe obstáculo para la apreciación de la tentativa.

G) CONCURSOS

La característica propia del delito, que sirve para distinguirlo de otros, es la naturaleza del sujeto pasivo. De este modo se diferencia este delito, cuando la conducta típica sea la sustracción, del delito de hurto, y también, en los supuestos de apropiación o distracción, de los delitos de apropiación y retención indebida y del de administración fraudulenta.

CAPÍTULO III

DE LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

El capítulo III recoge diferentes infracciones presididas por la nota común de ser actuaciones orientadas a frustrar intencionalmente los derechos de crédito. Se trata de un grupo de delitos doblemente importante, tanto por su propia trascendencia político criminal, cuanto por ser en cierto modo una bisagra entre los delitos patrimoniales y los que reciben la consideración de delitos socioeconómicos, aunque prima todavía en ellos la condición patrimonial.

241

836

ALZAMIENTO DE BIENES

El que para sustraerse al pago de sus obligaciones, se alzare con sus bienes, los ocultare, simulare enajenaciones o créditos, se trasladare al extranjero o se ausentare sin dejar representante legal o bienes en cantidades suficientes para responder al pago de sus deudas o realizare cualquier otro acto en fraude a los derechos de sus acreedores, será sancionado con prisión de uno a tres años.

La acción penal solo podrá ser ejercida si la insolvencia resultare comprobada por actos de ejecución infructuosa en la vía civil.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es el derecho del acreedor a la satisfacción de sus créditos, regulado en el artículo 2.212 del Código Civil, según el cual: “Todas obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1.488”.

Este derecho es la contrapartida a la responsabilidad del deudor de mantener su patrimonio en condiciones de responder de sus deudas. No se castiga el mero incumplimiento de las obligaciones, sino aquellas conductas fraudulentas por las que el deudor frustra el derecho que los acreedores tienen a satisfacerse en el patrimonio del deudor.

Este bien jurídico tiene una consideración “macrosocial”, ya que es el sistema crediticio el que resulta protegido.

B) SUJETOS

Nos encontramos ante un delito especial, pues únicamente pueden considerarse sujetos activos a los deudores, entendiendo por tales no sólo a los directamente obligados a la prestación, sino también a los obligados subsidiariamente, como los avalistas, los fiadores u otros. Cuando el deudor sea una persona jurídica, responderá a tenor de lo dispuesto en el artículo 38 Código Penal el que actúe como directivo o administrador de la sociedad

Sujeto pasivo del delito es el acreedor, que es el titular del bien jurídico protegido y basta con que se trate de uno solo aunque el tipo delictivo haga referencia a los acreedores en plural, cuyo uso sirve para evitar la creación de un concurso de delitos cuando sean varios los perjudicados.

837

No existe limitación en cuanto al sujeto pasivo, que podrá ser persona física o jurídica, de naturaleza privada o pública.

C) CONDUCTA TIPICA

La conducta delictiva presupone, en primer lugar, la existencia de una relación jurídica crediticia, que confiera a los sujetos activo y pasivo su condición de deudor y acreedor, respectivamente.

En otros momentos se sostuvo que el delito de alzamiento sólo podía cometerse respecto del incumplimiento de obligaciones derivadas de una relación jurídica privada, excluyéndose las obligaciones nacidas de la relación entre el estado y sus administrados, sosteniéndose que el incumplimiento de estas se sanciona normalmente con medidas administrativas y solo en algunos casos, como en el delito de evasión de impuestos, con penas. Sin embargo, en el vigente Código Penal, se hace referencia a obligaciones y a deudas, sin otra distinción, y, aunque en el segundo inciso se hace mención a la vía

civil, esta expresión debe ser interpretada en el sentido usual y no jurídico, como equivalente a toda jurisdicción diversa de la penal.

La preexistente obligación tiene que estar válidamente constituida conforme al ordenamiento que la rija y haber nacido con anterioridad al momento de la comisión del hecho. No existe delito de alzamiento de bienes en los casos en los que una persona se deshace de todo su patrimonio, luego contrae una obligación y la incumple, aunque pueda ser un supuesto de estafa, porque aparece claro que, desde el principio, no hay intención de cumplimiento. La misma conclusión debe darse al caso en el que una persona contraiga una obligación que sabe radicalmente nula, con la finalidad de incumplir la prestación a la que se obliga.

El inciso segundo del artículo subordina el ejercicio de la acción penal a la previa ejecución infructuosa en vía civil, que demuestre la insolvencia. Esta ejecución en vía civil es aquella a la que se refiere el artículo 441 del Código de Procedimientos Civiles y no sólo es la despachada en juicio ejecutivo. Por tanto, es preciso que, antes de ejercer la acción penal, el acreedor haya ejercido la acción civil y que, obtenida a su favor sentencia, no haya sido posible ejecutar ésta, acreditando la insolvencia del deudor. Este requisito no significa que el deudor sólo pueda cometer el delito de alzamiento de bienes cuando su deuda esté en condiciones de ser reclamada judicialmente, ya que el inciso primero sólo exige que exista la obligación.

838

Es indiferente que nos encontremos ante obligaciones puras o ante obligaciones sometidas a condición suspensiva, sometidas a plazo o ante obligaciones que, por no llevar aparejada ejecución, de conformidad con el artículo 1.365, inciso segundo del Código Civil, sólo sean exigibles a los diez días de contraídas, pues, en todos esos casos hay obligación, de modo que, si el deudor, para sustraerse al pago de la misma, realiza la conducta típica, comete el delito.

La definición tradicional de la conducta típica ha sido “alzarse”, término usado en la ley y que, en sentido estricto, significa la huida del deudor con sus bienes, y, en sentido amplio, equivale a la sustracción de los bienes propios a la acción de los acreedores, de modo que se hacen ineficaces los medios de ejercitar su derecho a la satisfacción.

El tipo es de estructura abierta, pues aunque el texto legal menciona varias modalidades de la conducta típica, la descripción termina con una cláusula residual según la cual es sancionable cualquier otro acto en fraude de los derechos de los acreedores. Así se pueden incluir toda clase de comportamientos sobre los bienes y derechos del propio patrimonio que creen un estado de insolvencia que impida al acreedor la satisfacción de su crédito, siendo los más frecuentes los que cita el artículo: el alzamiento o

desaparición del deudor con sus bienes, la ocultación de estos, la creación de enajenaciones o gravámenes simulados, el traslado al extranjero o ausencia sin dejar representante o bienes para hacer frente a sus deudas, pero siendo posibles otros muchos, en fraude de acreedores, como, a título de ejemplo, el cierre de sus establecimientos, los traspasos, las enajenaciones reales con ocultación del precio, las donaciones u otras disposiciones gratuitas, el reconocimiento falso de créditos preferentes o, incluso, operaciones no jurídicas, como la destrucción de bienes y el propio gasto o derrochamiento de los bienes para no satisfacer los créditos.

La posibilidad de comisión del delito por omisión depende de la existencia de un deber de actuar por parte del deudor, así, por ejemplo, la ocultación de bienes en el balance que dificulta el ejercicio del derecho de los acreedores a la satisfacción de su crédito.

Entre la conducta realizada y la situación de insolvencia debe mediar relación de causalidad.

Se ha planteado el problema de si es típica la conducta del insolvente que, obligado ante varios acreedores, solventa sus deudas con alguno de ellos, perjudicando al resto.

Esta conducta de favorecimiento de acreedores resultará justificada solo cuando el deudor no esté constreñido a satisfacer el crédito pospuesto en el pago con anterioridad al resto. Si existe tal constreñimiento, bien por una prelación de créditos legalmente establecida, a tenor del Título XLI del Código Civil, bien porque las deudas solventadas no eran exigibles en tiempo y forma, la conducta es típica.

839

De no existir este constreñimiento, el deudor es libre de efectuar el pago en el orden que desee, aunque lo haga con el ánimo de perjudicar a sus acreedores, ya que obra en el ejercicio de un derecho.

D) OBJETO MATERIAL

Son todos los bienes del patrimonio del deudor que deban responder del cumplimiento de sus deudas, por lo que no lo serán los bienes que sean inembargables de conformidad con el artículo 1.488 del Código Civil, porque sobre ellos son ineficaces los procedimientos ejecutivos y no son, por tanto, valores realizables.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

No es necesario que se produzca perjuicio, entendido como impago del crédito, para considerar el delito consumado, ya que tal perjuicio, de existir, afecta al agotamiento

del delito, no a la consumación. Por tanto, el delito es de simple actividad o riesgo, siendo el momento consumativo cuando se lleva a cabo el acto de disposición sobre el propio patrimonio que coloca al deudor en situación de no poder hacer frente a sus obligaciones, es decir, en situación de insolvencia.

La insolvencia es un estado de desequilibrio en un patrimonio, de modo que haya menos valores realizables a su favor que prestaciones exigibles en su contra, de tal modo que un acreedor no encuentra en él medios a su alcance para poder satisfacer su crédito. El patrimonio se presenta sin bienes suficientes para atender al pago de las obligaciones vencidas.

Es necesario distinguir la insolvencia de la falta de liquidez que se produce cuando el activo del deudor, pese a tener más bienes que deudas, no pueda convertirse en dinero (por ejemplo, ante la imposibilidad de vender inmuebles en caso de crisis o por existir retenciones de cantidades), sin dejar el sujeto de ser solvente.

También hay que diferenciarla de la insuficiencia, en que, si bien el activo del deudor es inferior al pasivo, puede ser solvente, por existir expectativas de bienes futuros (clientela, capacidad para el comercio), que le faciliten ser favorecido por el crédito.

840

Hay autores que distinguen entre insolvencia real y aparente, siendo esta última la que se produce cuando el deudor oculta sus bienes, pero, en este caso, nosotros seguiremos hablando de insolvencia, pues lo importante es, en definitiva, que el acreedor no pueda satisfacer sus créditos en el patrimonio del deudor, siendo indiferente que no tenga bienes o que los oculte (es lo mismo que destruya sus bienes o que se escape con el dinero).

Es indiferente que la insolvencia sea total o parcial, con tal de que, en este último caso, los bienes restantes en el patrimonio sean insuficientes para cubrir las deudas exigibles.

En definitiva, no toda incapacidad para saldar obligaciones es insolvencia, sino solo la incapacidad definitiva que responda a un auténtico desequilibrio entre los valores realizables a favor de un patrimonio y las prestaciones exigibles en su contra (no basta la simple cesación en los pagos, porque esta puede deberse a que el deudor no quiera pagar o a que actúe con negligencia).

No existe insolvencia si, aunque el patrimonio del deudor carezca, por sí, de bienes suficientes, hay un fiador solvente que responde de las deudas de aquel, porque, en tal caso, esa fianza se ha integrado en el patrimonio del deudor que, por eso, no ha llegado a ser insolvente. En este caso puede ocurrir que el fiador que pagó se convierta en

acreedor del autor del hecho, pasando a ser el sujeto pasivo de otro delito de alzamiento de bienes.

El pago posterior de la deuda podrá justificar, a lo sumo, la atenuante de arrepentimiento.

F) CONDICIONES DE PROCEDIBILIDAD

El segundo inciso del artículo condiciona el ejercicio de la acción penal a que, previamente, la insolvencia, haya quedado comprobada por actos infructuosos de ejecución en vía civil.

Los conceptos de insolvencia, ejecución y vía civil deben ser interpretados en los términos expuestos en los apartados anteriores.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Consideramos que la afirmación hecha en el párrafo anterior sólo resulta pertinente respecto de un juicio ordinario mediante el cual se obtenga la declaración de la existencia de una deuda a favor de una persona, y se ejecute dicha sentencia, al tenor del Art. 441 del Código de Procedimientos Civiles. No obstante, tratándose del juicio ejecutivo consideramos que no podemos supeditar el ejercicio de la acción penal hasta que se haya obtenido sentencia de remate de los bienes embargados de conformidad con el Art. 597 del Código de Procedimientos Civiles, puesto que sería absurdo esperar esta circunstancia cuando el supuesto típico del Art. 241 es que la persona se ha alzado con sus bienes, en otras palabras no existen bienes embargados. Por lo tanto, consideramos suficientemente satisfecha la condición objetiva de perseguibilidad cuando se demuestra la infructuosidad de los actos de ejecución al diligenciar el mandamiento de embargo por el ejecutor designado judicialmente.

841

242

QUIEBRA DOLOSA

El que fuere declarado por juez competente en quiebra, concurso o suspensión de pagos, cuando la insolvencia fuere ocasionada o agravada dolosamente por el deudor o por persona que actuare en su nombre, será sancionado con prisión de tres a siete años.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

El artículo 27 de la Constitución prohíbe la prisión por deudas, institución ésta que no tiene nada que ver con el contenido del artículo 2.212 del Código Civil, que concede al acreedor de obligaciones personales el derecho a perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, presentes o futuros, sin otra excepción que los no embargables. Este derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos es lo que constituye el bien jurídico protegido en este artículo, derecho que es distinto al que tienen los acreedores de que los deudores cumplan sus obligaciones.

B) SUJETOS

Sujeto activo sólo puede ser el que fuere declarado por juez competente en quiebra, concurso o suspensión de pagos, lo que, a su vez, viene a ser una condición objetiva de punibilidad del delito. Basta con que el sujeto activo haya sido declarado en una de esas situaciones conforme a las reglas civiles aplicables para que se pueda iniciar la causa penal. Esta declaración no es la resolución final del procedimiento, sino la que se hace, en el concurso, por ejemplo, a tenor del artículo 665 del Código de Procedimientos Civiles.

842

El artículo cita expresamente los casos en los que la insolvencia del sujeto activo no procede de actos directamente realizados por él mismo, sino por otro, actuando en su nombre, supuesto que resultará especialmente frecuente, pues es necesario siempre que el deudor es una persona jurídica. En estos casos, sujeto activo del delito sigue siendo ese deudor, mientras que su instrumento, dependiendo del carácter doloso o inculpable de su comportamiento, responderá o no como cooperador necesario.

Sujeto pasivos son los acreedores, siendo necesario que sean varios, pues, en otro caso, el comportamiento tendría castigo como estafa, apropiación indebida u otros.

C) CONDUCTA TIPICA

Es ocasionar o agravar dolosamente la quiebra, suspensión de pagos o concurso. Los conceptos de quiebra, suspensión y concurso tienen como denominador común la idea de insolvencia, como estado de desequilibrio patrimonial en el que los bienes y los valores realizables a favor de un patrimonio son inferiores a las obligaciones exigibles en su contra. El artículo exige que esta situación de insolvencia sea el resultado, en su existencia o en el aumento de su importancia, del comportamiento del sujeto activo, o, dicho de otro modo, es preciso que entre éste y aquélla exista relación de causalidad.

El tipo es de estructura abierta, pues se prohíbe producir o agravar por cualquier medio doloso las mencionadas situaciones de insolvencia, no tipificándose ninguno en concreto, pues todos están prohibidos.

D) TIPO SUBJETIVO

El sujeto ha de actuar con dolo directo o con dolo eventual, sabiendo plenamente que crea la situación de insolvencia o que agrava una previa situación imprudente o fortuita de insolvencia, o aceptando tales posibilidades como consecuencia de su comportamiento.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Como ya se ha mencionado anteriormente la situación de insolvencia, creada o agravada, es el resultado del delito. Esta insolvencia significa un perjuicio para los acreedores, de modo que es lo mismo decir que el perjuicio es el resultado del delito.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

843

El Art. 242 ofrece una definición del delito de insolvencia fraudulenta, concepto bajo el cual se incluyen las quiebras, concursos y suspensiones de pagos fraudulentos, que en lo penal, en cuanto comparten el carácter de intencionales frustraciones de los derechos de crédito, se unifican en una descripción común, pese a que civil o mercantilmente estamos frente a conceptos diferenciados.

Conviene señalar que si bien es cierto que la suspensión de pagos es un estado de insolvencia transitorio, y por lo tanto no es un auténtico estado de insolvencia sino un aplazamiento y pacto sobre los pagos pendiente; la experiencia nos enseña que la suspensión de pagos puede producirse encubriendo una maniobra fraudulenta, además de que en todo caso es una situación concursal, como convocatoria a todos los acreedores. En consecuencia, no existe ningún inconveniente conceptual para admitir que la insolvencia transitoria manifestada en la suspensión de pagos puede ser también dolosamente producida o aumentada por el deudor.

También debemos recordar que el delito de quiebra, entre otras diferencias respecto del alzamiento de bienes, es un delito de resultado, si bien de un resultado mixto entre lo jurídico y lo material: la provocación de una ejecución concursal con todos los costos

económicos que ello supone para los acreedores y la práctica certeza de que no recuperarán la integridad de sus créditos.

Punibilidad.

La declaración del estado de quiebra, concurso o suspensión de pagos es una condición objetiva que supone la necesidad de que éstos se desarrollarán íntegramente como cuestión previa a la intervención del Derecho Penal. Hace falta que esa declaración de situación concursal se haya producido, ya sea por petición del deudor o a solicitud de los acreedores. Como consecuencia, se deriva una consecuencia importante: No es posible emprender acción penal ni castigar por este delito si el deudor no ha sido declarado en estado de quiebra, concurso o suspensión de pagos.

Una vez producida esa declaración la acción penal no debe aguardar a pronunciamiento alguno, sino demostrar que la situación producida ha sido consecuencia de una actuación dolosa del deudor.

844 Sobre este concepto de insolvencia dolosamente causada o agravada, caben algunas precisiones. La primera reflexión que se puede hacer es que el uso del adverbio dolosamente no es afortunado, pues si el legislador quería definir la insolvencia fraudulenta lo más sencillo era emplear la palabra fraude, que implica burla o engaño, y no la palabra dolo, que en estricta significación penal podría ser la conciencia y volición de aparecer como insolvente, lo cual puede ser compatible con que dicha insolvencia no haya sido intencionalmente creada.

Es evidente que el tipo no se refiere a la presencia de dolo respecto de la situación concursal, sino que tiene su origen en la vieja distinción entre quiebras fraudulentas, culpables y fortuitas, y el legislador solamente ha querido incluir la primera de ellas, esto es, aquella que existe porque el deudor así lo ha querido.

243

CHEQUE SIN PROVISIÓN DE FONDOS

Será sancionado con prisión de uno a tres años:

- 1) El que librare un cheque sin provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto;**
- 2) El que librare un cheque y diere contra orden para su pago, sin causa razonable manifestada al banco por escrito o frustrare maliciosamente su pago; y,**
- 3) El que librare un cheque en formulario ajeno, sin tener autorización para ello.**

En los casos de este artículo la acción penal podrá ser intentada después de los tres días subsiguientes al del protesto o su equivalente.

El presente delito es subsidiario frente al tipo de estafa. (10)

845

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Dada la ubicación del precepto, dentro de las insolvencias punibles y en el Título dedicado a los delitos socioeconómicos, aunque también se proteja el patrimonio individual que es perjudicado por el impago del cheque, es necesario concluir que el principal bien jurídico protegido es de naturaleza supraindividual, consistiendo en la seguridad del tráfico jurídico mercantil, o lo que es igual, el interés de la sociedad en el cumplimiento de la obligación de pago que representa el cheque.

B) SUJETOS

En las dos primeras modalidades recogidas en la ley el sujeto activo es el librador, entendiendo por tal a la persona que puede disponer de fondos mediante el cheque, al mantener un contrato expreso o tácito en ese sentido con un banco, sin que puedan serlo otras personas, como los endosantes. En el último número del artículo el sujeto activo será quien materialmente extienda el cheque, aunque no mantenga el contrato de cheque con una entidad bancaria.

En el caso de representantes de personas físicas o jurídicas se aplicará el artículo 38.

Sujeto pasivo será, en primer lugar, la sociedad, como titular del bien jurídico consistente en la seguridad del tráfico mercantil, y, en segundo lugar, el titular del patrimonio en cuyo favor existe la expectativa de que se pague el cheque.

C) CONDUCTAS TÍPICAS

En los tres números la conducta inicial consiste en librar un cheque, comportamiento por el que se debe entender la actividad consistente en expedir un documento que, conforme a las normas mercantiles vigentes, reúna las características necesarias para ser considerado cheque.

En el número primero del artículo la conducta típica exige que, además de librar el cheque, no exista provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto. La primera de estas circunstancias consiste en la ausencia en poder del librado de cantidad suficiente para hacer frente al nominal del cheque, cantidades que, además deben ser disponibles, por no estar sujetas a retención. La segunda de las circunstancias consiste en la ausencia de una concesión expresa de crédito. Ambas deben ser referidas a la fecha del libramiento del cheque.

846

En el número segundo se castigan dos comportamientos distintos. El primero de ellos exige el previo libramiento de un cheque, existiendo fondos o crédito para su pago, con una posterior orden al banco librado, para que no se pague. La modalidad delictiva exige que no exista una causa razonable manifestada al banco por escrito, requisito éste de tal falta de concreción que roza, si es que no infringe, el principio de legalidad y que debe ser valorada por los tribunales. Serán delictivos los comportamientos en los que no exista tal causa razonable y aquellos, en los que, aun existiendo, no haya sido manifestada al banco por escrito. El segundo comportamiento engloba todos los supuestos en los que el librador del cheque realiza cualquier actividad que impide su pago maliciosamente, adverbio que significa que el sujeto activo es consciente de que no existe causa razonable para ello, siendo el caso más frecuente el de la retirada de los fondos existentes en poder del librado, pero también cualquier otra maniobra, por ejemplo, para hacerlos indisponibles.

El número tercero castiga el comportamiento cometido por quien, sin ser el titular del correspondiente contrato bancario, y careciendo de autorización de este, libra un cheque, que, por tanto, obedece a una cuenta de la que no puede disponer. En el supuesto de que tal libramiento suponga una de las falsedades castigadas en la ley, el supuesto deberá ser resuelto a través de la aplicación del artículo 7 del Código Penal, al coincidir todos los elementos de ambos tipos en tal caso.

D) TIPO SUBJETIVO

Caben todas las modalidades de dolo, sin que sea precisa la concurrencia de otros elementos. Cuando el sujeto activo libra un cheque sin estar plenamente seguro de la existencia de fondos en poder del librado, pero aceptando que puede no haberlos, el hecho se comete con dolo eventual.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación se produce en el primer y en el tercer apartado con el libramiento del cheque, sin que sean posibles formas imperfectas de ejecución, pues no son posibles casos en los que se libre parcialmente un cheque. En el segundo apartado la consumación tiene lugar cuando se da contra orden al pago o cuando se frustra el pago, siendo posibles en estos supuestos las formas imperfectas de ejecución, cuando se da la contra orden, pero no llega a conocimiento del banco o cuando a pesar de intentar frustrar el pago, no se logra por causas independientes de la voluntad del sujeto activo.

F) CONDICIONES DE PERSEGUIBILIDAD**847**

El inciso segundo del artículo condiciona el ejercicio de la acción penal a dos circunstancias previas: el protesto del cheque o la utilización de los medios alternativos equivalentes a tal protesto, según las leyes mercantiles, y el transcurso de tres días desde que se produzca el protesto o el instrumento equivalente.

G) CONCURSOS

El inciso final del artículo declara expresamente la subsidiariedad del delito de cheque sin provisión de fondos respecto al tipo de estafa. Este precepto es una aplicación concreta de la regla del numeral 2) del artículo 7 del propio Código y, por tanto, el tipo de cheque sin provisión sólo será aplicable cuando el hecho no sea punible como estafa y si el hecho es punible por aplicación de este tipo, no procederá su sanción mediante el tipo ahora comentado. La aplicación de este inciso final se producirá cuando el sujeto activo del delito de estafa se sirva de un cheque sin provisión para fingir solvencia o cuando, de otro modo, el cheque sin provisión sea parte, constituya o untegre el engaño de la estafa.

JURISPRUDENCIA.

La Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 27 de junio de 2001, señaló lo siguiente respecto del delito de Cheque sin Provisión de Fondos:

Bien Jurídico.

“El bien jurídico protegido por la norma penal, es en general, el orden socioeconómico establecido por el Estado, y específicamente, la seguridad y credibilidad del cheque en el tráfico económico y comercial, por cuanto la naturaleza jurídica del mismo, según lo dispuesto en los Arts. 793 No. IV y 804 Com., le otorga doble carácter de incondicional e inmediato, pagadero con su sola presentación. Dicho en otras palabras, el legislador equiparó el uso de dicho título valor a la moneda de curso legal, por ello, toda vez se libre un cheque con ocasión de cancelar inmediatamente una obligación, y éste no es pagado por falta o insuficiencia de fondos, estaremos en presencia de una conducta disvaliosa y lesiva del bien jurídico protegido por la norma, pues tal acción afecta la confianza y seguridad que el documento en comento ofrece como instrumento de pago incondicional e inmediato.

848

Conducta Típica.

“La conducta típica del delito de Cheque sin provisión de fondos prevista en el No. 1 del Art. 243 CP., consiste en librar un cheque sin provisión de fondos o sin autorización expresa para girar en descubierto, siendo el sujeto activo de dicha acción, la persona que exterioriza su voluntad de pagar inmediatamente una obligación, librando un cheque”.

Tipo Subjetivo.

“La acción de librar un cheque sin provisión de fondos, sólo será típica cuando el sujeto activo actúe con el conocimiento de la falta o insuficiencia de fondos; y además, con voluntad de sustraerse de pagar inmediatamente una obligación, lo cual constituye el elemento subjetivo denominado dolo.”

Si “la víctima con conocimiento y voluntad aceptó desnaturalizar la función cambiaria del título valor en comento, haciéndole perder al mismo su doble carácter de incondicionalidad y prontitud en el pago, al ser utilizado éste, con fines accesorios de naturaleza civil (en garantía de un contrato principal) y condicionar deliberadamente su pago al surgimiento de alguna de las eventualidades arriba señaladas. En tal sentido, no existe lesión alguna al bien jurídico tutelado por la figura penal discutida, el cual como se dijo antes, consiste en la seguridad y credibilidad de la naturaleza del cheque se tiene en el tráfico económico y comercial y no el derecho de crédito.”

Los mismos criterios se sostuvieron por la Sala de lo Penal en su sentencia de fecha dos de octubre de 2001. En esta providencia sostuvo lo siguiente:

“Cuando el cheque es utilizado como instrumento de crédito o como garantía, se sabe desde el inicio, que el librador al momento de emitirlo no cuenta con los fondos necesarios para su pago, pero promete al librado que lo tendrá llegada la fecha que figura en el documento, convirtiéndolo en uno de los medios de que se valen los deudores para ofrecer a sus acreedores la seguridad del pago, pues de no hacerse efectivo se cierne la amenaza de la acción penal, intentando en esta forma restablecer la prisión por deudas.”

En la misma sentencia la Sala de lo Penal concluye que al librar y entregar un cheque posfechado en el marco de un contrato verbal de servicios profesionales, los contratantes hacen perder al cheque su doble carácter de medio incondicional e inmediato de pago, condicionándolo a las resultas del juicio objeto del contrato referido, desnaturalizando de esa forma el uso de dicho título valor, convirtiéndolo en un instrumento de garantía; asimismo, al consignarle una fecha posterior a la de su libramiento, retardaron deliberadamente el pago del mismo, evidenciándose por una parte, la ausencia de lesión al bien jurídico protegido por la norma, y por otra, la falta de dolo al momento en que fue librado y entregado.”

849

Un criterio similar al anterior sostuvo la Sala de lo Penal en sus sentencias de fecha 3 de junio de 2002 y 14 de mayo de 2003, añadiendo en la primera de éstas que “el cheque sin provisión de fondos no pertenece a la categoría de los delitos de resultado o delitos materiales, toda vez que en esta clase de infracciones se produce una transformación de la realidad material y, si bien es cierto que la carencia de fondos es un elemento objetivamente mensurable, no es menos cierto que se trata de una condición predeterminada al libramiento (...) en cambio, en los delitos catalogados por la doctrina como formales o de simple actividad, su consumación se produce al momento de realizarse la acción prevista en el tipo, bastando el giro o libramiento aunado a la previa carencia de fondos para adecuar la conducta al supuesto normativo”.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Respecto a este inciso segundo, propiamente estamos frente a dos situaciones diferentes, el protesto como acto jurídico que acredita que el cheque fue presentado a cobro y no fue pagado, por cualquiera de las situaciones que describe el Art. 243, el cual con las formalidades que señala el Art. 755 del Código de Comercio (en acta notarial –protesto- o la anotación del banco certificando la negativa de pago –el equivalente al protesto-) constituye una condición objetiva de punibilidad, pues no se

puede proceder a la imposición de la pena si no se ha cumplido con esta formalidad. El plazo de tres días subsiguientes al protesto es una condición objetiva de perseguibilidad pues nos plantea un mero obstáculo al ejercicio de la acción penal, que una vez superado no existe limitación para el inicio del proceso penal.

CAPÍTULO IV

DE LOS DELITOS RELATIVOS A LOS DERECHOS LABORALES Y
DE ASOCIACIÓN

244

INFRACCIÓN DE LAS CONDICIONES LABORALES O DE SEGURIDAD
SOCIAL

El que mediante engaño o abuso de una situación de necesidad, sometiere a los trabajadores a su servicio a condiciones laborales o de seguridad social que perjudicaren, suprimieren o restringieren los derechos reconocidos por disposiciones legales o contratos individuales o colectivos de trabajo, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO**851**

El carácter fundamental del bien jurídico protegido es su naturaleza colectiva, pues si en el presente artículo se busca proteger a los trabajadores, no es en ninguno de los aspectos individuales de sus derechos, como su vida, integridad física, salud o libertad personal, aspectos todos ellos tutelados en otros lugares del Código Penal. El bien jurídico protegido se define, en primer lugar, por una nota de carácter subjetivo, consistente en la pertenencia al trabajador, y, en segundo lugar, por tratarse de derechos de los trabajadores como integrantes de la clase social que actúa profesionalmente en el círculo de las empresas, las industrias y los negocios en sentido general.

Con estas premisas se debe afirmar que se protege la vida, la integridad, la salud y en general los derechos de los trabajadores como integrantes de tal clase social.

B) SUJETOS

Nos encontramos ante un delito especial propio, que sólo puede ser cometido por aquella persona que sea empresario, en el sentido amplio de empleador, partiendo de la dicción literal del precepto, cuyo texto exige que el sujeto activo imponga las restrictivas condiciones laborales o de Seguridad Social “a los trabajadores a su servicio”. Son empresarios quienes reciben, organizan y dirigen la prestación de servicios por parte

de los trabajadores, de modo que es irrelevante que se trate de personas físicas o jurídicas o entidades carentes de tal personalidad. En consecuencia de esta afirmación, las personas en las que no concurra esta característica de empleador no pueden ser autores de esta modalidad de delito, aunque sí puedan incurrir en responsabilidad como inductores, cómplices o cooperadores necesarios.

El sujeto pasivo del delito será el trabajador en la consideración ya dicha y, por tanto, no como ser individual, sino como integrante de una clase social.

C) CONDUCTA TIPICA

852

La conducta típica en el artículo 244 se describe mediante el verbo someter, que describe las conductas en las que se obliga a los trabajadores a aceptar determinadas condiciones de trabajo, por lo que, en principio, no existe delito cuando la aceptación es libre por parte del trabajador, al margen de la validez de esa aceptación en la vía laboral. Sin embargo, no basta con someter a los trabajadores a las condiciones a las que hace referencia el texto legal, además es preciso que tal imposición se consiga a través de los medios típicos de engaño o abuso de situación de superioridad y esta exigencia hace que el consentimiento del trabajador nunca pueda ser considerado válido, pues habrá sido prestado o sobre la base de un conocimiento viciado o a partir de una situación de limitación de sus posibilidades.

La primera de las modalidades a las que se refiere la ley es el engaño. Por muchas razones, entre las que se deben destacar el principio de intervención mínima y el carácter fragmentario del Derecho Penal, es evidente que no basta cualquier engaño para que nos encontremos ante el delito del artículo 244, sino que será necesario que la maquinación realizada reúna las características mínimas que acrediten su aptitud para la imposición de las ilegales condiciones laborales o de seguridad social.

El engaño puede dirigirse tanto hacia los trabajadores, convenciéndoles de que las condiciones a las que tienen derecho son inferiores a las que de verdad les corresponden, cuanto frente a la Administración, de modo que, en definitiva, no es preciso que los trabajadores realicen un acto de voluntad en el que dispongan en su perjuicio de su status de trabajo o de seguridad social.

Algo similar ocurre en cuanto a los casos de abuso de situación de necesidad. Partiendo de la realidad de que en toda relación laboral la situación del empleador es predominante frente a la del empleado, al estar éste sometido al poder de dirección de aquel, es fácil, especialmente, en un mercado de trabajo con alto paro, sostener que esta situación, por si sola, supone la necesidad de cuyo abuso habla la ley, dando al requisito una

configuración objetiva, rechazable en aplicación del artículo 4 del Código Penal, por lo que es necesario interpretar el requisito como una específica y concreta situación de precariedad en el empleo del sujeto pasivo de la infracción.

No existe limitación en la ley en cuanto al momento en el que se debe realizar la imposición, pudiendo ser objeto de sanción tanto los casos en los que la relación laboral, desde un principio, es fruto de la misma, como los casos en los que se trata de una modificación sobrevenida, cuanto los casos en los que esa imposición supone la finalización de la relación laboral.

La existencia del delito reclama que las condiciones perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que los trabajadores tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contratos individuales, por lo que se suele decir que nos encontramos ante una ley penal en blanco, cuyo supuesto de hecho contiene un elemento normativo que es preciso completar acudiendo a preceptos extrapenales, aunque ésta es una afirmación que es cierta cuando se refiere a condiciones legalmente establecidas, no lo es respecto a las condiciones establecidas por convenio colectivo y a las condiciones individualmente pactadas en contrato de trabajo.

D) OBJETO MATERIAL

853

La conducta típica exige que el sometimiento afecte a condiciones laborales o de seguridad social. Por condiciones laborales o condiciones de trabajo ha de entenderse el conjunto de circunstancias en las que se realiza la prestación laboral y el cúmulo de hechos que determina la existencia y desenvolvimiento de la relación con la Administración dedicada a la atención de riesgos personales con prestaciones económicas e individuales, respectivamente.

E) TIPO SUBJETIVO

Basta el dolo, consistente en el conocimiento y en la voluntad de someter a los trabajadores las condiciones perjudiciales mediante alguno de los dos medios típicos descritos en la ley.

F) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Estamos ante un delito de resultado, de consumación instantánea y resultados permanentes, produciéndose el resultado con el sometimiento de los trabajadores a las condiciones perjudiciales, sometimiento que conlleva el perjuicio del trabajador,

aunque este puede ser potencial o futuro y no tiene que tener necesariamente carácter económico.

Como ya se ha dicho, el delito es de efectos permanentes, pues éstos se producen mientras se mantiene la lesión contra los derechos de los trabajadores, por lo que el plazo para la prescripción del delito no empieza a correr desde que cesa su producción y es posible que personas distintas del autor sean imputados como partícipes del delito, siempre que realicen una actividad relevante mientras se mantengan las ilícitas condiciones.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Aspectos Generales.

Los delitos contra los derechos de los trabajadores suponen una de las modificaciones fundamentales en la regulación que ha introducido el nuevo Código Penal. Se trata de un título de nueva creación que no tiene antecedente.

854

El hecho que el legislador haya creado un título específico que contenga estas figuras trasluce el reconocimiento de un interés susceptible de protección, la clase trabajadora. Con esta iniciativa legislativa se hace efectivo en nuestro país la existencia de un auténtico Derecho Penal del Trabajo, que hasta ahora podía concebirse sólo de modo fragmentario e incompleto, no entendida esta expresión en el sentido en que inicialmente se acuñó, en los años treinta, como instrumento de diversos Estados autoritarios para cercenar derechos de los trabajadores, sino como un conjunto de normas penales protectoras de los intereses de esta clase social y complementadora del ordenamiento sancionador administrativo.

Ciertamente el nuevo Código Penal no es el primer cuerpo legal que introduce ilícitos penales que tutelen a los trabajadores, pero sí es cierto que es esta la primera ocasión en que esa regulación aparece de un modo mínimamente estructurado.

El anterior régimen fue realmente parco en la regulación penal de las normas punitivas de los intereses de los trabajadores y tendió, más que a su defensa, a establecer disposiciones que lo que intentaban era controlarlos.

Bien Jurídico.

La cuestión del interés tutelado no resulta pacífica en la doctrina, de forma que pueden diferenciarse dos grandes tendencias: por un lado la de aquellos que consideran que los bienes jurídicos protegidos, son diversos y sólo tienen en común el referirse como

sujeto pasivo al trabajador y, por otro, quienes entienden que el objeto jurídico de tutela es unitario, aunque en cada tipo se refiera a un aspecto diferente del mismo.

Así Muñoz Conde, entre los primeros, considera que en algunos casos se protege la libertad de los trabajadores, en otros la seguridad o el derecho de crédito de los trabajadores, etc. Bajo Fernández, por el contrario, entiende que el bien jurídico protegido se concreta en los intereses del trabajador considerado como parte del contrato de trabajo y como miembro de una clase social o grupo con una posición concreta en el mercado de trabajo. De parecida opinión Arroyo entiende que lo que se tutela es el interés del Estado en que se respeten las condiciones mínimas de vida profesional de los trabajadores por cuenta ajena, siendo el propio Estado quien establece estas condiciones mínimas, al emitir normas legales y reconocer eficacia a los convenios colectivos. (Baylos, 1991: 49)

Respecto de esta cuestión es en cierta medida clarificadora la opción sistemática que ha tomado el legislador, puesto que los ha tratado en un título separado y rubricado “de los delitos relativos a los derechos laborales y de asociación”, lo que supone el reconocimiento de la existencia de una determinada clase social, los trabajadores por cuenta ajena, que intervienen en el mercado de trabajo en condiciones de inferioridad respecto de los empresarios. Se viene a proteger, en definitiva, un conglomerado de intereses de los que son titulares un conjunto amplio de ciudadanos, se tutela a la clase como tal, ello sin perjuicio de que cada una de las figuras delictivas que en este capítulo se prevén se dediquen a la protección inmediata y específica de uno de estos derechos, algunos de ellos reconocidos expresamente como derechos fundamentales en nuestra Constitución.

855

Sujetos Activo y Pasivo.

En lo que respecta al sujeto activo del delito, la doctrina ha entendido mayoritariamente que nos encontramos ante delitos especiales propios, es decir, aquellos que sólo pueden cometerse por un empresario, entendiendo por empresario, a todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de los trabajadores por cuenta ajena.

Se configura como sujeto pasivo de este conjunto de delitos al trabajador, entendiendo por éste al trabajador por cuenta ajena en aquellos supuestos en que la propia conducta delictiva implique necesariamente la prestación de trabajo en una estructura empresarial, sin que esto sea óbice para que trabajadores por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio puedan ser sujetos pasivos en algún caso, como en el supuesto en que se impida o limite el ejercicio de la libertad sindical.

Eficacia del Consentimiento.

No es uniforme la doctrina sobre este punto. Algunos autores defienden la atipicidad de la conducta cuando el trabajador consiente en la imposición de las condiciones de trabajo que lesionen sus derechos, o bien consideran que no aparece el delito cuando la admisión de estas condiciones es libre por parte del trabajador (Muñoz Conde). Se han mostrado, sin embargo, contrarios a la admisión de la eficacia eximente del consentimiento quienes conciben que los que se protege en el tipo son los mínimos irrenunciables reconocidos por las leyes sociales a los trabajadores (Arroyo), o bien aquellos que entienden que la libre aceptación por parte del trabajador de las condiciones cercenadoras de sus derechos no excluye la malicia en la conducta del empresario, que puede actuar abusando de una situación de necesidad (Bajo Fernández). (Valle Muñiz, 1996: 806)

856

Es nuestra opinión, que en sobre este aspecto debe hacerse una distinción: parece claro que lo que se protege son un conglomerado de derechos reconocidos a los trabajadores en las distintas disposiciones normativas y convenios colectivos, condiciones de trabajo irrenunciables y respecto de las cuales no sirve la aceptación de vulneración por parte del trabajador para excluir la pena. Ahora bien también este artículo se refiere a los derechos reconocidos al trabajador en el contrato individual, que habrá de interpretarse que están por encima de los mínimos establecidos en la legislación y los convenios, de otra manera no tendría sentido su inclusión específica en el precepto, y respecto de ellos sí ha de tener eficacia eximente el consentimiento del trabajador. Sí cabe la renuncia a una determinada prestación establecida únicamente en virtud de la autonomía negociadora de dos sujetos.

245

RETENCIÓN DE CUOTAS LABORALES

El patrono que retuviere fondos, contribuciones, cotizaciones o cuentas de trabajadores destinados legalmente al Estado o a instituciones de asistencia o seguridad social o sindical, durante tres períodos de los establecidos en la ley respectiva, será sancionado con multa de cien a trescientos días multa.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Estamos ante un delito pluriofensivo, que ataca, en primer lugar, al patrimonio de los trabajadores, que viene a ser el bien jurídico protegido primordial, como, de otro lado, demuestra la ubicación del precepto, y, en segundo lugar, al Erario Público o al patrimonio de las instituciones de asistencia o seguridad social o sindical que son perjudicados por la conducta del sujeto activo, constituyendo estos especiales patrimonios bienes jurídicos secundarios. Sin embargo, estos bienes jurídicos se encuentran vinculados a aspectos eminentemente supraindividuales, que les dotan de alcance socioeconómico.

B) SUJETOS

El sujeto activo es el patrono, por lo que nos encontramos ante un delito especial. Esta expresión debe ser considerada sinónima de la que delimita el sujeto activo del delito anterior, a cuyo comentario nos remitimos.

Sujeto pasivo del delito son, básicamente, los trabajadores afectados por el comportamiento del sujeto activo y, también, de modo secundario, el Estado o las instituciones que menciona el artículo, pues la conducta típica recae sobre activos a ellos destinados.

857**C) CONDUCTA TIPICA**

La conducta típica es retener, entendida en el mismo sentido expresado para la conducta típica del delito de apropiación o retención indebidas del artículo 217, ya que, en realidad el presente delito viene a ser una apropiación o retención indebida especial, que se diferencia de la común sancionada en el dicho artículo 217 sólo en dos aspectos, el primero de los cuales es el específico destino del objeto material, comentado al examinar el bien jurídico protegido, y el segundo de los cuales es que, en el presente caso, el sujeto activo no ha recibido necesariamente el objeto material de los trabajadores, sino que, como indica el término retener, este objeto material, inicialmente, forma parte de cantidades destinadas a los trabajadores, que el patrono, en cumplimiento de una obligación legal, retiene para ingresar posteriormente.

La conducta típica, por tanto, y a pesar de la dicción del artículo, no es sólo retener, pues tal comportamiento se realizará en cumplimiento de una obligación legal, sino, además, no realizar el ingreso debido durante tres periodos de los establecidos en la ley respectiva. Esta mención legal convierte el artículo en una ley penal en blanco, la concreción de cuyo supuesto de hecho dependerá de esa norma extrapenal.

El artículo no exige que esa retención se ejecute durante tres períodos consecutivos, por lo que el delito puede ser cometido cuando se realiza tal retención en períodos no consecutivos.

D) OBJETO MATERIAL

El objeto material es de estricta definición legal, pues debe tratarse de fondos, contribuciones, cotizaciones o cuentas de trabajadores, por lo que vale decir cantidades o bienes de tales trabajadores que, por ley, tengan por destino el Estado o las instituciones citadas en el artículo, siendo también necesario en este aspecto acudir a tales normas para completar el supuesto de hecho del precepto.

E) TIPO SUBJETIVO

Estamos ante un tipo doloso en el que se castiga la conducta consciente de incumplir las obligaciones de ingreso impuestas al patrono en cuanto que retenedor de los objetos expresados en el artículo.

858 F) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación supone la retención durante de tres de los períodos establecidos en la ley respectiva. Normalmente existirá un plazo en cada período para que el patrono cumpla su obligación de ingresar las cantidades retenidas a los trabajadores y cada una de dichas retenciones significará el incumplimiento de tal obligación cuando haya transcurrido el plazo para realizar el ingreso, de modo que, vencido el plazo del tercer período, quedará consumado el delito. De no existir tales plazos, la consumación del delito exigirá que el patrono realice actos que signifiquen el definitivo incumplimiento de su obligación de abonar, como, por ejemplo, el gasto de dichas cantidades en su propio interés. Por estos motivos no parece posible el castigo de la infracción en grado de tentativa.

246

DISCRIMINACIÓN LABORAL

El que produjere una grave discriminación en el trabajo por razón del sexo, estado de gravidez, origen, estado civil, raza, condición social o física, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores de la empresa, y no restableciere la situación de igualdad ante la ley, después de los requerimientos o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hubieren derivado, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es el derecho a la igualdad de los trabajadores, que es un derecho subjetivo de éstos en tanto que pertenecientes a una clase social, de naturaleza pública y, por tanto, irrenunciable, lo que hace que el consentimiento del propio trabajador afectado por la discriminación carezca de toda relevancia en cuanto a la responsabilidad criminal.

859

B) SUJETOS

No existe limitación expresa en la ley en relación con los sujetos activos, pero el delito sólo lo puede cometer quien tenga la consideración de empresario, pues la conducta típica exige que se realice un hecho discriminatorio y, además, que la situación de desigualdad se mantenga tras el requerimiento o la sanción, y esto sólo lo puede hacer quien tenga la condición de empleador, debiendo ser la misma persona quien realice uno y otro comportamiento para completar toda la conducta típica, aunque, en el supuesto de empresarios que revistan forma societaria, pueden plantearse supuestos de coautoría.

El sujeto pasivo es el mismo que en el artículo 244.

C) CONDUCTA TIPICA

El comportamiento sancionado consiste en producir una grave discriminación en el trabajo, por tanto, en la realización y prestación de éste, y mantenerla en las condiciones requeridas en la ley.

Son discriminatorios los comportamientos que suponen dar a un trabajador un trato de inferioridad respecto de otros. Estos comportamientos discriminatorios sólo son constitutivos de delito si son graves, circunstancia ésta que debe ser establecida por los tribunales según su incidencia en el bien jurídico protegido, y si proceden de alguno de los motivos que, taxativamente, enumera el artículo, por lo que una discriminación laboral originada en cualquier otro motivo distinto, por ejemplo, formas de vestir, no es típica por este precepto.

La existencia del delito exige que, con posterioridad a esta actuación del sujeto activo, que constituye la primera parte de la conducta típica, se lleve a cabo una actuación de los órganos públicos competentes, consistente en la remisión de requerimientos al sujeto activo, con la finalidad de que se remueva la situación de discriminación, o en la imposición de sanciones administrativas al sujeto activo con esta misma finalidad. Con posterioridad a estas actuaciones públicas el sujeto activo debe omitir el restablecimiento de la situación igualitaria, restablecimiento que debe conllevar la reparación de los daños económicos. El retraso injustificado en la corrección de la desigualdad será equivalente al no restablecimiento definitivo.

860 El motivo de la exigencia de este triple requisito es la voluntad del legislador de sancionar penalmente sólo los comportamientos especialmente contumaces, dejando el castigo del resto de las actividades discriminatorias a la administración sancionadora.

D) TIPO SUBJETIVO

Solo es posible el dolo directo, pues la descripción típica exige que el sujeto activo actúe movido por una finalidad expresa: establecer la discriminación laboral por uno de los motivos señalados en la ley y mantenerla después de recibir los requerimientos o sanciones dichos en el artículo.

E) PENALIDAD

Cuando se haya impuesto al sujeto activo del delito una sanción administrativa por el hecho discriminatorio, surge el problema de si se puede compatibilizar la misma con la imposición de una pena conforme al precepto. Dado que el delito no consiste en discriminar, sino en la concurrencia de todos los requisitos típicos, uno solo de los cuales es establecer tal discriminación, no existe obstáculo a que se imponga a un acto de discriminación la doble sanción penal y administrativa.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Lo que pretende el legislador con la inclusión de este novedoso precepto es cumplir con el Art. 3 de la Constitución que establece que “Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión”. Así como con aquellos acuerdos internacionales que tienden a suprimir las diferencias de trato no razonables producidas en el ámbito laboral. Así, el Convenio N° 111 de la OIT sobre discriminación en materia de empleo y ocupación; el Convenio Internacional de Nueva York de 21 de diciembre de 1965, sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial; el Convenio de Nueva York sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979.

Esta exigencia de que el delito no se manifiesta con la sola discriminación grave, sino que es necesario que el sujeto activo no restablezca la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan ocasionado, constituye una condición objetiva de punibilidad.

La participación de la administración se concreta en alguna medida en la labor de los inspectores de trabajo. La función y atribuciones de estos, así como el régimen legal de las inspecciones de trabajo se encuentran regulados en la Ley de Organización y Funciones del Sector Trabajo y Previsión Social, para el caso el Art. 34 de dicha ley establece que “La función de inspección tiene por objeto velar por el cumplimiento de las disposiciones legales de trabajo y las normas básicas de higiene y seguridad ocupacionales, como medio de prevenir los conflictos laborales y velar por la seguridad en el centro de trabajo.”

Se pretende con este delito proteger una de las libertades que en la Constitución tienen la consideración de derecho fundamental, la libertad sindical y el derecho de huelga. El Art. 48 de la Constitución señala que “Los trabajadores tienen derecho a la huelga y los patronos al paro. Para el ejercicio de estos derechos no será necesaria la calificación previa, después de haberse procurado la solución del conflicto que los genera mediante las etapas de solución pacífica establecidas por la ley. Los efectos de la huelga o el paro se retrotraerán al momento en que éstos se inicien.”

Este precepto tiene reconocimiento en convenios internacionales, como el Convenio de la OIT del 9 de julio de 1948, sobre la libertad sindical y protección del derecho de sindicación, y el Convenio de la OIT del 1 de julio de 1949, sobre derecho de sindicación y negociación colectiva.

El objeto de tutela es la libertad sindical y el derecho de huelga, pero no el derecho a adoptar otras medidas de conflicto colectivo diferentes a la huelga. Tales derechos, como fundamentales, son irrenunciables, por ello el consentimiento en la limitación por parte del sujeto pasivo no excluye el delito.

Un sector de la doctrina, aunque minoritario, considera que esta conducta no debía ser delito, puesto que el conflicto de trabajo es un espacio de coacción natural y la formación de piquetes de trabajadores informativos y de persuasión es una condición necesaria del derecho a la huelga, de manera que la función de persuasión de estos grupos es lo que muchas veces hace efectivo el derecho a la huelga, y debe darse preeminencia a un derecho fundamental, como es el derecho a la huelga. (Arroyo Zapatero, 1983: 443-444)

247

COACCIÓN AL EJERCICIO DE LA LIBERTAD SINDICAL O DEL DERECHO DE HUELGA

862

El que coaccionare a otro para impedirle o limitarle el ejercicio de la libertad sindical o del derecho de huelga o paro, será sancionado con prisión de uno a tres años.

La misma pena se impondrá a quienes actuando en grupo coaccionaren a las personas a iniciar o continuar una huelga, paro o suspensión de labores.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Se trata de la libertad sindical y del derecho de huelga o paro.

La libertad sindical es protegida tanto desde el punto de vista del derecho de los trabajadores a escoger libremente en torno a su sindicación o no, como desde la consideración de la libertad de los sindicatos para fijar su actuación y llevarla a cabo.

El derecho de huelga o paro es objeto de protección como uno de los fundamentales mecanismos de los que se sirven los trabajadores como sistema de presión en la determinación de las condiciones laborales.

B) SUJETOS

Se trata de un delito que puede ser cometido por cualquier personas, y, por tanto, es un delito común. El supuesto del inciso segundo está expresamente previsto para sancionar los comportamientos de los piquetes, y se trata de un caso en el que, necesariamente, el sujeto activo tiene que ser plural, siendo responsables del delito sólo los que realicen la conducta típica, no bastando la pertenencia al piquete de huelga.

El sujeto pasivo, en el inciso primero, puede ser una persona individual, cuando se afecte al derecho de un solo trabajador, o puede ser una colectividad, como en el caso de que se impida a un sindicato la realización de sus actividades. En el inciso segundo la ley se refiere al sujeto pasivo en plural, con lo que se exige que la conducta no se refiera a una sola persona, sino a una colectividad, con el resultado de que, aunque se coaccione a un grupo, solo existirá un delito.

C) CONDUCTA TIPICA

Consiste en coaccionar, concepto que ya ha sido considerado al estudiar el artículo 153 y que convierte en atípicas todas las conductas en las que no concurre violencia, en sentido amplio que abarca a la intimidación. Son posibles supuestos de concurso de normas con el inciso segundo del artículo 153, que se resolverán mediante la aplicación del artículo 7.

863**D) TIPO SUBJETIVO**

En el mismo no existe otro elemento que el dolo del sujeto activo, que solo puede ser directo, al ser una conducta intencional.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La conducta del inciso primero queda consumada cuando se produce el resultado, consistente en el impedimento o limitación del ejercicio de la libertad sindical o del derecho de huelga o paro y son posibles casos de tentativa cuando no se logra tal finalidad, pese a haber empleado la coacción.

La modalidad delictiva del segundo inciso se consuma, igualmente, cuando se produce el resultado consistente en la iniciación o continuación de la huelga, paro o suspensión de funciones.

248

OBSTÁCULOS A LA LIBRE CONTRATACIÓN

El que obstaculizare o impidiere la libre contratación laboral, será sancionado con prisión de seis meses a un año.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

El precepto viene a dar cobertura al artículo 9 de la Constitución de la República y a sus concordantes, en especial, los artículos 11, 13 y 122 del Código de Trabajo. La libertad de contratación laboral implica tanto la autónoma decisión de las partes de formalizar o no el acuerdo de intercambiar trabajo por salario, como el propio contenido del contrato de trabajo.

B) SUJETOS

864

No existen limitaciones en cuanto al sujeto activo, que puede ser cualquier persona.

El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido, que no es un bien individual, sino colectivo, en tanto que fundamental para el correcto funcionamiento del mercado de trabajo, y dada la importancia de éste en el modelo económico, por tanto, sujetos pasivos del delito son los diversos estamentos implicados en la contratación individual, pero no en tanto en cuanto personas individuales, aunque haya más de una de ellas, sino como clases implicadas en ese mercado de trabajo.

C) CONDUCTA TIPICA

La descripción típica peca, como en otros preceptos, de una excesiva amplitud que dificulta, si es que no impide, una adecuada delimitación del ámbito de lo punible. El artículo se limita a definir unos resultados consistentes en obstaculizar o impedir la libre contratación laboral, sin catalogar o definir las conductas típicas punibles en relación a la consecución de tales fines, por lo que el artículo contiene un tipo prohibitivo de causar.

Como en todos los delitos de resultado se plantea la cuestión de si el delito se puede cometer por omisión, debiendo contestarse afirmativamente, siempre que la omisión pueda ser calificada conforme al artículo 20 del propio Código, y que quede acreditado

que entre el comportamiento del sujeto activo y el resultado producido existe imputación objetiva.

D) TIPO SUBJETIVO

El hecho se puede cometer tanto con dolo directo como con dolo eventual.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

El resultado del delito puede ser tanto obstaculizar como impedir, por lo que es punible toda acción u omisión que signifique una dificultad para la libre contratación laboral, no bastando una mera incomodidad, al igual que se castiga el hacer imposible el ejercicio de esa libertad. En el supuesto de que el comportamiento del sujeto activo no haya logrado ni hacer más difícil el ejercicio de la libertad de contratación laboral ni impedirla, el hecho será punible en grado de tentativa.

F) CONCURSOS

En los casos en los que el comportamiento del sujeto activo, además de afectar al bien jurídico protegido en este delito, ataque a bienes jurídicos individuales, como la libertad de movimientos de una o más personas, o su integridad física o su vida, procederá la aplicación del correspondiente concurso ideal de delitos.

CAPÍTULO V

DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA HACIENDA PÚBLICA

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

En resumen existen distintas concepciones respecto del contenido del bien jurídico en este capítulo (Bustos Ramírez, 1991), ya se mencionó que algunos consideran que es la fe pública, para este sector doctrinario se equipara la evasión fiscal, a las falsificaciones que se hagan. Ofrece el problema que las falsificaciones básicamente son medios de comisión.

866

Para otros es el deber de lealtad. Esto implica la forma más radical de protección estatal que se pretende dispensar mediante esta clase de delitos. En el fondo se trata de una concepción general para fundamentar la intervención del Estado. La intervención del Estado se puede garantizar en la medida en que se afirme la existencia de un deber de lealtad al Estado: la protección supra-individual se confunde con la intervención del Estado, y pasan a ser una misma cosa. Este tipo de planteamientos tiende a ir más allá del bien jurídico, pues lo que se persigue es lograr una determinada actitud frente al Estado y es, por tanto, la existencia de otra actitud (lo desleal) la que se castiga. Con ello se echa por la borda la teoría del bien jurídico y el principio de lesividad, para acercarse a los planteamientos que hiciera la Escuela de Kiel, en que el deber hacia el Estado era el centro de la teoría del delito y no el bien jurídico.

Otros consideran que el bien jurídico protegido en este capítulo es el Patrimonio. Este planteamiento es el más individualista y privatista en la concepción de lo protegido por esta clase de delitos. Se encuentra con problemas, como en todos los delitos contra el patrimonio, en que se requiere una forma especial de protección, pues en caso contrario, se estaría ante una prisión por deudas. Si el Estado no es sino otra persona más, dotada de patrimonio, necesariamente tiene que quedar sometido a todos los riesgos patrimoniales en sus relaciones con otras personas, luego, la intervención punitiva sería abusiva y llevaría justamente a la prisión por deudas. Por ello estas no pueden erigirse en bien jurídico, sería un abuso no propio de un Estado de Derecho.

También ya se mencionó la posición doctrinaria que estima que la hacienda pública o el erario público es el objeto jurídico de protección. Conviene advertir que la lesión patrimonial que produce el delito fiscal no sólo entraña una disminución de valor económico en el erario público, sino que afecta, como resultado propio de uno de los más genuinos delitos económicos, a toda una política económica y social que incide

sobre el ahorro, la inversión, la distribución de la renta nacional, etc. Pareciera la postura más adecuada.

Finalmente, se considera que la función del tributo es lo protegido en el capítulo. El bien jurídico es todo el proceso de recaudación de ingresos y de distribución o redistribución de ingresos. Es la más postura más aceptada porque sólo así pareciera posible determinar un bien jurídico alejado de una concepción privatista o individual y, también, de otros bienes supra-individuales, como la fe pública. Sin caer al mismo tiempo, en una concepción autoritaria de deberes del ciudadano hacia el Estado, cuando se trata a la inversa, de los deberes del Estado con los ciudadanos.

249

EVASIÓN DE IMPUESTOS

El que defraudare al Fisco evadiendo el pago de impuestos, será sancionado con prisión de uno a tres años si la evasión fuere de cinco mil a cien mil colones, y prisión de tres a seis años si la evasión excediere de cien mil colones.

867

Se entenderá como defraudación al Fisco la simulación, ocultación o maniobra de cualquier naturaleza, tendiente a inducirlo a error en la recaudación íntegra del impuesto establecido por la ley.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Se ha considerado de muy diverso modo: para unos es la fe pública, ya que el delito se comete normalmente infringiendo este bien, para otros es el deber de lealtad para con el Estado, al que se debe contribuir y, en fin, para algunos más es un patrimonio o la función del tributo.

La postura más admitida afirma que el bien jurídico protegido es la Hacienda Pública, entendida como la parte de la Administración Pública que se sirve de un patrimonio, que es el Erario Público, para dirigir la actividad financiera. Como ese patrimonio se nutre fundamentalmente de tributos, la disminución de su valor económico afecta a la totalidad de la política económica y social del Estado.

Pese a lo que se ha afirmado a veces, este bien jurídico no es un simple derecho de crédito de la Hacienda contra los contribuyentes, porque, como después se verá, es precisa la existencia de perjuicio.

B) SUJETOS

Para algunos estamos ante un delito común, que puede ser cometido por cualquiera, entendiendo que toda persona está en condiciones de defraudar a Hacienda, ya que la ley no exige que la defraudación realizada se refiera a los propios tributos del sujeto activo.

Sin embargo, para la postura mayoritaria, estamos ante un delito especial, en el sentido de que sólo puede ser cometido por el obligado tributariamente, siempre que se tenga presente que éste no es sólo el sujeto pasivo del impuesto, sino también otras personas, como, por ejemplo, en el impuesto sobre la renta, las que determinan los artículos 5, 7 y 8 de la Ley correspondiente. Las personas que no sean obligados tributarios podrán responder como partícipes de los artículos 35 o 36 en el delito cometido por quien sí reúna esta característica.

868

El sujeto pasivo es el Fisco.

C) CONDUCTA TIPICA

La conducta que se castiga se define mediante el verbo defraudar, concepto que, en Derecho penal, significa causar perjuicio patrimonial mediante engaño, por lo que se castiga engañar al Fisco, de modo que se deja de pagar lo que se debía abonar. El concepto de engaño es el mismo que considerábamos en la estafa, pero, al igual que no todo engaño era bastante para cometer esta infracción, en la que se exigía que el engaño fuera bastante para inducir a error, en la infracción ahora comentada es necesario que el engaño se produzca a través de la evasión de impuestos.

Evadir, además de evitar un daño o peligro, es eludir con arte o astucia una dificultad o hacer algo vano mediante un artificio, definiciones que son plenamente admisibles. No es delito fiscal, por tanto, reconocer que se tiene que pagar una cantidad por un determinado impuesto y luego no pagar, como tampoco lo son los actos en fraude de ley, en los que el sujeto evita el pago del impuesto amparándose en una ley que tiene finalidad diferente, pues en estos casos no hay evasión, sino, respectivamente, falta de pago y defecto legislativo. El inciso segundo del artículo define las defraudaciones punibles, que serán todas las maniobras tendentes a inducir al Fisco a error en la

recaudación íntegra del impuesto establecido por la ley, entre las que se ponen como ejemplos la simulación y la ocultación.

D) TIPO SUBJETIVO

Estamos en presencia de una actuación defraudatoria, que debe ser dolosa, pudiendo concurrir cualquier clase de dolo y, por tanto, también el dolo eventual, lo que permite el castigo de los casos en los que el sujeto activo no determina completamente la cantidad a defraudar, pero acepta que supere los cinco mil colones. En general se exige el ánimo de lucro, entendido como la obtención de toda ventaja, goce, utilidad o provecho.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

El engaño tiene que producir un perjuicio económico que es el resultado del delito. Tal perjuicio debe significar que el sujeto activo haya dejado de pagar más de cinco mil colones, o si se trata de la penalidad agravada, más de cien mil colones. La evasión de impuestos por menos de cinco mil colones es infracción administrativa, salvo en el caso, que luego veremos, de que constituya un delito intentado por cantidad superior.

869

Dentro de esta cantidad de cinco mil o más colones no se incluyen conceptos también derivados del abono de impuestos pero que son consecuencias, precisamente, de su impago, como las multas por la falta de presentación de la declaración o los intereses por mora o por pago a plazo.

La cuestión que más se ha debatido es la que afecta a la determinación del momento en el que se produce el perjuicio y, por tanto, está consumado el delito. Partiendo de que el supuesto más frecuente es la existencia de un plazo concreto para satisfacer las obligaciones tributarias, la existencia del mismo hace concluir que el delito se consumará en el día siguiente a aquel en que finalice el plazo ordinario para el pago de la deuda tributaria.

Caben las formas imperfectas, pudiendo ser castigado el tipo básico en grado de tentativa cuando el sujeto activo no haya logrado producir el perjuicio para el sujeto pasivo o cuando, buscando un perjuicio superior a los cinco mil colones, lo causa inferior, e igualmente cabe castigar el tipo agravado en grado de tentativa, si está acreditado que el sujeto quería defraudar más de cien mil colones y no lo ha conseguido.

F) CONCURSOS

No se puede aplicar la figura del delito continuado al delito de evasión de impuestos, porque la forma de determinar la cuantía del perjuicio, ya vista, lo impide. Igualmente, cuando se cometan varias defraudaciones respecto del mismo impuesto en diferentes ejercicios o cuando se lleven a cabo diferentes defraudaciones en el mismo ejercicio respecto de diferentes impuestos, estaremos ante un concurso real de delitos.

Respecto de las falsedades cometidas para la realización del delito de evasión de impuestos la postura más aceptable parece ser la que exige castigarlas en concurso ideal con la evasión, de la que serían medio necesario.

250

OTRAS DEFRAUDACIONES

870 Para los efectos penales se considerarán también como defraudación al Fisco, los casos siguientes:

- 1) Cuando quien estando obligado por la ley a presentar declaración que arrojare una cantidad de impuesto a pagar igual o superior a cinco mil colones, no lo hiciere;**
- 2) Cuando se presentare contradicción evidente y económicamente apreciable entre lo declarado y lo que conste en registros contables y documentos anexos a los mismos, que acrediten el estado de los negocios del contribuyente; y,**
- 3) Cuando por la exclusión de algún bien, actividad u operación, a criterio de peritos, se ocasionare un perjuicio al Fisco.**

En realidad, pese a la rúbrica del artículo, en el mismo no se contemplan defraudaciones tributarias diferentes a las castigadas en el precepto anterior, sino que, en relación con la evasión de impuestos y, en concreto, con su conducta típica, se establecen declaraciones legales o presunciones en las que se explicita que tales actos constituyen defraudación. Por tanto, sólo se van a comentar los aspectos más relevantes de tales comportamientos:

1) Ha sido objeto de discusión si el delito de evasión de impuestos se puede cometer por omisión y si, en aquellos casos en los que las leyes tributarias obligan al contribuyente a presentar una declaración o autoliquidación, el incumplimiento de esta obligación y del impago del tributo, constituía defraudación, y, por tanto, delito fiscal.

Muchos autores han rechazado esta posibilidad y han considerado que el simple incumplimiento de los deberes fiscales no constituye delito fiscal, sosteniendo que la defraudación exige engaño y que éste debe cometerse, en todo caso, mediante un acto positivo. Así se ha dicho que la existencia del delito fiscal requiere, no solo que el contribuyente no declare cuando tiene que hacerlo y, en consecuencia, que no ingrese lo correspondiente, sino, además, otros actos, como la ocultación de los bienes, falsedades instrumentales u obstaculización o impedimento de las labores inspectoras o de comprobación.

Sin embargo, interpretando los conceptos defraudación y evasión, de los cuales, el primero es sinónimo a perjuicio y el segundo es posible tanto haciendo algo contrario a lo debido como no haciendo nada, se puede afirmar que cabe defraudar por omisión. Además esta postura permite castigar tanto al que no declara en absoluto (omisión) como al que lo hace falseando la declaración (acción). Igualmente se ha sostenido, en esta línea, que, en los casos en los que hay deber legal de declarar, este deber supone para el contribuyente una posición de garante de que no se producirá un quebranto para la Hacienda Pública, de modo que si se produce tal perjuicio precisamente por la no declaración del contribuyente, se cumplen todos los requisitos de la comisión por omisión.

871

Actualmente el Código Penal viene a apoyar esta segunda posición, pues considera defraudación al Fisco la omisión de la presentación de la declaración, si esta arroja un resultado igual o superior a cinco mil colones

2) La conducta del sujeto activo implica la presentación de una declaración en relación al pago del impuesto, declaración en la que debe contenerse un engaño, por acción, falseando los datos verdaderos, o por omisión, dejando de incluir otros datos relevantes, de tal modo que la situación resulte alterada, aunque la ley no lo diga explícitamente, en más de cinco mil colones. No se trata aquí de castigar los errores sufridos en la declaración y por eso el apartado exige contradicción evidente y económicamente apreciable.

3) Se castigan comportamientos de ocultación de elementos económicamente relevantes que puedan tener trascendencia en el pago de impuestos, según el criterio de los peritos. La amplitud del texto tiene que ser restringida, exigiendo que la importancia

de la ocultación alcance al menos la cantidad de cinco mil colones en relación con las declaraciones que deba presentar el sujeto activo.

251

PRESUPUESTO PARA PROCEDER

Será requisito indispensable para proceder en los delitos de defraudación al Fisco, que hubieren concluido las diligencias administrativas de tasación de los impuestos respectivos y que no existieren juicios o recursos pendientes en relación con tales diligencias administrativas. La acción penal sólo podrá ser ejercida después del requerimiento formulado por la Fiscalía General de la República para que se paguen los impuestos evadidos con sus respectivos accesorios.

El artículo contiene un doble requisito de procedibilidad.

872 El primero de los dos condiciona el ejercicio de las acciones penales a la finalización de los procedimientos administrativos iniciados para acreditar el importe de los impuestos evadidos, finalización no sólo en el sentido de que esté concluida la correspondiente tasación, sino, también, en el de que no se hayan presentado juicios o recursos contra las mismas. Esta exigencia tiene la indudable virtud de asegurar la completa determinación de la existencia de la evasión de impuestos, así como de su importe, pero, por contra, pone en manos de los evasores de impuestos un arma importante para retardar de modo relevante la persecución penal de sus conductas, pues les basta con recurrir todas las actuaciones administrativas, llegando hasta el límite de las normas tributarias y procesales aplicables, para dilatar el ejercicio de la jurisdicción penal.

El segundo de tales requisitos, consecutivo al anterior, condiciona también el ejercicio de la acción penal al previo requerimiento de la Fiscalía General de la República para el pago de los impuestos con sus accesorios, lo que viene a teñir el delito con un carácter de rebeldía del sujeto activo frente al cumplimiento de sus obligaciones fiscales.

252

EXCUSA ABSOLUTORIA

En los delitos de este Capítulo, no se impondrá pena alguna al imputado si en cualquier momento satisficiera debidamente al Fisco los impuestos evadidos con sus respectivos accesorios.

Se contempla una excusa absolutoria, basada en la regularización de la situación fiscal del imputado, mediante el pago de los impuestos evadidos con sus accesorios. La exigencia de que se hayan satisfecho debidamente al Fisco tales cantidades indica claramente que es preciso el pago efectivo de las mismas, mediante su ingreso a satisfacción del Fisco, no bastando con el mero reconocimiento de la evasión y con la presentación de la correspondiente liquidación, y ni siquiera con el compromiso de pago futuro. Carece de relevancia el pago parcial, así como el pago de todo lo evadido sin hacer frente a las multas e intereses correspondientes. No existe limitación al momento en el que se puede hacer el pago, siempre que, como dice el artículo, sea anterior a la imposición de la pena, por lo que, incluso en el acto del juicio oral y durante el tiempo para dictar sentencia se podrá acreditar la realización del correspondiente abono.

873

Si se han cometido otros delitos, como falsedades, para la comisión de la evasión de impuestos, este pago no afecta a la responsabilidad por tales delitos instrumentales, pues la excusa absolutoria sólo afecta a este Capítulo.

TÍTULO X

DELITOS RELATIVOS A LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO, LA PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES, Y AL MEDIO AMBIENTE

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Bien Jurídico.

Se podría considerar que el bien jurídico protegido en este título es el Medio Ambiente. Para Ignacio Berdugo el Medio Ambiente comprende “el mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna y la flora y las condiciones ambientales del desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con subsistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales”.

Como sostiene Cándido Conde Pumpido, esta concepción deja fuera el urbanismo y la ordenación del territorio, ya que el Medio ambiente comprende todas las condiciones necesarias para el desarrollo de la persona en sus aspectos sociales o económicos. Para Gianini, la protección del medio ambiente se concreta en tres ámbitos de intervención jurídica:

1. Conservación del paisaje natural y el patrimonio histórico artístico.
2. Conjunto de normas para la defensa del suelo, aire y agua.
3. Reglamentación urbanística.

CAPÍTULO I

DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

253

CONSTRUCCIONES NO AUTORIZADAS

El que llevare a cabo una construcción no autorizada legal o administrativamente, en suelo no urbanizable o en lugares de reconocido valor artístico, histórico o cultural, será sancionado con prisión de seis meses a un año y multa de cien a doscientos días multa.

Cuando la construcción se realizare bajo la dirección o responsabilidad de un profesional de la construcción, se impondrá a éste, además, la inhabilitación especial de profesión u oficio por el mismo período.

875

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

La sola actuación administrativa se ha demostrado como ineficaz a la hora de reprimir los más graves abusos realizados en el ámbito urbanístico, lo que ha forzado la entrada del Derecho penal en la materia.

El bien jurídico protegido en este artículo y en el siguiente son las normas sobre la ordenación del territorio, como normas garantizadoras de la calidad de vida de los ciudadanos, cuyo derecho al disfrute de la riqueza natural debe ser garantizado.

B) SUJETOS

Sujeto activo puede ser, en el inciso inicial, cualquier persona, se dedique o no profesionalmente a actividades relacionadas con la urbanización, promoción o construcción. Si en la realización del comportamiento típico interviene un profesional de la construcción como tal procede imponerle la pena agravada prevista en la parte final del precepto. Profesionales de la construcción son arquitectos, aparejadores, constructores, promotores y demás personas conectadas en el ejercicio de su profesión con esta rama de la actividad económica.

Esta agravación no es aplicable a personas que, aun siendo profesionales de la construcción, no intervengan en el caso concreto por ese motivo, sino por otro, como, por ejemplo, por ser los propietarios de la edificación.

Sujeto pasivo es toda la comunidad, pues todas las capas sociales ven implicado su interés en el mantenimiento del bien jurídico protegido.

C) CONDUCTA TIPICA

Es construir sin autorización legal o administrativa en alguno de los lugares o en las condiciones que luego comentaremos. Construir es toda actividad que signifique una transformación material de los terrenos o del espacio, abarcando actividades como levantar edificios, erigir monumentos o realizar instalaciones de diversa significación, como las eléctricas o las de conducción de fluidos o líquidos.

La construcción debe carecer de autorización legal o administrativa, siendo indiferente que no se haya pedido o que, habiendo sido solicitada, haya sido denegada, e, incluso, que existiendo, la construcción se realice en contra de la licencia concedida o con exceso de la misma.

876

Como la regulación de tales autorizaciones es de naturaleza administrativa, el artículo contiene una ley penal en blanco, que obliga en cada caso a acudir a la normativa urbanística para determinar el hecho punible. Esta circunstancia añade una especial dificultad a la determinación de las conductas punibles, pues el derecho urbanístico es una de las ramas del ordenamiento jurídico de mayor complejidad y variabilidad.

El significado de la expresión “construcción no autorizada” ha de ser entendido en el sentido de “construcción no autorizable”, pues no tiene sentido castigar como delito construcciones carentes formalmente de una autorización que pueden conseguir con posterioridad.

La construcción así realizada es delictiva si tiene lugar:

- a) En suelo no urbanizable. La determinación de este concepto obliga, nuevamente, a recurrir al ordenamiento administrativo, con las ya mencionadas secuelas de dificultad en su identificación.
- b) En lugares de reconocido valor artístico, histórico o cultural. No es preciso que estos lugares sean objeto de protección de acuerdo con una norma que específicamente lo haya establecido así. La exigencia de que el valor

sea “reconocido” significa que debe haber evidentes motivos artísticos, históricos o culturales justificativos de la actuación administrativa en protección de ellos. En cada caso el tribunal competente debe, a la vista de todas las pruebas, decidir si existen tales valores protegidos.

D) TIPO SUBJETIVO

El dolo puede ser directo como eventual y, en la mayor parte de los casos, será este último el que se presente.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La infracción es de mera actividad, pues la norma no exige que la actividad constructora produzca ningún resultado sobre el bien jurídico protegido, bastando para la consumación que esa construcción se llegue a realizar, siendo posibles, así, supuestos de tentativa cuando no se llegue a efectuar.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

877

Podría considerarse que se ha incurrido en un error técnico pues se abundó sobre un mismo elemento, este es “suelo no urbanizable”, pues suelo no urbanizable comprende todo. Así, suelo no urbanizable comprende los terrenos que el planeamiento general no incluya como suelo urbano o urbanizable y, en particular, los espacios que dicho planeamiento determine para otorgarles una especial protección en razón de su excepcional valor agrícola, forestal, o ganadero, de las posibilidades de explotación de sus recursos naturales, sus valores paisajísticos, históricos o culturales, o para la defensa de la fauna, la flora o el equilibrio ecológico.

Por ello se puede considerar que el recurso a la sanción penal no constituye en modo alguno el único instrumento, ni siquiera el básico, para dotar de un contenido suficientemente eficaz al derecho al medio ambiente.

La tutela del ambiente pasa ineludiblemente por una acción integrada desde diversos ámbitos, que ni siquiera son exclusivamente jurídicos, si bien es cierto que la regulación legal del llamado derecho ambiental constituye una pieza angular del sistema, y el derecho penal debe de el último eslabón de la pirámide en donde podrá desplegar sus efectos, los cuales son absolutamente tributarios de la legislación extra-penal, no sólo por las exigencias derivadas del principio de necesidad sino también por la propia dimensión de accesoriedad del derecho penal y su mínima intervención.

En el Capítulo II se regula la protección penal de lo que Giannini ha llamado la concepción restringida del medio ambiente, es decir, aquellos comportamientos que suponen actos de contaminación que afectan a los elementos básicos de soporte de la vida: aire y agua, si bien se mantienen referencias al suelo no debe ser entendido como contradictorio con la regulación diferenciada de los delitos urbanísticos, ya que la propia intercomunicación de los distintos elementos ambientales hace imposible el establecimiento de compartimentos estancos, es por ello que el suelo recibe una protección desde la óptica urbanística en el Capítulo I y una tutela como destinatario de comportamientos contaminantes en el Capítulo II.

254

RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS O EMPLEADOS PÚBLICOS

878 Los funcionarios o empleados públicos que a sabiendas hubieren informado favorablemente sobre proyectos de edificación o de derribo o sobre la concesión de licencias notoriamente contrarias a las normas urbanísticas vigentes o quienes las autorizaren, serán sancionados con inhabilitación del cargo o empleo de tres a cinco años.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es el mismo del artículo anterior.

B) SUJETOS

Sujeto activo sólo pueden ser los funcionarios o empleados públicos, a tenor del artículo 39 del Código.

Sujeto pasivo es el mismo del artículo anterior.

C) CONDUCTA TIPICA

Consiste tanto en informar favorablemente aquellos proyectos de edificación o de derribo, o la concesión de aquellas licencias notoriamente contrarias a la normativa vigente, como autorizar las mismas. El uso de la expresión “notoriamente” evidencia que la contradicción debe ser palmaria y evidente, sin que exista interpretación admisible en

derecho a su favor, por lo que no se trata de una simple ilegalidad, sino de un frontal ataque al derecho.

No se castiga al sujeto activo que lleve a cabo la conducta por omisión, por ejemplo, silenciando que tales informes son delictivos o absteniéndose a sabiendas en una votación que así concede la autorización delictiva.

D) TIPO SUBJETIVO

La expresión “a sabiendas” pone de manifiesto que el sujeto activo debe actuar con pleno conocimiento de la manifiesta injusticia de su comportamiento, por lo que sólo se puede cometer el delito con dolo directo.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación requiere que se informe o que se autorice pero no se exige ningún resultado ulterior, por lo que la infracción es de mera actividad. La tentativa, aunque técnicamente posible, será de difícil apreciación.

CAPÍTULO II

DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA NATURALEZA Y EL MEDIO AMBIENTE

255

CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

El que provocare o realizare directa o indirectamente, emisiones, radiaciones o vertidos de cualquier naturaleza en el suelo, atmósfera, aguas terrestres superficiales, subterráneas o marítimas, en contravención a las leyes y reglamentos respectivos y que pusiere en peligro grave la salud o calidad de vida de las personas o el equilibrio de los sistemas ecológicos o del medio ambiente, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años. (3)

880

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

El último referente en la materia es el artículo 117 de la Constitución, pero, con carácter inmediato, el interés tutelado es el medio ambiente, tal y como es definido en la Ley del Medio Ambiente: “El sistema de elementos bióticos, abióticos, socio económicos, culturales y estéticos que interactúan entre si, con los individuos y con la comunidad en la que viven, determinando su relación y sobrevivencia, en el espacio y en el tiempo”. La finalidad última de la ley es mantener a los ecosistemas exentos de alteraciones perjudiciales.

El bien jurídico protegido es autónomo, esto es, independiente de cualquier otro, incluso de la salud pública, aunque se trate de dos conceptos en estrecha relación, como pone de relieve el que uno de los resultados de la conducta típica pueda ser la puesta en peligro de la salud de las personas. La característica esencial del bien jurídico es que afecta a la colectividad, siendo el prototipo de los llamados intereses difusos, que son los que están presentes de modo informal y propagado a nivel de masa en ciertos sectores de la sociedad.

Es importante señalar que la protección a este bien jurídico es parcial, pues la tutela penal se restringe a los ataques tipificados en los artículos que estamos comentando.

B) SUJETOS

El delito puede ser cometido por cualquier persona, de modo que estamos ante un delito común, mientras que el sujeto pasivo es la totalidad de la comunidad, pues a todos afecta el bien jurídico protegido.

C) CONDUCTA TIPICA

Aunque algunos han exigido que la conducta típica se lleve a cabo por acción, no parece haber problemas para la punición de las conductas omisivas, cuando se permite la contaminación ambiental o, cuando, estando obligado a ello, no se ponen los medios para evitarla.

Se castiga contaminar o realizar, directa o indirectamente. El concepto de contaminar se puede extraer de las definiciones del artículo 5 de la Ley del Medio Ambiente, y es hacer presente o introducir al ambiente elementos nocivos a la vida, la flora o la fauna, o que degraden la calidad de la atmósfera, del agua, del suelo o de los bienes y recursos naturales en general. Tales elementos son los que, acto seguido, la Ley del Medio Ambiente identifica como contaminantes.

881

La realización directa o indirecta de lo que luego dice la norma significa el castigo tanto de las conductas mediatas de ejecución del delito como la sanción de la ejecución inmediata de la emisión, radiación, vertido, vibración, inyección o depósito. Dentro de las conductas mediatas se incluyen los comportamientos previos, es decir, los que no son propiamente nocivos, pero cuyos efectos secundarios sí lo serán, por ejemplo porque al ponerse en contacto con un agente exterior se convertirán en perniciosos.

La realización ha de ser de emisiones, radiaciones o vertidos de cualquier clase. La amplitud de la dicción, así como la última mención a todas las clases posibles indican la voluntad omnicomprendensiva de la norma. Verter significa derramar o vaciar líquidos o cosas menudas, radiar hace mención a enviar formas de energía a través del espacio sin necesidad de soportes materiales y emitir es arrojar, exhalar o echar hacia fuera una cosa.

Para que la acción sea penalmente reprobable no es necesario que constituya infracción contra la normativa administrativa, pues el artículo 86, j), de la Ley del Medio Ambiente, declara infracción la emisión de contaminantes que violen los niveles permisibles establecidos reglamentariamente. Los ámbitos administrativos y penales son distintos y este último debe determinarse según los requisitos típicos de cada delito.

La emisión, radiación o vertido debe producirse en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres superficiales, subterráneas o marítimas, lo que configura un concepto de máxima amplitud, en el que sólo cabe echar en falta la cita de los espacios extraatmosféricos, pensando en el futuro.

D) TIPO SUBJETIVO

La comisión dolosa de la conducta permite tanto los supuestos de dolo directo como los de dolo eventual, que existirá cuando el sujeto no esté seguro del potencial contaminante de su comportamiento, pese a lo cual, aceptando el que pueda tener, lo lleva a cabo.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La conducta así vista debe poner en peligro grave la salud o la calidad de vida de las personas o el equilibrio de los sistemas ecológicos o del medio ambiente. Por tanto, estamos ante un delito de peligro, en el que la conducta típica debe tener como resultado la producción de un peligro concreto, que ha de ser consecuencia de aquella conducta, a la que debe estar unida por la relación de causalidad.

882

La formulación del resultado es alternativa: basta que se produzca una de las dos posibilidades para que haya delito. En la primera modalidad debe tratarse de un peligro grave, de entidad suficiente para destacar sobre otros riesgos y ha de referirse a la salud de las personas, es decir, debe afectar a la colectividad, o a las condiciones de vida de las mismas, como conjunto de circunstancias relevantes en el desarrollo de su modo de vida. En la segunda modalidad también se requiere que el peligro sea grave y la única diferencia real es que el objeto sobre el que recae el riesgo, también concreto, es distinto, haciendo referencia a las condiciones naturales del ecosistema, como el suelo, el aire, el agua, la flora, la fauna.

Puede haber supuestos de tentativa, cuando el sujeto, por ejemplo, no logre llevar a efecto la emisión o vertido que intenta o cuando no se produzca el resultado.

256

CONTAMINACIÓN AMBIENTAL AGRAVADA

En los casos del artículo anterior, la pena será de seis a diez años de prisión si el hecho se atribuyere a persona jurídica, pública o privada, que funcionare sin el correspondiente permiso ambiental o clandestinamente o haya desobedecido las disposiciones expresas de la autoridad ambiental para que corrigiere o suspendiere sus operaciones; hubiere aportado información falsa para obtener el permiso ambiental correspondiente o hubiere impedido u obstaculizado la inspección por la autoridad del medio ambiente. (3)

Contempla el artículo una serie de agravaciones aplicables al delito tipificado en el artículo anterior, siempre que el sujeto activo revista la cualidad de persona jurídica, por la mayor capacidad lesiva que suelen alcanzar esta clase de sujetos. Tales agravaciones que, en todo caso, precisan las concurrencias de los elementos del tipo básico, son:

883

1. Que funcionare sin el correspondiente permiso ambiental o clandestinamente. No basta con que la empresa actúe clandestinamente o sin permiso ambiental, sino que es preciso, en todo caso, que, además, realice alguno de los comportamientos sancionados en el artículo anterior.
2. Que haya desobedecido directrices expresas de la autoridad ambiental para que corrigiere o suspendiere sus operaciones. Supone una previa actuación de la autoridad ambiental, concretada en una orden expresa a cuyo contenido debe adecuar su actividad la persona jurídica que, sin embargo, no acata tal mandato. Así viene a ser una modalidad del delito del artículo 338, siendo especial la norma ahora considerada, por lo que se aplica con prioridad.
3. Que haya aportado información falsa para obtener el permiso ambiental. Al igual que el número anterior, puede ser una modalidad agravada y especial del delito de falsedad, cuando concurren los elementos típicos de estas infracciones y también es de aplicación el principio de especialidad.
4. Que hubiere impedido u obstaculizado la inspección por la autoridad del medio ambiente. Puede ser, también, una modalidad especial del delito de

resistencia, por lo que, si se produce el caso, debe aplicarse el mismo principio.

257

CONTAMINACIÓN AMBIENTAL CULPOSA

En los casos a que se refieren los artículos anteriores si el agente actuare con culpa, será sancionado con prisión de uno a tres años. (3)

884 A pesar de la dicción del precepto, que hace referencia a los artículos anteriores, no son posibles supuestos de contaminación ambiental agravada cometidos por culpa, pues todos ellos implican la intención, en unos casos de desobedecer, y, en otros, de falsear, impedir u obstaculizar. Sólo se podría discutir en torno a la actividad clandestina o sin el correspondiente permiso ambiental, pero, en tal caso, si el sujeto ignoraba la necesidad de los mismos, incluso aunque debiera haber conocido tal obligación, falta el dolo, siendo impune su comportamiento por el tipo agravado, aunque reconducible al básico si concurren los elementos de éste. Por tanto hay que entender que el precepto castiga la comisión de la conducta del tipo básico cuando la modalidad de la acción es culposa.

Para el concreto análisis de los elementos del delito, siendo todos comunes con los del delito 255, menos el tipo subjetivo, nos remitimos al comentario realizado a este precepto, mientras que, para lo relativo al tipo subjetivo, es necesario consultar el comentario al artículo 4 y a sus concordantes en este Código.

258

DEPREDACIÓN DE BOSQUES

El que destruyere, quemare, talare o dañare, en todo o en parte, bosques u otras formaciones vegetales naturales o cultivadas que estuvieren legalmente protegidas, será sancionado con prisión de tres a seis años.

Se exceptúan de cualquier pena los agricultores que realicen labores agrícolas estrictamente culturales. (3)

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es, al igual que en los artículos precedentes, el medio ambiente, en el sentido expresado en tales preceptos, pero en el artículo ahora comentado, como en los que le siguen, este bien genérico se concreta en determinados elementos, que son los bosques, la flora y la fauna, la alteración de los cuales ataca al equilibrio ecológico y afecta al medio ambiente.

B) SUJETOS

El delito es común, puede ser cometido por cualquier persona.

El sujeto pasivo es la comunidad, todos cuyos integrantes se encuentran por igual interesados en la permanencia de esenciales sistemas constituidos por los bosques y por otras formaciones vegetales, cuyo mantenimiento es imprescindible para la subsistencia de la vida vegetal, animal y, aún, humana.

C) CONDUCTA TIPICA**885**

El entendimiento de las expresiones destruir, quemar, talar o dañar no presenta dificultad ninguna, por cuanto son propias del habla usual. Se pena por igual que tal destrucción, quemazón, tala o daño sea total o parcial, pero, en este último caso, por respeto al principio de proporcionalidad, es necesario que la parte afectada lo sea en tal entidad que equivalga a una destrucción completa.

D) OBJETO MATERIAL

Son los bosques o formaciones vegetales, naturales o cultivadas, que estuvieren legalmente protegidas. Esta última mención remite a la normativa administrativa para determinar el objeto material del delito y lo convierte en ley penal en blanco. Junto a los bosques son objeto de protección todas las formaciones vegetales, como las arboledas, los sotos, pastos, arbustos y demás, siendo indiferente que su nacimiento y existencia se haya producido por acción de la naturaleza o de la mano del hombre.

E) TIPO SUBJETIVO

No se castigan las infracciones culposas, por lo que, si no ha habido intención de destruir, quemar, talar o dañar, el hecho es impune. El dolo del sujeto activo tiene que abarcar el elemento de que los bosques o formaciones vegetales contra las que actúa

se encuentran protegidas, extremo que puede ser muy difícil de demostrar, salvo en casos notorios.

F) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Este delito es de resultado, y su consumación requiere la producción de la lesión descrita en el texto legal: destruir, quemar, talar, dañar, de modo que, cuando el sujeto activo no haya logrado producir tales resultados, su comportamiento será punible como delito intentado.

G) CONCURSOS

Las conductas sancionadas en el presente artículo se diferencian de alguna de las sancionadas en el inciso primero del artículo siguiente, con las que coinciden, por recaer sobre diferentes objetos materiales. En este precepto se castiga, con mayor pena, atacar de las formas descritas todas las especies vegetales, e incluso, las animales con ellas asociadas, presentes en un bosque o formación vegetal, mientras que en el artículo siguiente, la conducta típica afecta a alguna especie o subespecie vegetal en concreto.

886

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

El contenido de estos elementos de valoración jurídica vienen definidos en la Ley Forestal, así:

Bosque, “Art. 3.- Bosque es la superficie poblada del todo o en su mayor parte por árboles, arbustos o matorral que, con funciones de producción o esparcimiento, sirva para conservar e incrementar los recursos naturales renovables.

Zonas protectoras del suelo. “Art. 45.- El Poder Ejecutivo en el Ramo de Agricultura y Ganadería, previo informe de El Servicio (Servicio Forestal y de Fauna), y efectuados los estudios respectivos, establecerá por decreto zonas protectoras del suelo, para mantener y regular el régimen hidrológico, mejorar las condiciones de higiene para la población o para cualquier otro fin conveniente en terrenos comprendidos en las cuencas hidrográficas, riberas de los ríos, lagos o lagunas”.

Zonas de reserva forestal. “Art. 46.El Poder Ejecutivo en el Ramo de Agricultura y Ganadería podrá declarar como zonas de reserva forestal las extensiones montañosas, los terrenos de bajo valor productivo como áreas estériles o roquizas, o los terrenos donde se crea indispensable establecer y conservar, por medio de prácticas silvícolas

(cultivo de montes y bosques), vegetación forestal para los siguientes fines: suministro de productos forestales, regularización de corrientes fluviales para auxiliar el desarrollo y sostenimiento de proyectos y obras de riego u otros suministros de agua, proteger los terrenos agrícolas, a fin de evitar la erosión de los mismos y para fines de utilidad general. Dichas zonas pueden estar constituidas por terrenos nacionales o de dominio privado que se consideren más apropiados para fines de silvicultura.

El Poder Ejecutivo, a propuesta del Ministerio de Agricultura y Ganadería y cuando lo creyere conveniente, declarará las zonas arboladas que deban considerarse permanentemente como reservas forestales nacionales, las cuales sólo podrán utilizarse, en caso necesario, para el abastecimiento de productos forestales requeridos por el Gobierno o para obras y servicios públicos prestados por el mismo o por entes descentralizados de derecho público.

Cuando sea declarada una zona de reserva forestal, los terrenos nacionales o privados adquiridos al efecto, los bosques y demás riquezas naturales que ellos comprenden tendrán el carácter de reservados.

Si el establecimiento de reservas forestales requiriese, disponer de terrenos de dominio privado, éstos serán adquiridos por el Estado voluntario o forzosamente.”

887

Parques Nacionales y Reservas equivalentes a los parques nacionales. “Art. 47.- El establecimiento de parques nacionales tendrá lugar por medio de decreto del Poder Ejecutivo a propuesta del Ministerio de Agricultura y Ganadería, en los terrenos forestales que por su ubicación, configuración topográfica y otras circunstancias lo ameriten.”

259

DEPREDACIÓN DE FLORA PROTEGIDA

El que cortare, talare, quemare, arrancare, recolectare, comerciare o efectuar tráfico ilegal de alguna especie o subespecie de flora protegida o destruyere o alterare gravemente su medio natural, será sancionado con prisión de uno a tres años.

En la misma pena incurrirá quien en espacio natural protegido dañare gravemente alguno de los elementos que hubieren servido para calificarlo como tal. (3)

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es el mismo del artículo anterior, aquí plasmado en las especies o subespecies de flora protegidas o en los espacios naturales protegidos.

B) SUJETOS

El delito es común y puede ser cometido por cualquier persona y el sujeto pasivo es el mismo mencionado en el primer artículo de este Capítulo.

C) CONDUCTA TIPICA

No existe ninguna dificultad a la hora de interpretar los conceptos relativos a cortar, talar, quemar, arrancar, recolectar, comerciar o traficar de modo ilegal, así como los consistentes en destruir o alterar gravemente el medio natural. La gravedad de esta alteración tiene que ser determinada por los tribunales, debiendo, por razón de la equiparación de la pena a la destrucción, acercarse a ésta.

888 Por contra, el segundo inciso del artículo sí presenta problemas en cuanto a la determinación de la conducta sancionada, porque, en cada caso, los elementos que han justificado la calificación de un espacio natural protegido pueden haber sido diversos y, además, la norma que ha decidido tal protección, puede haberlos expresado o no, y, además, porque la Ley del Medio Ambiente, al mencionar las Areas Naturales Protegidas, tampoco aporta criterios utilizables, todo lo que fuerza a los tribunales, en cada caso, a realizar una labor de interpretación de cuales hayan sido tales elementos para decidir sobre la comisión del delito.

D) OBJETO MATERIAL

La conducta típica tiene que recaer sobre especies o subespecies de flora protegida, directamente o a través de la destrucción o grave alteración de su medio natural. La exigencia de la protección convierte el artículo en una norma penal en blanco, pues la determinación de la tipicidad de la conducta obligará a constatar que recae sobre un objeto previamente clasificado como protegido.

Tal protección puede derivar de la normativa salvadoreña o de la normativa internacional en la que El Salvador sea parte, pero no parece que se pueda extender a especies o subespecies que, en un momento concreto o por razones determinadas, puedan requerir protección.

E) TIPO SUBJETIVO

El sujeto activo tiene que actuar con dolo directo o eventual, bastando para éste último que el sujeto activo se represente como posible que la especie o subespecie se encuentre protegida, y, a pesar de ello, lleve la conducta a cabo.

En el supuesto del segundo inciso el dolo del sujeto activo tiene que abarcar que está dañando gravemente los elementos que han servido para calificar un espacio natural como protegido, extremo que, como ya se ha dicho, puede ser de muy difícil prueba.

F) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Al igual que en el caso anterior y, a diferencia de lo que ocurre en los tres primeros artículos del Capítulo, éste es un delito de resultado lesión, cuya consumación exige que se produzca la modificación descrita en la ley, como cortar, talar, y demás, en el objeto en el que se plasma el bien jurídico protegido, por lo que si tal alteración no llega a tener lugar, el delito se encuentra en grado de tentativa.

889

260**DEPREDACIÓN DE FAUNA**

El que empleare para la caza o la pesca veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes susceptibles de generar una eficacia destructiva semejante, será sancionado con prisión de uno a tres años. (3)

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO Y SUJETOS

No hay especialidades en el bien jurídico protegido o en los sujetos, en relación con el artículo anterior.

B) CONDUCTA TIPICA

La conducta típica consiste en cazar o pescar mediante veneno, explosivos o instrumentos o artes susceptibles de generar una similar eficacia destructiva. El motivo del castigo es que el uso de tales medios genera para las especies cazadas o pescadas

un gran riesgo de esquilmación, por lo que, en relación con los instrumentos o artes similares, como pue-den ser, en ciertos casos, las sustancias corrosivas, debe acreditarse que su capacidad lesiva para las especies cazadas o pescadas es la misma que la de los venenos o explosivos.

261

DEPREDACIÓN DE FAUNA PROTEGIDA

El que cazare o pescare especies amenazadas, realizare actividades que impidieren o dificultaren su reproducción o contraviniendo las leyes o reglamentos protectores de las especies de fauna silvestre, comerciare con las mismas o con sus restos, será sancionado con prisión de tres a cinco años.

La sanción se aumentará en un tercio del máximo de lo señalado en el inciso anterior, si se tratare de especies catalogadas en peligro de extinción. (3)

890

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO Y SUJETOS

Respecto del bien jurídico protegido y de los sujetos, nos remitimos a lo expresado en los artículos anteriores.

B) OBJETO MATERIAL

El objeto material del delito son, en el primer inciso del artículo, las especies amenazadas, y, en el segundo inciso, las que se encuentren en peligro de extinción, cuya situación haya sido reconocida normativamente, pues ese significado tiene la expresión “catalogadas”.

C) CONDUCTA TIPICA

En primer lugar se sanciona cazar o pescar. Para entender que se ha cazado o pescado no es preciso que el sujeto activo haya llegado a cobrar ninguna pieza, pues lo proscrito es la acción de cazar o pescar, que existen aunque el cazador o pescador no haya tenido éxito y, por tanto, aunque no haya logrado cazar o pescar algo.

En segundo lugar se castiga realizar actividades que impidan o dificulten la reproducción de las especies amenazadas, siendo indiferente que el sujeto activo busque precisamente este fin, o que, como ocurre con más frecuencia, actúe con otra finalidad, como puede ser el aprovechamiento agrícola de una zona, aceptando que su comportamiento, necesaria o posiblemente, va a impedir o dificultar la reproducción de tales especies.

En tercer lugar se sanciona comerciar con especies de la fauna silvestre o con sus restos, contraviniendo las leyes o reglamentos protectores de tales especies. La mención a estas leyes y reglamentos, que en gran cantidad de casos serán reflejo de textos internacionales, convierte la norma, también en este aspecto, en una ley penal en blanco. Frecuentemente los objetos de comercio serán, precisamente, los restos de los especímenes concretos, como en el caso de pieles, marfil y otros elementos.

D) TIPO SUBJETIVO

Como se ha dicho antes, será frecuente la comisión de la conducta consistente en impedir o dificultar la reproducción de las especies amenazadas con dolo eventual, cuando el sujeto no busque directamente este resultado pero lo acepte como posible consecuencia de su actividad, pero esto no excluye que el dolo eventual pueda estar presente en todos los supuestos, como cuando el sujeto activo, sin estar plenamente seguro de que está cazando o pescando especies amenazadas o en peligro de extinción, acepta esta posibilidad.

891

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La conducta consistente en cazar o pescar es un delito de mera actividad, pues no se exige que se cobre ninguna pieza y no es posible el castigo de la tentativa.

El comportamiento consistente en impedir o dificultar la reproducción es una infracción de resultado, cuya consumación requiere la efectiva producción del mismo, lo que permitirá, en su caso, el castigo de la tentativa.

Para el castigo de los actos de comercio no es necesario que se haya llegado a un acuerdo de voluntades o a un intercambio, bastando el ofrecimiento o el reclamo, y, normalmente, la tentativa, aunque posible, será inviable.

262

RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS

Los funcionarios o empleados públicos que estando obligados en el ejercicio de sus funciones, a informar sobre la comisión de los delitos relativos a la protección de los recursos naturales, el medio ambiente, la flora y la fauna, omitiendo hacerlo o informaren ocultando los mismos, serán sancionados con prisión de uno a tres años e inhabilitación del cargo o empleo por el mismo tiempo.

La misma sanción se impondrá al funcionario o empleado público que en el ejercicio de sus funciones conceda permisos, autorizaciones, licencias o concesiones, para la ejecución de obras o proyectos que no hayan obtenido de conformidad a la Ley del Medio Ambiente el correspondiente permiso ambiental. (3)

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

892 Este artículo protege el mismo bien jurídico ya repetidamente mencionado, pues, aunque pueda plantearse si tiene naturaleza mixta, protegiendo tanto este bien jurídico como el cumplimiento por parte del sujeto activo de sus funciones propias, la comparación entre la penalidad de este delito y la de los delitos de funcionarios se opone a esta conclusión, que vedaría la aplicación de concursos de delitos y tendría efectos criminógenos.

B) SUJETOS

Sólo pueden ser sujeto activo los funcionarios o empleados públicos según el artículo 39 que, en el cumplimiento de sus funciones, tengan que efectuar alguno de los actos mencionados en el precepto: informar acerca de la comisión de delitos relativos al ámbito que estamos comentando, o conceder permisos, autorizaciones, licencias o concesiones.

No son sólo funcionarios directamente conectados con la protección del Medio Ambiente, sino que, por ejemplo, en el primer supuesto, se encuentran incluidos también los agentes de la policía, entre cuyas funciones se encuentra la persecución de toda clase de delitos, mientras que, en el segundo supuesto, podrá tratarse de toda clase de funcionarios que deban conceder tales permisos y demás, pues el punto central es que la obra o proyecto carezca del permiso ambiental, pudiendo ser el autor del delito un funcionario de obras públicas o portuario o de otra clase.

El sujeto pasivo es la comunidad, en el sentido ya dicho.

C) CONDUCTA TIPICA

En el primer inciso se castiga una conducta omisiva y otra positiva, consistiendo la primera en la mera no presentación del informe debido acerca de la comisión del delito mencionado en el artículo, mientras que la segunda se ejecuta mediante la presentación de un informe mendaz, el cual no dé constancia de ese delito, de tal modo que las dos posibilidades se unifican al significar ambas que el funcionario, por activa o por pasiva, no da cuenta de la comisión de ese delito.

En el segundo inciso, que castiga sólo una conducta activa, el punto central es la inexistencia del permiso ambiental, pese a lo cual el sujeto activo concede los permisos, autorizaciones, licencias o concesiones.

D) TIPO SUBJETIVO

Las dos conductas mencionadas en primer lugar sólo pueden ser llevadas a cabo mediante dolo directo, pues implican el conocimiento de la comisión del delito y la voluntad intencional de ocultar este, mientras que la conducta sancionada en segundo lugar puede ser cometida tanto con dolo directo como con dolo eventual, éste último en el caso de que el sujeto activo no sea plenamente consciente de la falta del permiso ambiental, pero, aceptando que pueda faltar, lleve a cabo la conducta típica.

893

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

El delito es de mera actividad, sin que sea preciso ningún resultado para su consumación. En ciertos casos se puede presentar algún supuesto de tentativa, como cuando el funcionario ha preparado un informe ocultando la comisión del delito, que, por motivos ajenos a su voluntad, no llega a presentar.

F) CONCURSOS

El inciso primero del precepto opera como un subtipo especial agravado del tipo del inciso primero del artículo 312, pues, en uno y otro caso, el sujeto activo incumple sus obligaciones al no dar cuenta de la comisión de un delito, pero por los motivos expresados al tratar del bien jurídico protegido, en este caso se impone mayor pena, desplazando por razón de especialidad el artículo 262 al 312.

En el supuesto de que el sujeto activo cometa falsedad en documento al ocultar la existencia del delito, procederá la aplicación de los artículos 283 y siguientes, en concurso ideal con el del artículo 262.

La conducta del segundo inciso se podrá presentar, en ciertos casos, en concurso real de delitos con el de cohecho, cuando el motivo de la conducta del sujeto activo sea una dádiva o presente, sin perjuicio de que, también, pueda concurrir con otros delitos propios de funcionarios.

262-A

QUEMA DE RASTROJOS

El que intencionalmente quemare rastrojos o cultivos de cualquier naturaleza, será sancionado con multa entre diez a doscientos días multa; equivaliendo cada día multa, al salario mínimo diario, según la capacidad económica del infractor.

894 Se exceptúan de cualquier pena los agricultores que realicen labores agrícolas estrictamente culturales. (3)

El artículo pretende sancionar la quema de rastrojos u otros cultivos, cuando se realice al margen de las prácticas agrícolas habituales, realizadas por los agricultores. El delito ha sido concebido como de peligro abstracto, ya que no se exige que el comportamiento sancionado presente riesgo de transmisión a otros lugares o cultivos, bastando con la realización de la conducta, ya que la ley presume que, cuando es ajena a las labores agrícolas citadas en el artículo, produce tal peligro.

El delito sólo puede ser cometido con dolo directo, pues se exige que la conducta sea intencional, no siendo posible la punición cuando el comportamiento se realice con dolo eventual.

El hecho sólo es susceptible de castigo en fase de consumación, no siendo posible la punición de la tentativa.

262-B

COMERCIO Y TRANSPORTE DE SUSTANCIAS PELIGROSAS

El que comercializare, transportare o introdujere al país sustancias o materiales calificados como peligrosos en los tratados internacionales o la Ley del Medio Ambiente, con infracción de las reglas de seguridad establecidas, incurrirá en pena de prisión de seis a diez años. (3)

Al igual que en el caso anterior, estamos ante un delito de peligro abstracto, en el que la ley presume, sin prueba en contra, que la realización de la conducta comporta un peligro para el bien jurídico protegido.

El punto central del artículo está en el objeto material, que son las sustancias o materiales que hayan merecido la consideración de peligrosos, para los tratados internacionales en los que la República sea parte, o para la Ley de Medio Ambiente. El artículo 5 de esta Norma define las sustancias peligrosas como “Todo material con características corrosivas, reactivas, radioactivas, explosivas, tóxicas, inflamables o con actividades biológicas”. Por esta remisión, se trata de una ley penal en blanco.

895

Las conductas no presentan dificultades, consistiendo en el ejercicio de actos de comercio, transporte o introducción al país.

263

EXCUSA ABSOLUTORIA Y MEDIDAS ACCESORIAS

En los casos previstos en este Capítulo, cuando así procediere, si el autor voluntaria y oportunamente reparare el daño ocasionado, no incurrirá en pena alguna.

El juez o tribunal, motivadamente, ordenará que a cargo del autor del hecho, se adoptaren las medidas encaminadas a restaurar, en lo posible el equilibrio ecológico perturbado, así como adoptar cualquiera de las medidas accesorias, necesarias para la protección de los bienes tutelados en este Capítulo.

El artículo contiene, como su propio nombre indica, dos preceptos de muy diverso alcance: en el inciso primero una excusa absolutoria, y en el segundo una serie de medidas encaminadas a la reparación del daño causado.

La excusa absolutoria es plena, en el sentido de que exime completamente de responsabilidad criminal y, a la vista de la redacción del texto legal, el único problema lo plantea la mención “cuando así procediere”, pues no es fácil entender qué quiere decir la ley con estas palabras. En realidad parece que se está haciendo referencia a los dos requisitos que a continuación se requiere para que la exención de responsabilidad tenga lugar: que el autor del daño proceda voluntariamente y que la reparación sea oportuna, es decir, eficaz. La exigencia de que la reparación del daño sea voluntaria parece reclamar que el sujeto activo del delito tome la decisión de enmendar el mal causado de manera autónoma y, por tanto, al margen de estímulos exteriores, de tal modo que si repara el mal en contra de su voluntad pero para evitar males mayores, como el verse descubierto y perseguido, no parece que la excusa absolutoria sea aplicable, lo que, además implica que si la reparación del daño se hace a requerimientos o exigencias de la correspondiente autoridad administrativa, no es tampoco aplicable la excusa. En segundo lugar la reparación del mal debe ser oportuna, es decir, ha de producirse en momento en el que todavía pueda recuperarse el medio ambiente del mal causado, de tal modo que si éste es irreparable desde un primer momento, o si se ha dejado pasar el tiempo en el que se pudo reparar o, aún, si el comportamiento del sujeto no es eficaz para lograra esa reparación, tampoco será aplicable la exención de pena.

El segundo inciso concede a los tribunales un amplísimo margen de actuación para restaurar el equilibrio ecológico a costa del responsable, así como para tomar todas las medidas tendentes a la protección de los bienes tutelados en el Capítulo. La exigencia de que la resolución de adopción de estas medidas sea motivada obligará a los integrantes del órgano judicial a recurrir a los informes y dictámenes técnicos necesarios para fundamentarlas, así como a observar la proporcionalidad entre las medidas a adoptar y el mal o peligro a combatir.

263-A

CONDICIONES OBJETIVAS DE PROCESABILIDAD

La acción proveniente de cada uno de los delitos comprendidos en el presente capítulo, solamente podrá promoverse después de que la autoridad administrativa competente haya concluido los procedimientos correspondientes de conformidad con la Ley del Medio Ambiente. (11)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

El Art. 263-A fue agregado por medio del Decreto Legislativo N° 703, del 9 de septiembre de 1999. Este artículo contiene como condición objetiva de procesabilidad el agotamiento de la instancia administrativa que crea la Ley de Medio Ambiente a partir de su Art. Art. 91. En otras palabras si el comportamiento que se pretende castigar también constituye una infracción ambiental, antes del procesamiento penal, se debe agotar el procedimiento administrativo sancionatorio ante el Ministerio del Medio Ambiente y Recursos Naturales. Conviene señalar que si una vez agotada la instancia administrativa, se determina que el bien jurídico no ha podido ser protegido adecuada o suficientemente se podrá iniciar el procedimiento penal, esto por aplicación de los principios de lesividad del bien jurídico (Art. 3 del Código Penal) y de necesidad de la pena (Art. 5 del Código Penal).

TÍTULO XI

DELITOS RELATIVOS A LA SEGURIDAD COLECTIVA

CAPÍTULO ÚNICO

DE LOS DELITOS DE PELIGRO COMÚN

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Bien Jurídico.

El objeto de la regulación es una zona de confluencia de intereses contrapuestos de diversa índole, a saber, Estatales, Comerciales o Industriales, Individuales, Ecológicos, Sociales, Militares y de Seguridad del Estado.

898

Lo que sí resulta claro es que el legislador ha trascendido el ámbito de bienes jurídicos meramente individuales, como la vida, la integridad personal o la salud, mediante la tutela de un conjunto de condiciones necesarias para garantizar un determinada estándar de tranquilidad en la población, de modo que el bien jurídico adquiere una connotación institucional y colectiva (supra-individual). El Tribunal Supremo español, en su sentencia de 9 de octubre de 1984, definió la seguridad colectiva diciendo, que es el derecho que todos tienen para el desenvolvimiento normal de sus vidas en paz, sosiego, bienestar y tranquilidad.

264

LIBERACIÓN DE ENERGÍA

El que librare cualquier clase de energía que pusiere en peligro la vida o la salud de las personas o sus bienes, aunque no se produjere explosión, será sancionado con prisión de tres a seis años.

El que sin estar comprendido en el inciso anterior, perturbare el funcionamiento de instalaciones o alterare el desarrollo de las actividades en que se utilizaren materiales o equipos productores de energía, creando una situación de grave riesgo, será sancionado con prisión de uno a tres años.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

En todos los preceptos de este Título el punto de referencia es la seguridad colectiva, en el sentido de estado o situación en el que la existencia o utilización de energías y, singularmente, de la energía atómica, no producirá una situación de peligro para bienes jurídicos relevantes, sean éstos individuales o colectivos. En el precepto ahora comentado, esta seguridad se concreta en la vida, la salud o los bienes de las personas que, de este modo, vienen a ser los estrictos bienes jurídicos protegidos.

899

B) SUJETOS

Sujeto activo de las dos diferentes modalidades castigadas puede ser cualquier persona, por lo que estamos ante un delito común. Sujeto pasivo del delito será la persona o personas, pues basta con que se afecte a una, que vea su vida, salud, o integridad en peligro.

C) CONDUCTA TIPICA

En el inciso primero:

Se comete cuando se librare cualquier clase de energía. La conducta puede ser cometida por acción o, también, en comisión por omisión, siempre que, en este caso, se cumplan las exigencias del artículo 20 del Código Penal. Esta energía puede ser de cualquier origen, física o química. En estos momentos, la más relevante, por su trascendencia, es la energía nuclear, entendiendo por tal la liberada en las reacciones nucleares

ocurridas en los átomos inestables. Es indiferente el método técnico o material a través del que se produzca la liberación, al igual que es indiferente la propia clase de la energía liberada, pues lo trascendental es que tal acción ponga en peligro la vida, la salud o los bienes de las personas, aclarando el artículo que no es preciso que se produzca explosión para que exista tal peligro. Vida es la humana, independiente o dependiente, debiendo entenderse incluidos los casos de riesgo de lesión o pérdida del feto en las personas embarazadas. Salud es la física y la mental. Bienes son los de las personas, individuales o colectivos y con contenido patrimonial o sin él.

En el segundo inciso:

La conducta castigada viene a mantener con la del inciso anterior una relación de subsidiariedad expresa, pues sólo se aplica en defecto de ella.

900 La conducta típica es perturbar el funcionamiento de instalaciones o alterar el desarrollo de las actividades en las que se utilizaren materiales o equipos productores de energía. En la mayor parte de los casos, el funcionamiento de tales instalaciones, sean centrales nucleares, térmicas, hidroeléctricas o de cualquier clase, o las actividades correspondientes, habrán sido objeto de regulación jurídica, en cuyo caso, el precepto será una ley penal en blanco en la que será preciso consultar tales regulaciones para decidir si se ha cometido o no el delito. Tanto la idea de perturbar como la de alterar suponen el cambio de la mecánica de funcionamiento o de trabajo en los dispositivos o mecanismos o en las actuaciones en las que estén implicados materiales o equipos energéticos, siempre que, por la ya mencionada subsidiariedad expresa, la consecuencia de esos cambios no den lugar a la liberación de energía que es castigada en el inciso primero y produzcan riesgo grave, riesgo que, aunque no se diga, debe existir respecto de la vida, la salud o los bienes de las personas.

D) TIPO SUBJETIVO

No hay dudas de que cabe el dolo directo y también el dolo eventual, sin especialidad ninguna respecto de las reglas generales.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Estamos en presencia de infracciones de peligro, en las que la única duda es saber si se trata de peligro concreto o abstracto.

La respuesta a esta pregunta dependerá en cada caso de la potencialidad lesiva de la energía liberada, porque si tal potencialidad es muy alta, como puede ocurrir en el caso

paradigmático de la energía nuclear, prácticamente en todos los supuestos existirá tal riesgo, y la infracción será de peligro concreto, mientras que si no existe tan elevada potencialidad, estaremos ante una infracción de peligro abstracto.

En el supuesto castigado en el segundo inciso del artículo, la práctica totalidad de los casos serán de peligro concreto porque, necesariamente, existirá riesgo para los empleados de la instalación cuyo funcionamiento haya sido perturbado o para las personas implicadas en las actividades en las que se utilicen los materiales o equipos productores de energía.

F) CONCURSOS

Si la conducta realizada por el sujeto activo, además de producir un peligro, ocasiona daños para la vida, la salud o los bienes de las personas, el hecho deberá ser castigado mediante el correspondiente concurso de delitos, que podrá ser en unos casos real y en otros ideal, existiendo tantos delitos de homicidio o de lesiones cuantas sean las personas fallecidas o lesionadas.

265

901

INCENDIO

El que mediante incendio creare un peligro común efectivo para las personas o los bienes, será sancionado con prisión de tres a seis años.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

A la vista de la redacción del tipo, el bien jurídico protegido viene constituido por los valores personales: vida, salud física o mental, integridad, así como por los bienes, sean privados o públicos, siendo preciso tener en cuenta que, además, estos patrimonios pueden tener dimensiones diferentes del puro valor material, pues el fuego puede afectar a bienes que tengan valor histórico, artístico, científico u otro. Sin embargo, además, como se mencionará al examinar la conducta típica, el uso de la expresión “común”, dota al precepto de una dimensión supraindividual, que incluye entre los bienes jurídicos protegidos a la seguridad colectiva, como bien más amplio que los particulares involucrados.

B) SUJETOS

El delito es común y lo puede cometer cualquier persona, mientras, que desde el punto de vista del sujeto pasivo, al ser éste el titular del bien jurídico protegido, serán las personas cuyas vida, salud, integridad o bienes se vean afectados y la comunidad como titular de la seguridad general.

C) CONDUCTA TIPICA

La acción castigada es incendiar, lo que significa poner fuego a una cosa que no está destinada a arder. No es preciso que la cosa haya llegado a ser completamente destruida por el fuego, bastando con que empiece a arder, debiendo entenderse que se produce esta combustión cuando, apartando el medio por el que se le ha puesto fuego, arde por si sola, ya que, en ese momento, el fuego ha prendido.

La conducta punible puede ser llevada a cabo por acción y en comisión por omisión, siendo de especial relevancia los supuestos de injerencia, en los que, si una persona enciende fuego, por cualquier motivo, creando una situación de peligro, está obligado a evitar que se produzca un incendio, siendo imputado si no lo hace.

902

Es indiferente el agente por el que se prenda el fuego.

Para que la conducta sea típica se exige, además, que el incendio cree un peligro común efectivo para las personas o los bienes. Esta mención hace que estemos ante un delito de peligro concreto, dotándole la expresión “común” de una evidente dimensión supraindividual, siendo preciso acreditar que, en el concreto caso enjuiciado, se ha producido esa situación de peligro.

D) TIPO SUBJETIVO

El dolo del sujeto activo implica que el sujeto activo tiene el conocimiento de que, a consecuencia de su comportamiento, se produce la combustión del objeto material y, además, de que ese incendio produce peligro para personas o bienes.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Como ya se ha dicho, la consumación de este delito, que es mixto, pues implica cierto resultado de lesión respecto del objeto incendiado, mientras que también implica

resultado de peligro concreto, requiere que el fuego prenda en el objeto incendiado, de tal modo que éste arda por sí solo.

Los actos de encender una mecha, echar gasolina a lo que se quiere quemar, u otros similares, son constitutivos de tentativa, pues, como se ha dicho, la consumación supone que el fuego se comunica al objeto material y que se propague o que tal objeto sea susceptible de arder.

F) CONCURSOS

Si el incendio causa la muerte de alguna persona, existirá un concurso ideal de delitos, salvo que los únicos bienes puestos en peligro hayan sido los afectados por el fuego, pues, en ese caso, la lesión de la vida absorbe su simple puesta en peligro, y procediendo castigar sólo el delito contra la vida, como homicidio simple o agravado.

266

ESTRAGOS

903

El que ocasionare estragos por medio de inundaciones, desmoronamientos, derrumbes o cualquier otro medio análogo no comprendido en los artículos anteriores, será sancionado con prisión de tres a seis años.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Tradicionalmente los estragos han sido unos daños sociales de grandes proporciones por su gravedad e importancia, cometidos por medios de destrucción lo bastante poderosos para causarlos, de tal modo que, necesariamente, comportan un peligro para la vida o la integridad de las personas, así como para los bienes. Por eso no es preciso que el artículo mencione, expresamente, la presencia de este peligro, que deriva de los medios usados.

Por esto el bien jurídico protegido es, al igual que en el artículo precedente, tanto la salud e integridad de las personas como los bienes y la seguridad colectiva, pero siendo de especial relevancia éste último aspecto.

B) SUJETOS

Son los mismos que en el artículo anterior, al que nos remitimos.

C) CONDUCTA TIPICA

Según el artículo es ocasionar estragos mediante inundaciones, desmoronamientos, derrumbes u otro medio análogo no comprendido en los artículos anteriores.

Los estragos ocasionados son el resultado de la acción del sujeto activo. La conducta típica es provocar inundaciones, desmoronamientos, derrumbes u otras acciones análogas, no contempladas en los artículos precedentes, por lo que este artículo es de aplicación subsidiaria frente a los dos artículos anteriores. La regulación de medios destructivos es abierta, siempre que el empleado tenga especial potencia destructiva.

Como se ha dicho, no basta con esto, sino que es preciso que exista peligro concreto para personas o bienes, exigencia inevitable a la vista de los medios empleados.

904 D) TIPO SUBJETIVO

No existen especialidades, el dolo del sujeto activo, directo o eventual, comporta el conocimiento o la aceptación del potencial de la conducta realizada, en cuanto a la puesta en peligro de bienes o personas, y de la efectiva producción de tal situación de peligro.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Los estragos producidos son el resultado del delito, sin que la ley los defina, no existiendo otra posibilidad que concretarlos como se ha hecho al comentar el bien jurídico protegido: daños de gran trascendencia social, como destrucción de edificios, vías de comunicación, puentes, calzadas, buques, aeronaves, vías férreas u otros de alcances similares. Se trata de un delito de resultado peligro, siendo éste abstracto, pues, como se ha dicho, derivará necesariamente de la naturaleza de la conducta realizada en relación con el bien jurídico protegido, que es, principalmente, la seguridad colectiva.

F) CONCURSOS

Si la conducta típica produce la muerte de alguna persona, o lesiones, se dará lugar a un concurso de delitos en las mismas condiciones ya vistas para el artículo anterior.

267

INFRACCIÓN DE REGLAS DE SEGURIDAD

El que en la fabricación, manipulación, transporte o tenencia de explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas y asfixiantes o de cualquier otra materia, aparatos o artificios que puedan ocasionar estragos, contraviniera las reglas de seguridad establecidas, poniendo en concreto peligro la vida, la integridad o la salud de las personas, será sancionado con prisión de uno a tres años y multa de treinta a cincuenta días multa.

En igual sanción incurrirá quien en la apertura de pozos o excavaciones, en la construcción de edificios, presas, canalizaciones y obras análogas o en la conservación, acondicionamiento o mantenimiento de los mismos o infringiere las reglas de seguridad establecidas, cuya inobservancia pudiere ocasionar resultados catastróficos o poner en peligro la vida, la integridad o la salud de las personas.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

905

El artículo encuentra su origen en sendas realidades propias de nuestro tiempo. En primer lugar, la industrialización ha necesitado el uso de máquinas, dispositivos y materias peligrosos para las personas, en cuyo manejo es preciso observar un cuidado que evite la producción de grandes daños. En segundo lugar, con excesiva frecuencia, en diferentes actividades, pero, especialmente, en la construcción, se producen muertes y lesiones ocasionadas por infracción de las básicas reglas de seguridad.

Esta doble situación lleva al castigo de las conductas reguladas en este artículo, en una actuación que busca, en última instancia, proteger la vida, la salud o la integridad de las personas.

B) SUJETOS

No existe especialidad ni en cuanto al sujeto activo ni en cuanto al sujeto pasivo.

C) CONDUCTA TIPICA

En el inciso primero:

Fabricar, manipular, transportar o tener cualquiera de las sustancias, aparatos o artificios mencionados en el precepto, siempre que se infrinjan las reglas de seguridad establecidas. Este requisito convierte a la infracción en una ley penal en blanco, que debe ser completada acudiendo a las diferentes disposiciones, nacionales o internacionales, que concreten las normas de seguridad para las actividades relacionadas con las sustancias, aparatos o artificios mencionados en el artículo. Las normas de seguridad serán las que busquen precaver el peligro nacido en la intervención humana en el ámbito citado en el precepto.

La conducta es punible por acción o en comisión por omisión.

Sin embargo, no basta con esta conducta, sino que la comisión del delito reclama, además, que la contravención a la que se acaba de hacer referencia, cause un concreto peligro para la vida, salud o integridad de las personas, de modo que si la infracción mencionada no produce esta situación, el hecho será o este delito en fase de tentativa o una infracción administrativa a reprimir en esta última vía.

En el inciso segundo:

906 La conducta es esencialmente idéntica a la que acabamos de considerar, excepto en el ámbito en el que se producen, aquí en sede de apertura de pozos, excavaciones, construcciones u obras de conservación, acondicionamiento o mantenimiento, por lo que, salvo en lo relativo a este marco, nos remitimos a lo ya dicho.

D) TIPO SUBJETIVO

En los dos incisos el sujeto activo debe tener conocimiento del carácter peligroso de las actividades realizadas y, especialmente, del incumplimiento de las normas de seguridad. La existencia de un error podría dar lugar a la punición del comportamiento mediante la aplicación del artículo 269.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Las infracciones comentadas son delitos de peligro concreto, cuya consumación se produce en el momento en el que se pone en peligro la vida, la salud o la integridad de alguien. Caben supuestos de tentativa si, iniciada la realización de las conductas con infracción de las normas de seguridad, sin poner en concreto peligro a nadie, se causa una situación abstracta de riesgo.

F) CONCURSOS

Como en los casos anteriores, si tras la creación de peligro, se produce lesión para la vida o la salud de alguna persona, el hecho deberá ser castigado como un concurso ideal de delitos, siempre que hayan sido puestas en peligro más personas de las que al final han resultado lesionadas o muertas, pues, en este caso, con la aplicación de este artículo se castiga la puesta en peligro de las personas que no resultaron finalmente afectadas, mientras que con los delitos de homicidio o lesiones se castiga la lesión de los bienes vida o salud de los que resultaron heridos, enfermos o fallecidos. Si todas las personas puestas en peligro resultaron al final muertas o lesionadas, el delito de lesión absorbe al de peligro y sólo se castigará el hecho con tantos delitos de homicidio o lesión cuantas sean las personas afectadas.

268

DELITOS DE PELIGRO COMÚN AGRAVADOS

La pena de prisión será de cuatro a ocho años, cuando en cualquiera de los delitos de éste Capítulo, la conducta recayere:

907

1) En edificio, local, depósito o medio de transporte que contuviere material inflamable o explosivo; y,

2) En edificio, local público o medio de transporte colectivo, cuando en los mismos hubiere una concurrencia numerosa de personas.

Las dos circunstancias contempladas en el artículo son de aplicación a la totalidad de los delitos tipificados en este Capítulo. La razón de la elevación de la pena es, en los dos casos, el peligro para la vida y la integridad de las personas que supone la realización de las conductas típicas respecto de materiales inflamables o explosivos o respecto de lugares o medios de transporte ocupados por gran número de personas.

No hay ningún problema en el entendimiento del concepto de material explosivo o inflamable, ni tampoco en el de concurrencia numerosa, aunque este último concepto tendrá que ser concretado en cada caso por los tribunales.

Es de la máxima importancia recordar que, en todos los casos es preciso que el sujeto activo tenga conocimiento de que realiza la conducta, en el número 1), respecto de lugares o medios de transporte que contengan materiales explosivos o inflamables, o en el número 2), respecto de lugares o medios de transporte en el que se encuentran muchas personas, sin que quepa presumir este elemento, que tendrá que ser probado al igual que los demás del delito.

269

DELITOS CULPOSOS DE PELIGRO COMÚN

Será sancionado con seis meses a dos años de prisión, el que por culpa provocare alguna de las situaciones descritas en este Título, si hubiere grave peligro para la vida, salud, integridad o los bienes de las personas.

908 Este artículo tipifica la totalidad de las infracciones ya consideradas en el resto del Título, o lo que es igual, en el Capítulo, pues sólo hay uno, en el supuesto de que la acción del sujeto activo no sea dolosa, sino que se trate de una infracción culposa. No hay ninguna especialidad en cuanto a la definición de la culpa ya considerada en el Libro I, excepto que, cuando se trate de estos delitos culposos de este Título, en todo caso, estamos ante un delito de peligro concreto, cuya consumación se produce cuando la conducta imprudente del sujeto activo haya causado un grave peligro para la vida, salud, integridad o bienes de las personas, de modo que, si la conducta imprudente del sujeto activo no ha causado peligro para ninguno de estos bienes, o si, habiéndolo causado, ha sido un peligro leve o muy leve, la acción será impune. En cada caso los tribunales deben determinar, estudiando todos los factores, si tal peligro ha sido o no grave.

270

RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS O EMPLEADOS PÚBLICOS

Los funcionarios o empleados públicos que por razón de sus funciones estuvieren obligados a informar sobre la comisión de delitos relativos a la seguridad colectiva y no lo hicieren o informaren falsamente para favorecer a los infractores, serán sancionados con prisión de seis meses a un año e inhabilitación del cargo o empleo por el mismo tiempo.

La estructura del artículo es esencialmente idéntica a la del artículo 262, inciso primero, por lo que nos remitimos al comentario efectuado en relación al mismo, con las salvedades a las que a continuación se hace mención.

Dejando de lado mínimas e intrascendentes diferencias de redacción, así como el hecho, evidente, de que uno de los preceptos hace mención a los delitos regulados en el Capítulo II del Título X, mientras que el otro se refiere a los tipificados en el Título XI, la única diferencia relevante es que la conducta activa del artículo 262 consiste en informar ocultando los delitos cometidos, mientras que la tipificada en el artículo 270 es informar falsamente para favorecer a los infractores. Por tanto en este artículo se incluye en la conducta delictiva tanto ocultar el delito como otros comportamientos en los que, sin llegar a tal ocultación, el sujeto activo emite su informe deformando la realidad de algún modo relevante que signifique un intento de mejorar la situación, sea administrativa, penal o puramente material, de los responsables de la infracción.

TÍTULO XII

DELITOS RELATIVOS A LA SALUD PÚBLICA

CAPÍTULO I

DE LOS DELITOS RELATIVOS A PRODUCTOS QUÍMICOS, MEDICINALES, ALIMENTICIOS Y AGUAS

271

ELABORACIÓN Y COMERCIO DE PRODUCTOS QUÍMICOS Y SUSTANCIAS NOCIVAS

910 El que sin hallarse autorizado, elaborare sustancias nocivas o productos químicos y farmacéuticos que pusieren en grave peligro la salud o comercie con ellos, será sancionado con prisión de uno a tres años.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es la salud pública, entendida como la cota de bienestar físico y psíquico de la comunidad o de los integrantes de la misma, o bien, en un sentido instrumental, como el conjunto de condiciones que determinan la salud de los ciudadanos. Este bien jurídico no se encarna en objetos o personas concretas, por lo que la técnica de punición se sirve de los delitos de peligro, siendo característico que las conductas perseguidas sean aquellas que puedan poner en peligro los niveles de bienestar de toda la comunidad o de una parte de ella, no las conductas que hagan peligrar la salud concreta de uno u otro ciudadano.

B) SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquiera, siempre que carezca de la autorización pertinente, autorización que constituye un elemento negativo del tipo: para que exista delito no debe haber autorización y si la hay no se podrá incurrir en esta infracción sino, en su caso, en la del artículo siguiente. La necesidad de la autorización viene determinada por la naturaleza del objeto material del delito, a la que después se hará referencia,

naturaleza que siempre comportará un peligro para la salud pública, por lo que para su manipulación será preciso un control establecido mediante al concesión del repetido permiso.

Sujeto pasivo será el titular del bien jurídico protegido, por lo que si este es la salud pública, aquel será la comunidad.

C) CONDUCTA TIPICA

La conducta típica es descrita por la ley como elaborar o comerciar. No hay dificultad a la hora de interpretar estos términos, pero sí a la hora de saber si la conducta de elaborar es punible solamente cuando se realiza con la finalidad de entregar, gratuitamente o mediante contraprestación, lo elaborado, o si el comportamiento es punible aunque el sujeto quiera lo elaborado para usarlo por si mismo o con otros fines, como el estudio o la experimentación. La ley no pone otra limitación, por lo que parece que será punible la actividad de elaborar aunque sea con intenciones puramente individuales, aunque, siempre, para salvaguardar el principio de ataque al bien jurídico protegido, será necesario que la elaboración cause peligro para la salud pública.

D) OBJETO MATERIAL

911

La ley usa la expresión “sustancias nocivas o productos químicos y farmacéuticos que pusieren en grave peligro la salud”, concepto que puede reducirse a su denominador común, que es el de sustancias que causen grave peligro a la salud. Una sustancia peligrosa para la salud es aquella que tanto por su composición como por su uso específico afecte a aquella de modo desfavorable, siendo la cuestión de mayor trascendencia determinar si éste es un concepto general o particular, pues existen sustancias que pueden no ser nocivas para la generalidad de las personas pero sí serlo para un colectivo mayor o menor de personas: el azúcar para los diabéticos. El concepto sólo hace referencia a las sustancias que perjudican la salud en general.

E) TIPO SUBJETIVO

El sujeto activo tiene que conocer que carece de autorización, por lo que si cree, erróneamente, tenerla, procede resolver el problema mediante las normas de error de tipo, e, igualmente, tiene que saber que las sustancias con las que trabaja causan grave peligro para la salud.

F) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

El alcance de las conductas es diferente, ya que la primera de ellas, elaborar, se consuma cuando se prepara la sustancia de que se trate, sin que se requiera que se llegue efectivamente a entregarla a otros, mientras que para la otra modalidad hace falta un acto comercial, que no es lo mismo que una venta acabada, con entrega de la cosa y pago del precio, bastando los tratos previos, las ofertas y demandas y cualquier otro acto que acredite la puesta en el mercado del objeto material.

El delito existe en fase de consumación aunque de la conducta típica no se haya derivado daño ninguno. Es posible la tentativa en los casos en los que se haya iniciado la elaboración y no se haya concluido y también cuando se ha preparado la comercialización del objeto y no se haya conseguido por motivos distintos del desistimiento del sujeto activo.

272

912**TRÁFICO DE PRODUCTOS QUÍMICOS Y SUSTANCIAS NOCIVAS**

El que hallándose autorizado para el tráfico de sustancias nocivas o productos químicos y farmacéuticos o de cualquier otra sustancia análoga, que pusieren en grave peligro la salud pública, los despachare o suministrarle sin cumplir con las formalidades de seguridad previstas en las leyes y reglamentos respectivos, será sancionado con prisión de seis meses a dos años e inhabilitación para el ejercicio de la profesión u oficio por el mismo tiempo.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es el mismo del artículo anterior.

B) SUJETOS

El sujeto activo debe estar en posesión de la autorización para el tráfico del objeto material. Como la concesión de tales autorizaciones se regula en normas administrativas, desde este punto de vista, el delito es una norma penal en blanco. Es indiferente que la tal autorización lo sea para un establecimiento abierto al público, para una red comercial o para otra actividad.

Sujeto pasivo es el del artículo anterior.

C) CONDUCTA TIPICA

El delito se comete cuando se despache o suministre el objeto material sin cumplir con las formalidades legales o reglamentarias de seguridad. Desde este punto de vista el artículo también es una ley penal en blanco, al ser necesario consultar las leyes o reglamentos sobre la materia. Obsérvese que las formalidades que cita el artículo no son todas, sino sólo las de seguridad, de modo que despachar o suministrar incumpliendo cualquier otra clase de formalidades no es delictivo conforme a este artículo.

Despachar o suministrar es lo mismo que entregar a otros, lo que puede realizarse con establecimiento abierto al público o sin él.

D) OBJETO MATERIAL

Aunque la dicción no es completamente idéntica a la del precepto antecedente, se trata de una pura diferencia de redacción, que no altera la identidad de contenido.

913

E) TIPO SUBJETIVO

El dolo del sujeto activo debe abarcar el incumplimiento de las formalidades de seguridad, así como el carácter del objeto material.

F) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Es, como el anterior, un delito de peligro abstracto, bastando la realización de la conducta para la consumación, pues el Código le atribuye de derecho la naturaleza peligrosa para el bien jurídico protegido.

273

DESPACHO O COMERCIO INDEBIDO DE MEDICINAS

El que despachare o comerciare con medicamentos no autorizados, deteriorados o caducados o incumpliere con las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad, conservación, eficacia o sustituyere unos por otros, será sancionado con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión u oficio por el mismo tiempo.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es el ya visto del Capítulo.

B) SUJETOS

914

Sujeto activo de todas las conductas típicas reguladas puede ser cualquier persona, ya que, aunque frecuentemente el sujeto activo será un farmacéutico o alguno de sus dependientes, no hay obstáculo técnico en el artículo para que sea realizado por otras personas, como fabricantes, almacenistas u otros.

Sujeto pasivo es la comunidad.

C) CONDUCTA TIPICA

Se castigan tres conductas distintas:

- a) Despachar o comerciar, conceptos sinónimos entre sí y con el de venta, significando actos de entrega o transmisión a terceros mediante precio, de tal modo que los comportamientos en los que una persona que posee un medicamento se lo da a otra sin mediar precio, no constituyen delito. Este despacho o comercio se refiere a medicamentos no autorizados, significando aquellos que, por no haber recibido la correspondiente sanción administrativa, no son susceptibles de ser suministrados al público, o a medicamentos deteriorados o caducados, lo que hace referencia a todos aquellos que, habiendo sido elaborados correctamente, han perdido las cualidades que les eran propias al ser elaborados, bien por el transcurso

del tiempo, bien por deficiencias en la conservación, siempre que ese deterioro sea apreciable y afecte a sus propiedades específicas.

- b) Incumplir las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad, conservación o eficacia. En este supuesto las tales necesidades técnicas han de haber recibido una sanción administrativa, de tal modo que, aparte de su carácter científico, exista una obligación legal de actuación en relación con la composición, estabilidad, conservación o eficacia. Supone un aumento en la protección de los consumidores.
- c) Sustituir un medicamento por otro. La sustitución de un medicamento por otro que aquí se castiga no es cualquiera, pues en determinados casos el farmacéutico puede cambiar un medicamento por otro, por lo que el ámbito del delito viene constituido por aquellas sustituciones en las que se proporciona un medicamento de distinta calidad y composición al reclamado siempre que tal sustitución comporte un peligro para el bien jurídico protegido, causando un riesgo para la salud.

La elaboración defectuosa de medicamentos no se castiga en este precepto pero sí puede serlo en el artículo siguiente.

915

D) OBJETO MATERIAL

Tradicionalmente uno de los problemas fundamentales de estos preceptos es lograr un concepto de medicamento utilizable penalmente, pues las definiciones científicas no lo son. Así para la Farmacia y la Medicina son medicamentos las sustancias destinadas para su uso medicinal inmediato, siendo indiferente que sean simples o compuestas, que sean vegetales, animales, agentes biológicos o productos sintéticos, que tengan o no el carácter de especialidad farmacéutica, así como que estén destinados a la medicina humana o a la veterinaria, concepto éste que a efectos penales debe ser reducido, excluyendo los productos no destinados a la sanidad humana sino a la veterinaria, y también los productos cosméticos y los alimenticios, ya que los artículos a estudiar solo hacen referencia a los medios terapéuticos referidos a personas. No es compartible el criterio según el cual sólo son medicamentos los productos expedidos en farmacias o departamentos farmacéuticos de centros sanitarios, es decir, las llamadas especialidades farmacéuticas, pues en una farmacia cabe expedir productos no relacionados con la salud humana y fuera de ellas cabe expedir productos que sí lo estén y, por iguales argumentos, hay que rechazar el criterio de que solo son medicamentos los productos que requieren prescripción médica.

E) TIPO SUBJETIVO

Cabe tanto dolo directo como dolo eventual.

F) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Este es un delito de mera actividad y de peligro abstracto, por lo que no es preciso acreditar que la conducta ha puesto en peligro a una o más personas determinadas. Por estas características no parece posible el castigo de la tentativa.

274

ALTERACIÓN DE SUSTANCIAS MEDICINALES

Será sancionado con prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para la profesión u oficio por el mismo tiempo, quien:

916

1) A elaborar o en momento posterior, alterar la cantidad, la dosis o la composición genuina, según lo autorizado o declarado, de una sustancia medicinal, privándola total o parcialmente de su eficacia;

2) Imitare o simulare sustancias medicinales, dándoles apariencia de verdaderas, con ánimo de expenderlas o autorizarlas; y,

3) Tuviere en depósito, ofreciere, vendiere, facilitare o utilizare en cualquier forma las sustancias medicinales referidas, conociendo de su alteración y con el propósito de expenderlas o destinarlas al uso de otras personas.

Sólo se va a comentar lo relativo a la conducta típica y al objeto material, pues los demás elementos son comunes con los artículos anteriores.

A) CONDUCTA TIPICA

1) Se castiga la alteración o cambio de la cantidad, la dosis o la composición de una sustancia medicinal, sea en su elaboración inicial, sea posteriormente, siempre que tal conducta suprima o limite la eficacia terapéutica de dichas sustancia, por lo que si el cambio potencia esa eficacia, no existe delito. El tipo es una ley penal en blanco porque

la alteración tiene que incidir en lo autorizado o declarado, lo que obliga a consultar la normativa administrativa correspondiente.

2) La conducta supone una suerte de falsificación en la que el sujeto activo crea el objeto a la imagen de las verdaderas sustancias medicinales, de tal forma que, externamente, parezca que tiene las propiedades de las que, en verdad, carece. La conducta sólo es punible si la finalidad del sujeto activo es expenderlas o autorizarlas.

Mientras que el ánimo de expendición es, claramente, la finalidad de poner algo al alcance de terceras personas, es más difícil entender la intención del legislador cuando dice “autorizarlas”, pues cabe sostener que se debe entender “utilizarlas”, lo que sería concordante con el ánimo del siguiente apartado, pero también cabe afirmar que se debe entender como “intención de hacerlas autorizar”. Esta última conducta no es peligrosa para la salud pública, pues solicitar autorización administrativa para un producto simulado, sin ánimo de usarlo de no recibir esa autorización, es un comportamiento tan lejano de los consumidores que no se puede aceptar que constituya delito, y esto hace preferible entender que se trata de un supuesto que debe ser interpretado en el primero de los dos sentidos posibles.

3) Se trata de una serie de comportamientos que se pueden unificar bajo el concepto de tráfico, siempre con la misma finalidad dicha de expenderlas o entregarlas a otros, siendo conscientes los sujetos activos de las alteraciones de los objetos.

917

B) OBJETO MATERIAL

Es algo más amplio que en el artículo anterior, pues el concepto de sustancia medicinal es un género del que forma parte el de medicamento.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

La composición genuina es aquella que ha sido autorizada legalmente en caso de medicamentos fabricados industrialmente, autorización que requiere precisamente de la previa declaración de la composición cuantitativa o cualitativa, incluyendo no sólo las sustancias medicinales, sino también todos los excipientes y los disolventes, aunque estos últimos desaparezcan en el proceso de fabricación, o bien que aparezca en la receta, cuando se trate de medicamentos destinados a pacientes individualizados, preparados por el farmacéutico, o bajo su dirección, para cumplimentar expresamente una prescripción facultativa detallada de las sustancias medicinales que incluye.

Así, por ejemplo, es atípica la conducta del ofrecimiento de alimentos cuya nocividad nace de la infracción de requisitos sanitarios generales para los locales de empresas alimentarias, limpieza y desinfección adecuadas, acumulación de suciedad, medios mecánicos o naturales de ventilación, sistemas de desagüe, en definitiva normas tendentes a evitar focos de contaminación provenientes de las instalaciones o las propias personas.

Pese al indeterminado alcance de la expresión “géneros”, la conducta típica viene de hecho limitada a los alimentos, pues son éstos normalmente los objetos susceptibles de corrupción.

275

FABRICACIÓN Y COMERCIO DE ALIMENTOS NOCIVOS

Será sancionado con prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para la profesión u oficio por el mismo tiempo, quien:

1) Ofreciere en el mercado productos alimenticios omitiendo o alterando los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre su caducidad o composición, poniendo en grave peligro la salud de los consumidores;

2) Fabricare o vendiere bebidas o alimentos destinados al consumo público, nocivos para la salud o traficare con géneros corrompidos;

3) Ocultare o sustrajere, sustancias alimenticias o comestibles, destinadas a ser inutilizadas o desinfectadas, para comerciar con ellas;

4) Adulterare los alimentos, sustancias o bebidas destinadas al comercio alimentario con aditivos no autorizados, susceptibles de ocasionar daño a la salud de las personas; y,

919

5) Suministrare a los animales, cuyas carnes o productos se destinen al consumo humano, sustancias no permitidas que generaren graves riesgos para la salud de las personas o les suministrarle dosis superiores a las autorizadas o conociendo el suministro de dichas sustancias, los sacrificar o destinare sus carnes o productos al consumo humano o el que sacrificar estos animales habiéndoselos aplicado tratamientos terapéuticos o despachare sus carnes o productos al consumo público, sin respetar los períodos de espera reglamentarios.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Este precepto da protección penal a los intereses de los consumidores, especialmente desde el punto de vista de la industria alimentaria y en tanto que las irregularidades puedan afectar a la salud de aquellos. Aquí sólo se tutelan los intereses relacionados con la salud de los consumidores y las infracciones que afecten por ejemplo a su patrimonio se castigarán dentro de los tipos patrimoniales correspondientes.

El objeto del castigo es lo que ha venido a ser llamado el fraude alimentario, aquí solo contemplado en cuanto puede dañar la salud de los consumidores.

El bien jurídico protegido es la salud pública en los términos que ya han sido considerados, que deberá ser puesta en peligro, pues estamos ante delitos de riesgo, a través de alguna de las conductas típicas descritas en el artículo, realizadas sobre alimentos o sobre alguna de las cosas mencionadas en el mismo artículo. En general estos delitos son de peligro concreto, por lo que para que se considere cumplido el tipo será necesario que se acredite la efectiva producción de ese riesgo para personas concretas.

B) SUJETOS

La amplitud y diversidad de comportamientos castigados hacen que, con carácter general, el delito pueda ser cometido por cualquiera, siendo delito común.

El sujeto pasivo es la comunidad.

920

C) CONDUCTA TIPICA

1) Ofrecimiento en el mercado de productos, poniendo en grave peligro la salud de los consumidores.

Como ya se ha dicho, el artículo no exige ninguna característica especial en el sujeto activo, pero, como la conducta típica exige un ofrecimiento en mercado, se ha discutido si ese ofrecimiento lo han de efectuar las personas que habitualmente realizan esas operaciones, debiendo contestarse negativamente, pues una sola operación puede suponer riesgo para el bien jurídico protegido.

El objeto material sobre el que recae la acción típica son los productos alimenticios, concepto que es sinónimo de alimentos: productos destinados a la nutrición o alimentación de los seres humanos.

La conducta típica es descrita por la ley como ofrecer en el mercado los objetos típicos con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes sobre caducidad o composición, siempre que esta conducta pusiere en grave peligro la salud de los consumidores. Es por tanto una ley penal incompleta o en blanco pues exige que su supuesto de hecho sea completado con lo dispuesto en normas extrapenales, aquí las regulaciones administrativas sobre caducidad o composición de productos alimenticios,

que como acabamos de ver, tendrán que haber sido infringidas para que se cometa el delito.

El ofrecimiento en el mercado del producto debe entenderse como comprensivo de todas las conductas en las que se realice la transmisión del producto, por tanto incluye el concepto de venta pero es más amplio. Ese ofrecimiento debe realizarse en el mercado, entendido ese concepto no como el lugar físico donde se compran alimentos sino la actividad de intercambio de productos, y no se comete este delito cuando el fin de los productos alimenticios es el autoconsumo. El ofrecimiento no requiere que se realice directamente al consumidor con tal de que él sea el destinatario final, aunque con diversos pasos intermedios.

El ofrecimiento debe recaer en un producto en el que se hayan omitido o alterado los requisitos exigidos por normas jurídicas a las que ya se ha hecho referencia y que versen sobre caducidad o composición. El delito consiste así en dejar de cumplir los requisitos sobre estas materias impuestos por las normas o en cambiar los requisitos establecidos. En todo caso no se comprende porqué se protegen solo los requisitos referentes a la caducidad y la composición cuando no hay problema en imaginar otros cuyo incumplimiento pueda ser igualmente lesivo para el bien jurídico.

921

2) La fabricación o venta de bebidas o alimentos destinados al consumo público, nocivos para la salud o el tráfico de géneros corrompidos. Es punible tanto la fabricación inicial como la alteración posterior de las bebidas o alimentos, siempre que el objeto material se destine al consumo público, y, por tanto, a su puesta a disposición de personas, en principio, indeterminadas. Las conductas hacen referencia no solo a alimentos, sino también a bebidas, siempre que sean nocivos para la salud. El punto central del artículo es el concepto de nocividad, factor relativo que es preciso ajustar al caso concreto pues no es el riesgo general que el alcohol o el tabaco tengan sino el riesgo potencial de ciertos productos a ciertas dosis o cantidades. Los géneros corrompidos son aquellos que, por cualquier factor, han sido alterados en su esencia o composición, pasando a ser nocivos para la salud.

3) El comportamiento tiene que ser puesto en contacto con el bien jurídico protegido para darle su adecuada dimensión: los alimentos o comestibles a los que hace referencia tienen que estar destinadas a ser inutilizados, en el sentido de físicamente destruidos, o desinfectadas, como librados de los factores que los hacen peligrosos, por motivos pertinentes a la salud pública. Se castiga toda ocultación o sustracción por cualquier medio, siempre que la finalidad del sujeto activo sea proceder al comercio, en el sentido de ponerlas en el mercado, aunque no es preciso que realice ningún comportamiento en este sentido para la consumación del delito. Ocultar es poner en sitio secreto, fuera

del alcance de las autoridades sanitarias, sustraer es tanto, siendo ajenos, apoderarse de ellos, como, siendo propios, apartarlos del alcance de las autoridades sanitarias.

4) Adulterar es añadir o mezclar, comportamiento que debe ser realizado con aditivos no autorizados, y esta acción debe ser llevada a cabo sobre productos para uso alimentario y, además, que puedan ocasionar daño a la salud, de tal modo que si el aditivo no puede causar tal riesgo, por mucho que carezca de autorización, no se incurre en el delito. La adulteración debe ser de cosas destinadas al comercio alimentario, abarcando los propios alimentos o bebidas, pero, también otros productos, como condimentos, especias, edulcorantes, potenciadores de sabor, gasificantes, conservantes y, en general, todo lo susceptible de consumo alimenticio.

5) Todos los comportamientos de este apartado se unifican por hacer referencia a animales que, directamente, en su carne, o indirectamente, mediante la transformación de ésta o de otras de sus partes, den lugar a productos destinados al consumo humano. Se castiga todo el abanico de conductas, desde alimentar a los animales hasta el punto final del despacho de sus productos, pasando por los lugares intermedios de sacrificio. El suministro puede ser directo o indirecto y tanto de productos no autorizados como de productos autorizados, infringiendo los límites en la dosificación. En segundo lugar se castiga el sacrificio de estos animales, así como el destino de sus carnes o productos al consumo humano, sabiendo la administración de sustancias no permitidas o en dosis superiores a las autorizadas. En tercer lugar se castiga sacrificar animales que hubieran recibido tratamientos terapéuticos o despachar sus carnes o productos al consumo humano sin respetar los períodos de espera reglamentariamente establecidos.

922

D) TIPO SUBJETIVO

La extrema disparidad de las conductas hace que, en cada caso, el dolo del sujeto activo deba tener diferentes características, por los muy diversos elementos que debe abarcar.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La primera de las cinco modalidades es un delito de resultado, siendo éste que efectivamente se haya alcanzado una situación de grave peligro para alguien, ya que se trata de un delito de peligro concreto. Es por tanto necesario acreditar que se ha realizado la conducta típica y que ésta, a través de una relación de causalidad en los términos de la imputación objetiva, ha llevado a que se haya puesto en peligro la salud de los consumidores. Esta puesta en peligro ha de ser efectiva, no se puede presumir y debe ser objeto de prueba, debiendo valorar los tribunales su gravedad.

Las demás modalidades aparecen como delitos de peligro abstracto.

F) CONCURSOS

Son posibles supuestos de concurso de delitos, que se darán como concurso ideal con el de lesiones cuando no sólo se haya puesto en peligro sino que también se haya menoscabado efectivamente la salud de los consumidores y con el de estafa cuando esas alteraciones hayan llevado a un inferior valor del producto.

276

ENVENENAMIENTO, CONTAMINACIÓN O ADULTERACIÓN DE AGUAS Y SUSTANCIAS ALIMENTICIAS

El que envenenare, contaminare o adulterare aguas o productos alimenticios, destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas, será sancionado con prisión de tres a seis años.

923

Se castiga envenenar, contaminar o adulterar. El primero de estos conceptos significa añadir sustancias que actúen de forma química, mecánica o de otro modo, en dosis bastantes para causar un perjuicio, aunque sea potencial, mientras que los otros dos términos se han considerado en el delito ecológico y en estos propios artículos, respectivamente.

Esta acción debe recaer en aguas o productos alimenticios destinados al uso público o al consumo de una colectividad. No se requiere que las aguas sean potables, bastando que tengan uso público o estén destinadas al consumo de la colectividad, por lo que es punible la conducta respecto de aguas a las que se les de este uso común, aunque no se destinen a la bebida. Los productos alimenticios ya han sido considerados anteriormente y son todos los que, en sentido amplio, sirvan para la nutrición de las personas. En uno y otro caso el destino de tales objetos tiene que ser cualquier aplicación de los mismos, en cuanto a su uso o consumo normal de acuerdo con su naturaleza, por toda la comunidad o por parte de ella.

No se exige expresamente que la conducta típica suponga un riesgo para las personas, pero tal riesgo se encuentra implícito en las conductas de envenenar, contaminar o

adulterar, por lo que, para que el comportamiento sea punible, es precisa la existencia de ese riesgo.

277

DELITOS CULPOSOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

El que culposamente realizare alguno de los delitos a que se refiere este Capítulo, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

El precepto no requiere explicación ninguna, por cuanto sólo se modifica el carácter de la acción, que en este caso debe ser culposa, siendo aplicable el resto de los comentarios realizados.

CAPÍTULO II

DE LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD E HIGIENE EN LOS CENTROS DE TRABAJO, SALUD Y ESTUDIO

278

INFRACCIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD E HIGIENE

El que estando obligado, no adoptare los medios necesarios para que los trabajadores desempeñaren su actividad con las medidas de seguridad e higiene exigibles, con infracción de las normas sobre prevención de riesgos laborales, poniendo en grave peligro su salud e integridad física, será sancionado con multa de cincuenta a cien días multa.

En igual sanción incurrirá quien no observare las medidas de seguridad, higiene y prevención de riesgos, en centros dedicados a la salud o a la educación pública o privada.

925

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Básicamente, se trata de la salud e integridad física de los trabajadores en el desempeño de su trabajo, expresión que tiene que ser interpretada en el sentido de que abarca, igualmente, la vida de los mismos, pues, quien protege lo menos protege también lo más. El cumplimiento de las normas de seguridad e higiene en el trabajo por parte de los obligados a ello no es un fin en si mismo, sino un medio para lograr la protección de la vida y de la salud de los trabajadores. La actividad laboral implica, en muchos casos, la asunción de riesgos por parte de los trabajadores y el ordenamiento intenta mantener los mismos dentro de los límites de lo socialmente permisible.

La parte final del precepto tiene la finalidad de extender la protección a supuestos no laborales, pero en los que, por afinidad, pueda haber situaciones de riesgo para los mismos bienes jurídicos protegidos.

B) SUJETOS

Sujeto activo es quien, de acuerdo con las normas legales aplicables, esté obligado a adoptar los medios necesarios para que los trabajadores cumplan las medidas de seguridad e higiene en el trabajo. En primer lugar incumbe a los patronos, de conformidad con el artículo 314 del Código de Trabajo, pero, en definitiva, este círculo se ampliará a todos los mandos, superiores, intermedios o subalternos, así como a los que ostenten poder de dirección, técnica o de ejecución sobre el trabajador.

En la parte final del precepto los sujetos activos serán las personas obligadas a cumplir las medidas de seguridad, higiene y prevención de riesgos en centros sanitarios o educativos.

Sujetos pasivos son los propios trabajadores.

C) CONDUCTA TIPICA**926**

La estructura del delito es puramente omisiva, castigándose la no adopción por el sujeto activo de los medios precisos para que los trabajadores trabajen cumpliendo las normas de seguridad e higiene exigibles, con infracción de las normas sobre prevención de riesgos laborales.

La no adopción puede significar tanto no facilitar los medios necesarios (por ejemplo, no entregar a trabajadores que deban desempeñarse en altura cinturones o arneses), como no procurar las condiciones de trabajo necesarias (no poner redes o barandillas donde sea preciso), como no ordenar y ejecutar lo preciso para que los trabajadores cumplan con su utilización.

Esta omisión debe ser contraria a las normas sobre prevención de riesgos laborales, lo que, otra vez lleva a una ley penal en blanco, pues sólo tales infracciones, con el añadido de los demás elementos típicos, serán punibles, siendo fundamental la consulta del Reglamento General sobre Seguridad e Higiene en los Centros de Trabajo, así como las diferentes normas sectoriales aplicables.

La parte final del precepto tiene la misma estructura, en relación, no con centros laborales, sino con centros y establecimientos sanitarios o educativos, y respecto de las medidas de seguridad, higiene y prevención de riesgos, pero, con estas salvedades, son aplicables el resto de los comentarios realizados.

D) TIPO SUBJETIVO

El dolo del sujeto activo implica el conocimiento de las normas de prevención de riesgos laborales y la voluntad de su incumplimiento.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación requiere la creación de un grave peligro para la salud e integridad física de los trabajadores, por lo que nos encontramos ante un delito de peligro concreto, causalmente producido por la omisión del sujeto activo. Si el comportamiento del sujeto activo no crea este riesgo, la conducta será constitutiva de una infracción administrativa, sin que sea posible el castigo de la tentativa, dada la redacción legal.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Parece omisivo (de simple omisión), pero en realidad es un caso de conminación específica de un delito de omisión impropia o comisión por omisión (Art. 20 del Código Penal), ya que el delito se comete cuando se produce el resultado que el patrono estaba obligado a evitar, esto es, hacer que los trabajadores desempeñen su actividad en condiciones de grave peligro para su salud e integridad física, debido a su omisión de no adoptar los medios necesarios estando obligado a hacerlo por las medidas de seguridad e higiene pertinentes (posición de garante).

TÍTULO XIII

DELITOS RELATIVOS A LA FE PÚBLICA

CAPÍTULO I

DE LA FALSIFICACIÓN DE MONEDA, SELLOS OFICIALES Y ESPECIES FISCALES (5)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Bien Jurídico.

El conjunto de delitos que nuestra ley agrupa bajo la designación de delitos contra la fe pública ha dado lugar como pocos a un debate doctrinario que aún no ha concluido.

La dificultad se debe a lo que ha representado el concepto de falsedad. Dado que este concepto se presenta en variadas formas delictivas. Así hay ofensas contra la propiedad, contra la administración pública o contra el Estado.

Se atribuye a Filangieri haber adoptado por primera vez esta idea directriz de la fe pública; pero en este autor la expresión está tomada más bien en el sentido de confianza y buena fe, de manera que no aparece bien delimitada la categoría de los delitos contra la fe pública propiamente dichos y los que ofenden la propiedad mediante un fraude cualquiera.

Esa distinción (estafa por una parte y falsedad por la otra) es objeto de empeñosos esfuerzos doctrinarios, entre los cuales se deben destacar dos criterios: Por una parte se intenta aislar como derecho autónomo, ofendido por la falsedad, el derecho a la verdad. Por otra parte, se entra al análisis de los objetos protegidos con esa clase de infracciones, de manera que las falsedades no quedan definidas solamente por las ofensas a la fe pública en general, sino en la medida en que la alteración es ejecutada sobre cosas u objetos cuya seguridad, importante para toda la sociedad, está garantizada con formas y reglas destinadas a satisfacer la confianza pública.

Así Carrara distingue la fe pública en cuanto media un acto de autoridad. Para ello el derecho no sólo establece una clase de funcionarios encargados de autenticar, sino una serie de medios de autenticidad: sellos, timbres, marcas, cuños. De este modo, afirma este autor, por la fe pública nace en los ciudadanos una fe que no deriva ni de

los sentidos ni del juicio ni de las meras atestaciones de un particular, sino de una prescripción de la autoridad que la impone.

La fe pública no está constituida entonces por cualquier forma de confianza de un particular en otro particular, sino que, para decirlo con las palabras de Pessina, es la fe sancionada por el Estado, la fuerza probatoria atribuida por él a algunos objetos o signos o formas exteriores. (Creus, 1986: 4-8).

279

FALSIFICACIÓN, TENENCIA O ALTERACIÓN DE MONEDA (15)

El que falsificare o alterare moneda, nacional o extranjera de curso legal, será sancionado con prisión de tres a diez años.

En la misma sanción incurrirá quien, a sabiendas de su falsedad y sin haber participado en ella, introdujere al país, expendiere o pusiere en circulación moneda falsificada o la tuviere en una cuantía o cantidad de billetes considerables, y en condiciones que permitan inferir su ánimo o se establecieren indicios de su intención de ponerla en circulación. (15)

929

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es el tráfico monetario internacional, que depende del valor de la moneda como medio de pago en las transmisiones de bienes y servicios. Sólo cuando en la sociedad hay una sólida creencia en que la moneda será aceptada como medio liberatorio de pago puede funcionar el intercambio de bienes y servicios. Dada la internacionalización de las economías y su interconexión tal tráfico ya no es simplemente nacional, sino internacional. La proliferación de otros instrumentos en este tráfico obliga a extender la protección a los mismos, como hace la ley.

B) SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquiera.

El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido y, por tanto, es la comunidad, al ser la interesada en el correcto funcionamiento de la moneda como instrumento de pago.

C) CONDUCTA TIPICA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Convenio de Ginebra de 20-4-29 se sanciona la fabricación, alteración, introducción y expedición, a la que se añade la puesta en circulación.

930

Se castiga, en primer lugar, falsificar moneda, lo que es igual a hacerla, fabricarla por quien no tiene concedidas tales facultades, de tal modo que lo hecho parezca la moneda expedida por las autoridades competentes. Alterar moneda significa partir de moneda legítima preexistente e introducir en la misma algún cambio que altere su valor liberatorio. Es fundamental, en todo caso, que el producto de la falsificación pueda parecer legítimo a una persona normal, pues, en otro caso, no se afectaría al bien jurídico protegido. Se castiga también a quienes, sin haber tomado parte en la falsificación, a lo que se debe entender equiparado el haber tomado parte en la alteración, introducen en el país, expiden o ponen en circulación la moneda falsa o alterada. El concepto de introducción en el país significa traer al territorio salvadoreño desde el extranjero, moneda falsa, sea salvadoreña o de otra nacionalidad. Expedir o poner en circulación son términos sinónimos y significan introducir en el tráfico la moneda falsa. Si una persona que ha fabricado o alterado moneda, posteriormente la introduce en el país o la expide, no incurre en nuevos delitos, por tratarse de actos posteriores impunes.

D) OBJETO MATERIAL

Es la moneda de curso legal, nacional o extranjera, equiparación establecida en el artículo 5 del Convenio de Ginebra.

El concepto legal de moneda se encuentra en el primer apartado del artículo 282, abarcando a la moneda metálica y a los billetes de banco de curso legal, nacionales o extranjeros. Son todos los signos de valor, confeccionados en cualquier metal o en papel, aunque en el futuro se podrían crear billetes sobre otro soporte, como el plástico, a los que el Estado les confiere el poder de servir como medios de pago, que es lo que significa la expresión “curso legal”. Es indiferente que sean nacionales o extranjeros, pues, como se ha comentado, la internacionalización de las economías hace que la falsificación de unos u otros tenga trascendencia sobre el bien jurídico protegido.

En los tres apartados siguientes el artículo 282 equipara a la moneda diversos títulos valores de titularidad pública. En puridad se trata de documentos y, de no existir este artículo, su falsificación debería ser castigada en los artículos 283 y siguientes.

E) TIPO SUBJETIVO

Aunque se ha sostenido que es preciso el elemento subjetivo consistente en la finalidad de introducir la moneda falsa en el tráfico jurídico, el tipo no contiene ninguna exigencia en este sentido, por lo que, aunque normalmente el falsificador operará con esa intención, no es imprescindible ningún elemento subjetivo distinto del dolo, que, en el inciso primero será normalmente directo, al ser una conducta conscientemente dirigida a imitar algo existente, mientras que, en el inciso segundo, tiene necesariamente que ser directo, al exigirse que las conductas típicas sean realizadas a sabiendas de la falsedad de la moneda.

Por no concurrir dolo no será típica la conducta de quien realiza perfectas imitaciones de moneda sólo para comprobar su habilidad o por vanidad, sin intención de servirse de tales objetos.

F) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

931

La consumación se produce en diferentes momentos, según la conducta típica realizada.

En los supuestos de falsificación o de alteración, el hecho queda consumado en el momento en el que queda terminado el proceso de fabricación o cambio, quedando la moneda falsa o alterada lista para darle la utilidad buscada por el sujeto activo, y habrá tentativa cuando se ha iniciado esa fabricación o alteración y no se ha concluido, y también en los casos en los que lo fabricado o alterado no tiene la suficiente calidad como para pasar como moneda legítima.

En el caso de introducción en el país la consumación supone la entrada física de la moneda en el territorio nacional y la tentativa castiga todos los casos en los que esta se ha iniciado sin finalizarse, por ser descubierta la conducta en registros fiscales o por otro motivo.

En el supuesto de expedición o puesta en circulación, la consumación requiere que la moneda falsa salga del poder del sujeto activo y que sea introducida en el tráfico jurídico, o lo que es lo mismo, que sea entregada a otra persona diferente para que sirva como medio de pago. Si el receptor del objeto material lo rechaza, por percatarse de la falsedad o si tal objeto no llega a su poder, por ejemplo, al perderse un envío, existe tentativa.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Por lo tanto no son típicas, respecto de este delito, las conductas de creación de monedas imaginarias o de monedas antiguas o el cercenamiento de monedas.

Mediante Decreto Legislativo número 486, del 18 de julio de 2001, se reformó este delito, incluyéndose como otra modalidad de la conducta típica la tenencia de moneda falsa en una cuantía o cantidad que revele el ánimo de ponerla en circulación.

En el caso de la introducción de moneda falsa, no es necesario que el introductor se haya puesto de acuerdo con el falsificador para que se realice el delito, puesto que el tipo no lo exige, y cabe imaginar casos donde se produzca la conducta típica sin que exista tal acuerdo, como ocurriría en el supuesto en que alguien supiera que determinadas monedas falsas se encuentran escondidas en algún lugar específico y las cogiera.

Debido a la reforma que sufrió este delito en el año 2001, mediante la cual se incluyó como conducta típica la tenencia de moneda falsa, ha quedado clara la exigencia como elemento subjetivo el ánimo de poner en circulación la moneda falsa.

280

FALSIFICACIÓN, TENENCIA DE SELLOS OFICIALES, ESPECIES FISCALES O BILLETES DE LOTERÍA (15)

El que falsificare sellos oficiales, estampillas de correo nacional o cualquiera otra clase de efectos sellados o timbrados o billetes o fracciones de billetes de lotería cuya emisión o expedición estuviere reservada al Estado o a los Municipios, será sancionado con prisión de dos a seis años.

La misma sanción se impondrá a quien introdujere al territorio nacional, tuviere a sabiendas de su falsedad, expendiere o usare tales efectos falsificados; así como al particular que tuviere o hiciere uso de sellos oficiales auténticos que solo los funcionarios públicos pueden usar, y al funcionario que los usare indebidamente para acreditar como legítimos actos inexistentes o documentos falsos. (15)

Los sellos que usan los notarios se consideran Sellos Oficiales para los efectos penales. (5)

933

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es el tráfico jurídico que se realiza a través de los efectos que constituyen el objeto material de este delito. La ley busca proteger el valor de los Sellos Oficiales, como medio usado por las instancias oficiales para garantizar la procedencia de los documentos que expiden o para acreditar el cumplimiento de obligaciones o la realización de actos, de las Estampillas de Correo Nacional, como medio de acreditar el pago del franqueo de los servicios públicos de correos, así como de los efectos sellados o timbrados, que acreditan el cumplimiento de ciertas obligaciones de derecho público y de los efectos de lotería pública, aunque, en este último caso, el interés preponderante es el recaudatorio del Estado o de los municipios.

B) SUJETOS

Sujeto activo en principio puede ser cualquier persona, excepto en la última modalidad de uso, en la que, necesariamente, el sujeto activo tiene que ser un funcionario actuando como tal.

Sujeto pasivo es, en cada caso, el titular del interés afectado, que puede ser muy diverso, implicando a diferentes oficinas públicas, a municipios o al propio Estado.

C) CONDUCTA TIPICA

En paralelo al artículo anterior se castiga, en el inciso primero, falsificar, y, en el segundo inciso, introducir en el territorio nacional, expedir o usar.

Falsificar equivale aquí a fabricar y también a alterar, como, por ejemplo, cambiar el valor de un efecto timbrado, haciéndolo aparecer como de mayor valor, debiendo entenderse que dentro del concepto de alteración se incluyen los comportamientos en los que se hace desaparecer del objeto una indicación de que ya ha servido a su finalidad, y, por tanto, no se pueden volver a usar (por ejemplo, en las estampillas de correos, cuando ya han servido para el franqueo de un envío).

Introducir en el territorio nacional es lo mismo que en el artículo anterior introducir en el país y como también lo es el término expender. Uno y otro comportamiento puede recaer sobre la totalidad de los objetos materiales mencionados en el inciso anterior.

Tan solo es novedoso el comportamiento de usar, que puede revestir diferentes modalidades:

a) Usar efectos falsificados. Este uso, para ser típico, debe producirse en el tráfico jurídico y de conformidad con el fin propio del efecto correspondiente y, como las conductas de introducir o expender, puede afectar tanto a Sellos Oficiales, Estampillas de Correo Nacional, efectos sellados o timbrados, billetes o fracciones de billetes de lotería, todos ellos falsificados.

b) Usar un particular Sellos Oficiales auténticos que solo puedan ser usados por funcionarios públicos. Esta conducta sólo puede recaer sobre Sellos Oficiales auténticos, consistiendo la falsedad en el hecho de que los usa un particular y no el funcionario correspondiente. La infracción no puede ser formal, de tal modo que, además, será preciso que el particular dé al Sello Oficial un uso diverso del correcto, de tal modo que si el particular usa correctamente el Sello, no existe este delito.

c) Usar indebidamente un funcionario Sellos Oficiales para acreditar como legítimos actos inexistentes o documentos falsos. Este es el único supuesto en el que se requiere una cualidad personal al sujeto activo del delito. También en este caso, como en el anterior, el Sello Oficial usado es el auténtico, pero la falsedad consiste en que con ellos se acredita algo contrario a la realidad o consistente en una falsedad documental.

Aunque no se exija expresamente en este precepto, la introducción, expedición o uso sólo son castigados como conductas autónomas cuando son realizadas por personas distintas de los falsificadores, pues si es realizada por éstos, es un acto posterior copenado.

Los comportamientos castigados en este artículo y, en especial, la falsificación, recae sobre el documento en sí y no consiste en la falsificación de una declaración que pueda estar incorporada al documento, cuando la finalidad de éste le permita recibir tal declaración. Si se producen ambas falsedades, sólo se castiga la del artículo 280, que absorbe la de los artículos 283 y siguientes, pero si sólo se falsea la declaración incorporada al título, el hecho debe ser sancionado por los tipos contenidos en estos últimos preceptos.

D) OBJETO MATERIAL

Son los Sellos Oficiales, las Estampillas de Correo Nacional, los efectos sellados o timbrados o los billetes de lotería o sus fracciones, emitidos o expedidos por el Estado o los municipios.

Dentro de la falsificación de Sellos Oficiales se castiga tanto la preparación del objeto de debe dejar su huella sobre un objeto o documento como la imitación de la huella que deja sobre ellos un sello legítimo. Son Oficiales aquellos Sellos utilizados en las oficinas y dependencias públicas con diversas finalidades, como acreditación de presentación, constancia de fecha o prueba de procedencia, entre otras muchas.

Entre los efectos timbrados se citan expresamente las Estampillas de Correo Nacional, que son aquellos efectos que sirven para pagar la transmisión de correspondencia y efectos que realizan los servicios públicos de correos.

Los efectos timbrados o sellados son aquellos en los que el Estado hace constar su sello y que expide, directa o indirectamente, con la finalidad de acreditar el cumplimiento de obligaciones.

Los billetes de lotería y sus fracciones, emitidos por el Estado o los municipios son los documentos que sirven para la realización de tales sorteos, siendo una importante fuente de ingresos para los organismos públicos.

La parte final del artículo equipara los sellos de los notarios a los Sellos Oficiales, sólo a efectos penales. El motivo de tal equiparación es la trascendencia de la actividad notarial en relación con la prueba de las relaciones jurídicas entre los particulares.

E) TIPO SUBJETIVO

No existe otro elemento más que el dolo, que, normalmente, será dolo directo, aunque, a diferencia del artículo anterior, no hay ninguna exigencia expresa de lo sea.

F) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Se produce en los mismos términos que en el artículo precedente.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Se trata pues de acciones tendentes a suplantar un signo preconstituido de autenticidad.

La emisión de billetes de lotería está regulado en la Ley Orgánica de la Lotería Nacional de Beneficencia, que en su Art. 3 estipula que el negocio de lotería es actividad exclusiva de la Lotería Nacional de Beneficencia. En consecuencia, queda prohibido su ejercicio a cualquiera persona natural o jurídica, de Derecho Público o de Derecho Privado. Entendiéndose por negocio de lotería, la actividad por medio de la cual se emiten para ponerlos a la venta al público, billetes numerados que dan derecho a participar en sorteos en los que se conceden premios en dinero.

La referencia a boletos de rifa autorizada, se refiere a los sorteos, rifas o loterías (cuyos premios no sean en dinero) que autoriza el Ministerio de Gobernación, como señala el Art. 3 de la Ley Orgánica de la Lotería Nacional de Beneficencia.

281**VENTA O CIRCULACIÓN DE MONEDA, ESTAMPILLA O ESPECIES FISCALES FALSIFICADAS**

El que habiendo recibido de buena fe, enterándose con posterioridad de su falsedad, expendiere o pusiere en circulación moneda falsa o alterada o estampillas o billetes de lotería o especies fiscales cuya expedición estuviere reservada al Estado o a los municipios, será sancionado con multa de treinta a sesenta días multa.

La única diferencia con los artículos precedentes se encuentra en la conducta típica, pues los extremos relativos al bien jurídico protegido, objeto material, sujetos, tipo subjetivo y fases de ejecución, es reproducible de conformidad con lo ya expuesto.

Nos encontramos ante un tipo privilegiado frente a los dos anteriores, privilegio que se explica porque el sujeto activo ha recibido el objeto material creyéndolo legítimo y, lógicamente, sufriendo un perjuicio, que intenta aminorar entregándolo a otras personas, a las que, a su vez, traslada el perjuicio.

La conducta típica se reduce a la expendición o puesta en circulación, que ya ha sido estudiada, por lo que la introducción en el territorio nacional o el uso son impunes por este tipo.

282

VALORES EQUIPARADOS A MONEDA

Para los efectos de la ley penal, se considerará moneda:

937

1) La moneda metálica y los billetes de banco de curso legal, nacionales o extranjeros;

2) Los títulos o cupones de la deuda nacional o municipal;

3) Los bonos, letras o cédulas de los tesoros nacional o municipal o de las instituciones autónomas de interés público; y,

4) Los títulos, cédulas o acciones al portador emitidos por el gobierno, que fueren negociables y los bonos y letras emitidos por un gobierno extranjero.

El comentario del precepto ha sido realizado al considerar el objeto material del delito del artículo 280.

CAPÍTULO II

DE LA FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS

El bien jurídico fe pública es atacado o puesto en peligro en este grupo de delitos cuando la objetividad introducida por la conducta del agente en el instrumento, es apta para suscitar en cualquiera la confianza que él merece por reunir las formas prescriptas por la ley para que se lo acepte como representativo del acto que expresa y, por tanto, como acreditación de él.

Para que el ataque se produzca, no bastará, por tanto, ni la mera objetividad deformante, ni la mera confianza infundada en la autenticidad y veracidad del instrumento; ambas deben estar presentes: la uno como origen de la otra. Aunque sea suficiente para un concreto hecho típico, la tipicidad falsaria no se conformará con la confianza infundada de un sujeto determinado; se requerirá la posibilidad de que esa confianza infundada (o errónea) originada en la deformación objetiva del instrumento, sea extensible a cualquier sujeto que pueda encontrarse en la misma situación que el sujeto en quien se ha producido esa confianza.

938

283

FALSEDAD MATERIAL

El que hiciere un documento público o auténtico, total o parcialmente falso o alterare uno verdadero, será sancionado con prisión de tres a seis años.

Si la conducta descrita en el inciso anterior se realizare en documento privado, se impondrá la misma pena si el agente actuare con ánimo de causar perjuicio a un tercero.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

En el mundo actual los documentos son instrumentos imprescindibles para la mera existencia del tráfico jurídico y para su adecuado funcionamiento, ya que, al incorporar a un objeto tangible una declaración, cumplen una triple función vital para el tráfico jurídico: en primer lugar cumplen una función de perpetuación, al permitir que la

declaración contenida en ellos trascienda al tiempo en el que se realizó, en segundo lugar, por esta perpetuación, cumplen una función probatoria, pues, a través de la declaración que incorporan, sirven para probar hechos y, por fin y en tercer lugar, al incorporar una declaración que debe proceder de una persona, que es su autor, permiten atribuir a éste el contenido intelectual en que consiste tal declaración e imputar los correspondientes efectos, con lo que cumplen una función de garantía.

Por tanto, según el punto en el que se ponga el acento, el bien jurídico protegido en éste y en los demás delitos de falsificación documental, se puede definir de muchos modos y así se ha dicho que es el valor de los documentos como medios de prueba, la seguridad en el tráfico jurídico o el propio tráfico jurídico.

B) SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquiera, salvo, por referencia al artículo 285, el Notario o funcionario público que ejecuten el hecho en razón de sus funciones.

Sujeto pasivo es la comunidad, pues a toda ella interesa el ordenado desarrollo de las relaciones jurídicas.

939

C) CONDUCTA TIPICA

El artículo 283 castiga dos modalidades de falsedad material. Decimos que un documento es auténtico cuando su contenido intelectual, sea éste el que sea y con independencia de que sea verdadero o falso, ha sido creado y, por tanto, corresponde, a la persona que, según el documento, aparece como su autor. La falsedad material se comete cuando se hace aparecer como autor de todo o parte del contenido de un documento a una persona que, en realidad, no ha emitido esa declaración.

La primera modalidad consiste en hacer un documento total o parcialmente falso. Se comete cuando, sin partir de un previo documento que se altera, lo que daría lugar a la aplicación de la siguiente modalidad, se hace nacer un documento, presentándolo, en todo o en parte, como procedente de una persona que no lo ha realizado. Es indiferente que sea o no verdadero.

La persona a la que se atribuye falsamente el documento, a través de la firma o por cualquier otro método, como puede ser la imitación de su letra, no tiene necesariamente que existir en realidad, por lo que puede ser una persona ficticia o real.

Los principales problemas se plantean con las firmas, que son el método más usual de atribuir los documentos más frecuentes, que son escritos, a sus autores. No hay duda de la tipicidad de los comportamientos en los que alguien, que no ha participado en el acto documentado, pone su firma, para atribuirse el documento, así como es típico el comportamiento de quien imita la firma de otra persona para atribuirle un documento que no ha creado e, igualmente, es típico el abuso de firma en blanco, porque quien teniendo en su poder una firma con un espacio en blanco y lo rellena sin seguir instrucciones de quien puso tal firma, realiza la conducta típica, pues se hace aparecer una declaración procedente de quien no la ha formulado. Se discute más el caso de quien imita la firma de otro con su permiso, pero este supuesto, en la mayor parte de los casos no parece infringir el bien jurídico protegido.

Si una persona hace un documento y, a la hora de firmarlo, usa una firma distinta de la suya habitual, para, luego, negar que el documento sea suyo, su comportamiento será típico si tenía obligación de firmar con su firma usual, como puede pasar en un banco, que puede tener previamente archivada la firma de un cliente, o en el caso de funcionarios, cuando haya un registro en el que se haya acreditado su firma.

940 La segunda modalidad castiga a quien alterare un documento verdadero. Es necesario que, antes de la comisión del delito, exista un documento verdadero, que es alterado por el sujeto activo. Por documento verdadero entendemos aquel que refleja adecuadamente la realidad, aquel que constata algo que ha tenido lugar en verdad. Si el documento previamente existente no es verdadero, en el sentido dicho, por mucho que sea alterado, no se comete esta modalidad delictiva. Implícitamente se requiere que tal documento, además de verdadero y antes de la alteración, sea auténtico, en el sentido de que su contenido, que, se repite, ha de ser verdadero, procede de quien aparece como su autor, pues la ley no puede dar protección a un documento inauténtico.

La alteración castigada supone que en el documento se modifica la declaración que contiene, de tal modo que se crea la apariencia de que quien figura como autor del documento ha realizado esa declaración en la forma que tiene tras la falsificación.

La modificación puede ser llevada a cabo por cualquier medio y, por tanto, adición, sustitución, supresión o destrucción parcial, siempre que afecten a la declaración documentada, pero no al documento, pues el artículo 286 castiga la supresión, destrucción u ocultación del propio documento.

En documentos complejos, que son aquellos conjuntos de documentos individuales que tienen un propio significado y fin probatorio, como los expedientes judiciales, la conducta realizada respecto de uno de los documentos que lo componen da lugar a la

conducta típica, así como en los documentos compuestos, en los que la declaración se refiere a un objeto al que está físicamente unido con una finalidad probatoria, como la foto en el pasaporte, se produce con el cambio de alguno de los objetos unidos a la declaración.

Se ha discutido si se comete la conducta típica cuando una persona, que ha hecho un documento verdadero, luego lo altera. Parece que se puede admitir la existencia de conducta típica cuando el autor del documento ha perdido el poder de disposición sobre él, ya que en tal caso se crea una apariencia incorrecta, el documento no probaba desde el principio lo que prueba tras la conducta.

D) OBJETO MATERIAL

Es, genéricamente, el documento, y, específicamente, en el inciso primero, el documento público o auténtico, y, en el inciso segundo, el documento privado.

Llamamos documento al objeto que reúne las siguientes características:

- a) Es material, apto, por tanto, para una mínima duración, y puede consistir en papel, metal, arcilla, piedra, soportes informáticos, cintas de cualquier clase que recojan sonido o imagen, pero no en nieve, arena u otro material inmediatamente perecedero.
- b) Incorpora una declaración de voluntad o conocimiento, atinente a un dato, hecho o narración, incorporación realizada o no por escrito y, en el caso de la escritura, en cualquier idioma, vivo o muerto, en lenguaje inteligible o en clave o por figuras. Caben plasmaciones de sonido o de imagen o por medios informáticos.
- c) Tal declaración debe ser atribuible a alguna persona. El documento debe permitir saber quien es el autor de la declaración. El medio normal de atribución de los documentos más frecuentes, que son los escritos, es la firma, aunque es admisible cualquier otra que proporcione la necesaria seguridad. La regla general es que las declaraciones anónimas no son documentos, aunque, en ciertos casos, puedan llegar a serlo.
- d) La finalidad de la declaración debe ser el acceso al tráfico jurídico. Las declaraciones no destinadas al tráfico jurídico, como los diarios personales o la correspondencia particular, en principio no son documentos, aunque

puedan serlo después si entran en el tráfico jurídico, como sucede en el caso de que unos diarios sean publicados como memorias.

- e) La declaración debe tener aptitud para probar hechos jurídicamente relevantes y las que objetivamente carezcan de esa aptitud no son documentos. Por ese motivo no es documento el radicalmente nulo, pues, en realidad, no existe.

De conformidad con el artículo 1.571 del Código Civil, instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el funcionario competente, llamándose escritura pública si ha sido otorgado ante Notario o Juez cartulario e incorporado en un protocolo o registro público. Y según el artículo 255 del Código de Procedimientos Civiles, los instrumentos públicos deben extenderse por la persona autorizada por la ley para cartular y en la forma que la misma ley prescribe.

Los instrumentos auténticos son enumerados en el artículo 260 del Código de Procedimientos Civiles.

942 Las clases de los instrumentos públicos o notariales quedan recogidos en el artículo 2 de la Ley del Notariado.

Según el artículo 262 del Código de Procedimientos Civiles, instrumento privado es aquel hecho por personas particulares, o por funcionarios públicos en actos que no son de su oficio.

El valor de unos y otros se regula en los artículos 254 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles.

E) TIPO SUBJETIVO

En el inciso primero sólo se requiere que concorra dolo, es decir, que el autor sepa y quiera realizar la falsedad, que el documento falso es capaz de llevar a error, ser tenido por correcto en el tráfico y que puede desplegar sus efectos como medio de prueba y dar lugar a que las relaciones jurídicas se configuren según esa falsa situación probatoria.

En el inciso segundo el tipo subjetivo requiere que el dolo abarque un elemento subjetivo exigido por la ley, consistente en la voluntad de perjudicar a otro, perjuicio que no tiene porqué ser económico.

F) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación se produce cuando se ha realizado la conducta falsaria y el documento falso está listo para entrar en el tráfico jurídico y desplegar en él sus efectos como si fuera correcto. No es preciso el uso del documento ni que nadie lo tenga por correcto. La tentativa es aplicable a los casos de falsedad burda, de tal modo que el resultado de la falsificación no tiene aptitud para entrar en el tráfico jurídico y a los casos en los que no se ha terminado la falsificación.

G) RELACIONES CONCURSALES

Si el autor de la falsificación con posterioridad hace uso del documento, tal utilización es un acto posterior copenado. Pero si, a su vez, con esa utilización se produce un perjuicio que esté definido como delito, con carácter general, al existir entre uno y otro una relación de medio a fin, se da lugar a un concurso ideal de delitos. Esta regla general solo conoce una excepción, cuando la falsedad haya sido cometida en documento privado, cuya tipicidad exige la concurrencia de voluntad de perjudicar a tercero y el delito perseguido como fin requiera como modalidad comisiva el engaño, tal y como ocurre, como caso típico, en la estafa, pues este supuesto, para evitar el ne bis in idem, debe ser resuelto mediante un concurso aparente de normas.

943**NOTA DE ACTUALIZACIÓN.**

La expresión típica “ánimo de causar perjuicio” significa que basta con que el perjuicio obre como posibilidad. Cuando se da el daño existe la posibilidad de concursos. El perjuicio potencial significa el estado causalmente apto para lesionar la fe pública en que se encuentra el instrumento con arreglo tanto a sus condiciones objetivas (forma y destino) como a las que se deriven del contexto de la situación. Lo posible es lo que puede ser, no lo que va ser si no cambian las relaciones de causalidad, porque esto último configura lo probable y la ley no requiere la probabilidad de perjuicio, sino la simple posibilidad de él.

284

FALSEDAD IDEOLÓGICA

El que con motivo del otorgamiento o formalización de documento público o auténtico, insertare o hiciere insertar declaración falsa concerniente a un hecho que el documento debiere probar, será sancionado con prisión de tres a seis años.

Si la conducta descrita en el inciso anterior se realizare en documento privado, se impondrá la misma pena si el agente actuare con ánimo de causar perjuicio a un tercero.

El artículo es idéntico al anterior en cuanto al bien jurídico protegido, sujetos, objeto material, tipo subjetivo, fases de ejecución y concursos, por lo que nos remitimos a los comentarios correspondientes. Las diferencias se centran en la modalidad de conducta, que, en este caso, es constitutiva de falsedad ideológica.

944 La falsedad ideológica afecta a la veracidad del documentos, es decir, a la correspondencia entre la declaración incorporada al objeto material y la realidad histórica a la que hace referencia esa declaración, de tal modo que, al margen de que proceda o no de la persona que aparece como su autor, la realidad narrada no corresponde con la ocurrida.

Está generalmente aceptado que no toda mentira que se hace constar en un documento es constitutiva de delito de falsedad, por lo que el propio tipo introduce restricciones en este sentido y así el delito se comete cuando el sujeto activo inserta o hace que otro inserte en el documento una declaración falsa concerniente a un hecho que el mismo deba probar, ya que, en relación con cada documento, las falsedades esenciales son las que afectan a los hechos que éste debe probar, de tal modo que se alteran los efectos que el documento debe producir en las relaciones jurídicas. El valor probatorio de los instrumentos públicos y privados se encuentra regulado en los artículos 1.571 y 1.577 del Código Civil, respectivamente.

Los documentos públicos o auténticos sólo pueden ser autorizados por los funcionarios competentes para ello, y por ese motivo el artículo 284 castiga tanto los supuestos de autoría directa del particular, como los casos de autoría mediata, en los que el particular “hiciere insertar declaración falsa”, y sirviéndose del funcionario como instrumento, consigue un documento inveraz que prueba algo distinto de la verdad.

Con estas restricciones típicas, la descripción de la conducta es de total amplitud, al hacer referencia tan sólo a que la declaración sea falsa, lo que puede suceder porque se narren hechos no ocurridos realmente o se relaten de modo distorsionado o porque se omitan hechos que cambien de significado los declarados, siendo indiferente que tales hechos sean naturales o hayan sido realizados por seres humanos.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

También llamada falsedad histórica, recae exclusivamente sobre el contenido de representación del documento, sin que se modifiquen ni imiten para nada los signos de autenticidad. En ella nos encontramos con un documento cuya forma es verdadera, como lo son también sus otorgantes, pero que contiene declaraciones falsas sobre hechos a cuya prueba está destinado: en él se hacen aparecer como verdaderos -o reales- hechos que no han ocurrido, o se hacen aparecer hechos que han ocurrido de un modo determinado, como si hubiesen ocurrido de otro diferente.

Es, pues, un primer presupuesto del documento ideológicamente falso, la veracidad de su autenticidad o genuinidad; esto es, tiene que tratarse de un documento auténtico con todos los signos que lo caracterizan como tal. Y es esa autenticidad lo que se aprovecha para mentir, para hacer que contenga declaraciones falsas, es decir, no verdaderas. Por eso reiteramos que la falsedad ideológica es una falsedad que se refiere a la verdad del documento y no a su autenticidad.

945

La declaración insertada es falsa cuando lo consignado en el documento tiene un sentido jurídico distinto del acto que realmente ha pasado en presencia del fedatario y que él debió incluir como verdad de la que debe dar fe. Ese distinto sentido jurídico puede otorgarlo el agente incluyendo en el documento un hecho que no ha ocurrido en su presencia, o manifestando un modo del mismo que no es aquel con el que pasó ante él, o hasta silenciando un hecho que ha ocurrido ante él, y cuya omisión tiene como consecuencia variar la verdadera dirección jurídica del acto de que da cuenta el contenido instrumentado en el documento.

285

FALSEDAD DOCUMENTAL AGRAVADA

En los casos de los artículos anteriores, si el autor fuere funcionario o empleado público o notario y ejecutare el hecho en razón de sus funciones, la pena se aumentará hasta en una tercera parte del máximo y se impondrá, además, inhabilitación especial para el ejercicio del cargo, empleo o función por igual tiempo.

El precepto prevé una agravación para el caso de que concurra una doble circunstancia: en primer lugar que el sujeto activo sea funcionario o empleado público o notario y, en segundo lugar, que ejecute el hecho en razón de sus funciones.

La determinación de la primera circunstancia se realiza, por lo que hace mención a los funcionarios y empleados públicos, por aplicación de los apartados correspondientes del artículo 39. El notariado es una función pública, según el artículo 1 de la Ley del Notariado y notario es la persona que ha accedido a esta condición de acuerdo con las previsiones de los artículos 4 y 5 de la Ley citada.

946

La comisión del hecho en razón a las funciones exige que el sujeto activo lleve a cabo la falsedad dentro del ámbito objetivo de las competencias que tenga atribuidas en relación al documento, que debe violar, de tal modo que la elevación de la pena se fundamenta en la infracción de las normas que regulan la función pública o notarial.

286

SUPRESIÓN, DESTRUCCIÓN U OCULTACIÓN DE DOCUMENTOS VERDADEROS

El que en todo o en parte haya suprimido, destruido u ocultado un documento público, auténtico o privado verdadero o una certificación o copia que lo sustituya legalmente, si de ello pudiere resultar perjuicio al Estado, a la sociedad o a los particulares, será sancionado con prisión de uno a tres años.

El artículo tipifica un supuesto mixto de daños y falsedad, pues si comparte con los daños el afectar a un objeto material valioso, atacando a su sustancia o, al menos, la

conducta de ocultación, a su valor de uso, también tiene trascendencia respecto de la capacidad probatoria del documento en sí, que resulta completamente anulada en los casos de supresión, destrucción u ocultación completa, o modificada, en el supuesto de intervención parcial.

La conducta típica se caracteriza por el hecho, coincidente con el artículo 283, de recaer sobre un documento verdadero, o sobre una copia o certificación de valor equivalente, pero, a diferencia de la conducta de alteración sancionada en el inciso primero de ese artículo, que recae sobre la declaración incorporada en el documento, en este caso lo propio del hecho es que la supresión, destrucción u ocultación recae directamente sobre el objeto material que es el documento y, secundariamente, aunque de modo inmediato, sobre la declaración misma.

El hecho sólo es punible en el supuesto de que pueda perjudicar intereses legítimos del Estado, la sociedad o los particulares. Esta exigencia significa que estamos ante un delito de peligro concreto, que es el resultado del delito y, de no existir este peligro, la infracción se encontrará en grado de tentativa.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

947

Supresión y Falsedad.

Si en los delitos que hasta aquí hemos estudiado lo falso provenía de mostrar lo no verdadero como verdadero, en este delito lo falso se constituye por la ocultación de lo verdadero, mediante la desaparición de la fuente de verdad conformada por el documento que se suprime.

Supresión y destrucción.

Aunque en la ley aparecen enunciadas como dos conductas distintas, puede decirse que la acción típica unitaria es la de suprimir el documento en el sentido de eliminar su tenor. Si se las menciona separadamente, es porque la supresión propiamente dicha entraña posibilidades de actividad más extensa que la supresión por destrucción del documento, comprendiendo hipótesis que estarían excluidas de la labor material de destrucción. Atendiendo, pues, a la típica autonomía de ambas conductas, se dice que suprime el documento el que hace imposible su utilización en la oportunidad en que debe ser utilizado, sustrayéndolo de quien lo tiene en su poder, no presentándolo cuando, estando legalmente en su poder, tiene la obligación de hacerlo, colocándolo en lugares donde no puede ser localizado, etc. Lo destruye el que lo rompe, borra su escritura o la inutiliza de tal modo que el documento deja de revelar el tenor que contenía.

Supresión y ocultación.

En este caso la conducta típica de ocultar es esconder un documento y por ese medio privar de su oportuno empleo a quien tiene derecho.

Supresión y sustracción.

También puede darse la supresión por apoderamiento ilegítimo del objeto, quitándolo de la esfera de tenencia de un tercero.

Supresión y destrucción total o parcial. Alteración y destrucción parcial.

Pese a que, aparentemente, sólo podría contemplarse como parcial la destrucción de un documento, la estructura de la descripción legal nos indica que ambos modos (total y parcial) se refieren a las dos conductas: la específica de destruir y la más genérica de suprimir. Por consiguiente, tanto la supresión como la destrucción pueden ser totales o parciales, por ejemplo la supresión de un folio del documento que constaba de varios o la destrucción de parte de lo escrito.

La posibilidad de perjuicio.

También en este delito la posibilidad de perjuicio está expresamente exigida por la ley. Tal posibilidad de perjuicio tiene que proceder de la supresión misma, que excede y se independiza del daño constituido por la desaparición o destrucción de la materialidad del documento, que es posible que nos encontremos con éstas sin que aparezca el mencionado peligro típico.

948

287

USO Y TENENCIA DE DOCUMENTOS FALSOS

El que con conocimiento de la falsedad y sin haber intervenido en ella, hiciere uso o tuviere en su poder un documento falsificado o alterado, sea público, auténtico o privado, será sancionado con prisión de tres a cinco años. (15)

La finalidad lógica de la comisión de un delito de falsedad documental es dar uso posterior a la falsificación, por lo que, como veíamos al comentar el artículo 283, no es punible realizar una falsedad sin ánimo de que llegue de alguna forma al tráfico jurídico. Por tanto el uso de un documento falso, llevado a cabo por el falsificador, es un acto posterior copenado, pues, al establecer la pena de la falsificación, el legislador ya ha tenido en cuenta que su finalidad era ser utilizada en el tráfico jurídico. Este es el motivo de que

el artículo ahora comentado exija expresamente que el uso sea llevado a cabo por quien no haya tenido parte en la falsedad.

La conducta típica es hacer uso, lo que significa utilizar el documento según su destino propio, como medio de prueba en el tráfico jurídico.

En el aspecto subjetivo, la ley establece la exigencia de que el sujeto activo tenga conocimiento de la falsedad del documento que usa, exigencia en si misma inútil por cuanto es parte del dolo del sujeto activo. En cambio no se exige que el sujeto activo tenga intención de causar perjuicio, cuando, respecto de la falsedad en documento privado, en los incisos segundos de los artículos 283 y 284 la tipicidad sí requiere este elemento subjetivo.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Mediante Decreto Legislativo número 486 del 18 de julio de 2003, se incluyó como modalidad de la conducta típica la mera tenencia de un documento (público, auténtico o privado) falso o alterado.

CAPÍTULO III

DE LA FALSEDAD PERSONAL

288

USO FALSO DE DOCUMENTO DE IDENTIDAD

El que usare como propio, pasaporte, o cualquier documento de identidad que no le correspondiere legalmente o el que cedere el propio, para que otro lo utilizare indebidamente, será sancionado con prisión de seis meses a un año.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

950

Son reproducibles las consideraciones realizadas en el artículo 283, pues los documentos de identidad son simplemente una clase de documentos con una finalidad específica pero que deben cumplir las tres funciones allí mencionadas.

B) SUJETOS

No hay especialidades en el sujeto activo, al ser un delito común.

El sujeto pasivo es la comunidad.

C) CONDUCTA TIPICA

Es doble:

- a) Usar como propio un documento de identidad que no le corresponda legalmente. No es la mera posesión del documento de identidad expedido legal y correctamente a otra persona, sino el servirse de ese documento para identificarse y, por tanto, mostrarlo o exhibirlo con ese fin. Es indiferente el motivo por el que el sujeto activo está en poder de ese documento, que puede ser lícito o ilícito, por haberle sido entregado para guardarlo o para otro fin, por haberlo sustraído o hallado, o, incluso, por haber logrado que

le haya sido confeccionado por las autoridades legítimas, engañando a éstas en cuanto a su identidad o datos.

- b) Ceder a otra persona un documento de identidad propio para que lo utilice indebidamente. La cesión debe ser voluntaria, pudiendo ser gratuita u onerosa, siempre que el sujeto activo tenga conocimiento de que el receptor tiene intención de identificarse con él. Es indiferente que el receptor llegue a utilizarlo o no, pero si lo hace, incurre en la anterior modalidad de conducta.

D) OBJETO MATERIAL

Son los documentos de identidad, entre los que se cita a los pasaportes. Son documentos de identidad los que acreditan que una persona es la misma que se identifica en el tal documento, siempre que estén expedidos por la autoridad o funcionario público pertinente, pues no son documentos de identidad a estos efectos los que entidades, asociaciones o clubes particulares puedan expedir a determinadas personas, como tampoco lo son, en principio, los permisos de conducir u otra clase de licencias, cuya finalidad propia no es acreditar identidad, sino constatar capacidad en orden a una actividad.

951

E) TIPO SUBJETIVO

La única especialidad existe en la segunda modalidad de conducta, en la que el sujeto activo tiene que entregar el objeto material para que sea utilizado indebidamente, siendo éste un elemento que su dolo debe abarcar.

288-A

TENENCIA Y USO INDEBIDO DE TRAJE O UNIFORME

El que indebidamente tuviere en su poder o usare uniformes verdaderos o simulados de la Policía Nacional Civil, de la Academia Nacional de Seguridad Pública, de la Fuerza Armada, y de los diferentes elementos de personal que están regulados en la Ley de los Servicios de Seguridad del Estado, Instituciones Autónomas, y de las Municipalidades y de la Ley de los Servicios Privados de Seguridad, será sancionado con cincuenta a cien días multa.

Si dichos uniformes fueren usados con el fin de cometer delito, la sanción imponible será de uno a tres años de prisión, sin perjuicio de la pena que correspondiere al delito cometido. (13)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

952 Este delito fue incorporado al Código Penal mediante el Decreto Legislativo número 280, del 8 de febrero de 2001. Mediante este decreto se reformó además el Art. 394, ya que el comportamiento punible a que se refiere el artículo 288-A constituía una falta. Por lo que los comentarios originales que se hicieron a tal disposición siguen siendo válidos.

Los uniformes a los que se refiere son los autorizados legalmente. Así la Ley de los Servicios de Seguridad del Estado, Instituciones Autónomas y de Las Municipalidades establece en su Art. 5 como obligación de las entidades estatales, instituciones autónomas y municipales, remitir a la Policía Nacional Civil, entre otros datos, el diseño del uniforme que usarán sus miembros el cual no debe ser similar al que usan la Policía Nacional Civil, la Academia Nacional de Seguridad Pública o la Fuerza Armada de El Salvador.

Una obligación igual a la anterior señala la Ley de los Servicios Privados de Seguridad respecto de las agencias o empresas de seguridad privada autorizadas (Art. 19), el servicio de seguridad para la protección de su vida, patrimonio y transporte de valores que se autoricen (Art. 43). Además esta ley prevé como falta leve el emplear o permitir el uso de uniformes y distintivos diferentes a los autorizados por la Policía Nacional Civil.

289

EJERCICIO ILEGAL DE PROFESIÓN

El que sin tener título profesional o autorización para ejercer alguna profesión reglamentada, se atribuyere carácter de tal y la ejerciere o realizare actividades propias de ella, será sancionado con prisión de uno a tres años.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es la potestad estatal de vigilar que determinadas profesiones sean ejercidas por personas en posesión de las necesarias cualificaciones de todo orden, para cuya acreditación el Estado se reserva la expedición de los títulos que así lo atestiguan.

B) SUJETOS

El sujeto activo es cualquiera que carezca del título profesional o de la autorización referida en el texto de la ley.

953

Sujeto pasivo es el Estado.

C) CONDUCTA TIPICA

La realización de la conducta típica tiene un presupuesto: la carencia de título profesional o de autorización para ejercer la profesión reglamentada, lo que obliga a determinar las profesiones que requieren título profesional o autorización para su ejercicio, en el entendimiento de que estas son las profesiones reglamentadas, en el sentido mencionado al tratar del bien jurídico protegido.

Serán profesiones reglamentadas aquellas para cuyo ejercicio el Estado exige estar en posesión de un título académico, siendo estos los títulos universitarios en su diversos grados u otros, siempre que unos y otros hayan sido expedidos o reconocidos por el Estado, en cada caso conforme a su correspondiente legislación administrativa, de tal modo que la persona que se encuentre en su posesión esté habilitada para el ejercicio de la correspondiente profesión.

A esta exigencia se equipara la de la concesión de autorización conforme a las normas que reglamenten la profesión.

La conducta típica acepta dos modalidades:

- a) Atribuirse carácter de profesional y ejercer la profesión reglamentada. La atribución mencionada supone que el sujeto activo manifiesta por cualquier medio que en su persona concurren las cualidades requeridas para obtener el correspondiente título o autorización, sin que sea necesario que esa manifestación se dirija a una pluralidad de personas. Además es preciso que se ejerza la profesión, o lo que es igual, que se realicen los actos propios de la profesión, en el sentido a que se hará referencia a continuación.
- b) Realizar actividades propias de la profesión reglamentada. Las actividades propias de tal profesión son aquellas cuya realización es atribuida por sus normas jurídicas reguladoras a las personas que son profesionales, por lo que el punto central es determinar, acudiendo a las correspondientes normas administrativas si los actos llevados a cabo están reservados, exclusivamente, a quienes se encuentran en posesión de los correspondientes títulos o autorizaciones.

954

D) TIPO SUBJETIVO

No existen especialidades.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación se produce cuando el sujeto activo lleva a cabo un acto propio de la profesión reglamentada, careciendo de título o autorización, sin que sea necesario realizar más de un acto, salvo que las normas administrativas exijan la realización de dos o más para ser profesional. La redacción del artículo hace referencia a ejercer la profesión o actividades propias de la misma, por lo que, aunque se ejecuten varios actos de una misma profesión, sólo existe un delito, pero si una persona realiza actos de diversas profesiones, sin estar titulado o autorizado para ninguna, comete tantos delitos como profesiones ha ejercido.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

A este delito se le conoce doctrinariamente con la denominación “intrusismo”, y consiste en la realización de actos propios de una profesión sin tener capacitación y titulación para ello.

El elemento típico “acto o actividad propia de una profesión” debe interpretarse como aquél que específicamente está atribuido a unos profesionales concretos con exclusión terminante de las demás personas.

CAPÍTULO IV (5)

FALSIFICACIÓN DE MARCAS, SEÑAS Y FIERROS (5)

289-A

FALSIFICACIÓN DE SEÑAS Y MARCAS (5)

Será sancionado con prisión de uno a tres años:

1) El que falsificare marcas, contraseñas o firmas oficialmente usadas para contratar pesas o medidas, identificar cualquier objeto o certificar su calidad, cantidad o contenido, y el que los aplicare a objetos distintos de aquellos a que estaban destinados.

2) El que falsificare billetes de servicios públicos de transporte, prestado por concesionarios;

3) El que falsificare, alterar, suprimiere o sustituyere la numeración individualizadora de un objeto, registrada de acuerdo con la ley por razones fiscales o de seguridad; y,(13)

4) El que falsificare boletos o billetes de admisión a espectáculos públicos pagados. (5)

El artículo unifica, a efectos punitivos, conductas de muy distinto signo, pues si alguna de ellas recae sobre objetos materiales, otras son falsedades documentales de títulos valores impropios. Como el propio concepto de falsificación, así como los extremos del bien jurídico protegido y de los sujetos es común a todos los delitos de la sección, pasamos a considerar por separado cada precepto:

1) Se castiga:

a) Falsificar marcas, contraseñas o firmas. Marca es la señal hecha en algo para diferenciarlo o distinguirlo por algún motivo. Contraseña es una señal o cifra puesta en algo con una finalidad, que puede ser indicar un cambio de dueño, distinguirla de otros objetos con la misma marca u otra cualquiera. Firma es el conjunto de rasgos gráficos,

por lo general, relativos al nombre y apellidos de alguien, con o sin rúbrica, que sirven para atribuir un contenido a una persona o para otros fines.

La finalidad de tales objetos o instrumentos ha de ser una de las indicadas en el precepto, siempre que el uso que se les dé sea oficial, en el sentido de que su utilización se produzca en y por oficinas públicas o por particulares encargados mediante concesión de la prestación de servicios públicos: contrastar pesas y medidas, identificar un objeto, acreditar la calidad, cantidad o contenido de un objeto. Calidad es la manera de ser de una persona o cosa o el conjunto de propiedades y características de un producto o servicio que le permiten satisfacer unas necesidades. Cantidad es aquella característica de una cosa que permite aumento y disminución, por lo que puede medirse o contarse. Contenido implica lo introducido en un envase y, por extensión, la capacidad de éste, la pureza de ello o la identificación de lo mismo.

Basta la preparación de los objetos destinados a dejar la impronta de las marcas o contraseñas y, en el caso de las firmas, si las mismas se estampan con un tampón y no manualmente, la preparación del tampón. Es indiferente, en este caso, cualquier finalidad del autor, siempre que tenga intención de que tal falsificación alcance el tráfico jurídico.

b) Usar dichas marcas, contraseñas o firmas falsas sobre objetos distintos a aquellos a que estaban destinados. Si el que usa las marcas, contraseñas o firmas falsas es el que las falsificó, esta segunda parte de su conducta es impune, porque el que falsifica no lo hace por amor al arte, sino con finalidad de dar utilidad posterior a su falsificación. Para que esta conducta tenga entidad autónoma es preciso que quien usa el medio falso tenga conocimiento de su falsedad pero sea persona distinta del inicial falsificador. Las pesas o medidas afectadas, el objeto identificado o la calidad, cantidad o contenido certificado han de ser distintos en alguna medida relevante, de los objetos auténticos.

957

2) Este número supone un subtipo privilegiado del artículo 283. Es preciso que la conducta suponga una falsedad punible, de conformidad con lo expresado en ese precepto, pero la conducta, por lo habitual de escasa entidad, merece una pena inferior a la prevista para el caso general. Estas falsificaciones suelen ser tan burdas que, por lo fácil de su descubrimiento, no llegan a poner en peligro el bien jurídico protegido, en cuyo caso son impunes, y, por lo tanto, para merecer la penalidad prevista en este artículo es necesario comprobar que el billete falsificado presenta capacidad para engañar en principio a las personas que deben controlarlos. La falsificación puede ser realizada de múltiples modos, desde la creación completa del billete, pasando por la alteración de alguno de los datos de un billete ya existente, hasta la supresión en un billete de las indicaciones de haber sido ya usado. El uso efectivo del billete dará lugar a un concurso con la estafa pertinente, según la cuantía defraudada.

3) El apartado no presenta ninguna característica reseñable, aparte de la especificidad de la conducta sancionada, que implica un tipo penal en blanco, pues es necesario constatar la existencia de una ley que, por razones fiscales o de seguridad, establezca una numeración que individualice un objeto. La acción del sujeto activo tiene que suponer un perjuicio para la misma a través de la modificación total o parcial de ella, suprimiéndola, cambiándola o fingiéndola, total o parcialmente.

4) El supuesto es también un tipo atenuado del tipo común de falsificación documental, afectando aquí a lo que constituye, para la mayor parte de los autores, un título valor impropio, en tanto que es un documento que faculta para el ejercicio de un derecho, consistente en la asistencia al espectáculo correspondiente. Igualmente estos billetes o boletos se suelen identificar como contraseñas con la misma finalidad. Los motivos del castigo atenuado suelen ser los mismos que en el apartado 2), y los requisitos para la punición de la conducta, los mismos.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Mediante Decreto Legislativo N° 280 del 8 de febrero de 2001, se incluyó como modalidad de la conducta típica la sustitución de la numeración individualizadora, a que nos referimos en el párrafo anterior.

958

289-B

El que falsificare o alterare marcas o fierros con que los particulares tengan herrado, marcado o señalado su ganado, de cualquier especie, o el que desfigurare dichos fierros o marcas, será sancionado con prisión de uno a tres años.

**En la misma pena incurrirá el que altere el fierro, marca o señales en los semovientes.
(5)**

El artículo supone una modalidad específica de una de las conductas castigadas en el apartado 1) del artículo anterior, y, en concreto, de la consistente en la alteración de marcas usadas para identificar cualquier objeto. Aquí la especialidad es que el uso no es oficial, sino particular, y que el objeto marcado tiene la específica naturaleza de ser ganado o semoviente.

Falsificar es equivalente a hacer o fabricar, mientras que alterar significa actuar sobre una previa marca, cambiando las marcas o fierros de cualquier modo, hasta hacerlas parecer otras, mientras que desfigurar significa la alteración de los mismos hasta hacer irreconocible la original, aunque no se la haga parecer otra.

En el inciso primero, la expresión “marcas o fierros con que los particulares tengan herrado, marcado o señalado su ganado” son los instrumentos materiales usados por una persona para ese fin. En el segundo inciso, se castiga falsificar, alterar o desfigurar las marcas o señales que el uso de tales instrumentos dejen sobre la piel u otros lugares de los propios animales.

TÍTULO XIV

DELITOS RELATIVOS A LOS DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

CAPÍTULO ÚNICO

DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

En este título podemos distinguir dos grupos de delitos, en atención al bien jurídico protegido:

- 1) Delitos relativos a Derechos Humanos.
- 2) Delitos relativos a Garantías (Procesales) Fundamentales.

960

Se puede asegurar que el fundamento para la existencia de este título se encuentra en el Art. 244 de la Constitución que señala que la violación, la infracción o la alteración de las disposiciones constitucionales serán especialmente penadas por la ley. Además que las responsabilidades civiles o penales en que incurran los funcionarios públicos, civiles o militares, con tal motivo, no admitirán amnistía, conmutación o indulto, durante el período presidencial dentro del cual se cometieron.

290

PRIVACIÓN DE LIBERTAD POR FUNCIONARIO O EMPLEADO PÚBLICO, AGENTE DE AUTORIDAD O AUTORIDAD PÚBLICA

El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública que fuera de los casos señalados por la ley, realizare, acordare, ordenare o permitiere cualquier privación de libertad de una persona, será sancionado con prisión de tres a seis años e inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo respectivo por el mismo tiempo.

Si la privación de libertad excediere de cuarenta y ocho horas o habiéndose ejecutado la detención en flagrancia, no se diere cuenta inmediatamente con el detenido a la autoridad competente, tanto la prisión como la inhabilitación especial, se aumentarán hasta en una tercera parte de un máximo.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

961

Es el derecho a la libertad consagrado en los artículos 2 y 11 de la Constitución de la República y, específicamente para la libertad de movimientos, en el artículo 13 de la misma. Concretamente se protege el derecho de todas las personas a no verse privado de su libertad de movimientos por órganos estatales sino en los casos y de conformidad con lo previsto por las leyes. Para que una detención sea legal debe ser practicada por quien tiene facultades para ello, habiendo motivo legal y del modo establecido en la norma correspondiente.

Se ha señalado que, como la libertad de movimientos es precisa para llevar a cabo las actividades corrientes de la vida y para el ejercicio de la práctica totalidad de los derechos, en realidad, este delito contra la libertad de movimientos viene a incidir en el conjunto de los derechos de las personas.

B) SUJETOS

El sujeto activo debe ser funcionario, empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 del Código Penal y, dentro de estos grupos, solo podrán ser sujetos activos de este delito aquellos cuyas funciones o competencias permitan llevar a cabo una privación de libertad, así los integrantes de la Carrera Judicial y del Ministerio Fiscal, los agentes de policía, los funcionarios de

prisiones y cualesquiera otros a los que una norma de derecho público faculte para realizar privaciones de libertad.

Sujeto pasivo puede ser cualquier persona que tenga capacidad para ejercer su libertad de movimientos, incluso los menores de edad, los enajenados que tengan capacidad bastante y los enfermos como paralíticos y otros.

C) CONDUCTA TIPICA

Se tipifica realizar, acordar, ordenar o permitir cualquier privación de libertad fuera de los casos autorizados por las leyes. La voluntad de la ley es omnicompreensiva y se penan por igual:

- a) Acordar, verbo que define conductas positivas realizadas por el propio sujeto activo consistentes en tomar la resolución de privar de libertad a una persona fuera de los casos legales;
- b) Realizar, conducta también positiva llevada a cabo por el sujeto activo, en la que, materialmente, se priva al sujeto pasivo de su libertad de movimientos, al encerrarle en un lugar del que no puede salir o de cualquier otro modo, como obligarle a ir donde no desea o impedirle abandonar el lugar donde se encuentra;
- c) Ordenar, conducta positiva en la que el sujeto activo transmite a otra persona un mandato que sabe ilegal para efectuar la privación de libertad. En este caso puede plantearse la posible responsabilidad penal del instrumento humano utilizado, que dependerá de su conocimiento de la ilegalidad de la detención, pudiendo ser un instrumento no culpable, cuando la desconociera, o un coautor, si era consciente de la misma; y,
- d) Permitir, conducta omisiva en la que el sujeto activo, consciente de que se está practicando una detención no acorde con la legalidad, pese a ello, consiente en que sea llevada a cabo.

A la vista de los tipos agravados regulados en el inciso segundo del artículo, esta privación de libertad, para ser constitutiva del tipo básico y no de uno de esos tipos cualificados, debe tener una duración inferior a las cuarenta y ocho horas y no debe corresponder a una detención en flagrancia.

El punto central de la conducta típica es que la privación de libertad se haya practicado “fuera de los casos señalados por la ley”, expresión que convierte al artículo 290 en una ley penal en blanco, pues su supuesto de hecho debe ser completado mediante la integración de normas extrapenales. Dentro de estas normas es necesario mencionar el artículo 13 de la Constitución y, en concordancia con ella, todas las normas que regulan la privación de libertad, entre las cuales se encuentran, en primer lugar, los artículos 286 a 293 del Código Procesal Penal, aunque, en otros lugares de este mismo texto, como los artículos 85 y 173, se hace mención a la detención.

Es necesario incidir, como ya se ha hecho anteriormente, en que una privación es conforme a la ley cuando la realiza persona facultada para ello, existiendo el motivo previsto en la norma correspondiente y respetando los trámites y garantías también previstos en la misma.

Junto con el tipo básico, en el inciso segundo del artículo se contemplan dos tipos agravados, consistentes, el primero, en una duración de la privación de libertad superior a cuarenta y ocho horas, que deben ser contadas desde el momento inicial de la misma, por las características especiales que presenta el delito en cuanto a su consumación, a las que posteriormente se hará referencia; y el segundo, en una detención ejecutada en flagrancia en la que no se diere cuenta inmediata con el detenido a la autoridad competente, tipo este último que es paralelo al contemplado en el artículo 152 para los particulares y en relación con lo dispuesto en la parte final del primer inciso del artículo 13 de la Constitución.

963

La detención en flagrancia es regulada específicamente por el artículo 288 del Código Procesal Penal, según el cual:

“La Policía aprehenderá a quien sorprenda en flagrante delito. En el mismo caso, cualquier persona estará autorizada a practicar la aprehensión y a impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores e inmediatamente se entregará al aprehendido a la Policía Nacional Civil, para el inicio de la investigación correspondiente.

Se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho punible es sorprendido en el momento de intentarlo o cometerlo, o inmediatamente después de haberlo consumado, o mientras es perseguido por la seguridad pública, por el ofendido, por una o más personas.”

D) TIPO SUBJETIVO

El dolo del sujeto activo debe abarcar el hecho de que se están ejerciendo unas funciones públicas que autorizan para realizar privaciones de libertad con el apoyo de las competencias estatales, pero que se están utilizando fuera de los supuestos y de los procedimientos establecidos para realizar tales detenciones.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

El hecho queda consumado, como regla general, desde el mismo momento en el que el sujeto pasivo queda despojado de su libertad de movimientos, por lo que se afirma que se trata de un delito de consumación instantánea. La única duda posible es si las conductas consistentes en acordar u ordenar la detención quedan consumadas también en ese momento o si se produce un adelantamiento de la persecución penal al tiempo en el que se toma la decisión personal de llevar a cabo la detención ilegal o de mandar a otro que la realice. El hecho de que todas las conductas merezcan la misma pena, así como el que sea la efectiva privación de libertad la que comporta la lesión del bien jurídico protegido deben llevar a entender que, en todo caso, la consumación se produce cuando el sujeto pasivo queda efectivamente detenido.

964

El delito es, además, de efectos permanentes, pues se encuentra en presente estado de consumación todo el tiempo que el sujeto pasivo está privado de libertad y así permanece hasta que la recupera. El plazo de prescripción del delito no empieza a correr sino en el momento en el que se produce la liberación del detenido, y son posibles las conductas de participación durante todo ese lapso de tiempo, posterior a la pérdida de la libertad por el sujeto pasivo, pero anterior a su recuperación de la libertad.

En relación con el supuesto cualificado por durar más de cuarenta y ocho horas, si la prueba demuestra que la voluntad del sujeto activo era que el sujeto pasivo estuviera detenido más de ese tiempo, pese a lo cual este mismo u otras personas le liberaron antes, procede el castigo del subtipo cualificado en grado de tentativa.

F) CONCURSOS

La libertad es un bien individual, de modo que si, con una sola acción, se priva de libertad a más de una persona, se cometen tantos delitos de privación de libertad cuantas sean las personas detenidas, en concurso real.

291

LIMITACIONES INDEBIDAS DE LA LIBERTAD INDIVIDUAL

El funcionario o empleado público que teniendo a su cargo la responsabilidad de un establecimiento destinado al cumplimiento de pena o medida de seguridad o de detención provisional, recibiere alguna persona en calidad de detenido sin orden escrita de autoridad competente o no obedeciere la orden de libertad emanada de la misma o prolongare la ejecución de una pena o medida de seguridad, será sancionado con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial del cargo o empleo por el mismo tiempo.

Si la persona recibida es menor de dieciséis años o demente, la pena de prisión será de tres a cinco años y la inhabilitación especial por el mismo tiempo.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es el mismo que el del artículo precedente.

965

B) SUJETOS

Han de ser personas que, conforme al artículo 39 del Código, sean funcionarios o empleados públicos, que, además, sirvan su función como encargados de un establecimiento penitenciario, para el cumplimiento de medidas de seguridad o de detención provisional. Por tanto el delito no puede ser cometido por funcionarios en otras circunstancias, cuyas responsabilidades, en caso de existir, deberán ser radicadas en el precepto anterior. El concepto de encargado de los establecimientos citados debe ser interpretado en el sentido de que cumplan sus funciones en los mismos, sin que se precise que se trate del máximo responsable de cada uno de ellos.

Sujeto pasivo en el tipo básico puede ser cualquier persona, con tal de que sea mayor de dieciséis años y no sea demente, pues de concurrir alguna de estas circunstancias, nos hallaríamos ante el tipo cualificado del inciso segundo.

C) CONDUCTA TIPICA

Se sancionan tres comportamientos, el primero de los cuales es activo, mientras que los otros dos son comportamientos omisivos.

- a) Recibir alguna persona como detenido sin orden escrita de autoridad competente. El hecho admite varias posibilidades: que no haya ninguna orden de detención, que exista en verdad orden de detención emanada de la autoridad competente, pero en forma no escrita, o que, existiendo tal orden escrita, ésta no provenga de autoridad competente.
- b) Desobedecer la orden de libertad emanada de autoridad competente, conducta omisiva que encierra una desobediencia especial, caracterizada por afectar al derecho fundamental a la libertad de movimientos. Inicialmente, por tanto, la privación de libertad debe ser conforme a la ley, pero se torna ilegal desde el momento en el que la autoridad competente ha ordenado su cese y el sujeto activo omite restituir la libertad al sujeto pasivo. Por relación con el siguiente supuesto no podrá afectar a personas sometidas a la ejecución de una pena o a la aplicación de una medida de seguridad.
- c) Prolongar la ejecución de una pena o medida de seguridad, conducta igualmente omisiva que parte de una situación legal de privación de libertad, justificada en el cumplimiento de una pena o en la aplicación de una medida de seguridad, pero que pasa a ser ilegal desde el momento en el que el sujeto pasivo es retenido por el sujeto activo.

966

El tipo agravado del inciso segundo contempla cualidades del sujeto pasivo en relación con su edad cronológica o con su situación mental.

D) TIPO SUBJETIVO

Es exclusivamente doloso y, en el tipo agravado, el sujeto activo debe ser consciente de la menor edad del sujeto pasivo o de su estado de demencia.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

El delito es, también de consumación instantánea y de efectos permanentes, con las consecuencias ya mencionadas en el artículo anterior.

292

ATENTADOS RELATIVOS AL DERECHO DE IGUALDAD

El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión o por cualquier otra condición de una persona, le denegare cualquiera de los derechos individuales reconocidos por la Constitución de la República, será sancionado con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial del cargo o empleo por igual tiempo.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

En última instancia es la dignidad de la persona, igual para todos los seres humanos, cuya primera consecuencia es el derecho a la no discriminación entre las personas por razones de nacionalidad, raza, sexo, religión u otra condición personal y, en consecuencia, el derecho a la igualdad de las personas, por encima de cualquiera de tales extremos.

967

El derecho a la igualdad está recogido en el artículo 3 de la Constitución de la República.

B) SUJETOS

Sujeto activo puede ser quien esté incluido en cualquiera de las categorías definidas en el artículo 39 del Código Penal y, a diferencia de lo que ocurre en el artículo 290, en principio, el presente delito puede ser cometido por cualquier funcionario, empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, pues todas las personas que se encuentran al servicio de la administración están en la obligación de acatar el derecho a la igualdad.

Sujeto pasivo puede ser cualquier persona.

C) CONDUCTA TIPICA

Se sanciona denegar a una persona cualquiera de los derechos individuales reconocidos en la Constitución de la República, por lo que el marco legislativo de referencia es el contenido de la Sección 1ª del Capítulo I del Título II de la misma y, en concreto, los artículos 2 a 28, ambos inclusive.

La conducta sancionada puede revestir múltiples posibilidades, pues no se castiga meramente un comportamiento teórico en el que una persona se manifiesta en contra del ejercicio de los derechos individuales por ciertas personas, a causa de alguna condición personal, sino todos los comportamientos en los que una persona pública, por los motivos dichos en el artículo, en contra de su deber, adopta algún comportamiento activo u omisivo que signifique trato discriminatorio, de tal modo que el ciudadano vea obstaculizado o impedido el ejercicio de sus derechos individuales.

En definitiva, se trata de comportamientos discriminatorios en los que se perjudica el ejercicio de los derechos individuales por alguna condición personal del ciudadano.

D) TIPO SUBJETIVO

El dolo del sujeto activo debe abarcar el específico elemento subjetivo del tipo que viene establecido en que la denegación de los derechos individuales se produzca por alguna condición personal del sujeto pasivo, entre las que se ejemplifican la nacionalidad, raza, sexo o religión, pero que puede ser cualquiera otra.

968

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Queda consumado el delito desde el momento en el que el ejercicio por parte del sujeto pasivo de alguno de sus derechos individuales se ve perturbado, siendo posibles formas imperfectas de ejecución.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Este delito es denominado doctrinariamente delito de discriminación. La acción típica consiste en denegar, es decir que la víctima tiene el derecho a la prestación y ésta se le niega no obstante la obligación de prestársela. Tal derecho debe fundarse en una norma que así lo establezca y deben concurrir en el sujeto las condiciones exigidas por la norma en cuestión para hacerse acreedor a la prestación. Ello supone que en todo caso la discriminación estará acompañada de una infracción de las normas que rigen la concesión de una determinada prestación de carácter público.

293

ATENTADOS RELATIVOS A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El funcionario o autoridad pública, que fuera de los casos permitidos por la Constitución de la República, estableciere exámenes previos, censura o caución a un medio de comunicación social destinado a la difusión del pensamiento, ya sea de naturaleza escrita, radial o televisiva, será sancionado con prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial del cargo o empleo por el mismo tiempo.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es el derecho a la libertad de expresión que es consagrado en el artículo 6 de la Constitución de la República, consistente en la libre expresión y difusión de ideas.

B) SUJETOS

El delito sólo puede ser cometido, como autores, por quienes sean, según el artículo 39 del Código Penal, funcionarios o autoridades públicas, no pudiendo responder los empleados públicos o agentes de autoridad sino como partícipes.

969

Sujeto pasivo es la persona cuya libertad de expresión se ve afectada por la conducta típica.

C) CONDUCTA TIPICA

Consiste en establecer, fuera de los casos permitidos por la Constitución, exámenes previos, censura o caución a un medio de comunicación social destinado a la difusión del pensamiento, sea de naturaleza escrita, radial o televisiva.

El propio artículo 6 de la Constitución de la República declara que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión no está sometido ni a previo examen, ni a censura ni a caución, por lo que la única posibilidad legal de establecimiento de los mismos es la suspensión de garantías que previene el artículo 29 de la Constitución para los casos allí previstos y con las formalidades y duración del propio artículo y del siguiente.

Así serán constitutivos de delito todos los casos en los que, al margen del artículo 29 de la Constitución se establezca el examen previo, censura o caución respecto de artículos

o noticias de prensa, sea periódica o no y programas de radio o de televisión, siempre que expresen noticias o pensamientos. Dentro de los supuestos de censura deben entenderse comprendidos los casos de recogida de ejemplares de periódicos o revistas, así como los supuestos de prohibición de emisión de programas por radio o televisión, pues si se castiga la intervención en sus contenidos por medio de la censura o examen previo, dentro de la sanción también se comprenden conductas más amplias como retirar todo o parte de la tirada de un medio de prensa o impedir su difusión.

D) TIPO SUBJETIVO

El dolo del sujeto activo debe comprender el hecho de que no existe ningún motivo constitucional para la realización de la conducta típica.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La conducta se consuma desde que se establecen los exámenes previos, censura o caución, por lo que no parecen posibles supuestos de tentativa, pues la perturbación de la libertad de expresión se produce desde que se realiza la conducta típica, aunque, en la práctica no se haya perjudicado materialmente a la libertad de expresión.

970

294

ATENTADOS RELATIVOS AL DERECHO DE ASOCIACIÓN Y REUNIÓN

El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública que fuera de los casos previstos por la ley, disolviere o suspendiere a una asociación, sindicato, sociedad o cooperativa legalmente constituidas o entorpeciere sus actividades legales, será sancionado con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial del cargo o empleo por el mismo tiempo.

En igual sanción incurrirá el que impidiere u obstaculizare la formación de uno de tales grupos.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es el derecho de asociación que el artículo 7 de la Constitución de la República reconoce tanto en su aspecto positivo, como libertad para asociarse, cuanto en su aspecto

negativo, como libertad para no asociarse. Sin embargo, el precepto comentado, en principio, sólo protege este aspecto positivo, pues los ataques a tal libertad en su aspecto negativo, por ejemplo, cuando una persona se viera obligado a asociarse en contra de su voluntad, solo parcialmente serían castigados en este precepto, en la medida en que se entendiera que tal acción entorpeciera las actividades legales de una asociación, mientras que el ataque a la libertad personal debería ser sancionado como delito de coacción.

B) SUJETOS

Sujetos activos pueden ser todos los que, a tenor del artículo 39 del Código Penal sean funcionarios, empleados públicos, agentes de autoridad o autoridad pública.

Sujetos pasivos del delito son las personas cuyo derecho de asociación se ve afectado por las conductas típicas.

C) CONDUCTA TIPICA

El punto de referencia de todas las conductas típicas es el concepto de asociación, sindicato, sociedad o cooperativa, debiendo ser todas ellas entidades formadas por una pluralidad de personas, unidas bajo las características de organización y permanencia en sus actividades al servicio de una voluntad común, distinta de la de sus integrantes. La enumeración no es abierta, sino que constituye un catálogo cerrado.

971

Se castigan por igual conductas típicas de muy distinta significación:

- a) Impedir u obstaculizar la formación de una asociación, sindicato, sociedad o cooperativa. No se prevé ningún medio especial, por lo que la conducta es punible sea cual sea el sistema empleado, pero, si el medio es delictivo, se dará lugar al correspondiente concurso de delitos. Impedir es hacer imposible o completamente inviable el ejercicio del derecho, mientras que dificultar es poner obstáculos o trabas al mismo, pero estos obstáculos no pueden ser simples molestias o leves dificultades intrascendentes, pues su pena es la misma que la del impedimento, por lo que para ser típicos han de alterar profundamente el ejercicio del derecho de asociación. Son posibles supuestos de acción o de omisión.
- b) Disolver o suspender a una asociación, sindicato, sociedad o cooperativa legalmente constituídas fuera de los casos previstos por la ley. Disolver significa poner término a la existencia de la asociación y se trata de una

conducta con vocación final, mientras que suspender tiene un matiz temporal, pues el sujeto activo no busca poner fin a la existencia de la asociación. La relación entre ambos comportamientos, igual a la existente en la conducta anterior entre impedir y obstaculizar, hace necesario que la suspensión tenga una duración relevante en el tiempo para tener trascendencia típica. Las meras suspensiones de mínima duración no parecen tener suficiente importancia para integrar este tipo.

- c) Entorpecer las actividades legales de una asociación, sindicato, sociedad o cooperativa legalmente constituídas fuera de los casos previstos por la ley. La conducta es equiparable con la ya vista de obstaculizar, concepto que es sinónimo al de entorpecer, y, también, por lo ya considerado, la conducta, para adquirir trascendencia delictiva, tiene que hacer notablemente difíciles las actividades de la asociación. Caben supuestos de acción o de omisión.

Los comportamientos delictivos tienen que ser realizados fuera de los casos previstos por la ley, lo que obliga a integrar el artículo con la normativa civil y administrativa relativas al ejercicio del derecho de asociación, cuyos últimos referentes son los artículos 7 y 29 de la Constitución.

972

A pesar de que en la rúbrica del precepto se identifica éste como “Atentados relativos al derecho de asociación y reunión”, en el texto del artículo no se sancionan conductas que puedan atacar al derecho de reunión, excepto aquellas que, por entorpecer las actividades legales de una asociación, como sus reuniones, caigan dentro de la última de las conductas típicas comentadas, lo que no puede sino entenderse como una censurable laguna de punición, que deja ayuna de protección la libertad de reunión del artículo 7 de la Constitución, cuando se ejerza al margen de asociaciones.

D) TIPO SUBJETIVO

El sujeto activo debe saber y aceptar que su comportamiento es realizado al margen de los casos previstos por la ley, exigencia que el tipo expresa respecto de las dos conductas típicas comentadas en último lugar y que es un requisito implícito en la otra. En el caso de que el sujeto activo crea, erróneamente, estar actuando conforme a la ley, será de aplicación el artículo 28.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Estamos ante un delito de resultado, que queda consumado cuando el sujeto activo, efectivamente, impide, obstaculiza, entorpece, disuelve o suspende, por lo que, con anterioridad, cabe la tentativa.

295

FRAUDE ELECTORAL

Será sancionado con pena de prisión de 1 a 6 años, si el fraude electoral fuere cometido con cualquiera de las siguientes circunstancias.

- a) Votar sin tener derecho, suplantando a otro elector o votar más de una vez en la misma elección;
- b) El que pagare dinero o especie o por medio de ofertas de beneficios particulares recibidas o prometidas, para inducir a un elector a votar por determinado partido o candidato o para abstenerse de votar o anular su voto;
- c) El que alterare un registro electoral suprimiendo las especificaciones que establece el Código Electoral, alterando las originales;
- d) El que sustrajere o destruyere total o parcialmente un padrón electoral y cualquiera de los documentos necesarios para llevar a cabo las votaciones o verificar legalmente sus resultados;
- e) El que se negare a extender el carnet electoral a un elector que reúna los requisitos legales para que éste le sea extendido;
- f) El que sustrajere, inutilizare, sustituyere o destruyere las papeletas de votación desde el momento en que éstas fueron señaladas por el Tribunal Supremo Electoral, hasta la terminación del escrutinio;
- g) El que sustrajere, inutilizare, sustituyere o destruyere las urnas de votación desde el momento en que éstas fueron entregadas a los organismos electorales por el Tribunal Supremo Electoral, hasta antes de practicarse el escrutinio;
- h) El que por cualquier medio impidiere u obstaculizare la elaboración del registro electoral, o el libre ejercicio del sufragio o el escrutinio de votar;
- i) El que coaccionare a un elector para votar a favor de algún candidato o violare el secreto del voto del elector.

Si los sujetos que participaron de las conductas previstas anteriormente fueran funcionarios públicos o funcionarios electorales, serán sancionados con pena de

siete a diez años de prisión e inhabilitación para el ejercicio del cargo por un período igual. (5)(7)

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es difícil encontrar un solo bien jurídico protegido en el presente artículo, pues la gran cantidad de comportamientos sancionados y su muy diferente naturaleza pone trabas a la definición de un interés protegido lo bastante concreto como para definir el ámbito de lo punible.

Con estas consideraciones se puede decir que el bien jurídico protegido es el derecho de participación política a través del voto, establecido en el artículo 72 y sus concordantes, de la Constitución de la República.

B) SUJETOS

Sujeto activo, en principio, puede ser cualquier persona, ya que estamos ante un delito común en el que no se define ninguna característica que restrinja el círculo de posibles autores, aunque la parte final del artículo establece que, cuando el hecho sea cometido por funcionario público, agente de autoridad o autoridad pública, se le impondrá la pena de inhabilitación especial, además de la privativa de libertad.

975

Sujeto pasivo es, en primer término, el cuerpo electoral definido en el artículo 76 de la Constitución, aunque, en cada situación concreta, pueda ser también la persona del elector o votante afectado por la conducta típica y, en definitiva, toda la sociedad, que se ve perjudicada por los ataques al derecho de votación.

C) CONDUCTA TIPICA

Se castigan conductas muy diversas y con características muy diferentes, respecto de las cuales se realizan a continuación una serie de observaciones:

- a) En realidad parece que este apartado contiene tres conductas típicas distintas, de las cuales la primera sería votar sin tener derecho, la segunda votar suplantando a otro elector y la tercera votar más de una vez en la misma elección. Todas las tres acciones atacan la veracidad de las elecciones y dañan los postulados básicos de la votación democrática. Cabe cometer el hecho votando sin tener derecho por no haber alcanzado la

edad necesaria, no ser salvadoreño, estar incapacitado para ello por cualquier motivo o de otra manera. La suplantación de otro elector supone la asunción de la identidad de éste ante los órganos electorales, y, por fin, votar más de una vez sólo supone la comisión de un delito, se haya votado dos veces o más de dos.

- b) Las conductas sancionadas en el apartado b) del artículo recogen lo que ha sido llamado cohecho electoral y suponen una intromisión en la esfera personal en la que se decide el voto que se va a emitir. El hecho se comete cuando se pide el voto, se pide la abstención o la emisión de un voto nulo, sea directa o indirectamente, siempre que se pague dinero, se entreguen objetos o se hagan ofertas de beneficios, siendo indiferente que, en el caso de las ofertas, exista o no trascendencia económica en la misma. No es delictiva la realización de regalos adecuados según el sentir social, como la entrega de lapiceros con el anagrama de un partido o encendedores o gorras y demás objetos de propaganda. No es punible la conducta del votante que acepta votar en un sentido, abstenerse o formular voto nulo.
- c) La conducta castigada es, en realidad, un acto preparatorio, que, de no ser tipificado expresamente, sería impune, pues la alteración del registro electoral, por si solo, no significa una alteración de las elecciones. No se pena cualquier alteración, sino tan solo aquella en la que se supriman las especificaciones establecidas por el Código Electoral, mediante la alteración de los originales, lo que supone un doble requisito.
- d) Cabe reproducir las observaciones efectuadas respecto del apartado anterior, pues, también aquí, se trata de un acto preparatorio elevado por el Código Penal a la categoría de delito.
- e) Se puede discutir si esta modalidad es un delito de acción o si se trata de una infracción omisiva, centrada en la no expedición del carnet electoral a quien tenga los requisitos necesarios para obtenerlo y esta última posibilidad es la que debe ser aceptada, por lo que no es preciso un acto expreso de negativa, que puede existir o no, bastando con que la conducta del sujeto activo demuestre claramente su voluntad de no expedir ese carnet.
- f) Esta y la siguiente modalidad del delito son de las más clásicas en cuanto a los fraudes electorales, diferenciándose ambas en que si en este apartado f) se trata de impedir que se vote a todos los que concurren a las elecciones, o solo a algunos de ellos, según que se sustraigan, inutilicen, sustituyan o

destruyan todas las papeletas o solo algunas de ellas, en el siguiente apartado, por definición, la conducta busca impedir en general la realización de las propias elecciones, suprimiendo el mismo instrumento en el que se vota. La protección a las papeletas de votación se extiende desde que se señalan hasta que son escrutadas, por tanto, en todo su período de existencia.

- g) El comentario ya ha sido realizado en el apartado anterior. La protección nace en el momento en que los organismos electorales reciben las urnas hasta antes del escrutinio. Si las urnas son sustraídas, inutilizadas, sustituidas o destruidas en el escrutinio, la conducta será punible por el apartado siguiente.
- h) Se castigan todas las acciones que hagan completamente imposible o que supongan dificultad para la confección del registro electoral, para el libre ejercicio del sufragio o para el escrutinio de los votos. Esta modalidad es una cláusula residual, en la que se encuentran englobados todos los ataques a los tres ámbitos mencionados y que no hayan ya sido objeto de sanción por aplicación de otros apartados del artículo.
- i) Este supuesto son las denominadas coacciones electorales, en las que se usa la violencia o la intimidación para que el elector haga uso de su derecho en contra de su voluntad o descubra el sentido de su voto. La misma conducta, dirigida a impedir a una persona el ejercicio de su derecho, es punible por el precepto anterior.

977

D) TIPO SUBJETIVO

El dolo del sujeto activo debe revestir diferentes contenidos, según la conducta típica realizada, dada la disparidad entre las contempladas en el artículo.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Todas las conductas contemplan supuestos que se pueden castigar tanto como delito consumado como tentativa, antes de que se produzca el resultado propuesto por el sujeto activo, excepto la modalidad del apartado e), que, dada la redacción empleada, sólo puede ser sancionada como delito consumado.

296

ATENTADOS RELATIVOS A LA LIBERTAD DE RELIGIÓN

El que de cualquier manera impidiere, interrumpiere o perturbare, el libre ejercicio de una religión u ofendiere públicamente los sentimientos o creencias de la misma, será sancionado con multa de cincuenta a cien días multa.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Como el texto del artículo castiga en realidad dos comportamientos muy diversos, también se pueden rastrear en el precepto dos bienes jurídicos distintos y así el Código Penal, cuando castiga impedir, interrumpir o perturbar el libre ejercicio de una religión está dando protección a un derecho de rango constitucional consagrado en el artículo 25 de la Constitución: el derecho a la libertad de cultos, mientras que, cuando sanciona la ofensa pública a los sentimientos o creencias de una religión viene a tutelar tanto esos sentimientos religiosos cuanto las propias creencias religiosas.

978

B) SUJETOS

Este es un delito común, que puede ser cometido por cualquier persona y en el que no se prevé ninguna agravación especial.

Sujeto pasivo son las personas cuya participación en actos religiosos se ve alterada o cuyas creencias o sentimientos se ven atacados por la conducta típica.

C) CONDUCTA TIPICA

Son, como ya se ha dicho, dos:

- a) Impedir, interrumpir o perturbar el libre ejercicio de una religión.

La libertad de cultos proclamada en el artículo 25 de la Constitución no tiene otro límite que la moral y el orden público. Se comete el delito tanto cuando se impiden los actos o ceremonias del culto de una religión, que es lo mismo que hacer imposible su inicio, como cuando se interrumpen los mismos, lo que significa paralizar su desarrollo, por un tiempo apreciable al menos, como cuando se perturban los cultos o actos de esa religión, lo que significa alterarlos por cualquier vía, respecto de lo previsto por las

normas de la religión correspondiente en cuanto a su desarrollo, bien en relación con su iniciación, bien con el ulterior desarrollo de los ya iniciados.

b) Ofender públicamente los sentimientos o creencias de una religión.

El concepto de ofensa hace referencia a toda actividad grave de desprecio hacia una religión. No se castiga la crítica razonable de las creencias, sentimientos, dogmas, ritos o actos de una religión, que se encontraría amparada por la libertad de expresión, sino los comportamientos que supongan el escarnio de una religión, realizada por cualquier medio oral o escrito, por representaciones o de otro modo, con tal de que sea pública y, por tanto, esté dirigida o pueda llegar a una cantidad más o menos numerosa de personas.

En ambas conductas es indiferente que el hecho tenga lugar en los sitios dedicados por la religión a sus actividades o en otro.

D) TIPO SUBJETIVO

No se requiere ningún requisito distinto del dolo.

979

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La primera modalidad de la conducta queda consumada cuando, realmente, se impiden, interrumpen o perturban, debiendo castigarse la conducta como intentada cuando el sujeto activo no logra este resultado con su comportamiento.

La segunda modalidad de la conducta típica no parece requerir como resultado que los fieles de una confesión religiosa se sientan ofendidos, por lo que el hecho quedará consumado desde el momento en el que el sujeto activo realice públicamente el acto de ofensa, lo que impide los supuestos de tentativa.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Algunos autores (Muñoz Conde, Hassemer, Terradillos) han sostenido la necesidad de llevar el proceso de secularización hasta las últimas consecuencias y prescindir de un grupo autónomo de delitos de religión, en la convicción de que los meros sentimientos no son acreedores de tutela penal y de que, por otra parte, los tipos genéricos contra la libertad individual y contra el ejercicio de los derechos de asociación y reunión podrían ofrecer una protección satisfactoria de las diversas manifestaciones de la libertad

religiosa. Otros (Siracusano, Morillas Cuevas) han defendido la conveniencia de un núcleo mínimo de delitos con la finalidad de subrayar el valor de la libertad religiosa como derecho fundamental en un sistema democrático y pluralista. Esta última opinión pareciera que es la que prevaleció en la mente del legislador salvadoreño. (Tamarit, 1996: 1457).

Esta modalidad de conducta típica se denomina doctrinariamente “turbatio sacrorum”, en el que se protege una de las dimensiones de la libertad religiosa: La comunitaria, consistente en el derecho de reunirse o manifestarse públicamente y asociarse para desarrollar las actividades religiosas y de culto propias de cada confesión.

El tipo abarca a toda clase de actos colectivos de las confesiones religiosas, ya sean de culto, litúrgicos o cualesquiera reuniones organizadas conforme a la libertad que se les reconoce, ya se celebren en recintos o lugares privados o en espacios públicos.

Esta modalidad del comportamiento típico se conoce como delito de escarnio, el bien jurídico se concreta en los sentimientos religiosos de los miembros de la confesión religiosa objeto de escarnio o de las personas que no profesan religión alguna.

980 Ofensa pública o escarnio es la befa tenaz que se hace con el propósito de afrentar o la grosera e insultante expresión de desprecio, o mofa, burla o vilipendio.

297

TORTURA

El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública que con ocasión de las funciones de su cargo, sometiere a otra persona a tortura física o psíquica o que teniendo la facultad de evitarlo o impedirla no lo hiciere, será sancionado con prisión de tres a seis años e inhabilitación para el ejercicio del cargo o empleo respectivo por el mismo tiempo.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es la dignidad de la persona, consagrada en el artículo 4 de la Constitución de la República, que prohíbe someter a las personas a condiciones que menoscaben su dignidad, y sus concordantes, especialmente los artículos 10 y 27, en cuanto que el

primero prohíbe a la ley autorizar actos que implique la pérdida o el irreparable sacrificio de la dignidad de la persona y el segundo prohíbe toda especie de tormento.

B) SUJETOS

Sujeto activo tiene que ser funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública a tenor de lo dispuesto en el artículo 39 del Código Penal, ya que lo esencial del delito es el abuso de poder que entraña, junto con el ataque a las garantías penales y procesales, precisamente realizados por aquellos que tienen entre sus funciones el salvaguardarlas. La ley exige que el sujeto activo lleve a cabo su comportamiento “con ocasión de las funciones de su cargo”, lo que significa con abuso de las mismas.

Sujeto pasivo puede ser cualquier persona, ya que para todas el derecho al reconocimiento de su dignidad es idéntico.

C) CONDUCTA TIPICA

El punto central es el concepto de tortura, que no es definido en el Código Penal. El artículo 1 de la Declaración de Ginebra de 1 de septiembre de 1.975, hecha en el Quinto Congreso de la ONU para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente, definió la tortura como “Todo acto de dolor o sufrimiento severo, físico o mental, infringido a alguien intencionadamente por un oficial público o por su instigación, dirigido a obtener información o confesión de aquel o de un tercero, a castigarle por algo que ha hecho o que se sospecha que ha perpetrado, o a intimidar al mismo o a terceros”.

981

Esta definición incluye tanto la tortura, entendida como un medio procesal de averiguación basado en el dolor, como el tormento, como sistema de imposición de castigos sobre la base de la sujeción personal del sancionado. Incluye también tanto la tortura física como la mental y también tanto la tortura directa, es decir, la aplicada inmediatamente sobre el torturado como la oblicua o indirecta, que es la aplicada sobre terceros.

El Código Penal castiga una doble modalidad de conducta, activa y omisiva, pues sanciona tanto el acto positivo realizado por el sujeto activo como el acto omisivo consistente en el conocimiento de la realización de la tortura más la capacidad o facultad de evitarlo o impedirlo, que, de otro lado, afecta a todos los funcionarios, y que, voluntariamente, se abstiene de hacerlo así. Esta segunda modalidad es un auténtico delito de comisión por omisión, al estar el omitente en posición de garante.

El tipo castiga todos los comportamientos que supongan el sufrimiento físico o mental del torturado, por lo que es inútil intentar un catálogo de comportamientos castigados.

D) TIPO SUBJETIVO

No se exige en el texto de la ley sino que el sujeto activo lleve a cabo el acto de tortura con ocasión de las funciones de su cargo, requisito que supone que el sujeto activo haya realizado los actos de agresión física o mental en la esfera de las mismas y con abuso de ellas, sin embargo, la ya citada falta de definición del concepto de tortura de la que adolece el artículo 297 y que obliga a integrar éste con definiciones extrapenales, obliga a entender que debe concurrir una finalidad específica en el ánimo del sujeto activo, consistente, bien en obtener información o confesión, bien castigar, bien lograr una situación de intimidación, por lo que los actos realizados con otras finalidades, como, por ejemplo, el ánimo de lucro, la venganza personal o el sadismo, serán constitutivos de otros delitos, pero no del de torturas.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

982 El delito queda consumado con la realización de los actos de tortura en los términos definidos y sin que sea preciso otro resultado, por lo que es difícil apreciar la tentativa, aunque sea posible en algún caso.

F) CONCURSOS

El empleo de la violencia física o mental puede tener efectos sobre la vida, la salud, la integridad u otros bienes jurídicos del sujeto pasivo, por lo que, en tales casos, deberá aplicarse un concurso ideal de delitos entre el correspondiente de tortura y el delito contra la vida, la integridad, la salud, o el que corresponda.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Además el Art. 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, señala que Tortura es “todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean inflingidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con

su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes o incidentales a éstas.”

298

ATENTADOS RELATIVOS AL DERECHO DE DEFENSA

El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que impidiere u obstaculizare el ejercicio del derecho de defensa o la asistencia de abogado al detenido o procesado, procurare o favoreciere la renuncia del mismo o no informare de forma inmediata y de manera comprensible al detenido sobre sus derechos y las razones de su detención, será sancionado con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo respectivo por igual tiempo.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

983

Es tanto el derecho a la asistencia de abogado como el de ser informado de los derechos que asisten a una persona como detenido y de los motivos de su detención, tal y como establecen los artículos 12 y 13 de la Constitución de la República.

B) SUJETOS

Sujeto activo tiene que ser persona que, conforme al artículo 39 del Código, ostente alguna de las cualidades mencionadas en el precepto y que, por razón de sus funciones, intervenga de alguna manera en las actividades de detención o investigación.

Sujeto pasivo es, según el texto de la ley, el detenido o procesado, cuyo derecho a la asistencia por abogado, a la información de derechos y a la información de los motivos de su detención se ven afectados por el delito.

C) CONDUCTA TIPICA

El comentario sobre el significado de los verbos impedir u obstaculizar ya ha sido realizado con anterioridad, en el comentario al artículo 294, pero tanto éstos como los

demás casos suponen, por si, supuestos que viciarían de modo irreversible las actuaciones realizadas.

Si el medio utilizado por el sujeto activo es, a su vez, constitutivo de otro delito, el hecho debe ser sancionado mediante el correspondiente concurso ideal de delitos.

D) TIPO SUBJETIVO

El dolo del sujeto activo debe abarcar el conocimiento de la existencia del derecho de defensa y de información que es protegido en este artículo, por lo que, hipotéticamente, la errónea creencia del sujeto activo de estar legitimado para realizar la conducta típica, daría lugar a un error de prohibición, sin embargo, en la práctica, será difícil que un funcionario que intervenga por razón de sus funciones en detenciones o investigaciones, pueda alegar desconocimiento de la existencia y alcance de tales derechos.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

984

Las conductas consistentes en impedir u obstaculizar se consuman cuando, efectivamente, se hace imposible o se perturba el correspondiente derecho, y las de procurar o favorecer la renuncia al mismo, cuando el sujeto pasivo efectúa esa renuncia, por lo que son posibles los supuestos de tentativa, pero, en cambio, la conducta consistente en no informar de los derechos y motivos de la detención sólo se puede sancionar como delito consumado, pues no son posibles casos de tentativa.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

El Derecho de Defensa consiste en el Derecho subjetivo público individual de acreditar su inocencia o cualquier circunstancia capaz de excluir o atenuar su responsabilidad.

299

REGISTRO Y PESQUISAS ILEGALES

El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que realizare un registro, pesquisa, acto o indagación ajena a la finalidad de prevenir o investigar delitos o faltas o los ordenare o permitiere, será sancionado con prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo respectivo por el mismo tiempo.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

El artículo, en última instancia, viene a proteger el derecho a la libertad que consagra el artículo 4 de la Constitución, entendido como ámbito de resistencia frente al Estado, entre cuyas potestades se encuentran las de investigar los hechos constitutivos de infracción penal, para lo que las leyes y, señaladamente, el Código Procesal Penal, confieren a los correspondientes funcionarios capacidades de actuación que entrañan injerencia en la vida de los ciudadanos, pero cuya correcta ejecución exige que, al margen de tales hechos y de su averiguación, no se interfiera en los ámbitos personales de seres que ninguna relación tengan con hechos punibles.

985

B) SUJETOS

El sujeto activo se determina por remisión al artículo 39 del Código Penal. La conducta típica “ordenar” puede dar lugar a un supuesto de pluralidad de sujetos activos si la persona que recibe la orden es consciente de su ilicitud y, a pesar de ello, ejecuta lo ordenado.

Sujeto pasivo puede ser cualquier persona.

C) CONDUCTA TIPICA

Es realizar, ordenar o permitir un registro, pesquisa, acto o indagación ajenos a la finalidad de prevenir o investigar delitos o faltas.

Los conceptos de realizar, ordenar o permitir han sido examinados al comentar el artículo 290. La utilización de los conceptos de registro, pesquisa, acto o indagación es tan

amplia, especialmente por el uso del concepto “acto”, que permite afirmar que se castiga la realización de todo hecho de averiguación que implique el uso del poder público, al margen de la prevención o investigación de delitos o faltas y siempre que el hecho no esté castigado en otros preceptos del Código Penal, como puede ser una detención sin motivo o un allanamiento injustificado, de modo que el presente artículo viene a ser un precepto residual que se aplicará en defecto de otros más especiales del propio Código. No existiendo la finalidad de averiguar o prevenir delitos o faltas, se incurre en responsabilidad aunque se cumplan escrupulosamente los trámites formales para la realización del registro, pesquisa acto o indagación llevados a cabo.

D) TIPO SUBJETIVO

Es indiferente completamente cual sea la finalidad concreta del sujeto activo al realizar la conducta típica, siempre que sea consciente de que no está previniendo ni averiguando delitos o faltas. Esto supone que su conducta es intencional y, por tanto, no es posible la comisión del delito con dolo eventual, sino sólo con dolo directo.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

986

La consumación del delito, incluso en los casos en los que la conducta sancionada es ordenar, se produce cuando se llevan a cabo los actos concretos de registro, pesquisa o indagación o cualesquiera otros, de modo que, cuando se hayan iniciado comportamientos tendentes a llevarlos a cabo y no hayan tenido lugar por motivos distintos al desistimiento del sujeto activo, será posible el castigo de la tentativa.

F) CONCURSOS

La realización de una pluralidad de actos en distintos momentos respecto de una misma persona, dará lugar, normalmente, a la aplicación de la continuidad delictiva, mientras que, si los diversos actos se producen en relación con personas diferentes, estaremos ante un concurso real de delitos.

300

ALLANAMIENTO SIN AUTORIZACIÓN LEGAL

El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública que ingresare a morada ajena, sin el consentimiento del morador o de quien haga sus veces, no estando legalmente autorizado o lo ordenare o permitiere, será sancionado con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo respectivo por el mismo tiempo.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es el derecho a la inviolabilidad de la morada, consagrado en el artículo 20 de la Constitución, cuya protección, en su vertiente positiva, de desarrollo de la intimidad en tal lugar, y negativa, como derecho de exclusión de terceros, se realiza aquí frente a intromisiones indebidas del poder público, mientras que en el artículo 188 se protege frente a ataques de particulares.

987

De conformidad con el citado artículo constitucional el ingreso legal en la morada ajena requiere el consentimiento del morador, el mandato judicial, la flagrancia delictiva o el peligro inminente de su perpetración o el grave riesgo de las personas.

B) SUJETOS

El sujeto activo es definido, al igual que en la mayor parte de los artículos del Capítulo, por referencia al artículo 39 del propio Código. Se regula expresamente la autoría mediata al castigar la conducta consistente en ordenar a otro la entrada en la morada, supuesto en el que la persona que cumple tal orden también puede incurrir en responsabilidad penal si conoce la ilicitud de la orden que recibe.

Sujeto pasivo es la persona cuyo derecho a la inviolabilidad de la morada se ve afectado por el delito.

C) CONDUCTA TIPICA

Se comete cuando el sujeto activo ingresa personalmente a morada ajena sin el consentimiento por el morador o de quien le pueda sustituir y fuera de los casos legales,

cuando el sujeto activo ordena a otro la realización de la conducta y cuando omite impedir que otro lleve a cabo el comportamiento delictivo, caso éste último que constituye un supuesto de comisión por omisión.

El concepto de morada es el concepto vulgar, es decir, el lugar en el que habitualmente sirve de habitación a alguien, en el sentido comentado en el artículo 118, pudiendo ser, por tanto, mueble o inmueble, natural o artificial, con tal de que delimite un espacio donde se lleve a cabo la intimidad del morador.

La acción típica es ingresar, lo que significa el acceso personal, pero siendo discutible la tipicidad de la conducta consistente en permanecer en la morada en contra de la voluntad del morador, habiéndose entrado legalmente, ya que, a diferencia de lo que ocurre en los artículos 188 y 189 no se hace referencia aquí a la permanencia, lo que debe llevarnos a considerar atípica esta conducta por este precepto, aunque pueda significar una coacción punible por el correspondiente artículo.

988 La tipicidad de la conducta depende de una doble condición negativa: en primer lugar, que no se cuente con el consentimiento del morador o de persona que haga sus veces, concepto que debe ser interpretado ampliamente como toda persona que, sin habitar en la morada, tenga, por razones expresas o tácitas, capacidad para admitir a personas en ella, y, en segundo lugar, en defecto de tal consentimiento, que el sujeto activo no esté legalmente autorizado para ingresar en la morada, en referencia a los demás motivos de entrada a los que hace mención el artículo 20 de la Constitución y a su desarrollo legislativo, lo que convierte esta norma en una ley penal en blanco. Son de especial relevancia los artículos 173 y siguientes del Código Procesal Penal.

El consentimiento del morador hace la conducta conforme a derecho, pero la validez del mismo exige que el morador conozca que se puede oponer a la entrada.

D) TIPO SUBJETIVO

El dolo del sujeto activo exige el conocimiento de que se ingresa a morada ajena sin justificación legal ni consentimiento, pero tanto el consentimiento como la autorización judicial son causas de justificación y el error sobre ellas operará a través de la atenuación de la penalidad, si fuera vencible.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Se castigará el hecho como delito intentado cuando el sujeto activo no haya logrado la entrada física en la morada del sujeto pasivo.

F) CONCURSOS

Si el sujeto activo logra el ingreso en la morada mediante el uso de medios tipificados en otros lugares del Código, existirá el correspondiente concurso ideal de delitos.

301

INVIOLABILIDAD DE CORRESPONDENCIA

El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública que fuere de los casos previstos por la Constitución de la República y en el transcurso de una investigación policial o judicial, violare correspondencia privada, o lo ordenare o permitiere, será sancionado con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo respectivo por igual tiempo.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO**989**

Es el ámbito de intimidad consagrado en el artículo 24 de la Constitución en relación con la correspondencia de toda clase, como concreción del derecho a la intimidad consagrado en el artículo 2 de la propia norma constitucional. Este derecho puede ser suspendido de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución.

B) SUJETOS

El sujeto activo debe pertenecer a alguno de los grupos definidos en el artículo, pero como la conducta típica tiene que ser realizada en el curso de una investigación policial o judicial, deben ser personas que, por razón de sus funciones, puedan tomar parte en tales actividades.

Sujeto pasivo puede ser cualquier persona.

C) CONDUCTA TIPICA

El delito se comete realizando directamente, ordenando o permitiendo la violación de correspondencia privada en el transcurso de una investigación policial o judicial y fuera de los casos previstos en la Constitución.

El examen de los conceptos de realizar, ordenar o permitir se ha llevado a cabo al considerar el artículo 290. Por tanto son punibles actividades de autoría directa, de autoría mediata y en comisión por omisión.

El centro del delito es la violación de la correspondencia privada, lo que exige que el sujeto activo abra la comunicación, que, por tanto, debe estar cerrada. Es indiferente que tome conocimiento o no de su contenido, pues son igualmente sancionables los casos en los que el sujeto activo busca algo que no halla y aquellos en los que tiene intención de apoderarse o destruir algo. Es también indiferente que después se dé curso o no a la correspondencia.

El objeto material es la correspondencia privada postal o telegráfica, no incluyéndose la correspondencia oficial.

La mención a los casos previstos en la Constitución convierte el precepto en norma penal en blanco, cuyo supuesto de hecho tiene que ser completado con aplicación de las normas extrapenales correspondientes.

990 Las conductas en las que el sujeto activo, sin violar la correspondencia, la detiene o intercepta, pueden dar lugar a la aplicación del artículo 320.

D) TIPO SUBJETIVO

El dolo y el error plantean los problemas ya examinados en relación con la creencia errónea de estar actuando conforme a derecho.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

El delito queda consumado con la violación de la correspondencia, antes y aunque el sujeto activo no llegue a tomar conocimiento del contenido de la comunicación, por lo que son posibles casos de tentativa.

F) CONCURSOS

Si el sujeto activo se apodera de la correspondencia o la destruye, se da lugar al concurso con los correspondientes tipos patrimoniales.

En el supuesto de que la violación de correspondencia tenga lugar al margen de una investigación policial o judicial, será de aplicación el artículo 334.

302

INTERFERENCIA E INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

El que interceptare o interviniere las comunicaciones telefónicas o usare artificios técnicos de escucha o grabación de dichas comunicaciones o lo ordenare o permitiere, será sancionado con prisión de dos a cuatro años, e inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo por igual tiempo, si fuere funcionario o empleado público.

En el marco de una investigación judicial o de la Fiscalía General de la República, no se considerará como interferencia o intervención telefónica, ni violación al derecho de intimidad, cuando se estuviere recibiendo amenazas, exigiendo rescate de una persona que estuviere privada de libertad o secuestrada o se pidiere el cumplimiento de determinados hechos a cambio de la liberación de dicha persona, o a cambio de no intentar ninguna acción penal o se trate de delitos de crimen organizado, y la víctima, el ofendido o su representante, en su caso, solicitaren o permitieren por escrito a la Fiscalía General de la República, la escucha y grabación de las conversaciones o acciones en que se reciban tales amenazas o exigencias. La escucha y grabación así obtenida podrá ser utilizada con fines probatorios en juicio y, en este caso, deberá ser valorada por el juez. (13)

991

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es el mismo que en el artículo anterior, concretado, en este caso, en la parte final del artículo 24 de la Constitución.

B) SUJETOS

Son los mismos que en el artículo anterior.

C) CONDUCTA TIPICA

El artículo regula un tipo básico y un tipo agravado, coincidente este último con el delito del artículo anterior, excepto en el objeto material y en las peculiaridades de la conducta típica para recaer sobre el mismo. Ni en el tipo básico ni en el agravado se exige que la

conducta se realice al margen de los casos previstos en la ley, pero esta es una exigencia implícita de la conducta, como demuestra que el propio artículo 24 de la Constitución permita la suspensión de este derecho.

Tanto el tipo básico como el agravado sancionan interceptar o intervenir las comunicaciones telefónicas o usar artificios técnicos de escucha o grabación, y aunque a la vista de esta redacción pudiera parecer punible la conducta consistente simplemente en cortar la comunicación, en realidad tal comportamiento sería sancionable como coacción, en su caso, pues en este artículo se protege la intimidad de esta clase de comunicaciones y, por tanto, toda conducta para ser punible por este artículo exige tomar conocimiento del mensaje transmitido por este medio. Así pues, en todo caso, la conducta típica requerirá el empleo de medios técnicos, pues por los solos sentidos es imposible tomar conocimiento de lo que se transmite por vía telefónica.

El resto de los extremos de la conducta típica son idénticos a los del artículo 186, que castiga el comportamiento llevado a cabo por particular.

D) TIPO SUBJETIVO, FASES DE EJECUCION DEL DELITO Y CONCURSOS

992

El resto de las cuestiones son comunes con el precepto anterior.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

La conducta típica regulada en este artículo fue reformada por medio del Decreto Legislativo número 280, del 8 de febrero de 2001.

Con dicha reforma se pretendió brindar mayor claridad a los supuestos de hechos que configuran el delito y a la relevancia eximente del consentimiento de la víctima respecto del derecho a la intimidad.

TÍTULO XV

DELITOS RELATIVOS A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

CAPÍTULO I

DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA ACTIVIDAD JUDICIAL

303

DENUNCIA O ACUSACIÓN CALUMNIOSA

El que denunciare o acusare a una persona ante autoridad judicial, como autor o partícipe de un delito a sabiendas de que es inocente, será sancionado con prisión de uno a tres años.

993

En la misma sanción incurrirá el que diere aviso a la autoridad judicial, a la Fiscalía General de la República o a los órganos auxiliares, imputando a otro haber cometido un delito, a sabiendas de que es inocente.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Superada la discusión entre los que sostenían que el bien jurídico protegido en este delito era el honor y los que afirmaban que se trataba de la fe pública, y aunque todavía hay personas que sostienen que el único bien jurídico protegido aquí es el honor, lo que llevaría a concebir el delito de denuncia o acusación calumniosa como una modalidad especial de calumnia, cuya especificidad derivaría de la persona ante la que se realiza la conducta típica, la postura mayoritaria sostiene que éste es un delito pluriofensivo, que ataca básicamente el interés estatal en una correcta administración de justicia, que es ofendido por estas acciones que significan la utilización indebida de la actividad jurisdiccional y, secundariamente, el honor de las personas, pues el honor del denunciado o acusado de modo calumnioso padece con esta acción, especialmente si tal denuncia o acusación transciende el ámbito judicial, de la Fiscalía o de sus órganos auxiliares.

B) SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquier persona, incluso en el caso de que se imputara a sí mismo falsamente la comisión de un delito, pues en este caso también perturba la administración de justicia. Puede ser igualmente un funcionario, empleado público, agente de autoridad o autoridad pública.

Sujeto pasivo es, en primer lugar, el Estado, que es el titular de la función de investigar y enjuiciar conductas delictiva, y, secundariamente, también, la persona física a la que se achaca la comisión del delito, que ha de tener capacidad criminal, por tanto, no puede tratarse de personas jurídicas.

C) CONDUCTA TIPICA

La conducta típica es imputar, en forma de acusación o denuncia, a una persona, la autoría o participación en un delito, siempre que esta imputación se realice ante órgano judicial o fiscal u órganos auxiliares.

994

Es por tanto necesario achacar a una persona responsabilidad criminal de manera clara y terminante, sin que sea suficiente expresar meras sospechas. En el caso de que el sujeto activo simule indicios de que es el sujeto pasivo el responsable de un delito, con tal entidad que decida a los jueces o fiscales a proceder contra él, se podría hablar de autoría mediata.

Esta imputación debe ser de hechos concretos, definidos en el Código Penal o en Leyes Especiales como delito, aunque es indiferente para la realización de la conducta típica que el sujeto activo los califique así o no, o se equivoque en la calificación, no bastando con que se impute una mera falta y siendo irrelevante para el tipo que el delito imputado al sujeto pasivo haya tenido o no lugar en realidad, con tal de que el denunciado o acusado no haya sido su autor o no haya participado en él.

La acusación o denuncia debe ser dirigida contra persona determinada, no siendo preciso que sea designado por su nombre y apellidos, con tal de que quede identificada por cualquier vía. Ha de ser una persona viva, pues, en caso de haber fallecido, no se comprometería la administración de justicia.

Las falsas imputaciones parciales, como convertir un delito en otro más grave o transformar una falta en delito, son punibles por este artículo.

La denuncia o acusación tiene que ser realizada ante alguno de los organismos citados en el artículo: autoridad judicial, Fiscalía General de la República o sus órganos auxiliares.

La denuncia o acusación tiene que ser falsa, lo que, generalmente es entendido de modo objetivo: habrá falsedad en la imputación y, si concurren los demás elementos, delito, si, en la realidad, no ha ocurrido lo achacado al sujeto pasivo y, por tanto, este no ha sido ni autor ni partícipe en el delito que se le imputa.

D) TIPO SUBJETIVO

La ley exige que la conducta se lleve a cabo «a sabiendas» de que el sujeto pasivo es inocente, lo que debe interpretarse en el sentido de que el sujeto activo actúe denunciando o acusando con pleno conocimiento de esa falta de concordancia con la realidad y, por tanto, con dolo directo.

995

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

El hecho queda consumado desde que el órgano judicial, fiscal o auxiliar, tiene conocimiento de la denuncia o acusación. Según la forma en la que se realicen éstas será o no posible la existencia de tentativa, pues si puede haberla cuando la denuncia o acusación se realiza por una carta o escrito que no llegan a destino, no parece posible en caso de imputaciones orales.

F) CONCURSOS

Si la imputación falsa solo se realiza ante los órganos citados en el precepto, no existe más que este delito, pero si, además, se ejecuta ante otras personas, que sean particulares, puede haber un concurso de delitos con el de calumnia.

JURISPRUDENCIA.

T. S. 3° S.S., 04/12/2000

“De la lectura del tipo penal descrito en el Art. 303 Ph., 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 accesorio a la principal que es la efectuada por el autor. [...] El delito de Denuncia o Acusación 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 Administración 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 Acusación 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.”

997

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.

304

SIMULACIÓN DE DELITOS

El que denunciare ante funcionario judicial o cuerpo de seguridad que tenga obligación legal de proceder a la investigación, un delito imaginario o simular pruebas materiales en apoyo de la simulación, sin culpar a persona alguna determinada, pero con el propósito de que se inicie un procedimiento judicial o policial para la averiguación del hecho simulado, será sancionado con prisión de seis meses a un año.

998

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es el correcto funcionamiento de la administración de justicia, que padece cuando los procesos se ponen en marcha sin motivo. Igualmente se producen distorsiones cuando se inician procedimientos policiales, en definitiva, preparatorios de los judiciales, sin justificación.

B) SUJETOS

Sujeto puede ser cualquier persona, incluso funcionarios, empleados públicos, agentes de autoridad o autoridad pública.

Sujeto pasivo es el Estado, el ejercicio de cuya función jurisdiccional es afectado.

C) CONDUCTA TIPICA

La conducta típica es descrita de modo alternativo y con un elemento común negativo:

a) Denunciar ante funcionario judicial o cuerpo de seguridad que tenga obligación legal de proceder a la investigación, un delito imaginario, sin culpar a persona alguna determinada.

Esta conducta es en principio esencialmente similar a la sancionada en el artículo anterior, en tanto en cuanto se sanciona poner en conocimiento de un órgano estatal encargado de la investigación la existencia de un hecho descrito por la ley penal como delito, pero se separa de la conducta típica del precepto precedente en que, mientras que en el artículo anterior era indiferente que el delito se hubiera cometido o no, con tal de que el denunciado o acusado no fuera responsable de él, en el presente artículo es necesario que tal hecho no haya tenido lugar, pues ha de ser un delito imaginario, o que el hecho que refiere el sujeto activo haya sido alterado hasta tal punto que no mantenga contacto con la realidad y, además no ha de imputarse responsabilidad penal a ninguna persona determinada.

b) Simular pruebas materiales en apoyo de la simulación, sin culpar a persona alguna determinada.

Simular significa lo mismo que cambiar esencialmente la realidad, haciendo aparecer como verdad lo que no lo es, por lo que se castigan aquí todas las actuaciones de significación material realizadas en apoyo de la otra conducta, creando pruebas falsas, ocultando las pruebas verdaderas o alterándolas, siempre que no suponga la imputación del delito simulado a persona determinada.

999

D) TIPO SUBJETIVO

El delito contiene un elemento subjetivo que debe ser abarcado por el dolo del autor: la imaginación o simulación tiene que ser realizada con el propósito de iniciar un procedimiento judicial o policial por la averiguación del hecho simulado.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Se produce la consumación cuando la denuncia llega a conocimiento de su destinatario o cuando se muda o altera la verdad mediante la simulación de las pruebas materiales, por lo que la punición de la tentativa es igual que la del artículo anterior.

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.

305

FALSO TESTIMONIO

1000

El que en declaración como testigo ante autoridad competente, afirmare una falsedad, negare o callare, en todo o en parte, lo que supiere acerca de los hechos y circunstancias sobre los cuales fuere interrogado, será sancionado con prisión de dos a cinco años.

En la misma sanción incurrirán los peritos, intérpretes, traductores y asesores que actuando como tales ante autoridad, afirmaren una falsedad u omitieren la verdad en sus manifestaciones.

No habrá lugar a sanción penal cuando el hecho descrito en los artículos anteriores fuere ejecutado en proceso penal en favor de un procesado por ascendiente, descendiente, adoptante, adoptado, hermano, cónyuge o conviviente o persona en análoga relación de afectividad con aquél.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Superadas las convicciones según las cuales el delito de falso testimonio era un delito contra la divinidad por la que se juraba antes de testificar o era un delito contra la persona que podía ser condenada en virtud de la falsa declaración prestada, en estos momentos hay acuerdo en que el bien jurídico protegido hace referencia a la

administración de justicia, bien globalmente considerada como función jurisdiccional del Estado, bien en un aspecto más parcial como es la corrección de los medios probatorios empleados en el proceso.

Este no es un delito de perjurio, pues no se comete al mentir en el proceso, a pesar de haber prometido o jurado decir verdad, sino al faltar a la verdad con incidencia en algún extremo esencial del procedimiento.

B) SUJETOS

Sujeto activo pueden ser los testigos, peritos, intérpretes, traductores y asesores y, por tanto, lo serán aquellas personas que intervienen en el proceso en estas diversas funciones de aportación de conocimientos o ciencias previas.

Los que presenten en un proceso testigos, peritos, intérpretes, traductores o asesores falsos serán castigados como partícipes de este delito, salvo que esta actuación sea constitutiva del delito del artículo 306 o del delito del artículo 307, si concurren los elementos de éstos.

1001

Sujeto pasivo es el Estado.

C) CONDUCTA TIPICA

Presupuesto de la realización de la conducta típica es la existencia de un proceso en el que el sujeto activo tenga que participar en alguna de las cualidades señaladas para el sujeto activo, debiendo entenderse que proceso es un procedimiento judicial en el que se actúa la jurisdicción, siendo indiferente que se trate de una causa criminal o civil en sentido amplio, incluyendo todas aquellas que resuelvan asuntos no penales. Las declaraciones preprocesales o las realizadas ante autoridades administrativas no pueden dar lugar a este delito. Esto es así tanto por la rúbrica del Capítulo, que hace mención a la actividad judicial como por el hecho de que la excusa absolutoria regulada en la parte final del artículo se refiere claramente a proceso, en este caso, penal, y sería incoherente que se aplicara la excusa en esa circunstancia y no en actuaciones administrativas, como averiguaciones policiales, lo que demuestra que la norma se dirige a reprimir el falso testimonio ante autoridad judicial.

La conducta puede ser cometida por acción, afirmando una falsedad, o en comisión por omisión, ya que todas esas posibilidades afectan al deber de veracidad del sujeto activo y las declaraciones o testimonios tienen que ser valorados en conjunto, por lo que es punible afirmar hechos o circunstancias falsos, lo sean completamente por no haber acaecido o parcialmente, por haber sido modificados hasta no presentar la verdad, al igual que negar total o parcialmente el conocimiento sobre el objeto del interrogatorio y, también, omitir relatar total o parcialmente lo que se supiera sobre el mismo. En realidad, en la práctica, la técnica usual de interrogatorio, que implica la formulación de preguntas por las diversas partes presentes, dejará poco margen a la comisión de la conducta por omisión.

En todo caso la conducta tendrá que ser realizada ante la autoridad competente, que, por lo anteriormente, tendrá que ser la que tenga atribuidas las facultades para la realización del acto procesal correspondiente.

1002

Se castiga por igual toda falsedad activa u omisiva, con independencia de su trascendencia en el proceso, de la clase de éste y de los intereses, privados o públicos en él ventilados, y esto hace que sea necesario exigir que el falso testimonio afecte a uno de los extremos fundamentales del proceso, pues el derecho penal, en razón del principio de intervención mínima, no puede sancionar irrelevantes alteraciones de la verdad carentes de trascendencia para el desarrollo y fin del proceso.

La declaración, en los términos que se ha dicho, tiene que ser falsa, por acción o por omisión, de tal modo que lo declarado no se ajuste a la verdad o la pericia no represente el juicio correcto del perito, o la traducción no refleje lo afirmado de lo traducido, por ejemplo. Esta falsedad significa, desde el punto de vista objetivo, la falta de concordancia con la realidad, mientras que, desde el punto de vista subjetivo, lleva implícito el dolo.

D) TIPO SUBJETIVO

La descripción típica no deja lugar a dudas acerca de que es necesario el dolo directo del sujeto activo, ya que afirmar una falsedad, negar o callar lo que se supiere o omitir la verdad son actitudes que solo se pueden realizar con plena conciencia y voluntad.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación se produce en el momento en el que se presta el falso testimonio, lo que hace imposible la tentativa.

F) CONCURSOS

En numerosos casos una persona comete el delito de acusación y denuncia calumniosa y, después, sirve como testigo en un proceso, supuesto este en el que debe entenderse que sólo se ha cometido el primero de los dos delitos, siendo el segundo un acto posterior copenado.

El falso testimonio prestado en una causa, que haya fundado una sentencia condenatoria en contra de una persona, cuya ejecución haya supuesto la comisión de un delito en contra de la misma (por ejemplo, testificar falsamente contra una persona a la que se ha condenado a pena de prisión por ese testimonio) puede dar lugar a una autoría mediata del último delito (en este caso, una detención ilegal).

G) EXCUSA ABSOLUTORIA**1003**

El último inciso del artículo declara exento de pena el falso testimonio cometido en proceso penal en favor del procesado, cuando entre éste y el sujeto activo del falso testimonio exista la relación familiar o íntima que se describe. El alcance de esta cláusula está limitado a los procesos penales y a los casos en los que el falso testimonio busque favorecer a las personas dichas y no alcanza ningún otro supuesto.

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° S.S., 19-04-01)
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 ayudarle “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.

1004

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)

306**FRAUDE PROCESAL**

El que en el curso de un proceso penal o inmediatamente antes de iniciarse, alterare artificiosamente el estado de los lugares o la posición o condición de las personas, de las cosas o de los cadáveres con el fin de engañar en el acto de la inspección o reconstrucción judicial, o suprimiere o alterare en todo o en parte lo que acreditar la realidad o verdad de lo que se pretendiere conocer, investigar o probar, para inducir a error en una actuación o decisión judicial o de la Fiscalía General de la República, será sancionado con prisión de dos a diez años. (10)

A) BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido es la correcta administración de justicia. Al igual que el delito de falso testimonio, el ahora comentado afecta a la aplicación de la ley porque suministra a las personas llamadas a aplicarla datos falsos.

B) SUJETOS

Inicialmente sujeto activo puede ser cualquier persona, sin embargo, los responsables de un delito que lleven a cabo las conductas típicas descritas en este precepto, no incurrir en responsabilidad criminal, pues se trataría de un autoencubrimiento impune.

Sujeto pasivo es el titular de la función jurisdiccional y, por tanto, es el Estado.

C) CONDUCTA TÍPICA

Presenta dos modalidades, unificadas por el hecho de que las dos tienen que producirse en el curso de un proceso penal ya iniciado o de inminente iniciación. Por tanto, no se puede cometer el delito si se va a iniciar o se ha iniciado ya un procedimiento de otra naturaleza, civil o laboral, por ejemplo. Es indiferente que haya existido o no previamente un delito o falta, pues igual se comete el tipo ahora comentado cuando se quiere ocultar una previa infracción penal existente como cuando se quiere fingir que se ha producido una infracción que, en realidad, no ha tenido lugar.

1005

La conducta típica presenta dos modalidades:

- a) Alterar artificiosamente el estado de los lugares, o la posición o condición de las personas, de las cosas o de los cadáveres. A la vista del elemento subjetivo al que luego se hará mención, estos lugares, personas, cosas o cadáveres han de ser objeto de la inspección o reconstrucción judicial.
- b) Suprimir o alterar en todo o parte lo que acreditare la realidad o verdad de lo que se pretendiere conocer, investigar o probar, sea por la Judicatura o por la Fiscalía General de la República.

La redacción de ambas conductas es en exceso farragosa y complicada, pues, en definitiva, se trata de castigar la alteración de los medios de prueba no personales, de

tal modo que vengan a probar algo distinto de la verdad histórica, siendo indiferente que se trastoquen los vestigios físicos de la realidad, como los lugares donde determinados hechos ocurrieron, las personas, vivas o muertas que intervinieron en ciertos actos, o las cosas que, de algún modo, pueden ser objeto de examen por la autoridad judicial, así como la destrucción de documentos u objetos o su alteración, siempre que estén relacionados con una investigación o actuación judicial o fiscal.

D) TIPO SUBJETIVO

La primera de las dos modalidades de conducta sólo es punible cuando se realiza con la finalidad de engañar en el acto de la inspección o reconstrucción judicial, por lo que si se realiza con otra intención, el hecho no es punible por esta modalidad de conducta, aunque pueda ser sancionada por la otra. Del mismo modo, la segunda conducta reclama que se busque inducir a error en una actuación o decisión judicial o de la Fiscalía. Ambas exigencias son, en realidad, una sola, pues es preciso que la voluntad del sujeto activo del delito sea presentar una realidad deformada ante quien la tiene que apreciar, en el primer caso, los jueces y, en el segundo, los jueces o la Fiscalía.

1006

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación se produce en el momento en el que se muta el elemento probatorio afectado. No se requiere que la autoridad judicial o la Fiscalía se hayan visto efectivamente engañados, por lo que se trata de un delito de mera actividad, aunque pueda, en ocasiones, aceptarse la tentativa, cuando no se haya terminado de realizar la supresión o alteración.

F) CONCURSOS

El artículo presenta numerosos problemas en sus relaciones con otros tipos del mismo Capítulo. Así respecto de los tipos de los artículos 303 y 304 puede haber relaciones de consunción, pero los principales problemas pueden plantearse en relación con la parte inicial del numeral 2) del artículo 308, pues los actos castigados en uno y en otro pueden ser los mismos. Sin embargo, el tipo ahora comentado exige que se esté tramitando un proceso penal, o que su iniciación sea inminente, lo que no reclama el artículo 308, y este precepto castiga procurar o ayudar a otro en la obtención de la desaparición u ocultamiento que cita, mientras que la intención que rige el comportamiento sancionado

en el artículo 306 es otro y ya nos hemos referido a él, por lo que, en definitiva, se trata de un problema de tipicidad.

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. 3º S.S., 04-12-00)

307

SOBORNO

1007

El que diere, ofreciere o prometiére dinero o cualquier otra ventaja a testigo, jurado, abogado, asesor, perito, intérprete o traductor, con el objeto de lograr una afirmación falsa, o una negación u ocultación de la verdad, en todo o en parte, en una actuación judicial que hubiere de servir en diligencia o proceso, aunque la oferta o promesa no hubiere sido aceptada, será sancionado con prisión de dos a cinco años.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es el común a todo el Capítulo.

B) SUJETOS

Este es un delito común, que puede ser cometido por cualquier persona, sin que sea preciso que tome parte o tenga interés en el proceso.

Sujeto pasivo es el Estado.

C) CONDUCTA TIPICA

Este delito viene a ser una modalidad específica del delito de cohecho activo del artículo 335 del Código Penal, singularizado por el marco en el que se produce la conducta delictiva y por el círculo de personas al que se dirige el ofrecimiento, pero, en sustancia, se trata de un ofrecimiento con la finalidad de que se cometa un delito de falso testimonio, aunque, si la oferta se dirige a abogado o jurado, la conducta que éstos puedan llevar a cabo no puede ser constitutiva de falso testimonio y, sólo en ciertos casos podrá ser un fraude procesal.

La conducta se concreta en dar, ofrecer o prometer dinero o cualquier otra ventaja, pudiendo tener esta ventaja sentido económico o carecer completamente de esta significación, pudiendo ser, por ejemplo, la concesión de favores sexuales.

1008

La dádiva, ofrecimiento o promesa sólo son constitutivos de este delito cuando su finalidad sea lograr una mutación de la verdad por acción o por omisión, en una actuación judicial que haya de servir en diligencia o proceso, por lo que dar, ofrecer o prometer para que el testigo, jurado, etc., cumpla exacta y fielmente con su misión no es delictivo por este artículo, como tampoco lo es realizar la conducta típica con la finalidad de que la mentira u ocultación de la verdad tenga lugar al margen de una actuación judicial. Si es el testigo, el jurado, o alguna de las otras personas mencionadas en el artículo, el que toma la iniciativa y pide una cantidad o ventaja por faltar a la verdad, su comportamiento, en principio, no está castigado en este artículo, pero, si el destinatario de su petición la acepta, podrán ser castigados como instigadores de este delito.

D) TIPO SUBJETIVO

Todas las conductas castigadas son eminentemente intencionales, por lo que no pueden ser cometidas sino con dolo directo.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La conducta queda consumada desde que se da, ofrece o promete el dinero o ventaja, por lo que no es preciso para la consumación que se llegue a entregar, ni que el testigo, el jurado u otro de los mencionados, llegue a aceptar ni, mucho menos, llegue a alterar

la verdad. Existe delito aunque el sujeto activo, en realidad, no tenga intención de entregar lo que ofrece o promete.

Si el sobornado acepta el soborno y altera la verdad, según las circunstancias, el sobornador puede incurrir, además, en delito de falso testimonio o de fraude procesal, o en responsabilidad por otro título, como, por ejemplo, detención ilegal.

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.

308

ENCUBRIMIENTO

Será sancionado con prisión de seis meses a tres años, el que con conocimiento de haberse perpetrado un delito y sin concierto previo, cometiere alguno de los hechos siguientes:

1) Ayudare a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta;

2) Procurare o ayudare a alguien a obtener la desaparición, ocultamiento o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito o asegurare el producto o el aprovechamiento del mismo; y,

1010 3) Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito o interviniere en su adquisición, recepción u ocultamiento.

No se aplicará la pena, en los casos de los números 1) y 2), a quien encubriere a su ascendiente, descendiente, adoptante, adoptado, hermano, cónyuge, conviviente o persona en análoga relación de afectividad.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Superados los tiempos en los que el encubrimiento fue considerado una forma de participación delictiva, en estos momentos es abrumadora la consideración de que se trata de un delito autónomo contra la administración de justicia, siendo éste el bien jurídico protegido, por cuanto la realización de las conductas definidas viene a poner trabas y dificultades, muchas veces insalvables al correcto ejercicio de la función jurisdiccional del estado en su aspecto de investigación y represión de los hechos delictivos.

B) SUJETOS

No hay especialidades en cuanto al sujeto activo, que puede ser cualquier persona, aunque la parte final del artículo declare exentos de pena a las personas que allí cita, en los dos primeros casos regulados.

El sujeto pasivo es, como en los demás casos, el Estado.

C) CONDUCTA TIPICA

La característica esencial del encubrimiento, en todas sus modalidades, es ser un delito de referencia, pues para su comisión es precisa la previa existencia de un hecho típico, antijurídico y culpable, definido en el Código Penal o en leyes especiales como delito, no como falta, del que el encubridor tiene que tener conocimiento, lo que debe entenderse en el sentido de que sepa los actos que se han realizado, y que conozca en general que son delito, sin que sea preciso que conozca su exacta tipificación, siempre que este conocimiento no provenga de un concierto previo a la comisión del delito, pues, quien, de acuerdo con los autores de un delito, realiza alguna de las conductas tipificadas, no es un encubridor, sino un auténtico partícipe.

1011

Con estos rasgos comunes, las conductas castigadas son las siguientes:

a) Ayudar a los responsables del delito a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta.

La ayuda puede ser de cualquier clase, con tal de que tenga alguna eficacia respecto del bien jurídico protegido y no esté tipificada en el numeral siguiente. Para tener relevancia penal, debe obstaculizar de alguna manera la averiguación y persecución del delito. Los casos clásicos son los de ocultación o traslado del delincuente, ayuda de toda clase para su cambio de apariencia, suministro de documentos de identidad falsos o auténticos a nombre de otros, aunque son posibles muchas otras posibilidades.

b) En la primera parte de la segunda modalidad se castiga tanto hacer desaparecer, ocultar o alterar directamente, como realizar conductas de facilitación en relación con las mismas, siempre que se afecte e rastros, pruebas o instrumentos del delito, todo lo que abarca cuantos objetos materiales sirven para la prueba del delito, bien porque hayan servido a su comisión o porque sean consecuencia del mismo. Es igualmente

punible que con este comportamiento se quiera ocultar la existencia del delito o que con el comportamiento, sin ocultar el delito, se quiera ocultar la responsabilidad de alguien en el mismo.

En la segunda parte de la modalidad se castiga a quien asegura el producto del delito o el aprovechamiento del mismo. Se consagra aquí el castigo de los actos en los que el encubridor ayuda a los responsables del delito a beneficiarse del mismo, siendo indiferente que reciba o no una contraprestación por esta actividad.

c) Se castigan en la tercera modalidad tanto los actos de aprovechamiento propio del encubridor, como los actos de aprovechamiento ajeno en los que haya intervenido el encubridor, siempre que no se realice en favor de los responsables del delito, supuesto sancionado en la modalidad anterior. Adquirir o recibir supone todo traspaso de los efectos provenientes del delito, sea a título oneroso o lucrativo, mientras que ocultar es esconder, siendo indiferente en uno y otro caso que el encubridor, cuando no actúe para si mismo, reciba o no compensación.

1012 D) TIPO SUBJETIVO

La exigencia de conocimiento en el encubridor de la previa comisión del delito hace que solo con dolo directo se pueda cometer el hecho.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

No hay problemas para sancionar la tentativa del delito cuando no se haya producido el resultado, que será diferente en cada modalidad.

F) EXCLUSION DE PENA

Las dos primeras modalidades del delito quedan exentas de pena cuando entre el encubridor y la persona encubierta mediare la relación descrita, lo que se ha descrito como un supuesto de inexigibilidad de otra conducta a la vista de la relación familiar existente entre los implicados.

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. 1° S.S., 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. 5° S.S., 21-06-00)

“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. 3° S.S., 22-09-00)

1013**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).

1014

309

OMISIÓN DEL DEBER DE PONER EN CONOCIMIENTO DETERMINADOS DELITOS

El que teniendo conocimiento cierto, de que se fuere a cometer un delito contra la vida o la integridad personal, la seguridad colectiva, la salud pública, la libertad individual o sexual y no existiendo peligro o daño para sí o para sus parientes, no lo pusiere en conocimiento del amenazado o de la autoridad, será sancionado con prisión de seis meses a un año, si el delito hubiere comenzado a ejecutarse.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

A pesar de la ubicación del artículo, su bien jurídico protegido no es la administración de justicia, ni siquiera en la fase previa a la iniciación del procedimiento, pues la conducta típica se desarrolla en el momento anterior a la comisión de un delito y, tiempo en el que la administración de justicia carece de competencias, porque no le incumbe, de conformidad con el artículo 172 de la Constitución sino juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, de modo que la labor de prevención de la comisión de delitos corresponde a otras instancias.

De esta forma el bien jurídico protegido se limita a aquellos valores que pueden ser atacados por los delitos que se pretenden cometer: la vida, la integridad personal, la seguridad colectiva, la salud pública o la libertad individual o sexual, ya que, aunque en alguna ocasión se ha dicho que el bien jurídico protegido es la solidaridad humana, ésta ha de concretarse en relación con otros bienes, que son los ya vistos.

B) SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquier persona, incluso funcionarios que tengan entre sus competencias la prevención de hechos delictivos, pues los artículos 311 y 312 hacen referencia a delitos ya cometidos.

1015

El delito no puede ser cometido por quien se encuentre en posición de garante respecto del delito que se va a ejecutar, pues, en ese caso, su omisión daría lugar a la imputación del correspondiente delito en comisión por omisión.

Sujeto pasivo en este delito será en cada caso el titular del bien jurídico protegido atacado por el delito que se va a cometer.

C) CONDUCTA TIPICA

El delito es de pura omisión, pues el ordenamiento jurídico espera la realización de una conducta, que pasa a ser conducta debida, y el sujeto activo del delito no la lleva a cabo.

El artículo 309 crea en quien tiene conocimiento cierto, de modo que no bastan las meras sospechas, de que se va a cometer uno de los delitos citados, la obligación de

ponerlo en conocimiento de la presunta víctima de ese delito o en conocimiento de la autoridad, sin que exista una prelación entre uno u otra, y siempre que la realización de este aviso no suponga riesgo o daño para él o para sus parientes. De esta manera no existirá responsabilidad criminal para quien carezca de toda posibilidad de poner la futura comisión del delito en conocimiento del amenazado o de la autoridad, ni tampoco para quien, pudiendo hacerlo, para ello tenga que asumir un peligro o daño propio o para los integrantes de su familia, riesgo o daño que, racionalmente, tiene que poder conceptuarse como grave y, por tanto, al menos, equivalente al representado por el delito que se va a cometer.

La expresión “de que se fuere a cometer un delito...” indica que el deber de obrar existe desde que se asume ese conocimiento y hasta que el delito ha quedado consumado, por tanto, si el delito ya ha empezado a cometerse y todavía no se ha producido su resultado, existe obligación de denunciarlo.

D) TIPO SUBJETIVO

1016

El dolo requiere que el sujeto tenga conocimiento «cierto», dice el precepto de la comisión del delito, así como de la inexistencia de riesgo o peligro, propio o de parientes, y la voluntaria omisión de la denuncia del mismo al amenazado o a la autoridad.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

El delito sólo es punible cuando el delito de referencia hubiere comenzado a cometerse, lo que no significa que la omisión del deber de denunciar haya quedado consumada en ese momento. La omisión se produce y queda consumada cuando el sujeto activo, en conocimiento cierto de la comisión de uno de los delitos dichos, pudiendo ponerlo en conocimiento del amenazado o de la autoridad, sin riesgo o daño propio o de sus parientes, no lo hace, aunque su conducta sólo pasa a ser sancionable cuando el autor del delito inicia su ejecución, por lo que esta circunstancia se constituye en una condición objetiva de punibilidad.

No cabe la tentativa, pues, de producirse la condición objetiva de punibilidad, el hecho queda consumado, y de no producirse, es impune.

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.”

310

PREVARICATO

El juez que a sabiendas dictare resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos, por interés personal o por soborno, será sancionado con prisión de tres a seis años e inhabilitación especial del cargo por igual tiempo.

Si la sentencia fuere condenatoria, en proceso penal, la sanción será de tres a diez años de prisión.

Lo dispuesto en el inciso primero será aplicable, en su caso, a los árbitros.

Se tendrá como prevaricato el hecho de que un magistrado juez o secretario, dirijan por sí o por interpósita persona al interesado o a las partes en juicio o diligencias que se sigan en el tribunal en el que desempeña sus funciones o en algún otro.

1018

Los que incurran en este delito serán sancionados con prisión de uno a tres años.

El juez que por negligencia o ignorancia inexcusable, dictare sentencia manifiestamente injusta, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

De acuerdo con el artículo 172 de la Constitución corresponde exclusivamente al Organo Judicial juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, función jurisdiccional cuyo correcto desempeño, en primer lugar por los jueces, pero también por personas relacionadas con ellas, como los árbitros y secretarios judiciales, es el bien jurídico protegido en este delito.

B) SUJETOS

El artículo 310 del Código Penal regula tres modalidades de prevaricación, a las que se va a hacer referencia a continuación.

En la primera modalidad de conducta, sujeto activo puede ser el juez o, de conformidad con el inciso tercero, el árbitro.

En la segunda modalidad, sujeto activo puede ser el juez o el secretario.

En la tercera modalidad, sujeto activo sólo puede ser el juez.

El Código sólo hace referencia al juez, concepto que debe entenderse en su significación básica, incluyendo a los jueces y magistrados integrantes del Organismo Judicial según el artículo 172 de la Constitución, mencionados, en relación con los concretos órganos judiciales, en el artículo 186 de la misma Norma, siendo ellos quienes tienen atribuido el ejercicio de la función jurisdiccional.

El Código se refiere al juez en singular, pero la existencia de tribunales colegiados, cuyas resoluciones son suscritas por todos sus integrantes, plantea si, en el caso de existir una que sea constitutiva de prevaricación, debe imputarse ésta a todo el tribunal. Frente a las posturas que reclaman en estos casos la responsabilidad colectiva del tribunal, salvo la de aquellos de sus integrantes que hayan salvado su criterio mediante un voto particular, debe afirmarse que deberá determinarse individualmente la responsabilidad que corresponda a cada uno de sus integrantes, por lo que se hace necesario estudiar la participación de cada uno de ellos en la resolución adoptada para determinar su responsabilidad.

1019

Árbitro es la persona a la que las partes en conflicto someten voluntariamente la cuestión, comprometiéndose a acatar su fallo, o laudo, como define el artículo 56 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles.

Secretario es el funcionario judicial con las competencias orgánicas y procedimentales que sirven su destino en los órganos judiciales de conformidad con los artículos 73 y siguientes de la Ley Orgánica Judicial y con las leyes procesales.

Sujeto pasivo del delito es el Estado, aunque las resoluciones judiciales puedan lesionar intereses particulares, que se protegen en otros lugares del Código Penal.

C) CONDUCTA TIPICA

Como ya hemos mencionado con anterioridad, en realidad son tres tipos los que se contienen en este artículo y por su muy diferente significación es difícil definir un concepto de prevaricación válido para todas las conductas tipificadas.

Lingüísticamente prevaricar significa faltar voluntariamente a las funciones del cargo, pero esta definición no es aplicable por ser demasiado amplia, pues hay muchos delitos y no solo el de prevaricación que implican un faltar a los deberes del cargo, como, por ejemplo, la revelación de secretos, la desobediencia, la malversación. Además, esta definición no es aplicable a la última modalidad, que no es voluntaria y no todas las infracciones de los deberes públicos cometidas por los jueces son prevaricación, sino solo algunas de ellas, las tipificadas.

La interpretación etimológica, partiendo del verbo latino varicare, según la cual la nota común a todas las prevaricaciones judiciales sería la aplicación desviada del derecho, choca con la existencia de la segunda modalidad del delito, en la que el sujeto activo no aplica ni correcta ni incorrectamente el derecho.

1020

Por tanto, en vez de examinar presuntas cuestiones comunes a todas las formas de prevaricación judicial, se va a considerar por separado a continuación cada una de ellas.

a) Dictar resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos por interés personal o por soborno. La conducta, en sus respectivos ámbitos, sólo puede ser cometida por juez o por árbitro y, en el primero de estos casos, si tiene lugar en proceso penal y la resolución es sentencia condenatoria, dará lugar a la agravación prevista en el inciso segundo.

Resolución es cualquier decisión procedente del juez o tribunal en el seno del proceso y en ejercicio de funciones jurisdiccionales, siendo indiferente, salvo lo regulado en el inciso segundo, que sea definitiva, interlocutoria o de sustanciación, así como la clase de proceso civil, penal, laboral o administrativo en el que sea dictada. No son susceptibles de constituir prevaricación las resoluciones dictadas por órganos no jurisdiccionales, sino integrantes de la administración.

La resolución debe ser contraria a la ley o fundarse en hechos falsos. La primera de estas posibilidades significa que, correctamente delimitados por el sujeto activo los hechos en debate, según las pruebas practicadas, la decisión tomada en la resolución no es compatible con la señalada en las leyes aplicables a aquellos hechos, bien por haber aplicado una norma no vigente o una norma inconstitucional o por haber fallado en contra de lo prescrito en la ley aplicable. La segunda posibilidad sanciona las actuaciones en las que el sujeto activo, aplique o no correctamente la ley, lo hace sobre la base de hechos incompatibles con el resultado de las pruebas practicadas en el proceso.

En uno y otro caso es preciso recordar que el derecho es un sistema basado en la interpretación, de tal modo que las diferencias de interpretación e, incluso, los errores que no provengan de negligencia o ignorancia inexcusables, en cuyo caso constituyen el último supuesto de prevaricación, no dan lugar a este delito, por lo que la contradicción de la resolución con la ley o la falsedad de los hechos establecidos en la misma tienen que estar más allá de cualquier compatibilidad con las normas aplicables o con las pruebas practicadas y solo las contradicciones frontales de las resoluciones con la ley o con el resultado de la prueba, más allá de cualquier posibilidad de interpretación, son constitutivas de prevaricación.

1021

La resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos ha de haber sido dictada por interés personal o por soborno. Esta expresión no ha de ser entendida en el sentido de que pueden existir ánimos cuya concurrencia deja impune una conducta en la que el juez resuelve en plena contradicción con la ley o la prueba, pues los magistrados y jueces actúan con exclusivo sometimiento a la Constitución y a las leyes, sino como una expresión que declara la punición de la conducta tanto cuando el estímulo para cometer la prevaricación ha sido externo, debiendo castigarse al autor del soborno como inductor de la prevaricación, como cuando ésta ha sido cometida por impulso autónomo del juez prevaricador.

La penalidad se agrava en el caso de que la prevaricación consista en una sentencia, sentencia definitiva, condenatoria, dictada en contra de la ley o fundándose en hechos falsos en proceso penal. El castigo alcanza tanto a los supuestos en los que se condena a quien no era responsable del hecho imputado como cuando se impone a una persona mayor pena de la que correspondía según el resultado del proceso y las normas aplicables.

b) Que un magistrado juez o secretario dirijan por sí o por interpósita persona al interesado a las partes en juicio o diligencias que se sigan en el tribunal en el que desempeña sus funciones o en algún otro.

La tipificación de esta conducta es consecuencia de dos de las características esenciales de la Carrera Judicial: la independencia y la imparcialidad. La primera de las dos es reconocida en el artículo 186, donde se consagra el ejercicio de las funciones judiciales con plena libertad, en forma imparcial y sin influencia ninguna, mientras que la segunda aparece reconocida en el artículo 188 del Texto Constitucional, declarando la incompatibilidad con el ejercicio de la abogacía y del notariado, así como toda actuación como funcionario de otro órgano, salvo la enseñanza y la actividad transitoria como diplomático.

1022

No es preciso que la actividad realizada por el sujeto activo sea habitual o profesional, pues un solo comportamiento de esta clase ya pone en peligro la imparcialidad y objetividad, especialmente si el hecho tiene lugar en el tribunal en el que el sujeto activo desempeña sus funciones y aunque no busque lucrarse. Por ese mismo motivo es punible la conducta aunque el pleito en el que realiza la actividad de dirección el sujeto activo no se siga ante el Tribunal en el que esté destinado, sino en otro.

c) Dictar sentencia manifiestamente injusta por negligencia o ignorancia inexcusable.

Es un tipo culposo que se comete por negligencia o por ignorancia inexcusable. El primero de estos conceptos puede ser considerado presente en las actuaciones judiciales realizadas con falta de la diligencia más elemental exigible a un juez, mientras que el segundo supone una falta de conocimientos totalmente inaceptable, pues el juez hubiera podido vencerla con el mínimo interés de atención y estudio o por afectar a saberes elementales.

Esta modalidad sólo se puede cometer en sentencia, siendo indiferente la clase de procedimiento penal, civil, laboral o de cualquier clase en el que se dicte, siempre que sea un proceso judicial, así como el sentido de la sentencia, ya que es indiferente que absuelva a quien debe ser condenado, o al revés. La sentencia debe ser manifiestamente injusta, lo que significa que, valorada desde el punto de vista de un juez de formación y experiencia medias, ha de ser contradictoria con el ordenamiento jurídico de manera clara, evidente, palmaria, de tal modo que ese juez medio, actuando correctamente,

nunca la hubiera dictado, no siendo justificable mediante ninguna interpretación razonable en derecho.

D) TIPO SUBJETIVO

Las dos primeras modalidades sólo pueden ser cometidas mediante dolo directo. En concreto, en la primera modalidad, se exige que la conducta típica sea realizada “a sabiendas”, lo que se suele interpretar como equivalente a dolo directo, pero, además, la redacción del texto hace patente que el sujeto activo ha de ser consciente y querer dictar la resolución injusta.

Esto último es lo que ocurre, igualmente, en la segunda modalidad de la prevaricación judicial, en la que el sujeto activo ha de ser consciente del régimen de incompatibilidades y de que su actividad lo infringe. Hipotéticamente sería posible una conducta en la que el juez o secretario pudieran creer estar actuando lícitamente, por ignorar su régimen de incompatibilidades, lo que daría lugar a la aplicación del error de prohibición, pero, en la práctica, tal ignorancia será difícilmente sostenible, visto el nivel de conocimientos y formación usuales en los integrantes de la Carrera Judicial.

1023

La última modalidad constituye una infracción imprudente, en el que la negligencia o ignorancia inexcusable es equivalente a la imprudencia grave.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La primera y la tercera modalidad quedan consumadas en el momento en el que se dicta la resolución constitutiva de la prevaricación, siendo indiferente, salvo para la aplicación de concursos a los que se hará referencia a continuación, que se haya llegado a ejecutar o no.

La segunda modalidad queda consumada cuando el sujeto activo realice alguna actividad que suponga dirección inmediata o mediante otra persona, bastando, por tanto, que imparta instrucciones técnicas, sin que se exija que redacte o presente escritos, ni que se asuma oficialmente la dirección de una parte mediante actos formales.

F) CONCURSOS

En el supuesto de que la ejecución de una sentencia o resolución constituya otro delito (por ejemplo, sentencia condenatoria injusta que impone una privación de libertad y que se ejecuta), el hecho debe ser castigado mediante el concurso de delitos entre la prevaricación y el delito correspondiente.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.**1024**

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”

311

OMISIÓN DE INVESTIGACIÓN

El Fiscal General de la República o el funcionario por él designado, que fuera de los casos permitidos por la ley, se negare a promover la investigación de un hecho delictivo del que tenga noticia en razón de sus funciones, será sancionado con prisión de tres a cinco años.

En igual sanción incurrirán dichos funcionarios, cuando conociendo la realización de un hecho delictivo, omitieren el ejercicio de las acciones penales correspondientes ante el juez o tribunal competente.

En todos estos casos se impondrá, además, inhabilitación especial del cargo por el mismo tiempo.

1025

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Se trata del correcto ejercicio de sus funciones y deberes por parte de alguna de las personas definidas como sujetos activos en el delito.

B) SUJETOS

Sujeto activo sólo puede ser el Fiscal General de la República o los funcionarios por él designados, en la medida en que el artículo 193 de la Constitución le encomienda promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, dirigir la investigación del delito y promover la acción penal, entre otras funciones, además de tener atribuido el nombramiento de Fiscales, funcionarios y empleados de su dependencia.

Parece discutible que los miembros de la Policía Nacional Civil puedan ser sujetos activos de este delito, pues aunque la dirección funcional de su actividad esté encomendada al Fiscal General y a sus auxiliares y éstos pueden designar investigadores para un hecho, los integrantes de la Policía Nacional Civil son identificados como agentes de autoridad en el artículo 39 del Código Penal y, además, en el presente delito, el sujeto activo denominado bajo la mención de funcionario tiene que haber sido designado

como tal por el Fiscal General, lo que parece restringir el círculo de sujetos activos a los integrantes de la Fiscalía. Sin embargo, la comparación de las conductas típicas y la penalidad prevista en los artículos 309, 311, 312 y 321, así como la Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil debe llevar a entender que sí pueden ser sujetos activos de este delito, cuando, por su destino, tengan entre sus funciones las de investigar delitos.

Sujeto pasivo es el Estado.

C) CONDUCTA TÍPICA

Son dos las conductas típicas reguladas, tradicionalmente consideradas como formas de prevaricación de funcionario público:

a) Negarse a promover la investigación de un hecho delictivo del que se tenga noticia en razón de sus funciones, fuera de los casos permitidos por la ley.

1026

La negativa puede ser tanto expresa como tácita, lo que es lo mismo que decir que el hecho puede ser cometido tanto por acción, cuando el sujeto activo, expresamente, se niega a investigar, como omisivamente, cuando, sin negarse terminantemente el sujeto a investigar, su actitud demuestre la voluntad de no proceder conforme a sus funciones.

La noticia ha de referirse a un hecho delictivo, no a una falta, y el sujeto activo ha de haber tenido conocimiento del mismo en virtud de sus funciones, lo que equivale a decir que siempre, pues la regulación constitucional de las funciones del Fiscal en relación con la persecución de delitos no conoce limitaciones.

La negativa a investigar deja de ser delictiva si se produce en los casos permitidos por la ley, lo que constituye al mismo tiempo una manifestación del principio de oportunidad y de la primera causa excluyente de la responsabilidad criminal del artículo 27 del Código Penal.

b) Omitir el ejercicio de las acciones penales correspondientes ante el juez o tribunal competente, conociendo la realización de un hecho delictivo.

La conducta en este caso es de pura omisión, bastando el conocimiento de la comisión del delito y la no interposición de la acción correspondiente ante los tribunales. La

comisión del delito exige, no un simple retraso, sino una auténtica ausencia de la conducta debida de interposición de la acción penal.

D) TIPO SUBJETIVO

El sujeto activo ha de tener noticia o conocer la comisión de un hecho con las características de delito. Pueden ser frecuentes casos en los que el sujeto, conociendo que se ha realizado un hecho, erróneamente, no le atribuya la trascendencia delictiva que, verdaderamente, tiene, supuesto que presenta características de error de prohibición, pero que es un auténtico error de tipo, con las consecuencias propias del error de esta clase.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Aunque, en principio, se pueden imaginar casos de tentativa en relación con la conducta expresa de negarse a promover la investigación, el hecho de que todas las conductas sancionadas en el artículo tengan la misma pena y las demás no sean sancionables sino en grado de consumación, debe llevar a concluir que, en todos los supuestos de este artículo, la tentativa es impune y sólo se sanciona el delito consumado.

1027

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).

312

OMISIÓN DE AVISO

El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública que en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, tuviere conocimiento de haberse perpetrado un hecho punible y omitiere dar aviso dentro del plazo de veinticuatro horas al funcionario competente, será sancionado con multa de cincuenta a cien días multa.

Igual sanción se impondrá al jefe o persona encargada de un centro hospitalario, clínica u otro establecimiento semejante, público o privado, que no informare al funcionario competente el ingreso de personas lesionadas, dentro de las ocho horas siguientes al mismo, en casos en que racionalmente debieran considerarse como provenientes de un delito.

1028

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido es el genérico deber de colaboración en la persecución de delitos que incumbe a todos los integrantes de instancias públicas, así como a las personas dedicadas a la asistencia sanitaria, en relación con los hechos delictivos relativos a la vida o a la salud.

B) SUJETOS

La modalidad delictiva recogida en el primer inciso del precepto sólo puede ser cometida por funcionario, empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, siempre que no sean competentes para la investigación del hecho punible cometido, pues en tal caso y de concurrir los elementos típicos del artículo anterior, incurrirán en el delito regulado en el mismo.

En el segundo inciso el sujeto activo debe ser jefe o encargado de un establecimiento sanitario público o privado, abarcando esta expresión tanto al director o gerente de tales centros, como a los jefes o encargados transitorios, como los médicos de guardia,

encargados de servicio, jefes de noche y demás personas en las que, en un momento concreto, pueda reposar la dirección o mando del centro.

El sujeto pasivo es el Estado, como titular del ius puniendi.

C) CONDUCTA TIPICA

Tanto en el primer como en el segundo inciso la conducta es una pura omisión.

En el primer inciso, cuando una de las personas allí citadas tiene conocimiento, saber que, a diferencia del artículo 309, no se exige que sea cierto, bastando, por tanto, que sea un conocimiento razonable, de la comisión de un hecho punible, expresión que abarca tanto a los delitos como a las faltas, la ley le constituye en la obligación de dar noticia de ello en el plazo de veinticuatro horas al funcionario competente para su investigación, que ha de ser órgano judicial, policía, fiscal o el que corresponda, por lo que, si omite hacerlo, incurre en responsabilidad criminal por este precepto.

En la segunda modalidad el círculo de responsabilidad es más limitado, pues el conocimiento de la comisión de un delito ha de proceder del ingreso de personas lesionadas en el centro que dirija o mande el sujeto activo, cuando racionalmente se desprenda que tales lesiones han sido producidas por delito y no, por tanto, por falta, pero el plazo para dar aviso al funcionario competente, ya mencionado, se reduce a ocho horas.

1029

D) TIPO SUBJETIVO

Es exclusivamente doloso, aunque pueden plantearse los mismos problemas respecto del error comentados respecto del artículo anterior.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La infracción queda consumada con el transcurso de los plazos previstos en la ley, no siendo posibles los casos de tentativa.

313

DESOBEDIENCIA A MANDATO JUDICIAL

El que citado legalmente por funcionario judicial en calidad de jurado, testigo, traductor, interprete o depositario de cosas, que siendo requerido oír segunda vez se excusare o se abstuviere de comparecer, sin justa causa, o habiendo comparecido rehusare prestar su colaboración en la diligencia judicial que se le ordenare, será sancionado con treinta a sesenta días multa.

Se considerará también desobediencia a mandato judicial, la incomparecencia sin justa causa de alguna de las partes debidamente citadas, en el caso del Art. 270 del Código Procesal Penal y serán sancionados con prisión de dos a cuatro años. Si fueren funcionarios o empleados públicos además se sancionará con la inhabilitación del cargo durante el mismo tiempo. (15)

1030 La sanción será de cien a ciento ochenta días multa e inhabilitación especial de cargo o empleo de uno a tres años, para el funcionario o empleado público agente de autoridad o autoridad pública que no prestare la colaboración que le fuere requerida por el juez o magistrado.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Se trata de la propia Administración de Justicia, cuya rápida y correcta realización depende, en la mayor parte de las ocasiones, de la colaboración de determinadas personas ajenas a la propia organización judicial.

B) SUJETOS

La conducta del inciso primero sólo puede ser cometida por personas llamadas al proceso como jurado, testigo, traductor, intérprete o depositario de cosas, de modo que no puede ser cometido como autor por el resto de las personas intervinientes en el proceso.

En el inciso segundo sujeto activo puede ser cualquiera de las personas mencionadas en el artículo 39 del Código Penal, incluso cuando sean citados como testigos e incurran en la conducta del inciso primero.

El sujeto pasivo es el Estado, como titular de la función jurisdiccional.

C) CONDUCTA TIPICA

La conducta típica del primer inciso tiene como presupuesto el que el sujeto activo haya sido citado legalmente, de conformidad con lo previsto en la correspondiente ley procesal por segunda vez, requisito este que deberá ser convenientemente acreditado.

La conducta típica de este inciso se produce en el seno de cualquier proceso judicial y en cualquier trámite de éste, para el que se haya producido la citación y se sanciona por igual la pura omisión de abstenerse de comparecer, sin alegar ninguna causa o alegando causa que no sea justa, entendiendo por justos los motivos regulados en las propias leyes procesales aplicables y los ocasionados en hechos insalvables, como enfermedades, cortes de caminos y otros que se puedan producir y la comparecencia en la que el sujeto activo se niega a prestar la colaboración que debe llevar a cabo según el motivo por el que ha sido llamado a la causa, siendo indiferente que esta negativa sea directa, frontal y expresa o una conducta reticente en el mismo sentido.

1031

El segundo inciso sanciona los actos cometidos por las personas en él citadas, sean o no coincidentes con los regulados en el inciso anterior, siempre que representen una abierta negativa o una omisión a la colaboración que deben prestar a las autoridades judiciales en virtud de sus normas reguladoras en el curso del proceso.

D) TIPO SUBJETIVO

El dolo del sujeto activo debe abarcar el hecho de que, en el inciso primero, la conducta típica implica responsabilidad criminal, por lo que tal persona debe saber que, de incomparecer por segunda vez o de negarse a colaborar, incurrirá en delito. Igualmente, en la segunda modalidad de la conducta, debe conocer su deber de colaborar con las autoridades judiciales.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La esencia de las conductas castigadas es no colaborar con la Administración de Justicia, en el caso de que no se colabore el hecho estará consumado, mientras que si se presta tal colaboración no existirá delito ni, por tanto, tentativa.

JURISPRUDENCIA.

1032 “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 supuesto 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. 1º Santa Ana, 16-03-01)

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 parcializados (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.

314

PATROCINIO INFIEL

El abogado, defensor público o mandatario, que ante autoridad judicial, defendiere o representare partes contrarias en el mismo asunto, simultánea o sucesivamente, será sancionado con cincuenta a cien días multa e inhabilitación especial de profesión, oficio o cargo de dos a cuatro años.

1034 En la misma sanción incurrirán los fiscales, asesores, colaboradores técnicos y demás funcionarios o empleados públicos encargados de emitir dictamen.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Aunque la conducta castigada puede perjudicar el interés de quienes intervienen en un proceso judicial, la norma jurídica no reclama el perjuicio, ni siquiera potencial, de nadie, para la comisión de la infracción, por lo que el centro del delito se sitúa en el incumplimiento por parte de abogados, defensores públicos y mandatarios, en el primer inciso, y por parte de las personas citadas en el segundo inciso, de sus obligaciones profesionales, en orden a una correcta Administración de Justicia, que viene a ser, otra vez, el bien jurídico protegido.

B) SUJETOS

Está limitado a las personas mencionadas en el artículo, en una definición que no precisa más aclaración que el carácter abierto de la enumeración contenida en el segundo inciso, para ser autor de la cual solo se precisa ser funcionario o empleado

público de conformidad con el artículo 39 del Código y tener que emitir dictamen ante la autoridad judicial.

Sujeto pasivo es, como en los demás delitos que estamos considerando, el Estado.

C) CONDUCTA TIPICA

En el primer inciso se castiga un comportamiento que debe ocurrir en el seno de un asunto judicial, por tanto, en proceso judicial en el que se esté actuando la jurisdicción, de cualquier clase, comportamiento que consiste en defender o representar ante la autoridad judicial, sea en forma simultánea, sea sucesivamente, a partes contrarias. Defender significa lo mismo que asumir la dirección técnico-jurídica de los intereses de una persona que litiga ante los Tribunales, mientras que representar es actuar por un litigante, siendo indiferente que el mandatario actúe con poder para toda clase de pleitos o solo para el concreto caso en el que se produce la conducta típica.

La conducta típica no se comete en estadios preprocesales de la causa, aunque se asesore o defienda a partes enfrentadas, al igual que tampoco se comete, aunque ya esté empeñado el litigio judicial, si la actividad no se realiza ante la autoridad judicial, requisito que debe entenderse como toda actividad, escrita u oral, dirigida al órgano judicial o en acto presidido por éste. Tampoco se incurre en responsabilidad criminal si se dirige en un mismo asunto a partes diferentes pero que no sean contrarias, de modo que el hecho sólo puede tener lugar en asuntos contenciosos.

1035

Aunque no se dice expresamente, resultará indiferente que la doble dirección o representación se lleve a cabo de modo abierto o, como será más frecuente, de manera encubierta o por persona interpuesta.

La segunda conducta típica castigada en el precepto es definida con gran parquedad, debiendo entenderse que sanciona a cualquier empleado o funcionario público que tenga que dictaminar en el procedimiento y que, además, formule dictamen por cuenta de alguna de las partes implicadas en la causa, siendo exigibles los demás requisitos vistos en el inciso anterior, es decir, que el dictamen vaya dirigido o forme parte del material a valorar por el juez o tribunal, y que, por tanto, se emita en un procedimiento judicial en curso.

D) TIPO SUBJETIVO

El dolo del sujeto activo debe abarcar la imposibilidad de representar o defender a partes enfrentadas en asuntos judiciales o, en el segundo inciso, de la incompatibilidad para emitir dictamen por su cuenta.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La infracción queda consumada cuando el sujeto activo, en la primera modalidad, realiza cualquier acto que signifique efectiva dirección o representación ante la autoridad judicial de una de las partes enfrentadas, teniendo encomendada al mismo tiempo, o habiéndola tenido, la defensa o representación de la otra, sin que baste con que asuma tal defensa o representación pero sin realizar actos efectivos. En el segundo inciso se consuma cuando se emite el dictamen por cuenta de una de las partes implicadas en el pleito.

Son constitutivas de tentativa todas las actividades en las que el sujeto, por causa distinta de su desistimiento voluntario, no llega a defender o representar o a dictaminar.

1036

F) CONCURSOS

La conducta regulada en el segundo inciso del artículo puede dar lugar a un concurso con el delito de cohecho, si el funcionario o empleado ha solicitado o aceptado alguna cosa para la realización del dictamen.

315

SIMULACIÓN DE INFLUENCIA

El abogado, defensor público, fiscal o mandatario que simulando influencias ante el juez o magistrado que conoce un asunto, ante el fiscal que interviniere en el mismo, ante el respectivo secretario judicial o ante un testigo o perito que debiere actuar en él, recibiere de su cliente o hiciere que éste le prometiере para sí o para tercero, dinero u otra utilidad, con el pretexto de que el fallo o diligencia judicial le será favorable o que tuviere que remunerarlos, será sancionado con prisión de uno a tres años.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

El delito presenta un carácter mixto, pues el hecho de hacer creer que un acto judicial será favorable por unas pretendidas influencias ante las personas que intervienen, por oficio público, o por el caso concreto, en la administración de justicia, perjudica el prestigio de ésta y, en definitiva, su propio ejercicio, pero, además, el hecho típico cuando menos pone en peligro el patrimonio del cliente, que promete o entrega un valor económico en base a un engaño, lo que acerca el delito a las infracciones de estafa. Sin embargo, vista la pena prevista en este artículo, así como su ubicación, debe entenderse que en este procedimiento sólo se protege la administración de justicia.

1037

B) SUJETOS

Según la descripción típica, sujeto activo puede ser el abogado, defensor público, fiscal o mandatario, pero no se comprende la mención al fiscal, ya que la conducta típica tiene que estar dirigida al cliente del sujeto activo y no cabe admitir que el fiscal tenga clientes, por lo que tal mención debe entenderse vacía de contenido, pues, aunque el fiscal, en su actuación, defienda a los ofendidos por un delito, ni siquiera en sentido figurado se podría afirmar que esas personas adoptasen la posición de clientes.

Sujeto pasivo es el Estado.

C) CONDUCTA TIPICA

La estructura de la conducta guarda notable analogía con la de la estafa, pues es preciso un comportamiento inicial del sujeto activo en el que éste, de modo creíble, se atribuya influencias que no tiene, sobre el juez o magistrado encargado de un asunto, ante el fiscal que actúe en él o ante el secretario judicial, o ante testigo o perito llamados al mismo, lo que supone un engaño, que debe ser valorado en cada caso por el tribunal para saber si es apto para crear en la mente del cliente un estado de falsa creencia en la realidad de tales influencias.

En virtud de este engaño el sujeto activo tiene que hacer creer al cliente que puede conseguir que el fallo definitivo o alguna diligencia judicial pendiente le sea favorable o, simplemente, que puede conseguir que se dicten mediante una compensación económica al juez, magistrado, fiscal, secretario, testigo o perito.

1038

A consecuencia de esta doble actividad engañosa el cliente tiene que prometer o entregar efectivamente, alguna cantidad de dinero u otra utilidad, en el sentido de objeto, servicio o valor con trascendencia económica, bien para que el propio sujeto activo se haga con ella, bien para que éste se lo trasmita a otra persona, sea o no aquella con la que se pretende la influencia.

Por tanto no son típicas por este artículo las conductas en las que no se simula la influencia, sino que ésta existe en realidad. En el caso de que tal influencia exista y el sujeto activo pida cantidad para usarlas, sin verdadera intención de hacerlo, el hecho sería punible como estafa.

D) TIPO SUBJETIVO

La estructura fraudulenta de la conducta hace que el hecho solo pueda ser cometido con dolo directo, pues la simulación es un acto eminentemente intencional.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación se produce desde que se realiza la simulación de las influencias, se pide cantidad para ejercerlas y el cliente, al menos, promete su entrega. Si hecha la reclamación no se produce al menos esa promesa, la infracción se encontrará en fase de tentativa.

F) CONCURSOS

Los casos en los que el cliente entrega alguna cantidad darán lugar a un concurso real con una estafa consumada, si el cliente sólo ha prometido la entrega, estaremos ante un concurso de delitos entre la simulación de influencia consumada y una estafa intentada.

316**DESTRUCCIÓN, INUTILIZACIÓN U OCULTAMIENTO DE DOCUMENTO POR ABOGADO O MANDATARIO**

El que interviniendo en una causa como abogado, defensor público, fiscal o mandatario, con abuso de su función, destruyere, inutilizare u ocultare documentos o actuaciones de los que hubiere recibido traslado en esa calidad, o en cualquier otra circunstancia, será sancionado con prisión de dos a cinco años e inhabilitación especial de profesión, oficio o cargo de tres a seis años.

1039**A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO**

Es el propio de todo el Capítulo.

B) SUJETOS

Sujeto activo es alguna de las personas mencionadas en el precepto, siempre que intervengan en la causa a la que hace referencia el artículo en esa calidad y no, por ejemplo, como testigos de algún hecho.

El sujeto pasivo es el Estado.

C) CONDUCTA TIPICA

Se castiga destruir, inutilizar u ocultar, expresiones de fácil comprensión, distinguiéndose las dos primeras pues, mientras la primera afecta a la sustancia del objeto material, la

segunda, sin quebrantar o hacer desaparecer esa sustancia, lo hace inservible para su función.

La destrucción, inutilización u ocultación debe recaer sobre documentos o actuaciones, los que deben pertenecer o hacer referencia a una causa de cualquier orden jurisdiccional, en la que intervenga el sujeto activo en la cualidad profesional a la que se ha hecho mención.

El sujeto activo debe haber recibido traslado de los documentos o actuaciones en la calidad en la que interviene en la causa, o en cualquier otra circunstancia, por lo que lo esencial es la relación del sujeto activo y del objeto material con la causa, careciendo de trascendencia que el sujeto activo reciba el objeto material por un traslado acordado por la autoridad judicial o que haya logrado tenerlos en su poder por otro medio, como haberlos encontrado por estar perdidos, haberlos sustraído o que se los hayan trasladado por error.

En todo caso, la conducta requiere que el sujeto activo abuse de su función, esto es, se sirva de ésta para ejecutarla.

1040

D) TIPO SUBJETIVO

El abuso de la función del sujeto activo implica la existencia de dolo directo.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación se produce con la destrucción, inutilización u ocultación del objeto material, por lo que, cuando no se produce este resultado, el hecho es punible en grado de tentativa.

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).

CAPÍTULO II

DE LOS DELITOS CONTRA LA AUTORIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES Y ABUSO DE DERECHO

317

EVASIÓN(15)

El que hallándose legalmente detenido o condenado, se evadiere, será sancionado con prisión de dos a cuatro años. (15)

Si el evadido se presentare voluntariamente ante alguna autoridad o regresare al lugar de reclusión, la sanción podrá rebajarse hasta la mitad del mínimo señalado. (10)

1041

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

En éste y en el siguiente artículo, se trata del interés estatal en la efectividad de determinadas resoluciones judiciales en las que se impongan medidas o penas privativas de libertad. Aunque se haga mención a detención, lo que podría plantear la posibilidad de incluir la detención administrativa, la equiparación de penas entre el quebrantamiento de detención y de prisión, así como la rúbrica del capítulo, que, específicamente, se refiere a las decisiones judiciales, lleva a interpretar que aquí se trata sólo de detención judicial.

B) SUJETOS

Sujetos activos sólo pueden ser quienes estén legalmente detenidos o condenados, por tanto, debe haber en su contra una resolución judicial que comporte la privación de libertad.

Sujeto pasivo es el Estado.

C) CONDUCTA TIPICA

Se comete al evadirse empleando violencia contra las personas o las cosas. El uso del verbo evadirse, así como la mención del inciso segundo al lugar de reclusión hace preciso que el sujeto activo ya haya empezado a cumplir la condena o haya quedado privado de libertad, siendo indiferente que se evada de un centro en el que esté internado o durante la conducción al mismo o en traslados de centro a centro o en otra ocasión, como visitas hospitalarias.

La conducta típica exige que la evasión se realice empleando violencia en las personas o en las cosas. Estos conceptos ya han sido comentados en relación con otros preceptos pero, básicamente, abarcan los actos de acometimiento agresivo contra las personas y los actos en los que se emplee la fuerza física contra elementos materiales. En uno y otro caso, la violencia debe concurrir antes de que quede consumada la evasión y debe ser aplicada por el propio sujeto activo o por personas con las que actúe de común acuerdo o que, sin este acuerdo, actúen en favor de la evasión, sin que parezca punible el comportamiento de quien, sin acuerdo, se aprovecha de la violencia cometida por otros con otro motivo.

1042

El inciso segundo castiga un tipo atenuado, en el que se concede a los tribunales la facultad de rebajar la pena prevista para el tipo básico cuando el evadido se entregara voluntariamente.

D) TIPO SUBJETIVO

El dolo del delito exige que el sujeto activo busque sustraerse definitivamente, o, al menos, por tiempo indefinido, a la detención o a la prisión.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Es posible la tentativa cuando no llega a producirse la evasión, así cuando no se llega a salir del lugar de reclusión.

F) CONCURSOS

Si el uso de la violencia tiene efecto sobre la vida u otro bien jurídico, será aplicable el concurso real correspondiente.

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.

1043**318****FAVORECIMIENTO DE LA EVASIÓN**

El que procurare, facilitare o permitiere la evasión de una persona detenida o condenada, será sancionado con prisión de cinco a diez años. Si se tratare de funcionario, empleado público, agente de autoridad o autoridad pública encargada de su custodia o guarda, se impondrá además inhabilitación especial para el ejercicio de cargo o empleo público. (11)(12)(15)

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es el mismo del anterior artículo.

B) SUJETOS

Sujeto activo, en la primera mención del artículo, puede ser cualquier persona distinta del propio evadido, incluso un funcionario, siempre que no esté encargado de la custodia o guarda del evadido, mientras que en la segunda parte ha de ser alguna de las personas mencionadas en el artículo 39 del Código Penal y, además, estar encargado de la custodia o guarda del evadido.

En el inciso final es precisa la relación familiar descrita.

Sujeto pasivo es el Estado.

C) CONDUCTA TIPICA**1044**

Es descrita con los verbos procurar, facilitar o permitir, que abarcan todas las conductas en las que el sujeto activo, por acción u omisión, coopera a la evasión, de modo que este artículo contempla actos de complicidad o cooperación necesaria, elevados a la categoría de delito autónomo. Al igual que se comentaba en el artículo anterior, sólo afecta a las detenciones judiciales, no a las administrativas.

En el segundo inciso de este primer inciso es necesario, no sólo la condición pública, sino, también, que el sujeto activo esté encargado, aunque sea de modo puntual o transitorio, de la custodia o guarda del evadido, mientras que en inciso final se contempla, en primer lugar, una causa de inexigibilidad de otra conducta, cuando entre el sujeto activo y el evadido media la relación familiar descrita y, en segundo lugar, una atenuación basada en una versión del arrepentimiento, centrado en que el sujeto activo entregue al fugado o logre su captura, lo que debe entenderse comprensivo de los casos en los que proporcione la información que la hace posible.

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 accesorio 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.

1045

318-A

FAVORECIMIENTO CULPOSO A LA EVASIÓN

El que en forma culposa permitiere la evasión de una persona detenida o condenada, será sancionado con prisión de uno a tres años. (15)

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 culposo, 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 culposo 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).

319

EJERCICIO VIOLENTO DEL DERECHO

El que con el objeto de ejercer un pretendido derecho cuando podría haber acudido a la autoridad, se valiere de intimidación o violencia contra las personas, será sancionado por denuncia de la persona agraviada, con multa de cien a ciento cincuenta días multa.

El que con el mismo propósito hubiere empleado fuerza sobre las cosas, será sancionado con diez a cincuenta días multa.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido es el monopolio del Estado en el uso legítimo de la fuerza para la resolución de conflictos. No es lo mismo que la Administración de Justicia, aunque se trata de conceptos íntimamente conectados. Aunque se ha sostenido que en este delito también se protegen los bienes jurídicos, como la vida, que pueden ser directamente ofendidos por los medios comisivos, no puede admitirse esa conclusión cuando, si a consecuencia de estos hechos, se cometen delitos contra la vida, la integridad, la propiedad, se producen los correspondientes concursos.

1047

B) SUJETOS

El sujeto activo es definido como la persona que realice la conducta típica «con el objeto de ejercer un pretendido derecho cuando podía haber acudido a la autoridad», lo que puede ser entendido como una mención de tipo subjetivo, de conformidad con la cual lo esencial para definir el sujeto activo sería que éste creyese estar ejerciendo un derecho, al margen de la existencia real de éste, interpretación que debe ser rechazada, pues la existencia de derechos es una materia objetiva, derivada del ordenamiento jurídico y no de la creencia particular. Parece más correcto interpretar la mención dicha en el sentido de que quien pretende ejercer un derecho por medios al margen de la autoridad, en realidad no ejerce ningún derecho, aunque sí tenga su titularidad.

Así pues el sujeto activo ha de ser el titular del derecho cuyo ejercicio se pretende.

Sujeto pasivo es el Estado, como titular del monopolio legítimo del uso de la fuerza para la solución de conflictos entre ciudadanos. Los ataques a la persona sobre la que recae la conducta típica son castigados mediante el concurso con el correspondiente delito.

C) CONDUCTA TIPICA

Su presupuesto es la existencia del ya mencionado derecho, en el sentido de existencia de conformidad con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, de modo que está fuera del ámbito de este delito el uso de violencia, intimidación o fuerza para exigir, por ejemplo, el pago acordado por la comisión de un homicidio. La titularidad de tal derecho debe recaer en el sujeto activo y no en otra persona.

Los medios comisivos son la violencia, la intimidación, cuya interpretación es la común en otros lugares del Código Penal, y la fuerza en las cosas, que, como no va dirigida necesariamente a apoderarse de ningún objeto, sino a ejercer el pretendido derecho, no coincide con los medios comisivos mencionados en el nº 1 del artículo 208, sino con el sentido vulgar de la expresión.

1048

Se exige, para la comisión del delito, que el sujeto activo hubiera podido acudir a la autoridad, de modo que, en sentido contrario, si el sujeto usó la violencia, la intimidación o la fuerza para hacer efectivo su derecho porque no podía acudir a la autoridad, no existe este delito, siendo esta una aplicación específica de la circunstancia de legítima defensa.

Cuando el medio comisivo empleado sea la fuerza en las cosas, la penalidad a aplicar es la atenuada del inciso segundo.

D) TIPO SUBJETIVO

La existencia de una finalidad específica, que es ejercer el pretendido derecho, lleva a estimar que solo puede cometerse el delito con dolo directo. Si el sujeto cree erróneamente que existe el derecho que pretende ejercer, en realidad estará cometiendo un delito de robo o de hurto en situación de error sobre una causa de exclusión de la responsabilidad penal, con las consecuencias de éste.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

El uso de la violencia, la intimidación o la fuerza en las cosas consuma la infracción, se haya o no logrado la finalidad propuesta por el sujeto activo, de modo que es difícil la tentativa, aunque podrá existir en algún caso, como cuando se intente intimidar y no se logre.

F) CONCURSOS

Son posibles concursos con las infracciones que castiguen los resultados producidos por el uso de los medios típicos. En los supuestos en los que el sujeto activo se apodere de algún objeto del sujeto pasivo, si el valor del mismo es notablemente superior al del derecho que pretende ejercer, no podrá tenerse por probado que quería ejercer el derecho, sino que concurre ánimo de lucro y el hecho deberá ser sancionado como robo o como hurto.

G) CONDICIONES DE PERSEGUIBILIDAD

Cuando la conducta es cometida mediante violencia o intimidación, el Código condiciona la perseguibilidad a la denuncia de la persona agraviada y, aunque no se exija expresamente esa denuncia respecto de la conducta cometida mediante fuerza en las cosas, ha de entenderse aplicable el mismo requisito.

TÍTULO XVI

DELITOS RELATIVOS A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO I

DE LOS ABUSOS DE AUTORIDAD

320

ACTOS ARBITRARIOS

1050 El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público que en el desempeño de su función realizare cualquier acto ilegal o arbitrario, vejación o atropello contra las personas o daño en los bienes, o usare de apremios ilegítimos o innecesarios para el desempeño de la función o servicio o permitiere que un tercero lo cometiere, será sancionado con prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para desempeño del cargo por el mismo tiempo.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es el correcto funcionamiento de la administración y de los servicios públicos, sean éstos prestados por funcionarios o por empleados públicos o por particulares encargados de los mismos. No se trata de proteger el correcto funcionamiento de la Administración por si sola, ya que esto no es un fin sino un medio para lograr la adecuada realización de la actividad que justifica la existencia de la Administración, que es la prestación de servicios a los ciudadanos.

B) SUJETOS

El delito sólo puede ser cometido por quienes sean funcionarios, empleados públicos o encargados de un servicio público.

Sujeto pasivo es la persona respecto de la cual el sujeto activo lleva a cabo la conducta típica.

C) CONDUCTA TIPICA

El delito tipificado en el artículo 320 es una figura residual que castiga aquellas infracciones que no estén sancionadas en otros preceptos más específicos del Código Penal. La descripción de la conducta adolece de tal vaguedad que roza con el principio de legalidad y con el de tipicidad y de otro lado, todos los comportamientos descritos son por sí mismos, contrarios al ordenamiento administrativo, que regula la actuación de los funcionarios y de los encargados de los servicios públicos, lo que hace imprescindible deslindar cuando, por ejemplo, un apremio innecesario, constituye una infracción administrativa, o cuando su autor incurre en la responsabilidad perseguida en este precepto, o cuando un daño en los bienes es constitutivo de esta infracción.

El tipo exige que el sujeto activo delinca en el desempeño de su función, lo que es lo mismo que con abuso de ella, y, en los casos en los que este abuso de la función, concretado en alguno de los extremos descritos en este artículo, signifique lesión para los derechos de los administrados, nos encontraremos en el ámbito de aplicación de este precepto, lo que es igual a decir que sólo los casos racionalmente más graves caen bajo la aplicación del artículo.

1051

Se castigan tanto los comportamientos activos como aquellos en los que el sujeto activo permita que otro cometa estos hechos, ya que se encuentra en posición de garante respecto de los derechos de los administrados.

Acto ilegal es aquel contrario en cualquier sentido al ordenamiento jurídico, mientras que el acto arbitrario es el que sólo se sustenta en el propio capricho del sujeto activo, teniendo su más significado ámbito de existencia en el marco de las potestades discrecionales, cuyo ejercicio no puede ser caprichoso, sino tendente al logro de la finalidad propia de la potestad. Los términos de vejación o atropello contra las personas unifican los comportamientos contrarios a la dignidad de las personas, tengan significación física o moral. El daño en los bienes incluye los ataques al valor material y al valor en uso. Los apremios ilegítimos o innecesarios para el desempeño de la función o servicio incluyen en el campo de lo punible tanto el uso de medios no autorizados por el ordenamiento para lograr la finalidad pública, como el usar medios, en principio

conformes con el ordenamiento, pero, en el caso concreto, desconectados completamente con la función o servicio afectado.

D) TIPO SUBJETIVO

El dolo implica conocimiento del ámbito de correcto desempeño de las funciones y voluntad de no someterse al mismo.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación del delito requiere la realización de actos ilegales o arbitrarios, vejaciones o atropellos personales o daños materiales, o uso de apremios ilegítimos o innecesarios, y, en el caso de que no se produzcan los mismos, se sancionará la infracción como intentada.

F) CONCURSOS

1052 En el caso de que los actos realizados tengan como resultado lesiones para otros bienes jurídicos protegidos, siempre que no pertenezcan a la órbita de la propia administración, se dará lugar al correspondiente concurso de delitos.

321

INCUMPLIMIENTO DE DEBERES

El funcionario o empleado público, agente de autoridad o el encargado de un servicio público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto propio de su función, será sancionado con treinta a cincuenta días multa e inhabilitación especial para el desempeño del cargo de seis meses a un año.

Cuando el incumplimiento del deber de lugar a un hecho delictivo, o sea motivo de otro, será sancionado con prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial del cargo de tres a cinco años. (13)

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es el mismo que en el delito anterior.

B) SUJETOS

Los mismos que en el artículo anterior.

C) CONDUCTA TIPICA

El significado básico de la conducta es omisivo, pues, pese a que se castiga rehusar hacer un acto propio de su función, evidentemente, no es objeto de castigo el comportamiento de quien, verbalmente o, incluso, por escrito, se niega a la ejecución de un acto que debe realizar y, en la práctica, lo ejecuta, de modo que se sanciona omitir los actos que se deben ejecutar. La Administración sólo está autorizada a realizar las actividades que la ley le permite, debiendo operar a través de sus órganos personales en la prestación de los servicios a los ciudadanos.

1053

El tipo sanciona todos los comportamientos en los que un integrante de la Administración o un encargado de un servicio público no cumple los cometidos de su cargo. Es indiferente que, en el caso de que rehúse realizar algún acto propio de su función, exista o no un acto expreso de negativa, pues el sentido de la conducta que se sanciona es no cumplir el contenido de su función.

La conducta aquí sancionada constituye también una infracción de las normas administrativas, a corregir a través del derecho administrativo sancionador, de tal forma que es reproducible lo dicho en el artículo anterior, en cuanto a que sólo las infracciones más graves pueden ser constitutivas del delito.

La conducta consistente en retardar algún acto propio de su función debe restringirse a aquellos casos en los que ese retraso, realizado sin justificación legal, suponga perjuicio para los intereses de los administrados.

D) TIPO SUBJETIVO

El dolo del sujeto activo implica que el sujeto activo conoce lo inadecuado de su comportamiento. En el caso en que el sujeto activo crea estar actuando legalmente, el supuesto debe ser resuelto mediante la aplicación del error de tipo.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

El delito es de pura omisión y no admite formas imperfectas, por lo que sólo es punible en fase de consumación.

F) CONCURSOS

Si la omisión del sujeto activo supone un delito más específico, como el del artículo 311 o el del 312, éste será de aplicación preferente en virtud del artículo 7.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.**1054**

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.

322

DESOBEDIENCIA

El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública que se negare abiertamente a dar el debido cumplimiento a sentencia, decisiones u órdenes de un superior, dictadas dentro del ámbito de su competencia y revestidas de las formalidades legales, será sancionado con prisión de seis meses a un año e inhabilitación especial para el ejercicio del empleo o cargo por igual tiempo.

No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, no incurrirán en responsabilidad penal los funcionarios o empleados públicos, agentes de autoridad o autoridad pública, por no dar cumplimiento a un mandato que constituyere una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o de cualquiera otra disposición reglamentaria.

1055

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

En otros momentos se afirmó que era, genéricamente, la propia Administración pública, que vería atacados por esta conducta algunos de los principios básicos sobre los que se asienta, como son los de jerarquía y coordinación. Sin embargo, estas concepciones incurren en el error de considerar como fin lo que es un medio, pues la Administración está al servicio de los ciudadanos y así, si se protege la Administración pública no es sino por vía de dar cobertura al servicio que ella debe prestar a la sociedad y, en definitiva, se busca proteger la eficacia de la Administración frente a los ciudadanos.

B) SUJETOS

Sujeto activo pueden ser todas las categorías descritas en el artículo 39 del Código. En el supuesto de que una de estas personas reciba una orden, no en su condición de persona pública, sino como particular, no incurre en este delito, sino en el del artículo 338.

Sujeto pasivo es el conjunto de los ciudadanos, en cuanto que perjudicados por el incorrecto funcionamiento de la Administración.

C) CONDUCTA TIPICA

El presupuesto de la conducta típica que, por tanto, tiene que existir antes de que ésta se realice, es la sentencia, decisión u orden dictada por el superior del sujeto activo, dictada dentro del ámbito de su competencia y revestida de las formalidades legales.

El concepto de sentencia no incluye los autos ni las resoluciones judiciales de mera tramitación, pero, en tanto que todas las resoluciones judiciales implican decisiones de los órganos correspondientes, pueden ser incluidas en el ámbito de las decisiones.

1056 Las sentencias, decisiones y órdenes deben ser dictadas por el superior del sujeto activo, superioridad ésta que, cuando se trate de meras decisiones u órdenes administrativas, deben ser dirigidas a un subordinado en términos de jerarquía administrativa, pero que, cuando se trate de resoluciones judiciales no pueden valorarse así, pues la administración de justicia no sólo dirige sentencias, órdenes o decisiones a funcionarios que le estén jerárquicamente subordinados, sino, también, a muchos otros integrantes de la Administración, cuya desobediencia, cuando se le exige un comportamiento propio del ejercicio de su función, es integrante de la conducta sancionada en este delito, pues infringe el deber de actuación del funcionario con sometimiento a la Constitución y al ordenamiento jurídico.

Tales sentencias, decisiones y órdenes tienen que haber sido dictadas dentro de la competencia temporal, especial y material del superior y han de estar dentro de la esfera de atribuciones del sujeto activo, en cuanto a su cumplimiento, lo que equivale a decir que éste ha de ser también competente para su cumplimiento y, además, tienen que estar revestidas de las formalidades legales, formalidades que tienen que ser las esenciales para la validez del acto, con observancia de las garantías legales, siendo intrascendente que no reúnan las formalidades carentes de entidad verdadera. La determinación de que la sentencia ha sido dictada dentro del ámbito de competencia del superior y con las formalidades legales esenciales obliga a examinar las normas que regulan la actividad del superior, sean judiciales o administrativas.

La conducta típica es negarse abiertamente a cumplir tales sentencias, decisiones u órdenes. Esta abierta negativa supone una resuelta oposición, una negación clara, terminante y manifiesta al cumplimiento, siendo indiferente que sea expresa o que se concrete en una contumaz pasividad en el cumplimiento debido, concretada en un reiterado no obedecer la orden, sin rechazarla de plano, siendo así posibles conductas

positivas y omisivas. No se sancionan aquí las simples faltas de diligencia en la actividad del funcionario, que deben ser corregidas por vía administrativa.

La disposición del segundo inciso ha sido interpretada durante mucho tiempo como una causa específica de justificación, cuya existencia permitiría a los funcionarios en sentido amplio examinar los mandatos de sus superiores de modo que, si se hubiera producido una contradicción manifiesta, clara y terminante de la ley o los reglamentos, en el sentido de que un funcionario de conocimientos, formación y experiencia medios, la hubiera apreciado sin problemas, el subordinado no tendría obligación legal de acatarlos y, por tanto, no incurriría en delito de desobediencia al no darles cumplimiento. Sin embargo, la consecuencia de este entendimiento era la existencia de una obligación legal de cumplir los mandatos que, aunque fueran contrarios a la ley o los reglamentos, no incurrieran en esa contradicción manifiesta, clara y terminante, de forma que, si el funcionario desobedecía, incurría en responsabilidad penal por el delito de desobediencia, mientras que si obedecía, incluso incurriendo en delito, su comportamiento sería impune por aplicación de la causa 1ª del artículo 27.

En estos momentos no es admisible la existencia de mandatos que, siendo contrarios al ordenamiento jurídico, son de obligado cumplimiento, por lo que el inciso segundo del artículo 322 debe ser entendido en el sentido de que, si el mandato emanado del superior es manifiesta, clara y terminantemente contrario al ordenamiento, el funcionario que no lo obedece no incurre en responsabilidad por el artículo 322 porque tales mandatos nunca son dictados dentro del ámbito de competencia de ningún superior, pues ninguno tiene autoridad para dar órdenes hasta tal punto contradictorias con el ordenamiento, mientras que si el mandato no es patentemente ilegal, el subordinado desobediente no incurre en responsabilidad criminal por aplicación, precisamente, de la causa 1ª del artículo 27, en relación con el artículo 86 de la Constitución de la República.

1057

D) TIPO SUBJETIVO

El dolo del sujeto activo implica el conocimiento de la legalidad de la sentencia, decisión u orden del superior y la voluntad de no darle cumplimiento.

En relación con este delito son frecuentes los casos de error, en un doble sentido y, así, cuando el sujeto activo cree que el mandato recibido no se ajusta a la ley o a los reglamentos y, por tanto, no lo cumple, cuando, en realidad, se trataba de un mandato

legal, el hecho debe ser tratado como error sobre una causa excluyente de la responsabilidad, del artículo 28, inciso segundo, mientras que el comportamiento del que cumple una orden que, en realidad es ilegal, creyéndola legal, debe ser tratado, si el cumplimiento implica la comisión de otro delito, como error en relación con éste.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

El delito no requiere la producción de ningún resultado y, por tanto, es un delito de mera actividad, que no admite la punición de la tentativa, pues si se obedece, aunque sea con retraso, el hecho será, en su caso, sancionable en vía administrativa, mientras que si se desobedece, se incurre en el delito consumado.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

1058

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.

323

DENEGACIÓN DE AUXILIO

El funcionario o empleado público agente de autoridad o autoridad pública o el encargado de un servicio público que sin causa justificada omitiere, rehusare o retardare la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad competente, será sancionado con prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial para el desempeño del empleo o cargo por igual tiempo.

1059

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es el mismo que en el artículo anterior, siendo especialmente reproducibles las observaciones realizadas respecto de la actividad de la Administración como prestadora de servicios a los ciudadanos, que, en el caso presente, obliga a considerar como bien jurídico protegido la eficacia en la prestación de los servicios a los mismos, atacada aquí por vía de ofensa al principio administrativo de coordinación.

B) SUJETOS

Son todas las personas mencionadas en el artículo 39 y, además, el encargado de un servicio público, mientras que el sujeto pasivo será el mismo que en el artículo anterior.

C) CONDUCTA TIPICA

Tiene como presupuesto el requerimiento legal de auxilio formulado por autoridad competente. No es preciso que exista entre los sujetos relación de dependencia

jerárquica u orgánica, bastando con que el requiriente sea competente material, espacial y temporalmente, para reclamar del requerido una actividad que este debe llevar a cabo en el ejercicio de sus funciones, lo que implica que esté dentro de sus funciones y que tal requerimiento se realice de conformidad con las normas jurídicas aplicables.

La conducta típica consiste en omitir, rehusar o retardar el auxilio, sin causa justificada. El núcleo de la conducta tiene significación omisiva, pues consiste en la no prestación del auxilio, siendo indiferente que se manifieste o no en una negativa expresa. En todo caso, el retardo que se castiga ha de ser equivalente a la omisión y, por tanto, existirá cuando el auxilio, de llegar, ya será ineficaz para lo necesitado por el requiriente. La conducta debe ser llevada a cabo sin causa justificada, mención que debe ser entendida por remisión a las causas generales de exclusión de la responsabilidad criminal, ya que no es admisible pensar que existan otras al margen de las dichas.

D) TIPO SUBJETIVO

1060

El dolo no presenta ninguna cuestión especial y la creencia en una causa justificada que, permitiría no prestar el auxilio debido, da lugar a un error idéntico al mencionado al comentar el artículo anterior.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

El delito, al igual que el del artículo anterior, es de mera actividad y el único supuesto que puede presentar problemas es el caso de retardo, comportamiento que deberá entenderse consumado cuando sea equivalente a la omisión, lo que sucederá, como ya se ha mencionado en la conducta típica, cuando el retardo haga inútil la recepción por el requiriente del auxilio.

F) CONCURSOS

Cuando se trata de relaciones entre instancias puramente administrativas, la distinción entre este delito y el de desobediencia pasa por la determinación de la relación existente entre requiriente y requerido, porque si es de naturaleza jerárquica, nos hallamos ante un delito de desobediencia, pero si no lo es, estaremos ante el delito de denegación de auxilio. En el caso de que el requiriente sea un órgano judicial y no puramente administrativo, si el acto requerido pertenece a la esfera de la competencia propia del requerido, no se comete el delito ahora comentado, sino que se trataría de un delito de

desobediencia, pero, si lo que el requiriente pide del sujeto activo es una actuación en la calidad exigida en el artículo pero no perteneciente a la esfera de su actuación propia, se da lugar a la denegación de auxilio (así el caso en el que un juez reclame de un funcionario una determinada información que éste haya conocido en el ejercicio de su cargo, aunque, dentro de sus funciones propias no se encuentre el transmitir información a los órganos judiciales).

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 Español 08-06-95)

324

REVELACIÓN DE HECHOS, ACTUACIONES O DOCUMENTOS SECRETOS POR EMPLEADO OFICIAL

El funcionario o empleado público que revelare o divulgare hechos, actuaciones o documentos que debieran permanecer secretos o facilitare de alguna manera el conocimiento de los mismos, será sancionado con prisión de seis meses a tres años.

Si de la revelación o divulgación resultare grave daño a los intereses del Estado, la sanción podrá aumentarse hasta en una tercera parte del máximo señalado.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

1062

Es la eficacia de la actuación de la Administración, en cuanto ésta puede necesitar que ciertos conocimientos permanezcan dentro de un círculo restringido de personas.

B) SUJETOS

El sujeto activo tiene que ser funcionario o empleado público en el sentido del artículo 39 y, aunque el tipo no lo requiera expresamente, es necesario que conozca los secretos en razón de su cargo, es decir, de modo relacionado con el ejercicio de éste, pues, en otro caso, no puede sostenerse que actúe como funcionario o empleado público.

El sujeto pasivo es el Estado.

C) CONDUCTA TIPICA

El centro de la conducta es el concepto de secreto, haga referencia a hechos o actuaciones y esté o no contenido en documentos. Secreto es lo mismo que un conocimiento que tienen pocas personas y que, por tanto, desconocen los demás. Es indiferente que tal secreto haga referencia a un asunto oficial o a una cuestión de un particular, con tal de que el sujeto activo lo haya conocido en virtud de su actuación oficial y que su descubrimiento cause perjuicio a la eficacia de la actuación administrativa, bien por poner a quien lo conoce en situación de obstaculizar la actividad de la

administración, en el caso de secretos oficiales, bien por impedir la presente o futura colaboración de los particulares con la administración, o por otros motivos, en el caso de secretos particulares. Es indiferente que el secreto lo sea por sí mismo, por declaración de una norma jurídica o, en caso de secretos particulares, por voluntad de la persona al que afecte. No existe secreto cuando, por cualquier motivo ajeno al sujeto activo, el hecho, actuación o documento ha llegado a ser conocido.

La conducta típica es revelar, divulgar o facilitar de alguna manera. Revelar es lo mismo que poner el secreto en conocimiento de quien no tiene derecho a tenerlo, y divulgarlos es ponerlos en público conocimiento. La mención a facilitar de alguna manera viene a significar la punición de las conductas omisivas, en las que la pasividad del sujeto activo permite alcanzar el secreto a quienes no están autorizados a ello.

El inciso segundo eleva la penalidad en el caso de que se cause grave daño a los intereses del Estado. Este grave daño deberá ser acreditado y puede ser producido por múltiples circunstancias: así el número de personas que han conocido el secreto, la importancia del concreto interés del Estado afectado o cualquier otro. No basta cualquier daño, sino que es preciso que sea grave y son los tribunales los que, en cada caso, deberán decidir si el daño es o no grave.

1063

D) TIPO SUBJETIVO

Es necesario el dolo, por lo que el sujeto activo tiene que ser consciente del carácter secreto del conocimiento y, en el caso del tipo agravado, del daño que se puede causar al Estado, aunque baste con el conocimiento de la posibilidad de causarlo, es decir, con el dolo eventual.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

El delito se consuma cuando se produce el resultado consistente en que personas no autorizadas llegan a conocer el secreto, por lo que se puede castigar la tentativa del delito cuando se llevan a cabo comportamientos dirigidos a ese fin y no se logra conseguirlo.

F) CONCURSOS

En el supuesto de que los secretos sean políticos o militares y su revelación afecte a la seguridad del Estado, no es aplicable este delito sino el del artículo 355.

Cuando el secreto esté contenido en un documento o registro y se revela o divulga, puede haber supuestos en los que sea preciso decidir la aplicación del artículo ahora comentado, en relación con el apartado final del artículo 334, a cuyo comentario nos remitimos.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.**1064**

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).

CAPÍTULO II

DE LA CORRUPCIÓN

325

PECULADO

El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público que se apropiare en beneficio propio o ajeno, de dinero, valores, especies fiscales o municipales u otra cosa mueble de cuya administración, recaudación, custodia o venta estuviere encargado en virtud de su función o empleo o diere ocasión a que se cometiere el hecho, será sancionado con prisión de cinco a diez años e inhabilitación especial del cargo o empleo por el mismo tiempo.

1066

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Tradicionalmente se ha discutido en torno a la naturaleza de este delito, pues, para una postura minoritaria, se trata de delitos 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 condiciones como agravantes del tipo; en cambio, para la postura mayoritaria, es un delito de funcionario, con entidad propia, por lo que su colocación actual entre los delitos contra la administración pública y en un capítulo propio, es correcta, entendiendo que no son delitos contra la propiedad porque el bien jurídico protegido es distinto en estos delitos y en el de peculado. No han faltado autores que han sostenido la tesis de una naturaleza mixta, entendiendo que este delito ataca al 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.

Consecuencia de la posición que se mantenga respecto de la naturaleza de estos delitos debe ser la que se adopte respecto del bien jurídico protegido.

Para la postura minoritaria el bien jurídico protegido es el valor patrimonial atacado por la acción típica. Para la postura mayoritaria el auténtico bien jurídico protegido son los servicios que la Administración debe prestar a los ciudadanos, financiados con cargo a sus recursos.

B) SUJETOS

Son sujetos activos personas descritas en el artículo 39 como funcionarios o empleados públicos o encargados de un servicio público, siendo necesario que mantengan con el objeto material la relación a la que se hará referencia al comentar la conducta típica.

La inclusión de los encargados de servicios públicos, que no pertenecen a ninguna de las categorías descritas en el artículo 39, obedece a la especial relación de ese particular con un ámbito de actuación pública, en cuya virtud entra en la misma relación dicha con el objeto material del delito.

El sujeto pasivo, como titular del bien jurídico protegido, dependerá de la postura mantenida.

1067

Como luego se verá, en el delito existe una conducta típica activa y otra omisiva. En el caso de que, junto con el sujeto activo funcionario, empleado público o encargado del servicio público, sean partícipes personas que no reúnan estas características, en el caso de la conducta activa, estos particulares responderán de acuerdo con los principios de unidad del título de imputación y accesoriadad de la participación, como partícipes del delito de peculado cometido por el sujeto público, pero, en el caso de la conducta omisiva, se rompe la unidad del título de imputación y el sujeto público responde por el peculado y el particular por el delito común contra el patrimonio cometido.

C) CONDUCTA TIPICA

Es apropiarse 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 de 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 busque favorecerse él o entregar los dineros, valores o demás objetos 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 comisión por omisión, 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, al tener los efectos a su cargo. Se castiga la infracción de este deber en cualquier forma, sea haciendo algo, como entregando la llave, sea no haciendo nada, infracción del deber que es eminentemente dolosa, pues tiene que estar conectada con la exigencia de que se de ocasión a que otro se apropie los objetos, lo que supone una conformidad del sujeto activo a la acción del que se apropia, siendo indiferente que haya convenio o no entre ambos, aunque lo más frecuente será que exista y siendo necesario que la apropiación sea objetivamente imputable al consentimiento del funcionario, empleado público o encargado de servicio público.

1068

Esta equiparación del comportamiento activo y omisivo se ha justificado en la identidad del daño que producen al bien jurídico protegido, siendo la voluntad del legislador excluir la modalidad omisiva de las reglas generales de la participación, para evitar que el funcionario que consiente en la apropiación se vea favorecido respecto del que se apropia, pues, de no existir la modalidad omisiva, al sujeto público que sustrajere se le castigaría como autor de peculado, y al que diere ocasión, como participe en un delito común de apoderamiento, pero, pese a estos argumentos, es también cierto que la ley vigente carece de matices e impone iguales penas a hechos que pueden ser muy diversos en cuanto a la participación del autor, que no resuelve los casos de plena omisión del funcionario y que lleva a romper el título de imputación.

D) OBJETO MATERIAL

Son el dinero, valores, especies fiscales o municipales u otra cosa mueble, de cuya administración, recaudación, custodia o venta estuviere encargado el sujeto activo en virtud de su función o empleo.

En definitiva puede ser objeto material de este delito cualquier cosa mueble que tenga un valor económico, presente o no, con tal de que resulte apreciable, siendo lo más

frecuente que se trate de dinero, pero pudiendo ser objetos como mobiliario, automóviles, animales, valores, negociables o no, y, como se ha dicho, lo que sea mueble.

Estas cosas han de pertenecer a la Administración, siendo indiferente a qué aspecto de ésta y han de estar destinadas, de algún modo, a los fines públicos. El objeto material adquiere la naturaleza pública desde que un funcionario, empleado público o encargado del servicio público, legitimado, lo recibe con destino a la Administración. Por tanto los efectos son públicos desde que la administración tiene un derecho expectante sobre ellos, aunque todavía no hayan sido ingresados en las arcas públicas.

Para que unos objetos públicos puedan ser objeto material de un delito de peculado es necesario que entre ellos y el sujeto activo haya una especial relación que es descrita por la ley con la exigencia de que éste tenga a su cargo su administración, recaudación, custodia o venta, por razón de su función o empleo. Esta exigencia se cumple cuando el funcionario, empleado público o encargado del servicio público tenga atribuida, respecto de esos efectos, una competencia específica que le imponga un especial deber de conservación, de modo que solo cometerán el delito los sujetos que cometan la conducta típica respecto de aquellos caudales públicos cuya gestión tenga encomendada, y si un funcionario se apodera de otros caudales públicos que no tenga encomendados, cometerá un delito patrimonial común.

1069

E) TIPO SUBJETIVO

El tipo es de exclusiva comisión con dolo directo, tanto en la conducta activa cuanto en la omisiva, ya que se define el ánimo al que se hace referencia a continuación.

Se exige en el sujeto activo ánimo de lograr una ventaja patrimonial en el propio patrimonio o en el de otro mediante la incorporación al mismo del objeto material mediante la apropiación definitiva de éste, lo que es distinto del genérico ánimo de enriquecimiento, que puede estar presente en el tipo de malversación del artículo 332.

La diferencia entre el delito de peculado y el de malversación se encuentra, exclusivamente, en el tipo subjetivo, pues, en el delito de peculado el sujeto activo busca apropiarse del objeto material, lo que significa apartarlo definitivamente del servicio público al que se encontraba destinado o de la finalidad también pública a la que servía, mientras que en el caso de la malversación, tal ánimo se centra en utilizar esos objetos

para finalidad diferente de su destino público, pero sin apartarlo definitivamente del mismo.

F) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación se produce en el momento en el que se realiza la apropiación, es decir, cuando existen actos que significan 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. Es posible la tentativa cuando no se logra tal apropiación así descrita.

JURISPRUDENCIA.

1070

“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 S.S., 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. 4º S.S., 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° S.S., 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. Apropriarse 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° S.S., 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° S.S., 09-01-03)

1071

“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° S.S., 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° S.S., 09-01-03)

326

PECULADO POR CULPA

El funcionario o empleado público que, por su culpa, diere ocasión a que se cometiere por otra persona el peculado de que trata el artículo anterior, será sancionado con diez a cien días multa.

Este delito no puede ser cometido por encargado de servicio público, quedando restringido a funcionario y empleado público.

1072

La única diferencia con la conducta omisiva sancionada en el artículo anterior pertenece al tipo subjetivo, pues, mientras que en el artículo precedente, el sujeto activo, voluntariamente, deja que otro sustraiga el objeto material, en el presente precepto, se trata de un comportamiento culposo, ya que no se da ocasión voluntariamente a que otro se apropie del objeto material, pero el sujeto activo infringe su deber público de vigilancia y custodia de lo a él encomendado, por abandono o por cumplimiento descuidado. Esta falta de cautela debe dar lugar a la apropiación por otro, no bastando con que el objeto material desaparezca por culpa del encargado, sin que esté acreditada la apropiación, siendo preciso, además, que esta apropiación sea objetivamente imputable a la culpa del funcionario, de tal forma que no existe este delito si la apropiación hubiera tenido lugar de todos modos aunque el sujeto activo hubiese desplegado la diligencia debida en el cumplimiento de su función.

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° S.S., 09-01-03)

327

CONCUSIÓN

El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública que, abusando de su calidad o de sus funciones, obligare a otro a dar o prometer a él o a un tercero, dinero u otra utilidad lucrativa, será sancionado con prisión de tres a seis años e inhabilitación especial del cargo o empleo por igual tiempo.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Al igual que todas las demás figuras de este Capítulo, unificadas bajo la rúbrica genérica «De la corrupción», genéricamente se puede decir que este tipo protege la pureza en la actuación de la Administración, lo que equivale a decir la imparcialidad y la independencia es el ejercicio de sus funciones por parte de los sujetos públicos. Sin embargo, la característica propia de este precepto, que lo acerca a la coacción y al robo, es constituir un ataque a la libertad de un ciudadano en el ámbito patrimonial, por lo que en la unión de ambos aspectos es donde se encuentra el bien jurídico protegido por este delito.

1073

B) SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquiera de las personas definidas en el artículo 39 del Código Penal.

Sujeto pasivo es la propia Administración, pero, también, la persona concreta afectada por el comportamiento del sujeto activo.

C) CONDUCTA TIPICA

La realiza el sujeto activo cuando, abusando de su calidad o de sus funciones, obliga a otro a dar o prometer a él o a otro, dinero o utilidad lucrativa.

Por tanto, el centro del comportamiento sancionado es que el sujeto activo obliga, o lo que es igual, vence la voluntad contraria del sujeto pasivo, se impone a ésta, y lo hace mediante el abuso de su calidad o de sus funciones. No constituye este delito el obligar por otra vía, desconectada de la función pública, como el abuso de la fuerza física, lo que será sancionable por otro precepto. El abuso de la calidad hace referencia a los comportamientos en los que la obligación impuesta por el sujeto activo se basa en su condición pública, de la que se prevale, apoyándose en sus funciones pero al margen de su correcto ejercicio, así un agente de policía que exige cantidad por el mero hecho de serlo.

La obligación debe dirigirse a un comportamiento de entidad económica, sea entrega de dinero o cualquier otra actividad que signifique ventaja económica para el sujeto activo, como, por ejemplo, la prestación de un servicio de repercusión económica que, en otra circunstancia, tendría que retribuir, siendo indiferente que se obligue a dar o a prometer y al propio sujeto activo o a otra persona.

D) TIPO SUBJETIVO

1074

La conducta es intensamente intencional, ya que el sujeto activo tiene que abusar de su calidad pública o de las funciones que tiene encomendada, de modo que solo cabe el dolo directo.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

No es precisa para la consumación la entrega efectiva del dinero o de cualquier otro objeto ni la realización de ninguna actividad, aunque el delito es de resultado, siendo éste, al menos, que el sujeto pasivo prometa el dinero o la utilidad lucrativa, si el sujeto pasivo abusa de su calidad o función, pero no logra obligar al sujeto pasivo, es punible la infracción en grado de tentativa.

F) CONCURSOS

El delito es ley especial frente a la coacción y al robo, en los supuestos en los que se puedan aplicar estos delitos.

328

NEGOCIACIONES ILÍCITAS

El funcionario o empleado público que debiendo intervenir por razón de su cargo, en cualquier contrato, licitación, subasta, decisión o cualquier operación, se aprovechara de tal circunstancia para forzar o facilitar cualquier forma de participación directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial del cargo o empleo por el mismo tiempo.

El funcionario o empleado público, que por razón de su cargo, interviniera en cualquier contrato, suministro, licitación o subasta en que estuviere interesada la Hacienda Pública y aceptare comisiones o porcentajes en dinero u otras dádivas que le ofrecieren los interesados o intermediarios, será sancionado con prisión de dos a cinco años. Si el funcionario o empleado público hubiere sido el que solicitare las comisiones o porcentajes, la sanción podrá aumentarse hasta en una tercera parte de su máximo. 1075

La disposición del inciso primero, es aplicable a los árbitros, peritos, contadores y demás profesionales, respecto a los actos en que intervinieren por razón de su oficio, así como a los tutores y síndicos y a todo el que en virtud de cualquiera otra actuación legal interviniera en rendiciones de cuentas, particiones, concursos, liquidaciones y actos análogos.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

En las diferentes modalidades de la conducta, es la objetividad del ejercicio de las funciones públicas, o su imparcialidad. En realidad, este artículo viene a sancionar comportamientos que se encuentran cerca o dentro del cohecho, pues la idea central del artículo es que los sujetos públicos no pueden aprovechar su posición en la Administración con la finalidad de enriquecerse mediante el abuso de sus funciones, pues tal conducta hace que, en vez de regirse por el interés colectivo, lo hagan por su

beneficio económico y, además, que sean accesibles por otras personas, haciendo peligrar así su imparcialidad frente a todos los intereses en conflicto.

B) SUJETOS

En los dos primeros incisos son tan solo sujetos activos los funcionarios y empleados públicos entre cuyas funciones se encuentre la intervención en contratos, licitaciones, subastas o, en general, operaciones.

En el último inciso se contiene una cláusula de extensión de la autoría a las personas allí mencionadas. Esta extensión parece desmedida porque afecta a personas particulares y en actuaciones, en muchos casos si no en todos, no relacionadas con la Administración pública.

C) CONDUCTA TIPICA

1076

En el primer inciso se castiga aprovecharse de la intervención que debe realizar el sujeto activo por razón de su cargo para forzar o facilitar cualquier participación directa o indirecta en las operaciones mencionadas en el texto.

La participación de un funcionario u otro sujeto público en esta clase de actos puede revestir, en la práctica, toda clase de modalidades, por lo que lo esencial es determinar si el sujeto activo, en vez de ejercer sus funciones para la consecución del interés colectivo, lo ha hecho para lograr la participación directa o indirecta en el negocio, pudiendo tratarse de la calificación de ofertas, redacción de informes técnicos, jurídicos o de otra clase, la redacción de prescripciones, la evaluación de toda clase de aspectos o la propia toma de decisiones.

Este aprovechamiento de la participación del sujeto activo tiene que tener como finalidad forzar o facilitar cualquier participación directa o indirecta en los actos o negocios mencionados en la ley, pudiendo no haber acuerdo con otras personas, con tal de que no se invada el ámbito típico del siguiente inciso, al que ahora se va a hacer mención. Así en el precepto ahora comentado caben los supuestos en los que el sujeto activo excluye de un contrato a algún licitador para favorecer la oferta de un amigo, en cuya empresa tiene parte, o aquellos en los que favorece la urbanización de una zona en la que su familia tiene terrenos, cuyo valor aumentará, entre otros muchos casos.

La conducta calificada en el segundo inciso se diferencia de la anterior en dos notas, la primera de las cuales es que en el contrato, etc., esté interesada la Hacienda Pública, mientras que la segunda, que lo acerca enormemente al cohecho, es que el sujeto activo pida o admita dádivas o comisiones o dinero, por lo que viene a ser un supuesto especialmente agravado de estos delitos.

D) TIPO SUBJETIVO

La conducta sólo puede ser cometida con dolo directo.

En el primer inciso no parece claramente exigida la existencia de un ánimo de beneficio económico propio o ajeno, exigencia que sólo podría fundarse en el concepto de participación, pero como tal participación puede ir dirigida a muchos fines, además del crematístico, como entrar en ciertos círculos, conocer determinadas personas o hechos, no parece justificarse la exigencia de un ánimo de lucro.

Por contra, en el segundo inciso, la conducta va dirigida claramente a la obtención de un beneficio económico y, por tanto, es claro que el sujeto activo debe actuar con ánimo de lucro.

1077

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Para la consumación basta con que el sujeto activo se aproveche, en el primer inciso, o, en el segundo con que pida o acepte el dinero o dádivas mencionados, así pues, en el primer inciso es suficiente con que realice un comportamiento enderezado a forzar o facilitar la participación en el negocio y, en el segundo, con que se realice la solicitud o aceptación, por lo que será difícil, si no imposible, el castigo de la tentativa.

F) CONCURSOS

La diferenciación entre las dos conductas sancionadas en el artículo se realiza como ya se ha visto en la conducta típica.

El problema más frecuentes será distinguir este delito del de cohecho de los artículos 330 y 331, pero si el sujeto activo no pide o acepta dádiva, presente o cantidad, nos encontraremos siempre ante la aplicación del artículo 328, inciso primero, mientras que si lo hace, habrá que decidir entre la aplicación del inciso segundo del mismo

artículo o la aplicación de los preceptos de cohecho. En este caso, si el sujeto activo se compromete a realizar un acto contrario a sus funciones, es de aplicación el artículo 330, mientras que, en otro caso, es de aplicar el principio de especialidad, de modo que si el acto en el que debe intervenir el sujeto activo es de aquellos en los que está interesada la Hacienda Pública, debe aplicarse el artículo 328, inciso segundo y, en los demás casos, el artículo 331.

329

EXACCIÓN

1078

El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que prevaleándose de su condición o cargo, impusiere u obtuviere para la administración pública o municipal, tasas, derechos, contribuciones, arbitrios o cualquiera otra prestación que supiere no es legal o aun siendo legal, empleare para su cobro, medio vejatorio o gravoso que la ley no autorice o invocare falsamente orden superior, mandamiento judicial u otra autorización legítima, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Son varios los aspectos que confluyen en este precepto, pues, si de un lado, el comportamiento sancionado ataca en ocasiones el patrimonio de los administrados, a los que se les exigen derechos, tasas u otras cantidades o utilidades no debidas, en otros supuestos, el tipo castiga exigir algo debido pero con la incorrección de usar medios vejatorios o gravosos o con apoyos de órdenes o mandatos inexistentes. Sin embargo, en todo caso, el sujeto activo no puede actuar para obtener un lucro propio o ajeno, sino que, por contra, actúa para la administración pública o municipal.

Así considerado el precepto protege el prestigio de la Administración, que se ve atacado, con la correspondiente merma en la eficacia de su actuación, cuando sus órganos personales exigen, aunque no sea para ellos mismos, lo que daría lugar a la aplicación del artículo 327, algo a lo que la Administración no tiene derecho, o lo exigen con formalidades plenamente ofensivas.

B) SUJETOS

Sujeto activo pueden ser todas las categorías descritas en el artículo 39, estén o no dedicadas por su función a la exacción, cobro o administración de tasas, contribuciones o rentas de toda clase.

Sujeto pasivo es la propia Administración.

C) CONDUCTA TIPICA

La conducta típica tiene un denominador común y diversas posibilidades.

El denominador común exige que el sujeto activo realice el comportamiento prevaleándose de su condición o cargo, por tanto ha de ser éste o sus funciones lo que le otorguen unas capacidades de actuación o unas facilidades que él aproveche para lograr sus fines.

La conducta típica equipara comportamientos de muy distinto signo, pues se castiga por igual imponer u obtener cualquier prestación indebida, sea o no económica, pues la ley no distingue, como usar medios vejatorios o gravosos o engañosos, centrados en la alegación de falsas órdenes superiores, mandatos judiciales o autorización legítima, para obtener prestaciones debidas.

1079

D) TIPO SUBJETIVO

El sujeto activo debe realizar su comportamiento para beneficiar a la administración pública o municipal. La exigencia de este ánimo hace que el delito sólo se pueda cometer con dolo directo.

Puede ocurrir que el comportamiento del sujeto activo busque en parte beneficiar a la administración y, en parte, a él mismo o a otro, supuesto en deberá aplicarse un concurso ideal entre este delito y el de concusión.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación no requiere el efectivo cumplimiento de la prestación exigida, sino que el delito quedará consumado en el momento en el que se realice la conducta típica,

siendo posible el castigo de la tentativa cuando el sujeto intente establecer la prestación y no llegue a lograrlo.

330

COHECHO PROPIO

El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que por sí o por persona interpuesta, solicitare o recibiere una dádiva o cualquiera otra ventaja indebida o aceptare la promesa de una retribución de la misma naturaleza, para realizar un acto contrario a sus deberes o para no hacer o retardar un acto debido, propio de sus funciones, será sancionado con prisión de tres a seis años e inhabilitación especial del empleo o cargo por igual tiempo.

1080 A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Tradicionalmente se sostenía que el bien jurídico protegido era un valor interno de la Administración, consistente en el deber del funcionario de corresponder a la confianza depositada en él, específicamente, en relación con la corrección en el desempeño de su misión. Sin embargo, debe sostenerse en estos momentos que ese deber de corresponder a la confianza depositada en los servidores públicos no es en si mismo un fin, sino un medio puesto al servicio de la eficacia de la actuación de la Administración, que precisa de la honradez, fidelidad e imparcialidad de los servidores de la Administración, siendo esta eficacia, en último término, el bien jurídico protegido.

B) SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquier persona encuadrable en los límites del artículo 39 del Código Penal. La conducta de quien ofrece algo al servidor público o admite sus requerimientos, no es punible de ningún modo en virtud de este precepto, sino que su responsabilidad se exige a través del artículo 335.

La responsabilidad de la persona interpuesta, cuando la conducta no sea realizada directamente por el sujeto activo, depende de la existencia o no de dolo de colaborar

con el sujeto activo, si existe tal dolo será partícipe, y si no existe, se tratará de un instrumento no culpable.

Sujeto pasivo es la propia Administración y, por extensión, los ciudadanos que son servidos por ella.

C) CONDUCTA TIPICA

Consiste en solicitar, recibir o aceptar promesa, de dádiva u otra ventaja indebida por realizar un acto contrario a los deberes del sujeto activo o por omitir o retardar un acto debido, propio de sus funciones.

La conducta admite tanto una intervención positiva, en la que el sujeto activo toma la iniciativa, cuando solicita la dádiva o ventaja indebida, cuanto una intervención pasiva, en la que se responde afirmativamente a la iniciativa de otra persona, que por ello responderá por un cohecho activo, recibiendo o aceptando una promesa. Para la comisión de la conducta típica es indiferente que, en el primer caso, el receptor de la solicitud, acepte ésta o la rechace, pues la mera solicitud del funcionario ya es punible, y, en el segundo caso, que la dádiva o la ventaja lleguen a entregarse efectivamente al sujeto o, incluso, que el particular que ofreció tenga o no voluntad de entregar en verdad la dádiva o ventaja, pues basta la aceptación del funcionario para la punición de la conducta.

1081

Es tradicional la discusión acerca de si la dádiva, la ventaja indebida o la retribución de la misma naturaleza, a las que hace mención el texto del artículo, tienen que tener, necesariamente, significación o valor económico, bien por ser una cantidad de dinero o por ser un objeto económicamente relevante, bien por tener trascendencia económica indirecta, como una información que permitirá al sujeto activo realizar una inversión beneficiosa o un traslado a un puesto mejor pagado, o si, por contra, la dádiva, ventaja o retribución puede tener cualquier contenido, sea éste económico o no, como favores sexuales, objetos sin valor económico, pero sí afectivo o cualquier otra cosa.

A favor de la primera posición se encuentra la opinión de quienes entienden que los actos de corrupción por motivos económicos son más reprochables que aquellos en los que se falta a los deberes por cualquier otro motivo. El origen de esta afirmación se encuentra, posiblemente, en el hecho de que, si bien hay ciertos estímulos que pueden afectar a unas personas pero no a otras, el dinero puede corromper a casi todo el

mundo. Para estos autores los casos en los que el sujeto público se vende por dinero o por motivos económicos deben ser sancionados a través del cohecho, mientras que, en los casos en los que infrinja sus normas de actuación por otro motivo, debe ser castigado por otros tipos penales o, si su conducta no entra en ningún precepto del Código Penal, por vía de sanción administrativa.

Los partidarios de la segunda posición sostienen, por contra, que no existe motivo real para diferenciar entre corrupción por motivos económicos o por otra clase de motivo y, siendo así que el artículo 330 no distingue, debe aceptarse que la dádiva, la ventaja o retribución, no tiene necesariamente que tener contenido económico.

El sujeto activo tiene que pedir o aceptar o recibir la dádiva o ventaja para ejecutar un acto contrario a sus deberes o para omitir o retardar un acto, relativo a sus funciones y que, en cumplimiento de sus deberes, debería realizar.

1082

Es esencial para la existencia de delito que, entre la dádiva, ventaja o recompensa y el acto que el sujeto activo se ofrece a hacer, a no hacer o a retrasar, exista relación de causalidad, de modo tal dádiva, ventaja o recompensa sea lo que motive el comportamiento del sujeto activo.

La posibilidad de cometer el cohecho en relación con una omisión, en el sentido de que es punible el cohecho cuando el sujeto activo se compromete a omitir un acto que debía realizar, soluciona el problema de hallar el castigo correcto de las conductas en las que el sujeto activo engaña a otra persona y le solicita o acepta la ventaja que sea, pero luego incumple lo acordado, porque nunca tuvo intención de cumplirlo, hecho éste que, aunque pueda constituir un supuesto de estafa, debe ser castigado como un supuesto de cohecho pasivo, pues la conducta de quien solicita o acepta para incumplir sus deberes ofende a la Administración y a su correcto funcionamiento, con total independencia de que el sujeto activo tuviese o no intención de cumplir sus funciones.

Acto significa todo comportamiento que el sujeto tenga que llevar a cabo en cumplimiento de sus funciones, abarcando tanto a actos propiamente jurídicos, como actos materiales que no impliquen transformaciones de situaciones jurídicas, siempre, se insiste, que tenga que llevarlos a cabo en el cumplimiento de sus funciones. Este acto, sea positivo u omisivo, ha de ser, por definición, contrario al ordenamiento administrativo, pues ha de significar infracción de los deberes de actuación del funcionario, pero también puede

infringir otras ramas del ordenamiento jurídico y así ocurrirá cuando un juez pida una cantidad u otra ventaja para cometer un delito de prevaricación.

La mención a los casos en los que el sujeto activo se ofrece a retardar la realización de un acto debido obliga a exigir para el castigo de esta conducta, que el retardo sea tan relevante, por duración o por trascendencia para la corrección de la función administrativa, como para ser equiparado a la definitiva omisión.

D) TIPO SUBJETIVO

El dolo ha de ser necesariamente directo.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación se produce con la mera solicitud, recepción o aceptación, siendo, por tanto, prácticamente imposible la tentativa, que quedaría reservada a casos prácticamente de laboratorio, sólo en los supuestos de solicitud, cuando ésta no llegara a su destinatario.

1083

F) CONCURSOS

Si el sujeto activo se compromete a realizar un delito en relación con sus funciones, y llega a cometerlo, el hecho se castigará mediante un concurso real de delitos entre el de cohecho pasivo y el cometido en cumplimiento de lo pactado.

Es posible el delito continuado cuando el sujeto activo realiza varias solicitudes o asentimientos para la realización de diversos actos.

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, actualmente T.S. 4° S.S., 02-12-99)

“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. 4º S.S., 24-04-02)

“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. 4º S.S., 24-04-02)

1084

“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, actualmente T.S. 4º S.S., 02-12-99)

“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 simultánea oferta de dádivas o presentes por el sujeto interesado en la obtención de un acto propio del cargo constitutivo de delito.” (T.S. 4° S.S., 24-04-02)

“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, CSJ, 08-11-02)

“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, actualmente T.S. 4° S.S., 02-12-99)

1085

“El sujeto pasivo es la Administración Pública.” (T.S. Mejicanos, actualmente T.S. 4° S.S., 02-12-99)

“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° S.S., 24-04-02)

“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, actualmente T.S. 4° S.S., 02-12-99)

“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° S.S., 24-04-02)

“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° S.S., 24-04-02)

“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° S.S., 24-04-02)

1086

“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° S.S., 24-04-02)

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° S.S., 24-04-02)

331

COHECHO IMPROPIO

El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que por sí o por persona interpuesta, solicitare o recibiere una dádiva o cualquiera otra ventaja indebida o aceptare la promesa de una retribución de la misma naturaleza, para realizar un acto propio de sus funciones o por un acto ya realizado propio de su cargo, será sancionado con prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial del cargo o empleo por igual tiempo.

El artículo 331 es prácticamente igual al anterior, salvo en lo relativo al contenido de la conducta afectada por la corrupción. Mientras que en el caso precedente se trataba de un acto contrario a sus deberes, por acción o por omisión, en este precepto se trata de la retribución de un acto propio de las funciones del sujeto activo, ya sea que tenga que realizarlo en un futuro, ya sea que ha sido realizado con anterioridad.

1087

El motivo de la punición es que los actos realizados por los sujetos públicos no pueden ser retribuidos sino por la Administración, pues, en otro caso, se hace peligrar la independencia e imparcialidad de la misma, ya que se puede condicionar en el futuro la toma de decisiones. La punición de la conducta depende, por tanto, de que la dádiva, la ventaja o la retribución pueda poner en peligro el bien jurídico protegido, de modo que la realización de regalos de escaso valor o socialmente adecuados, como es práctica frecuente, no es constitutiva de delito.

JURISPRUDENCIA.

“El Art. 331 CP. 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. Usulután, 02-02-00)

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).

332

MALVERSACIÓN**1088**

El funcionario o empleado público, que diere a los caudales o efectos que administra, una aplicación diferente de aquélla a la que estuvieren legalmente destinados, será sancionado con multa de cincuenta a cien días multa.

Si del hecho resultare algún provecho personal para sí o para un tercero, la sanción será de uno a tres años de prisión inhabilitación especial del cargo o empleo por el mismo tiempo.

La principal cuestión del artículo es la diferencia con el delito de peculado, que se encuentra en el tipo subjetivo. El artículo 325 exige ánimo de apropiación, que no exige el artículo ahora comentado, de modo que, en aquel precepto, hay ánimo de apropiación definitiva y, en éste, voluntad de usar, sin intención de quedarse con los caudales o efectos y con ánimo de reintegrarlos, de modo que lo característico de este comportamiento es que el sujeto activo los usa transitoriamente para satisfacer necesidades, suyas o de otro, extrañas a la función pública.

Tanto en el inciso primero como en el segundo es esencial que los caudales o efectos sean apartados de la satisfacción de las necesidades a las que estaban destinados, pero, mientras que en el inciso primero, tal uso no ha de reportar provecho personal

para el sujeto activo o para otro, lo que indica que ha de permanecer asignado a utilidades comunes, con tal de que no sean aquellas a las que estaba destinado, por lo que está pensado para los casos en los que el funcionario, por necesidades ajenas a la función pública, pero existentes, sin vocación de obtener un beneficio suyo o para otro y con intención de restituir los caudales, los desvía de su finalidad pública, en el segundo, el uso ha de ser ajeno a la función pública. En uno y otro caso serán especialmente frecuentes los casos en que la conducta consistirá en el uso de máquinas, automóviles, empleo de trabajadores y demás, por lo que habría sido mejor utilizar en la ley expresiones relativas al valor económico utilizado.

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.

333

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

El funcionario, autoridad pública o empleado público, que con ocasión del cargo o de sus funciones obtuviere incremento patrimonial no justificado, será sancionado con prisión de tres a diez años.

En la misma pena de prisión incurrirá la persona interpuesta para simular el incremento patrimonial no justificado.

En todo caso, se impondrá inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo por el mismo tiempo. (11)

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

1090

Es básicamente, el mismo que en los delitos de cohecho pasivo: la honradez y la probidad de los sujetos públicos, como garantía de su independencia e imparcialidad en el cumplimiento de sus deberes.

B) SUJETOS

El sujeto activo ha de ser el funcionario o empleado público, aunque el inciso segundo impone la misma pena privativa de libertad a personas cuyo comportamiento constituye, en verdad, actividades de participación en el comportamiento típico, mientras que el sujeto pasivo coincide con el de los delitos de cohecho.

C) CONDUCTA TIPICA

Está en directa relación con el artículo 240 de la Constitución de la República, según el cual:

Art. 240.- Los funcionarios y los empleados públicos que se enriquecieren sin justa causa a costa de la Hacienda Pública o Municipal, estarán obligados a restituir al Estado

o Municipio lo que hubieren adquirido ilegítimamente, sin perjuicio de la responsabilidad en que hubieren incurrido conforme a las leyes.

Se presume enriquecimiento ilícito cuando el aumento del capital del funcionario o empleado, desde la fecha en que haya tomado posesión de su cargo hasta aquella en que haya cesado en sus funciones, fuere notablemente superior al que normalmente hubiere podido tener, en virtud de los sueldos y emolumentos que haya percibido legalmente, y de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa justa. Para determinar dicho aumento, el capital y los ingresos del funcionario empleado, de su cónyuge y de sus hijos, se considerarán en su conjunto.

Los funcionarios y empleados que la ley determine están obligados a declarar el estado de su patrimonio ante la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con los incisos anteriores, dentro de los sesenta días siguientes a aquel en que tomen posesión de sus cargos. La Corte tiene facultad de tomar las providencias que estime necesarias para comprobar la veracidad de la declaración, la que mantendrá en reserva y únicamente servirá para los efectos previstos en este artículo. Al cesar en sus cargos los funcionarios y empleados aludidos, deberán hacer nueva declaración del estado de sus patrimonios. La ley determinará las sanciones por el incumplimiento de esta obligación.

1091

Los juicios por enriquecimiento sin causa justa podrán incoarse dentro de diez años siguientes a la fecha en que el funcionario o empleado haya cesado en el cargo cuyo ejercicio pudo dar lugar a dicho enriquecimiento.

El artículo pretende crear un tipo residual o de recogida, que venga a castigar comportamientos que no entren en alguno de los otros delitos de este Capítulo, pero, al margen de las consideraciones de política criminal que hayan basado su creación, desde el punto de vista del principio de presunción de inocencia del artículo 12 de la propia Constitución, hay que reputar este precepto, inconstitucional, por consagrar un tipo de sospecha, ya que, en realidad, puesto en relación con el artículo 240 de la Constitución, viene a invertir la carga de la prueba, obligando al sospechoso de haber incurrido en enriquecimiento injusto a probar el origen de su mejora de fortuna, lo que, en un régimen de garantías, es inadmisibile.

La conducta típica es obtener un incremento patrimonial no justificado con ocasión del cargo o de sus funciones, conducta que se presume cometida según lo regulado en el artículo 240 de la Constitución.

D) PERSEGUIBILIDAD

Según la parte final del propio artículo 240 de la Constitución, en relación con el artículo 242 del mismo Texto, el delito prescribe en el plazo de diez años desde que el sujeto activo cese en el ejercicio de su cargo.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

1092

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.

334

INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE REGISTROS O DOCUMENTOS PÚBLICOS

Será sancionado con prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial del cargo o empleo por igual tiempo, el funcionario o empleado público que:

1093

1) Sustrajere, destruyere, ocultare o inutilizare registros o documentos que le estuvieren confiados por razón de su cargo;

2) Destruyere o inutilizare los medios establecidos para impedir el acceso que ha sido restringido por autoridad competente, respecto de registros o documentos públicos, o consiente su destrucción o inutilización; y,

3) Accediere o permitiere que otro lo hiciere a registros o documentos clausurados, cuya custodia le estuviere encomendada por razón de su cargo o empleo.

Igual sanción se aplicará al notario que destruyere, ocultare o inutilizare su libro de protocolo.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es, como en muchos otros lugares del Capítulo, la correcta prestación por la Administración de sus servicios a los ciudadanos. Tal prestación, especialmente en

nuestra época, depende, en gran cantidad de casos, de soportes documentales, cuya correcta conservación, custodia y régimen de acceso y utilización son esenciales para el adecuado desenvolvimiento de la función pública.

B) SUJETO ACTIVO

En el primer inciso, número 1), puede ser cualquier funcionario o empleado público, con tal de que tenga confiados los registros o documentos por razón de su cargo, mientras que el número 2) no hace mención ninguna en este sentido y el número 3) exige que el sujeto activo tenga encomendada su custodia, por la misma razón o por la de su empleo. Esta confusa dicción obliga a determinar si las exigencias de los números 1) y 3) son idénticas, con la consecuencia de hallar su contenido único, si lo son, o su contenido propio, si no lo son, así como a saber si el número 2) puede ser cometido por cualquier funcionario o sólo por aquellos que tengan alguna relación especial con el objeto típico.

1094

Empezando por esta última cuestión, ha de entenderse que el número 2) contiene implícitamente, la misma exigencia de que los registros o documentos estuvieren confiados al sujeto activo por razón de su cargo y ello porque ese segundo número no supone sino un adelantamiento de la persecución penal en relación con los mismos objetos de protección del número anterior, pues, como todo el artículo, busca mantener indemnes los documentos y registros precisos para el ejercicio de la función pública.

En segundo lugar ha de entenderse, sobre la base de la identidad del bien jurídico en todo el artículo y al imponerse la misma pena, que las exigencias respecto de la relación entre el sujeto activo y el objeto material son las mismas en todo el artículo, por lo que las expresiones de todos los números tienen el mismo significado.

Es preciso que el sujeto activo tenga encomendados los documentos o registros por sus funciones, cargo o empleo, bien porque ése sea el contenido de su actuación pública: los encargados de archivo, los vigilantes, los bibliotecarios, bien porque, por razón de sus funciones, tenga en ese momento en su poder el documento o registro: los que tengan que estudiarlo, los que tengan que decidir sobre un asunto que precise su manejo y en general, todos a los que el ejercicio de cargo público les ponga en contacto con los objetos.

En el segundo inciso, se señala como sujeto activo al notario, que actuare respecto de su libro de protocolo, mención que no precisa mayor explicación.

Respecto del sujeto pasivo es reproducible lo ya manifestado en otros preceptos de este mismo Capítulo.

C) CONDUCTA TIPICA

Todas las modalidades de la conducta hacen referencia a registros o documentos, expresiones que por sí solas no requieren mayor comentario, sin embargo, es preciso señalar que, mientras que en el número 1) no se requiere mayor cualificación, en el número 2) se hace mención a que sean públicos, mientras que en el número 3) han de ser clausurados. Toda vez que esta última mención es evidente, la exigencia del segundo número ha de ser interpretada en el sentido de que debe tratarse de registros o documentos que, sin haber sido clausurados, y que, por su carácter público, en principio, podrían estar al alcance de cualquiera, en el hecho concreto no lo están porque su acceso ha sido restringido por autoridad competente. De este modo el concepto de público no es equivalente al concepto de documento público usado en las falsedades, sino documento de acceso libre.

1095

En el número se sanciona sustraer, destruir, ocultar o inutilizar. El tipo se configura como tipo mixto alternativo, de modo que basta con la realización de una de estas conductas para la ejecución del delito, pero la comisión de más de una de ellas no comporta la de más de un delito. Como la ley no distingue, en los casos en los que sea posible una actividad parcial, como una destrucción de parte del registro o documento, ésta también está castigada. Sustraer es lo mismo que hacerse con el documento, siendo indiferente que el sujeto activo busque mantener el documento o registro en su poder o su entrega a otro, sin embargo el comportamiento consistente en permitir que otro sustraiga parece que sólo podría ser sancionado por aplicación del artículo 321 del Código Penal, salvo que se admita que la presente conducta se puede castigar en comisión por omisión, si se dan los requisitos de ésta. Destruir es todo comportamiento que produce el quebranto o desaparición de la sustancia material del documento o registro, por cualquier vía, como el fuego, el ácido, el agua o todo lo que produzca ese efecto. Ocultar es lo mismo que esconder, poner en lugar apartado o desviado. Por último inutilizar incluye todos los comportamientos no castigados en los supuestos anteriores en los que el sujeto activo consigue que el documento o registro llegue a ser ineficaz para la finalidad a la que se encontraba destinado.

En el número 2) se castiga tanto el comportamiento positivo de destruir o inutilizar los medios establecidos para impedir el acceso restringido por la autoridad competente como la conducta omisiva de consentir su destrucción o inutilización. La conducta admite la máxima amplitud, pues tales medios pueden ser simplemente materiales, como cerraduras o sellos, o de cualquier clase, incluso los más sofisticados, como medios informáticos de seguridad y, por tanto, los medios para lograr su destrucción o inutilización también pueden ir de los ataques más groseros a los más complejos.

En este segundo número es preciso que el acceso al registro o documento público haya sido restringido por autoridad competente, es decir, que una autoridad, actuando dentro de los límites de su cargo, haya establecido cautelas que limiten el acceso al registro o documento, haciéndolo no libre, por una razón conforme al ordenamiento jurídico. La existencia de la correspondiente decisión administrativa viene a ser un presupuesto de esta modalidad de conducta.

1096

El último número castiga la conducta activa de quien acceda a registros o documentos clausurados, cuya custodia tuviere encomendada y también la conducta omisiva de quien permita que otro acceda. El concepto de documento o registro clausurado remite a la imposibilidad de llegar a tomar conocimiento de ellos, por existir impedimentos y la diferencia con el número anterior se encuentra en que, mientras que en el número 2) los registros o documentos son públicos pero de acceso restringido, de modo que ciertas personas o en ciertas circunstancias cabe acceder a ellos, en el número 3) han sido clausurados, de modo que, en principio, no existen esas posibilidades.

Se castiga acceder o consentir que otro acceda, lo que significa conseguir la llegada a los registros o documentos, llegada que puede ser material, con la tenencia de los objetos materiales, o puramente sensorial.

D) TIPO SUBJETIVO

Todas las modalidades implican dolo directo.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Todos los supuestos constituyen delitos de resultado, produciéndose éste en diferentes momentos, según la conducta, por lo que cabe, en todos los casos la punición de la tentativa.

F) CONCURSOS

Dos diferentes cuestiones plantea este artículo: en primer lugar la relación que pueda haber entre las tres conductas del inciso primero, y, en segundo lugar, la relación de este artículo con otros.

Como ya se ha afirmado, los dos últimos números son excluyentes entre sí, por hacer referencia a situaciones de hecho completamente distintas y sólo se podrá plantear la comisión de una o de otra para la realización de alguna de las actividades del número 1). En este caso las iniciales conductas de destrucción o inutilización de medios de protección, o de acceso están en relación de medio a fin con la sustracción, ocultación u otra conducta definitiva, por lo que, son consumidas por ésta, sancionándose como un solo hecho delictivo.

En el supuesto de que se produzca una sustracción o destrucción del objeto material, existirá, si concurre el resto de los requisitos típicos, un concurso con el delito de peculado o con el correspondiente de daños.

Si cualquiera de las conductas castigadas en este artículo llevan al sujeto activo a tener un conocimiento secreto y, posteriormente, se revela o se divulga éste a otros, existirá un concurso ideal de delitos con el del artículo 324. Sin embargo, el supuesto es más difícil de resolver cuando el sujeto activo permite el acceso al registro o documento clausurado a otra persona, que toma conocimiento del secreto contenido en el documento, pues este caso se podría sancionar tanto por el delito del artículo 324 como por la última conducta del artículo 334, debiendo decidir en favor de éste por especialidad, al incluir un requisito típico no exigido en el primero de estos preceptos: que el sujeto pasivo tenga encargada la custodia de los objetos materiales.

1097

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 Públicos “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

Público, 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° S.S., 22-09-00)

1098

“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° S.S., 22-09-00)

CAPÍTULO III

DE LOS DELITOS COMETIDOS POR PARTICULARES

335

COHECHO ACTIVO

El que por sí o por interpuesta persona, prometiére, ofreciere o entregare a un funcionario o empleado público una dádiva o cualquiera otra ventaja indebida, para que ejecutare un acto contrario a sus deberes oficiales o para que no realizare o retardare un acto debido, será sancionado con prisión de seis a diez años.

Si el hecho consistiere en que ejecutare un acto propio de sus funciones oficiales o se trae de un acto ya realizado, propio de su cargo, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.

1099

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

El hecho de que el delito se regule en lugar distinto al del cohecho activo, así como la diferencia del sujeto activo, ha llevado a afirmar que el bien jurídico protegido puede ser diferente en ambos delitos y así se ha sostenido que, en este caso, se trataría del respeto que se debe observar ante el normal funcionamiento de la Administración, en virtud del cual los particulares deben abstenerse de realizar ofrecimientos a los sujetos públicos, sin embargo, ha de entenderse que, en realidad, el bien jurídico protegido es el mismo que el del artículo 330, aunque aquí sea atacado de otro modo, a través de la intervención del particular que intenta corromper o corrompe al funcionario.

B) SUJETOS

El sujeto activo es común y el delito puede ser cometido por cualquiera, incluso por un sujeto público, siempre que, en ese momento concreto, no se encuentre ejerciendo sus funciones.

El delito se puede cometer directamente o a través de persona interpuesta, que, si reúne los requisitos necesarios en cuanto al dolo y a la relevancia de su comportamiento, responderá como partícipe.

El sujeto pasivo es coincidente con el del cohecho pasivo.

C) CONDUCTA TIPICA

Consiste en prometer, ofrecer o entregar dádiva u otra ventaja indebida para que el sujeto público ejecute un acto contrario a sus deberes, para que omita o retarde un acto debido, para que ejecute un acto propio de sus funciones oficiales o por un acto ya realizado, propio de su cargo.

Los aspectos relevantes de todas estas expresiones ya han sido comentados en relación con el artículo 330, al que nos remitimos.

D) TIPO SUBJETIVO

1100

El delito requiere dolo directo, pues todas las conductas sancionadas, que son prometer, ofrecer o entregar, son puramente intencionales.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Al igual que en el de cohecho pasivo, basta con que el sujeto activo realice el ofrecimiento para que el delito esté consumado, siendo indiferente que el sujeto público acepte o no la promesa u ofrecimiento, así como que llegue o no a realizar aquello a lo que se comprometa e, incluso, que el sujeto activo tenga o no, en realidad, voluntad de cumplir su ofrecimiento, lo que hace imposibles, salvo casos de laboratorio, los supuestos de tentativa.

F) CONCURSOS

En ocasiones el sujeto activo del cohecho activo corromperá a un funcionario para que éste, en relación a su cargo, cometa un delito, lo que plantea la responsabilidad del autor del cohecho activo en ese delito cometido. Si el particular ha tomado la iniciativa, ofreciendo o prometiendo la dádiva o ventaja indebida, de tal modo que ha sido ésta la que ha sido aceptada o recibida por el sujeto público, con lo que ya ha cometido el

delito de cohecho pasivo, y, después, en cumplimiento de su compromiso, ha cometido otro delito, el particular, responde como inductor de tal delito. Sin embargo, en el caso de que la iniciativa haya sido tomada por el sujeto público, que sólo por eso ya incurre en cohecho pasivo, siendo el ofrecimiento de cometer un delito, por ejemplo, de detención ilegal, aceptado por el particular, que ya responde de cohecho activo, no se puede imputar a este último una inducción respecto del citado delito de detención ilegal, porque no ha hecho nacer la voluntad delictiva en la mente del que lo va a cometer.

La persona interpuesta a la que cita el artículo responderá como partícipe de este delito si su intervención se produce a iniciativa del particular, pero si lo hace a iniciativa del funcionario o empleado público, será partícipe del cohecho pasivo cometido por éste.

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”.

1101

336

TRÁFICO DE INFLUENCIAS

El que simulando o valiéndose de su influencia con un funcionario o empleado público, recibiere o hiciere que le prometieran para sí o para otro, dinero u otras ventajas como estímulo o recompensa de su mediación con aquella persona o a pretexto de comprar favores o remunerar beneficios, será sancionado con prisión de uno a tres años y multa de cincuenta a cien días multa.

Si quien realizare el hecho fuere un funcionario o empleado público, se impondrá, además, inhabilitación especial para el ejercicio de cargo o empleo público por igual tiempo.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido es la imparcialidad e independencia que debe regir la actuación de la Administración en la prestación de los servicios públicos a la comunidad, sin embargo, como el delito se puede cometer incluso cuando las influencias de las que se presume no existen en realidad, el ámbito de protección del bien jurídico es muy amplio, llegando a incluir ataques puramente hipotéticos contra el mismo.

B) SUJETOS

Es un delito común desde el punto de vista del sujeto activo en el inciso primero, aunque, en el tipo agravado del inciso segundo sólo puede ser cometido por funcionario o empleado público, actuando como tales y, por tanto, con abuso de sus funciones.

Son posibles e incluso frecuentes los casos de responsabilidad en cadena, en los que una persona comete el delito para influir en otro, que, a su vez, ha de influir en otra persona y, así, sucesivamente, casos en los que existe responsabilidad para todos ellos.

1102

Sujeto pasivo es la comunidad como receptora de los servicios de la Administración.

C) CONDUCTA TIPICA

El centro de la conducta típica consiste en la recepción o promesa de una cantidad de dinero u otra ventaja, que puede tener o no naturaleza económica, siendo indiferente que vaya a parar al sujeto activo o a otra persona.

La motivación de esta entrega o promesa ha de ser la verdadera o falsa influencia sobre un funcionario o empleado, pues, en relación con el bien jurídico protegido tiene una y otra posibilidad la misma trascendencia.

La finalidad de la entrega o promesa ha de ser una de las siguientes:

- a) Que sirva para que el sujeto activo medie ante el funcionario o empleado público con el que ha alegado relación, expresión que significa influir sobre él para conseguir una resolución o actuación, sin que sea preciso que las mismas tengan que generar beneficios o ventajas, o como pago de la

mediación ya realizada. No se exige que el sujeto activo se prevalga del ejercicio de las facultades de su cargo, o de cualquier situación que derive de su relación personal o jerárquica con este funcionario o con otro, bastando, por tanto, que su mediación sea remunerada. En sentido contrario, las mediaciones no remuneradas, las simples recomendaciones, no son típicas por este apartado.

- b) Que sirva para comprar favores o remunerar beneficios. En realidad esta mención es inútil porque ya se ha encargado el artículo de especificar que es punible tanto pedir para sí como pedir para otro, pero de este modo queda explícita la punición de estas posibilidades.

D) TIPO SUBJETIVO

Todas las posibilidades son intencionales, lo que exige el dolo directo.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

1103

El delito requiere para la consumación que se reciba o se consiga por el sujeto activo la promesa del dinero o la ventaja, de modo que, si no se produce este resultado, nos encontraremos ante una fase de tentativa. A pesar de ello, el delito se concibe como de resultado peligro, pues tal recepción o promesa no daña por sí sola el bien jurídico protegido, sino que, como mucho, causa un peligro abstracto para el mismo, especialmente cuando el sujeto activo no tenga las influencias que aparenta.

F) CONCURSOS

Si las influencias alegadas son verdaderas y el sujeto activo recibe el dinero o la ventaja para su entrega a un funcionario y según que se llegue o no a entregar y recibir, los hechos pueden salir del ámbito de este delito, para caer dentro de los supuestos de cohecho pasivo y de cohecho activo.

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 público, 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 CP.” (T.S. 3° S.S., 22-09-00)

337

RESISTENCIA

1104

El que se opusiere mediante violencia, a la ejecución de un acto legal de un funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública o contra los actos de un particular que les prestare asistencia a requerimiento de ellos o en virtud de un deber legal, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Tradicionalmente se ha sostenido que el bien jurídico protegido en esta clase de delitos era el principio de autoridad, entendiendo que los entes públicos necesitan del respeto a su prestigio y a su autoridad para ejercer sus funciones, en orden al mantenimiento de la convivencia y del orden público. Sin embargo, la posición que se está sosteniendo al comentar todos los delitos relativos a la Administración, que los relaciona con el correcto funcionamiento de ésta, debe llevar a entender que el bien jurídico protegido es el respeto que los ciudadanos deben a la actuación correcta de la Administración, como requisito necesario para la eficacia de su funcionamiento.

B) SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquiera, siendo la única cuestión a decidir si el delito lo pueden cometer, además de otras personas, los funcionarios, empleados públicos, autoridades o agentes de autoridad que se encuentren en el ejercicio de su cargo, teniendo la respuesta que ser afirmativa, pues el tipo de desobediencia del artículo 322 no tiene el mismo ámbito típico que éste, y, especialmente, porque no es admisible que un sujeto público use la violencia para oponerse a actos legales.

Sujeto pasivo es el Estado, pero la conducta típica recae sobre personas concretas, afectadas por la violencia, que serán los sujetos pasivos de la acción, pudiendo ser tanto funcionarios o empleados públicos como los particulares que les auxilien.

C) CONDUCTA TIPICA

Requisito previo de la comisión de la conducta típica es que exista un acto legal de funcionario o empleado público, autoridad o agente de autoridad, que se pretende ejecutar. Acto legal será aquel dictado en virtud del ejercicio de la triple competencia, material, especial y temporal y revestido de las formalidades legales. Por tanto, estos sujetos deberán estar ejerciendo sus funciones correctamente, ya que la protección penal sólo tiene sentido si la actuación de los representantes de los poderes públicos se realiza conforme a derecho. En el caso de que el sujeto público carezca completamente de competencia, de tal modo que el acto sea radicalmente nulo o se omita absolutamente el cumplimiento de las formalidades legales existentes en garantía de derechos, por ejemplo, al emplear una violencia innecesaria, se considera que se ha desnaturalizado el carácter público de la función en principio ejercida, por lo que en ese momento no cometería este delito quien se resistiera a esa actuación. En el caso de que las actuaciones administrativas sean simplemente irregulares, que pueden ser objeto de impugnación, pero que, aunque sea de modo provisional, pueden tener eficacia, la oposición violenta a los mismos constituye delito de resistencia.

1105

La conducta significa oponerse con violencia. Este último concepto ya ha sido analizado en otros lugares de este comentario, a los que nos remitimos. La oposición abarca a cualquier comportamiento en el que el sujeto, mediante el uso de la violencia, sea física o moral, siempre de la suficiente entidad, medidas todas las circunstancias concurrentes, impide o dificulta la ejecución del acto legal ya mencionado.

D) TIPO SUBJETIVO

El dolo del sujeto activo debe abarcar la legalidad del acto al que se opone mediante la violencia, y, en el caso de que crea erróneamente que se opone a un acto ilegal, deben aplicarse las normas del error sobre el tipo.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación sólo requiere el uso de la violencia con la finalidad ya comentada, de modo que no es necesario que el sujeto activo consiga impedir o estorbar, efectivamente, el cumplimiento del acto legal.

F) CONCURSOS

Si el uso de la violencia provoca lesión de otros bienes jurídicos, como la vida o la integridad, se dará lugar al correspondiente concurso ideal de delitos.

1106 La diferencia con el delito de desacato se encuentra en que, mientras que en la resistencia, el sujeto activo busca evitar la ejecución de un acto, en el desacato no tiene esa finalidad.

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. San Vicente, 04-12-00)

“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° S.S., 30-03-00)

338

1107

DESOBEDIENCIA DE PARTICULARES

El que desobedeciere una orden dictada conforme a la ley y emanada de un funcionario o autoridad pública en el ejercicio de sus funciones, será sancionado con prisión de tres a nueve meses.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es el mismo que en el artículo anterior.

B) SUJETOS

Sujeto activo sólo pueden ser los particulares, por el nombre del delito y porque, en el caso de tratarse de sujetos públicos, y de cumplirse los requisitos allí comentados, incurrirán en el delito del artículo 322, pudiendo serles de aplicación también los artículos 321 y 323.

Debe recordarse siempre que un sujeto público sólo lo es en relación con sus funciones, pues, fuera de ellas viene a ser un particular.

Sujeto pasivo es el Estado.

C) CONDUCTA TIPICA

Presupuesto de la misma es la existencia de una orden legal, dictada por funcionario o autoridad pública en el ejercicio de sus funciones. La orden es un acto administrativo que contiene un mandato, por lo que, en relación con su legalidad nos remitimos al apartado anterior. No se hace mención sino a funcionarios y autoridades, pero no a empleados públicos o a agentes de autoridad, lo que plantea si estos pueden dar órdenes y si pueden ser desobedecidos. A la vista del artículo 39 del Código parece que, respecto de los empleados públicos, cuando actúen por orden del superior, si no se les atiende, se estará desobedeciendo al superior, mientras que, cuando actúen por delegación, sí se les podrá desobedecer, aunque se haga respecto de competencias que no les son propias, sino que ostentan por delegación. Similar criterio debe mantenerse en relación con los agentes de autoridad, cuyo cometido siempre se apoya, precisamente, en esa autoridad.

1108

La conducta típica viene descrita mediante el verbo desobedecer, es decir, no atender los mandatos o prohibiciones de la autoridad o de los funcionarios, en el sentido que se acaba de exponer. Para algunos se trata siempre de un delito de pura omisión, cuya esencia consiste en todo caso en dejar de cumplir lo ordenado, pero esta postura parece demasiado simple a la hora de enfrentarla con la realidad del contenido de las órdenes legales. En realidad estamos ante un delito de omisión cuando el sujeto activo no hace lo que se le ha mandado y es delito de acción cuando el sujeto activo hace lo que se le ha prohibido.

La orden ha de ser clara, expresa y terminante, de modo que no haya duda acerca de su contenido, y la persona a la que se dirige, que en caso de incumplimiento y si concurren los demás elementos de la infracción, será el sujeto activo, ha de tener conocimiento de ella a través de un requerimiento formal, personal y directo. Además la orden debe ser de inexcusable cumplimiento y el sujeto activo debe rebelarse contra ella adoptando una postura de enfrentamiento manifiesto.

La diferencia con el delito del artículo anterior se fundamenta en la ausencia de violencia en el comportamiento de la desobediencia, pero esta desobediencia, en el artículo 338, debe ser grave, como diferencia con la falta del artículo 393, diferencia que se debe establecer mediante la comparación de todas las circunstancias concurrentes.

D) TIPO SUBJETIVO

El tipo subjetivo es siempre doloso, al exigir el tipo el conocimiento de la orden y la voluntad de no acatarla.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Queda consumado el delito con la acreditación de que el sujeto activo no da cumplimiento a la orden recibida.

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. Acción: 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° S.S., 18-01-00)

1109

338-A

DESOBEDIENCIA EN CASO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

El que desobedeciere una orden o medida preventiva cautelar o de protección dictada por autoridad pública en aplicación de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar, será sancionado con prisión de uno a tres años. (4)

El presente delito comparte con el anterior la totalidad de los elementos típicos, pues no constituye sino una especialidad llamada a agravar, por razones de política criminal,

las desobediencias ocurridas en relación con determinadas órdenes emitidas en cumplimiento de las facultades establecidas en una norma especial, la Ley contra la Violencia Intrafamiliar, por lo que su total comentario se ha realizado en el artículo anterior.

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° Santa Ana, 22-09-00)

1110

“...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° Santa Ana, 22-09-00)

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.

339

DESACATO

El que con ocasión de hallarse un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o por razón de éstas, ofendiere de hecho o de palabra su honor o decoro o lo amenazare en su presencia o en escrito que le dirigiere, será sancionado con prisión de seis meses a tres años.

Si el ofendido fuere Presidente o Vice Presidente de la República, Diputado a la Asamblea Legislativa, Ministro o Subsecretario de Estado, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia o Cámara de Segunda Instancia, Juez de Primera Instancia o Juez de Paz, la sanción podrá aumentarse hasta en una tercera parte de su máximo.

1111

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Tradicionalmente se ha definido como bien jurídico protegido en este delito, el mismo que en los artículos anteriores: el principio de autoridad, al considerar que las conductas proscritas en estos delitos perjudican la seguridad y el honor de las personas físicas que, en la práctica, plasman la actuación administrativa, siendo la diferencia básica entre la resistencia y el desacato la ya comentada en el primero de estos delitos. Sin embargo, no todos los autores están de acuerdo y para un apreciable grupo el bien jurídico aquí tutelado es el honor o la seguridad de los funcionarios públicos, mientras que para un tercer sector se trata de delitos pluriofensivos que ofenden tanto a uno como a otro bien jurídico. En consonancia con la postura que se mantenga, se sostendrá una naturaleza distinta para estos delitos, y para los del primer grupo son delitos diferentes de los delitos comunes contra el honor y la seguridad, teniendo naturaleza propia, mientras que para los del segundo no son sino tipos cualificados de aquellos por razón del sujeto pasivo y para los del tercero son intermedios. De esta polémica la principal consecuencia es la determinación de si cabe aceptar en estos delitos la aplicación de los artículos 183 y 191, ya que, si se sostiene que el desacato no es un

delito contra el honor, no cabe aplicar el artículo 183, aunque el ejercicio de la libertad de expresión y a la información pueden justificar conductas inicialmente constitutivas de desacato por aplicación del artículo 191, mientras que el sector más numeroso de autores sí creen que es aplicable al delito de desacato, mientras que otros la aceptan sólo en el desacato calumnioso, al ser la falsedad de la imputación elemento fundamental, por lo que, de ser cierta la imputación, no hay desacato.

B) SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquiera, mientras que el sujeto pasivo, en el inciso primero, puede ser cualquier funcionario público, expresión ésta que debe ser interpretada como genérica remisión al contenido total del artículo 39 del Código Penal, ya que todas esas personas son las que el Estado usa como instrumentos personales para el cumplimiento de sus fines y, por tanto, cualquier ataque a ellos perjudica por igual el bien jurídico protegido.

En el segundo inciso se presta especial protección a un grupo especial de autoridades, por la especial relevancia de las funciones que desempeñan.

1112

C) CONDUCTA TIPICA

Para que exista este delito es preciso que el sujeto pasivo esté ejerciendo las funciones de su cargo o que el ataque se realice por razón de ellas.

El primero de estos términos, ejerciendo las funciones públicas, es entendido como la exigencia de que esa persona esté realizando los actos que tiene atribuidos en ejercicio de la función pública, debiendo entenderse que hay función pública cuando en una actividad concurren tres elementos: el subjetivo (realizada por un ente público), objetivo (actos sometidos al derecho público) y teleológico (finalidad pública). El segundo de estos términos, por razón de las funciones públicas, significa que se castigan las conductas que luego se verán cuando se realizan porque el sujeto pasivo en otro momento realizó funciones públicas y el desacato se realiza por este motivo, aunque tenga lugar cuando el sujeto pasivo ya cesó en su ejercicio.

La conducta se lleva a cabo tanto ofendiendo de hecho o de palabra el honor o decoro del sujeto pasivo, o amenazando a éste, en su presencia o en escrito que le estuviere dirigido. Todos éstos son conceptos normativos, pues tales ataques deben estar

tipificados como ataques al honor o la autonomía personal, siempre que, en éste último caso, la amenaza se produzca en presencia física del funcionario o en escrito que le tenga por destinatario.

D) TIPO SUBJETIVO

El dolo del sujeto activo debe abarcar la condición pública del sujeto ofendido, así como el carácter ofensivo de la conducta realizada.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación del delito se produce, tratándose de hechos descritos en otros lugares del Código Penal, al igual como se consuma el correspondiente delito de calumnia, difamación, al que refiera el hecho cometido.

TÍTULO XVII

DELITOS RELATIVOS AL SISTEMA CONSTITUCIONAL Y LA PAZ PÚBLICA

CAPÍTULO I

DE LOS DELITOS RELATIVOS AL SISTEMA CONSTITUCIONAL

340

REBELIÓN

Serán sancionados con prisión de quince a veinte años, quienes se alzaren en armas para cualquiera de los objetivos siguientes:

1114

- 1) Abolir o cambiar violentamente la Constitución de la República o las Instituciones que de ella emanen;
- 2) Deponer al Presidente de la República o al que haga sus veces u obligarlo a ejecutar un acto propio de sus funciones, contra su voluntad;
- 3) Impedir que se encargue de la Presidencia de la República la persona a quien corresponda;
- 4) Usurpar las facultades de cualquiera de las supremas autoridades del Estado;
- 5) Sustraer a las Fuerzas Armadas de la obediencia al Gobierno Constitucional; y,
- 6) Impedir la reunión legítima de la Asamblea Legislativa, Consejo de Ministros o de la Corte Suprema de Justicia, disolverlos, impedirles que deliberen u obligarlos a resolver en determinado sentido.

Si el autor fuere funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, se impondrá además inhabilitación absoluta en el cargo o empleo público por el mismo término.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es la propia Constitución y el sistema constitucional. La Constitución es la norma básica que fundamenta todo el sistema jurídico, sobre la base de la aplicación del principio de soberanía popular, en virtud del cual las leyes que la desarrollan y el Estado deben acoger los principios de igualdad, respeto a la persona y a su desarrollo, participación, pluralidad y justicia. Todo el sistema tiene como última significación la seguridad de todos los ciudadanos de que el Estado actuará de conformidad con las reglas fijadas y que se mantendrá una situación que se puede definir como de paz pública, en el sentido de mantenimiento del orden constitucional.

B) SUJETOS

1115

Sujeto activo puede ser cualquier persona, aunque, de tratarse de alguna de las personas descritas en la parte final del artículo, se impondrá la pena allí establecida.

A pesar de lo dicho, característica propia del delito es tener un sujeto activo plural, con presencia de numerosas personas, que han de ser las suficientes para poner en peligro el bien jurídico protegido, unidas por una intención común, lo que, a su vez, lleva a la necesidad de que exista algún tipo de organización entre ellos, siquiera, previa a la comisión de la conducta típica. Por esta nota plurisubjetiva se suele definir el delito como de convergencia, por aunar múltiples voluntades respecto de una finalidad.

Sujeto pasivo es, como titular del bien jurídico protegido, la comunidad, como depositaria del interés en el mantenimiento del orden constitucional, aunque, en cada una de las modalidades, serán diferentes las personas físicas afectadas.

C) CONDUCTA TIPICA

Consiste en alzarse en armas. Alzarse es tanto como levantarse, en el sentido de enfrentamiento colectivo y abierto en contra del poder constituido de conformidad con la Constitución. Esta oposición ha de ser pública y violenta, como exige el que el

alzamiento se realice con armas. No es preciso que se lleguen a emplear las armas, sino que es bastante con que la ruptura de la sumisión a las leyes y a las autoridades legalmente constituidas se apoye en esos medios.

D) TIPO SUBJETIVO

El alzamiento con armas tiene que ser realizado con alguna de las finalidades descritas en los seis números del artículo:

1116

- 1) No requiere mayor comentario, aunque el uso del adverbio violentamente es reiterativo, pues, implícitamente, se exige al ser el alzamiento violento. Se trata de derogar total o parcialmente la Constitución, o modificarla, fuera de los mecanismos previstos legalmente para ello, así como realizar las mismas conductas respecto de las Instituciones derivadas de la propia Constitución.
- 2) Tiene dos partes, en la primera de las cuales se castigan los actos dirigidos a deponer al Presidente de la República o a quien, conforme a las normas aplicables, y, en concreto, el artículo 155 de la Constitución, haga sus veces, hecho éste que, por si solo, ataca al orden constitucional, sin que sea admisible sostener que tal comportamiento no afecta al régimen político. En la segunda parte, se trata de una coacción especial, caracterizada por al alzamiento público y armado y el sujeto contra el que se dirige.
- 3) Es similar a la anterior, pero, adelantando la persecución penal, el artículo impide un vacío de ley, ya que el número anterior no sería aplicable si la persona concreta no hubiera llegado a tomar posesión de su cargo.
- 4) La usurpación de las facultades de cualquier suprema autoridad del Estado, significa privar a éstas de ejercer por si las potestades de su función o cargo, atribuyéndoselas los rebeldes.
- 5) Es derogar la obediencia de las Fuerzas Armadas a las autoridades legítimas y ponerlas, por la vía de las armas, bajo otra obediencia.
- 6) La esencia de la existencia de los órganos aquí mencionados es, precisamente, y aún más en el caso de la Asamblea Legislativa, la reunión y la deliberación en condiciones de libertad, siendo castigadas todas las

conductas que, mediante el alzamiento armado, busquen impedir la reunión, finalizar la reunión constituida, impedir sus deliberaciones o forzar el resultado de las mismas.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

El delito queda consumado con el alzamiento armado, no es preciso para ello que los rebeldes logren alguno de los fines propuestos con su alzamiento. Se ha discutido si se trata de un delito de mera actividad o de un delito de resultado cortado, pero, en uno y otro caso, la consecuencia práctica es la dicha.

341

SEDICIÓN

Serán sancionados con prisión de diez a quince años, quienes sin desconocer la autoridad del Gobierno constitucional, se alzaren pública y tumultuariamente para conseguir con violencia cualquiera de los objetivos siguientes:

- 1) Impedir, por actos directos, la promulgación o ejecución de las leyes o la celebración de un acto eleccionario o del escrutinio;
- 2) Impedir que las autoridades ejerzan libremente sus funciones o hagan cumplir las providencias administrativas o judiciales;
- 3) Deponer a algún funcionario de la Administración Pública o impedir que tomen posesión de su cargo los que hayan sido legítimamente nombrados o electos; y,
- 4) Ejercer, con fines políticos o sociales, algún acto de coacción contra las pertenencias del Estado o de algún organismo descentralizado.

1118

Si el autor fuere funcionario o empleado público agente de autoridad o autoridad pública, se le impondrá además inhabilitación absoluta del cargo o empleo por el mismo término.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Aunque la ubicación de este delito junto con el de rebelión en el mismo Capítulo, bajo la rúbrica unitaria en relación al sistema constitucional, permite afirmar que ambos delitos protegen el mismo bien jurídico, es más correcto afirmar, a la vista de la expresión “sin desconocer la autoridad del Gobierno constitucional”, que en el presente delito el sujeto activo no tiene la intención de destruir el Estado basado en el orden constitucional, sino perjudicar su normal funcionamiento y, en este sentido, se afirma que el bien jurídico protegido es el orden público, entendido como el estado de las cosas que permite a los

sujetos públicos un normal ejercicio de sus funciones, y que hace posible la aplicación de las leyes y la ejecución de las resoluciones judiciales y administrativas.

B) SUJETOS

Son idénticos a los definidos en el comentario al artículo anterior.

C) CONDUCTA TIPICA

Consiste en alzarse pública y tumultuariamente para, sin desconocer la autoridad del Gobierno constitucional, lograr con violencia alguno de los fines descritos en el propio artículo.

El concepto de alzamiento ya ha sido comentado en el artículo precedente y es lo mismo que sublevarse o insurreccionarse, sublevación que debe ser pública, es decir, abierta, no oculta, y tumultuaria, en el sentido en el que, en lenguaje usual, se dice que un tumulto altera la paz pública. El alzamiento debe ser violento, ya que la violencia ha de ser medio para la consecución de alguno de los fines a los que luego se hará referencia.

1119

D) TIPO SUBJETIVO

Al igual que en el artículo precedente el sujeto activo debe llevar a cabo el alzamiento descrito en persecución de alguna de las finalidades enumeradas:

- 1) Es indiferente que se pretenda impedir la promulgación de las leyes o su ejecución y, en este caso, en todo o en parte del territorio nacional y para cualquier clase de leyes, civiles, penales o de cualquier otro sector del ordenamiento. Igualmente se castiga intentar impedir un acto eleccionario o un escrutinio, siempre que sea mediante la violencia y a través del alzamiento público y tumultuario.
- 2) Hace referencia a todas las autoridades, siempre que el libre ejercicio de sus funciones responda al ejercicio normal del poder público y, por tanto, sean las funciones que les corresponden, la mención final es redundante pues el cumplimiento de sus providencias es parte del ejercicio de tales funciones.

- 3) Es un supuesto correspondiente a los números 2) y 3) del artículo anterior, siempre que se produzcan los requisitos de la sedición.
- 4) La remisión a la coacción evoca la idea del uso de la violencia, dirigida en este caso contra los medios, sean del Estado o de algún organismo descentralizado, por lo que el hecho se define como un tipo especial de daños con alguna finalidad dirigida en contra de los fines estatales.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Es preciso dar por reproducido el mismo comentario que en el artículo anterior.

342

PROPOSICIÓN, CONSPIRACIÓN Y APOLOGÍA PARA COMETER REBELIÓN O SEDICIÓN

1120

La proposición y conspiración para cometer los delitos de rebelión o sedición, serán sancionadas con prisión de seis meses a dos años.

Si el autor fuere funcionario o empleado público agente de autoridad o autoridad pública, se le impondrá además inhabilitación absoluta del cargo o empleo por el mismo término.

El precepto es consecuencia coherente con lo dispuesto en el artículo 23 del Código Penal, al declarar la punición de estos actos preparatorios en los casos especialmente previstos.

Supone un adelanto de la represión penal a estadios anteriores a la tentativa y, aunque no lo diga específicamente la ley, desde que se inicie el alzamiento, todos los intervinientes en el mismo responderán, según su participación, como autores o como partícipes.

CAPÍTULO II

DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PAZ PÚBLICA

343

ACTOS DE TERRORISMO

El que individualmente o en forma colectiva realizare actos que pudieren producir alarma, temor o terror, utilizando: sustancias explosivas o inflamables; armas o artefactos que normalmente sean susceptibles de causar daño en la vida o en la integridad de las personas será sancionado con prisión de cinco a veinte años.

En igual pena incurrirá el que en las mismas circunstancias y para lograr los fines anteriores, privare de libertad o amenazare u ocasionare la muerte a terceros.

Se tendrá como actos de terrorismo:

1121

1) Los dirigidos contra la vida, la integridad personal o la libertad del Presidente de la República o del que haga sus veces y de los demás funcionarios públicos, cuando dichos actos hubieren sido cometidos en razón de las funciones del cargo que esas personas ejercieren;

2) La destrucción o daño de los bienes públicos o destinados a uso público;

3) La fabricación, procuración, detentación o proporcionamiento de armas, municiones, productos explosivos o implementos para la realización de actos de terrorismo;

4) La participación individual o colectiva, en tomas u ocupaciones de poblados y ciudades ya se hicieren total o parcialmente, edificios e instalaciones de uso público o destinados para el servicio público, sedes diplomáticas, centros de trabajo y de servicios o de lugares destinados a cualquier culto religioso; y,

5) Los ataques armados a guarniciones y otras instalaciones militares.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Si nos atenemos a la rúbrica del Capítulo, se trata de la paz pública y, si prestamos atención al hecho de que los delitos ahora comentados forman parte de un capítulo propio, distinto del dedicado a los delitos contra el orden constitucional, debemos concluir que, a la vista del artículo 21 del propio Código, no se trata de delitos directamente políticos, sino de delitos comunes que, solo por vía de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 21 podrían llegar a ser considerados delitos políticos, y ello con las exclusiones que sienta el propio artículo, que coinciden, precisamente, con alguno de los casos de terrorismo expresamente citados.

Por tanto el bien jurídico protegido puede ser definido como la paz pública, o situación de sosiego, calma o tranquilidad en la vida pública y en la que los ciudadanos pueden libremente ejercer la plenitud de sus derechos y las autoridades pueden cumplir sus funciones y ejercer sus facultades al servicio de la comunidad.

B) SUJETOS**1122**

Ha sido largamente discutida la cuestión de si los delitos de terrorismo exigían un elemento estructural, consistente en la actuación de un número plural de sujetos activos, pues numerosos autores han caracterizado el delito de terrorismo al atribuirle un específico ánimo de destrucción del sistema político, que requería, lógicamente, más de una persona, pero, en este momento, el artículo 343 contesta expresamente a la cuestión, al centrar el terrorismo no en el ataque al orden político, sino a la paz pública, afirmando que el delito puede ser cometido tanto por una sola persona como por varias actuando colectivamente.

Sujeto pasivo es la comunidad y el Estado, en cuanto que depositarios del valor que llamamos paz pública.

C) CONDUCTA TIPICA

No se sanciona en este precepto la pertenencia a un grupo, organización o banda terrorista, la cual, en su caso, debe ser castigada por la vía del artículo 345, sino la realización de concretos actos de delincuencia común, siempre que se ordenen a la finalidad de alterar la paz pública.

La técnica del precepto es compleja, pues si en el primer inciso se define la conducta: realizar actos que pudieren producir alarma, temor o terror, mediante el uso de sustancias explosivas o inflamables, armas o artefactos que normalmente sean susceptibles de causar daño en la vida o en la integridad de las personas, en el segundo inciso se castigan también como actos de terrorismo el matar, amenazar o privar de libertad a otro, en las mismas circunstancias y para los mismos fines, sin que se sepa a qué circunstancias se puede estar refiriendo, como no sean las ya citadas respecto de la autoría individual o colectiva, pues otras no hay, mientras que los fines son los de producir alarma, temor o terror. Por fin el artículo termina aclarando que una serie de actos son, en todo caso, constitutivos de terrorismo.

La realización de actos mediante explosivos o sustancias inflamables, así como mediante armas, no presenta los problemas de delimitación que sí presenta la realización de actos mediante artefactos que normalmente sean susceptibles de causar daño en la vida o en la integridad de las personas, pues los tribunales deben realizar una labor de interpretación que acredite que, objetos en principio de uso normal, aunque, de algún modo potencialmente peligrosos para la vida o la integridad, han sido los medios para los fines terroristas.

1123

Cabe el castigo de todo tipo de comportamientos, desde destruir mediante explosivos o sustancias inflamables un edificio, una vía de comunicación o una aeronave, hasta el ataque personal contra la vida o constitutivos de delito de amenazas o contra la libertad de movimientos, aunque llama la atención la ausencia de los delitos de coacción y lesiones.

D) TIPO SUBJETIVO

Es precisamente el elemento subjetivo consistente en la finalidad de alterar la paz pública lo que dota a este delito de sustantividad frente a los que castigarían los hechos comunes cometidos por el sujeto activo con otra finalidad, añadiendo el plus necesario para justificar el aumento de la pena.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación es la misma que opere en relación con el hecho cometido por el sujeto activo y, así, si se trata de una muerte, se consumará como los delitos contra la vida, si

es una detención ilegal, en el momento en el que el detenido sea privado de libertad, y así sucesivamente.

No es necesario para la consumación que el sujeto activo logre, efectivamente, alarmar, atemorizar o aterrorizar, bastando que actúe con esa finalidad, por lo que tales actos han de aparecer, al menos, como adecuados para ello y esto ocurrirá prácticamente siempre cuando se usen explosivos, sustancias inflamables o armas, pero cuando se trate de los otros artefactos a los que hace referencia la ley, esta exigencia puede obligar a los tribunales a un estudio detallado de los hechos para acreditar ese extremo.

F) CONCURSOS

Si los actos terroristas, además de perjudicar la paz pública, ponen en peligro o lesionan otros bienes jurídicos objeto de protección penal, como la vida, la libertad, la integridad u otros, se dará lugar al correspondiente concurso ideal de delitos con los que correspondan y en el grado de ejecución que hayan alcanzado.

1124

344

PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN PARA ACTOS DE TERRORISMO

La proposición y la conspiración para cometer el delito a que se refiere el artículo anterior serán sancionadas con prisión de seis meses a dos años.

Estarán exentos de pena los conspiradores que espontáneamente impidieren la realización del plan terrorista.

La primera parte del precepto es concordante con el artículo 23 del propio Código, pero, la parte de mayor interés es la final, en cuanto consagra una excusa absolutoria o una causa personal de exención de la pena para los conspiradores, y, por tanto, no para los responsables de proposición, siempre que impidan espontáneamente la realización del plan terrorista.

El alcance de esta exención de pena es muy limitado, porque, en el supuesto de que el plan haya pasado de la fase conspirativa y se haya adentrado en la tentativa, ya no es de aplicación y, además, se requiere que la actuación sea espontánea, o lo que es igual, autónoma, ayuna de estímulos exteriores, por lo que si son los agentes de la autoridad o la autoridad los que convencen al conspirador para que impida el plan terrorista, según la literalidad del precepto, no se podría aplicar la exención, lo que, de seguro, no fue la intención del legislador. Por último, no basta con dificultar, hasta el límite de las propias posibilidades, el plan terrorista, sino que la ley exige impedirlo plenamente, sin que, de otro lado , se requiera hacerlo en colaboración con las autoridades o informando a éstas, lo que deja fuera de cualquier posibilidad de control gran parte de los posibles supuestos.

345

AGRUPACIONES ILÍCITAS

Cuando dos o más personas se reúnan u organicen para realizar, conductas que por sí o unidas a otras, tengan como fin o resultado cometer delitos, serán sancionadas por este solo hecho, con prisión de tres a ocho años. A quienes dirijan o promuevan la reunión u organización, serán sancionados con prisión de seis a doce años.

Si se tratare de una reunión, agrupación, organización, asociación o miembros de pandillas denominadas maras que tuvieren por objeto cometer el delito de homicidio, homicidio agravado, secuestro, el que tomare parte en ellas se le impondrá la pena de cinco a diez años de prisión, y si se tratare de los delitos de robo, extorsión, lesiones, privación de libertad, coacción, delitos contra la libertad sexual, amenazas agravadas, o los comprendidos en el Capítulo IV de la Ley 1126 Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, se le impondrá la pena de tres a ocho años de prisión.

En los casos dispuestos en los incisos que anteceden, se adicionará a la pena anterior, la que correspondiere al delito respectivo, si éste se hubiere consumado.

En la pena del primer inciso incurrirán los que en compañía de una o más personas, sin justificación alguna, merodearen, asecharen o se apostaren con gorros o pasamontañas, aparatos de miras telescópicas o visores nocturnos, cargadores de armas de fuego, registradas o no, en carreteras, caminos rurales o en parejas urbanos, oscuros o favorables para la comisión del delito.(13)

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

El derecho de asociación se consagra en el artículo 7 de la Constitución de la República y, además de la limitación establecida en la parte final de este artículo, en relación con los grupos armados de carácter político, religioso o gremial, es evidente que un límite al ejercicio de ese derecho es la prohibición de la comisión de delitos. La ilicitud

constitucional no es idéntica a la ilicitud penal, pues asociarse de modo armado en los ámbitos políticos, religiosos o gremiales sólo es delito en la medida de que los así asociados tengan por objeto cometer delitos.

En definitiva, el bien jurídico protegido no es el correcto ejercicio del derecho de asociación, sino, en primer lugar, la propia paz pública, pues en el caso de que el derecho de asociación se use para cometer delitos, se potencia grandemente la posibilidad de que se vea perturbado el normal desenvolvimiento de la actividad pública y, en último lugar, el propio Estado, que es una organización cuya propia existencia se podría ver cuestionada por la existencia de organizaciones con fines incompatibles.

B) SUJETOS

Sujeto activo en el primer inciso son los que toman parte en la agrupación, organización o asociación. Tomar parte es participar, ser partícipe, por tanto, son los meros integrantes de la misma, hayan o no intervenido de manera activa en la vida de la dicha agrupación, organización o asociación y, por tanto, sean o no miembros activos, lo que incluye en la punición a los simples partícipes pasivos.

1127

En el inciso segundo se sanciona a los dirigentes o promotores, siendo los primeros los que ejerzan funciones de mando, coordinación o gobierno de la institución criminal, mientras que los segundos han de ser aquellas personas que con su actividad han impulsado o favorecido, bien la creación de esa agrupación, organización o asociación, bien el fomento o promoción de su existencia o actividad.

El sujeto pasivo es, en correspondencia con lo visto en el bien jurídico protegido, la comunidad y el Estado.

C) CONDUCTA TIPICA

Cuestión previa es la delimitación del concepto de agrupación, organización o asociación, ya que es necesario distinguirlas de la figura de la conspiración. En realidad los tres conceptos confluyen en una sola realidad social: la unión de un grupo de personas, estructuradas para la consecución de una o más finalidades determinadas. De esta manera las características propias de ellas serán la pluralidad de personas, que parece que deberán ser, al menos, más de dos, puestas de acuerdo de cualquier modo, con una estructura más o menos compleja según la actividad que se proponga, y con una

permanencia en el tiempo. Estas notas las diferencian de la conspiración, en la que no es precisa la organización ni la permanencia temporal y en la que, por contra, hace falta una intención de cometer delitos concretos, que no es precisa en las agrupaciones, organizaciones o asociaciones a las que nos estamos refiriendo, en las que no hace falta acreditar esa voluntad, sino la de pertenecer o dirigir o impulsar esas uniones de personas organizadas con duración temporal con la finalidad genérica de delinquir.

La propia conducta típica ya ha sido citada al considerar al sujeto activo, bastando, por tanto, en la primera posibilidad, la sola pertenencia, aunque sea pasiva, mientras que en la segunda posibilidad ha de realizarse la dirección o promoción mediante cualquier clase de acto.

Es indiferente el o los delitos que se proponga cometer la unión criminal, así como que estén descritos en el Código Penal o en Leyes Especiales.

D) TIPO SUBJETIVO

Es preciso el dolo, que no presenta características especiales.

1128

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación, en el caso de la pertenencia, se produce con la integración del sujeto activo en la agrupación, organización o asociación, lo que se producirá en cada caso de forma diferente, mientras que en el supuesto de la promoción o dirección se producirá en el momento en el que el sujeto activo ejerza facultades o realice actividades que signifiquen, respectivamente, favorecimiento, mando o coordinación.

No parece posible la tentativa, vista la descripción de la conducta típica.

F) CONCURSOS

En el caso de que se llegue a la comisión de delitos concretos, se dará lugar a un concurso real de delitos entre éste castigado en el artículo que ahora comentamos y los correspondientes delitos cometidos.

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. Usulután, 05-04-00)

“Implicita 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. Usulután, 28-04-00)

1129

“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, 23-04-00)

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.

346

TENENCIA, PORTACIÓN O CONDUCCIÓN DE ARMAS DE GUERRA

La tenencia, portación o conducción de una o más armas de guerra será sancionada con prisión de cuatro a diez años. (18)

El que estableciere depósito de armas de guerra o municiones no autorizadas por la ley o por autoridad competente, será sancionado con prisión de cinco a quince años. Se entenderá por depósito de armas la reunión de tres o más, cualesquiera que fuere su modelo o clase, aún cuando se hallaren en piezas desmontadas. (18)

Se considerarán como arma de guerra los instrumentos mecánicos, electrónicos, termonucleares, químicos o de otra especie, asignados a la fuerza armada al órgano policial o cuya tenencia portación o conducción no le es permitida a los particulares, de acuerdo a la ley respectiva. (5)

1132

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

En éste y en los dos artículos siguientes es la seguridad colectiva o la seguridad de la comunidad, que es puesta en peligro cuando los instrumentos aquí mencionados, diseñados o fabricados con la específica finalidad de herir o matar y, por tanto, potencialmente peligrosos para los bienes jurídicos de mayor entidad, están en poder de personas al margen de la regulación o control estatal. Aunque se ha señalado también que se puede considerar como bien jurídico protegido la potestad estatal de control de estos instrumentos, ha de entenderse que esta potestad no es sino un medio para lograr el fin de mantener la seguridad de la comunidad en los límites aceptables y, por tanto, no es un bien jurídico protegido por si mismo.

B) SUJETOS

El sujeto activo es común, pues el precepto no establece ninguna condición particular. Pueden ser incluso integrantes de la fuerza armada o del órgano policial, siempre que incumplan sus normas reguladoras en cuanto a las armas de servicio.

El sujeto pasivo es la comunidad, como titular de la seguridad de la misma.

C) CONDUCTA TIPICA

En realidad el artículo castiga dos conductas diferentes:

- a) Tenencia, portación o conducción de una o más armas de guerra.
- b) Establecimiento de depósito de armas de guerra o municiones (ha de entenderse, para el servicio de tales armas de guerra), no autorizadas por la ley o por autoridad competente.

En uno y otro caso, la estructura del tipo constituye una ley penal en blanco, pues, aunque los conceptos de arma de guerra y de depósito sean normativos, y se encuentran en el propio artículo, la definición de arma de guerra remite a la ley respectiva, con lo que la consulta de la Ley de control de armas de fuego, municiones, explosivos y artículos similares, aprobada por Decreto nº 738, de 8 de diciembre de 1.993 y las leyes especiales aplicables a la fuerza armada y al órgano policial, es imprescindible para concretar el supuesto de hecho.

1133

La tenencia, hablando en sentido estricto, consiste en la posesión dentro del propio domicilio del sujeto activo, mientras que la portación hace referencia a la posesión fuera del mismo, mientras que la conducción es el traslado de un lugar a otro, por cuenta propia o ajena. En definitiva se castigan todos los casos en los que el sujeto activo tenga la posibilidad de disponer del arma de guerra, siendo indiferente que se detente el arma en el momento concreto o no, así como que el arma de guerra se llegue o no a ocupar por la autoridad, bastando con la acreditación de la realización de la conducta típica y careciendo también de relevancia el lugar donde el sujeto activo tenga el arma.

En los supuestos en los que un arma de guerra se encuentra a disposición de más de una persona, como puede suceder en un grupo de delincuentes que usa uno de estos instrumentos para la comisión de delitos, empuñándola en un caso uno y en otro caso otro de los delincuentes, todos ellos incurrir en responsabilidad.

No constituye la conducta típica el comportamiento meramente instantáneo de contacto con el arma, como es el caso, entre otros, de quien la recibe por curiosidad para echarle una mirada.

El establecimiento de depósito consiste en la reunión de armas de guerra o municiones, lo que, al igual que en la tenencia, no significa que el sujeto activo esté en contacto físico con las armas o municiones, sino que estas se encuentren a su disposición, tenga o no la propiedad de las mismas, con tal de que esa disposición obedezca a una intención de conservar, custodiar o mantener las armas o municiones de modo definitivo, o, al menos, no transitorio, sino con una duración relevante. Esta duración diferencia la conducta de establecimiento de depósito de la mera tenencia de más de tres armas de guerra, en la que se comete un solo delito de tenencia, pero en la que no existe esa voluntad de permanencia. El establecimiento de depósito exige, para ser punible, que se reúnan tres o más de las armas de guerra, sean montadas, sea que se encuentren despiezadas, pero la ley no indica qué cantidad de municiones es necesaria para entender establecido el depósito de las mismas, lo que remite a la valoración judicial en cada caso, valoración que deberá ser realizada en cada caso, sobre la base del criterio de la lesión al bien jurídico protegido.

1134

El concepto de arma de guerra, como ya se ha mencionado, es normativo, pues la parte final del artículo remite a la ley respectiva para su determinación, al considerar tales los instrumentos asignados a la fuerza armada, al órgano policial o aquellos cuya tenencia, portación o conducción no es permitida a los particulares, lo que evoca los artículos 3 a 5 de la Ley ya mencionada.

D) TIPO SUBJETIVO

El dolo del sujeto activo debe abarcar un ánimo consistente en la voluntad de tener el arma o las armas o municiones a disposición del sujeto activo, que es diferente de la voluntad de tenerlas como propias.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

El delito es de peligro, meramente formal y, aún, el peligro es abstracto, por lo que basta la tenencia, portación o conducción o el establecimiento de depósito para la consumación. No cabe la punición de la tentativa.

F) “LEY DE CONTROL Y REGULACIÓN DE ARMAS DE FUEGO, MUNICIONES, EXPLOSIVOS Y ARTÍCULOS SIMILARES”

Aprobada por Decreto No. 655, de 1 de julio de 1999, de la Asamblea Legislativa, regula, en cumplimiento del art. 217 de la Constitución de la República, el uso, fabricación, importación, exportación y comercio de los referidos productos.

La referida ley efectúa las siguientes *definiciones*:

Armas de fuego: aquellas que mediante el uso de cartuchos de percusión anular o central, impulsen proyectiles a través de un cañón de ánima lisa o rayada, mediante la expansión de gases producidos por la combustión de materiales explosivos, sólidos, pólvora u otro material inflamable contenido en los cartuchos.

Armas de guerra: se consideran tales las pistolas, fusiles y carabinas que poseen selector de fuego para el tiro en ráfaga, así como las clasificadas como de apoyo liviano, pesado, minas y granadas.

Tipos de munición: 1) Con ojiva y proyectil del tipo convencional o sólida y del tipo expansivo. 2) Con ojiva o proyectil de tipo perforante, incendiario y explosivo, ya sea este prefragmentado o detonante.

1135

Explosivos: son la combinación de varias sustancias y mezclas que producen una reacción exotérmica cuando son iniciados.

La ley contiene, por otra parte, entre otras determinaciones, un *régimen de prohibiciones* (arts. 58 a 66), cuya violación será sancionada administrativamente de conformidad a lo que se establece en sus arts. 67 y 68, “sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar” (art. 62, último inciso), precepto que eventualmente, aunque no siempre, podría dar lugar a una doble sanción con vulneración de la prohibición de múltiple persecución o “*ne bis in idem*”, prevista en el art. 7 del Código Procesal Penal y de aplicación analógica cuando se pretenda imponer una sanción administrativa, habiéndose impuesto previamente otra penal o viceversa. Existirá, en efecto, doble punición cuando una sola acción (*eadem res*), realizada por la misma persona (*eadem persona*), sea sancionada penal y administrativamente, en virtud de la aplicación de la legislación sobre armas, en razón de idéntico motivo o legal infracción (*eadem causa petendi*).

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. Usulután, 03-02-00)

“...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 CP., 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”

1136

“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. La Unión, 06-04-00)

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”.

346-A**FABRICACIÓN, PORTACIÓN, TENENCIA O COMERCIO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO O EXPLOSIVOS CASEROS O ARTESANALES. (5)**

El que de manera ilegítima fabricare, portare, tuviere o comerciare armas de fuego o explosivos caseros o artesanales, tales como trabucos, escopetas o aquellas que mediante el uso de cartuchos de percusión anular o central impulsen proyectiles a través de un cañón de lámina lisa o rayada, mediante la expansión de gases producidos por la combustión de materiales explosivos, sólidos, pólvora y otro material inflamable contenido en los cartuchos, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años. (5) (18)

1137

Solo se hace mención a la conducta típica, por cuanto el resto de los aspectos es común al anterior artículo.

A) CONDUCTA TÍPICA

Consiste en fabricar, portar, tener o comerciar, de manera ilegítima, armas de fuego o explosivos caseros o artesanales.

Los conceptos de tenencia y portación ya han sido comentados, mientras que la fabricación significa la creación, manufacturación, confección o transformación, mientras que el comercio significa tráfico, intercambio por objetos o dinero, o las actividades de intermediación o promoción de ese tráfico.

Estas conductas son delictivas en la medida en que sean realizadas de modo ilegítimo, lo que remite a las normas administrativas reguladoras de las mismas, en concreto, al Título V de la Ley reguladora ya comentada, lo que, en definitiva, viene a convertir también el tipo en una ley penal en blanco.

El objeto material son las armas o explosivos caseros o artesanales, de los que, a título de ejemplo, se cita a continuación un catálogo, no cerrado sino abierto. Ha de entenderse que se castiga tanto el comportamiento típico dirigido a armas o explosivos creados desde un principio cuanto el dirigido a modificación de las características esenciales de un arma o explosivo ya existente y que de lugar a la aparición de un arma o explosivo nuevo, de configuración diferente a lo anteriormente existente.

El objeto material es diferente del pertinente al artículo anterior, por cuanto allí se hace referencia a las armas o municiones de guerra, definidas en el propio artículo, y del correspondiente al artículo siguiente, porque en ese el objeto material son las armas reglamentadas, mientras que en el precepto ahora comentado, por definición, son armas o explosivos no incluidos en esa norma ya citada.

1138**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. San Vicente, 29-02-00)

“El delito es de mera actividad, que se consuma con la adecuación de la conducta a uno de los verbos rectores.” (T.S. Nueva San Salvador, 24-04-01)

“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, 18-07-00)

“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° Santa Ana, 29-01-01)

“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° Santa Ana, 29-01-01)

“En relación a la petición este Tribunal de Sentencia se abstiene de pronunciarse sobre la responsabilidad civil derivado del delito de Fabricación, Portación, 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, 18-07-00)

1139

346-B

TENENCIA, PORTACIÓN O CONDUCCIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO

El que tuviere, portare o condujere una arma de fuego sin licencia para su uso o matrícula correspondiente de la autoridad competente, será sancionado con prisión de tres a cinco años.

Si el tenedor, portador o conductor reincidiere, o tuviere antecedentes penales vigentes, será sancionado con prisión de cinco a ocho años. (13)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Este delito se ha adicionado al catálogo 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.***1140**

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.

1141

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.

347

COMERCIO ILEGAL Y DEPÓSITO DE ARMAS

El que sin autorización se dedicare al comercio de armas u otros efectos, cuyo uso esté reglamentado por la ley o tuviere depósito o fabricación de armas será sancionado con prisión de cinco a quince años. (18)

Se considerará depósito de armas de fuego reglamentadas, la reunión de cinco o más de dichas armas, aún cuando se hallen en piezas desmontadas.

Al igual que en el artículo anterior, se hace referencia sólo a la conducta típica, que es el único aspecto que se diferencia del artículo 346.

A) CONDUCTA TIPICA

1143

Al igual que en los dos preceptos precedentes, el tipo constituye una ley penal en blanco, pues la conducta sólo es punible cuando el sujeto activo carezca de la correspondiente autorización, que deberá ser obtenida según la normativa administrativa ya citada y se hace referencia a las armas o efectos cuyo uso esté reglamentado por la ley, lo que, nuevamente, remite a esa norma.

Los conceptos de comercio, depósito o fabricación ya han sido comentados en los artículos precedentes. Ha de entenderse que la fabricación implica la tenencia.

El objeto material son las armas o efectos cuyo uso esté reglamentado por la ley, ya que, aunque la norma, en relación con el depósito o fabricación sólo habla de arma, ha de entenderse, por interpretación sistemática de este precepto y en relación con los dos anteriores, ya citados, que en todas las conductas de este precepto, hacen referencia, como se ha dicho, a las armas y efectos reglamentados conforme al artículo 3 de la Ley reguladora.

El depósito de armas, en este caso, se comenta cuando se reúnan cinco o más de estos artefactos, completos o despiezados.

348

DESORDENES PÚBLICOS

Los que actuando en grupo y con el fin de atentar contra la paz pública alteraren el orden público, obstaculizando las vías públicas o los accesos a las mismas o invadieren instalaciones o edificios, serán sancionados con prisión de seis meses a dos años.

Los que conformaren pandillas denominadas maras con el fin de provocar desórdenes e intimidación a las personas serán sancionados con prisión de tres a cinco años. (11)

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

1144 Es la paz pública, como concepto genéricamente opuesto a la situación de guerra, en el sentido de conjunto de condiciones de calma o tranquilidad que permiten que los ciudadanos convivan con normalidad. Este concepto es distinto del de orden público, pues el artículo castiga alterar el orden público para atentar contra la paz pública.

B) SUJETOS

El delito es, desde el punto de vista del sujeto activo, de los denominados de convergencia, al exigir la intervención de múltiples personas, sin que se exija que se trate de un enjambre o cantidad enorme, siempre que todas ellas, por iniciativa común o de uno o más de ellos, se dirijan a la intención colectiva a la que se hará referencia más adelante.

El sujeto pasivo es la comunidad y el Estado.

C) CONDUCTA TIPICA

Se castiga alterar el orden público, pero sólo cuando tal alteración se realice de alguna de las formas descritas en la norma: obstaculizando las vías públicas o los accesos a las mismas o invadiendo instalaciones o edificios.

Es común a todos los supuestos la alteración del orden público, en el sentido de quebrantamiento o perturbación de las normas que regulan la convivencia pública de las personas.

La obstaculización de las vías públicas o de sus accesos requiere que se produzca una situación de peligro para las personas o las cosas que transiten o se encuentren en esas vías públicas o en sus accesos, ya que el artículo 7 de la Constitución de la República reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas y es evidente que el ejercicio de este derecho puede afectar al tránsito por tales vías. El derecho de reunión no puede ejercerse creando peligro para otras personas, por tanto, si el derecho de reunión se ejerce sin hacer peligrar otros bienes, la posible obstaculización de vías públicas o de sus accesos no es constitutiva de este delito, pues no altera el orden público, mientras que si crea tal peligro, se produce la alteración de ese orden y se incurre en delito.

La invasión de instalaciones o edificios significa ocupación violenta, dejando fuera del delito las ocupaciones pacíficas, es decir, aquellas en las que el ingreso en las instalaciones o en los edificios, de cualquier clase, no se realice mediante esa violencia física o intelectual.

1145

D) TIPO SUBJETIVO

El dolo del sujeto activo, directo o eventual, debe abarcar la existencia de un elemento subjetivo, consistente en la finalidad de atentar contra la paz pública. Al ser el sujeto activo plural, los integrantes del grupo deben actuar con este fin. Es indiferente que, además de este ánimo, haya otros, lícitos o ilícitos en el comportamiento del grupo.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La alteración del orden público es el resultado del delito, por lo que, para la consumación es precisa su producción y cabe el castigo de la tentativa cuando no se haya llegado a ocasionar, como cuando la policía intercepta a un grupo que se encuentra preparado, con instrumentos adecuados, para cortar una calle, pero antes de que lo hagan.

F) CONCURSOS

Si de la actuación de los integrantes del grupo se deriva lesión para otros bienes jurídicos, se da lugar a un concurso ideal de delitos.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.**1146**

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.

349

APOLOGÍA DEL DELITO

El que públicamente hiciere la apología de un delito común doloso, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es la ya reiteradamente comentada paz pública, que es atacada cuando se expresan comentarios u opiniones que puedan favorecer la comisión de delitos.

B) SUJETOS

El delito puede ser cometido por cualquier persona, por lo que es un delito común.

El sujeto pasivo es la comunidad y el Estado.

1147

C) CONDUCTA TIPICA

El precepto castiga la apología hecha públicamente, lo que constituye un pleonismo, por otra parte, frecuente, pues la apología, por su propia definición, ha de ser pública, pues, de no serlo, o es un pensamiento o una opinión, en definitiva, una cuestión particular ajena al campo, no solo del derecho penal, sino de todo el ordenamiento jurídico.

La apología es cualquier acción, oral o escrita, o realizada por cualquier vía, en la que se enaltece, se ennoblece o se alaba algo, presentándolo como algo beneficioso o como ejemplo a imitar, creando de este modo un ánimo o voluntad en su favor.

La apología aquí castigada es la de un delito común doloso. Al exigirse que se refiera a un delito, la conducta sancionada no es la alabanza en abstracto de un modo delincuente de vivir o de la práctica de la delincuencia, sino una acción de encomio de un hecho concreto, descrito en el Código Penal o en Leyes Especiales como delito, y, además, como delito doloso, por tanto, no cuando se trate de un delito imprudente o una falta.

Se hace referencia a un delito común, lo que obliga a hallar el concepto de éste, que debe ser concretado por interpretación del artí. 21 del propio Código, a cuyo comentario nos remitimos.

Por último, la apología no se comete cuando se alaba meramente un delito ya cometido, pues, para incidir sobre el bien jurídico protegido, es preciso que el sujeto activo cree la voluntad o el ánimo favorable o predisposición en favor del delito y, por tanto, de esta manera, incite a su comisión. Esta es la única interpretación que evita concebir el delito de apología como un delito de mera opinión, que sería inconstitucional por oponerse al artículo 6 de la Constitución.

D) TIPO SUBJETIVO

El dolo del sujeto activo debe abarcar las características del delito que ensalza, bastando con que sepa que es un delito común doloso.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

1148

Si la conducta del sujeto activo llega a crear el peligro para el bien jurídico consistente en la voluntad de delinquir, en el ánimo favorable a la comisión de un delito concreto, estaremos ante una infracción consumada. En otro caso, cuando la conducta del sujeto activo no haya logrado la producción de ese resultado, el delito se encontrará en tentativa.

TÍTULO XVIII

DELITOS RELATIVOS A LA EXISTENCIA, SEGURIDAD Y ORGANIZACIÓN DEL ESTADO

CAPÍTULO ÚNICO

350

ATENTADOS CONTRA LA INTEGRIDAD Y EXISTENCIA DEL ESTADO

El que ejecutare actos dirigidos a someter el territorio del Estado de El Salvador o una de sus partes a la soberanía de un Estado extranjero o a suprimir o menoscabar su independencia, salvo lo prescrito en el Art. 85 de la Constitución de la República, será sancionado con prisión de diez a veinte años.

1149

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

En éste, como en todos los demás preceptos del Título y Capítulo, el interés jurídicamente protegido es la pervivencia del Estado y de sus valores fundamentales, como son la soberanía, la independencia y la integridad territorial y, en este sentido, como se menciona de modo más concreto en los siguientes preceptos, se sintetiza el contenido de todos estos aspectos en la fórmula según la cual el bien jurídico protegido es la seguridad del Estado.

La soberanía salvadoreña queda establecida en el artículo 83 de la Constitución y sus concordantes y el territorio nacional es definido en el artículo 84 de la Constitución.

B) SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquiera y sujeto pasivo es el Estado.

C) CONDUCTA TIPICA

La soberanía es el supremo poder político del Estado y su ejercicio y la independencia es la situación en la que un Estado no depende de otro y, por extensión, su territorio y sus nacionales no dependen de ningún poder ajeno.

El tipo castiga cualquier clase de actos cuya finalidad sea lograr que un Estado extranjero pueda ejercer soberanía, o lo que es igual, el poder supremo, sobre todo o parte del territorio salvadoreño y también aquellos cuya finalidad sea suprimir o menoscabar la independencia del mismo, expresión que debe ser interpretada como la intención de poner todo o parte del territorio bajo dependencia o influencia o protectorado extranjeros, bajo poder extranjero, con lo que ambas expresiones vienen a ser prácticamente repetitivas, salvo cuando, en el segundo caso, se intente poner todo o parte del territorio nacional bajo la obediencia o influencia de una posible organización o entidad supranacional, a la que no hace referencia el ataque a la soberanía, que tiene que ser realizado en favor de otro Estado.

1150

La amplitud de la expresión «ejecutare actos» es excesiva y, aunque el uso del verbo ejecutar supone una inicial restricción, ya que el delito no podrá ser cometido por omisión, dado su carácter activo, es preciso, en todo caso, acreditar que los actos ejecutados son objetivamente adecuados para poner en peligro el bien jurídico protegido, pero, con estas salvedades, son punibles todos los actos que puedan resultar trascendentes respecto de la seguridad del Estado.

La referencia al artículo 85 de la Constitución tiene que ser puesta en relación con el actual contenido del artículo 84 de la misma, en cuanto a las secciones pendientes de delimitación.

D) TIPO SUBJETIVO

La finalidad intencional de los actos ejecutados sólo permite la comisión de la conducta con dolo directo.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

No es preciso que el comportamiento del sujeto activo llegue a poner todo o parte del territorio nacional bajo soberanía extranjera, ni tampoco que llegue a suprimir o

menoscabar su independencia, bastando para la consumación la realización de un comportamiento objetivamente peligroso para tales bienes. Sólo será posible el castigo en fase de tentativa si no se llega a concluir el comportamiento.

F) CONCURSOS

El principal problema del precepto es su distinción con el siguiente y con los demás del Capítulo.

El bien jurídico protegido en ambos preceptos es el mismo, pero el ataque se proyecta sobre aspectos diferentes, y así, mientras que en el artículo que ahora comentamos se ofende la soberanía e independencia, en el artículo siguiente se ataca a la unidad territorial o constitucional, pero sin que sea preciso que se intente poner el territorio o parte de él bajo autoridad extranjera, bastando que se intente declarar la independencia de parte o partes del mismo.

En relación con los demás preceptos del Capítulo debe operar, con carácter general, el artículo 7 del Código Penal, y siendo la descripción de este precepto general frente a la más especial de otros artículos, en concreto, el apartado 1) del mismo.

1151

351

ATENTADOS CONTRA LA UNIDAD NACIONAL

El que ejecutare actos directos encaminados a disolver la unidad del Estado en su integridad territorial o constitucional, será sancionado con prisión de seis a doce años, salvo lo prescrito en el Art. 89 de la Constitución de la República.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Como ya se ha dicho, es el mismo que en el artículo anterior, con el cual, en este aspecto, la sola diferencia, es la faceta atacada, que aquí es la unidad del Estado manifestada mediante la integridad territorial y constitucional, en el sentido de

mantenimiento de todo el territorio de la República definido en el artículo 84 de la Constitución bajo la observancia de esta Norma.

B) SUJETOS

Los mismos que en el precepto precedente.

C) CONDUCTA TIPICA

La conducta castigada es la ejecución de actos directos encaminados al fin ya citado. Al igual que en el precepto anterior, el verbo ejecutar es activo y no se contempla el castigo de la omisión, pero la conducta, también necesitada de restricción, es algo menos amplia, pues, los actos han de merecer la consideración de directos, por lo que su repercusión sobre el bien jurídico ha de ser inmediata, descartándose los actos instrumentales o los que supongan la preparación de esa ruptura de la unidad del Estado.

1152 D) TIPO SUBJETIVO

Al igual que en el precepto precedente la finalidad expresada en el artículo constituye un elemento subjetivo del tipo que tiene que ser abarcado por el dolo del sujeto activo, que tiene que ser directo.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Es reproducible lo expresado en el artículo anterior.

F) CONCURSOS

Ya han sido expuestas las diferencias con el artículo anterior, mientras que, respecto del resto del Capítulo, también debe operar, en su caso, el principio de especialidad.

352

TRAICIÓN

El salvadoreño o el extranjero que desempeñare algún empleo, cargo o función pública o técnica, que tomare armas contra El Salvador bajo bandera enemiga, se uniere a sus enemigos o les prestare cualquier ayuda de carácter político, militar, técnico, económico, de propaganda o de cualquier otra índole o realizare comercio que favoreciere o facilitare los fines o capacidad bélica de un Estado que se hallare en guerra con El Salvador, será sancionado con prisión de quince a veinticinco años.

Lo dicho en el inciso anterior se aplicará al extranjero que estuviere en el país en el desempeño de un empleo, cargo o función pública o técnica al servicio de organismos internacionales, que realizare cualquiera de los actos allí mencionados.

1153

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

En la concepción del bien jurídico protegido el Código Penal sigue la tradición germánica, que centra el delito en la deslealtad, pues la descripción del sujeto activo implica un vínculo de confianza con el Estado salvadoreño. La ruptura de esta confianza afecta de modo especial a la seguridad, la independencia, la integridad y a la misma existencia, en definitiva, del Estado, implicado en una guerra.

B) SUJETOS

Sólo pueden ser los salvadoreños o los extranjeros que desempeñen empleo, cargo o función pública o técnica, al servicio del gobierno salvadoreño o de organismos internacionales, siempre que, en este último caso, el sujeto activo esté en el país.

Sujeto pasivo es el Estado.

C) CONDUCTA TIPICA

En primer lugar se castiga tomar armas contra El Salvador bajo bandera enemiga, conducta que no puede consistir meramente en alistarse bajo tales banderas, pues esta acción es diferente de la de tomar armas, pero que tampoco puede ser la efectiva participación en combates, pues hay estamentos militares, especialmente, los jefes de un ejército, que nunca participan en las luchas y cuyo comportamiento cae plenamente bajo la aplicación de este precepto. Tomar armas ha de ser prestar servicio efectivo en el ejército enemigo, que, dado el bien jurídico protegido, ha de ser un enemigo externo, en el sentido de conjunto de personas armadas que operan a las órdenes, por cuenta o con asistencia de un Estado con el que El Salvador esté en conflicto armado.

En segundo lugar se sanciona unirse a los enemigos, prestarles cualquier ayuda de carácter político, militar, técnico, económico, de propaganda o de cualquier índole.

1154

La conducta de unirse al enemigo viene a sancionar todos los comportamientos en los que el sujeto activo, sin tomar armas, se pone al servicio del enemigo, lo que tradicionalmente se ha conocido como «pasarse al enemigo», o lo que es igual, poner los propios saberes y capacidades a disposición del enemigo, hacerse uno con el enemigo, hacerse el propio sujeto activo, enemigo. El resto de la conducta castiga todo comportamiento en el que el sujeto activo, sin pasarse al enemigo, lleva a cabo cualquier comportamiento directamente eficaz para favorecerle, por cualquier vía, ya que la enumeración es abierta, como explicita la cláusula final, pudiendo ser ayudas de carácter inmaterial, como informaciones, conocimientos o consejos, o de carácter material como recursos económicos, créditos, objetos, armamento, suministros o cualquier otra ayuda eficaz.

Por fin, en tercer lugar, se castiga realizar comercio que favoreciere o facilitare los fines o capacidad bélica de un Estado en guerra con El Salvador. El supuesto lógico será aquel en el que el sujeto activo comercia con tal Estado enemigo y, a resultas de tal comercio, éste recibe medios que refuerzan sus fines o capacidad bélica, pudiendo tratarse de materias primas, armamento, medios de transporte o comunicación o cualquier otra cosa, pero, en el precepto nada obsta a que ese comercio se realice con cualquier otro Estado o persona o entidad privada, siempre que el tal comercio apoye o ayude la capacidad bélica o la finalidad de ese enemigo.

D) TIPO SUBJETIVO

El sujeto activo debe conocer las circunstancias del tipo objetivo y querer su producción, y son posibles casos de dolo eventual, cuando el sujeto, por ejemplo, no esté seguro de la ayuda que presta al enemigo, pero, aceptando su posible eficacia, la lleva a cabo.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Sólo la última de las tres circunstancias requiere la efectiva producción de un resultado que constituya una lesión del bien jurídico protegido, y, en concreto, el favorecimiento o facilitación de los fines o capacidad bélica del enemigo, mientras que las otras dos conductas presentan un resultado que es la puesta en peligro del bien jurídico protegido a través de la realización de la conducta típica, sin que sea preciso acreditar que, efectivamente, han perjudicado la seguridad del Estado.

F) CONCURSOS

Puede ser difícil distinguir este delito en algunos casos del de espionaje castigado en el artículo 356, a cuyo comentario nos remitimos.

1155

353

INTELIGENCIA CON ESTADO EXTRANJERO

El salvadoreño o el extranjero que estando en las circunstancias a que se refiere el artículo anterior, se pusiere en relación o inteligencia con Estado extranjero a fin de que se declare la guerra o se realizaren actos hostiles contra el Estado salvadoreño o realizare otros hechos dirigidos al mismo fin, si en virtud de tales hechos sobreviniere la guerra, será sancionado con prisión de quince a veinticinco años; si resultaren solo actos hostiles, con prisión de diez a quince años y si no sobreviniere guerra ni actos hostiles, con prisión de cinco a diez años.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO Y SUJETOS

Son los mismos que en el artículo anterior.

B) CONDUCTA TIPICA

Consiste en realizar cualquier acto con la finalidad de que un Estado extranjero declare la guerra a la República de El Salvador o realice actos hostiles contra el mismo, bien mediante contacto con las autoridades o agentes de ese Estado, bien mediante contacto con las autoridades o agentes de otro Estado, pues el tipo tan solo excluye los actos autónomos del propio sujeto activo.

Las diferencias entre entrar en relación o entrar en inteligencia con Estado extranjero se fundamentan en la ausencia o presencia de acuerdo o acción coordinada entre este Estado y el sujeto activo. Entrar en relación es ponerse en contacto por cualquier vía, ofrecerse, intentar influir en el sentido dicho, entrar en inteligencia es lo mismo que ponerse de acuerdo, concertarse, decidir actuar en un mismo sentido.

1156

La referencia a la declaración de guerra debe ser entendida en el sentido de que se inicie la guerra, haya o no declaración formal de guerra, sentido que es compatible con la consecutiva mención a los actos hostiles, que han de ser actos armados no constitutivos de guerra, como movimientos de tropas, movilizaciones, acopios de material de guerra y demás.

C) TIPO SUBJETIVO

La actuación del sujeto activo tiene que estar enderezada a un fin expresamente exigido en la norma: lograr la declaración de la guerra, en el sentido ya expresado de que se inicie la misma, o la realización de actos hostiles. Este elemento subjetivo del tipo debe ser abarcado por el dolo del autor, que sólo puede ser directo, visto lo intencional del comportamiento.

D) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación se produce con la realización de la conducta típica, consistente en la producción de cualquier hecho dirigido a lograr la declaración de guerra o la realización de actos hostiles.

E) PENALIDAD

La pena depende de que, efectivamente, se produzca la guerra, de que haya actos hostiles, o de que no haya ni una ni otra. La declaración de guerra o la realización de actos hostiles son hechos que no pueden ser objetivamente imputados al sujeto activo de este delito, sino que, normalmente, dependerán de otras voluntades y del ejercicio de otras potestades, por lo que no pueden ser concebidas como resultado del delito, sino, más bien, como condiciones objetivas de punibilidad que, en el supuesto de producirse, determinan la aplicación de las penas agravadas previstas en el precepto frente a la básica prevista en el final del precepto.

354**PROVOCACIÓN DE GUERRA, REPRESALIAS O ENEMISTAD INTERNACIONAL**

El que realizare en territorio salvadoreño reclutamiento u otro acto hostil contra un Estado extranjero de modo que expandiere al Estado salvadoreño al peligro de una guerra, será sancionado con prisión de cinco a diez años y si la guerra sobreviniere, con prisión de diez a quince años.

1157

Si los actos previstos en el inciso anterior dieren lugar a una perturbación de las relaciones amistosas del gobierno salvadoreño con uno gobierno extranjero o a una grave perturbación del orden interno del país o expusieren al Estado de El Salvador, a sus habitantes o a los salvadoreños residentes en el extranjero, al peligro de represalias o actos de hostilidad o de vejación, la prisión será de tres a siete años; y si se siguiere la ruptura de relaciones diplomáticas o se efectuaren las represalias o actos de hostilidad o vejación, la sanción será de cinco a doce años de prisión.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es, claramente, la seguridad del Estado, en el mismo sentido que se cita en el artículo siguiente.

B) SUJETOS

El sujeto puede ser cualquiera, siendo indiferente que se trate de personas públicas o privadas, con tal de que, como luego se dirá, no estén autorizados para la realización de los concretos actos.

El sujeto pasivo es el Estado.

C) CONDUCTA TIPICA

El comportamiento ha de tener lugar en territorio salvadoreño, pues es la única posibilidad de que el Estado salvadoreño pueda verse afectado por el mismo.

1158

La conducta típica es realizar reclutamiento u otro acto hostil. Reclutar es alistar personas para la realización de actos, básicamente militares, en contra de otro Estado y la definición de otro acto hostil es abierta, pudiendo ser ataques físicos contra representantes de ese Estado, ataques a sus intereses económicos, ataques a sus símbolos o cualquiera otro, por lo que, en muchos casos, serán constitutivos de delito contra otros bienes jurídicos protegidos.

Estos actos tienen que haber sido realizados de modo ilegal o sin la correspondiente autorización y desde antiguo se ha manifestado que es difícil que esta clase de actos lleve a otro Estado a una declaración de guerra, aunque sí pueden dar lugar al resto de consecuencias mentadas en el texto del artículo, como pueden ser hechos de fuerza contra salvadoreños, ataques a sus intereses económicos y muchos otros, siempre que tal reacción provenga, no de meros particulares del otro Estado, sino de sus poderes públicos, pues sólo la reacción de éstos puede afectar al bien jurídico.

D) TIPO SUBJETIVO

No se requiere ninguna finalidad específica y, por tanto, no es preciso un ánimo de llevar a otro Estado a declarar la guerra o la intención de perturbar las relaciones

internacionales o de provocar represalias, y aunque tales fines puedan estar presentes, para la comisión del delito, basta el dolo, consistente en el conocimiento de que se carece de autorización o de que son ilegales el reclutamiento o los actos hostiles que se realizan, la voluntad, pese a ello, de llevarlos a cabo y, al menos, la aceptación de la producción de alguno de los resultados al los que acto seguido se va a hacer mención.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

En la norma se describen una serie de resultados que determinan diferentes penalidades, en una encomiable correspondencia a la repercusión sobre el bien jurídico protegido. Al concebirse el delito como de resultado es imprescindible acreditar que tales resultados son objetivamente imputables a la conducta del sujeto activo. Tales resultados son, de menos a más graves:

- a) Perturbación de las relaciones amistosas del gobierno salvadoreño con un gobierno extranjero o grave perturbación del orden interno del país o exposición del Estado de El Salvador, de sus habitantes o de los salvadoreños residentes en el extranjero al peligro de represalias o actos de hostilidad o vejación.
- b) Exposición del Estado salvadoreño al peligro de una guerra.
- c) Ruptura de relaciones diplomáticas, producción de represalias o actos de hostilidad o de vejación contra el Estado salvadoreño, sus habitantes o los salvadoreños residentes en el extranjero.
- d) Guerra efectiva con otro Estado.

1159

Como se observa, algunos de estos resultados sólo suponen la creación de un peligro para el bien jurídico protegido, mientras que otras dan lugar a su efectiva lesión.

355

REVELACIÓN DE SECRETOS DE ESTADO

El que revelare los secretos políticos o militares referentes a la seguridad del Estado o facilitare su divulgación, será sancionado con prisión de dos a seis años.

La sanción se aumentará hasta en una tercera parte del máximo señalado, si el responsable hubiere conocido los secretos en virtud de su carácter de funcionario o si se hubiere servido de la violencia o del fraude para obtener tal conocimiento.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

1160

Como el propio precepto cita, es la seguridad del Estado, valor complejo que implica el mantenimiento del status del Estado, en cuanto a su prestigio, su posición internacional, su independencia e integridad, su poder, su estado de paz y sus relaciones con los demás Estados.

B) SUJETOS

El sujeto activo puede ser cualquier persona, sin limitaciones de ninguna clase, salvo en el subtipo cualificado castigado en el inciso inicial del inciso segundo, en el que el sujeto activo tiene que ser necesariamente, funcionario.

El sujeto pasivo es el propio Estado.

C) CONDUCTA TIPICA

Consiste en revelar los secretos que constituyen el objeto material del delito o facilitar su divulgación. Los conceptos de revelación, secreto y divulgación ya han sido comentados en el apartado propio del artículo 324, precepto del que el ahora comentado se diferencia por la diferente órbita de los secretos aquí afectados, que tienen que ser exclusivamente políticos o militares y por el bien jurídico protegido, que es diferente en uno y otro precepto.

Se castiga por igual la conducta de revelar secretos y la de facilitar su divulgación, aunque la primera es una conducta activa, mientras que la segunda puede ser llevada a cabo tanto por acción como por omisión.

Facilitar es lo mismo que llevar a cabo una actividad relevante de algún modo para que la difusión sea posible o se realice de mejor modo y su tipificación como conducta autónoma busca excluir en estos casos la aplicación de las reglas de la participación, pues el supuesto exige que un tercero divulgue el secreto, de modo que, de no existir esta norma, la conducta de quien se lo facilita sería constitutiva de una participación en su comportamiento y su punición dependería de la correspondiente a la conducta principal. El supuesto parece pensado para quien entrega la información a un tercero, que amplía el ámbito de los que la conocen.

La conducta es objeto de agravación cuando el sujeto activo sea funcionario y haya conocido el secreto por razón de sus funciones, lo que debe ser interpretado, no sólo en el sentido de que sea el depositario, en sentido estricto, de ese secreto, sino también abarcando cualquier caso en el que esa persona haya tomado contacto y conocimiento de ese saber restringido por tales funciones, aunque no sea su custodio.

1161

Igualmente se agrava la infracción en los casos en los que el medio comisivo de la adquisición del secreto haya sido la violencia, física o moral. Por tanto, la mera conducta de quien usa esos medios para tomar conocimiento del secreto no da lugar a la consumación del delito.

Los secretos deben ser políticos, por tanto, relativos a la gobernación del Estado o a la actividad de los órganos del mismo, o militares, como concernientes a la política de defensa y a los Ejércitos. Tanto en uno y otro caso deben ser referentes a la seguridad del Estado, por lo que la revelación o facilitación de la difusión de secretos de esta clase que no sean referentes a la seguridad del Estado no es constitutiva de este delito. La determinación de la presencia de esta circunstancia obliga al intérprete a poner este extremo en contacto con el bien jurídico protegido, para establecer cuando el conocimiento concreto es pertinente a tal seguridad.

D) TIPO SUBJETIVO

El dolo del sujeto activo será normalmente directo, al ser en la mayor parte de los casos la conducta intencional, aunque no pueden descartarse casos en los que el sujeto

activo realice la conducta sin estar completamente seguro de la producción de la revelación o de la facilitación, pero aceptando su eficacia, así como cuando el sujeto activo no está plenamente seguro del carácter político o militar del secreto o de su relevancia para la seguridad del Estado, pese a lo cual realiza la conducta típica, casos todos ellos de dolo eventual.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación no exige que se perjudique efectivamente la seguridad del Estado, bastando con que sea puesta en peligro, entendiendo la ley que tal peligro ya existe con la total realización de la conducta típica, que dará lugar a la consumación.

356

ESPIONAJE

1162

El salvadoreño, el que lo hubiere sido y haya perdido tal calidad y el extranjero que debiere obediencia a la República de El Salvador a causa de su empleo, cargo, función pública o técnica, que en tiempo de paz se pusiere al servicio de una nación extranjera o de sus agentes con el fin de suministrarles informes sobre secretos políticos, diplomáticos o militares del Estado, será sancionado con prisión de ocho a veinte años. Si el salvadoreño fuere empleado o funcionario público, la sanción podrá aumentarse hasta en una tercera parte del máximo señalado.

Si se tratare de extranjero que no estuviere en las circunstancias dichas, la sanción será de cuatro a diez años de prisión.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es el mismo que en el artículo anterior.

B) SUJETOS

El sujeto puede ser, en definitiva, cualquier persona, aunque el artículo determina la pena en función de diferentes circunstancias personales: en primer lugar, el nacional salvadoreño, el que lo haya sido y ya no lo sea, debiendo entenderse que se incluye tanto a los que no han adquirido otra nacionalidad y por ello son apátridas, como a los que, habiendo adquirido otra nacionalidad, son, en sentido estricto, extranjeros, y, el propio extranjero que deba obediencia a El Salvador; en segundo lugar, el salvadoreño que sea empleado o funcionario público; y, por fin, el extranjero que no deba obediencia a El Salvador, debiendo entenderse, en este caso, que es exclusivamente el extranjero que no hubiere sido antes salvadoreño y hubiese perdido esa condición. Todas estas circunstancias hacen referencia al artículo 90 y siguientes de la Constitución.

Dos son las cuestiones a determinar: en qué circunstancias un extranjero puede deber obediencia a El Salvador y si es preciso que el extranjero que se encuentre en otras circunstancias, debe, al menos, residir legalmente en el país. En relación con la primera cuestión debe exigirse que el extranjero esté vinculado con la República mediante una relación de tipo público que, además, específicamente, cree tal deber de obediencia, mientras que, en relación con la segunda, no se exige en el texto de este artículo ni siquiera que el sujeto activo viva o resida en El Salvador, por lo que puede ser cometido en cualquier situación.

1163

El sujeto pasivo es el Estado.

C) CONDUCTA TIPICA

La redacción del tipo supone un extraordinario adelantamiento en la persecución penal, por cuanto basta para la comisión del delito que, en tiempo de paz, el sujeto activo se ponga al servicio de una nación extranjera o de sus agentes con la finalidad descrita en la ley. Así el delito se comete desde que hay acuerdo de voluntades, pues no basta el mero ofrecimiento de ponerse al servicio de alguien para estar ya, efectivamente, a su servicio, y por ello es necesario, al menos, que el receptor de tal oferta, la acepte.

Es indiferente que la iniciativa parta del sujeto activo, de un tercero o de los representantes o agentes de la nación extranjera, aunque, cuando la iniciativa haya sido de estos últimos, puede plantearse la posible responsabilidad de estas personas como instigadoras, lo que dará lugar a los conocidos problemas diplomáticos cuando

se trate de personas con este estatuto. Aunque en principio es perfectamente posible que se les exija responsabilidad criminal, la práctica entre los Estados, suele limitarse a decidir su expulsión por realizar actividades incompatibles con su carácter diplomático.

D) OBJETO MATERIAL

Son informes sobre secretos políticos, diplomáticos o militares del Estado, lo que es igual a decir que el objeto son los propios secretos de esta índole. A diferencia del artículo anterior, no se exige que tales secretos sean referentes a la seguridad del Estado, pero, para que el hecho afecte al bien jurídico protegido y entre en la órbita de lo punible, es preciso exigir que tengan alguna clase de trascendencia para tal seguridad. El único concepto distinto al artículo anterior es el que hace referencia a secretos diplomáticos, como aquellos correspondientes a las relaciones del Estado con otros y con organizaciones internacionales.

E) TIPO SUBJETIVO

1164

El delito sólo se puede cometer con dolo directo, que debe abarcar la finalidad de suministrar secretos.

F) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

El adelantamiento de la persecución penal que supone la redacción del artículo da poco margen a la posibilidad de apreciar la tentativa, que quedará restringida a los casos en los que se realicen actos tendentes a ponerse al servicio de la nación extranjera o de sus agentes, quedando consumada la infracción cuando exista el acuerdo ya mencionado.

G) CONCURSOS

Este delito se diferencia del de traición del artículo 352 en que éste, al hacer referencia a tomar armas, enemigos, y Estado en guerra, supone la existencia de la misma, mientras que el espionaje se produce en situación de paz, y, además, el espionaje exige, por los motivos ya dichos, el acuerdo entre el espía y sus patronos, mientras que en el delito de traición no es preciso, aunque pueda existir, tal unión de voluntades.

357

SABOTAJE

El que con fines de sabotaje y en tiempo de guerra, de grave trastorno del orden público o de calamidad nacional, destruyere o inutilizare en todo o en parte, aunque fuere temporalmente, los medios de ataque, defensa, comunicación, transporte, aprovisionamiento, depósito u otras obras militares o que sin serlo estuvieren al servicio de la fuerza armada o de la seguridad pública del Estado, será sancionado con prisión de cinco a diez años.

El sabotaje será sancionado con prisión de diez a veinte años, si se hubiere cometido en interés de un Estado en guerra con el Estado salvadoreño y si el hecho hubiere comprometido la preparación o la eficacia bélica de este último o sus operaciones militares.

Si los actos indicados se realizaren en tiempo normal y afectaren directamente a la capacidad bélica nacional, la sanción será de uno a tres años de prisión. 1165

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Se trata, en última instancia, de la defensa nacional, valor que afecta a todos los salvadoreños y no solo a los integrantes de la fuerza armada y del órgano policial. En el presente artículo la defensa nacional se protege mediante la tipificación de los comportamientos que perjudican los recursos a los que se apela para mantener ese valor o los medios de los que se sirve.

B) SUJETOS

El delito puede ser cometido por cualquier persona, siendo un delito común, no requiriéndose, como en el precepto anterior, que se trate de un nacional salvadoreño, ni tampoco que el sujeto activo tenga condición militar. A pesar de la dicción del inciso segundo, no puede ser sujeto activo del delito el personal militar de una nación enemiga que, en situación de guerra, realiza la conducta, pues esos son actos de guerra, salvo que, violando las leyes o costumbres de guerra, incurra en el delito del artículo 362.

El sujeto pasivo es el Estado, que es el titular de la defensa nacional.

C) CONDUCTA TIPICA

En realidad el precepto contiene tres tipos, de los cuales el definido en último lugar opera como tipo básico, mientras que los tipificados en los dos primeros incisos son subtipos cualificados del anterior.

- a) Tipo básico. Lo comete quien, en tiempo normal, destruyere o inutilizare en todo o en parte, aunque fuera temporalmente, los medios de ataque, defensa, comunicación, transporte, aprovisionamiento, depósito u otras obras militares o que sin serlo estuvieren al servicio de la fuerza armada o de la seguridad pública del Estado, afectando directamente a la capacidad bélica nacional.
- b) Tipo agravado. Lo comete quien realiza la anterior conducta en tiempo de guerra, de grave trastorno del orden público o de calamidad nacional. No se exige la directa afectación a la capacidad bélica nacional.
- c) Tipo especialmente agravado. Lo comete quien realiza la conducta típica existiendo estado de guerra con otro Estado, en interés de este y comprometiendo la preparación o la eficiencia bélica nacional o sus operaciones militares.

1166

La conducta común es definida, por tanto, como “destruir o inutilizar, en todo o en parte, aunque fuera de modo temporal”. Destruir es lo mismo que acabar con una cosa, arruinarla, no siendo precisa la total extinción de su materia, ya que el precepto hace mención a la destrucción parcial, que es lo mismo que dañar el objeto material, caracterizándose esta conducta en todo caso porque se afecta a la materia de la que está hecho el objeto por cualquier vía, activa u omisiva, como, por ejemplo, no prestándole los cuidados de conservación a que está obligado el sujeto activo. Es indiferente que el objeto pueda o no ser reparado. Por contra el concepto de inutilizar exige que se afecte a la capacidad de servicio del objeto, instrumento o medio inutilizado, pero, para diferenciarlo de la destrucción, sin quebrantar la materia de la que está hecho, siendo también indiferente que se haga completamente imposible su funcionamiento o utilización o que sólo se vea afectado en parte, así como que la inutilización sea definitiva o susceptible de remedio o reparación, viniendo a castigar

este supuesto los casos en los que se retiran los medios de energía necesarios para el funcionamiento, los supuestos en los que se ocultan las llaves o medios de encendido y muchos otros.

En el tipo básico esta conducta ha de ser realizada “en tiempo normal”, concepto que se configura de manera residual en relación con los dos apartados anteriores, siendo aquel tiempo en el que no haya guerra, ni grave trastorno del orden público ni calamidad nacional.

Por contra, en el inciso primero, la conducta ha de llevarse a cabo en una de estas tres situaciones. No existe dificultad para interpretar ninguna de las tres expresiones, siendo tiempo de guerra aquel en el que ésta está empeñada, bien con carácter civil, bien con otra potencia, sea mediante formal declaración o mediante rompimiento de hostilidades, sean éstas o no generalizadas. El trastorno del orden público, concepto que ya ha sido comentado en preceptos anteriores, como el artículo 348, ha de ser grave, correspondiendo a los tribunales determinar en cada caso cuando existe o no tal gravedad y si tal trastorno no es grave, la realización de la conducta típica dará lugar a la aplicación del tipo básico, si se afecta directamente a la capacidad bélica nacional. El tiempo o la situación de calamidad nacional no tiene porqué afectar a todo el país, bastando con que una parte del mismo se encuentre en estado de conmoción generalizada por inundaciones, extremas sequías, terremotos, erupciones volcánicas u otras catástrofes colectivas. Se ha afirmado que estas circunstancias no constituyen elementos del tipo, sino condiciones objetivas de punibilidad, sin embargo, nada en el precepto autoriza a sostener esta afirmación, por lo que las mismas deben ser consideradas elementos del tipo, que deben ser abarcados por el dolo del sujeto activo.

1167

En el segundo subtipo cualificado, la conducta debe ser realizada, necesariamente, en tiempo de guerra con un Estado extranjero, no siendo posible su comisión en situación de guerra nacional.

D) OBJETO MATERIAL

En todos los casos son los medios de ataque, defensa, comunicación, transporte, aprovisionamiento, depósito u otras obras militares o que sin serlo estuvieren al servicio de la fuerza armada o de la seguridad pública del Estado.

La enumeración tiene vocación omnicompreensiva y su amplitud y falta de concreción llevan al tipo cerca de la infracción del principio de tipicidad, pues, en una corta enumeración, se incluyen las armas ofensivas y defensivas, las aeronaves, los buques, los vehículos, las vías de comunicación, los equipos de comunicación, los establecimientos, las bases, puertos, arsenales, acuartelamientos, unidades, y todo ello, sea militar o no, si, no siéndolo, está al servicio de la fuerza armada o de la seguridad pública del Estado.

E) TIPO SUBJETIVO

Todos los tipos son dolosos, pero, además de abarcar los elementos objetivos, el dolo del sujeto activo tiene que abarcar un específico elemento subjetivo, consistente en que el sujeto activo realice la conducta típica con fines de sabotaje. Esta exigencia sólo es expresa al principio del artículo, no volviendo a ser mencionada posteriormente, pero debe ser implícitamente exigida en todo el precepto, al ser lo que singulariza la conducta y la diferencia de otros delitos, siendo explicable su omisión en dos de los tipos para evitar farragosas reiteraciones.

1168

El dolo puede ser directo o eventual y, en los casos de dolo eventual, éste puede ser compatible con otras finalidades. Así el fabricante de vehículos que destruye medios de transporte militares para lograr nuevos pedidos actúa con ánimo de beneficiarse económicamente, pero, si se representa que su comportamiento perjudique a la capacidad estatal, que esto significa la expresión «fines de sabotaje», y lo acepta, comete este delito con dolo eventual.

F) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Tanto el tipo básico como el tipo especialmente agravado constituyen infracciones de resultado, en el que la producción de éste constituye la consumación.

El tipo básico exige que la conducta típica afecte directamente a la capacidad bélica nacional, o lo que es lo mismo, que la operatividad de sus fuerzas armadas o la posición del Estado frente a una eventual conflagración bélica se vean, efectivamente, perjudicadas. Como se exige que la afectación sea directa, parece que sólo cuando la conducta típica recaiga en medios de la fuerza armada o de las fuerzas de seguridad será posible la comisión del delito.

En el caso del tipo especialmente agravado el resultado de la conducta llevada a cabo por el sujeto tiene que comprometer la preparación o la eficiencia bélica de El Salvador o sus operaciones militares. Comprometer significa poner en peligro o en duda y, en sentido amplio, dificultar, y por tanto, el resultado exigido en este caso no es un perjuicio efectivo para esa preparación o eficiencia o para las operaciones militares, sino la efectiva puesta en peligro de las mismas, en sentido de capacidad de todos los medios nacionales, y no solo los militares, para afrontar la guerra empeñada, capacidad para desempeñarse correctamente en la misma, sin tener que asumir pérdidas innecesarias, o capacidad para emprender acciones mediante unidades militares o para concluir las ya comenzadas.

En los casos en los que la conducta del sujeto activo no haya producido esos resultados, deberá ser sancionada la infracción en grado de tentativa.

Por contra, el tipo agravado que ha sido anteriormente citado en segundo lugar y que se contempla en el primer inciso es un delito de mera actividad, cuya consumación no exige ningún resultado, bastando la efectiva realización de la conducta típica, de modo que, si el sujeto activo da principio a la misma y no concluye el comportamiento, procede el castigo de la tentativa.

1169

358

INFIDELIDAD EN NEGOCIOS DE ESTADO

El que, encargado por el Gobierno salvadoreño para tratar en el exterior asuntos de Estado, se apartare de las instrucciones recibidas y del hecho se derivare grave perjuicio al interés nacional, será sancionado con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial de empleo, profesión u oficio por igual término.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es la seguridad y el interés estatal. Las relaciones internacionales obligan a finalizar acuerdos entre los Estados, quienes, en la salvaguardia de sus intereses, dependen

de la fidelidad de las personas físicas que les representan y defienden sus intereses, que son atacados cuando tales personas infringen sus deberes de fidelidad.

B) SUJETOS

Sujeto activo sólo puede ser la persona que haya recibido del Gobierno el encargo de representar al Estado en asuntos de Estado que deban tratar en el extranjero, lo que significa que, cuando la Misión no esté integrada por una sola persona, sólo podrá ser sujeto activo el jefe de la Misión, aunque, otros integrantes puedan responder como partícipes.

Sujeto pasivo es el Estado.

C) CONDUCTA TIPICA

1170

Presupuesto esencial es que el sujeto activo haya recibido del Gobierno salvadoreño determinadas instrucciones a las que deba ceñirse en el desempeño de su comisión, que ha de implicar asuntos de Estado, así como que, en las negociaciones empeñadas, se encuentre implicado el interés nacional, y que las mismas se desarrollen en el extranjero, por lo que, en los casos en los que no se hayan impartido esas instrucciones, bien por desidia, bien por dejarse la cuestión a la iniciativa del representante y a su poder de decisión, así como cuando no se encuentre implicado el interés nacional, por ejemplo, porque la intervención salvadoreña tenga una finalidad altruista o de composición de intereses ajenos, y también cuando las negociaciones se realicen en territorio salvadoreño, no cabe la comisión del delito.

El delito se puede cometer tanto por acción como por omisión, siempre que una u otra suponga infracción de las instrucciones recibidas. Tal infracción sólo es constitutiva de delito cuando cause un daño grave al interés nacional. La determinación de cuando se produce ese grave perjuicio debe ser realizada por los tribunales valorando todos los elementos del hecho.

D) TIPO SUBJETIVO

El sujeto activo debe ser consciente de las instrucciones recibidas, así como de la implicación del interés nacional en los asuntos que debe tratar, y de que, con su acción

u omisión, directamente o como posibilidad, se va a perjudicar gravemente el interés nacional.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

El consciente apartamiento de las instrucciones recibidas, causando peligro para el interés nacional o causando un perjuicio que no sea grave, supone la tentativa del delito, la efectiva causación de grave perjuicio, supone la consumación.

359

VIOLACIÓN DE TRATADOS, TREGUAS, ARMISTICIOS O SALVOCONDUCTOS

El que violare las inmunidades personales o el domicilio del Jefe de un Estado extranjero en visita oficial o los miembros de una Misión de un Estado extranjero, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.

1171

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es la seguridad del Estado y, por extensión, la seguridad de los ciudadanos que lo forman. El sustrato del precepto es una situación de guerra a la que se ha puesto fin mediante un tratado, o que se encuentra en suspenso por una tregua o armisticio, lo que configura situaciones más o menos transitorias de paz, a cuyo servicio se han podido expedir determinados salvoconductos. Se castigan los ataques a esas situaciones de paz, y, como cuando un Estado no está en paz, sino en situación de guerra, su seguridad y la de los ciudadanos se encuentra comprometida, éstos son los bienes jurídicos protegidos.

B) SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquiera, y sujeto pasivo es, en primer lugar, el Estado y, por extensión, los ciudadanos.

C) CONDUCTA TIPICA

Es descrita bajo el término «violación», que hace referencia a cualquier comportamiento, activo u omisivo, contrario a lo acordado por el Estado en el tratado, tregua o armisticio, o que suponga violación de las seguridades o salvaguardias que supone el salvoconducto extendido en favor de persona o personas determinadas.

Aunque el artículo hace referencia a los tratados internacionales, sin exigir expresamente que los mismos tengan que estar acordados en relación con una situación de guerra, bien presente, bien para su evitación, no es posible aceptar que cualquier acto que suponga la infracción de un tratado sea constitutivo de delito, por lo que la necesaria restricción debe llevarse a cabo mediante la interpretación sistemática del precepto y en relación con el bien jurídico protegido, lo que lleva a concluir que tales tratados sólo pueden ser los que se concluyan en relación con una situación bélica presente o potencial. La violación de un tratado es un comportamiento distinto de su denuncia, que ha de realizarse por el Estado firmante a través de los propios mecanismos previstos en el texto internacional o en el derecho internacional.

1172

Las treguas y armisticios dan lugar a una cesación, más o menos transitorias, de las hostilidades o actividades bélicas, siendo indiferente que hayan sido acordadas por el Estado o por las fuerzas beligerantes en presencia en el campo de operaciones, así como que se trate de acuerdos generales o que afecten sólo a un frente o teatro de operaciones. Es indiferente que la situación de guerra se haya iniciado por una declaración formal de guerra o que se trate de hostilidades iniciadas o mantenidas sin tal formalidad.

El salvoconducto garantiza la inmunidad e inviolabilidad a una o más personas, en caso de guerra, para diferentes fines.

D) TIPO SUBJETIVO

El dolo del sujeto debe abarcar el contenido de los tratados, treguas o armisticios, o salvoconductos.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación del delito exige la efectiva violación de los instrumentos citados en el artículo, de tal modo que el bien jurídico protegido se vea en peligro, por lo que las infracciones irrelevantes, que no causen ese peligro, no darán lugar a la consumación, quedando la infracción en grado de tentativa.

360

VIOLACIÓN DE INMUNIDADES DIPLOMÁTICAS

El que violare los tratados celebrados con Estados extranjeros, las treguas o los armisticios acordados entre El Salvador y un Estado enemigo o entre sus fuerzas beligerantes o los salvoconductos debidamente expedidos, será sancionado con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial de cargo empleo, profesión u oficio por el mismo término.

1173

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Aunque se ha dicho que se trata, de modo indirecto, de asegurar la protección al Jefe del Estado salvadoreño y a los representantes salvadoreños ante otras naciones, esta protección es un fin de política criminal que no se contempla directamente en la norma, por lo que, en realidad, el bien jurídico protegido son las relaciones internacionales interestatales, cuyo buen funcionamiento depende, grandemente, de que los estados prevean la represión de los ataques cometidos en su territorio contra otros estados, de tal modo que, por consecuencia, se proteja en ellos a los representantes salvadoreños.

B) SUJETOS

El sujeto activo puede ser cualquier persona, por lo que se trata de un delito común, a pesar de lo cual, salvo en casos casi de laboratorio, el hecho será cometido por funcionarios, ya que tales inmunidades se centran en la inviolabilidad y en la exclusión de la aplicación de la ley nacional, de modo que, como después se verá, el caso común

de comisión del delito es la pretensión de someter al sujeto pasivo a una restricción de libertad o a una investigación en su domicilio durante su estancia en El Salvador.

Sujeto pasivo del delito es el Estado, aunque el sujeto pasivo de la acción es el Jefe de un Estado extranjero o miembros de una Misión de un Estado extranjero. Por tanto, no se abarca a miembros de sus familias, ni tampoco, cuando se hace referencia al Jefe del Estado, a Jefes de Gobierno, Ministros ni otras personas y la protección sólo se produce cuando el motivo de la presencia en El Salvador es la visita oficial, o, en el caso de la Misión, el cumplimiento de ésta. Los integrantes del servicio consular no gozan de inmunidad en el ejercicio de sus cargos.

C) CONDUCTA TIPICA

La inmunidad, como ya se ha dicho, consiste en la exclusión de la aplicación de la ley nacional y del sometimiento a los tribunales nacionales, así como a la inviolabilidad de la persona y el domicilio.

1174

La conducta típica se lleva a cabo cuando se viola, efectivamente, esas inmunidades, mediante la detención del sujeto pasivo o la realización de investigaciones en su domicilio, por lo que, para la comisión del delito, no basta la perturbación de esas inmunidades, como las simples citaciones o la presentación de denuncias.

En relación con las inmunidades de los miembros de una Misión extranjera, es preciso consultar los textos internacionales suscritos por El Salvador en esa materia.

D) TIPO SUBJETIVO

Es esencial que el dolo del sujeto activo abarque la característica del sujeto pasivo, y, por tanto, el conocimiento de que se trata de un Jefe de Estado extranjero en visita oficial o del integrante de una Misión extranjera, así como el conocimiento, aunque sea genérico, de las inmunidades que les protegen.

E) FASES DE EJECUCION

Como ya se ha dicho, la consumación requiere la efectiva violación de las inmunidades, de modo que si ésta no se produce, el delito se encontrará en fase de tentativa.

TÍTULO XIX

DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD

CAPÍTULO ÚNICO

361

GENOCIDIO

El que con el propósito de destruir parcial o totalmente un determinado grupo humano, por razón de su nacionalidad, raza o religión, cometiere homicidios u ocasionare daños corporales o psíquicos a miembros del grupo o los sometiere a condiciones que hicieren difícil su subsistencia o les impusiere medidas destinadas a impedir su reproducción o realizare el desplazamiento violento de personas hacia otros grupos, será sancionado con prisión de diez a veinticinco años.

1175

La sanción podrá aumentarse hasta treinta años si el directamente responsable de cualquier acto de genocidio fuere un funcionario civil o militar.

La proposición y la conspiración para actos de genocidio, serán sancionadas con prisión de seis a doce años; y la incitación pública para cometer genocidio, será sancionada con prisión de cuatro a ocho años.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

El Salvador suscribió en su momento la Convención Internacional de Prevención y Represión del Genocidio, de 9 de diciembre de 1.948, que define el genocidio como:

“Cualquiera de los actos mencionados a continuación perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;

- b) Lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de vida que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo y;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.”

El delito de genocidio parte del reconocimiento internacional del valor del pluralismo, concretado en la existencia, con igual valor, de diversas razas, religiones y diferentes grupos humanos y el bien jurídico protegido, de carácter supraindividual, se concreta en la existencia de los grupos humanos de carácter ahora minoritario por diferentes motivos.

B) SUJETOS

1176

El delito puede ser cometido por cualquier persona, de modo que es un delito común, pero, si se trata de un funcionario civil o militar, la penalidad se agrava hasta los límites previstos en el inciso segundo.

Sujeto pasivo del delito es el grupo humano y no cada uno de sus integrantes, de modo que, los concretos ataques en que se concrete el genocidio, pueden dar lugar a los correspondientes concursos de delitos.

Este grupo ha de definirse por características de nacionalidad, raza o religión, sin que se abarquen los ataques a otros grupos humanos, como los definidos por su pertenencia a una etnia concreta, como grupo biológico menor dentro de una raza, ni tampoco los ataques a grupos humanos definidos por ideologías diferentes de la religión, como las políticas.

C) CONDUCTA TIPICA

Se suele distinguir entre el genocidio físico, que se comete cuando se intenta aniquilar directamente el grupo mediante homicidios o cuando se ocasionan daños corporales o psíquicos, lo que viene a constituir lesiones, y el genocidio biológico, en el cual, sin

destruir inmediatamente al sujeto pasivo, se debilita el mismo o se ponen las condiciones para su desaparición, sometiendo a sus integrantes a condiciones que dificulten su subsistencia, siendo indiferente el medio que se emplee para ello, así como que se perjudique directamente la vida o sólo la salud, o impidan su reproducción, por medios distintos de aquellos, como la castración o esterilización, sean constitutivos de lesión, o se desplace violentamente a sus miembros a otros grupos, lo que es un delito contra la libertad.

D) TIPO SUBJETIVO

La conducta tiene que ser realizada con el específico propósito de destruir parcial o totalmente el grupo humano ya definido, que constituye un elemento subjetivo.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación tendrá lugar cuando se lleve a cabo alguna de las conductas típicas con el ánimo específico mencionado, bastando la producción de muerte o lesión a uno solo de los integrantes del grupo

1177

Se prevé la sanción de la proposición y conspiración para la comisión de este delito y también la incitación pública a su comisión, y esta mención excluye la aplicación al delito de genocidio del delito de apología del artículo 349, pues el artículo prevé que se sancione tal incitación pública, que no es sino la apología, con mayor pena a la prevista en el artículo 349.

362

VIOLACIÓN DE LAS LEYES O COSTUMBRES DE GUERRA

El que durante una guerra internacional o civil, violare las leyes internacionales o costumbres de guerra o de cualquier manera ocasionare daños psíquicos o corporales, deportación para trabajos forzados de la población civil en territorio ocupado, maltrato de prisioneros de guerra, muerte de rehenes, saqueo de la propiedad privada o pública, destrucción innecesaria de ciudades o pueblos o devastación no justificada por necesidades militares, será sancionado con prisión de cinco a veinte años.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

1178

Es el derecho de la guerra. A lo largo del tiempo ha ido cuajando en la comunidad internacional la idea de que la existencia de una guerra o de un estado generalizado de conflicto no supone la total ausencia de límites para los intervinientes en una u otro, quienes, incluso en esa situación, deben sujetarse a una serie de reglas que impidan la causación de daños desconectados con la lucha empeñada. Como no ha cuajado la creación de un Derecho Penal Internacional con una jurisdicción internacional dedicada a estos menesteres, con algunas excepciones (Tribunales Internacionales de Nüremberg y Tokio, Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia), ha sido preciso que las legislaciones internacionales contemplen el castigo de las acciones contrarias a esos principios.

B) SUJETOS

El delito es común, por lo que lo puede cometer cualquier persona, mientras que el sujeto pasivo, además de la comunidad, en el sentido más amplio, abarcando no solo a los ciudadanos del Estado sino a cualesquiera que se puedan ver afectados por la conducta típica, son estas mismas personas.

C) CONDUCTA TIPICA

Existe un presupuesto y es que la conducta típica se ejecute durante una guerra internacional o civil. Es indiferente que exista o no formal declaración de guerra, siempre que, en general o en un teatro o marco de operaciones determinado, haya un estado de ruptura de hostilidades.

Se castiga:

a) Violar las leyes internacionales o costumbres de guerra. Son numerosos los textos internacionales convenidos sobre la materia y mucho más numerosos aquellos que no han sido ratificados o que no han pasado de ser propuestas o estudios. Enumerar unos y otros carece de mayor interés en la medida en que, incluso aquellos que no tienen sanción legal, en su inmensa mayoría, parten de costumbres de guerra, por lo que su infracción es tan punible como la de las normas obligatorias conforme al derecho internacional.

b) De cualquier manera

1179

b1) Ocasionare daños psíquicos o corporales, ha de entenderse, a la población civil en territorio ocupado. Tales daños pueden consistir en homicidios o lesiones, físicas o psíquicas en personas que, por ser civiles, no merezcan la consideración de combatientes y que se encuentren en territorio ocupado, por lo que ha de entenderse que el sujeto activo ha de pertenecer a tales fuerzas de ocupación o, de algún modo, ha de prestar servicio con ellas o estar amparado por las mismas.

b2) Deportare población civil en territorio ocupado para trabajos forzados. Deportar es trasladar forzadamente a una persona de un lugar a otro, esta deportación, respecto de las personas ya vistas y en los territorios mencionados, debe realizarse con la finalidad de obligarles a efectuar trabajos forzados. La consumación del comportamiento no requiere que, efectivamente, los sujetos pasivos, hagan los trabajos forzados.

b3) Maltratase prisioneros de guerra. El comportamiento implica matar o herir, o realizar actos de agresión, física o mental, por acción u omisión, a personas que se encuentran en poder de sus enemigos, por lo que ya no se pueden

defender. Por tanto son personas que ya no se encuentran en situación de combate.

- b4) Muerte de rehenes. Un rehén es una persona retenida como garantía de que el enemigo cumplirá determinadas obligaciones, por lo que, en definitiva, su situación es equiparable a la de los prisioneros de guerra del apartado anterior.
- b5) Saqueo de la propiedad privada o pública. El saqueo es un acto de depredación que tiene carácter de generalidad, por lo que supone el apoderamiento de todo o gran parte de lo que hubiere en un lugar.
- b6) Destrucción innecesaria de ciudades o pueblos o devastación no justificada por necesidades militares. Por supuesto, la guerra implica siempre destrucción, sin embargo, es preciso que la misma tenga conexión con las operaciones a desarrollar, por lo que, en otro caso, se incurre en esta modalidad del delito.

1180

Todas estas últimas conductas, en realidad, infringen las leyes y costumbres de la guerra, pero la finalidad del precepto es que, en estos casos, no sea preciso probar la contradicción del comportamiento con tales leyes y costumbres, bastando la acreditación de la comisión de la conducta.

D) TIPO SUBJETIVO

No hay especialidad en este tipo subjetivo. El dolo no presenta características especiales. Lo extremo y repugnante de los actos tipificados hace que cualquier persona normal tenga conciencia de su carácter delictivo, por lo que, normalmente, todos estos actos habrán sido ejecutados con dolo directo.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

Son tan distintos los actos castigados que, mientras que en algunos de ellos no es preciso ningún resultado para la consumación, constituyendo infracciones de mera actividad, en otros casos, se trata de delitos de resultado.

363

VIOLACIÓN DE LOS DEBERES DE HUMANIDAD

El civil no sujeto a la jurisdicción militar, que violare los deberes de humanidad con los prisioneros o rehenes de guerra o heridos a consecuencia de la misma, o con los que estuvieren en los hospitales o lugares destinados a heridos y el que cometiere cualquier acto inhumano contra la población civil, antes, durante o después de acciones de guerra, será sancionado con prisión de cinco a veinte años.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es el mismo que en el artículo anterior.

B) SUJETOS

El sujeto activo tiene que ser un civil no sujeto a la jurisdicción militar, por lo que, excluyendo de entrada a los militares, es preciso acudir a las normas reguladoras de la jurisdicción militar para determinar qué civiles y en qué condiciones quedan sujetos a la jurisdicción militar.

1181

El sujeto pasivo es el mismo que en el artículo anterior.

C) CONDUCTA TIPICA

Se regulan dos conductas típicas distintas:

- a) Violar los deberes de humanidad con los prisioneros o rehenes de guerra o heridos a consecuencia de la misma, o con los que estuvieren en los hospitales o lugares destinados a heridos.
- b) Cometer cualquier acto inhumano contra la población civil, antes, durante o después de acciones de guerra.

La violación de los deberes de humanidad o la comisión de actos inhumanos supone el menosprecio u olvido del respeto que los seres humanos merecen por el sólo hecho de serlo.

Hay que entender que este artículo castiga comportamientos que no caen dentro del ámbito de aplicación del artículo anterior, por lo que si el ataque a los deberes de humanidad comporta, también, un ataque a las leyes o costumbres de guerra, el hecho debe ser sancionado por el artículo anterior. Por el mismo motivo y, dada la identidad de pena en los dos preceptos, los actos castigados en el artículo ahora comentado han de suponer una violación de los deberes de humanidad de suficiente entidad como para ser equiparables a las violaciones de las leyes y usos de la guerra. Así se pueden castigar comportamientos ignominiosos o que signifiquen vilipendio, sometimiento de los prisioneros, rehenes, heridos o población civil a condiciones de vida indignas del ser humano por la suciedad o insalubridad del lugar en el que se les confine, restricciones injustificadas en el alimento o la bebida o mala calidad voluntaria de éstos y otros hechos distintos.

1182

D) TIPO SUBJETIVO

No existe especialidad ninguna en el dolo del sujeto activo.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

No exige el artículo que de la conducta del sujeto activo se siga resultado ninguno, por lo que el delito viene a ser de mera actividad, lo que hace que, si bien sea posible el castigo de la tentativa, ésta resulte de difícil presentación.

364

DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que detuviere legal o ilegalmente a una persona y no diere razones sobre su paradero, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta del cargo o empleo respectivo por el mismo término

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

El motivo de la inclusión de este precepto en el Código Penal se encuentra en la propia Exposición de Motivos y, aunque el bien jurídico protegido se encuentre íntimamente relacionado con el del artículo 290, no coincide con él, al asumir, en este precepto, un carácter supraindividual, consistente en el respeto por parte de los órganos estatales de los derechos fundamentales de los ciudadanos y, en este caso, al ser posible que la detención se haya realizado legalmente, del derecho a la vida.

1183

B) SUJETOS

El sujeto activo tiene que ser, de conformidad con el artículo 39, funcionario, empleado público, agente de autoridad o autoridad pública. El hecho de que la detención pueda ser legal o ilegal y la definición del bien jurídico, a la vista de la exposición de motivos, permiten afirmar que no es imprescindible que el sujeto activo tenga entre sus funciones la de efectuar privaciones de libertad, pudiendo ser cometido el delito por cualquier persona pública, siempre que se sirva de alguna manera de su carácter para ello, pues, en otro caso, actúa como un simple particular.

El sujeto pasivo es la persona privada de libertad.

C) CONDUCTA TIPICA

El delito supone que el sujeto activo haya realizado una privación de libertad, amparándose, de alguna manera, en sus funciones públicas, aunque éstas no coincidan con la realización de detenciones. Es indiferente que la privación sea legal o no.

En segundo lugar, es preciso que el sujeto pasivo haya desaparecido, entendiendo que tal circunstancia se ha producido cuando no se conozca la situación física de esa persona, que no haya sido puesta en libertad y que no se den explicaciones razonables sobre su paradero. La persona que tiene a otra bajo su dominio por haberle privado de libertad se coloca en similar posición a la de garante respecto de su vuelta a la libertad, por lo que se justifica el establecimiento de responsabilidad si desaparece.

D) TIPO SUBJETIVO

El delito es doloso, debiendo abarcar el dolo la totalidad de los elementos del tipo objetivo.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

1184

La consumación se produce cuando, tras la detención, queda acreditado que el sujeto pasivo no ha sido puesto en libertad y ha desaparecido, no existiendo explicaciones razonables sobre su paradero. La descripción no hace concebibles los supuestos de tentativa, pues si la detención es legal y se conoce el paradero del detenido, no existe delito y si la detención ha sido ilegal, pero se conoce el paradero del detenido, o ha sido puesto en libertad, se incurre, en su caso, en el delito del artículo 290 o en el común contra la libertad personal.

F) CONCURSOS

El presente artículo no protege la libertad de las personas y, por ello, si la inicial privación de libertad ha supuesto la comisión de un delito, es posible la existencia de un concurso real de delitos.

365

DESAPARICIÓN FORZADA COMETIDA POR PARTICULAR

El que realizare la conducta descrita en el artículo anterior, habiendo recibido órdenes o instrucciones de funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, será sancionado con prisión de tres a seis años y multa de ciento ochenta a doscientos días multa.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es el mismo que en el artículo anterior, ya que, en este precepto, al sujeto activo realiza su comportamiento en conexión con personas públicas.

B) SUJETOS

El sujeto activo tiene que ser un particular, entendiendo que dentro de este concepto se encuentran englobados los funcionarios, empleados públicos, agentes de autoridad y autoridades siempre que su conducta típica no tenga ninguna relación con sus funciones públicas.

1185

El sujeto activo debe obedecer órdenes o seguir instrucciones de una persona pública. Tal persona pública no es autor mediato del delito que ahora se comenta, sino autor, en sentido estricto del anterior, para cuya comisión se sirve de un instrumento humano culpable, que es el autor del delito que ahora estudiamos.

El sujeto pasivo es el mismo que en el artículo anterior.

C) CONDUCTA TIPICA

Es la misma que en el precepto anterior, pero el sujeto activo tiene que cometer el delito en las condiciones ya dichas. En ningún caso la obediencia de tales órdenes puede suponer ninguna clase de exención o atenuación de responsabilidad criminal para el que las obedece, pues son, manifiestamente, contrarias al ordenamiento jurídico. El resto de la conducta típica es plenamente coincidente con el precepto anterior.

D) TIPO SUBJETIVO, FASES DE EJECUCION DEL DELITO Y CONCURSOS

Son coincidentes con los ya vistos.

366

DESAPARICIÓN DE PERSONAS PERMITIDA CULPOSAMENTE

El que por culpa permitiere que otro cometa el delito de desaparición forzada de personas, será sancionado con pena de dos a cuatro años de prisión, multa de cien a ciento ochenta días multa. Si fuere funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública se le impondrá además, inhabilitación para el ejercicio del cargo o empleo respectivo por igual término.

1186 A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Ya ha sido considerado en los preceptos precedentes.

B) SUJETOS

El sujeto activo, en el inciso inicial, tiene que ser un particular, mientras que en la parte final tiene que ser funcionario, empleado público, autoridad o agente de la autoridad, actuando como tal.

Este artículo, al igual que el anterior, supone la intervención de dos personas, una de las cuales, la que lleva a cabo efectivamente la desaparición forzada de personas, actúa dolosamente e incurre, en su caso, en responsabilidad por alguno de los dos artículos anteriores, mientras que el sujeto activo del presente artículo lo permite de manera no intencional.

C) CONDUCTA TIPICA

El sujeto activo realiza un comportamiento que, a tenor del artículo 36 del Código, sería constitutiva de complicidad en la desaparición forzada de personas, pero, la existencia de este artículo eleva esa participación al rango de autoría de un delito propio.

Esa participación tiene que ser de algún modo relevante para la existencia de la desaparición forzada.

D) TIPO SUBJETIVO

La conducta tiene que ser culposa. La participación no hace referencia al hecho de la detención del sujeto pasivo sino a su desaparición. Es preciso que el sujeto, de modo no intencional, pero mediante la infracción de una norma objetiva de cuidado, haya propiciado o favorecido la comisión de la desaparición.

E) FASES DE EJECUCION

Como es general en las infracciones culposas, la ausencia de intención no permite la sanción de la infracción en grado de tentativa, siendo sólo posible el castigo de la infracción consumada.

1187

367

COMERCIO DE PERSONAS

El que por sí o como miembro de una organización internacional, se dedicare al comercio de personas con cualquier fin, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años.

Si el comercio se realizare con mujeres o niños salvadoreños, la sanción podrá aumentarse hasta en una tercera parte del máximo señalado.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

El artículo viene a dar protección penal al artículo 4 de la Constitución de la República, ya que éste declara la libertad de toda persona en la República, proscribiendo la esclavitud, así como cualquier servidumbre o condición que menoscabe la dignidad de una persona. En definitiva y como demuestran estas últimas palabras, el bien jurídico protegido es la dignidad de la persona, una de cuyas primeras y más intensas consecuencias es la irrenunciable libertad de los seres humanos, pues repugna la idea de que una persona pertenezca a otra.

B) SUJETOS

El delito puede ser cometido por cualquier persona, de modo individual o mediante la pertenencia a una organización internacional, siendo indiferente, porque se encuentra incluida en la primera posibilidad, que se esté integrado en una organización salvadoreña o de otra nacionalidad.

1188

En algunos supuestos del delito puede haber un sólo sujeto activo, como cuando una persona ofrece a otro un ser humano en venta, sin que el receptor de la oferta entre en el trato, pero, en otras ocasiones, estaremos ante un delito plurisubjetivo, como cuando haya un trato en relación con el comercio, discutiéndose precios y condiciones, en cuyo caso, todos los tratantes, como vendedores, compradores, intermediarios o por cualquier intervención, incurrir en autoría de este delito.

Sujeto pasivo puede ser cualquier persona, de cualquier edad, sexo, raza, pero si se trata de una mujer o niño salvadoreños, se impone la pena agravada prevista en la parte final del precepto. La mención que se hace al sujeto pasivo es plural, pues se habla de “personas”, pero esta mención no significa que sea preciso que la conducta típica afecte a más de una persona para que exista el delito, que se comete desde que se trafica con una sola persona, pero excluye la existencia de concurso de delitos cuando una sola conducta afecte a más de uno.

C) CONDUCTA TIPICA

Se castiga comerciar con personas. Comerciar es lo mismo que negociar con cosas, mediante la venta, la compra, la cesión, la donación, la permuta o de cualquier otro modo. Dentro del concepto de comercio se incluyen las actividades que no implican

directamente el traspaso, pero son comportamientos auxiliares y necesarios para el mismo, como pueden ser los actos que, si habláramos de cosas, llamaríamos de almacenaje, la vigilancia, el transporte, la intermediación.

D) TIPO SUBJETIVO

El delito no precisa ningún ánimo especial, ya que se castiga la realización de la conducta típica con cualquier fin. No son punibles los actos de contratación de personas ni tampoco los de adopción de menores, realizados conforme a la ley, pero sí son punibles los actos que se disfracen de tales, respondiendo, en verdad, al comercio de personas.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

No es preciso el acuerdo de voluntades entre comprador y vendedor para que se consume el delito, siendo suficiente la realización de cualquier conducta de las definidas con anterioridad, por lo que, en la práctica, no parece posible la punición del delito en grado de tentativa, pues la mera realización de actos tendentes al comercio supone la consumación.

367-A

TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS

La persona que por sí o por medio de otra u otras, en contravención a la ley, intentare introducir o introduzca extranjeros al territorio nacional, los albergue transporte o guíe, con el propósito de evadir los controles migratorios del país u otros países, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años.

Con igual pena, será sancionada la persona que albergue, transporte o guíe a nacionales con el propósito de evadir los controles migratorios del país o de otros países.

En igual sanción incurrirán las personas que con documentación falsa o fraudulenta trataren de hacer o hicieren salir del país a salvadoreños o ciudadanos de cualquier otra nacionalidad; o los que utilizaren documentación auténtica, cuyo titular es
1190 otra persona.

Si como consecuencia de la comisión de este delito los sujetos pasivos sufren privaciones de libertad en el extranjero, fueren víctimas de delitos de cualquier orden o fallecieren por causas violentas, o de naturaleza culposa, la pena se incrementará en las dos terceras partes. (16)

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 Penal de la Primera Sección del Centro, S.S., 18-07-02)

“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 S.S., 04-03-03)

“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, 16-07-03)

“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, S.S., 18-07-02)

1191

“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, 16-07-03)

“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, 16-07-03)

“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 2º Instrucción, S.S., 04-03-03)

“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, 16-07-03)

1192

“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 comentario 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, 16-07-03)

“El propósito debe ser el evadir los controles migratorios, sin que se requiera que esto se haya logrado.” (Juzgado 2º Instrucción, S.S., 04-03-03)

“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, 16-07-03)

“El sujeto activo por su parte puede ser también cualquier persona, sin que se necesite una cualificación especial.” (Juzgado 2° Instrucción, S.S., 04-03-03)

“Como sujeto pasivo tenemos a la colectividad, como parte integrante del o los territorios a los que pertenecemos.” (Juzgado de Instrucción de Jujutla, Ahuachapán, 16-07-03)

“Para el caso el sujeto pasivo pueden ser tanto nacionales o extranjeros de cualquier edad.” (Juzgado 2° Instrucción, S.S., 04-03-03)

“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, 16-07-03)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

La adición de este delito al Código Penal forma parte de las reformas contenidas en el Decreto Legislativo N° 568 de fecha 04-10-01 y comprende:

1193

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.

1194

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 controle 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 autentica, 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 piases, evadiendo los diferentes controles migratorios. Es indiferente para efectos de consumación, si tal propósito se logra o no.

367-B

Art. 24.- Adiciónase el Art. 367-B, así:

“TRATA DE PERSONAS

El que por sí o como miembro de una organización nacional o internacional con el propósito de obtener un beneficio económico reclute, transporte, traslade, acoja o recepte personas, dentro o fuera del territorio nacional, para ejecutar cualquier actividad de explotación sexual, mantenerlas en trabajos o servicios forzados, en prácticas análogas a la esclavitud, o para extracción de órganos, adopciones fraudulentas o celebración de matrimonios forzados, será sancionado con pena de cuatro a ocho años de prisión.

Cuando la víctima sea persona menor de dieciocho años o incapaz, la pena se aumentará hasta en una tercera parte del máximo señalado.

1195

Todo aquel que facilitare, promoviere o favoreciere cualquiera de las actividades anteriores será sancionado con pena de tres a seis años de prisión.

Cuando las acciones descritas se realizaren en locales comerciales o de cualquier naturaleza que requiera permiso de autoridad competente, ésta deberá revocarlo procediendo al cierre inmediato del mismo”.

TÍTULO XX

DELITOS DE CARÁCTER INTERNACIONAL

CAPÍTULO ÚNICO

368

PIRATERÍA

Será sancionado con prisión de cinco a quince años:

1) El que cometiere en alta mar, en el mar adyacente o en la plataforma continental, actos depredatorios o violentos contra una nave o contra personas o cosas que en ella se encontraren;

1196

2) El que se apoderare de alguna nave o de lo que perteneciere a su equipo, carga o equipaje, por medio de fraude o violencia cometida contra su comandante;

3) El que, por cuenta propia o ajena, equipare una nave destinada a la piratería; y,

4) El que con violencia desviare una nave o la hiciere desviar a lugar diferente de su destino.

El que a sabiendas comerciare con piratas o les suministrare auxilio, será considerado como coautor.

Si por los actos de violencia u hostilidad mencionados anteriormente se ocasionare la muerte de alguna persona que se encontrare en la nave atacada o dichos actos tuvieren por objeto exigir rescate, la sanción se aumentará hasta con la mitad del máximo señalado.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

La piratería es un fenómeno tan antiguo como la misma navegación marítima. Superados los tiempos en que estados determinados se sirvieron de la piratería como uno de sus medios de acción, hoy existe acuerdo generalizado en que los actos de piratería no sólo afectan a las naves, personas y bienes concretamente atacados, sino al interés universal en que la navegación por los mares del planeta esté exenta de este tipo de depredaciones, de modo que viene a ser uno de los delitos de persecución internacional, por ser una de las infracciones comunes a todas las naciones, siéndole plenamente aplicable el artículo 10 de este propio Código, pues su represión debe ser un deber para todas las naciones civilizadas. La piratería debe ser castigada allá donde el pirata sea capturado, con independencia de su nacionalidad y de la de sus víctimas, así como del lugar donde se haya cometido el delito.

B) SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquiera, salvadoreño o extranjero, persona pública o privada. Tradicionalmente el pirata era una persona que se había puesto al margen de la obediencia de cualquier estado y atacaba indistintamente a cualquiera. Estas precisiones no son necesarias, pues el tipo no requiere estas cualidades.

1197

El segundo inciso considera coautores a los que comercien con o suministren auxilio a los piratas. De este modo estos actos, que de no existir esta norma, serían constitutivos de complicidad, con la pena correspondiente a ésta, pasan a integrar supuestos de coautoría, con la pena de los autores.

El sujeto pasivo también puede ser cualquiera, pero si se trata de un enemigo de El Salvador, por existir estado de guerra u hostilidades, el hecho, de reunir los elementos típicos necesarios, sería constitutivo del delito castigado en el artículo 362, con mayor pena.

C) CONDUCTA TIPICA

El tipo regula en sus cuatro números diferentes conductas, de muy distinta significación, porque, si podemos decir que la descrita en primer lugar contiene la piratería propia, la sancionada en segundo lugar sería más bien un supuesto especial del robo o de la estafa, mientras que las tercera elevaría actos preparatorios de la piratería a la categoría

de delito autónomo y la última sería una coacción específica, si bien, en muchos casos, puede ser un acto preparatorio de la piratería específica:

a) Es criticable que no se sancionen como actos de piratería las depredaciones y actos violentos realizados en tierra por piratas, cuando una de las más tradicionales acciones de esta clase han sido, precisamente, los ataques desde el mar contra las poblaciones costeras o las ubicadas en las márgenes fluviales y, de igual modo, se debe criticar que no se prevea la piratería fluvial.

Los actos depredatorios son aquellos que significan pillaje, saqueo o devastación, viniendo a exigir en todos los casos el uso de la violencia, así que la mención a los actos violentos es redundante. Estos actos pueden dirigirse contra las naves o contra las personas o cosas que en ellas estuvieran, expresiones que no requieren mayor explicación.

1198

b) La segunda modalidad se basa en el uso de la violencia o el fraude en contra del comandante de la nave. En los supuestos de uso de violencia, los hechos castigados pueden caer tanto bajo la aplicación de este inciso, como bajo la vigencia del caso anterior. Es indiferente que el fraude, como sinónimo del perjuicio logrado mediante engaño, dé lugar a que el comandante entregue la nave o que permita al sujeto activo acceder a la misma y ocuparla. Si el engaño no se produce respecto del comandante, aunque sea accidental o temporal de la nave, sino respecto de otro miembro de la tripulación o el pasaje, o respecto de otra persona, el hecho es atípico por este apartado.

c) Se trata de un acto preparatorio elevado a la categoría de modalidad del delito. Supone un adelantamiento de la persecución penal. Equipar la nave supone prepararla para la piratería mediante el aprovisionamiento de lo necesario para la navegación y ataque a otras, alcanzando la preparación del buque, su aprovisionamiento de combustibles, víveres, armas o municiones o la financiación de estos medios, pero no el alistamiento de tripulación, hecho que no coincide con la descripción típica.

d) El hecho supone una especial coacción, caracterizada por afectar a una parcela muy concreta de la actividad humana, cual es el destino o rumbo de una nave. La ley equipara esta actividad a los actos propios de piratería, posiblemente, por la frecuencia con la que esta conducta da lugar, acto seguido, a aquellos.

La acción castigada en el segundo inciso, de comerciar o prestar auxilio a los piratas castiga tanto el comprarles aquello de lo que se han apoderado como venderles suministros o bastimentos y también ayudarles de cualquier modo eficaz para la realización de sus actividades.

D) TIPO SUBJETIVO

No existe otra posibilidad que ejecutar el delito con dolo directo, vista la descripción puramente intencional de las conductas castigadas.

En el segundo inciso tal exigencia es expresa, al requerir que se lleve a cabo “a sabiendas”. Tal conocimiento debe abarcar que las personas con las que se comercia o a las que se ayuda son piratas, pero no el acto de piratería concreto que hayan ejecutado.

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

La consumación de la primera conducta exige la realización de actos depredatorios o de violencia, sin que sea necesario que estos actos tengan éxito, bastando con su realización.

1199

La segunda modalidad exige, por contra, un resultado, consistente en el apoderamiento, de tal modo que es preciso que el sujeto activo logre, de algún modo, ejercer facultades de dueño sobre el objeto material.

La tercera conducta, como la primera, no exige, para la consumación, que la nave quede completamente equipada, con tal de que se realice alguno de los actos que signifique allegar ese equipo.

La última de las posibilidades también exige, como resultado, que el rumbo o destino de la nave se vea alterado.

Todas las modalidades pueden ser castigadas en fase de tentativa.

F) CONCURSOS

La última de las previsiones del artículo eleva la pena cuando los actos violentos u hostiles llevados a cabo hayan producido la muerte de alguna persona o su finalidad sea la exigencia de rescate.

Esta previsión impide la aplicación del concurso real de delitos cuando, además del acto de piratería violento u hostil, muere una sola persona o se exige rescate por una sola persona, sin embargo, cuando la piratería produce más de una muerte o priva de libertad a más de una persona, el resto de las muertes o de privaciones de libertad dará lugar a tantos delitos contra la vida o contra la libertad como personas hayan sido afectadas y estos delitos entrarán en concurso real de delitos con el de piratería agravada del último inciso del artículo.

369

1200 PIRATERÍA AÉREA

Se aplicará la misma sanción establecida para los casos previstos en los números 2 y 4 del artículo anterior, cuando los hechos se realizaren en aeronaves, ya sea dentro del espacio aéreo nacional o fuera de él.

El único elemento diferente en este artículo respecto del anterior es el tipo de nave en el que tienen lugar, que en este caso es una nave aérea.

No parece adecuada la restricción de las conductas sancionadas a la segunda y cuarta del artículo anterior, lo que puede dar lugar a lagunas de punibilidad.

Aunque no parece que haya sido esa la intención del legislador, no hay obstáculo para considerar que el artículo 368, nº 3, permite castigar la conducta tanto cuando se produce respecto de una nave marítima como cuando se produce respecto de una aeronave, pero la imposibilidad de aplicar el número 1 a depredaciones ocurridas en aeronaves puede dejar impunes por estos preceptos actos dignos de represión, como cuando un

pasajero sustrae efectos mediante la violencia contra otros pasajeros y luego abandona el avión mediante un paracaídas.

370

ORGANIZACIONES INTERNACIONALES DELICTIVAS

Los que dirigieren o formaren parte de organizaciones de carácter internacional, dedicadas a traficar con esclavos, al comercio de personas o realizaren actos de piratería aérea o infringieren disposiciones de los tratados aprobados por El Salvador para proteger los derechos humanos, serán sancionados con prisión de cinco a quince años.

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es, en cada uno de los casos castigados, el protegido en los artículos que castigan el comercio de personas, la piratería aérea, o, en el último caso, directamente, los derechos humanos.

1201

B) SUJETOS

El delito puede ser cometido por cualquier persona, sin limitación de ninguna clase.

El sujeto pasivo también es común.

C) CONDUCTA TIPICA

El precepto tiene una redacción que presenta dificultades, pues cuando castiga a los que “realizaren actos de piratería aérea”, no hace sino repetir el contenido del artículo anterior, que define la piratería aérea y establece su castigo. La única interpretación posible es interpretar la redacción como “que realizaren actos de piratería aérea”.

No se entiende porqué se menciona la piratería aérea y no la piratería a secas, sea marítima o aérea, ya que, aunque las organizaciones dedicadas a la piratería, en

determinados casos, puedan también infringir los tratados protectores de los derechos humanos, en definitiva, se trata de un rodeo pernicioso.

Se castiga tanto la dirección como la participación. Dirigir es lo mismo que gobernar la organización, regirla, darle reglas y este concepto y el de partícipe, así como el de organización ya han sido expuestos en el comentario al artículo 345, al que nos remitimos.

La organización debe ser internacional, en el sentido de que su acción afecte a más de un estado, pues aunque la conformen personas de diversas nacionalidades, si sólo actúa en un país, no puede ser considerada internacional.

D) TIPO SUBJETIVO

Como la organización debe tener por fin la comisión de los delitos dichos, sólo cabe la pertenencia o dirección con dolo directo.

1202

E) FASES DE EJECUCION DEL DELITO

No cabe pensar en la punición de la tentativa, pues o se pertenece o no se pertenece, con lo que sólo cabe el castigo del delito consumado, y si se trata de dirección de la organización, si no cabe castigar por tal dirección, siempre se podrá recurrir a la pertenencia.

F) CONCURSOS

Este artículo es ley especial frente al artículo 345 en la mayor parte de los casos y, en concreto, cuando la organización internacional se dedique al tráfico de esclavos, comercio de personas y a la realización de actos de piratería aérea.

Si se ejecutan actos sancionables como comercio de personas, o de piratería aérea, no procede la aplicación de este precepto, sino la de los artículos 367 o 369.

LIBRO TERCERO

PARTE ESPECIAL

LAS FALTAS Y SUS PENAS

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

371

REGLAS DE APLICACIÓN

Son aplicables a las faltas las disposiciones contenidas en el Libro Primero de este Código con las modificaciones siguientes:

1203

- 1) La ley penal sólo se aplicará a las faltas cometidas en territorio nacional;**
- 2) Las faltas sólo se sancionarán si fueren consumadas;**
- 3) De las faltas sólo responderán los autores; y,**
- 4) Las penas que podrán imponerse por faltas son: arresto de fin de semana, la de arresto domiciliario, la de prestación de trabajo de utilidad pública y la de multa.**

La distinción entre delito y falta es puramente formal y convencional, basada exclusivamente en el juicio de reproche que unas conductas merecen respecto a otras, lo que lleva al legislador a dividir los hechos punibles en delitos y faltas por razón de la gravedad de la pena a imponer. Ese carácter de infracción menos grave es lo que va a justificar, por *razones de política criminal y oportunidad de la persecución*, que no todas las reglas generales contenidas en el Libro Primero del Código sean aplicables a las faltas.

Recordemos en este momento que el Libro Primero distribuye las materias que trata en varios apartados:

- Las garantías penales mínimas y la aplicación de la ley penal, íntegramente aplicable a las faltas salvo en lo que atañe a la *no persecución de las faltas que hayan sido cometidas fuera del territorio nacional*.
- El hecho punible y la responsabilidad penal, también aplicable en su integridad, pero con dos importantes excepciones:
 - a) No se castigan cualesquiera formas de ejecución, sino *sólo la consumación*.
 - b) No se castigan cualesquiera formas de participación, sino *sólo la autoría*.

1204

Respecto a las consecuencias del hecho punible, *no se concibe la aplicación de medidas de seguridad* a los hechos constitutivos de falta y, lo que constituye la característica esencial, las faltas se caracterizan por llevar aparejadas *penas de menor entidad y gravedad* que las conductas calificadas como delitos.

372

PERDÓN JUDICIAL

El juez podrá perdonar en la sentencia condenatoria al que por primera vez cometiere una falta, previa amonestación por parte de la autoridad juzgadora.

El perdón judicial extingue la pena, no podrá ser condicional ni a término y solo se concederá una vez para el mismo sujeto.

El precepto tiene un doble fundamento en el principio de oportunidad y como cuestión de política criminal que, atendiendo a la *nimiedad de las infracciones* constitutivas de falta y a la *escasa peligrosidad* que suelen entrañar las personas que las cometen,

estima adecuado excepcionar la ejecución de la pena y *transformar su declaración y ejecución* en una mera amonestación por parte del juez, lo que no significa en absoluto que no se tenga por cometida la infracción, sino que, muy al contrario, *la declaración de condena en la sentencia es precisamente presupuesto de la institución*, que sólo se aplicará a quien ha sido estimado responsable de una infracción penal constitutiva de falta. Como prerrogativa judicial que se articula en la sentencia, tal exige haber llegado a un juicio y elaborar una sentencia condenatoria ordinaria (hechos probados y razonamientos jurídicos condenatorios), debiendo justificarse únicamente el hecho de que el condenado haya cometido por primera vez una falta, situación puramente objetiva, siendo el resto de las valoraciones a realizar encuadrables en exclusiva en el libre arbitrio judicial, que actúa en atención a los dos antedichos principios de oportunidad y de valoración de política criminal.

Obvio es decir que, aunque el Código únicamente habla de que el sujeto no haya sido condenado con anterioridad por falta, sin hacer mención a una eventual *condena por delito*, tal condena debería considerarse obstativa del acceso al perdón judicial, por lo que la pura gramática de la norma no puede llevar a interpretaciones absurdas contrarias a su espíritu.

1205

El efectivo funcionamiento de la institución exige un adecuado registro de las penas impuestas por falta a fin de acreditar de la manera más fiable posible la primariedad que se exige al condenado para poder acceder al perdón, con el problema de que el acceso al Registro sólo le está permitido al propio sujeto sometido al procedimiento y al Juez de Vigilancia y no al órgano jurisdiccional que está entendiendo del procedimiento, además de que, como señala el precepto, el perdón sólo podrá ser concedido una vez en la vida (tales son los términos absolutos y maximalistas que emplea la norma), por lo que sería -además de lo anterior- materialmente imposible saber si hubo anteriores condenas por falta, visto que las anotaciones registrales están sometidas a un régimen de cancelación y caducidad, salvo que se interprete -lo cual no sería descabellado- que aquello que se canceló o caducó ha dejado de existir para la vida jurídica, siendo por tanto inhábil para la producción de efectos de tal naturaleza. La situación es ciertamente absurda, pero en contra de tal explicación no acertamos a proponer qué otra interpretación pueda postularse para una expresión como la que utiliza la norma de que el perdón “sólo se concederá una vez para el mismo sujeto”.

Son pues serios los problemas prácticos que se plantean, los cuales obligan a moverse en una cierta inseguridad que debe invitar a la prudencia a la hora de conceder el

perdón para no caer en concesiones graciosas irrespetuosas de los límites legales. Tal vez, atendiendo a tales problemas y a la necesidad de guiar el amplio arbitrio judicial en alguna medida, lo más adecuado sea contemplar en cada caso las circunstancias del hecho y del sujeto para estimar adecuada la ejecución de la pena o la mera amonestación.

TÍTULO II

CAPÍTULO I

FALTAS RELATIVAS A LA VIDA, A LA INTEGRIDAD Y A
LA LIBERTAD PERSONAL

373

VENTA ILEGAL DE ABORTIVOS

El que ilegalmente vendiere o en cualquier forma suministrare a otro sustancias o productos que sirvan especialmente para provocar abortos, será sancionado con arresto de quince a veinticinco fines de semana y de diez a treinta días multa.

1207

El *objeto* de la conducta se refiere a sustancias o productos que sirvan *especialmente* para provocar abortos, por lo que no son materia de esta conducta aquellos que tengan una potencialidad generadora de resultados abortivos sin ser ésa su específica aplicación. Tal restricción se explica por el hecho de que lo que el precepto quiere es perseguir la dedicación concreta al suministro de abortivos, con el riesgo criminal que ello acarrea, siendo consciente de que un resultado como el mal fin de la vida humana dependiente puede propiciarse por las vías más paradójicas, sin perjuicio de que las conductas en ello incardinadas, con clara conciencia de estar dirigidas a la producción de un resultado concreto, se considerarán más como conductas de cooperación delictiva que propiamente como la falta que aquí se estudia.

La *acción* acoge tanto el facilitamiento oneroso como el gratuito. Tal es la consecuencia que debe extraerse de esa dicotomía que emplea el Código al hablar tanto de vender como de suministrar. No se precisa por tanto una habitualidad o establecimiento en la actividad, puniéndose actos aislados, aunque, como luego se verá, lo más fácil es que tales conductas correspondan a comportamientos incardinables en la ayuda al aborto prevista como delito.

El principal problema que lleva aparejado el precepto es *deslindar esta conducta de la ayuda al aborto prevista en el art. 136*, que incrimina el facilitar medios de cualquier tipo para practicar un aborto. Interpretado este precepto con una idea de generalidad, la venta de abortivos se incardinaria en su ámbito de aplicación y la falta como tal no tendría razón de ser; la interpretación que puede propiciar un ámbito definido para cada conducta creemos que ha de partir de la idea de que en la ayuda prevista en el art. 136 quien facilita el medio para practicar el aborto lo hace conociendo el concreto propósito de la mujer de llevar a cabo la práctica de un aborto respecto a su propio estado de gravidez (tal parece ser la inmediata conexión entre el auxiliador y la auxiliada que se describe en dicho precepto), mientras que la falta queda reservada para actividades más genéricas de expendición de abortivos sin que llegue a establecerse tan directa relación, lo cual puede llevar a una interpretación un tanto hipócrita si se tiene en cuenta que en muchas de tales ocasiones el suministrador, por la mera observación de su interlocutora, será consciente de estar llevando a cabo una auténtica ayuda muy cercana a los amplios términos utilizados en el art. 136. La interpretación restrictiva que debe presidir el ámbito del derecho penal es, al fin y al cabo, un instrumento a utilizar para deslindar adecuadamente los comportamientos.

1208

374

ANUNCIO DE MEDIOS ABORTIVOS

El que abierta o veladamente anunciare procedimientos, medicamentos, sustancias y objetos destinados a provocar abortos, será sancionado con diez a treinta días multa.

El *objeto* de la conducta, aun con abierta redacción, debe ser interpretado con un sentido restrictivo, desde la exigencia de una *especialidad* en cuanto al destino de tales procedimientos, medicamentos, sustancias y objetos, como preordenados para la producción de abortos.

Se trata esencialmente de una conducta que, por cuestiones de política criminal, fundada en un criterio de peligrosidad, viene a castigar *comportamientos tendentes a potenciar o facilitar la producción de abortos*, actuando el derecho penal antes de que el sujeto incite o ayude a otro a la producción del aborto mismo. Obviamente *si a esta conducta*

de anuncio siguiera una auténtica cooperación en la producción del aborto mismo nos encontraríamos con la correspondiente figura delictiva, que absorbería la falta.

La referencia que hace el precepto a que el anuncio sea abierto o velado es una prevención que en términos de mera racionalidad hubiera sido innecesaria; en cada caso el juzgador discernirá si se ha producido o no la conducta legalmente prevista, siendo consustancial a cualquier comportamiento criminal que el mismo no se desarrolle con las mismas formas de publicidad que otras actuaciones humanas; sin embargo, la referencia a lo velado del anuncio no debe servir para llevar al juzgador a presunciones contra reo, de forma que supuestos de duda se resuelvan considerando que el anuncio es velado y no abierto, en lugar de interpretar que no está claramente probada la realización de la conducta legalmente prevista, debiendo llegarse a una conclusión absolutoria. La ambivalencia del precepto no exime al juzgador de indagar si el sujeto está llevando a cabo una conducta consistente en el *anuncio* de los medios indicados, con independencia de que, formalmente, la manera en que lo haga corresponda a una u otra puesta en escena.

375

1209

LESIONES Y GOLPES

El que por cualquier medio ocasionare a otro un menoscabo de su integridad física o psíquica que le produjere incapacidad para atender sus ocupaciones ordinarias o enfermedad por un período no mayor de diez días, o que necesitare asistencia médica por igual tiempo, será sancionado con arresto de quince a veinticinco fines de semana.

Si sólo hubiere golpeado a la víctima y las lesiones no le impidieren dedicarse a sus ocupaciones habituales, ni requirieren asistencia médica, será sancionado con arresto de cinco a diez fines de semana o cinco a diez días de multa.

Para la exposición de los *conceptos generales* del precepto nos remitimos al comentario de los artículos que desarrollan los delitos de lesiones.

En un sistema como el que adopta el Código de definir el delito de lesiones como un delito calificado por el resultado, de manera que se hace hincapié, no tanto en la acción llevada a cabo sino en *el resultado finalmente acaecido*, la forma en que se desarrolla la falta de lesiones no es sino la consecuencia lógica de ello, definiéndose a partir de las posibilidades que quedan por debajo del umbral mínimo delictivo que supone el tipo básico del *art. 142 del Código*, aunque con algunas apostillas; se establecen por tanto dos categorías: la *violencia con resultado lesivo o inhabilitante* (párrafo primero) y la *violencia que no lleva aparejado dicho resultado* (párrafo segundo).

El tipo básico del delito de lesiones, que es la referencia que ha de tenerse en cuenta para considerar el límite superior de la falta, recoge dos posibles resultados: la incapacidad para poder atender a las ocupaciones ordinarias por un período de diez a veinte días y la enfermedad por el mismo período, siempre que en este caso el sujeto hubiere precisado asistencia médica o quirúrgica. La falta del primer párrafo se construye en desarrollo de lo anterior:

1210

- La incapacidad para atender a las ocupaciones ordinarias por un período de diez a veinte días da lugar a la falta por causación de dicha *incapacidad por un período no mayor de diez días*, pudiendo observarse un defecto de técnica legislativa en el hecho de que el período de diez días sirve lo mismo para el delito (el período de diez días es el límite inferior) que para la falta (el período no será mayor de diez días, pero puede ser de diez días). En beneficio del reo no hay otra forma de interpretar adecuadamente la situación que entender que el período de diez días es incardinable en la falta.
- La *enfermedad* por un período de diez a veinte días, *siempre que el sujeto hubiere precisado tratamiento médico o quirúrgico*, da lugar a la misma figura sólo que *limitada temporalmente a un período no superior a diez días*, planteándose el mismo problema de técnica legislativa antes referido.
- La *enfermedad por cualquier período siempre que el sujeto no hubiere precisado asistencia médica o quirúrgica*.

El límite inferior de la anterior conducta constitutiva de falta lo configura aquella *violencia o maltrato de obra que ni causa impedimento ni es tributario de asistencia médica*, lo que descarta la existencia de cualquier enfermedad. Propiamente no significa atentado contra la integridad personal, bien jurídico que está detrás de las conductas antedichas

-tanto delitos como faltas-, toda vez que la misma no se ve menoscabada, pero sí se estima conducta socialmente reprochable y acreedora de tratamiento penal, teniendo cuando menos de común con las anteriores el que el objeto del ataque del sujeto activo es el cuerpo humano, sin perjuicio de su potencialidad para producir resultados lesivos o inhabilitantes que, sin embargo, no llegan a producirse.

376

AMENAZAS LEVES

El que de obra o de palabra y al calor de la ira amenazare a otro con causarle un mal que constituyere o no un delito, será sancionado con la pena de quince a treinta días de arresto domiciliario.

El precepto hay que ponerlo en relación con el delito de amenazas descrito en el *art. 154 del Código*, del que le separan las siguientes diferencias, que, al tiempo, sirven para describir el ámbito de aplicación de la falta:

1211

1º) El daño o mal que es objeto de la amenaza, en el delito ha de ser necesariamente constitutivo de delito, lo que no sucede con la falta, donde *puede o no serlo*.

2º) Aun siendo dicho mal o daño constitutivo de delito, para que la conducta sea en sí delito, ha de afectar a la vida o integridad personal, libertad, libertad sexual, honor o patrimonio, de manera que:

- a) Si *afectara a otro bien jurídico distinto a los anteriores*, cualquiera que fuere su intensidad y aun siendo constitutivo de delito el daño a causar, la conducta no podría ser constitutiva de delito, por entender el legislador que esos otros posibles bienes jurídicos afectados inciden con menor intensidad sobre el ánimo de las personas como para que la conducta sea idónea para incidir sobre su libertad.

- b) Aunque afecte a esos bienes jurídicos, la intensidad de la amenaza o del efecto por la misma generado puede *no revestir la suficiente entidad* como para que la conducta sea acreedora de reproche como delito.

1212

3º) El destinatario del mal anunciado en el caso del delito puede serlo tanto el sujeto que recibe la amenaza como su familia, mientras que en el caso de la falta la redacción del Código parece llevar a que tan sólo se concibe que él lo sea, lo que llevaría a la conclusión de que si se anuncia el mal para la familia, cualquiera que sea la intensidad, la conducta habría de ser constitutiva de delito si el mal fuera constitutivo de delito y afectara a alguno de los bienes jurídicos enumerados, con la consecuencia de que si el mal no fuera constitutivo de delito y fuera dirigido contra la familia del sujeto pasivo la conducta sería atípica, lo que también sucedería si afectase a bienes jurídicos distintos a los expresamente enumerados en el art. 154. Parecen ser las estrictas consecuencias de una interpretación integradora, restrictiva y gramatical de los preceptos en juego, mas nuestro criterio -que reconocemos no exento de crítica frente a lo expuesto- es que la redacción de la falta permite admitir que *si el mal con el que amenaza recaería hipotéticamente sobre la familia del amenazado y fuere de la leve intensidad* que haría oportuna la aplicación de la falta, podría entenderse tal posibilidad integrada en la redacción del precepto al sentir el sujeto pasivo como propio el mal que pudiera ejercerse contra los miembros de la familia. Aun conscientes, como hemos venido apuntando, de la necesidad de una interpretación restrictiva, creemos que lo contrario podría comportar la atipicidad de ciertas conductas suficientemente acreedoras del reproche que, cuando menos como falta, la norma trae consigo, sin que creamos que sea desmesurada la pretensión de que para las personas -y para mover su libertad- sea propio el mal que para los más allegados se anuncie.

4º) La diferencia más importante, la que auténticamente lleva a discernir entre el carácter de la conducta como delito o como falta, se refiere a la *intensidad de la amenaza* (la forma en que el sujeto activo la emite y el sujeto pasivo la recibe), cuestión puramente casuística y valorativa sobre la que es ciertamente imposible dar reglas generales que trasciendan la pura experiencia práctica de cada caso. El delito de amenazas viene a castigar la intranquilidad que trae consigo el anuncio de un mal que ha de llegar al sujeto o su ámbito, intranquilidad que se valorará según las circunstancias en que el hecho se produzca, pues el sujeto activo puede tener mayor o menor intención de pasar de las palabras a los hechos y ello ser así entendido por quien recibe la amenaza;

de ahí los gráficós términos con que el legislador describe la situación “de palabra y al calor de la ira”, lo cual viene a significar que, limitado a formas orales, sin vías de hecho, el episodio sucede en circunstancias que tienen escasa relevancia en cuanto a las posibilidades de que la voluntad de actuar del sujeto activo persista y que ello sea así percibido por el sujeto pasivo, con la correspondiente intranquilidad.

CAPÍTULO II

FALTAS RELATIVAS A LA PREVENCIÓN DE DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL

377

PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS

ARTÍCULO DEROGADO. (13)

378

EXPLOSIONES PELIGROSAS. (17)

1214

Será sancionado con diez a treinta días multa:

1) DEROGADO (17)

2) El que con peligro de la integridad personal de otro, quemare fuegos artificiales, lanzare cohetes, morteros, bombas o cualquier objeto impulsado por la combustión de pólvora o en general hiciere otras explosiones peligrosas o incómodas en sitio público frecuentado.

Respecto a la *primera conducta*, lo que se castiga es el hecho de *disparar sin causa de justificación suficiente una de las armas descritas en lugar idóneo para resultar peligro para personas*, haciéndose una *enumeración ejemplificativa de tales posibles lugares*, ligados todos por el elemento común de una *susceptible presencia de personas* por su propia naturaleza. La conducta hace abstracción de que el sujeto tenga o no licencia para la portación del arma. Es evidente que la acción va más allá de la mera detentación del arma y supone un uso específico de la misma mediante el accionamiento de su mecanismo de disparo, *sin que sea necesario que ello se haga contra persona alguna*

o que incluso sea causado un riesgo concreto, ya que se entiende que el mero acto de disparar el arma sin resultado ni riesgo concreto es una conducta acreedora de la represión penal.

Plantea dudas el hecho de *si la causación de un resultado lesivo concreto absorbería este comportamiento* y la conducta quedaría incardinada en el correspondiente delito contra la vida o la integridad personal, según el caso. En principio, la falta responde a la pretensión de castigar la puesta en peligro de la vida y la integridad física, bienes jurídicos cuya concreta afectación tiene acogida en otras especies delictivas y Títulos de este Código, por lo que, producido el resultado lesivo contra la vida o la integridad física, el medio con que se haya causado no tiene en principio relevancia para ser concreto objeto de punición, quedando por ello absorbida la falta por el delito correspondiente.

La *segunda acción* contemplada tiene sus propios elementos diferenciales. La *acción* no está exhaustivamente descrita en el precepto, sino que deja cierto lugar a la analogía, algo peligroso en derecho penal; lo que se castiga es la *causación de una explosión*, concepto suficientemente inteligible como para dotar de cierta seguridad jurídica al precepto; los casos concretos pormenorizados son meros ejemplos de acciones susceptibles de constituir la acción típica, suficientemente gráficos en sí mismos como para entender que pueden ser generadores de un riesgo rechazable si se utilizan en *sitio público frecuentado*. Lo que ya resulta más difícil de entender en cuanto a la descripción de la acción es que la explosión se describa alternativamente como peligrosa o como *incómoda*; ningún reparo cabe oponer a lo primero, que concuerda perfectamente con el objeto de protección del capítulo e incluso sirve para excluir del ámbito penal ciertas acciones consistentes en explosiones pero de tan escasa trascendencia que carecen de cualquier relevancia penal (piénsese en unos inofensivos petardos de feria); sin embargo, en un capítulo destinado a castigar acciones que suponen un riesgo para la vida o integridad personal es difícil de entender qué sentido tenga dar relevancia a una acción por el hecho de resultar incómoda (para eso hay un capítulo que establece faltas relativas al orden y tranquilidad pública), lo que, por otra parte, considerado aisladamente (ser incómoda sin ser peligrosa, ya que el precepto se pronuncia con alternatividad), difícilmente puede llegar a ser presupuesto de algo esencial en el precepto como es la *causación de un peligro para la integridad personal de otro*, situación de peligro concreto que se configura como elemento esencial de la falta, siendo obvio aquí referir que *la causación de un resultado lesivo absorbe a la falta*.

Debemos hacer finalmente un comentario sobre dos elementos que deben darse acumulativamente y pueden plantear ciertas paradojas; en efecto, el precepto exige que la acción tenga un lugar determinado (un sitio público frecuentado) y un resultado de riesgo concreto para la integridad personal de otro; tales elementos deben darse acumulativamente, siendo bastante normal que si la acción se ejecuta en un lugar público frecuentado, por la potencialidad de la misma, siempre se va a dar la situación de riesgo personal concreto, lo que ya no puede afirmarse con tal rotundidad en sentido contrario, es decir, la acción puede ejecutarse en un lugar que no reúna las condiciones para calificarse como “público frecuentado” y haber causado un riesgo personal concreto: la carencia de uno de los requisitos del tipo hace que el comportamiento no resulte incardinable en el precepto.

Habrá que tener eventualmente en cuenta, para perfilar los conceptos del tipo, algunos conceptos de la “Ley de control y regulación de armas de ruego, municiones, explosivos y artículos similares”, aprobada por Decreto No. 655, de 1 de julio de 1999, de la Asamblea Legislativa (ver letra f) del comentario al artículo 346).

CAPÍTULO III

FALTAS RELATIVAS AL PATRIMONIO

379

HURTO

El que cometiere hurto, si el valor de lo hurtado no excediere o fuere igual a doscientos colones, será sancionado con arresto de diez a veinte fines de semana y de diez a veinte días multa. (9)

Nos remitimos a los comentarios efectuados para el *artículo 207* sobre los problemas generales del precepto y la propia institución.

La falta, como viene siendo tradicional en las conductas que afectan a la propiedad, se establece en atención al valor de la cosa objeto del apoderamiento, de forma que *por encima del valor de doscientos colones la conducta es delito y constitutiva de falta si no lo supera.*

1217

Como quiera que en el capítulo dedicado al delito de hurto, tan sólo el delito de hurto propio del art. 207 se construye en atención al valor del objeto del apoderamiento, mientras que en el caso del hurto impropio (art. 209), hurto de uso (art. 210) y hurto de energía o fluidos (art. 211) las conductas no tienen en cuenta la cuantificación económica del apoderamiento, debe entenderse que la homónima falta tan sólo viene referida a la conducta de hurto propio, mientras que en los restantes supuestos la conducta siempre es constitutiva de delito.

380

ESTAFA

El que cometiere estafa, si el valor de lo estafado no excediere o fuere igual a doscientos colones, será sancionado con arresto de diez a veinte fines de semana y de diez a veinte días multa. (9)

Nos remitimos a los comentarios efectuados para el *artículo 215* sobre los problemas generales del precepto y la propia institución.

La falta se establece en atención al valor de la cosa obtenida mediante defraudación, de forma que *por encima del valor de doscientos colones la conducta es delito y constitutiva de falta si no lo supera.*

1218

Aunque no lo diga el Código y sea menor el ámbito en que se mueve el arbitrio judicial a la hora de determinar la pena en el caso de la falta, la regla punitiva establecida en el segundo párrafo del art. 215 conserva en la falta su razón de ser.

381

DAÑOS

El que cometiere daño, cuando el perjuicio no excediere o fuere igual a doscientos colones, será sancionado con quince a veinte jornadas semanales de trabajo de utilidad pública y de diez a veinte días multa. (11)

Nos remitimos a los comentarios efectuados para el *artículo 221* sobre los problemas generales del precepto y la propia institución.

La falta se establece en atención al valor del daño, de forma que *por encima del valor de quinientos colones la conducta es delito y constitutiva de falta si no lo supera.*

No hay supuestos agravados para la falta de daños, como sí los hay para el delito, en atención a circunstancias ajenas al valor pecuniario de la cosa. Sin embargo, la concurrencia de tales circunstancias del art. 222 (allí donde sea posible) si el valor del daño no supera los quinientos colones, no hace que la conducta deje de ser constitutiva de falta, ya que el tipo agravado sólo se refiere a los daños referidos en el artículo anterior.

382

APROPIACIÓN IRREGULAR

Será sancionado con diez a veinte días multa:

1) El que se apropiare de una cosa mueble extraviada, sin cumplir con los requisitos que ordena la ley; y,

2) El que se apropiare total o parcialmente de un tesoro sin cumplir con el deber de entregarlo a quien corresponda.

1219

El texto hace referencia a situaciones contempladas en el ámbito de la regulación civil sobre el acceso a la propiedad y, más en concreto, la apropiación de cosa perdida y la adquisición de tesoros, por lo que constituye una auténtica *norma penal en blanco* que necesita ser integrada con los correspondientes preceptos de la invocada legislación, siendo su trascendencia la de *imponer consecuencias penales a meros incumplimientos civiles sobre el acceso a la propiedad*.

El precepto tiene autonomía respecto al prácticamente homónimo del art. 217 del Código, regulador del delito de apropiación o retención indebidas, el cual define un acción de apropiación en la que el delito se configura con independencia del valor del objeto apropiado o retenido.

El principal problema que plantea la *apropiación de cosa mueble extraviada* radica en que en un primer momento puede resultar difícil conocer si se trata de una cosa abandonada (supuesto atípico, por acceder a la propiedad quien la halla) o de una

cosa perdida, lo que no se determinará hasta conocer la voluntad de su dueño, extremo que evidentemente el sujeto ignora en el momento de acceder a la misma, por lo que habrá que manejar criterios hipotéticos que permitan construir el estado de conciencia del sujeto activo al encontrarse con la cosa; en muchas ocasiones, la naturaleza u ostensible valor de la cosa hacen inverosímil que nadie pueda pensar que se trate de una cosa abandonada.

Sobre la *apropiación del tesoro*, debe partirse de entender como tal objeto un bien o conjunto de bienes con un intrínseco valor económico, artístico, cultural o histórico, por lo que el concepto va más allá de una mera valoración pecuniaria del objeto, cuyo valor intrínseco puede estar, como vemos, radicado en factores completamente ajenos a ello, sin perjuicio de que, al fin y al cabo, cualquier bien acaba teniendo una traducción económica.

Básicamente es, como antes apuntábamos, una normativa externa la reguladora de la cuestión, normativa ciertamente compleja y especial, por lo que incluso no deja de ser criticable que una cuestión como ésta sea acogida en sus consecuencias por el derecho penal, en vez de dejar la cuestión para la regulación civil y administrativa.

1220

Resulta obvio que no estamos ante el supuesto de quien se apodera mediante conducta constitutiva de hurto o robo de un conjunto considerado como tesoro y que se encuentra concretamente preubicado en un lugar determinado (museo, yacimiento arqueológico, etc.), pues tal comportamiento tiene su perfecto correlato en los invocados delitos de robo o hurto; el precepto se refiere a la posición que adopta la *persona que participa en el hallazgo* de un bien considerado como tesoro y que, por su propia naturaleza, tiene un régimen especial en cuanto al acceso a la propiedad, de manera que no sucede como en los bienes sin dueño en los que el hallador accede a la propiedad del bien, sino que la naturaleza de éste prefija el destino que haya de dársele, siendo esto lo que precisamente incumple o impide el sujeto del delito con su comportamiento penalmente relevante.

Problema distinto es el de la conformación del dolo del sujeto, toda vez que la naturaleza de determinados bienes y la circunstancia cultural del sujeto pueden enfrentarnos ante situaciones ciertamente dudosas en las que no pueda afirmarse rotundamente que la persona halladora tuviera clara conciencia sobre la naturaleza de lo hallado y su conceptualización como tesoro; en tal caso, la doctrina del error tiene su plena aplicación.

383

TENENCIA INJUSTIFICADA DE GANZUAS O LLAVES FALSAS

El que tuviere en su poder llaves alteradas o falsas o instrumentos aptos para abrir o forzar cerraduras, y no justificare su tenencia, será sancionado con diez a veinte días multa.

El precepto, fácil de comprender en cuanto a su contenido, plantea, no obstante serios problemas de encaje en los principios que rigen el derecho penal, toda vez que se constituye como un *delito de sospecha* y desplaza la *carga de la prueba* sobre la adecuación de la conducta al propio sujeto que es objeto de la investigación penal. Los delitos de sospecha se hallan prácticamente proscritos en los sistemas de derecho penal regidos por el principio de presunción de inocencia, lo que también incide sobre el hecho de que no es el sujeto el que debe demostrar la conformidad de su conducta con el derecho, sino la acusación la que asume la carga de aportar dicha prueba. Ello lleva a que, aun por encima de lo que pudiera suponer una primera lectura del precepto, deba propugnarse una interpretación del mismo y de su alcance que sea profundamente respetuosa hacia los citados principios.

1221

Como dice el art. 19 del Código, los hechos punibles pueden ser realizados por acción o por omisión y la mera disposición de la realidad de una determinada manera sólo puede tener relevancia penal cuando ello supone un cierto riesgo para bienes jurídicos penalmente tutelados. Partiendo de aquí puede encontrarse la interpretación adecuada para un precepto como éste, en el que lo que se viene a castigar es que el sujeto se haya provisto o detente *objetos específicamente idóneos para la comisión de un delito de hurto agravado del artículo 208.2) del Código*; se sorprende una conducta que puede ser preparatoria de un determinado delito contra la propiedad, pero no debe olvidarse que una de las formas de tentativa se define por el comienzo de los actos tendentes a la ejecución del delito y que lo que describe este precepto no es todavía propiamente constitutivo de una tentativa; desde otro punto de vista, lo que se contempla es fundamentalmente una *situación de riesgo* por el desvalor que supone que una persona se procure estos efectos o los posea, debido a la *idoneidad que los mismos tienen para una propensión delictiva*.

No basta, a nuestro criterio, que el precepto dé al sujeto la oportunidad de justificar la tenencia, sino que entendemos que precisamente *la carga de acreditar una preordenación para el delito y por ello precisamente un estado de peligrosidad acreedor de sanción penal corresponde a quien ejercite la acusación y ha de quedar demostrado para asentar un criterio condenatorio*; ello creemos que se corresponde con una estricta aplicación del principio que viene establecido en el *art. 12 de la Constitución*, en virtud del cual “toda persona a quien se le impute un delito, se presumirá inocente mientras no se demuestre su culpabilidad”.

Por eso concluiríamos que una adecuada intelección de este precepto exige que se tenga por acreditada una preordenación de la tenencia hacia una utilización delictiva, con lo cual se habría pasado la barrera del mero pensamiento delictivo -que resulta atípico para el derecho punitivo- para convertirse en un auténtico estado peligroso merecedor de sanción, asumiendo la acusación la carga de acreditar tales extremos.

1222

384

FABRICACIÓN, VENTA O ENTREGA DE LLAVES O GANZUAS

El que fabricare, vendiere o entregare a otro ganzúas o instrumentos conocidamente aptos para la ejecución de delitos contra el patrimonio, será sancionado con diez a veinte días multa.

La lectura del comentario al *artículo anterior* y de los términos interpretativos que se propugnan para su aplicación nos sitúa adecuadamente en el análisis de este precepto.

La *naturaleza de los objetos* que aquí se refieren coincide en lo sustancial con la enumeración del artículo anterior, aunque hay que tener en cuenta que aquí se habla de *cualesquiera delitos contra el patrimonio*, mientras que en el artículo precedente se hacía una enumeración que prácticamente abocaba a la contemplación exclusiva del hurto agravado. Sin embargo, la pretendida ampliación del objeto es más aparente que real, toda vez que en pocas conductas como en ésta se concibe la específica utilización de unos objetos empleados con el fin de acceder a la propiedad ajena y lograr así su despojo; debe propugnarse una interpretación restrictiva y guiada por el *principio de especialidad*, es decir, *el objeto debe tener una función determinada primordialmente*

por su instrumentación para la realización de delitos contra el patrimonio, sin que tenga una funcionalidad distinta por la que su empleo en la perpetración de estos delitos sea meramente circunstancial; lo contrario llevaría a una conculcación de la seguridad jurídica y a una ampliación hasta el absurdo de las posibilidades punitivas del precepto: piénsese por ejemplo que el delito de hurto agravado del artículo 208.1) se refiere a la comisión del hurto empleando violencia sobre las cosas o el artículo 222.1) sobre el daño agravado, que se refiere a la ejecución del daño con violencia en las personas; hay un indeterminado número de efectos que pueden ser empleados, bien para la causación de violencia sobre las cosas, bien para la causación de violencia sobre las personas, sin que el comercio de tales efectos (las más de las veces ajeno cualquier relación delictiva) pueda ser incriminado por esta vía; ha de tratarse por tanto de conductas en las que *el fabricante o suministrador tenga conciencia del específico destino que está llamado a cumplir el bien que fabrica o suministra*, con lo que es consciente de la contribución que tiene en una eventual empresa criminal, síntoma de *peligrosidad* que justifica la respuesta punitiva para tal comportamiento.

Sin pretensión de agotar todas las posibilidades -pues es seguro que en otros supuestos puede encontrarse un objeto específica y exclusivamente concebido para contribuir a la comisión de alguna de las especies delictivas contempladas-, serán el caso del *hurto agravado del art. 208.2) o la estafa agravada del art. 216.5)* los que con mayores posibilidades puedan acoger la existencia de objetos como los contemplados en el precepto. El que el Código haga una invocación genérica y tan sólo una especificación en el caso de las ganzúas debe servir para clarificar cuál ha sido la voluntad del legislador a la hora de construir el precepto.

1223

La naturaleza de la conducta descrita en el precepto da lugar a que se planteen conductas dudosas por hallarse *límitrofes entre la falta que se describe y auténticas formas de participación delictiva*, incardinadas fundamentalmente en el ámbito de la *complicidad* del art. 36 del Código. Nos remitimos a los comentarios que se hicieran en ese precepto para la adecuada comprensión de dicha forma de participación delictiva, concretando aquí que fundamentalmente será relevante el *grado de conocimiento que el suministrador o vendedor tenga del concreto plan criminal fraguado por el autor adquirente y su voluntad de integrar su acción como colaboración al plan criminal del otro*, en el que un eventual reparto de papeles circunscribe su intervención de tal forma, siendo el sujeto suministrador consciente de ello.

385

VENTA O ENTREGA DE INSTRUMENTOS APTOS PARA ABRIR CERRADURAS

El que fabricare o vendiere llaves de cualquier clase hechas sobre moldes de cera o de otros diseños o modelos, sin la autorización escrita o identificación de quien las encargare, será sancionado con diez a veinte días multa.

1224

El precepto contempla la realidad de que la llave, concebida formalmente como *instrumento que sirve para la apertura de sistemas de seguridad*, es susceptible de *duplicación*, muchas veces por voluntad o necesidad de sus propios titulares, por lo que un aprovechamiento desviado o abusivo de su industria por las personas que llevan a cabo estas actividades puede ser medio idóneo para el *facilitamiento de la comisión de conductas delictivas* -fundamental-mente contra el patrimonio-, toda vez que tales llaves están llamadas a salvaguardar elementos patrimoniales o estancias donde se desarrolla la privacidad de las personas.

El precepto eleva a la categoría de contravención penal lo que, en principio, podría ser un mero incumplimiento de formalidades en la disciplina de una determinada actividad, formalidades que, expuestas en forma alternativa, se consideran -cada una de ellas aisladamente- suficientes para garantizar el buen fin de la actividad, toda vez que la *adecuada identificación de quien realiza el encargo* se entiende medio suficientemente disuasorio para que aquél no pretenda un uso penalmente relevante de la llave obtenida de esta manera, sin perjuicio de considerar que no necesariamente esta medida por sí misma puede llegar a ser suficiente salvaguardia social frente a un uso abyecto de las llaves duplicadas, hasta el extremo de que en sociedades en extremo desarrolladas y complejas la actividad es puramente rutinaria y se encuentra ajena a cualquier disciplina.

Reiteramos aquí los razonamientos del último párrafo del comentario del anterior precepto sobre la posible integración de esta conducta en formas de *complicidad*.

386

APERTURA INDEBIDA DE CERRADURAS

El que abriere cerraduras de cualquier clase, a solicitud de alguna persona, sin cerciorarse previamente de que el solicitante es el dueño del local o cosa que se trata de abrir o su representante legítimo, será sancionado con diez a veinte días multa.

El precepto es nuevo exponente de la preocupación del legislador por fijar límites para el ejercicio de ciertas actividades, de cara a impedir que, bien quienes las realizan, bien quienes se valen de ellos, las instrumenten para fines abyectos concretados en el acceso a bienes o estancias ajenos.

Lo que castiga el precepto es una *falta de prudencia o de celo en el ejercicio de la profesión de cerrajero*, que pone en peligro bienes ajenos, los de los titulares de las cerraduras que dan acceso a los locales o cosas en cuya apertura interviene el profesional. Se castiga pues el *peligro* generado, sin necesidad de que a resultas de tan negligente actuación se produzca un resultado lesivo contra bienes jurídicos ajenos, habiendo incidido en ello dicho comportamiento.

1225

El principal comentario que merece el precepto ha de centrarse en el alcance que deba darse al imperativo de *cerciorarse el cerrajero de que el solicitante de sus servicios sea dueño del local o cosa a abrir o su representante legítimo*. Ninguno de los términos que aquí se emplean debe interpretarse en un sentido estricto; de entrada, no puede hablarse estrictamente de una relación de dominio en términos civiles, sino que más bien habría que hablar de *titularidad o posesión del local o cosa*; piénsese en el caso más claro del arrendatario del local, quien disfruta del mismo a cambio de un precio y que, obviamente, está habilitado para recabar los servicios de un cerrajero si tiene problemas con la cerradura, sin que pueda pensarse que ello esté exclusivamente reservado al dueño del local, quien, por otra parte, carece de un interés inmediato en la cuestión.

Una segunda apostilla en el mismo sentido debe hacerse respecto al modo en que el cerrajero está llamado a cumplir la obligación de “*cerciorarse*” de la legitimidad de quien le encarga el trabajo para ello; no podemos pensar que el eventual sujeto activo de la

falta esté obligado a llevar a cabo toda una labor semijurídica que le lleve a concluir adecuadamente sobre la potestad de quien a él se dirige, sino que hay que interpretar la exigencia de la norma en términos que la común conciencia social estime como idóneos para entender que un profesional de esta materia obra adecuadamente, sin llegar a una exigencia de acreditación que quedaría reservada únicamente al ámbito de un procedimiento judicial, ni dar como válidas actuaciones claramente negligentes, ejercicios profesionales en extremo relajados, sobre todo cuando se velar por intereses ajenos se trata; serán el sentido común y una integración social de la norma los criterios que en cada caso le permitan al juzgador enjuiciar adecuadamente los comportamientos en debate.

387

ADQUISICIÓN DE COSAS DE ORIGEN SOSPECHOSO

DEROGADO. (9)

1226

388

OBJETOS DE ILEGÍTIMA PROCEDENCIA

El que después de recibir dinero o de comprar o haberse procurado objetos provenientes de un delito supiere que son de ilegítima procedencia y no lo comunicare a la autoridad, será sancionado con diez a treinta jornadas semanales de trabajo de utilidad pública.

Queda claro en la redacción del precepto que el conocimiento sobre la procedencia delictiva de los efectos o dinero que han llegado a poder del sujeto se consigue *después de haber accedido a los mismos*, lo que destierra cualquier posibilidad de duda sobre la posición subjetiva del implicado en el momento de la adquisición, al contrario de lo que sucedía en el anterior precepto, con toda la problemática que se expuso.

No plantea problemas interpretativos la vía por la cual el sujeto accede a los bienes o dinero, estando incluida tanto la *adquisición onerosa como la gratuita*.

Los principales extremos que merecen comentario son:

- Es necesario que el sujeto tenga conocimiento de la procedencia ilegítima, *sin que baste la mera sospecha o estado de duda* y sin que sea preciso que la persona conozca pormenorizadamente la secuencia delictiva de la que los efectos traen causa, bastando que sepa lo ilícito de su origen.
- El alcance de la exigencia que se hace al sujeto una vez que éste conoce la procedencia ilegítima de los efectos debe interpretarse de una forma amplia, ya que la referencia a la autoridad es en extremo ambigua; a nuestro criterio, para definir de qué tipo de autoridad se trate ha de atenderse al objeto mismo del mensaje para determinar a quién pueda interesarle, de manera que ello tanto importa al *ámbito policial como al ámbito judicial*, no siendo incluso preciso que la persona afectada por la conducta se ponga en comunicación directa con la autoridad misma en la persona que la detenta en cada uno de los ámbitos citados, sino que ha entenderse que *será suficiente que la noticia sea hecha llegar de forma adecuada a los órganos en los que cada autoridad ejerce sus funciones a fin de que ésta pueda ejercerlas a raíz de la noticia delictiva*; lo que importa al fin y al cabo es que el sujeto afectado, lejos de silenciar su conocimiento para salvaguardar la indemnidad de su propio aprovechamiento -e, indirectamente, el de los autores del delito- cumpla el deber de forma eficaz cualquiera que sea la manera en que ello sea llevado a cabo.

CAPÍTULO IV

FALTAS RELATIVAS A LA FAMILIA, BUENAS COSTUMBRES Y AL DECORO PÚBLICO

389

INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA MORAL

Serán sancionados con diez a veinte días multa:

1) Los padres o tutores que dejaren, sin justa causa, de proveer a la educación básica del hijo o pupilo de edad escolar; y,

1228 2) Los padres, adoptantes o tutores de un hijo o pupilo menor de dieciocho años que permitieren que éste frecuentare casa de juego o de prostitución o residiere o trabajare en ella o en lugar de expendio de bebidas alcohólicas. (DEROGADO)

Dentro del Capítulo III del Título VII, del Libro Segundo de este Código, relativo a los delitos referentes a los atentados contra derechos y deberes familiares, la referencia para el presente precepto hay que encontrarla en el *art. 199*, que castiga el abandono que pone en peligro la vida o la integridad personal o la colocación del menor de dieciocho años o incapaz en una situación de desamparo, teniendo tales conductas como sujeto activo a quien tiene el deber legal de velar por estas personas. Completa el marco de lo anterior el *art. 201*, que, personalizando en el padre, adoptante o tutor como sujetos activos posibles, omite la prestación de los medios esenciales de subsistencia, según obligación surgida por sentencia o convenio.

La referencia y adecuada comprensión del precepto debe completarse con la *regulación civil* de las instituciones que son expresamente enumeradas en el precepto; así, las relaciones paterno filiales, la adopción y la tutela y, en concreto, la definición de las obligaciones de los llamados al ejercicio de tales funciones respecto a los sometidos a ellas.

La razón de ser del precepto responde a los mismos fundamentos de protección a los que hacíamos referencia cuando comentábamos los delitos relativos a las relaciones familiares, a lo que nos remitimos, si bien en este caso la pormenorización de ciertas conductas como faltas se funda en la concreta consideración que se hace de ciertos incumplimientos como acreedores de un juicio de desvalor de menor entidad que el que se reservaba para las figuras delictivas; el derecho penal, de actuación sin duda restrictiva, debe cuidarse de no ser instrumento de represión injustificada de los más variados incumplimientos, sobre todo si la regulación propia de la materia -muchas veces civil o administrativa- tiene mecanismos de reacción adecuados; sólo en aquellos casos en que la naturaleza del interés protegido o la categoría del incumplimiento lo justifiquen, debe dejarse actuar al derecho penal. Tal ha de ser un criterio interpretativo válido para la aplicación de estas figuras.

Las conductas que nos ocupan, relacionadas sin duda con las anteriormente descritas como delitos, se desarrollan en ámbitos diferenciados; debemos recordar ahora que los resultados contemplados por los invocados preceptos eran en extremo graves, tal como el peligro para la vida o la integridad física o el absoluto desamparo, mientras que las actuaciones que ahora se reprochan, sin minorar su importancia y la paralela grav desde el primer momento de su existencia, ya que tales ámbitos de entienden especialmente necesitados de que a ellos acceda la persona dotada de la mayor formación posible antes de alcanzar su plena libertad, a fin de que pueda ejercer ésta con auténtico sentido de autodeterminación libre, voluntaria y consciente, lo cual se entiende que no sucede en la etapa más sensible a la formación del ciudadano, que es su minoría de edad.

1229

La propia naturaleza de los incumplimientos hace que nos encontremos ante *sujetos activos y pasivos* distintos en cada una de las dos conductas comprendidas en el precepto. El incumplimiento de la obligación de proveer la educación básica atañe a los padres o tutores, en consonancia con las obligaciones que impregnan el ejercicio de la patria potestad y la tutela, siendo sujetos pasivos de la falta los hijos o pupilos en edad escolar, determinación que, como invocábamos anteriormente, dependerá de lo que regulen las normas específicas sobre la materia, susceptible de evolución según la propia del Estado o la sensibilidad histórica de cada momento. Las dejaciones referidas en el segundo número tienen como eventuales sujetos activos a padres, adoptantes o tutores, concretándose en este caso el sujeto pasivo como el sujeto menor de dieciocho años sometido a la relación filiar o de pupilaje, toda vez que esa edad responde a un concepto social y cultural que viene a entender que tal es el momento en que termina la

formación de la persona para formar su propio criterio y aquél en que puede comenzar a ejercer su libertad en tales ámbitos.

Comentario aparte merece la posible existencia de *causas de justificación* en la conducta de los sujetos activos reseñados ante la constatación de situaciones en las que los sujetos pasivos referidos se encuentren sometidos a las carencias expresadas. Hay que ser consciente de que en muchas ocasiones tras la realidad de tales desarreglos subyace, bien la imposibilidad de proveer los medios materiales necesarios para su procura, bien la imposibilidad de ejercer fructíferamente la autoridad de la que teóricamente dota la función frente al sometido a ella. No se está por tanto ante un castigo ciego del resultado negativo observado, sino que será preciso indagar en cada caso lo que lo propicia. Aunque sólo el primero de los números del precepto haga referencia a la inexistencia de justificación, también sin duda algo similar sería aplicable al segundo; en cada caso, debe conocerse si la persona que ejerce la función ha hecho uso de los medios legales o sociales de asistencia, a los que se encuentra obligado a acudir si él por sí mismo no es capaz de procurar al sometido los medios educativos necesarios o de ejercer su autoridad para impedirle la estancia o realización de actividades en los lugares descritos.

1230

Un tema que en concreto afecta a la segunda conducta descrita es la utilización del verbo “*frecuentar*” para definir la conducta del menor en conflicto. Tal significa sin duda que una presencia aislada en uno de los lugares descritos no puede por sí misma fundar la aplicación de la falta, sino que ha de acreditarse *una cierta habitualidad* que sea auténticamente sintomática de un estado de riesgo, además de que obviamente ello llevará aparejada una mayor posibilidad de que el llamado como eventual sujeto activo de la conducta tenga mayores posibilidades de conocimiento de lo que está sucediendo y por ello surja su obligación de actuar.

Art. 25.- Derógase el numeral 2) del Art. 389 y el Art. 390.

390

SUMINISTRO INDEBIDO DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS

El que suministrar o expendiere bebidas alcohólicas para su consumo, a menores de dieciocho años, será sancionado con diez a treinta días multa.

El precepto da lugar al planteamiento de las siguientes cuestiones:

- *Sujeto activo* de la falta puede serlo tanto quien ejecuta la expendición directa como quien, con poder de dirección sobre quien tal lleva a cabo y como titular o encargado del establecimiento, consiente el concreto acto de expendición.
- El precepto especifica con claridad que el sujeto activo debe ser consciente de *que el menor adquiere la bebida para su consumo*, no bastando que éste acuda comisionado por un mayor para adquirir la misma y llevársela al otro, que es el auténtico consumidor, si bien debe considerarse obligación del expendedor asegurarse de que la expendición bajo reserva de facilitarle la bebida a persona mayor se haga con tal fin, sin que baste la mera excusa de que tal se creyera si ello no se llevó a cabo en circunstancias que racionalmente hicieran suponer que para eso compareciera el menor en el establecimiento o que la entrega aseguraba en lógica medida tal fin.
- Como en todos los supuestos en que la *edad del sujeto pasivo* es determinante de la tipicidad de la conducta, siendo por lo general el eventual sujeto activo persona que no conoce con certeza la misma, las posibilidades de error deben valorarse conforme a los condicionamientos personales y sociales de la ocasión y de la actividad, estándose en este caso a la concreta regulación que rige la práctica de la actividad en cuanto a lo presente interesa.

391

SUMINISTRO INDEBIDO DE PRODUCTOS INDUSTRIALES O FARMACÉUTICOS

El que suministrar o expendiere a menores de dieciocho años productos industriales o farmacéuticos de los que emanen gases o vapores tóxicos que al ser inhalados o ingeridos produjeran trastornos en la conducta del menor o daños en su salud, será sancionado con diez a treinta días multa.

1232

El supuesto tiene una finalidad y una causa social muy específica y responde a una medida de política criminal perfectanente determinada por la observación de la problemática que trae consigo el que los menores tengan acceso a sustancias -en muchas ocasiones pretendidamente inócuas y de uso social perfectamente asumido como normal (piénsese en pegamentos o disolventes de pinturas)-, que acaban teniendo en sus manos una finalidad muy distinta a la normal del producto según su adecuado uso, de manera que el menor acaba utilizándolo como droga a través de la inhalación de los vapores que desprenden los productos en sus mismos envases o en receptáculos con preparación idónea a tal fin. Es obligación del comerciante o industrial dedicado tanto al manejo como a la expendición de tales productos el conocer plenamente las condiciones de su uso, la peligrosidad potencial del producto, tanto en un uso ordinario como en un uso desviado y, más todavía, el procurar la circulación de su producto por unos cauces adecuados, entre los cuales es muy difícil concebir que se pueda tener como normal la expendición a menores de dieciocho años.

No basta que el eventual sujeto activo de la conducta alegue que el objeto de su comercio está en el tráfico ordinario comúnmente asumido, siendo incluso el objeto normal de su actividad, sino que lo que resulta especialmente reprochable -hasta el extremo de estar dotado de trascendencia penal- es el hecho de que haya propiciado su circulación en condiciones de riesgo como las que supone la expendición o suministro directo a los menores reseñados, quienes, por otra parte, muy difícilmente puede pensarse que sean los destinatarios lógicos e idóneos de tales mercaderías.

Cualquier persona que realiza una actividad es responsable de la misma, lo que prácticamente en todos los ámbitos se exagera en el caso de que pueda eventualmente

afectar a menores, algo que se multiplica si incluso puede llegar a pensarse que en muchos casos el menor es un interlocutor francamente paradójico en el ejercicio de la actividad.

Lo que sí ocasiona un auténtico problema de imputación penal es la determinación del *conocimiento que el suministrador tenga sobre el fin o efecto abyecto que pueda tener su producto*, toda vez que en la mente de todos está el hecho de que no hace demasiado tiempo ni siquiera se sospechaba de la posibilidad que muchos productos de habitual presencia en el mercado tenían como tóxicos, repitiéndose incluso la presencia de productos en los que se van descubriendo tales posibilidades; por ello, tanto la industria farmacéutica como la química en general vienen reaccionando imponiendo en sus productos una cláusula genérica de salvaguardia respecto al hecho de no dejarlos al alcance de menores, lo que, con más lógica se daría en cuanto al hecho de no proceder a la expendición directa de tales productos a menores, no obstante lo cual el derecho sancionador deberá procurar no transgredir los límites de la lógica y fijarse siempre en los usos sociales asumidos como correctos, de manera que personas que obran según pautas sociales que se vienen estimando adecuadas no se vean repentinamente sorprendidas por una eventual trascendencia penal de su conducta por circunstancias que en un momento determinado escapaban a su conocimiento y no chocaban con lo que se venía considerando un ejercicio correcto de la actividad.

1233

Otra faceta digna de comentario en el precepto es la relación que tiene con determinadas conductas delictivas que pueden considerarse como su límite superior, de aplicación obviamente prioritaria allí donde se den las circunstancias de los tipos respectivos.

Así, debe tenerse en cuenta el *art. 271 del Código* en cuanto castiga el comercio sin autorización de sustancias nocivas o productos químicos y farmacéuticos que pongan en grave peligro la salud. Frente al precepto que nos ocupa, es diferencial que la acción de comerciar es mucho más amplia que el suministro directo del que habla la falta, que se hace hincapié en la carencia de autorización del comerciante, así como que el resultado de la conducta delictiva se cualifica como un grave peligro para la salud, mientras que la falta hace referencia a meros trastornos de conducta o daños en la salud, sin necesidad de llegar a la gravedad antedicha.

El *art. 272 del Código* tiene como objeto específico productos o sustancias químicos o farmacéuticos que entrañen en sí la potencialidad de poner en grave peligro la salud pública, llevándose a cabo su actividad de despacho o suministro por quien se halla

autorizado para ello, pero sin cumplir con las formalidades de seguridad previstas legal o reglamentariamente; en el caso de la falta, es bastante posible -aunque no imprescindible- que el acto de suministro o expendición esté incumpliendo alguna formalidad de seguridad por el sólo hecho de estarse facilitando el producto a un menor, pero lo auténticamente diferencial entre los preceptos está en la propia naturaleza del producto, especialmente cualificado en el caso del delito por el hecho la referida potencialidad de alto riesgo, lo que no tiene por qué suceder en absoluto en el caso de los elementos contemplados por la falta, donde puede tratarse de productos sin esas características intrínsecas y definitorias de los mismos.

El *art. 274 del Código* en su inciso tercero se refiere a la oferta, venta o facilitación de sustancias medicinales alteradas, pero en este caso la acción llevada a cabo es más propiamente un fraude (por alteración o simulación) que una conducta de riesgo, por lo que no es fácil encontrar analogías que hagan dudosa la aplicación de uno u otro precepto.

1234

En la definición del *producto* reseñado en la falta en estudio, el precepto hace hincapié en que el mal que del mismo pueda provenir surja de la generación de gases o vapores que se entiende pueden entrar en el organismo por vía oral o por vía nasal; sobre ello hay que decir que esa susceptibilidad del producto para la emanación de esos gases o vapores ha de ser *natural o por vía de manipulación*, extremo éste último que planteará problemas en cuanto a las posibilidades de conocimiento por parte del eventual sujeto activo acerca de la idoneidad del producto a tales fines, visto que la reciente realidad viene demostrando que, como antes se dijo, productos tenidos como inocuos no eran tales.

El *resultado* acaecido es claro y delata la pretensión del legislador al establecer la punición de este precepto; los *trastornos de conducta* se refieren sin duda a esa especie de embriaguez que cualquier droga química genera en el organismo de la persona, mientras que el *daño para la salud* hace referencia tanto al aspecto físico como psíquico, sin hacer hincapié en la grave relevancia que se encontraba presente en los preceptos delictivos antes vistos, por lo que menores consecuencias lesivas serán igualmente relevantes como resultados, con la prudencia de que lo nimio o de muy escasa trascendencia no debe ser objeto de atención por un derecho de la relevancia sancionadora que el derecho penal tiene.

392

ACTOS CONTRARIOS A LAS BUENAS COSTUMBRES Y AL DECORO PÚBLICO

Será sancionado con diez a treinta días multa:

- 1) El que en sitio público se desnudare o bañare desnudo;**
- 2) El que en sitio público o expuesto a la vista de los demás ofendiere la decencia pública con sus desnudeces o por medio de palabras obscenas, gestos, actitudes, cantares o exhibiciones indecorosas;**
- 3) El que en sitio público o de acceso al público escribiere palabras o hiciere dibujos indecentes en paredes, baños, pedestales o en cualquier otro objeto situado permanentemente en dichos lugares;**
- 4) El que aprovechándose de aglomeraciones públicas o del descuido de quien transita por calles o lugares públicos, realizare tocamientos impúdicos;**
- 5) El que permitiere a menores de dieciocho años la entrada a prostíbulos, casas de citas, espectáculos u otros lugares de reconocida reputación inmoral;**
- 6) El que permitiere la entrada a los menores de dieciocho años, a funciones cinematográficas o teatrales, cuando fuere prohibida tal entrada por la autoridad respectiva y se hubiere dado el aviso del caso. Tal falta debe comprender a quien permitiere la entrada y al que a sabiendas llevare consigo al menor; y**
- 7) El que fabricare, vendiere, alquilaré películas, revistas, paquines o cualquier literatura pornográfica a menores de dieciocho años.**

1235

En este precepto especialmente se ponen de manifiesto algunos factores esenciales para la comprensión de lo que sea derecho penal. La *historicidad* del derecho sancionador, que responde a la ideología social dominante en cada momento histórico, la cual establece unos conceptos y límites específicos para lo que ha de entenderse

como *buenas costumbres o decoro público*, conceptos indefinidos en sí mismos que obligan al operador jurídico e intérprete del derecho a aplicar éste contemplando la sociedad en la que vive, sus principios y sus demandas, a fin de definir adecuadamente el marco de interpretación, el límite entre lo que puede o no hacerse, lo que resulta o no ofensivo para algo tan indefinido como la *moral pública* y, lo que es más importante y más difícil si cabe, la fluctuante línea divisoria entre *moral y derecho*, de forma que se conciba al derecho penal con un sentido restrictivo, que aplique sólo su desvalor y el consecuente juicio de reproche a conductas que no tengan más adecuada sanción en otras ramas del derecho (fundamentalmente, las sanciones administrativas) o en la simple consideración moral negativa sobre la conducta en cuestión, acompañado, en su caso, por un reproche social.

1236

Es aquí donde también se pone de manifiesto la *limitación espacial del derecho*, afirmado ello desde la óptica de que si bien puede decirse que hay un sustrato prácticamente común a todos los ámbitos de cultura sobre unos principios informadores del derecho penal y un abanico de conductas que lo integran, cuando se trata de conceptos como los que se exponen en la rúbrica de este artículo las divergencias se exacerban, quizá no tanto en cuanto a la posibilidad de considerar positivo lo que en otros lugares sea negativo, sino en cuanto a la necesidad de incluir o no las conductas descritas dentro del ámbito del derecho penal o de establecer una mayor o menor intensidad en el reproche.

Tales prolegómenos son una llamada especial al intérprete y aplicador del derecho a fin de que, respetuoso sin duda de la estricta tipicidad de cada supuesto, tenga en cuenta en cada momento la necesidad de valorar las conductas de acuerdo con la *moral social imperante*, entidad cambiante por naturaleza, de manera que, sin suplantar en ningún caso la voluntad de la ley expresada en la norma escrita, sí *adecue el juicio de valor a realizar al sentimiento social* que, sólo con una atenta mirada, puede el jurista atisbar, siempre y especialmente en supuestos como los que ahora nos ocupan.

Comentario al número primero:

Debe tenerse en cuenta como referente el art. 171 del Cód de la búsqueda de situaciones instrumenta la exhibición del cuerpo desnudo a fin de dotarla de contenidos de tal naturaleza, cosa que puede estar perfectamente ausente en la conducta contemplada por la falta, donde incluso puede llegar a decirse que el sujeto responde por la conducta descrita aunque propiamente no desee mostrar su cuerpo a otras personas, llevando a

cabo simplemente la acción en las circunstancias descritas en el precepto, con la asunción de que, por la naturaleza del lugar, pueda acaecer la eventualidad de que alguna persona llegue a contemplar la desnudez de su cuerpo. Lo que trasciende del precepto es la protección de la circunstancia de que en lugares públicos la libertad de las personas no puede verse coartada por la imposición de otros de llevarles involuntariamente a la contemplación de su cuerpo desnudo; no puede pensarse por tanto que se castiga al desnudo como tal, como si el Código fuera tributario de una ideología moral oscurantista, sino que lo que se viene a proteger fundamentalmente es la *libertad de contemplar o no contemplar*, ya que resulta obvio que el acceso querido y voluntario al desnudo ajeno es dable que el sujeto se lo procure en otras circunstancias que, obviamente, para nada importan al derecho.

- La *naturaleza del lugar* hace referencia a una ubicación que puede considerarse como aquella susceptible de *permitir el acceso indiscriminado de cualesquiera personas*, sin que precisamente sea el eventual sujeto activo de la conducta quien tenga capacidad para delimitar dicho acceso, pues en tal caso estaríamos ante un supuesto en el que la persona hace uso de su voluntad en el entorno de su privacidad, sin someter coercitiva e inopinadamente a los demás a visiones que pueden ser o no deseadas, molestas o inocuas.
- La más clara distinción con el delito referenciado radica en la naturaleza del *sujeto pasivo* en tal caso, limitado a personas que se estima que, bien no tienen suficiente *discernimiento* para decidir y valorar adecuadamente un hecho de este significado como es la contemplación del desnudo ajeno, bien no tienen la suficiente capacidad para la *autodeterminación* de sus actos tendente a escoger consciente y libremente el acceso a lugares o actividades. Habrá que tener buen cuidado a la hora de discernir que el desarrollo de cualquier actividad desnudo ante un menor de dieciocho años o deficiente mental no tiene por qué significar necesariamente que tal se trate de un acto lúbrico o de exhibición obscena; nos remitimos a los comentarios efectuados en el delito correspondiente a fin de delimitar adecuadamente los conceptos, sin perjuicio de reconocer que en la realidad la complejidad de actos y situaciones obligará a adecuar la norma a cada caso al intérprete del derecho.

Comentario al número segundo:

El precepto se desarrolla íntegramente en torno a *conceptos valorativos en extremo indefinidos*, pues es difícil delimitar estrechamente qué pueda ser *la decencia pública, lo obsceno o lo indecoroso*; no cabe acudir al fácil recurso a la definición gramatical de los términos; se trata de conceptos históricos como pocos, incluso en ocasiones espacialmente delimitados. No puede el aplicador del derecho esperar que la seguridad de una definición le proporcione la rigidez o la seguridad de unos límites para acotar la realidad a estudiar, sino que debe introducirse como en pocas ocasiones en la *realidad social* en que se mueve y a la que sirve, despojándose incluso en ocasiones de sus *propias nociones* que, en un sentido o en otro, pueden en lo particular tener notables desviaciones respecto a tan indeterminados conceptos generales.

La *acción* del sujeto activo es en este caso pluriforme, pues va desde la exhibición del cuerpo total o parcialmente desnudo -en especial de algunas de sus partes más identificadas con su posible subordinación a alguno de los tres conceptos indeterminados referidos- hasta la palabra o el gesto determinados a tales fines.

1238

El *lugar* de los hechos ya no es sólo el sitio público comprendido como opuesto a lo privado, en los términos que reseñáramos en el comentario al anterior número, sino que la actuación del sujeto activo -por mor de la propia naturaleza de la conducta- restringe notoriamente más su libertad, toda vez que si en el caso anterior tal se estimaba plena para obrar en lo privado si el acto se limitaba a en permanecer asépticamente desnudo o bañarse de tal guisa, la realización de las actividades descritas en este número se castiga igualmente cuando acaecen en lugar que, aun privado, es *meramente susceptible de ser contemplado por los demás*, aunque esto ha de entenderse desde la premisa de que tal contemplación ha de ser factible en supuestos de normalidad, descartándose aquéllos en los que sólo la realización de específicas acciones tendentes a dejar sin efecto los obstáculos a la publicidad del lugar privado permitan al intruso llegar a ver lo que en tal sitio acaece; en tal caso debe entenderse que no es la inadvertida libertad del tercero la que se ha visto asaltada por la visión desagradable sino que ello, por buscado, no es digno de represión ni el sujeto pasivo de protección.

En este precepto la cercanía de la acción a la del *art. 171* es mayor, si bien la diferencia esencial radica en la naturaleza del sujeto pasivo ofendido por el delito, pudiendo casi decirse, con raras excepciones, que una acción como la que describe la falta sería

idónea para la comisión del delito si tuviera como espectadores a los sujetos especificados en el delito, sin importar el tipo de lugar en que ello acaece.

Comentario al número tercero:

La conducta es acreedora de comentario en tres aspectos: la acción, su alcance y el lugar en que se desarrolla.

El *contenido de la acción* se refiere básicamente a escribir palabras o hacer dibujos, a los cuales el Código califica con el apelativo de “*indecentes*”. Básicamente se reproduce aquí lo que se ha repetido tanto en el preámbulo como en números anteriores, por lo que no seremos reiterativos al respecto, toda vez que en el número anterior ya el Código utilizaba el término “decencia” y sobre ello nos hemos pronunciado.

El artículo es especialmente gráfico en cuanto a la exposición de los *lugares* en los que las palabras o dibujos pueden quedar plasmados, por lo que, partiendo de ello, es relativamente sencillo comprender dónde el legislador concibe ubicar esta conducta, estando en este caso especialmente cualificada la inclusión de un concepto híbrido entre lo público y lo privado: el *lugar de acceso al público*; se trata, en general, de aquél que se prevé pueda ser eventualmente utilizado por personas, y, más en concreto, el que en unas dependencias se concibe explícitamente para que a él, en principio con libertad, accedan personas para llevar a cabo la actividad propia del lugar; el supuesto paradigmático serían los baños o urinarios de una oficina pública, que, sin ser propiamente el lugar que el edificio como tal reserva para que la gente deambule a fin de dar trámite a sus intereses, sí se prevé que eventualmente puedan ser utilizados para sus fines propios, por lo que es innato a su definición el que a ellos tenga acceso el público.

1239

Queda claro que en lo que el Código hace hincapié no es en el obvio deterioro que sufre el lugar por la acción descrita, sino en la utilización del mismo como vehículo para la transmisión de determinados mensajes calificados como indecorosos, sabiendo que se somete a los demás eventuales usuarios del lugar a ser destinatarios de algo especialmente cualificado en su contenido y relevancia y que puede llegar a ofender su sensibilidad y convicciones, protegidas ambas como las asumidas en general por la sociedad que crea la norma y es destinataria de la misma.

Comentario al número cuarto:

El *art. 165 del Código* define el tipo básico del acoso sexual como la realización de tocamientos sexuales indeseados por la persona que los recibe.

1240

Es en principio difícil encontrar la diferencia entre dicha conducta y la falta que abordamos (que describe una situación muy gráfica y suficientemente conocida en la experiencia de todos para saber a qué se está refiriendo el legislador), teniendo en cuenta que ésta se concreta en la realización de tocamientos impúdicos. Sin duda, aisladamente considerado, el núcleo de las dos acciones descritas es el mismo, remitiéndonos para mayor comentario al que se hiciera en el invocado precepto, si bien, puestos a fijar la diferencia entre una y otra conducta, hemos de referirnos especialmente al hecho de que la falta describe una situación claramente particularizada que se produce aprovechando el descuido del ofendido en un ámbito que necesariamente se define por la presente o potencial presencia de otras personas en el mismo (magnificado en el caso de que se trate de una aglomeración); ello sirve para describir la presencia de varios factores que, si bien no es que resten importancia a la acción en sí misma, sí puede decirse que minoran las posibilidades de que la acción del sujeto activo gane en peligrosidad; la acción ilícita estará así necesariamente definida por factores como la *fugacidad*, que necesariamente limitará la intensidad y duración del tocamiento y la *presencia de otras personas*, lo que actuará como freno sobre el sujeto activo para que sus pretensiones sobre la víctima no puedan acrecentarse, lo que es especialmente importante en supuestos como estos en los que el furor erótico puede llevar a que primeras ideaciones delictivas de una determinada gravedad e intensidad desemboquen en agresiones mayores y más graves, con especial afectación sobre la víctima.

Se crea sin lugar a dudas, por los motivos antedichos, un tipo privilegiado en relación con el del primer párrafo del artículo 165.

Comentario al número quinto:

El *art. 389* aborda cuestión parecida a la presente desde el punto de vista de la responsabilidad de los padres, adoptantes o tutores, por lo que tal debe considerarse norma de aplicación especial en cuanto que los autores sean las invocadas personas tan notoriamente calificadas.

Los prostíbulos y casas de citas son lugares cuyo concepto es bastante común y no debe presentar problemas encuadrar los supuestos que les afecten; de nuevo la indefinición surge cuando se trata de ubicar la conducta en *otros lugares de “reconocida reputación inmoral”*, visto que el propio Código acota en el número siguiente algunos de los lugares que podrían tener acogida en ese ámbito, por lo que, en cuanto a ellos, dicho precepto actuaría como norma especial de aplicación prioritaria; no resta sino invocar de nuevo una aplicación restrictiva que respete al máximo el principio de seguridad jurídica y una adecuación en la interpretación a patrones sociales comúnmente aceptados.

Los *sujetos activos* de la acción serán quienes, por ejercer un poder de determinación sobre los menores o sobre los referidos lugares, tengan en su mano la posibilidad de impedir el acceso del menor al lugar, reiterando en este caso lo antedicho respecto a la especial punición de padres, adoptantes o tutores; para nuestro criterio, resulta obvio que, en lo que atañe a las personas relacionadas con dichos locales, dentro la posible *pluralidad de personas ubicadas en los mismos*, habrá que actuar deslindando quiénes hayan tenido conocimiento de la condición del menor, su estancia o pretensión de entrada y tuvieran al tiempo una auténtica posibilidad dispositiva sobre la permisión o evitación de ello.

1241

Comentario al número sexto:

Una parte de los comentarios hechos al número anterior serían también aquí aplicables, por lo que omitimos la reiteración.

La *acción* tiene cierta complicación por lo prolijo que ha sido el legislador en su regulación.

La referencia se establece en relación a funciones cinematográficas o teatrales, a las cuales el Código no califica expresamente con apelativos que traten de hacer relación a las buenas costumbres o el decoro público, como es toda la tónica del precepto, sino que se remite tácitamente en este caso a otras disposiciones que hacen que *sean las autoridades administrativas las que califiquen lo inapropiado de que menores de dieciocho años puedan tener acceso a funciones de esta índole*; no fija el Código mayores razones, sino que fía completamente el desvalor de la conducta al criterio que tengan esas autoridades respecto al contenido de la obra cinematográfica o teatral (violencia, sexo, ideas, etc.), llevando a la categoría de falta penalmente relevante el hecho de hacer caso omiso de la prohibición que entraña tal calificación de inidoneidad por parte

de quienes son sus naturales receptores: tanto los mayores que llevan a los menores a tales funciones (tengan o no con ellos relación familiar) como los encargados de los establecimientos donde las funciones teatrales se producen o las películas se proyectan.

Reiteramos expresamente lo dicho en el número anterior en cuanto a las personas empleadas o relacionadas con los cines o teatros.

La expresión utilizada por el precepto acerca de que “*se hubiese dado aviso del caso*” -referida a la prohibición de la autoridad respectiva- debe ser interpretada como la necesidad de una comunicación por parte de dicha autoridad a los encargados de la exhibición o representación, con igual constancia respecto a quienes allí acudan a fin de que, caso de ser los mayores que llevaren a los menores, puedan tomar adecuado conocimiento sobre el mandato de la autoridad a fin de escoger entre su acatamiento o su incumplimiento. Tal vez la concreta expresión que se utiliza sea innecesaria y no sirva más que para sembrar ciertas dudas interpretativas, toda vez que, aun sin existir, resulta obvio que el derecho penal no podría pretender la sanción para quien desconociera estar obrando en contra de los imperativos que debe acatar.

1242

El precepto se constituye en realidad en una especie de *norma penal en blanco* en cuanto que precisa para integrarse de toda una regulación externa que en cada momento exista sobre la policía de espectáculos que se ejerza por las autoridades gubernativas, en cuanto a lo que atañe a la posibilidad de asistencia a los mismos por parte de menores.

Comentario al número séptimo:

El artículo 172 del Código castiga como delito la *difusión, venta o exhibición de material pornográfico entre menores de dieciocho años de edad o deficientes mentales*, con la esencial apostilla de que ello se haga *de modo directo*.

Resulta obvio el gran *paralelismo que existe entre aquel precepto y la falta* que ahora se comenta. De hecho, *el objeto es el mismo*, toda vez que la expresión “material pornográfico” utilizada por el delito abarca suficientemente y con correcta síntesis la enumeración más prolija que contempla la falta, la cual prácticamente comprende gran parte de los vehículos que puede tener la pornografía; el problema surge del hecho de que la falta pormenorice tanto, al contrario de lo que hace el delito, ya que su redacción comporta que *queden excluidas determinadas conductas* que merecerían incluirse y

que la redacción del delito sí abarca suficientemente; tal es el caso por ejemplo de la pornografía que está introduciéndose en forma de material informático o a través de juegos en locales recreativos, respecto a lo cual hay que reconocer que la mera referencia a películas, revistas, pasquines o literatura puede resultar insuficiente, siendo obvio que la analogía está vedada cuando puede llegar a suponer una ampliación contraria al reo.

La *acción* contemplada por la *falta* recoge tres posibilidades en relación con el objeto descrito: *la fabricación, la venta y el alquiler*, mientras que el *delito* habla de *difusión, venta y exhibición*. El delito es más congruente en cuanto que lo que viene a castigar es el traslado directo del material pornográfico a su destinatario (los sujetos protegidos: menores y deficientes mentales). Decimos congruente porque es obvio que las conductas descritas son claramente idóneas para ello. El problema interpretativo de la falta radica en que hace referencia a dos conductas que son perfectamente abarcables por las del delito: la venta y el alquiler. La primera conducta está expresamente reseñada en la redacción del tipo del delito. La segunda sin duda comprendida en el amplio término «difusión» que emplea el referido delito. Cabe, pues, pensar que el legislador ha incurrido en una *reiteración incongruente* por describir la misma conducta como delito y como falta. Considerar que la falta queda reservada para quien vende o alquila a persona que no es el menor no es concebible, toda vez que no podría castigarse al sujeto activo si éste ignora completamente que el material va a llegar a manos de menores ni premiársele no castigándole por delito y sí tan sólo por falta si se hace entrega del material a un mayor a sabiendas de que lo va a hacer llegar a un menor (con lo que se garantizaría una formal entrega indirecta).

1243

La enumeración de acciones que se hace en este precepto entraña todavía más problemas, toda vez que resulta gramaticalmente correcto entender que se habla de una venta o alquiler a menores de dieciocho años y de una *fabricación* sin más apostillas, lo que llevaría a concluir que la mera fabricación del material ya es por sí constitutiva de falta, algo que no encaja con la sistemática del Código, que sólo da relevancia punitiva a conductas relacionadas con la pornografía que afectan a determinados sujetos especialmente protegidos, por lo que podría interpretarse que sólo se castiga la fabricación expresa de material para ser hecho llegar a los menores protegidos, no entendiéndose en este caso qué razones de política criminal podrían justificar que a estas personas se les castigue con menor rigor que a los que directamente hacen llegar el material a los sujetos protegidos.

Finalmente, tampoco se alcanza a comprender, salvo como defecto de técnica legislativa, por qué el delito incluye específicamente a los menores de dieciocho años y *deficientes mentales*, mientras que la falta omite a los segundos, cuando resulta obvio que el mismo tratamiento tuitivo debe dispensarse a unos y a otros en esta materia.

Son problemas a los que francamente no encontramos una solución adecuada sin forzar la letra de la ley, por lo que, caso de asumirse la concurrencia, no queda otro remedio que aplicar las reglas del *concurso aparente de leyes* establecidas en el *art. 7 del Código*.

CAPÍTULO V

FALTAS RELATIVAS AL ORDEN Y TRANQUILIDAD PÚBLICA

393

INOBSERVANCIA DE LAS PROVIDENCIAS DE LA AUTORIDAD

El que no observare ninguna providencia legalmente impuesta por la autoridad o por razones de seguridad u orden público, será sancionado con quince a treinta días multa.

El precepto tiene una redacción equívoca que precisamente no contribuye a dejar claras las diferencias entre esta conducta y otros delitos con los que está íntimamente relacionada y de los que trae causa.

1245

El *art. 338* del Código, encuadrado en el Título relativo a los delitos contra la Administración Pública, castiga la desobediencia de una orden de funcionario o autoridad pública, siendo la misma dictada conforme a la ley y en el ejercicio de sus funciones. El *art. 313*, entre los delitos relativos a la Administración de Justicia, contempla específicamente la desobediencia a concretos mandatos judiciales.

Si bien ello no resulta un dato decisivo, hay que tener en cuenta el Título en el que se encuadran unas y otras conductas, siendo significativo que las delictivas se subordinen a la salvaguardia de concretos ámbitos de la Administración -la forma en que el Estado articula su aparato de gestión y servicios a la ciudadanía-, mientras que en la falta se habla de “orden y tranquilidad pública”. Aun resultando obvio que el correcto funcionamiento de la Administración -en cualquiera de sus facetas- incide directamente sobre el orden y la tranquilidad de la ciudadanía, no parece ser esto último el objeto prioritario de protección en el caso de los delitos. Es necesario hacer una distinción en el ámbito de aplicación de unos y otros preceptos, pues es obvio que la amplitud de la redacción de la conducta delictiva y la ambigüedad en la redacción de la falta plantean problemas interpretativos.

La providencia es una resolución y la orden es precisamente el eventual contenido de dicha providencia, sin perjuicio de que órdenes pueden ser emitidas sin necesidad de plasmarse específicamente en providencias. Como quiera que nos encontramos ante una conducta de desobediencia, resulta obvio que el ámbito en que nos movemos es el de las decisiones de autoridad que entrañan un mandato imperativo hacia aquellos a quienes se dirigen.

1246

Nuestro criterio interpretativo, que trata de superar oscuridades en la redacción de la norma e integrarla con el bien jurídico al que parece subordinarse, dilucidando un campo de distinción respecto a los delitos reseñados, se concreta en considerar que nos encontramos con la definición del ámbito de la *desobediencia leve*, cuya distinción respecto a la desobediencia grave es puramente casuística, atendiéndose fundamentalmente a la trascendencia de lo que se trata de organizar a través de la orden, la incidencia que su incumplimiento tiene en el normal funcionamiento de la sociedad y las posibilidades de reparación del orden social y jurídico afectados, teniendo por otra parte en cuenta que en esta medida de la desobediencia (el leve incumplimiento) sólo están protegidas aquellas *órdenes que emanen de la autoridad*, no bastando que se trate de funcionarios no constituidos en autoridad, respecto a quienes la leve desobediencia no tiene trascendencia penal, sin perjuicio de hallarla en ámbito distinto. Finalmente parece que la afectación del incumplimiento debe circunscribirse a *materias de orden y seguridad públicos* y no a cualquier ámbito del ejercicio de la autoridad, pues, de otra manera, sería desmesurado el campo de aplicación de la norma y no se coordinaría adecuadamente con la ubicación de la misma dentro de tan específico Capítulo del Código.

Conscientes de que la interpretación que propugnamos resulta muy opinable, al menos quede ello justificado por la necesidad de superar una mera interpretación gramatical y de dotar de concreción a la norma penal e integrarla adecuadamente en el texto legal, donde se relaciona con otras normas de igual índole.

394

USO INDEBIDO DE INSIGNIA O CONDECORACIÓN

El que indebidamente usare insignia, distintivo o condecoración que estuvieren reglamentados oficialmente, será sancionado con cincuenta a cien días multa. (13)

El *Capítulo III del Título XIII* regula las falsedades personales castigando el uso falso de documento de identificación y el *ejercicio ilegal de profesión reglamentada*. A las claras se ve que son conductas bien diferenciadas de lo que la falta define, si bien hay un sustrato común que consiste en querer aparentar lo que no se es, bien a través de la realización de actividades, bien a través de símbolos externos que socialmente se asocian con la ostentación de determinada condición honorífica o relacionada con profesión o actividad en general.

El Código es muy estricto a la hora de dar trascendencia penal a la suplantación profesional, hasta el extremo de que sólo las declaradas profesiones reglamentadas son susceptibles de tal protección; para ello nos remitimos al comentario que se hace en el artículo 289 del Código; los ejercicios de otras actividades en las que no concurre tal condición son atípicos.

1247

La redacción de la falta es igualmente restrictiva en tanto que los conceptos uniforme, insignia, distintivo o condecoración ya lo son en sí mismos, pero si existiera alguna duda al respecto -fundamentalmente podría darse en el caso de insignias o distintivos- tal debería ser suficientemente despejada por la existencia de una *específica legislación reguladora del uso de tales símbolos*, por lo que su ausencia desvelaría cualquier duda que pueda existir sobre si tal símbolo tiene la debida condición a los efectos que penalmente nos importan.

Nos encontramos pues con una *norma penal en blanco* que se integra por normas extrapenales que fundamentalmente van a estar dirigidas a la regulación del ejercicio de profesiones o a la concesión de honores y distinciones, normativa que suficientemente debe clarificar tanto los requisitos para tener acceso a la actividad y a sus signos distintivos o los méritos concurrentes para el otorgamiento de la condecoración, así como las condiciones de uso de tales signos externos.

Obvio resulta decir que nos estamos moviendo en el ámbito de lo oficial -o, al menos, lo reconocido oficialmente- y no de lo que meramente pueda afectar a instituciones privadas y sin ese tipo de consagración.

Entendemos que la expresión utilizada por el Código sobre el uso indebido debe ser interpretada estrictamente, es decir, referente al *uso sin ningún tipo de habilitación para ello*, por lo que contravenciones menores en que puedan incurrir personas habilitadas pero que incurran en defectos formales en cuanto a las circunstancias del uso deben quedar sometidas a un ámbito extrapenal, el de la propia norma reguladora de la materia; lo contrario sería llevar al derecho penal a un campo ajeno, tutelando bienes extrapenales, fuera del bien superior del respeto y confianza que inspiran determinadas dignidades y profesiones.

La ostentación de los uniformes, insignias o distintivos de profesión reglamentada por quien la ejerce sin titulación o autorización para ello deben entenderse absorbidos por el delito correspondiente.

1248

395

PERTURBACIÓN DE LOS LUGARES EN QUE SE EJERCEN FUNCIONES PÚBLICAS

El que perturbare gravemente el orden en el salón de sesiones del cuerpo legislativo, en las audiencias de los tribunales o donde quiera que un funcionario público estuviere ejerciendo sus funciones, será sancionado con diez a veinte días multa.

El *art. 348 del Código* castiga como desórdenes públicos la alteración del orden público a través de la invasión de instalaciones o edificios, llevada a cabo mediante una actuación grupal guiada por el fin de atentar contra la paz pública.

La especificidad de la conducta delictiva deja en este caso un claro ámbito de aplicación para la falta que se describe, toda vez que el delito se caracteriza fundamentalmente porque la actuación se lleva a cabo en grupo, concretándose en una invasión de local que, lógicamente, comporta la alteración del orden en el mismo.

La falta se concreta en una perturbación grave del orden, lo que supone una alteración de la normal actividad que en el lugar se está llevando a cabo, caracterizada especialmente para tener trascendencia penal por el hecho de que dicha alteración ha de ser *grave*, es decir, tener una determinada entidad que habrá de fijarse en cada caso valorando especialmente la naturaleza de la interrupción producida, el tiempo de interrupción de la actividad, las consecuencias acarreadas para la actividad y la mayor o menor onerosidad que entrañe restablecer el normal funcionamiento de la actividad específicamente protegida. Esto es suficiente para que quede constancia de que el legislador asume la existencia de un mínimo no sancionable penalmente, sin perjuicio de que ello tenga consecuencia sancionatoria en la legislación administrativa, por lo que el intérprete habrá de asumir en primer lugar una alteración con la aparatosidad que la conducta delictiva trae consigo y una general alteración de la actividad no caracterizada por tan específicos factores y que no necesariamente ha de tener trascendencia penal.

La mayor dificultad interpretativa la plantea el lugar en el que se desarrollan los hechos o, dicho de otra manera, los *lugares protegidos penalmente*, a reserva de la trascendencia de la alteración que se produzca.

1249

El legislador opta por un doble criterio: materialmente protege la Asamblea Legislativa y los Tribunales de Justicia, aunque no en cualquier momento o lugar en el que los mismos estén actuando, sino, respecto a la primera, el salón de sesiones -y, por tanto, debe entenderse el desarrollo de las sesiones de la Asamblea- y, respecto a los segundos, el momento en que estén reunidos en audiencia pública y los lugares en que ello acontezca; al lado de unas definiciones indudablemente restrictivas el Código adopta un segundo criterio que tiene al tiempo la consecuencia de ampliar, sobrepasando en mucho, la que parecía primera pretensión, toda vez que, trayendo a colación un criterio personal, viene a proteger cualquier lugar en que un funcionario público esté ejerciendo sus funciones. Si traemos a colación el concepto que el Código da para el funcionario público en el art. 39.1) y pensamos en la amplitud de lugares en que estas personas pueden ejercer sus funciones (no sólo estancias cerradas sino la misma vía pública) podemos llegar a una interpretación desmesurada que acabaría construyendo una aureola de hiperprotección en torno a la figura del funcionario que difícilmente puede haber querido el Código. Por otra parte, sería absurdo que el Código hubiera establecido un menor nivel de protección para los lugares y tiempos en que actúan la Asamblea Legislativa y los Tribunales de Justicia que para cualquier funcionario público, cuando y donde se halle ejerciendo sus funciones. La interpretación que proponemos pretende

ser restrictiva, sin mantener que en el segundo caso se incluyan exclusivamente lugares cerrados, ya que nos encontraríamos con circunstancias igualmente dignas de protección que se ejecutan en lugar abierto; en lo que habrá que hacer hincapié es en que la actuación del sujeto activo altere el normal desempeño de la función que se viene ejerciendo, con menoscabo para el servicio público que todas las funciones entrañan. Resulta obvio que en el caso de los tribunales de justicia, servidos por funcionarios públicos, la ampliación que trae consigo el último inciso prácticamente brinda una protección frente a la alteración del orden en todo momento y lugar, algo que en parecida medida puede suceder en el caso de la Asamblea Legislativa, donde, curiosamente, fuera del salón de sesiones, la protección frente a la alteración del orden puede venir dada más por la presencia de funcionarios públicos que sirven en el órgano legislativo que por su propia alta naturaleza o por el cualificado papel de los miembros de la Asamblea.

396

1250 MENOSPRECIO A LOS SÍMBOLOS PATRIOS

El que públicamente menospreciare la Bandera, el Escudo o el Himno del Estado salvadoreño, será sancionado con diez a veinte días multa.

Se consagra constitucionalmente y en la tradición de nuestro ámbito de cultura que Bandera, Escudo e Himno son los símbolos que formalmente representan oficial y públicamente al Estado, entidad acreedora de público respeto por el contenido de su representación, de ahí que *actuaciones públicas* que bajo cualquier forma externa (palabras, escritos, signos, actitudes, etc.) supongan *burla o falta de consideración* a la Institución del Estado, encarnada en ese momento por tales símbolos, tienen trascendencia penal. Se puede decir que hay una protección del honor de una institución supraindividual.

No pueden confundirse los términos y menoscabar el derecho a la libertad de expresión o coartar la discrepancia incardinando en esta figura actuaciones que no pasan de ser meras facetas de la diversidad de pensamiento expresado respetuosamente en libertad. El derecho a la discrepancia y a la exteriorización de la misma es uno de los campos en que se desarrolla la libertad de expresión, se consolida la naturaleza democrática del

Estado y éste se vivifica a través de la pluralidad y de la diversidad. En cambio, la gratuita burla sin mayor contenido, meramente destructiva, utilizando el escarnio al símbolo como vehículo de una expresión que nada pretende construir ni transmitir sí son acreedores del reproche punitivo: debe haber una *intención injuriosa* guiando la actuación del sujeto activo.

397

PERTURBACIÓN DE LA TRANQUILIDAD PÚBLICA O PRIVADA

Será sancionado con cinco a treinta días multa:

1) El que con el fin de vender o de distribuir escritos anunciare a voces noticias falsas que no aparecieren en los escritos por las cuales pueda perturbarse la tranquilidad pública;

2) El que anunciando desastres, accidentes o peligros inexistentes, suscitare alarma entre las autoridades o personas particulares;

3) El que mediante ruidos o algazara o abusando de instrumentos sonoros o de señales acústicas, perturbare las ocupaciones o el reposo de las personas, los espectáculos, las reuniones o las diversiones públicas;

4) El que en lugar público o abierto al público promoviere o tomare parte en cualquier clase de juego de azar que no esté permitido por la ley, reglamento u ordenanza; y,

5) El que en estado de ebriedad o drogadicción, perturbare la tranquilidad de las personas, causare escándalo o pusiere en peligro su seguridad o la de otros.

El trasfondo común de las distintas conductas integradas en el precepto, si bien, en el caso del número cuarto ello resulta un tanto cuestionable, toda vez que ahí parece primar el interés del Estado en que la organización y realización de juegos de azar no

escape a la disciplina que el mismo imponga en vía administrativa, lo que se exagera en el caso de que ello acaezca en lugares públicos o abiertos al público, donde tal vez el legislador estime que por la naturaleza de dichos juegos y por ciertas situaciones de conflicto a los que los mismos dan lugar existe una posibilidad de alteración de la tranquilidad pública que se ve teóricamente exacerbada por el hecho de que el juego no se haya sometido previamente a la correspondiente regulación.

Tranquilidad pública y orden público son dos conceptos indudablemente unidos, si bien la primera parece ser más una consecuencia del segundo. El orden público hace más referencia a la convivencia ordenada, al hecho de que las distintas personas, situaciones, necesidades e intereses que se integran en la sociedad se coordinen y satisfagan sin que una eventual alteración de ese juego de equilibrios suponga el deterioro de expectativas e intereses generales y particulares; en una de sus vertientes -fundamentalmente la que podría entenderse como paz pública- el orden público es susceptible de brindar tranquilidad tanto a la ciudadanía en general (un sentimiento común) como a los ciudadanos en particular, de ahí la relación que los dos conceptos guardan entre sí; el mantenimiento del orden público no puede decirse que persiga como uno de sus logros prioritarios la tranquilidad, pero su mantenimiento sí suele generarla.

1252

Comentario al número primero:

Este supuesto, aunque en realidad acaba castigando la puesta en juego de unos específicos medios idóneos para la alteración de la paz pública, lo que castiga de forma directa es una picaresca comercial que, guiada por un interés -esencialmente crematístico- en la actividad de venta o distribución de escritos -fundamentalmente prensa- no duda en utilizar el morbo o el instinto de autoprotección y miedo natural de las personas para afirmar que el objeto de la venta contiene informaciones sobre temas que potencialmente sean idóneos para generar esos sentimientos y, paralelamente, la intención de comprar o adquirir el objeto anunciado.

En la actuación del sujeto activo se suman dos intencionalidades: una directa y otra de consecuencia necesaria, ya que su prioritaria intención es la de conseguir un incremento en las ventas o distribución de su mercadería, si bien se asume al mismo tiempo que ello se va a conseguir a través de la eventual generación de sentimientos de intranquilidad, como posible resultado que llevará aparejada la actuación descrita.

Queda claro que no nos encontramos ante una conducta de resultado, sin que sea necesario que efectivamente se haya alterado la tranquilidad pública -lo cual, por otra parte, por el medio tan limitado de actuación, es difícil que se produzca o al menos de forma cualificada-; ello lleva a que en cada caso el juzgador deba hacer un juicio hipotético de idoneidad sobre la conducta, valorando desde criterios sociales y culturales comúnmente asumidos la validez del mensaje emitido y de las condiciones de la emisión para comportar un posible resultado como es auspiciado por la norma, teniendo obviamente en cuenta además la especial consideración que debe hacerse del auditorio con el fin de calibrar si por su especial composición el mismo es idóneo o no para despertar ese tipo de reacción.

Finalmente hacer referencia a una peculiaridad de la conducta expuesta: el escrito tiene un concreto contenido, verdadero o falso, susceptible o no de alterar la paz pública; eso tendrá un tratamiento y unas consecuencias independientes de lo que la falta supone; en lo que el legislador se ha fijado es en que el sujeto altere la realidad del contenido del escrito, de forma que si la persona se limita a anunciar lo que en el escrito consta, incluso aunque sepa que es mentira y que puede con ello alterar la tranquilidad pública, tal conducta no sería incluíble en este precepto, sino que encajaría más adecuadamente en el número siguiente.

1253

Comentario al número segundo:

El contenido de la acción aparece claramente definido desde la premisa del conocimiento que el sujeto difusor tenga sobre la irrealidad de su anuncio y sobre la potencialidad del mismo para generar la consecuencia descrita, siendo la concreta finalidad de su acción la de generar estados de alarma con paralela alteración de la tranquilidad. El medio empleado por el sujeto puede ser de lo más variopinto, desde la palabra al escrito, sin que sea en absoluto necesaria una difusión plural o multitudinaria del anuncio, toda vez que se estima que el contenido del mismo hará que sea suficiente un conocimiento aislado para la generación de los nocivos resultados que el precepto asume, resultados que en este caso van sin duda más allá en la mente del legislador, toda vez que el anuncio de noticias de esta índole suele traer como consecuencia la puesta en juego de medios materiales y personales que llevan aparejado un coste económico o sencillamente de onerosidad que la persona particular o la sociedad a través de sus órganos no está llamada a asumir inmotivadamente.

Génesis de este precepto son sin duda las comunicaciones telefónicas anónimas sobre colocación de explosivos o las llamadas de igual índole a servicios policiales o asistenciales de la más variada índole, que suponen el referido coste y distraen la eventual presencia necesaria de tales medios en otros lugares donde su necesidad sí es cierta.

Al contrario de lo que sucedía en el precepto anterior, en este caso sí que nos encontramos con una conducta de resultado, manifestado en la situación de alarma que se genera, lo cual podrá ponderarse a la vista de la reacción observada por las personas o instituciones, de manera que, siendo ésta inexistente, podrá colegirse la inidoneidad del medio empleado y por ello la no reprochabilidad de la conducta.

Comentario al número tercero:

1254

El precepto supone una exacerbación de la protección penal de ciertos bienes jurídicos respecto a los cuales cabe plantearse si ciertamente al derecho penal debe encomendarse la reacción frente a conductas sin duda incívicas, pero cuya adecuada represión tal vez debiera desarrollarse extramuros de un derecho restrictivo en su naturaleza como es éste, de manera que se sitúa a ciudadanos y situaciones ante los órganos de la Administración de Justicia para la solución de conflictos que en muchas ocasiones pudieran quedar reservados para el mero derecho sancionador administrativo. Piénsese que el precepto criminaliza sencillamente la mala llevanza de unas relaciones de vecindad en las que, teóricamente, un acto esporádico de exceso dentro del propio domicilio aisladamente acaecido puede tener consecuencias punitivas.

Será sin duda la evolución del derecho sancionador y la aplicación práctica de la norma lo que mejor hable sobre la conveniencia o no de mantener esta conducta en su integridad como sanción penal.

Tanto la acción como el resultado no presentan especiales problemas de comprensión: el ruido o la algarazara perturbadores de lo que otros están haciendo en la forma propia para las circunstancias y el lugar, de manera que se viene a castigar el exceso irrespetuoso que supone un inadecuado uso de la autodeterminación sin asumir que la convivencia supone esencialmente una autolimitación para que el propio comportamiento no llegue a abolir la libertad de los demás de estar o participar de forma adecuada en los distintos ámbitos donde el ciudadano permanece; tal es la amplitud con que el precepto enumera las distintas situaciones, contemplando a la persona aislada en sus

ocupaciones de cualquier tipo o dedicada al reposo y a la persona reunida en grupo, donde es especialmente más importante la adecuación de los comportamientos individuales para evitar los desajustes a que la masa siempre es proclive.

Pero el precepto tampoco puede servir para definir e imponer una sociedad mortecina, es decir, el derecho penal no puede describir una sociedad que no es, ya que es precisamente esa sociedad con su idiosincrasia, la que lo crea para su propio interés; el juzgador no puede contemplar las situaciones problemáticas desde una óptica ajena a la realidad, como si el Código impusiera la ley del silencio conventual para toda la sociedad: la privacidad y la vecindad están en la mente de cualquier ciudadano ordinario y sus limitaciones e incluso renunciaciones también, el pronunciamiento del sujeto aislado o en grupo en ocasiones de reunión -según el tipo de reunión (no es lo mismo un concierto de ópera que un partido de fútbol)- también responde a unas pautas por todos supuestas; el juzgador no puede ser ajeno a la realidad en la que opera y tal debe ser la óptica que guíe su actuación interpretativa.

Comentario al número cuarto:

Ya en los párrafos iniciales de presentación de este artículo nos referíamos en concreto a la razón de ser de este precepto y su particular encaje en el conjunto de conductas a las que acompaña.

1255

Por su especial naturaleza, el Estado se reserva la potestad de autorizar y regular la práctica de juegos de azar y los ámbitos que suponen la explotación de los mismos o su mera práctica en lugares públicos, fuera de los supuestos en que la persona accede al juego en su estricta privacidad. Son fundamentalmente motivos fiscales o de orden público los que ello fundamentan. La norma penal precisa por tanto de una necesaria referencia a otra normativa externa para integrarse, mas en esta cuestión hay que tener especial cuidado para considerar que el Código Penal no se configura como una norma sancionadora dentro de la disciplina que rige la realización de juegos de este tipo, de manera que el intérprete penal únicamente tomará dicha legislación como referencia para determinar si existe o no una permisión normativa sobre el juego, sin que meros incumplimientos formales o secundarios respecto a juegos de azar autorizados normativamente puedan traer consigo la sanción penal, sino que ello se subordinará a la específica regulación sancionadora que la norma especial pueda tener.

Nos remitimos a los comentarios de otros preceptos sobre el alcance del lugar referido en el supuesto en estudio para la realización de los hechos, en especial, por su identidad, el número tercero del art. 392.

El Código equipara la sanción del promotor y del mero partícipe, lo que no debe ser óbice para que el juzgador en su caso individualice adecuadamente la pena a imponer dentro de los restringidos límites que la falta prevé, toda vez que no parece en principio similar la peligrosidad ni la gravedad de la contravención de uno y otro, sobre todo teniendo en cuenta que en muchos casos la actuación del promotor puede ir guiada por fines de lucro, mientras que el mero partícipe actuará por meros motivos lúdicos.

Comentario al número quinto:

1256

Puede resultar paradójico el tratamiento que el Código dispensa a la actuación de sujetos bajo estados de ebriedad o drogadicción, circunstancias que pueden fundar la aplicación de la eximente cuarta del artículo 27 o la atenuante primera del artículo 29 cuando la persona afectada lleva a cabo un comportamiento previsto penalmente. Sin embargo, el precepto en estudio parte de la premisa de la afectación por cualquiera de estas situaciones para fundar el castigo de quien lleva a cabo una acción consistente en la causación de escándalo o la puesta en peligro de la seguridad de otros.

Una adecuada interpretación de la situación exige tener en cuenta que las circunstancias excluyentes y modificativas de la responsabilidad penal tienen su aplicación respecto a todo el Código Penal, sin que pueda llegarse al absurdo de castigar a una persona en base a algo que precisamente podría llegar a hacerle absolutamente inimputable. La solución radica en recordar adecuadamente que la exención de responsabilidad se predica para una persona que haya llegado a un estado de enajenación mental, lo cual no lo comporta cualquier ingesta de drogas o de alcohol, sino que ello viene a identificarse con ciertos estados finales de deterioro a los que se ha llegado a través de un consumo excesivo y prolongado de las sustancias descritas. Con parecido razonamiento cabe hacer referencia a la causa de atenuación, en la que se produce un deterioro no pleno del conocimiento o del autocontrol sobre la situación que no lleva necesariamente al sujeto a escandalizar o a poner en peligro la seguridad de los demás.

El sujeto ebrio o drogado nunca tiene en cualquier caso un pleno control de sí mismo, puede haber llegado a dicha situación predeterminadamente, a fin de colocarse en posición que sabe propiciará la distorsión de lo que le rodea, caso en que responderá

plenamente de sus actos, o puede ser ello ajeno a cualquier planificación, sin que necesariamente cualquier estado de ebriedad o drogadicción comporte las alteraciones anunciadas o el sujeto las provoque siempre que en tal estado se sitúe.

Las conductas descritas en el precepto cometidas por quien está en situación de enajenación mental por su ebriedad o drogadicción seguirán siendo no punibles por la concurrencia de una causa excluyente de la responsabilidad penal; sin embargo, cuando exista meramente una situación de minoración en los términos previstos por la atenuante, se está asumiendo que el sujeto conserva cierta capacidad de culpabilidad, debiendo entenderse que la medida de la misma -cuando se trata de los resultados especificados en el precepto- viene dada por la propia consideración de la conducta como falta, con el reproche que ello lleva aparejado.

La conducta tiene una doble consecuencia, ya que tanto se concreta en un resultado, entendido como una situación de escándalo (grave alteración de una situación de normalidad preestablecida, que el sujeto destruye con su comportamiento) y en un estado de puesta en peligro de bienes jurídicos sin menoscabo de los mismos, ya que de producirse el efectivo daño de los bienes referidos nos encontraremos ante conductas imprudentes, con trascendencia punitiva cuando ello esté expresamente previsto por la norma penal.

398

PELIGRO DE LA SEGURIDAD DE LAS PERSONAS

Será sancionado con diez a cuarenta días multa:

- 1) El que incumpliendo la obligación de hacerlo, dejare de colocar las señales que indiquen peligro para las personas, en lugares de tránsito público o quitare, deteriorare o destruyere las señales o aparatos destinados al servicio de tránsito;**
- 2) El que en lugar público lanzare objetos o derramare sustancias que pudieren ensuciar, molestar o lesionar a las personas; y,**
- 3) El que azuzare o soltare algún animal con evidente descuido, aún cuando éste no produjere lesiones o daños a otra persona.**

1258

Comentario al número primero:

El precepto desarrolla dos conductas, una omisiva y otra activa, que se traducen, bien en la generación de supuestos potenciales de inseguridad para otros por la falta de información acerca de situaciones susceptibles de crearla, situaciones ligadas de tal forma al sujeto activo que éste se encuentra obligado a realizar dicha información, bien por dejar sin funcionalidad los sistemas de seguridad que en lugares de tránsito público señalizan supuestos de riesgo.

El *supuesto omisivo* parte pues del presupuesto de que *la acción del sujeto o la función que éste ejerce* generan para el mismo una *obligación de actuar* de una determinada manera para velar por la seguridad de las personas cuando la misma se encuentra eventualmente afectada en lugares de tránsito público. Supuesto paradigmático sería el de la realización de unas obras que afecten a una vía pública, dejando temporalmente en la misma obstáculos o agujeros que puedan generar riesgos personales o materiales para los transeúntes; aquellos encargados o titulares de la obra estarán obligados a que la misma esté constantemente señalizada en situación de apercibir a los usuarios de la vía sobre los riesgos inherentes a la situación, sin perjuicio de la disposición de otros medios materiales para evitarlos. El problema en estos casos va a surgir

fundamentalmente para determinar quién sea el obligado, por lo que, sin perjuicio de imputaciones civiles directas o subsidiarias, según las reglas establecidas en el Código, de entre los posibles sujetos operantes, habrá que conocer quién tiene entre sus obligaciones encomendada la específica función que afecta a la actividad incumplida o quién ejerce el poder de dirección y decisión, con conocimiento de la situación.

Respecto a la *persona que expresamente coloca obstáculos en el lugar de tránsito público*, su conducta estaría incardinada en el número siguiente de este mismo precepto, sin que quepa pensar que al mismo pueda imputarse la obligación de retirar los obstáculos que previamente él ha colocado.

La *conducta activa* a que se refiere el precepto parte de un presupuesto distinto; cuando se trata de lugares de tránsito público (no solamente para la circulación vial) en los que existen riesgos potenciales, lo lógico es que una de las medidas precautorias ya establecidas al respecto sea la de informar adecuadamente sobre su existencia (esa es precisamente la razón de ser de una parte de las señales de tráfico), de manera que, establecida así teóricamente la seguridad, es obligación que en este caso ya *atañe a todos* el respetar la situación creada, por lo que cualquier acción destinada a menoscabar las posibilidades de que las oportunas señalizaciones sigan brindando la función al efecto será el objeto de la persecución penal.

1259

Comentario al número segundo:

La amplitud de posibilidades con que el precepto contempla la conducta del sujeto activo de la falta nos sitúa de nuevo ante un *tipo penal excesivamente abierto* que genera un cierto riesgo de llevar demasiado lejos los límites del derecho penal, por lo que de nuevo invocamos la necesaria *interpretación restrictiva* que examine primero si los mínimos éticos cuya defensa está encomendada a esta rama del derecho se encuentran o no afectados.

En efecto, no es lo mismo la generación de una situación de riesgo para bienes jurídicos como la vida o la integridad física que la mera molestia a los usuarios de los lugares públicos o el hecho de ensuciar los mismos, pues si, en el primer caso, la mera posibilidad de que bienes de tal naturaleza se vean afectados ya parece suficientemente acreedora de reproche penal, respecto a lo segundo surgen notorias dudas, primero porque la molestia o la limpieza son conceptos más difícilmente mensurables, siendo obvio que sólo *situaciones de una cierta trascendencia* deben entenderse comprendidas en un

precepto de esta naturaleza y, segundo, porque serían difícilmente encajables determinadas conductas en un bien jurídicamente protegible por el derecho penal, por lo que la interpretación restrictiva que propugnamos parte de que la rúbrica general del artículo invoca a la seguridad de las personas como pretensión a la que parecen querer responder las conductas que se enumeran. Dentro de las reglas de convivencia ciudadana y las posibilidades de conflicto no parece que deban ser el derecho penal y los órganos de la Administración de Justicia encargados de su aplicación los que tutelen conflictos de convivencia limitados; pensemos, a título de gráfico ejemplo, lo absurdo que resultaría pretender la sanción penal para el mero hecho de arrojar la colilla de un cigarrillo en la vía pública o el que el vecino de una escalera arroje a la misma desde su puerta un pequeño desperdicio que sin lugar a dudas molestará el sentido de urbanidad de otro vecino, pero que difícilmente comprometerá la *seguridad* de su tránsito por el lugar. La aplicación práctica deberá integrar adecuadamente las conductas a debate en los límites adecuados según los criterios que se propugnan y desde la óptica de la naturaleza del derecho que se está aplicando para así evitar que la alternatividad de resultados de la acción (ensuciar, molestar o lesionar) amplíe sin medida el marco de aplicación del precepto.

1260

Comentario al número tercero:

La tenencia o el ejercicio de actividades de cuidado o explotación de animales, por la propia naturaleza de estos, comporta la obligación de velar porque ello no genere riesgos para terceros y mucho más resulta recriminable la desviada instrumentación de dichos animales a través de acciones que muy gráficamente el Código describe al hablar de “azuzar” a los mismos.

Estamos ante una *conducta de peligro*, que quedaría embebida por el eventual resultado lesivo o dañoso que llegara a producirse a resultas de la acción del sujeto, quien en tal caso respondería según que en su comportamiento pudiera apreciarse algún tipo de dolo o imprudencia -si ésta es concretamente punible-.

En cualquier caso, límite para la aplicación del precepto supone la *generación de una situación de riesgo*, de compromiso para la seguridad, lo que deberá valorarse teniendo en cuenta tanto la *naturaleza del propio animal como las circunstancias de las personas o lugar que definan la situación*. Sin tal compromiso para la seguridad, debe predicarse la atipicidad de la conducta.

CAPÍTULO VI

FALTAS RELATIVAS AL RESPETO DE LOS DIFUNTOS

Como comentario válido para todo el capítulo, hay que tener en cuenta que la prolija regulación de sanciones que tienen como bien jurídico violado el respeto que la sociedad tiene por los difuntos, el cuerpo humano en tal estado, los lugares de enterramiento y los signos externos que rodean dichos lugares lleva a utilizar un criterio de especialidad en la aplicación de los distintos preceptos.

Como en ocasiones se trata de acciones con un importante componente valorativo (violar, profanar, menospreciar), el intérprete está obligado a acudir a conceptos sociales vigentes en cada momento para determinar el alcance y significado de la conducta, así como la expresa intencionalidad que pueda guiar la acción del sujeto activo, que debe responder a un genérico irrespeto por el bien jurídico señalado.

1261

399

VIOLACIÓN DE SEPULCROS

El que violare sepulcro o sepultura será sancionado con veinte a cuarenta jornadas semanales de trabajo de utilidad pública.

Sepulcro y sepultura son en realidad conceptos equiparables (mirar diccionario). Con ello el Código quiere hacer referencia al lugar donde yacen los restos de un difunto, sin que como tal se entienda cualquier monumento funerario meramente conmemorativo y no destinado expresamente a tales fines, sin perjuicio de la trascendencia distinta que tal conducta pudiera tener. Dicho lugar, según los conceptos sociales imperantes y vigentes, está destinado a estar cerrado guardando de tal guisa los mencionados restos, por lo que la apertura del mismo sin la correspondiente autorización de quien pueda darla integra la conducta en estudio.

Sumar otros comportamientos a esa mera apertura del sepulcro integra eventualmente acciones con trascendencia penal independiente. Tal es el caso de los daños que se puedan causar, salvo los inherentes a la mera apertura o las manipulaciones concretas sobre objetos o cadáveres, lo que integraría, en su caso, conductas afectantes al patrimonio o se integraría en otras normas especiales comprendidas en este capítulo.

No deben entenderse integradas en este caso las conductas que afecten a lugares de esta índole con un mero interés arqueológico, sin perjuicio de que ello constituya conducta de otra naturaleza.

400

PROFANACIÓN DE SEPULCROS

1262

El que profanare sepulcro o sepultura u objetos de cualquier clase destinadas al culto de los difuntos, será sancionado con veinte a cuarenta jornadas semanales de trabajo de utilidad pública.

Hay un respeto reverencial hacia los lugares de enterramiento que obliga a adoptar en ellos determinadas actitudes o al menos a abstenerse de llevar a cabo actos de mofa o escarnio de los mismos. La profanación va más allá de la mera apertura del sepulcro e incluso puede no comportar dicha acción. Es la segunda vertiente antes anunciada -la mofa o el escarnio, el público ultraje- la dimensión que ha de darse al término “profanación”, que tiene como ámbito de protección tanto los lugares propios de enterramiento como los efectos que el uso ha ido asociando a ellos como objetos de culto a los difuntos (p.ej. depósitos de flores anejos).

La profanación tiene en sí misma una puesta en escena muy gráfica que suele evitar problemas interpretativos, toda vez que su desmesura y absoluta falta de relación con lo que es ordinario hacer con tales objetos o en relación a los mismos suele hacer que no existan prácticamente actos equívocos y que la auténtica intención del autor se revele a través de sus actos.

Similares problemas concursales a los que referimos en el artículo anterior pueden plantearse en este caso, por lo que nos remitimos al comentario que se hiciera. Aun

cuando la identidad punitiva no plantea problemas prácticos especiales, la relación que guarda este precepto con el anterior es de especialidad, de tal manera que si para llevar a cabo un acto de profanación se hubiera previamente realizado la apertura del sepulcro será éste precepto el que se aplique y no el anterior.

401

MENOSPRECIO DE CADÁVERES

El que cometiere actos de menosprecio en un cadáver o en sus restos, será sancionado con veinte a cuarenta jornadas semanales de trabajo de utilidad pública.

Gran parte de las premisas antes expuestas sirven para entender adecuadamente la aplicación de este precepto, en el que, al contrario que los anteriores, el objeto de protección es ya el cuerpo humano difunto, cualquiera que sea el estado en que éste se encuentre, objeto al que asiste el mismo respeto reverencial al que antes hicimos referencia y, en cierta medida, un ámbito de protección paralelo al que tiene el cuerpo vivo, de manera que tiene que ser respetado en su integridad y estado, sin ser sometido a ningún tipo de manipulación inidónea o inautorizada.

1263

Si el artículo 403 regula en concreto la sustracción del cuerpo, éste se ocupa de salvaguardar el respeto del que es acreedor, castigando actos de menosprecio, los cuales deben entenderse como aquellos que no sólo no respondan a los sentimientos y actitudes socialmente asumidos hacia tales objetos, sino que comporten, por añadidura, un contenido de desprecio, mofa, escarnio o conceptos similares, por lo que debe encontrarse en la conducta del sujeto un especial plus que la cualifique.

402

PERTURBACIÓN DE UN FUNERAL O SERVICIO FÚNEBRE

El que impidiere o perturbare un funeral o un servicio fúnebre, será sancionado con diez a veinte días multa.

Otros preceptos en el Código se ocupan de perturbaciones del orden o la tranquilidad públicos y en especial podemos hacer mención del art. 397.3). El artículo que ahora estudiamos supone sin duda una norma especial que cualifica la sanción por la especial significación social concedida a un lugar en que la actividad que se está llevando a cabo y la condición y circunstancia de las personas asistentes exigen un respeto y una tranquilidad que exacerba la obligación de abstención que incumbe a los demás ciudadanos.

1264

Se enumeran dos conductas radicalmente diferenciadas, pues la primera -el impedimento- supone un auténtico ataque a la libertad de las personas, por lo que habrá que estar bien atento a la posibilidad de que existan causas de justificación en el comportamiento del sujeto actuante. La segunda conducta -la perturbación- no responde a una intención de impedir que el acto se lleve a cabo, sino que se inmiscuye en el mismo asumiendo su continuación, si bien imponiendo en su dinámica actos desagradables para los asistentes y, desde luego, no deseados por ellos. Aunque desde un plano teórico pueda tener trascendencia el deslindar situaciones fronterizas en las que sea complicado discernir si la actuación va dirigida a impedir el acto o meramente a alterar su normal desarrollo, la equiparación punitiva de la conducta hace estéril mayor comentario al respecto. En cualquier caso, el sujeto actuante debe ser consciente de la situación que se desarrolla y del alcance de su comportamiento para que se aplique este precepto especial; piénsese, en contrario, en una conducta amparada en el art. 397.5) de este Código en la que el estado de la persona no le permita discernir sobre la naturaleza real del acto que está perturbando; en tal caso se aplicará el tipo general y no éste.

El momento mencionado por el precepto se refiere a aquellos actos sociales (con contenido religioso o no) en los que se despidе y entierra al difunto, sin que obviamente alcance a aquellas celebraciones conmemorativas o de recuerdo u honra pública que

se lleven a cabo con motivo de la muerte de una persona, actos en los que actuación similar a la presente puede estar penalmente incardinada en otras conductas.

403

SUSTRACCIÓN O APODERAMIENTO DE CADÁVERES

El que sustrajere o se apoderare del cadáver de alguna persona o de sus restos, será sancionado con diez a cincuenta días multa y con diez a veinte jornadas semanales de trabajo de utilidad pública.

La indudable exacerbación punitiva que se observa en este precepto respecto a los demás del capítulo responde a la propia exacerbación de la conducta descrita, que lleva a cabo un acto supremo dentro del ámbito de las conductas que estamos tratando, cual es el hacer desaparecer el cadáver o restos de la persona, con lo que se produce la máxima ofensa a su memoria y la mayor afectación de los sentimientos de las personas relacionadas con el difunto.

1265

En este caso sin embargo se da una especialidad respecto a los anteriores, en los que la intencionalidad del sujeto actuante era prácticamente unívoca, dirigida a la perturbación de sentimientos sociales asumidos sobre una determinada materia. En este caso el Código contempla implícitamente la aparición de otros intereses guiando la actuación de la persona -eventualmente crematísticos-, toda vez que debe tenerse en cuenta que el cuerpo humano muerto puede ser objeto de aprovechamiento o comercio de variada índole, destacando en ello la posibilidad de negociar con sus órganos para la realización de trasplantes o con el cuerpo en su integridad o tales órganos con pretensión docente o científica, por lo que habrá que estar especialmente atento a la normativa reguladora de tales materias para apreciar adecuadamente las circunstancias en que el cuerpo humano, bien por disposición previa del propio difunto, bien por disposición de los allegados al mismo, puede ser utilizado a tales fines, así como, en su caso la actuación que, en relación con dicha normativa, hayan llevado a cabo las personas implicadas.

TÍTULO FINAL

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

404

PROCESOS PENDIENTES

En los procesos pendientes a la fecha en que entre en vigencia este Código, por delitos cometidos con anterioridad al mismo, se observarán las reglas siguientes:

- 1266 1) Los jueces que estuvieren conociendo de causas instruidas por hechos que en la legislación penal anterior hubieren sido calificados de delito o falta y no tengan ninguna pena señalada en este Código, sobreseerán en el procedimiento, ordenarán que los indiciados detenidos sean puestos inmediatamente en libertad sin necesidad de fianza o levantarán las órdenes de captura, también sin fianza, si se tratare de imputado o condenado ausente;
- 2) Las Cámaras de Segunda Instancia que por cualquier motivo estuvieren conociendo de los hechos a que se refiere el numeral anterior, también dictarán auto de sobreseimiento y ordenarán la inmediata libertad del procesado preso o el levantamiento de las órdenes de captura en su caso; y,
- 3) La Sala de Casación Penal que estuviere conociendo del recurso de casación interpuesto en uno de los procesos a que se refiere este artículo, sobreseerá inmediatamente en el procedimiento y ordenará la libertad del procesado o levantará las ordenes de captura en su caso.

Las disposiciones a que se refiere este artículo serán dictadas aún de oficio.

El precepto se refiere exclusivamente a los *supuestos en que se descriminalizan ciertas conductas hasta entonces delictivas*.

Se pretende hacer desaparecer inmediatamente -al momento de entrada en vigor del Código- cualquier efecto que la pendencia del procedimiento judicial penal pueda suponer para la persona implicada en el mismo.

Como quiera que puede haber personas con *expectativas civiles* a dilucidar en este procedimiento, debe ponerse en conocimiento de éstas la decisión adoptada por la trascendencia e interés que ello tiene para el ejercicio de tales expectativas, ya que dichas personas pueden no estar de acuerdo con la resolución que esto acuerde y pretender mantener la sujeción del sujeto al procedimiento penal o pueden estar interesados en acudir al procedimiento civil correspondiente para dilucidar las consecuencias que en ese ámbito pueda tener el comportamiento del sujeto, que hasta entonces era objeto del procedimiento penal.

Sin duda, este hecho tendrá eficacia sobre la eventual prescripción de la acción civil, que hasta entonces se encontraba interrumpida por la pendencia del procedimiento penal.

Es de observar que, obviamente, la apreciación de que la conducta ha quedado descriminalizada puede ser controvertida, por lo que, fundamentalmente en el caso de que sea la Sala de Casación la que lo aprecie, la decisión escapa al sistema de garantías que supone la doble instancia, lo que se contrarresta por la especial cualificación que tiene el que la decisión proceda de un órgano jurisdiccional de esta naturaleza.

1267

El último inciso del precepto es casi ocioso, ya que, teniendo en cuenta que se estaría afectando en ocasiones la libertad de la persona, es obligado cometido de cualquier órgano jurisdiccional que se enfrente a supuestos de esta índole extremar el celo para decidir lo oportuno y con auténtica prioridad en los procedimientos en que esté comprometida la libertad de la persona, a fin de que las consecuencias liberatorias de la entrada en vigor del Código tengan inmediata eficacia sobre los afectados, sin descartarse la responsabilidad del órgano por el obrar contrario.

405

SENTENCIAS EJECUTORIADAS

En los procesos en que ya hubiere recaído sentencia definitiva condenatoria ejecutoriada, se observarán las reglas siguientes:

1) Si la condena hubiere sido por un hecho considerado como delito por la legislación anterior y que este Código no sanciona como tal, se ordenará la inmediata libertad del detenido, quien gozará del derecho de rehabilitación; y,

2) Si la condena fuere privativa de la libertad por un tiempo superior al máximo que este Código señala para el mismo delito, se ordenará la sustitución de la pena impuesta por la que este Código establece como máximo o se procederá de acuerdo a las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad.

1268 En todos los casos el juez procederá aún de oficio y la resolución será susceptible de apelación.

Por exclusión, esta sistemática no se aplica a los hechos definitivamente enjuiciados y cuyos aspectos penales estén completamente ejecutados o lo vayan a estar antes de la entrada en vigor del Código.

El precepto establece un sencillo sistema de revisión de sentencias definitivas en el que sólo se distinguen dos supuestos: que la conducta haya quedado despenalizada o que la misma se mantenga como delito y en la legislación anterior estuviera castigada con pena privativa de libertad.

Debe entenderse que las sentencias definitivas condenatorias ejecutoriadas en las que haya recaído pena no privativa de libertad (de cualquier otra naturaleza) no son susceptibles de revisión, lo cual puede significar que haya supuestos que escapen a la aplicación de legislación más favorable, toda vez que, aun con penas distintas a la privación de libertad en ambas legislaciones, la nueva y la derogada, pudiera ser más favorable para el sujeto acceder a la pena de la nueva legislación.

Ello supone una excepción al principio que con carácter general establece el art. 14, lo cual debe tenerse como admisible, visto que el invocado precepto ya está fuera de las «garantías penales mínimas» que son desarrolladas en los arts. 1 a 6 de este Código, además de que la Constitución en su art. 21 no recoge de modo imperativo el que las leyes penales deban tener efecto retroactivo.

En la aplicación de la *regla primera* hay que tener especial cuidado con el hecho de que la desaparición de una determinada figura delictiva no necesariamente comportará que los hechos dejen de tener trascendencia penal, sino que podrían quedar configurados plenamente en otra figura delictiva subsistente en el Nuevo Código. La letra de la ley dice muy claramente que lo que hay que considerar es que el hecho esté o no considerado como delito, no que una determinada figura delictiva haya desaparecido o se mantenga.

Como no podía ser de otra manera, el hecho de que una conducta haya dejado de tener aparejado desvalor social como delito tiene consecuencias, no sólo respecto a la interrupción de la ejecución de la condena, sino que a ello ha de sumarse la rehabilitación, con los efectos recogidos en el art. 110 del Código.

1269

Los eventuales pronunciamientos relativos a la responsabilidad civil deberán ser ejecutados en todo caso, sin que queden afectados por la despenalización.

La *regla segunda* recoge el caso de condenas privativas de libertad. La sistemática es la siguiente:

1º. Si la pena impuesta conforme a la legislación anterior es privativa de libertad y no resulta susceptible de sustitución conforme a lo establecido en el capítulo IV del Título II del Libro I de este Código (arts. 74 a 84):

- Si la pena efectivamente impuesta no es superior al máximo de lo que la aplicación del nuevo Código depararía para los mismos hechos, se mantendrá la pena impuesta.
- Si la pena efectivamente impuesta es superior al máximo de lo que la aplicación del nuevo Código depararía para los mismos hechos, se aplicará el límite máximo de la pena que correspondería a tales hechos según la calificación que les corresponda conforme al nuevo Código.

2º. Si la pena impuesta conforme a la legislación anterior es privativa de libertad y resulta susceptible de sustitución conforme a los preceptos antes invocados:

- Debe procederse a su sustitución siempre que se trate de un supuesto en el que la nueva legislación así lo ordena imperativamente y la pena resultante sea de menor entidad que la pena de la que se parte.
- Si se trata de un supuesto en el que la nueva legislación deja a la potestad del juez el sustituir o no la pena, éste deberá valorar la cuestión conforme a los criterios establecidos para ello en el nuevo Código. Si opta por la no sustitución de la pena, vendrán a colación los criterios referidos en el anterior apartado primero de este comentario.

Las disposiciones más favorables no rigen en el tiempo que va desde la publicación del Código hasta su entrada en vigor, por ser tal solución la más respetuosa con el principio de seguridad jurídica.

1270

La *labor de comparación* ha de regirse por el *principio* de que para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado comparando el resultado de la *aplicación completa de las normas de uno u otro Código*. La elección entre la ley nueva y la antigua ha de hacerse de manera global, en bloque, en su totalidad, teniendo en cuenta los preceptos íntegros de una u otra legislación.

El *concurso ideal* plantea una particular problemática para la cual debe atenderse a las siguientes propuestas:

Se tendrá en cuenta la pena impuesta en la sentencia dictada conforme al antiguo Código por aplicación del supuesto de concurso ideal, procediendo a valorar en comparación el máximo que podría corresponder al supuesto de concurso ideal establecido con arreglo al nuevo Código, optando por el resultado más favorable, sin que pueda formarse un concurso ideal calificando unos delitos conforme a la legislación derogada y otros con arreglo a la nueva normativa penal.

Si alguna de las conductas que formaban el concurso ideal en la sentencia dictada con arreglo a la antigua legislación está despenalizada, caben dos posibilidades:

- Si se castigó por separado, se suprimirá la pena de la infracción despenalizada y se revisará por separado la pena de la otra infracción que concurre en el concurso según la normativa general del precepto.
- Si se impuso pena conjunta, ante la carencia de marco de referencia, ya que en el nuevo Código no puede construirse un concurso para comparar el resultado, los términos de la comparación serán la pena impuesta por la antigua legislación y la pena máxima que correspondería a la figura punible con arreglo a la nueva legislación.

406

RÉGIMEN ESPECIAL DE MENORES

En los procesos pendientes o en los que ya hubiere recaído sentencia definitiva condenatoria ejecutoriada, si el indiciado al momento de delinquir hubiese sido mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, los jueces o tribunales que estuvieren conociendo de tales procesos al entrar en vigencia este Código, remitirán los reos procesados o condenados a la orden del tribunal correspondiente, juntamente con los procesos respectivos.

1271

El artículo 2 de la Ley del Menor Infractor (Decreto n° 863, de 27 de abril de 1994) sujeta a esa Ley a las personas mayores de doce años de edad y menores de dieciocho. En consonancia con ello, el artículo 17 del Código sujeta a un régimen penal especial a quienes no tuvieran más de dieciocho años.

407

LEY MÁS FAVORABLE

Todas las personas que estuvieren procesadas por delitos o faltas a la fecha en que entre en vigencia este Código, gozarán del beneficio de que se les apliquen las disposiciones más favorables contenidas en este ordenamiento o en el derogado.

Universaliza a todos los individuos el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, como no podía ser de otra manera, visto el tenor del art. 21 de la Constitución y el art. 14 de este Código.

408

1272 DISPOSICIÓN FINAL

DEROGATORIA

Derogase el Código Penal vigente, aprobado por Decreto Legislativo No. 270, de fecha 13 de febrero de 1973, publicado en el Diario Oficial No. 63, Tomo 238, de fecha 30 de marzo del mismo año y todas sus reformas, así como las leyes y demás preceptos legales contenidos en otros ordenamientos que en alguna forma contradigan o se opongan a lo dispuesto en el presente Código.

409

VIGENCIA

El presente Código entrará en vigencia el día veinte de abril de mil novecientos noventa y ocho. (2)

En cuanto a los comentarios de la derogatoria y vigencia, nos remitimos al realizado en los artículos 13 y 14.

DADO EN EL SALÓN AZUL DEL PALACIO LEGISLATIVO: San Salvador, a los veintiséis días del mes de abril de mil novecientos noventa y siete.

MERCEDES GLORIA SALGUERO GROSS,
PRESIDENTA.

ANA GUADALUPE MARTINEZ MENENDEZ,
VICEPRESIDENTA.

ALFONSO ARISTIDES ALVARENGA,
VICEPRESIDENTE.

JOSE RAFAEL MACHUCA ZELAYA,
VICEPRESIDENTE.

JULIO ANTONIO GAMERO QUINTANILLA,
VICEPRESIDENTE.

JOSE EDUARDO SANCHO CASTAÑEDA,
SECRETARIO.

GUSTAVO ROGELIO SALINAS OLMEDO,
SECRETARIO.

1273

CARMEN ELENA CALDERON DE ESCALON,
SECRETARIA

WALTER RENE ARAUJO MORALES,
SECRETARIO.

RENE MARIO FIGUEROA FIGUEROA,
SECRETARIO.

CASA PRESIDENCIAL: San Salvador, a los treinta días del mes de abril de mil novecientos noventa y siete.

PUBLÍQUESE,

ARMANDO CALDERON SOL,
Presidente de la República.

RUBEN ANTONIO MEJIA PEÑA,
Ministro de Justicia.

REFORMAS.

(1) D.L. N° 193, del 17 de diciembre de 1997, publicado en el D.O. N° 240, Tomo 337, del 23 de diciembre de 1997.

(2) D.L. N° 205, del 8 de enero de 1998, publicado en el D.O. N° 5, Tomo 338, del 9 de enero de 1998.

(3) D.L. N° 235, del 2 de marzo de 1998, publicado en el D.O. N° 131, Tomo 340, del 15 de julio de 1998.

(4) D.L. N° 345, del 2 de julio de 1998, publicado en el D.O. N° 143, Tomo 340, del 30 de julio de 1998.

1274

(5) D.L. N° 378, del 13 de agosto de 1998, publicado en el D.O. N° 156, Tomo 340, del 25 de agosto de 1998.

(6) D.L. N° 425, del 24 de septiembre de 1998, publicado en el D.O. N° 198, Tomo 341, del 23 de octubre de 1998.

(7) D.L. N° 441, del 8 de octubre de 1998, publicado en el D.O. N° 206, Tomo 341, del 5 de noviembre de 1998.

(8) D.L. N° 471, del 5 de noviembre de 1998, publicado en el D.O. N° 208, Tomo 341, del 9 de noviembre de 1998.*NOTA.

*INICIO DE NOTA: EL ARTÍCULO ANTERIOR SE REFORMA TRANSITORIAMENTE SEGÚN ARTÍCULO 2 DEL D.L. N° 471, DEL 5 DE NOVIEMBRE DE 1998, PUBLICADO EN EL D.O. N° 208, TOMO 341, DEL 9 DE NOVIEMBRE DE 1998; DICHO ARTÍCULO SE TRANSCRIBE TEXTUALMENTE A CONTINUACIÓN:

Art. 2.- Refórmanse, transitoriamente, por un plazo de 90 días, contados a partir de la vigencia de este Decreto, el Código Penal en los artículos relativos a los delitos siguientes: acaparamiento, Art. 233, venta a precio superior, Art. 234, uso de pesas o medidas alteradas, Art. 235, propalación falsa, Art. 237 y venta ilícitas, Art. 240.

FIN DE NOTA.

(9) D.L. N° 642, del 17 de junio de 1999, publicado en el D.O. N° 128, Tomo 344, del 9 de julio de 1999.

(10) D.L. N° 650, del 1 de julio de 1999, publicado en el D.O. N° 129, Tomo 344, del 12 de julio de 1999.

(11) D.L. N° 703, del 9 de septiembre de 1999, publicado en el D.O. N° 183, Tomo 345, del 4 de octubre de 1999.

(12) D.L. N° 740, del 22 de octubre de 1999, publicado en el D.O. N° 223, Tomo 345, del 30 de noviembre de 1999.

1275

(13) D.L. N° 280, del 8 de febrero de 2001, publicado en el D.O. N° 32, Tomo 350, del 13 de febrero de 2001.

(14) D.L. N° 297, del 12 de febrero de 2001, publicado en el D.O. N° 40, Tomo 350, del 23 de febrero de 2001.

(15) D.L. N° 486, del 18 de julio de 2001, publicado en el D.O. N° 144, Tomo 352, del 31 de julio de 2001.

(16) D.L. N° 568, del 4 de octubre de 2001, publicado en el D.O. N° 193, Tomo 353, del 12 de octubre de 2001.

(17) D.L. N° 883, del 27 de junio del 2002, publicado en el D.O. N° 134, Tomo 356, del 19 de julio del 2002.

(18) D.L. N° 121, del 4 de septiembre del 2003, publicado en el D.O. N° 198, Tomo 361, del 24 de octubre del 2003.

Bibliografía referida en los comentarios de los artículos 1 al 127 CP.

Achenbach Hans “Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho Penal Alemán. Traducción de Ujala Joshi jubert en “Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal”. J.M. Bosch. Barcelona. España. 1995.

Alcácer Guirao Rafael “Los Fines del Derecho Penal”. Liberalismo y comunitarismo em la justificación de la pena. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 2001.

Alvarenga Vásquez José Salomón “La Responsabilidad Civil Delictual”. Revista Justicia de Paz. N° 5. Año III Volumen I. Enero-Abril-2000. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2000.

Amelung Knut “Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin. Traducción de Francisco Muñoz Conde en “El Sistema Moderno del Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales”. Tecnos. Madrid. España. 1991.

1277

Antolisei Francesco “Manual de Derecho Penal”. Traducción de Jorge Guerrero y Marino Ayerra. Temis. Bogotá. Colombia. 1998.

Arce Viquez Jorge Luis, Chirino Sánchez Alfredo “Los Problemas de la Política Criminal del Peligro”. Consideraciones en torno a la punibilidad de los llamados actos preparatorios como delitos independientes. en “Doctrina Penal”. 1999/A. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1999.

Arroyo Gutiérrez José Manuel “El Sistema Penal ante el dilema de sus alternativas”. Colegio de Abogados de Costa Rica. San José. Costa Rica. 1995.

Bacigalupo Enrique “Manual de Derecho Penal”. Parte General. Reimpresión. Temis. Bogotá. Colombia. 1989.

Binding Karl “Grundrisse des Deutscehen Strafrechts Allgemeiner Teil. Reimpresión de la octava edición, Leipzig. 1913. Scientia Verlag Aalen, 1975. Asi citado por MEZGER Edmund en “Derecho Penal”. Parte General. Libro de estudio. Traducción de la Septima edición alemana por Ricardo C. Nuñez. Cardenas Editor. México D.F. México. 1985.

Bruera Matilde “Autoría y Dominio de la Voluntad a través de los Aparatos Organizados de Poder en “Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje a Claus Roxin. Marcos Lerner Editora. Córdoba. Argentina. 2001.

Bustos Ramírez Juan, Larrauri Elena “La Imputación Objetiva”. Reimpresión. Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1998.

Cadavid Quintero Alfonso “Introducción a la Teoría del Delito”. Especial consideración a los fundamentos del delito imprudente. DIKE. Medellín Colombia. 1998.

Calderón Cerezo Angel, Choclán Montalvo José Antonio “Antijuridicidad y Justificación”. Revista Justicia de Paz. N° 6. Año III. Volumen II. Mayo-Agosto-2000. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2000.

Calderon Cerezo Angel, Choclán Montalvo José Antonio “Principios, Hecho Punible y Responsabilidad Penal. Revista Justicia de Paz. Año I. Volumen I. Septiembre-Diciembre-1998. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 1998.

1278

Campos Calderón J. Federico “El Error de Prohibición en la Doctrina y sus matices en la legislación costarricense”. Revista de Defensa Pública. N° 1. Octubre. San José. Costa Rica. 2001.

Campos Calderon J. Federico, Jaramillo Lezcano Omaira, Sánchez Escobar Carlos E. “Que es la Eutanasia. Consideraciones dogmáticas y jurídicas sobre el tema” en Revista Acta Académica. Tomo II. Numero 29. Noviembre-2001. Universidad Autónoma de Centro America. San José Costa Rica. 2001.

Campos Calderon J. Federico “Los Derechos Indígenas y su situación frente al Derecho Penal. El caso del error culturalmente condicionado” en Ciencias Penales. Año 13. N° 19. Agosto-2001. Asociación de Ciencias Penales. San José Costa Rica. 2001.

Cancio Meliá Manuel “Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en el Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de la víctima y autor en actividades arriesgadas. J. M. Bosch. Barcelona España. 1998.

Cancio Meliá Manuel “Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva”. Ediciones jurídicas Cuyo. Mendoza. Argentina. 2001.

Carrara Francesco “Programa del Curso de Derecho Criminal”. Parte General. Tomo II. Traducción de Octavio Béeche y Alberto Gallegos. Primera Edición Facsimilar. Editorial Jurídico Continental. San José. Costa Rica. 2000.

Cerezo Mir José “Curso de Derecho Penal Español”. Parte General. 3º Edición. Tecnos. Madrid. España. 1990.

Cerezo Mir José “Temas Fundamentales de Derecho Penal”. Tomo I. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. Argentina. 2002.

Cobo Del Rosal Manuel, Vives Anton Tomás S. “Derecho Penal”. Parte General. 4º edición. Conforme al Código Penal de 1995. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1996.

Cousiño Mac Iver Luis “Derecho Penal Chileno”. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1975.

1279

Crespo Eduardo Demetrio “La *Actio Libera in causa*. Una excepción a las exigencias de la culpabilidad por el hecho”. Revista Jusciticia de Paz. Numero 14. Año V. Volumen IV. Diciembre-2002. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2002.

Cury Enrique “La Ley Penal en Blanco”. Temis. Bogotá. Colombia. 1988.

Chirino Sánchez Alfredo “La “Criminalidad Organizada” como un nuevo topos de la Política de Seguridad y Orden. Algunas consideraciones sobre los cambios procesales surgidos al ímpetu de esta política. Revista Justicia de Paz. N° 11. Año V. Volumen I. Enero-Abril-2002. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2002.

Choclán Montalvo José Antonio “Culpabilidad y Pena”. Su medición en el proceso penal salvadoreño. Justicia de Paz. CSJ-AECI. 1º edición. San Salvador. El Salvador. 1999.

Choclán Montalvo José Antonio “El Delito Culposo”. Primera edición. Corte Suprema de Justicia. San Salvador. República de El Salvador. 2001.

Dall’Anese Francisco “La Teoría del Bien Jurídico y su relevancia en la Teoría del Delito” en Cuadernos de Estudio del Ministerio Público. N° 5. Poder Judicial. San José. Costa Rica. 2001.

Dall’Anese Francisco, Fernández Rosario, Gatgens Erick “Omisión Impropia”. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2001.

De La Cuesta Aguado Paz Mercedes “Tipicidad e Imputación Objetiva. Editorial Jurídica Cuyo. Mendoza Argentina. 1998.

Díaz y García Conlledo Miguel “Los Elementos Normativos del Tipo Penal y la Teoría del Error” en AA. VV. “Cuestiones Actuales de la Teoría del Delito”. McGraw-Hill-Interamericana de España. Madrid. España. 1999.

Doval Pais Antonio “Posibilidades y Límites para la Formulación de las Normas Penales. El caso de las leyes en blanco. Tirant lo Blach. Valencia. España. 1999.

1280

Durán Ramírez Juan Antonio “Cotrol de Fuentes de Riesgo o de Peligro en el Delito Culposo”. Revista de Defensa Pública. N° 1. Octubre. San José. Costa Rica. 2001.

Eser Albin, Burkhardt Björn “Derecho Penal”. Cuestiones Fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencia. Traducción de Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá. Editorial Colex. Madrid. España. 1995.

Ferrante Marcelo “Una introducción a la teoría de la imputación objetiva” en Estudios sobre la Teoría de la Imputación Objetiva. Primera edición. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1998.

Feijóo Sánchez Bernardo “Resultado Lesivo e Imprudencia”. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el fin de protección de la norma de cuidado. Bosch. Barcelona. España. 2001.

Fernández García José Arturo “Extinción de la Responsabilidad Penal en el Código Penal de El Salvador”. Revista Justicia de Paz. Año II. Volumen II. Mayo-Agosto-1999. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 1999.

Fernández Gonzalo D. “Culpabilidad y Teoría del Delito”. Volumen I. Julio Cesar Faira Editor. Montevideo Uruguay 1995.

Ferrajoli Luigi “Derecho y Razón”. Teoría del Garantismo Penal. Traducción de Prefecto Andres Ibañez. Editorial Trotta. Madrid. España. 1997.

Ferré Olivé Juan Carlos “Consecuencias Jurídicas del Delito” en Ciencias Penales. Monografías. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. 1º edición. San Salvador. El Salvador. 2001.

Ferri Enrico “Principios de Derecho Criminal”. Traducción de José Antonio Rodríguez Muñoz. Editorial Reus. Madrid. España. 1933.

Feuerbach Paul Johann Anselm Ritter von “Tratado de Derecho Penal”. Común vigente en Alemania. Traducción al castellano de la 14ª edición alemana (Giessen 1847) por Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Segunda edición. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Argentina.

1281

Frisch Wolfgang “La Imputación Objetiva”. Estado de la cuestión en AA.VV. “Sobre el Estado de la Teoría del Delito”. Civitas. Madrid. España. 2000.

Frisch Wolfgang “Tipo Penal e Imputación Objetiva”. Traducción de Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gandara Vallejo, Manuel Jean Vallejo, Yesid Reyes Alvarado. Colex. Madrid. España. 1995.

Frigols I. Brines Eliseu “El principio de Irretroactividad y la Sucesión de Leyes Penales”. Una perspectiva desde el derecho comparado. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2002.

Fuentes De Paz Ana Lucila “Delitos de Omisión” en Revista Justicia de Paz N° 12. Año V. Volumen II. Mayo-Agosto-2002. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2002.

García Arán Mercedes “Fundamentos y Aplicación de penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995. Aranzandi. Pamplona. España. 1997.

Garibaldi Gustavo E. L. Pitlevnik Leonardo G. “Delimitación del Dolo y la Culpa en el Ilícito Penal. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 2002.

Gisbert Calabuig Juan Antonio “Medicina Legal y Toxicología. 5° edición. Masson. Barcelona. España. 1998.

Haffke Bernhard “Reincidencia y Medición de Pena” en “El Sistema Moderno del Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales”. Tecnos. Madrid. España. 1991.

Harzer Regina “La Independencia y su Significación para la Teoría de la Pena”. Traducción de María Teresa Castiñeira Palou y Ricardo Robles Planas en “La Insostenible Situación del Derecho Penal”. Editorial Comares. Granada. España. 1999.

Hassemer Winfried “Fundamentos de Derecho Penal”. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Bosch. Barcelona. España. 1984.

1282

Hassemer Winfried “Límites del Estado de Derecho para el combate contra la Criminalidad Organizada. Traducción de Alfredo Chirino Sánchez. Revista Justicia de Paz. N° 11. Año V. Volumen I. Enero-Abril-2002. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2002.

Hassemer Winfried “Persona, Mundo y Responsabilidad”. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1999.

Herrero Herrero Carlos “Criminología”. Parte General y Parte Especial. Madrid. España. 1997.

Hirsch Hans Joachim “Derecho Penal”. Obras completas. Tomo I. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. Argentina. 1999.

Insolera Gaetano “Nociones de Criminalidad Organizada: Concurso de Personas y Delitos Asociativos. en “Nada Personal”. Ensayos sobre el crimen organizado y sistema de justicia. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 2001.

Instituto Interamericano De Derechos Humanos “Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina”. Informe Final. (1982-1986) Cordinador. Eugenio Raúl Zaffaroni. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1986.

Jakobs Günter “Derecho Penal”. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2 edición corregida. Traducción de Joaquin Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Editorial Marcial Pons. Madrid. España. 1997.

Jakobs Günther “La Imputación Objetiva en el Derecho Penal”. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Civitas. Madrid España. 1996.

Jakobs Günther “La Imputación penal de la acción y de la omisión”. Traducción de Javier Sánchez Vera-Gómez-Trelles. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. 1996.

Jakobs Günther “Teoría y Praxis de la Injerencia”. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Universidad Nacional del Litoral. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. Argentina. 2000.

1283

Jescheck Hans-Heinrich “Tratado de Derecho Penal”. 4º edición. Completamente corregida y ampliada. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares. Granada. España. 1993.

Jiménez de Asúa Luis “Tratado de Derecho Penal”. Tomo IV. 3º edición Editorial Losada. Buenos Aires. Argentina 1976.

Joshi Jubert Ujala “La Doctrina de la Actio Libera in Causa” en derecho penal. Ausencia de acción o inimputabilidad provocada por el sujeto. . J.M. Bosch. Barcelona. España. 1992.

Joshi Jubert Ujala “*Actio Liberae in Causa*” y delitos cometidos bajo la influencia de drogas. Una nueva orientación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo” en “La Ley”. Año. XV. N° 3475. Marzo-94. Madrid. España. 1994.

Joshi Jubert Ujala “Sobre el Concepto de Organización en el Delito de Trafico de Drogas en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español” en “Libro Homenaje a José Rafael Mendoza Troconis. Tomo I. Carlos Simón Bello Rengifo, Elsie Rosales. Comps. Instituto

de Ciencias Penales y Criminológicas. Universidad Central de Venezuela. Caracas. Venezuela. 1998.

Karlg Walter “Protección de Bienes Jurídicos mediante Protección del Derecho”. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena”. Traducción de Ramon Ragués I. Vallés en “La Insostenible Situación del Derecho Penal”. Editorial Comares. Granada. España. 1999.

Kaufmann Armín “Atribución Objetiva en el Delito Doloso” en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XL. Fasculo 3. Septiembre-Diciembre.1985. Madrid. España. 1985.

Kaufmann Armin “Die Dogematik der Unterlassungsdelikte” 1959. Así citado por Enrique Bacigalupo en “Manual de Derecho Penal”. Reimpresión. Temis. Bogotá. Colombia. 1989.

1284

Kayber Marijon “Sobre el potencial incriminador de los principios limitadores del derecho penal”. Competencias penales en la cuestión del aborto. Traducción de Ramon Ragués I. Vallés en “La Insostenible Situación del Derecho Penal”. Editorial Comares. Granada. España. 1999.

Künsemüller Loebenfelder Carlos “Culpabilidad y Pena”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2002.

Liszt Franz von “Tratado de Derecho Penal”. Tomo III. Traducido de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa y Quintiliano Saldaña. Segunda edición. Reus. Madrid. España. 1929.

López Garrido Diego “La Imprescriptibilidad de los Crímenes contra la Humanidad y el Principio de Jurisdicción Universal” en AA.VV. “Crimen Internacional y Jurisdicción Universal”. El caso Pinochet. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 2000.

López Ortega Juan José “Culpabilidad y causas que la excluyen”. Revista Justicia de Paz. N° 6. Año III. Volumen II. Mayo-Agosto-2000. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2000.

Lüderssen Klaus “Elementos de legítima defensa en la pena y elementos de pena en la legítima defensa. ¿Círculo vicioso o fuente de nuevos enfoques en torno a la cuestión del anacronismo de la pena?”. Traducción de Guillermo Benlloch Petit en “La Insostenible Situación del Derecho Penal”. Editorial Comares. Granada. España. 1999.

Luzón Peña Diego-Manuel “Aspectos Esenciales de la Legítima Defensa”. 2º edición, actualizada y ampliada. Editorial B de F. Buenos Aires. Argentina. 2002.

Llobet Rodríguez Javier “Garantías y Sistema Penal”. Releyendo hoy a Cesare Beccaria. ARETE. San José. Costa Rica. 1999.

Marroquín Galo Fernando “El Tratamiento Penal de la Violencia Intrafamiliar”. Apuntes para la interpretación del art. 200 C. PN” en Revistas Justicia de Paz. N° 10. Año IV. Volumen III. Septiembre-Diciembre-2001. CSJ.AECI. San Salvador, El Salvador. 2001.

Maurach Reinhart, ZIPF Heinz “Derecho Penal”. Parte General. 1. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Traducción de la 7º edición Alemana por Jorge Bofill y Genzch y Enrique Aimone Gibson. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina. 1994.

1285

Mazzacuva Nicola “Criminalidad Organizada y Empresa” en “Nada Personal”. Ensayos sobre el crimen organizado y sistema de justicia. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 2001.

Mir Puig Santiago “Introducción a las Bases del Derecho Penal”. Concepto y método. Reimpresión. Editorial Bosch. Barcelona. España. 1982.

Moccia Sergio “De la Tutela de Bienes a la Tutela de Funciones”. Entre ilusiones postmodernas y reflujo liberales. Traducción de Ramon Ragués Vallés en “Política Criminal y Nuevo Derecho Penal”. J.M. Bosch. Barcelona. España. 1997.

Monclús Masó Marta “Las Garantías jurisdiccional en la fase ejecutiva del proceso penal. Una perspectiva histórico-comparada” en “Las Garantías Penales y Procesales. Enfoque histórico-comparado. Edmundo S. Hendler comp. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2001.

Muñoz Campos Mercedes, Durán Ramírez Juan Antonio “Delitos Informaticos”. Tendencias actuales de la política criminal. Aportes para la crítica de la situación actual de los delitos no convencionales en Revista Justicia de Paz. N° 14. Año V. Volumen IV. Diciembre-2002. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2002.

Muñoz Conde Francisco “El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito”. Bosch. Barcelona. España. 1972.

Muñoz Conde Francisco “El error en Derecho Penal”. Tirant lo Blach. Valencia. España. 1989.

Naucke Wolfgang “La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado. Traducción de Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez en “La Insostenible Situación del Derecho Penal”. Editorial Comares. Granada. España. 1999.

1286

Nestler Cornelius “El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes”. Traducción de Guillermo Benlloch Petit en “La Insostenible Situación del Derecho Penal”. Editorial Comares. Granada. España. 1999.

Pierangeli José Henrique “EL Consentimiento del Ofendido”. Una teoría del delito. Traducción de Luis Fernando Niño y Stella Maris Martínez. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1995.

Pitlevnik Leonardo “Acerca de la Reincidencia y otras Marcas Indelebles” en “Nueva Doctrina Penal”. 2000-A. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2000.

Prittwitz Cornelius “El Derecho Penal Alemán. ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Ultima Ratio?. Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal. Traducción de María Teresa Castiñeira Palou en “La Insostenible Situación del Derecho Penal”. Editorial Comares. Granada. España. 1999.

Puppe Ingeborg “Imputación Objetiva en casos de varios partícipes” en Imputación Objetiva y antijuridicidad. Quinceño Álvarez Fernando (editor). Editorial Jurídica Bolivariana. Bogotá. Colombia. 2002.

Quintero Olivares Gonzalo “La Justicia Penal en España”. Aranzandi. Pamplona. España. 1998.

Quintero Olivares Gonzalo “Locos y Culpables”. Aranzandi. 1999. Pamplona. España. 1999.

Ragués I. Vallés Ramon “El Dolo y su Prueba en el Proceso Penal”. J.M. Bosch. Barcelona. España. 1999.

Righi Esteban “La Imputación Subjetiva”. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 2002.

Roxin Claus “Derecho Penal”. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2º edición alemana por Diego Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas. Madrid. España. 1997.

Roxin Claus “Finalidad e Imputación Objetiva” en Cuadernos de Política Criminal N° 40. Madrid. España. 1990.

1287

Roxin Claus “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. Traducción de la sexta edición alemana, por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons. Madrid España. 1998.

Roxin Claus “Injerencia e Imputación Objetiva”. Traducción de Gabriel Pérez Barberá en “Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje a Claus Roxin. Marcos Lerner Editora. Córdoba. Argentina. 2001.

Roxin Claus “La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal”. Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Tirant lo Blach. Valencia. España. 2000.

Roxin Claus “Problemas de Autoría y Participación en la Criminalidad Organizada. Traducción de Enrique Anarte Borralla en Revista Penal. Número 2. Julio-1998. Praxis. Barcelona. España. 1998.

Roxin Claus “Transformaciones de la Teoría de los Fines de la Pena”. Traducción de Gabriel Pérez Barberá en “Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje a Claus Roxin. Marcos Lerner Editora. Córdoba. Argentina. 2001.

Rudolphi Hans-Joachim “El Fin del Derecho Penal del Estado y las Formas de Imputación Jurídico-penal” en “El Sistema Moderno del Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales”. Tecnos. Madrid. España. 1991.

Rusconi Maximiliano “Ilícito Negligente contra la vida y tránsito vehicular” en “Cuestiones Particulares de la Imprudencia en el Derecho Penal”. Julio B. J. Maier. Comp. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1999.

San José Arango Frieda “Tipos de Ejecución Imperfecta”. Revista Justicia de Paz. N° 8. Año IV. Volumen I. Enero-Abril-2001. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2001.

1288

Sánchez Escobar Carlos Ernesto “El Principio de Culpabilidad Penal” en Revista Justicia de Paz. N° 10. Año IV-Volumen III. Septiembre-Diciembre. 2001. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2001.

Sánchez Escobar Carlos Ernesto “Psiquiatría Forense y Sistema Penal”. Algunas cuestiones penales y procesales relevantes. Revista Justicia de Paz. N° 14. Año V. Volumen IV Diciembre 2002. CSJ. AECI. 2002.

Sancinetti Marcelo A. “Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva” en “Estudios sobre la Teoría de la Imputación Objetiva”. Primera edición. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1998.

Sarrulle Oscar Emilio “Dogmática de la Culpabilidad”. Editorial Universidad. Buenos Aires. Argentina. 2001.

Schünemann Berd “La Función de la Delimitación de Injusto y Culpabilidad”. Traducción de Carlos J. Suárez González en “Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal”. J.M. Bosch. Barcelona. España. 1995.

Schünemann Bernd “Consideraciones sobre la Imputación Objetiva. Traducción de Mariana Sacher de Köster en “Teorías Actuales en el Derecho Penal”. Primera Edición. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1998.

Schünemann Bernd “Sobre el Estado Actual de la Dogmática de los Delitos de Omisión en Alemania”. Traducción de Silvina Bacigalupo en “Omisión e Imputación Objetiva en Derecho Penal”. Jornada Hispano-Alemana de Derecho Penal en Homenaje a Claus Roxín. Universidad Complutense de Madrid. España. 1994.

Schurmann Pacheco Rodolfo “Nullum Crimen Sine Culpa”. Dogma y realidad en Doctrina Penal. Año 8. N° 29-32. 1985. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1985.

Seoane Spiegelberg “La Capacidad de Culpabilidad. La imputabilidad”. Revista Justicia de Paz. N° 6. Año III. Volumen II. Mayo-Agosto-2000. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2000.

Silva Sánchez Jesús-María “Consideraciones sobre la Teoría del Delito”. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1998.

1289

Silva Sánchez José María “Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. J.M. Bosch. Barcelona. España. 1992.

Stratenwerth Günter “Acción y Resultado en Derecho Penal”. Traducción de Marcelo A. Sancinetti y Patricia Ziffer. Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 1991.

Stratenwerth Günther “Derecho Penal”. Parte General. I. El Hecho Punible. Traducción de la segunda edición alemana (1976) por Gladys Romero. EDERSA. Madrid. España. 1982.

Struensee Eberhard “Acerca de la Legitimación de la Imputación Objetiva como categoría complementaria del tipo objetivo” en “El Derecho Penal Hoy”. Homénaje al Profesor David Baigún. Maier Julio/Binder Alberto comps. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1995.

Struensee Eberhard “Dolo, Tentativa y Delito Putativo. Traducción de Marcelo A. Sancinetti. Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 1992.

Terradillos Basoco Juan “Teoría Jurídica del Delito” en Ciencias Penales. Monografías. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. 1° edición. San Salvador. El Salvador. 2001.

Terradillos Basoco Juan M. “Empresa y Derecho Penal”. Primera edición. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 2001.

Tinetti José Albino “Los Fundamentos del Valor Normativo de la Constitución”. Revista de Ciencias Jurídicas. Año I. N° 2. Enero-1992. Proyecto de Reforma Judicial. San Salvador. El Salvador 1992.

Trejo Escobar Miguel Alberto “Autoría y Participación en el Derecho Penal”. 1° edición. Editoriales Triple “D”. San Salvador. El Salvador. 2000.

Vaquerano Gutiérrez Nelson Armando “El principio de legalidad y los delitos de omisión impropia” en Revista Centroamericana Justicia Penal y Sociedad. Año 11. N° 16-17. Junio-Diciembre-2002. Ciudad de Guatemala. Guatemala. 2002.

1290

Vásquez Rossi Jorge A. “Política, delito y delitos políticos” en “El Derecho Penal Hoy”. Homénaje al Profesor David Baigún. Maier Julio/Binder Alberto comps. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1995.

Velásquez V. Fernando “Derecho Penal”. Parte General. 3° edición. Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1997.

Villavicencio Terreros Felipe “Derecho Penal de los Derechos Humanos” en “Justicia para Todos”. Jaime Martínez Ventura. Compilador. FESPAD Ediciones. San Salvador. El Salvador. 1997.

Virgolini Julio E.S. “Crimen Organizado, Criminología, Derecho y Política” en “Nada Personal”. Ensayos sobre el crimen organizado y sistema de justicia. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 2001.

Welzel Hans “Derecho Penal Alemán”. Parte General. Traducción de la 11° edición alemana. 4° edición castellana por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Chile. 1993

Wolter Jürgen “Derechos Humanos y Protección de Bienes Jurídicos en un Sistema Europeo del Derecho Penal. Traducción de Francisco Baldó Lavilla en “Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal”. J.M. Bosch. Barcelona. España. 1995.

Wolter Jürgen “Imputación Objetiva y Personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus* en “El Sistema Moderno del Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales”. Tecnos. Madrid. España. 1991.

Wolter Jürgen “La Imputación Objetiva y el Sistema Moderno del Derecho Penal”. Traducción de Silvina Bacigalupo en “Omisión e Imputación Objetiva en Derecho Penal”. Jornada Hispano-Alemana de Derecho Penal en Homenaje a Claus Roxín. Universidad Complutense de Madrid. España. 1994.

Zaffaroni Eugenio Raúl “En torno al Concepto de Crimen Organizado” en “Nada Personal”. Ensayos sobre el crimen organizado y sistema de justicia. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 2001.

Zaffaroni Eugenio Raul “Reincidencia”. Un concepto de Derecho Penal Autoritario en AA. VV. “Derechos Fundamentales y Justicia Penal”. Editorial Juriscentro. San José. Costa Rica. 1992.

Zaffaroni Eugenio Raul, Alagia Alejandro, Slokar Alejandro “Derecho Penal”. Parte general. EDIAR. Buenos Aires. Argentina. 2000.

Zielinski Diethart “Disvalor de Acción y Disvalor de Resultado en el Concepto del Ilícito. Análisis de la estructura de la Fundamentación y exclusión del ilícito. Traducción de Marcelo A. Sancinetti. Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 1990.

Ziffer Patricia S. “Lineamientos de la Determinación de la Pena”. Segunda Edición. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1999.

Zúñiga Morales Sandra Eugenia “Cuando las Normas Penales en Blanco vulneran el Principio de Legalidad”. Revista de Defensa Pública. N° 1. Octubre. San José. Costa Rica. 2001.

Referencias bibliográficas correspondientes a las Notas de Actualización de los artículos 128 al 205 CP.

¹ Llobet Rodríguez, Javier; “Delitos contra la vida y la Integridad Corporal”, Editorial Jurídica Continental, 2ª edición, 2002, San José Costa Rica, p. 38.

² Así se dijo en la STS Sala 2ª 22-11-1997.

³ Muñoz Conde, Derecho Penal, parte especial, 1996, tirant lo blanch, p. 37.

⁴ González Ruz, Juan José y otros: Compendio de Derecho Penal Español, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 2000, Barcelona, p. 38-39; Muñoz Conde: “Derecho Penal”, op. Cit. P. 38

⁵ “Delitos cualificados por el Resultado y Causalidad”, Madrid, 1966.

⁶ “Manual de Derecho Penal”, Editorial Ariel, Barcelona, 1991, 2ª edición, p. 21.

1292

⁷ “Derecho Penal”, op. Cit. P39

⁸ STS Español, 22-11-97

⁹ STS Español, 20-02-92

¹⁰ STS Español, 16-12-91

¹¹ STS Español, 31-01-92

¹² Sebastián Soler: “Derecho Penal Argentino”T. III, pp., Tipografía Editora Argentina, 10ª reimpresión total, 1992, 17-18., Montan Palestra, p 29, LEVENE Homicidio Calificado p. 49

¹³ ver Manigot T. 1, p. 221

¹⁴ Llobet. P. 87, Creus T. 1. p. 14, Cobo del Rosal nP.E. 510

¹⁵ Así Llobet Rodríguez Javier: “Delitos contra la vida...”, op. Cit. P 116.

¹⁶ Este ha sido el parecer del tribunal Sexto de sentencia.

¹⁷ “Compendio de Derecho Penal”, junto a otros, op. Cit. P. 199.

¹⁸ Estudios de Derecho Penal, p 47.

¹⁹ En ese sentido Creus, Carlos: “Derecho Penal, parte especial”; Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, 2 reimpresión de la 3ª edición, 1992, p. 30.

²⁰ Así Creus, Carlos: “Derecho Penal..”, op. Cit. P. 30.

²¹ “Derecho Penal...”, op. Cit. P. 31.

²² Levene; Ricardo: “Homicidio Calificado” p. 72

²³ Ver la de la Corte Suprema de Justicia del 2002.

1293

²⁴ “TRATAMIENTO JURIDICO PENAL DE LA EUTANASIA” en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. www.criminet.ugr.es

²⁵ Gimbernat: “Eutanasia y Derecho Penal”, en “Estudios de Derecho Penal”, Editorial Tecnos, 3ª edición, Madrid, 1990, p. 52.

²⁶ Así Llobet:, “Delitos en contra de la vida...”, op. Cit. p. 166.

²⁷ Véase Bustos Ramírez: “Manual ...”, op. cit, P. 46-48,

²⁸ Ver Creus, T I, p 58, Muñoz conde,

²⁹ Zaffaroni T. III

³⁰ Bustos, Castillo, “Autoría Mediata”, p 73

³¹ Creus, T I, p 57, Muñoz Conde, Bustos, p. 45, Jescheck T. II, p 922

³² “Inducción o Auxilio al Suicidio” en Estudios de Derecho Penal, Editorial Tecnos, Madrid, 3ª edición, 1990. p.282

³³ Derecho Penal, parte especial, 1996, p. 64,

³⁴ Muñoz Conde, Francisco, “Derecho Penal”, p. 68.

³⁵ Gimbernat Ordeig, Enrique: “Inducción” Op.cit. p. 286.

³⁶ Gimbernat niega la existencia de vida humana antes de los tres meses, “Estudios, op. Cit p. 62.; un sector de la doctrina exige viabilidad en el feto, en ese sentido la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso Rode vs Wade 1973 fijó la viabilidad del producto de la concepción el séptimo mes.

³⁷ López de Lemus, Joaquín Tafur: “Delitos contra la vida y la Integridad Personal en el Código Penal Salvadoreño”, Revista Justicia de Paz, Volumen II, p.64.

1294 ³⁸ López de Lemus, Joaquín Tafur: “Delitos contra la vida y la Integridad Personal en el Código Penal Salvadoreño”, Revista Justicia de Paz, Volumen II

³⁹ Muñoz Conde, Francisco: “Derecho Penal” parte general, Valencia, 1996p. 121.

⁴⁰ “Derecho Penal.”, op. Cit. 121.

⁴¹ Este constituye el sentir de López de Lemus, “Delitos contra la vida...”, p. 76 y 80. y el de Javier Llobet cuando analiza el Código Penal costarricense que tiene una regulación de pena en cuanto a las lesiones de manera similar: “Delitos en contra de la vida...” op. Cit., P. 238

⁴² En ese sentido Llobet: “Delitos en contra de la vida...” op. Cit., P. 210

⁴³ Mora Calvo, Didier: “El delito de Lesiones en el Deporte” en “Ensayos de Derecho Penal Accesorio”, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2002, p. 78.

⁴⁴ Ver Soler T. III

⁴⁵ Ver delitos contra la personas, p. 507, 2000

⁴⁶ En ese sentido López de Lemus, “Delitos contra la vida...”, p. 82. y el de Javier Llobet cuando analiza el Código Penal costarricense que tiene una regulación de pena en cuanto a las lesiones de manera similar: “Delitos en contra de la vida...” op. Cit., P. 238

⁴⁷ “El Delito Culposo”, Publicación de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, octubre, 2001, p. 229.

⁴⁸ Así Creus, Carlos, “Derecho Penal”, tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 118.

⁴⁹ Ver Sebastián Soler: Derecho penal Argentino, T. III, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, p. 181. CREUS: “Derecho Penal”, op. Cit. 118.

⁵⁰ Creus, Carlos: “Derecho Penal”, op. Cit. 120-121.

1295

⁵¹ Creus, Carlos: “Derecho Penal”, op. Cit. 119.

⁵² Segrelles de Renaza, Iñigo (junto a Cobo del Rosal, González Rus y otros): “Compendio de Derecho Penal Español”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2000.

⁵³ Muñoz Conde, Francisco: “Derecho Penal, parte general, tirant lo blanch, Valencia 1996, p. 151

⁵⁴ “DERECHO PENAL, Parte General”, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 473.

⁵⁵ Así Muñoz Conde, op. cit. P. 153.

⁵⁶ Segrelles De Arenaza, Iñigo: “Compendio De Derecho Penal”, op cit. P. 142.

⁵⁷ “Derecho Penal”, op cit. P. 130.

⁵⁸ Varela Agrelo, José Antonio: “Los delitos contra la Libertad Sexual en el Código Penal Salvadoreño”, Revista justicia de Paz, Año II, Volumen III, Publicación de la Corte Sprema de Justicvia, pp. 99; Carmona Salgado, Concepción: “Compendio de Derecho Penal”, op. Cit. 197; Orts Berenguer, Enrique: “Delitos contra la Libertad Sexual”, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, pp. 61-64; Diez Ripolles, José Luis: “La protección de la Libertad Sexual”, Bosh, casa Editorial, Barcelona, 1985, pp. 36-40; Morales Prats, Fermín; García Akbero, Ramon, en conjunto con Quintero Olivares y otros “Comentarios a la parte especial del Derecho Penal”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 245; Fontan Balestra, Carlos: “Derecho Penal”, parte especial, Abeledo Perrot, Buenos Aieres, 1980, p 176.

⁵⁹ Muñoz Conde, Francisco: “Derecho Penal”, parte general, tirant lo vblanch, Valencia 1996, p. 187

⁶⁰ Fontan Balestra, Carlos. Derecho Penal, op. Cit. P 173.

1296

⁶¹ Véase Vargas Alvarado, Eduardo: “Medicina Legal, Editorial Trillas, 1ª reimpresión enero, 1998, p. 215.

⁶² Bustos Ramírez, Juan: “Manual de Derecho Penal”, op. Cit. P. 119

⁶³ Castillo, Francisco: “La autoría mediata”, Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, 1987, p. 47; Bustos Ramírez, Juan: Manual de Derecho Penal, parte especial, Editorial Ariel, 3º ed. Barcelona, 1989, p. 119

⁶⁴ Roxin, Claus: “Autoría y dominio del hecho en derecho penal”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 1998, p. 328

⁶⁵ Chinchilla, Carlos, La autoría en el derecho penal costarricense, IJSA, San José, 1999, p.131, nota 289

⁶⁶ Bustos Ramírez, Juan: “Derecho Penal”, op. Cit. 119

⁶⁷ “Autoría Mediata”, op. Cit. Pp. 151-152.

⁶⁸ “DERECHO PENAL”, op. Cit. P. 178

⁶⁹ Relación sexual con animales.

⁷⁰ Relación sexual con un muerto.

⁷¹ 167 CP-CR

⁷² Breglia, Omar y Gauna, Omar: “Código Penal”, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1991, p.396.

⁷³ “Manual de Derecho Penal”, Parte Especial, t. I, El Salvador, U.S.A.I.D., 1993, pág. 485

⁷⁴ “Derecho Penal”, op. Cit. p. 234.

⁷⁵ Varela Agrelo, Jose Antonio: “Los delitos contra la libertad sexual...”, op. Cit. p. 118

1297

⁷⁶ En ese sentido Morales Prats, Fermin y García Albero, Ramón: “Comentarios a la parte especial del Derecho Penal”, op. Cit. p. 277.

⁷⁷ Muñoz Conde, Francisco: “Derecho Penal”, op. Cit. po. 201.

⁷⁸ ”Derecho Penal”, op. Cit. po. 278.

⁷⁹ GARCIA ALBERO, RAMON, en conjunto con GONZALO QUINTERO OLIVARES y otros “Comentarios a la parte especial del derecho Penal”, op. Cit. p. 309.

⁸⁰ Si partiéramos de una análisis ex post ninguna tentativa delictiva sería punible,

⁸¹ así CREUS, T 1, P. 158 OP. CIT.

⁸² Llobet Rodríguez, Javier y Rivero, Juan Marcos: Comentarios al Código Penal (Análisis de la tutela de los valores de la personalidad), Juritexto, San José, 1.989, pág. 182

⁸³ “La Prueba en el Proceso Penal Salvadoreño”, junio, 2000, San salvador, p 546 y sigs.

⁸⁴ “Derecho penal”, op. Cit. p. 221.

⁸⁵ Asi Carbonell Mateu, Juan Carlos y González Cussac, José L.: “Derecho Penal, parte especial”, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 270.

⁸⁶ Vease Breglia Arias, Omar: “El Delito de Violación de Domicilio”, ediciones desalma, Buenos Aires, 1968, P. 89 y sigs.

⁸⁷ En este sentido Miguel Trejo y otros “Manual de Derecho Penal”, parte especial, tomo II, , San Salvador, 1983, p. 679

⁸⁸ “Comentarios a la parte especial del Derecho Penal”, op. Cit. p. 419.

⁸⁹ en ese sentido Carbonell Mateu: “Derecho Penal, parte especial”, op. Cit. p. 292.

1298

⁹⁰ Moyna Menguez, José; Luzón Cuesta, Jose María y otros: “Código Penal”, Editorial Colex, 6 edición, Madrid, 2001, op. Cit. p. 594.

⁹¹ Carbonell Mateu, Juan Carlos: “Derecho penal”, parte especial, op. Cit. p. 296.

⁹² Carbonell Mateu, Juan Carlos: “Derecho penal”, parte especial, op. Cit. p. 298; Prats Ganut, José Miguel: “Comentarios a la Parte especial del derecho Penal”, op. Cit. p. 437..

⁹³ Véase Martínez Osorio, Martín Alexander: “Delitos contra los Derechos y Deberes Familiares en el Código Penal Salvadoreño”, Revista Justicia de Paz, año V, Volumen III, septiembre-diciembre 2002, San Salvador, p. 217.

⁹⁴ En ese sentido Martínez Osorio, op. Cit. 234.

⁹⁵ González Ruz, Juan José González, 2000, P. 360.

Bibliografía referida en las Notas de Actualización de los artículos 207 al 302 CP.

Arroyo Zapatero, Luis: “Los piquetes de trabajadores en huelga y el delito de coacciones tras la reforma de 1976”, en Comentarios a la Legislación Penal, T.II, Madrid, Edersa 1983.

Baylos, Antonio y Terradillos Basoco, Juan: “Derecho Penal del Trabajo”, Valladolid, Editorial Trotta, 1991.

Bustos Ramírez, Juan: “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”, Barcelona, Ariel, 1991.

Creus, Carlos: “Falsificación de documentos en general”, Buenos Aires, Astrea, 1986.

1299

García Palencia, Rafael. “Reglas de Competencia en la Práctica: La Comunidad Europea y el Espacio Económico Europeo”, Centro de Formación para la Integración Regional, 1997.

Jiménez Huerta, Mariano: “Derecho Penal Mexicano”, México, Editorial Porrúa, 1986.

Miranda Gallino, Rafael: “Delitos contra el Orden Económico”, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1970.

Muñoz Conde, Francisco: “Derecho Penal. Parte Especial”, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991.

Soler, Sebastián: “Derecho Penal Argentino”, Buenos Aires, TEA, 1973.

Tamarit Sumalla, Josep Maria. En “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal”, Pamplona, Aranzadi, 1996.

Valle Muñiz, José Manuel. “En Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal”, Pamplona, Aranzadi, 1996.

Bibliografía referida en las Notas de Actualización de los artículos 303 al 367-A CP.

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.

1301

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.

1302

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-Benítez, 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.

1303

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.



Este libro se terminó de imprimir
en la Imprenta Nacional
en el mes de mayo de 2004,
la edición consta de 1000 ejemplares.