

INDICE

I.—Objeto del estudio 122

II.—Qué es creencia? Qué es idea? 123

III.—Vida humana y colectividad. Fealdad 123

IV.—Usos Sociales y Poder Público 123

V.—Derecho según Ortega. Derecho como creencia 141

a) Derecho como violencia distorsionada o hipocresía social 142

b) Derecho según Ortega, en sus últimas obras 142

c) Derecho como creencia 148

VI.—Conclusiones 152

Bibliografía 154

LA ACUSACIÓN O DENUNCIA CALUMNIOSAS Y LA CALUMNIA REAL

DR. FRANCISCO CASTILLO GONZALEZ
 Profesor de Derecho Penal de la
 Universidad de Costa Rica.

SUMARIO

CAPITULO I—Generalidades Nº 1 a 16

A) Historia del delito en nuestra legislación Nº 4 a 9

B) Bien Jurídico Protegido Nº 10 a 13

C) Sujetos del delito Nº 14 a 16

CAPITULO II—Las figuras del artículo 317 del Código Penal Nº 17 a 78

Sección I—La acusación o la denuncia calumniosas Nº 19 a 61

A) Generalidades Nº 19 a 20

B) Elementos del Delito Nº 21 a 61

1—Existencia de una acusación o de una denuncia Nº 22 a 32

2—Acusación o denuncia de un delito de acción pública Nº 33 a 40

3—Acusación o denuncia contra una o varias personas Nº 41 a 43

4—Acusación o denuncia dirigida a la autoridad Nº 44 a 46

5—Acusación o denuncia falsas Nº 47 a 53

6—Intención criminal: conocimiento de la inocencia del imputado Nº 54 a 61

Sección II—Calumnia real Nº 62 a 78

A) Generalidades Nº 62 a 65

B) Elementos del delito Nº 66 a 78

1—Simulación de la existencia de pruebas materiales Nº 67 a 73

2—Simulación de la existencia de pruebas materiales de un delito de acción pública contra una o varias personas Nº 74 a 75

3—Intención criminal: conocimiento de la inocencia del imputado Nº 76 a 78

CONCLUSION Nº 79 a 80

CAPITULO I — GENERALIDADES

1) Reducido es el número de condenatorias que hay en la jurisprudencia por el delito de acusación o de denuncia calumniosa y por calumnia real. Es poco importante la criminalidad legal por estos delitos, sobre todo si se compara con la de otros, en especial aquéllos que afectan la vida o la integridad corporal, la propiedad o la libertad.

2) La explicación de este fenómeno puede buscarse en diferentes causas: razones de política penal de los tribunales (una represión sistemática podría acarrear una disminución del número de acusaciones o denuncias, con la consiguiente disminución del conocimiento de los delitos); razones ligadas a la configuración actual del delito (al lado de los requisitos de fondo de la figura, aparecen otros procesales, como la declaratoria de calumniosidad de la acusación o de la denuncia, declaratoria que es prejudicial a la acción). Podría ocurrir, también, que el delincuente, en términos generales, no se atreve a delinquir, tomando como medio de su ilícita actividad la misma maquinaria judicial.

3) Cualquiera de esas razones que sea la que explique el poco número de condenatorias, lo cierto es que el calumniador (falso denunciante, falso acusador, calumniador real) es un sujeto sumamente peligroso que no se detiene, incluso, ante la estructura judicial y policíaca para cometer su delito; precisamente las toma de medio para delinquir.

Aparte del daño que causa a la normal administración de la justicia, el agente perjudica grandemente al particular acusado o denunciado, quien se verá injustamente sometido a un proceso y, eventualmente, condenado.

De ahí la conveniencia de estudiar la estructura jurídica del artículo 317 del Código penal, rastreando primero sus antecedentes en la historia patria y estudiando cuál es el bien jurídico que atacan los hechos por él previstos, y los sujetos que pueden cometerlo.

A—Historia del delito en nuestra legislación

4) Nuestro derecho penal, históricamente diferenciado, comienza con el Código de Carrillo. Antes de éste, la legislación del Estado se componía de "... una multitud de disposiciones aisladas basadas en principios contradictorios, por el espíritu de los diferentes tiempos en que nacieron, de las circunstancias que las provocaron y de las diferentes organizaciones políticas en que tuvieron origen".⁽¹⁾

5) El Código de Carrillo trata de la denuncia o acusación calumniosa en título V cuya rúbrica es "De los Delitos Contra la

Fe Pública" (artículos 321, 322, 323, 324, 325, 326 y 327). No castigó este código la calumnia real.

La represión en el Código de Carrillo se sustentó en un sistema taliónico, real o simbólico, de acuerdo con la práctica histórica común a la época de la redacción del Código y que venía desde Constantino.⁽²⁾ También tomó en cuenta este Código la distinción hecha por los post-glosadores y los prácticos entre calumnia presunta, manifiesta y manifestísima, según que el acusado o denunciado fuera absuelto por falta de prueba, por haber demostrado su inocencia, o por haber demostrado su inocencia y además el conocimiento de la inocencia que tenía su denunciante o acusador.⁽³⁾

Por ello el Código de Carrillo establecía varias distinciones:

a) Si la acusación o la denuncia fueron falsas y calumniosas, la pena era la infamia más "... la mitad del mínimo, medio o máximo de la pena que se impusiera al acusado si hubiese sido

(2) Antonio Quintano Ripollés, "Curso de Derecho Penal", Tomo II, pág. 577, nota 8. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1963.

(3) En cuanto a la historia general del delito, sabemos que los romanos conocieron la acusación y la denuncia calumniosa con el nombre de "calumnia". Una de las acepciones de este término en el derecho romano fue la de un crimen sui generis, consistente en el resultado vejatorio de actividades procesales y extraprocesales, que normalmente eran ilícitas (Ugo Brasiello, "Calumnia", en Enciclopedia del Diritto, Tomo V, pág. 814). Expresión de estas actividades era la acusación falsa de un crimen: "Calumnia, praevaricatio, tergiversatio: calumniari est falsa crimina intendere, praevaricari vera crimina abscondere, tergiversari in universum ab accusatione desistere".

Según Papiniano (Dig. 22, 5, 13) y Marciano (Dig. 48, 16, 12) la calumnia derivaba de la "Lex Remmia", dictada según los autores modernos en el año 80 A. de C. De acuerdo con Cicerón (p. Sexto Roscio Am., 57) al condenado por este delito se le marcaba en la frente con la letra K. Ello después de un proceso público (Pap. Dig. 22, 5, 13; Iul. Dig. 3, 2, 1; Paul. Sent. 1, 5, 2; 5, 4, 11). Una de las consecuencias de la condena era la "infamia", entendida en el sentido amplio de "ignominia", cuyos efectos eran la prohibición de "postulare pro aliis" (Iul. Dig. 3, 2, 1), la prohibición de ser acusador (Ulp. Dig. 48, 2, 4). Tal ignominia todavía se produce en nuestro derecho (véase Código de Proc. Pen. artículo 9 inc. 6º).

En el derecho imperial la calumnia fue castigada con una pena "extra ordinem" (Paul. Sent. 1, 5, 2; Paul. Dig. 48, 16, 3). Entre las penas extraordinarias aplicadas están el "exilium", la "relegatio" y la "amotio ordine" (Paul. Sent. 5, 4, 11). Un senadoconsulto Turpilliano del año 61 D.C. castigó el desistimiento de la acusación penal con la misma pena de la "calumnia".

Posteriormente la "calumnia" se alarga, llegándose a considerar como tal cualquier acusación infundada.

En el derecho penal medieval el gozne de la punición de la acusación y denuncia calumniosa lo fue el concepto romano de "falsa crimina intendere" (Antonio Marengui, "calumnia" en Enciclopedia del Diritto, Tomo V, pág. 816). Los legisladores establecieron el principio según el cual "qui non probaverit quod obiecit, poenam quam intulerit ipse patiatu", es decir, que aquel que hubiera acusado y no hubiera aportado pruebas suficientes debía ser condenado como calumniador, que fue lo que se llamó calumnia presunta.

La condenatoria del calumniador debía ser pedida por el calumniado (véase artículo 16 de nuestro Código de Proc. Pen.), y la glosa organizó la represión del delito con base en el sistema talionar. Algunos hablaron, refiriéndose a la pena, de "similitudo supplicii".

A partir de la Revolución Francesa, la visión general de este delito cambia radicalmente.

(1) Juan Rafael Mora, Introducción a la edición de 1858 del Código de Carrillo.

cierta la acusación..." o la denuncia. Esta pena era aplicable al acusador (art. 321), sea que hubiere ejercido la acción popular, sea que se quejare "... contra otro de alguna ofensa propia, que sea culpa o delito público o privado..." (arts. 321 y 323), al denunciante (art. 326) y a los funcionarios del Ministerio Público (art. 327).

b) Cuando la acusación o la denuncia no eran falsas ni calumniosas —no existencia del dolo— el Código de Carrillo castigaba al acusador que no probaba lo aseverado. El denunciante no tenía pena. La pena para el acusador que no probaba lo aseverado, aunque "no resulte en ello malicia" era "tanto tiempo de arresto o cárcel, como el que haya sufrido de prisión o detención el acusado" (art. 322) y la pena accesoria de reparar los daños y perjuicios ocasionados. De la obligación de probar —por tanto, de la responsabilidad penal correspondiente— se exceptuaba a los "promotores fiscales", y a los que habían acusado delito o culpa en causa propia. Estos últimos sólo respondían de daños y perjuicios.

c) Por último, el Código de Carrillo castigaba a los acusadores —que ejercieran la acción popular o en causa propia— que desampararen la acción o se separarren de ella después de iniciado el procedimiento. La pena era "tanto de arresto en la cárcel, como el que haya sufrido de detención o de prisión el acusado que fuere absuelto en juicio" (art. 323), siempre y cuando no hubiera "mala fe". Pero aquél que desamparare la acción en causa propia, o se separare del procedimiento, sólo era castigado "... si el acusado quisiere vindicar su inocencia" (art. 324).

6) El Código de 1880 opera una simplificación del delito con relación a su antecesor. El artículo 243, que sólo castigó la acusación o denuncia calumniosa y que estaba dentro del Título Cuarto relativo a los delitos contra la fe pública, establecía:

"La acusación o denuncia que hubiere sido declarada calumniosa por sentencia ejecutoria, será castigada con presidio interior menor en su grado máximo, o multa de ochocientos treinta y cuatro mil pesos, cuando versare sobre un crimen; con presidio interior menor en su grado medio, o multa de seiscientos pesos, si fuere un simple delito; y con presidio interior menor en su grado mínimo o multa de quinientos uno a seiscientos sesenta y seis pesos, si se tratare de una falta".

Indudablemente el artículo 243 del Cód. penal de 1880 fue un avance respecto al Código de Carrillo. Pero presentaba graves defectos, sin consecuencias, por la poca cantidad de casos juzgados de 1880 a 1924. Los principales eran: no prevía la calumnia real; de acuerdo con el tenor literal del artículo el sujeto del delito era "La acusación o denuncia que hubiera sido declarada calumniosa...", lo cual es desde todo punto de vista incorrecto. Además, la pena del delito es sumamente elevada, tanto que don Rafael Orozco⁽⁴⁾ cree necesario justificarla con las siguientes palabras:

"Severa es esta pena, pero recuérdese que se trata de castigar a los delincuentes calumniadores falsos".

Por último, el artículo 243 hablaba de "... sentencia ejecutoriada...". ¿Cómo entender esta expresión? Establecía la necesidad de una resolución definitiva previa a la acción penal por acusación o por denuncia calumniosa? ¿Era una simple repetición del principio según el cual nadie puede ser sometido a pena sino en virtud de sentencia firme? Sin embargo, los probables problemas de interpretación que presentaba la expresión fueron resueltos por el artículo 16 del Código de Procedimientos penales de 1910.

7) El proyecto de Astúa Aguilar fue la base del Código penal de 1924. Tanto en éste como en aquél se establece una clasificación bipartita de infracciones, que sustituye a la tripartita del Código de 1880. En el Código de 1924, la acusación o denuncia calumniosas y la calumnia real —la cual se prevé por primera vez en nuestra legislación— sólo son punibles tratándose de delitos, con exclusión de las faltas de policía.

El Código de 1924 decía en su artículo 482 (colocado entre los delitos que protegen la Administración Pública):

"El que denunciare a la autoridad judicial o a un funcionario que tenga obligación de dar parte de ello a dicha autoridad, un delito que sabe que no ha tenido efecto, o simule sus rastros o señales, de modo que pueda entablarse procedimiento penal para indagarlo, incurrirá en prisión o multa mayor en su grado primero.

(4) Rafael Orozco, "Elementos de Derecho Penal de Costa Rica", Imprenta Nacional, San José, 1882, pág. 253, N° 476.

Estas penas se aplicarán con descenso de uno a dos grados, al que ante autoridad declare falsamente haber contribuido a cometer o haber cometido un hecho punible; pero si lo hiciere para salvar a su ascendiente o descendiente, cónyuge, hermano o bienhechores, estará exento de pena".

8) El Código de 1941 sigue al de 1924 en los conceptos fundamentales. Puede decirse incluso que en ciertos aspectos aquél es más confuso que éste. La calumnia real y la acusación o denuncia calumniosa estaban previstas en el artículo 394. Pero el artículo 396 también castigaba la acusación o denuncia calumniosas.

Había, pues, una doble punición de la acusación o denuncia calumniosa, pues tanto el artículo 394 como el 396 castigaban los mismos hechos. Este defecto del Código de 1941 tuvo que ser minimizado por la jurisprudencia, en especial de las Salas Penales, por medio de una interpretación más ingeniosa que apegada a los textos. Por ejemplo, en la resolución de las 15:55 hs. de 11 de setiembre de 1957 de la Sala Segunda se lee:

"Bueno es observar que la modalidad de la denuncia falsa contemplada por el artículo 394 es simplemente un atentado en perjuicio de las funciones de justicia del Estado al paso que la prevista por el artículo 396 no es más que una calumnia calificada elevada al rango de otro tipo jurídico penal por la circunstancia reveladora de mayor perversidad, de haberse imputado a determinada persona un delito perseguible de oficio".

Y la misma resolución había afirmado antes:

"La primera de las disposiciones legales citadas (art. 394) se refiere al que denuncie a la autoridad respectiva un delito o cuasidelito que sabe no se ha cometido, o simule sus rastros o señales, de modo que pueda establecerse un procedimiento penal para indagarlo, y la segunda al que por vía de querrela o denuncia inculpa a otro la comisión de un hecho punible de manera calumniosa, que es precisamente el caso de autos".

En el mismo sentido de hacer la diferencia entre ambas figuras, la resolución de la Sala Segunda Penal de 16:05 hs. de 9 de agosto de 1957 declara:

"La ley, en su artículo 396, no hace distinciones entre delitos, cuasidelitos o faltas, pues se refiere a la acusación o la denuncia de algún hecho punible que hubiera sido calificada de calumniosa por resolución firme. Lo único que exige es esa calificación previa. Así, pues, queda por completo al arbitrio del Tribunal que conoció de la denuncia o acusación ordenar proceder o no contra los falsos denunciantes...".

Según plantea el asunto esta resolución, se trata en el artículo 396 de la punición del acusador o del denunciante por el sólo hecho de que su denuncia fue considerada calumniosa. Y entonces, el artículo 396 establecería una especie de juicio ejecutivo en materia penal.

La verdadera diferencia entre el artículo 394 y 396 del Código de 1941, y la razón de la diferencia, la establece la resolución de 14:28 hs. de 6 de setiembre de 1968 de la Sala Segunda Penal: La misma dice:

"Este Tribunal tiene establecido que la diferencia entre las figuras de la simulación de delito, que contempla el artículo 394, y las de acusación o denuncia calumniosa, previstas por el artículo 396, ambos textos del Código penal, consiste en que el agente en la primera de ellas, sin incriminar a determinada persona, denuncia o acusa un delito que sabe no se ha cometido, o finge sus rastros o señales, de modo que pueda instaurarse un procedimiento penal para investigarlo. En cambio, el segundo de esos delitos tiene lugar cuando el agente atribuye falsamente a una persona el delito simulado; pero en este caso es necesario para que pueda sancionarse, que la autoridad que conoció del delito falso, califique de calumniosa la acusación o la denuncia. La confusión que presentan esas figuras, tiene su origen en que el artículo 396 precitado, es omiso en la definición de los elementos que caracterizan el delito, pues se concreta a disponer que "la acusación o denuncia que hubiere sido calificada de calumniosa por resolución firme, será castigada con prisión de seis meses a tres años o multa de trescientos sesenta a tres mil colones". La explicación de esa deficiencia u obscuridad de la norma comentada, se encuentra examinado el origen de ella en el actual código. Anteriormente, en el Código penal del año 1924, estaba prevista en el artículo 287, como una figura agravada del delito de calumnia, y se presentaba cuando en un juicio se imputaba falsamente a otro un delito perse-

guible de oficio. En el Código penal del año 1941, esa figura se trasladó correctamente al título que se refiere a los "Delitos Contra la Administración Pública y el Régimen de Justicia"; pero se olvidó darle un desarrollo completo en relación con el bien jurídico que pasó a tutelar".

9) En el Código de 1970, el artículo 317 prevé la acusación o denuncias calumniosas y la calumnia real. Este artículo se encuentra en la sección II, cuyo título es "Falsas Acusaciones". El título general de la sección es "Delitos Contra la Administración de Justicia". Por tanto, en el Código de 1970, la acusación y la denuncia calumniosas y la calumnia real, están mejor ubicadas: son delitos que lesionan el bien jurídico que es la administración de justicia, mediante una falsedad declarada o el fingimiento de una situación inexistente.

B—Bien jurídico protegido

10) Como dijimos en el párrafo precedente, el artículo 317 del Cód. penal es parte de la sección II del Título XIV, cuya rúbrica es "Delitos Contra la Administración de Justicia".

Con este artículo el legislador tutela la Administración de justicia; es decir, el interés superior del Estado a la recta Administración de la Justicia Penal.⁽⁵⁾ Esta recta administración de la justicia penal peligra cuando hay desviaciones capaces de comprometer el valor de las decisiones judiciales.

11) Consecuencia de lo anterior es que, para la configuración del delito, no se requiere lesión a los derechos de un particular; menos aún, la condena de un inocente. Si esta última circunstancia existiera, el artículo 317 prevé una circunstancia agravante.

12) Una parte de la doctrina sostiene que en la acusación o denuncia calumniosas y en la calumnia real hay un doble objeto de tutela: uno prevalente, que es la buena administración de justicia; otro secundario, pero del cual la ley no se desentiende: la necesidad de que la libertad del ciudadano inocente no sea expuesta a lo imprevisto de un proceso y de que el honor de las personas

(5) Pasquale Curatola, "Calunnia" en "Enciclopedia del Diritto", tomo V, pág. 818.

no sea puesto en entredicho por un proceso penal injustamente iniciado.⁽⁶⁾

En lo que se refiere a la acusación o denuncia calumniosa, esta tesis parece tener asidero en nuestra legislación. El artículo 16 del Cód. proc. pen. manda que el acusado o denunciado injustamente deberá pedir, expresamente la declaratoria de "calumniosidad", para que ésta sea declarada por el juez que conoce del asunto.

De ahí que la jurisprudencia establezca la existencia de este doble objeto de tutela en la acusación o denuncia calumniosa. En la sentencia de Cas. de 2:25 hs. de 5 de octubre de 1910 (II Sem., pág. 185) se lee: "... la denuncia calumniosa es no sólo una ofensa a una persona determinada, sino también el agravio de las instituciones judiciales del país al servirse de ellas con fines ilícitos". Y la resolución de la Sala Segunda Penal de 7 de julio de 1966 declara que "... aun cuando el delito de acusación o denuncia calumniosa es de acción pública, porque afecta al régimen de justicia, conserva en nuestra legislación cierto carácter privado que es propio de la calumnia, toda vez que para que pueda iniciarse el proceso, se exige que de previo al sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, se califique de falsa la denuncia o acusación a instancia del absuelto, de conformidad con el artículo 16 del Código de procedimientos penales".

13) Para la existencia del delito es necesario que la conducta desplegada por el agente —se trata de acusación o de denuncia calumniosas o de calumnia real— sea idónea para lesionar al bien jurídico principalmente protegido, que es la Administración de justicia. Según la doctrina existe lesión al bien jurídico cuando hay la posibilidad de un proceso en el cual la justicia iba a ser engañada en la investigación del hecho delictuoso.⁽⁷⁾ Por ello decía Carrara que "... la calumnia, para ser consumada, no tiene necesidad de un resultado de la condena, pero sí de otro, que es precisamente el engaño de la justicia, aunque sea momentáneo".⁽⁸⁾

(6) En este sentido, Giuseppe Maggiore, "Derecho Penal", tomo II, pág. 216.

(7) Carlos Fontán Balestra "Denuncia Calumniosa, Calumnia Real y Simulación de Delito" en Revista de Derecho Penal y de Criminología, Nº 2 abril-junio, 1969, pág. 148.

(8) Francisco Carrara, "Programa de Derecho Criminal", Vol. V, pág. 178. Editorial Temis, Bogotá, 1961.

En nuestro derecho esta tesis es cierta para la calumnia real. No lo es para la acusación o denuncia calumniosa porque el legislador considera —al establecer el artículo 16 del Código de procedimientos penales— que la lesión al bien jurídico protegido sólo existe cuando hay sobreseimiento definitivo o absolución del acusado o denunciado. No hay posibilidad de establecer el proceso por acusación o denuncia calumniosa si el asunto termina, por ejemplo, por un auto de abstención de procedimientos.

C—El sujeto activo del delito

14) El artículo 317 del Código penal define el sujeto activo con la expresión “el que”. Sujeto activo de este delito puede ser cualquiera⁽⁹⁾ que establezca una acusación o una denuncia o simule las huellas materiales de un delito de acción pública.

Hay que aclarar, sin embargo, que no todos los sujetos de la acusación o de la denuncia pueden ser sujetos activos del delito de acusación o de denuncia calumniosa.

El Ministerio Público y el Patronato Nacional de la Infancia, que pueden ser sujetos de la acusación o de la denuncia, por disposición legal no pueden ser sujetos del delito de acusación o de calumniosa (artículo 16 y 13 del Código de Procedimientos penales).

El fundamento racional de esta limitación legal de los sujetos que pueden serlo del delito, está en el principio de que sólo las personas físicas están sometidas al reproche de culpabilidad.⁽¹⁰⁾ Las personas jurídicas o morales no pueden ser sujetos de derecho penal. El Ministerio Público y el Patronato Nacional de la Infancia, personas jurídicas, no pueden ser sujetos activos de ningún delito, ni del delito de acusación o de denuncia calumniosa en particular.

Por otro lado, la ley presume que la finalidad que persiguen el Ministerio Público y el Patronato Nacional de la Infancia, al acusar, es de interés general.

15) Pero lo cierto es que uno y otro accionan por la actuación de sus funcionarios. Y éstos pueden prevalerse de sus cargos

(9) Fontán Balestra —Millán, “Las Reformas al Código Penal”, Abeledo— Perrot, 1968, Buenos Aires, pág. 397; Cuello Calón, Derecho Penal, Tomo II, pág. 296, Bosc, Barcelona, 1961, Undécima Edición.

(10) Alexander Graf Zu Dohna “La Estructura de la Teoría del Delito”. Abeledo —Perrot Buenos Aires, 1958, pág. 65.

para acusar o denunciar a una persona que sabían inocente. Por tanto, se plantea el problema de si los funcionarios del Ministerio Público y del Patronato Nacional de la Infancia, pueden cometer el delito de acusación o de denuncia calumniosas o de calumnia real.

Al respecto puede recordarse que el Código de Carrillo, en el artículo 327, estableció responsabilidad penal para el funcionario de Ministerio Público que acusara o denunciara a una persona que sabía inocente.

Esta es la solución de principio en nuestro derecho penal actual. El Ministerio Público y el Patronato Nacional de la Infancia no son sujetos activos del delito. El funcionario puede serlo, porque de conformidad con el artículo 23 del Código de Procedimientos penales “... por las personas jurídicas responden los que hayan intervenido en el acto punible...”.

Siendo ésta la solución correcta, es teórica en nuestro derecho, porque, de acuerdo con el artículo 16 del Código de procedimientos penales, no puede declararse calumniosa ni la acusación ni la denuncia del Ministerio Público (o del Patronato Nacional de la Infancia, art. 13 *ibidem*). Y como esa declaratoria es prejudicial a la acción, en ausencia de ella no podrá perseguirse a los funcionarios.

Los funcionarios públicos obligados a denunciar o a acusar, o que pueden hacerlo, pero que no pertenecen al Ministerio Público, pueden cometer el delito en estudio si acusan o denuncian a una persona que sabían inocente. Para ellos no rigen los artículos 13 y 16 del Código de Procedimientos penales. Esta es la solución en otras legislaciones.⁽¹¹⁾

16) En cuanto a los sujetos activos del delito, el delito de calumnia real, previsto también en el artículo 317 Cp., presenta mayor amplitud que la acusación o la denuncia calumniosa.

Sujeto de la calumnia real puede ser cualquiera que simule contra una persona que sabe inocente, la existencia de pruebas materiales.

(11) Emile Garçon, “Code Penal Annoté”, Tomo II, pág. 449. Librairie Sirey, Paris, 1956; Quintano Ripollés, Op. Cit., tomo II, pág. 577; Cuello Calón, Op. Cit., pág. 269; Maggiore, Op. Cit., pág. 296.

Incluso en la realidad estas simulaciones suceden muy a menudo (práctica del "ganseo") realizadas por funcionarios, aunque no del Ministerio Público.

Nuestra jurisprudencia ha sentado la tesis de la responsabilidad del funcionario por simulación de pruebas materiales. La resolución de 15:15 hs. de 2 de junio de 1965 de la Sala Segunda Penal así lo declara:

"En autos existe mérito suficiente para atribuir a F. R. P. C. la infracción de simulación de delito, prevista y sancionada por el artículo 394 del Código penal, pues aparte de que el ex-detective M. M. J. declara que cuando conversó con C. L. Q. S., respecto de la detención que debía practicar de la esposa de éste, mediante el cargo fingido de que ella tenía un sobre contentivo de unos cigarrillos de marihuana y de una cédula de residencia falsificada, el señor F. R. P. C. confirmó, como abogado de Quesada (C. L. Q. S.) que tan pronto ello ocurriera, la Oficina de Migración procedería a deportar a la señora Rugama, toda vez que, con esa maniobra lo que perseguían era provocar que las autoridades costarricenses la expulsaran del país, para evitar que continuara exigiendo el pago de una pensión alimenticia de su marido señor C. L. Q. S. . . .".

CAPITULO II — LAS CONDUCTAS PREVISTAS EN EL ARTICULO 317 DEL CODIGO PENAL

17) El artículo 317 del Código penal dispone: "Será reprimido con prisión de uno a seis años el que denunciare o acusare ante la autoridad como autor o como partícipe de un delito de acción pública a una persona que sabe inocente o simulare contra ella la existencia de pruebas materiales. La pena será de tres meses a ocho años de prisión si resultare la condena de una persona inocente".

Este artículo prevé y sanciona dos conductas de manera alternativa. Realizando una sola de ellas se configura el delito; si se realizan ambas, habrá un solo delito.

18) Fácil es llegar a la conclusión de que las conductas castigadas en el artículo 317 Cp. son de naturaleza totalmente diferente. La acusación o la denuncia calumniosa puede ser consi-

derado como un delito de expresión,⁽¹²⁾ entendiéndose por éste aquél cuyo elemento característico reside en el carácter declarativo de la manifestación, y en la tendencia de la acción para influir en la psiquis de un tercero.⁽¹³⁾ Los delitos de expresión sólo pueden ser cometidos por medio de la palabra oral o escrita. La calumnia real, al contrario, se comete por actos diferentes de la expresión oral o escrita, que exigen, al menos, cierta modificación del mundo exterior. Dentro de esta tesitura, podría decirse que la acusación o denuncia calumniosa tiene en su base un acto proteiforme, que puede ser lícito o ilícito, según el caso, mientras que el simular huellas materiales de un delito siempre será un acto ilícito. La acusación o la denuncia calumniosa solo puede cometerse presentando la denuncia o la acusación ante una autoridad competente, al menos para recibirlas. La simulación de delito no.

El legislador une estas dos conductas, sometiendo ambos comportamientos a la misma pena, requiriendo una idéntica voluntad criminal para ambas, protegiendo con la incriminación de las mismas únicamente a las personas inocentes, y por último, refiriendo ambos comportamientos a delitos de acción pública. Esta unión es artificial; de ahí los manifiestos contrasentidos que surgen de ella.

Sección I — La acusación o denuncia calumniosa

19) De acuerdo con el artículo 317 Cp. es castigable "... el que denunciare o acusare ante la autoridad como autor o como partícipe de un delito de acción pública a una persona que sabe inocente...".

Histórica y doctrinalmente ha sido llamado este delito "acusación o denuncia calumniosa".

20) Acusar o denunciar es un derecho, que se funda sobre la obvia consideración de que todo delito perseguible de oficio —y aun de instancia privada— lesiona directamente la colectividad políticamente organizada. Esta tiene notable interés en que el particular, como miembro del cuerpo social, pueda ser portador e

(12) Luis Jiménez de Asúa, "Tratado de Derecho Penal", tomo III, pág. 926, Editorial Losada, Buenos Aires, 1963.

(13) Eduard Kern, "Los Delitos de Expresión", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1967, pág. 26.

intérprete, en su "status activae civitatis" del interés colectivo.⁽¹⁴⁾ Siendo la acusación o denuncia un derecho, como lo repite constantemente nuestra jurisprudencia,⁽¹⁵⁾ es en nuestro derecho también un deber para ciertos funcionarios enumerados en el artículo 147 del Código de procedimientos penales. El incumplimiento de este deber es severamente sancionado.⁽¹⁶⁾

Importa al orden público asegurar este derecho, pero también reprimir el abuso del mismo penalmente, porque las falsas denuncias o acusaciones son particularmente peligrosas; turban el orden público, engañan a la justicia, y expone a los particulares a persecuciones injustas y tal vez a condenatorias inmerecidas.

El derecho penal concilia estos intereses aparentemente contradictorios haciendo una triple distinción: la denuncia y acusación calumniosa es un delito penal que castiga a aquel que acusa o denuncia a una persona que sabe inocente; la denuncia temeraria podría ser un derecho civil, y de ninguna importancia penal; la falsa denuncia, pero fundada en un justo error no compromete ni la responsabilidad penal ni la civil, en ausencia de intención culpable o de imprudencia o negligencia civilmente reprochable.⁽¹⁷⁾

Es necesario determinar cuáles son los elementos constitutivos de la acusación denuncia calumniosa.

Elementos del delito

21) Elementos de este delito son: 1º Que una denuncia o una acusación haya sido hecha; 2º Que la misma haya sido hecha por un delito de acción pública; 3º Que la misma haya sido diri-

(14) Vito Gianturco, "Denuncia Penale", en Enciclopedia del Diritto, Tomo XII, pág. 190.

(15) Cas. 3:36 p.m. de 30 de octubre de 1914 - II Sem., pág. 490 "... como dice el Juez del crimen de Limón, 'no es justo atribuir responsabilidad penal a quien en ejercicio de sus derechos de ciudadano denunció un hecho...'; Cas. 3:45 p.m. de 8 de octubre de 1937 - II Sem., pág. 1876" "Que el hecho de acusar a una persona ante la justicia represiva, atribuyéndole la comisión de un delito, constituye, por regla general, el ejercicio de un derecho (artículo 155, Código de procedimientos Penales) ..."; Res. 10:15 hs. de 24 de agosto de 1970 de la Sala Segunda Penal; Res. 14:45 hs. de 15 de enero de 1969 de la Sala Segunda Penal; Res. Sala Segunda Penal de 15:55 hs. de 11 de setiembre de 1957; Res. Sala Segunda Penal de 16:05 hs. de 9 de agosto de 1957; Res. 15:40 hs. de 21 de marzo de 1961 de la Sala Segunda Penal; entre otras.

(16) Véase nuestro artículo "El Encubrimiento", en la Revista de Ciencias Jurídicas N° 18, de la Universidad de Costa Rica, pág. 194.

(17) Garçon, Op. Cit., Tomo II, pág. 448.

gida contra una o varias personas; 4º Es necesario que la acusación o la denuncia haya sido dirigida a la autoridad; 5º Es necesario que el hecho imputado al acusado o denunciado sea falso, o que siendo verdadero, sea falsa la participación atribuida al imputado; 6º Es necesario que el agente haya actuado con intención criminal; ésto es, conociendo la inocencia del acusado o denunciado.

1º Es necesario que el agente haya hecho una acusación o una denuncia

22) En el artículo 317 del Código penal, el legislador indica dos verbos mediante los cuales puede cometerse el delito: el "acusar" o el "denunciar".

Para acusar se requiere que haya acusación; para denunciar, se requiere que haya denuncia. Tanto en la acusación como en la denuncia se necesita que haya habido espontaneidad del acto de presentación. Esta espontaneidad está ínsita en el hecho mismo de presentarse a acusar o denunciar.

23) La diferencia entre acusación o denuncia en nuestro sistema procesal se realiza tomando en cuenta la calidad o naturaleza del hecho que se quiere poner en conocimiento de la autoridad —puesto que para los delitos de acción privada únicamente se admite la acusación del ofendido o de sus representantes— como características formales del acto de acusar o denunciar, cuando se trate de delitos de acción pública, en los que cabe tanto denunciar como acusar.⁽¹⁸⁾

(18) De acuerdo con el Código Procesal Penal las diferencias más importantes entre acusación y denuncia calumniosa son:

- 1.—La acusación debe promoverse siempre por escrito (art. 158), mientras que la denuncia puede presentarse por escrito o de palabra, (art. 146).
- 2.—La acusación debe dirigirse al juez correspondiente —competente para conocer o que esté conociendo del asunto— lo que hace que el particular acusador quede sometido a su jurisdicción (art. 157). La denuncia puede presentarse ante el juez competente para instruir el sumario, ante los funcionarios del Ministerio Público, ante los agentes de policía (judicial) del lugar en que el delito se ha cometido (art. 144).
- 3.—El acusador debe rendir fianza de calumnia, a menos que esté exento de ella (art. 158 y 160), obligación que no tiene el denunciante.
- 4.—El acusador es parte en el juicio (art. 5 "la acción formal pública o privada solo puede ejercitarse mediante acusación establecida antes de dictarse el autor de cierre de sumario"), por lo que el particular acusador quedará sometido a la jurisdicción del juez que conociere de la causa, en todo lo relativo al juicio por él promovido y a sus consecuencias legales; por ello, por lo que puede ser condenado al pago de costas (art. 132). Por el contrario, el denunciante o delator "... no tendrá ninguna personería ni intervención en la instrucción del proceso, ni contrae obligación que lo ligue al procedimiento judicial, ni incurre en

24) Se ha discutido el problema del alcance que debe darse al término acusar o denunciar, y más concretamente, a los términos "acusación" y "denuncia".

Para algunos, acusación y denuncia deben ser tomados en su sentido procesal. O más exactamente, en el sentido que les da a esos términos el Código procesal. Por consiguiente, si la acusación o denuncia no cumplen con las formalidades que el Código procesal tiene para la validez de una u otra como acto procesal, no habrá delito, por ausencia de acción punible (acusar o denunciar). Entre otros autores, son partidarios de tomar "denuncia" y "acusación" en el sentido que tienen en el Código procesal Gustavo Labatut Glenda,⁽¹⁹⁾ Etcheberry,⁽²⁰⁾ José Enrique Silva.⁽²¹⁾

Para otros, lo importante es que exista denuncia, entendida ésta como "noticia criminis" portada al juez o autoridad, que a su vez requiere de la autoridad la instauración de un proceso contra determinado individuo, o contra un individuo indeterminado, pero determinable.⁽²²⁾ Desde este segundo punto de vista, al hablar el artículo 317 de denuncia comprendería no solamente la denuncia, sino la instancia, el informe a un superior de un inferior, etc.

A nuestro saber, este problema no se ha planteado a la jurisprudencia. Sin embargo, dice la resolución de la Sala Segunda Penal de 15:30 hs. de 29 de setiembre de 1967, a modo de reflexión y sin relación con el problema y caso que resuelve:

responsabilidad alguna, salvo la de calumnia o denuncia calumniosa, en la cual también podrá incurrir el acusador que no justifique su querrela" (art. 154). Esta condición de parte se refleja en los actos que en el proceso pueda realizar. Por ejemplo, el denunciante no podrá, por consiguiente, apelar, ni interponer recurso de Casación.

5.—En fin, la *acusación es formal*, por lo que deberá contener los requisitos establecidos en el artículo 158, *sin los cuales no es admisible*; ésto no ocurre en la denuncia en la que se fijan los requisitos mínimos referidos básicamente a lograr una clara exposición de los hechos denunciados, de sus circunstancias, y del autor de los mismos, y a lograr la identificación del denunciante, por la responsabilidad que puede incurrir, que es la de calumnia o denuncia calumniosa. En esta responsabilidad (calumnia o acusación calumniosa) puede incurrir el acusador.

(19) Gustavo Labatut Glenda, "Derecho Penal", Tomo II, parte Especial, pág. 121. Editorial Jurídica de Chile, Quinta Edición actualizada, Santiago, 1969.

(20) Alfredo Etcheberry, "Derecho Penal", Tomo IV, pág. 173, Carlos E. Gibbs A. Editor, Santiago de Chile, 1965.

(21) José Enrique Silva "Derecho Penal Salvadoreño", Compendio de la Parte Especial, Separata, Revista de Derecho, Año I, Nº 2, San Salvador, El Salvador, Pág. 392.

(22) Entre otros, en tal sentido, Pasquale Curatola, Op. Cit., pág. 822, Giuseppe Maggiore, "Derecho Penal", Vol. III, Op. Cit., pág. 324.

"Obsérvese, sin embargo, que la denuncia no debe entenderse en sentido técnico. Comprende toda información (noticia criminis) oral o escrita, pública o secreta o confidencial, firmada, anónima o pseudónima, presentada espontáneamente por el agente o por otros, o también por invitación de la autoridad (durante un interrogatorio o en cualquier manifestación de descargo".

Inmediatamente, la resolución cita a Maggiore, sin encomiillar. Y luego agrega:

"Nótese que el artículo 367 (italiano, p. n.) comentado es igual, en términos generales, aunque en su redacción es más amplio, al artículo 394 de nuestro Código penal".

En el estado actual de nuestros textos, la solución de este problema exige distinguir entre la denuncia y la acusación. Evidentemente, acogerse a una interpretación extensiva del concepto de acusación o de denuncia sería más conveniente a los fines de la represión. Pero esta interpretación estaría contra el espíritu de la ley —precisamente por ser extensiva— y podría tener varios inconvenientes desde el punto de vista probatorio. En ausencia de una disposición en contrario, los términos "acusación" o "denuncia" deben ser tomados en el sentido que tienen en el Código procesal, y por aplicación de los principios generales hay que hacer la siguiente distinción:

1.—La denuncia puede ser oral o escrita. El Código procesal dispone que cuando se hace por escrito debe llevar la firma del denunciante, y si no supiere, la de otra persona que firme a su ruego, debiendo, en tal caso, ir autenticada su firma por un abogado de los tribunales.

Cuando es oral, el Código procesal exige lo que se denomina la "verbalización". Al respecto dispone el artículo 146 Cpp. "Si fuere verbal, el funcionario que la reciba extenderá acta de ella, en la cual se consignarán los datos que expresa el artículo anterior. Dicha acta la firmarán el funcionario, su secretario o dos testigos y denunciante. Si éste no supiere firmar o se hallare en imposibilidad de hacerlo, se expresará esta circunstancia".

La denuncia, en consecuencia, debe ser escrita. Si es oral, es necesario que haya sido debidamente "verbalizada", en cuyo

caso el acta será documento escrito que hace plena prueba, mientras no sea argüido de falso.

Un documento escrito, o un acta son necesarios para fijar la materialidad de la infracción, para darle una forma precisa, invariable e irrecusable. Es, desde todo punto de vista, peligroso determinar por medio de testigos auditivos no solamente la existencia de la denuncia, sino los términos, el contenido y el alcance de la misma.⁽²³⁾ Además, castigando denuncias puramente orales, puede llegarse a punir, no solamente de denuncias en sentido estricto —que requieren una “noticia criminis”, con un efecto propulsivo del proceso— sino propósitos, palabras, etc. que pudieran haberse escapado en un momento de cólera; puede llegarse a castigar conversaciones más o menos familiares o confidenciales, sobre cuyo alcance el testigo auditivo puede haberse equivocado. Por consiguiente, la necesidad de un texto escrito o de una acta —“verbalización”— aparecen como una regla necesaria a la prueba del delito de acusación o denuncia calumniosa.

Llenado este requisito, los demás —excepto el referente a la edad y la capacidad mental, cuando producen nulidad absoluta— que establece el Código procesal (arts. 9 incs. 2, 3, 4, 5, 6, y 11 inc. 1 y 2) son simples accesorios de la denuncia, y no sus elementos constitutivos. Por consiguiente, y faltando una disposición expresa que castigue su inobservancia con la pena de nulidad, rige el principio general de que sólo vicia el acto aquello que lo afecta en su esencia.⁽²⁴⁾

No habrá delito, en ausencia de denuncia —por faltar escritura o “verbalización” y efecto propulsivo de un proceso— cuando, por ejemplo, un testigo afirma falsamente que fulano es el autor de un delito inexistente o cometido por otro, aunque supiera que la persona imputada es inocente. Este testigo cometerá falso testimonio, si los requisitos de este delito se encuentran reunidos. De lo contrario, su comportamiento es impune.

En ausencia de una “verbalización” levantada con efecto propulsivo de un proceso, o de un escrito espontáneamente dirigido a la autoridad, no existirá denuncia calumniosa cuando el inculpado imputa falsamente a una persona inocente, durante un interroga-

torio o una manifestación de descargo. Este comportamiento, podría sin embargo, ser castigado por el artículo 318 Cód. penal, que castiga al que afirmare ante la autoridad que se ha cometido delito falsamente, aunque la imputación se haga contra persona determinada.

Cuando la denuncia es oral —y no fue “verbalizada”— o cuando se presente ante autoridad incompetente para recibirla, tramitarla o conocerla, tampoco habrá delito de denuncia calumniosa. En tal caso, en realidad, no hay denuncia y el agente no ha denunciado. Pero, como en los casos anteriores, aunque haya imputación de un delito falso contra una persona determinada, podría cometerse el delito previsto en el artículo 318 Cp.

Pero si se afirmare falsamente ante una autoridad que determinada persona es el autor de un delito verdaderamente existente (realizado por otro), este comportamiento no caerá —si no hay denuncia— en el artículo 317, puesto que legalmente no ha habido denuncia en sentido estricto, pero tampoco podría ser castigados por el artículo 318 Cp. que supone, precisamente, que sea falso el hecho denunciado. En este caso, el hecho denunciado fue cierto. La falsedad consistió en señalar a una persona inocente como su autor.

Habrá delito, cuando el agente presenta un escrito anónimo, pseudónimo o con firma falsa. La firma no es un requisito esencial de la denuncia. Lo mismo ocurre cuando el delincuente logra engañar a los funcionarios encargados de “verbalizar” la denuncia oral, sobre sus calidades o identidad.

2.—La acusación tiene que ser escrita, y con formalidades expresamente establecidas, cuya inobservancia es sancionada con la no admisión de la acusación. El problema de la acusación, por tanto, se agota con la admisión o rechazo que el juez haga de la misma al inicio del procedimiento. Si la misma es rechazada por motivos de forma, aun que el juez abriera proceso fundado en la “noticia criminis” contenida en la acusación, procesalmente no hubo acusación. Penalmente no habrá delito.

Una vez admitida la acusación, el acusador calumnioso no podría salvar su responsabilidad alegando que no hubo acusación procesalmente válida; esto es, que la acusación por él presentada

(23) Garçon, Op. Cit., Tomo II, pág. 453.

(24) Garçon, Op. Cit., Tomo II, pág. 454.

tenía de vicios de forma que hubieran posibilitado su rechazo al inicio del proceso.

25) En lo que respecta a la consumación del delito de acusación o de denuncia calumniosa ha habido gran discusión.

Para determinar este momento parece lógico partir del artículo 19 del Código penal según el cual: "El hecho se considera realizado en el momento de la acción u omisión, aunque sea otro el momento del resultado".

En el delito de acusación o denuncia calumniosa, la acción consiste en acusar o denunciar, ante la autoridad competente, a una persona que se sabe inocente (art. 317 Cp.).

Por tanto, el delito de acusación o de denuncia calumniosa se consuma en el lugar y en el momento en que el delincuente acuse a una persona que sabe inocente, como autor de un delito de acción pública y ante autoridad competente. Tal ha sido la posición de la Sala Segunda Penal en su resolución de 10:15 hs. de 12 de agosto de 1960, en la que se dice:

"Visto el incidente de competencia, suscitado entre el Juez Penal de Limón y el Juez Segundo de San José, con motivo del conocimiento de la presente sumaria, se resuelve: 'El delito de acusación calumniosa no se ejecuta en el momento en que la querrela es calificada como tal, sino cuando la misma se presenta ante la autoridad, porque si la acusación no se presenta, el delito no puede ejecutarse. Habiendo sido presentada la querrela en San José, aquí se ejecutó el delito, sin que tenga importancia para el caso que por razones de jurisdicción la resolución final, que la calificó de calumniosa, haya sido dictada por otro funcionario".

Para completar el cuadro en nuestro derecho, hay que agregar que la presentación de una falsa denuncia o acusación sólo importará consumación si posteriormente se califica de calumniosa.

26) Siguiendo esta tesis, cuando la denuncia es escrita, el delito se consuma en el momento de presentación del escrito ante la autoridad competente. Igual situación habrá en el caso de la acusación, por ser ésta escrita.

Cuando la denuncia es oral, según nuestro punto de vista, el delito no se consuma sino hasta el momento en que la autoridad

competente verbalice la denuncia, porque es hasta ese momento en que habrá una denuncia jurídicamente válida.

No es ésta la tesis de la mayoría de la doctrina. Para ella, si la denuncia es oral el delito se consuma en el momento en que el funcionario competente para recibirla o tramitarla, percibe las palabras deladoras.⁽²⁵⁾ Si la denuncia es escrita, o en los casos de querrela (acusación) según una parte de la doctrina, el momento de la consumación no es el de presentación del escrito, sino el momento en que el funcionario competente tiene conocimiento de la "notitia criminis". En este sentido es el pensamiento de Carrara, para quien "... la calumnia no tiene necesidad del resultado de la condena pero sí de otro, que es precisamente el engaño a la justicia, aunque sea momentáneo". Algunos autores franceses, como por ejemplo, Robert Vouin,⁽²⁶⁾ son partidarios de esta tesis.

Para otros autores, como por ejemplo Eduard Kern,⁽²⁷⁾ el delito de acusación o de denuncia calumniosa se consuma, si se hace la acusación o la denuncia por escrito, cuando se ha hecho llegar el escrito a la autoridad. Pero "... esto no significa que deba haber tomado conocimiento de la manifestación cualquier funcionario y sobre todo aquél a quien le incumbe informar acerca de ella, sino que la manifestación ha llegado debidamente al ámbito en que la autoridad es competente".

26) La tesis de los que fijan el momento de la consumación, en el caso de denuncia o acusación escrita, cuando el funcionario competente tiene conocimiento de la "notitia criminis", tiene a su favor dos grandes razones: a) que la acusación o denuncia calumniosa es un delito contra la Administración de Justicia y no contra un particular; luego, fijar el momento de consumación antes del conocimiento del funcionario (descubrimiento), parece contrario a la ley, b) que tanto la denuncia como la acusación como actos jurídicos del particular, deben cumplir dos efectos para existir: 1) el efecto informativo, que consiste en llevar al conocimiento de

(25) En tal sentido, Cuello Calón, Op. Cit., tomo II, pág. 274; José Rafael Mendoza, "Curso de Derecho Penal Venezolano", Compendio de Parte Especial, En Cojo S. A., Caracas, 1961, pág. 176; Louis Lambert, "Traité de Droit Pénal Spécial", Editions Police-Revue, Paris, 1968, pág. 1068; Manzini, "Tratado de Derecho Penal", Tomo V, pág. 136, Ediar Soc. Anon. Editoris, 1957.

(26) Robert Vouin, "Précis de Droit Pénal Spécial", Tomo I, 2ª Edition, Dalloz, 1968, pág. 212.

(27) Eduard Kern, Op. Cit., pág. 53.

la autoridad competente la existencia de un delito y de su autor ("notitia criminis") 2) el efecto propulsivo del procedimiento, que consiste en excitar a la autoridad pública al ejercicio de la acción penal.⁽²⁸⁾

Pero, creemos, que el momento de consumación debe fijarse al presentar el escrito ante autoridad competente, porque basta que potencialmente la acusación o denuncia sea susceptible de determinar el inicio de un procedimiento penal, sin que sea relevante que se haya o no iniciado.⁽²⁹⁾ De donde se sigue que basta que la denuncia o acusación escritas sean susceptibles de cumplir esos dos efectos (informativos y propulsivo), para que se haya lesionado el bien jurídico. Por consiguiente, no es necesario para la existencia del perjuicio, que haya sido conocida la acusación o denuncia por el funcionario competente.

27) La prescripción de la acción penal partirá, en el caso de la denuncia verbal, a partir del momento en que se realizó la "verbalización"; en el caso de la denuncia escrita o de la acusación, a partir del momento en que fue presentada ante autoridad competente. Esto es así, aunque sea otro —como lo es— el momento en que sea declarada la calumniosidad de la acusación o de la denuncia.

28) El delito de acusación o de denuncia calumniosa es un delito formal. Lo que ocurre después de la ejecución, "... no es ocasionado directamente por el culpable, sino por la autoridad inducida a engaño...".⁽³⁰⁾ No hay, entre los elementos constitutivos de la definición de este delito, la necesidad de la causación de un resultado.

29) Los autores han discutido si existe en este delito tentativa. Si el delito, como dijimos, es formal, y por tanto, de peligro, no habrá tentativa, porque siendo ésta en sí misma un delito de peligro, no podría castigarse un peligro de peligro.⁽³¹⁾ De ahí que, si la de-

(28) Vito Gianturco, Op. Cit., pág. 193.

(29) Manzini, Op. Cit., Vol. V., pág. 136.

(30) Manzini, Op. Cit., Vol. V., pág. 137.

(31) Curatola, Op. Cit., pág. 823. Es necesario observar, sin embargo, que no todos los autores son partidarios de este razonamiento. No lo son aquellos que no aceptan como esencia de la tentativa el exponer a peligro un bien jurídico. Al respecto, entre otros, Luigi Scarano, "La Tentativa", Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1960, pág. 37 y ss.

nuncia se efectuó y era idónea para instaurar un proceso, hay delito consumado; si la denuncia (o acusación) no llegó a efectuarse sólo hay un acto preparatorio.⁽³²⁾ También habrá acto preparatorio en el caso de que la denuncia o acusación no sea idónea para lesionar el bien jurídico protegido. En otras palabras, los actos o son idóneos y unívocos y en este caso hay delito consumado; o se trata de actos intrascendentes que —descubiertos o ignorados— carecen de posibilidad de que se procesa contra un inocente, y en este caso falta la materia punible.⁽³³⁾

Otros autores admiten la posibilidad de la tentativa. Tal es el caso de Carrara, que escribe: "... cuando el calumniador, después de haber realizado actos ejecutivos al presentar la falsa querrela, poniéndose de esta suerte en el camino de la tentativa, no encuentra sino el rechazo o el secuestro inmediato del escrito, por parte del funcionario que luego lo acusa de querrelante falso, no veo en este caso sino una simple tentativa de calumnia".⁽³⁴⁾

El caso presentado por Carrara, en realidad, es un buen ejemplo de un acto no idóneo para lesionar el bien jurídico protegido, por no ser susceptible de dar inicio a un procedimiento. Este comportamiento, creemos, es impune.

30) Siendo la acción "punida" el acusar o denunciar, se plantea el problema de si esta acción puede ser realizada en participación criminal. El problema no se plantea todos los días a la praxis, porque, la denuncia o acusación son generalmente el hecho de una sola persona.

Una vieja sentencia de Casación, de 2:21 p.m. de 29 de junio de 1915 (I Sem. pág. 548), al respecto declara lo siguiente:

"Que la Sala sentenciadora procedió correctamente al no aplicar el artículo 15 del Código penal para calificar la intervención de los señores Sanderson y Brooks en el origen de la denuncia, porque la responsabilidad del hecho, caso de que aquella hubiera sido conceptuada de calumniosa, solo podría recaer sobre el denunciante. La naturaleza del delito excluye de la calidad de coautores a los que no hayan intervenido en él de una manera directa".

(32) Cuello Calón, Op. Cit., Tomo II, pág. 274.

(33) Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 137; Mendoza, Op. Cit., pág. 176.

(34) Carrara, Op. Cit., Vol. V, pág. 179.

31) Aunque es éste el único caso en que se ha abordado directamente el problema de la participación criminal secundaria, indirectamente se ha resuelto a favor de esta tesis. Así, los que suministran datos no son enjuiciados y no se comprueba si quien suministró datos, que a la postre resultaron falsos, lo hicieron de buena o de mala fe. Tal es el caso del finquero que denuncia un delito de usurpación en virtud de informes verbales de su administrador: se absuelve al denunciante o acusador, pero no se enjuicia al que falsamente informó (Cas. 1:55 p.m. de 1 de febrero de 1916-I Sem., pág. 83). No comete, tampoco, delito de acusación calumniosa el padre que acusa injurias, porque se comprueba que los informes falsos le fueron dados por su hija menor de edad, que se pretende ofendida. Pero tampoco se enjuicia a la hija (Cas. 3:40 p.m. de 23 de noviembre de 1923-II Sem., pág. 487).

Una de las Salas Penales ha negado, incluso, la participación criminal secundaria del abogado que fabrica materialmente la acusación, que, después de firmarla, presenta el cliente ante autoridad competente. Tal es el caso resuelto por la Res. de la Sala Primera Penal de 15:20 hs. de 22 de marzo de 1969. En ella se dice:

"...En cuanto al fondo, hay una intervención, en el expediente del Licenciado G. L. V. (folio 32) en la que, con toda determinación y honradez expresa: '...si hay alguien que debiera estar en el banquillo de los acusados, ese sería yo...' alegando que, como abogado, fue el consejero del aquí indiciado en lo que culminó en la resolución que se analiza. Así las cosas, la Sala ha meditado en el fondo del asunto, que reviste la complejidad derivada de que, en realidad, hubo una orientación, de carácter técnico en la actuación inicial del indiciado, que no expresa en sí misma una especial intención de E. A. S., para perjudicar por vía de calumniosidad, al ofendido I. H. Q...".

Y he aquí la siguiente paradoja: el denunciante o acusador no responde por haber sido técnicamente dirigido por el abogado, a pesar de haber firmado y presentado la acusación o la denuncia y a pesar de que, como parte, debe conocer la verdad o falsedad de los hechos. El abogado tampoco responde porque no tuvo en el asunto "una intervención de manera directa".

32) Aunque esta jurisprudencia corresponde a Códigos anteriores al vigente, la situación actual es la misma, por lo que está vigente.

Lo que esta jurisprudencia dice es que para ser participante en el delito de acusación o de denuncia calumniosa se requiere tener una intervención directa. O dicho de otra manera, que sólo se puede ser autor o coautor (artículo 45 Código penal). De modo que excluye a los cómplices, a los instigadores y al autor mediato, que no tienen "una intervención de manera directa".

De acuerdo con las palabras de Casación, los participantes secundarios están excluidos de la posibilidad de realizar el delito, por "la naturaleza del delito".

Si se admite solo la participación directa (autoría y coautoría) es porque, para cometer este delito es necesario realizar la infracción en sus tres elementos constitutivos: el elemento legal, el material y el subjetivo. El único elemento que no realizarían los participantes secundarios sería el material. El problema se desplaza, entonces, a determinar qué es la particularidad que tiene el elemento material —es decir, el acusar o el denunciar a una persona— que excluya a los participantes secundarios. Y aquí, la única explicación a tal particularidad sería sostener que el acto de acusar o de denunciar es personalísimo y realizable por una sola persona. Ello no es así. No se ve dificultad en admitir la participación secundaria. Es posible ser autor mediato de la acusación o de la denuncia calumniosa; es posible ser cómplice instigador.

La doctrina admite ampliamente la participación criminal secundaria en este delito.⁽³⁵⁾

2º La acusación o denuncia calumniosa deben serlo por un delito de acción pública

33) De conformidad con el artículo 317 del Código penal el delito sólo existe cuando se acusa o se denuncia falsamente a una persona que se sabe inocente por un delito de acción pública.

La palabra delito es tomada en sentido técnico y comprende no solamente los delitos de acción pública definidos por el Código penal, sino aquéllos definidos por leyes especiales (por ejemplo, Código sanitario, Código fiscal, etc.).

(35) Así, Carrara, Op. Cit., Vol. V, pág. 182; Cuello Calón, Op. Cit., Tomo II, pág. 274; Logoz, Op. Cit., Tomo II, pág. 712; Garçon, Op. Cit., tomo II, pág. 455; Soler, "Derecho Penal Argentino," Tomo III, pág. 295, Tipográfica Editora Argentina, 1951; Oderigo, "Código Penal Anotado", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1964, pág. 146, entre otros.

34) Delitos de acción privada son aquellos definidos en el Código penal (art. 81: el contagio venéreo, la injuria, la calumnia, la difamación, el incumplimiento del deber alimentario, la competencia desleal, el estupro, la sodomía cuando alguno de los sujetos sea menor de 17 años; art. 162: los abusos deshonestos, siempre que no se produzca con las circunstancias calificativas o agravantes del artículo 157 y 158, respectivamente; art. 166 Cp., el rapto, siempre que, también, no concurren las circunstancias calificativas o agravantes del artículo 157 y 158 del Cp.) o en leyes especiales (por ejemplo, ley N° 32 de 17 de julio de 1902, revalidada por la ley N° 7 de 15 de mayo de 1908, conocida con el nombre de ley de imprenta, respecto al delito de injurias o calumnias por la prensa). Las acusaciones o denuncias falsas y calumniosas por delitos de acción privada, no constituyen el delito en estudio. Podrían constituir delitos contra el honor.

35) "A fortiori", quedan excluidas del delito las falsas acusaciones o denuncias por contravenciones. Estas son de orden público, salvo disposición en contrario de la ley, pero no son delitos.

36) El artículo 317 Cp. establece que la acusación o denuncia debe serlo de un delito de acción pública. Luego, tampoco es aplicable este artículo cuando se denuncie o acuse una acción u omisión, que, aunque inexistente, constituye un hecho penalmente lícito, aunque sea un ilícito civil, administrativo o financiero, para el cual no hay pena, o está prevista una sanción diferente de las penas establecidas en el Código penal (en vez de prisión, se prevé arresto, o bien se prevé una multa no penal).⁽³⁶⁾

En este caso, aunque haya desfiguración de los hechos o invención de los mismos, si estos hechos desfigurados o inventados, si fueran ciertos, constituirían un ilícito no penal, no hay delito. Menos lo habrá cuando los mismos se relatan como son, aunque el agente crea que son coincidentes con un tipo penal de acción pública.

Pero si la invención o desfiguración de los hechos, hacen que los mismos coincidan, en abstracto con un delito de acción pública, sí es aplicable el artículo 317 Cp.

Es esta característica del delito la que explica que la jurisprudencia, cuando se reclama en la vía penal un asunto civil, en el

cual el acusado obtiene sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, establezca que no existe delito de acusación o de denuncia calumniosa. Este sentido la Sala Segunda Penal, en su resolución de 16:05 hs. de 23 de setiembre de 1966 establece:

"Repetidamente tiene establecido nuestra jurisprudencia que la declaratoria de calumniosidad solamente procede cuando se nota de parte del querellante el propósito de dañar la reputación del acusado o de agravar las instituciones judiciales al acudir a ellas con fines ilícitos y no cuando ha habido un simple error al escoger la vía penal en reclamo de sus derechos".

La misma Sala Segunda considera en su Res. 16:25 hs. de 7 de julio de 1966 donde se declara:

"Con posterioridad el absuelto solicita se declare calumniosa la denuncia. Se deniega esa petición, pues tal declaratoria sólo procede cuando resulte notoria la mala intención del denunciante y se advierta que procedió con dolo y no por error de concepto al escoger la vía civil o la penal para el reclamo de sus derechos, como ocurrió en el presente caso, en que el ofendido estimó equivocadamente que por haber dejado su vehículo en el negocio del reo, cabía a éste responsabilidad penal por el motivo de su desaparición".

Puede afirmarse, entonces, que el delito de acusación o de denuncia calumniosa existe cuando hay correspondencia entre el hecho de la inculpación y un tipo penal de acción pública, abstractamente punible.⁽³⁷⁾ Dos consecuencias importantes derivan de lo anterior: a) cuando el hecho, objeto de la inculpación, corresponde al tipo de un delito de acción pública abstractamente punible, o la participación atribuida corresponde a una participación abstractamente punible, por un delito de acción pública, existirá delito, si el hecho acusado o denunciado fue imaginado por el acusador o denunciante, o si la participación en el delito —que fue realizada por otro— fue también imaginada. Esto es así, aunque no se especifique que el hecho denunciado o acusado constituye, específicamente tal o cual delito, o que fue realizado dicho delito en calidad de tal o cual categoría de participante. Basta, para constituir el delito, una invención parcial de los hechos, que los desnaturalice

(36) Pasquale Curatola, Op. Cit., pág. 819; Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 107.

(37) Curatola, Op. Cit., pág. 819.

totalmente y los agrave. b) Cuando el hecho, objeto de la inculpación, fue cierto, y se relata tal como ocurrió, aunque equivocada o intencionalmente se le haya calificado de delito de acción pública, no existirá delito. Lo mismo puede decirse cuando el agente, atribuyendo al denunciado o acusado una participación en el hecho que realmente tuvo, pero que no es participación punible, la enmarca como participación penalmente sancionable.

Esta segunda consideración deriva del principio de que sólo hay acusación o denuncia calumniosa cuando se inventan, total o parcialmente los hechos (elemento material del delito) o cuando se imagina la participación de una persona en un delito efectivamente ocurrido, pero realizado por otro.

Por ello decía Cas. en 1905 (Sent. Cas. 3:30 p.m. de 10 marzo de 1905-II Sem., pág. 164):

"La calumnia, en cualquiera de sus formas, requiere dos condiciones precisas para su existencia: que se impute un hecho que importe delito público determinado y que el hecho imputado no haya existido. Es verdad que el Sr. Meneses acusó al Jefe Político de haberle impuesto una prisión arbitraria; pero el hecho de la prisión fue cierto, sin que la calificación jurídica que atribuyó al hecho cierto y que los tribunales inferiores tuvieron por equivocada, imprima a tal imputación carácter de delito, el cual no existe en este caso".

37) Mucha razón tenía Carrara al definir como la afirmación, ante las autoridades, y a sabiendas, de "... afirmaciones mendaces de hecho ...", con el fin de excitar un proceso penal contra un ciudadano y hacerlo condenar a una pena inmerecida.⁽³⁸⁾

No hay delito de acusación o denuncia calumniosa, cuando hay afirmaciones mendaces de derecho, aunque sean intencionales si no existe falsedad en cuanto a los hechos denunciados o acusados. La razón es simple: el juez conoce el derecho. Es cierto que su actividad investigativa tiene que llevarlo a conocer los hechos, pero es respecto a éstos que las partes tienen posibilidad de introducir el error en la sentencia. Las consecuencias jurídicas de los hechos las determina, única y exclusivamente, el juez. Las falsas afirma-

(38) Carrara, Op. Cit., Vol. V, pág. 164.

ciones de derecho, por lo demás, no causan perjuicio a la Administración de Justicia.

38) De acuerdo con el artículo 317 existe delito cuando se acusa a una persona que se sabe "inocente". Pero se ha planteado el problema de saber si se comete el delito cuando se acusa o se denuncia un hecho, callando circunstancias que le quitan al mismo el carácter de ilícito penal, y que efectivamente existiendo, el agente conociera. Por ejemplo, se calla de manera intencional cualquier causa de justificación que el denunciante conozca. Para la solución del problema hay que determinar si se ha acusado a un inocente, y si se han falseado los hechos.

Evidentemente, callando una causa de justificación conocida existe el peligro de que se condene a un inocente. Existe delito porque, la denuncia o la acusación deben tomarse en su conjunto. Ellas son falsas cuando por la adición de ciertas circunstancias o por la reticencia voluntaria de otras, se desnaturalizan los hechos verdaderos,⁽³⁹⁾ si las mismas son esenciales. Circunstancias esenciales son aquellas que se refieren a elementos constitutivos de la figura, de modo que la falsedad respecto a ellas, produce un cambio del título del delito ("essentialia delicti"), de tal manera que los hechos asumen las características de un delito más grave y diferente del realmente cometido.⁽⁴⁰⁾ Tal sería el caso de denunciar un robo, cuando en realidad hubo únicamente un hurto; de denunciar el delito de extorsión, cuando únicamente hubo el delito de amenazas. En estos casos se acusa a un inocente.

Pero considerando que la palabra inocente puede tomarse en un sentido absoluto y en un sentido relativo, la solución dada anteriormente es discutible. Porque como dice Carrara, en los casos anteriores, no nos encontramos ante un inocente absoluto ni ante un culpable absoluto. Nos encontramos ante un acusado o denunciado que es culpable e inocente a la vez: culpable del hurto que se le imputa, inocente del robo; culpable de las amenazas, inocente de la extorsión. Y desde el punto de vista de la solución del problema, caemos en el siguiente dilema: "O se me castiga, porque la víctima era inocente, y esto sería una injusticia; o no se me castiga, porque la víctima era culpable, y esto sería un escándalo".

(39) Garçon, Op. Cit., Tomo II, pág. 469.

(40) En tal sentido, Curatola, Op. Cit., pág. 812; Maggiore, Op. Cit., pág. 324.

Hay que escoger una de las alternativas del dilema: debe castigarse a este denunciante o acusador, puesto que acusó o denunció a un inocente.

Cuando, en lo esencial, los hechos denunciados son ciertos, pero hay invención respecto a los elementos accidentales del delito, aunque los mismos influyan sobre el monto de la pena, no habrá delito, pues se acusa a un culpable.⁽⁴¹⁾ Tal es el caso de agregar a los hechos circunstancias que no son ni constitutivas ni calificativas del delito, sino simplemente agravantes.

39) De acuerdo con el artículo 317, el delito solamente existe cuando el agente acusa o denuncia a una persona "que sabe inocente". De ahí, entonces, que la falsedad respecto a elementos esenciales del delito ("essentialia delicti") por silencio de ellos o cuando se modifiquen, si el hecho principal es cierto, no constituyen delito, si tal falsedad transforma el delito acusado, en un delito menos grave que el realmente cometido. En este caso, se acusa a un culpable.

Por todas las dificultades y lagunas que el empleo del término "inocente" produce, es que Carrara proponía sustituirlo por una expresión más clara y menos equívoca: "Al decir que el fin de la denuncia debe ser el someter a un ciudadano a una pena que sabe que no merece, se evitan las equivocaciones que suscita (al emplearla en las definiciones comunes de la calumnia) la palabra inocente".⁽⁴²⁾

40) Se ha planteado el asunto de si la acusación de un delito que está cubierto por circunstancias que le quitan al hecho intrínsecamente su carácter de ilícito o por circunstancias que hacen que el imputado no pueda ser perseguido, constituye o no delito de acusación o de denuncia calumnia, si el agente conocía estas circunstancias. Tal es el caso del delito prescrito, penado, amistiado.

Algunos autores argentinos creen que lo anterior constituye el delito de acusación o de denuncia calumniosa, porque se afecta el bien jurídico protegido, al poner en movimiento la Administración de Justicia para perseguir un delito y a un delincuente inexistentes. Ello porque, para aclarar, por ejemplo, lo relativo a la prescripción,

(41) Soler, Op. Cit., Tomo III, pág. 310.

(42) Carrara, Op. Cit., Vol. V, pág. 167.

es necesario poner en marcha un proceso judicial.⁽⁴³⁾ Otros autores dicen lo contrario, basados en que en el caso de acusar o denunciar un delito prescrito o penado, amistiado o indultado, no hay lesión al bien jurídico protegido, porque, siendo estas causas de extinción del delito de orden público, el juez debe declararlas de oficio.⁽⁴⁴⁾

Para nosotros no hay delito en el caso de denunciar o acusar, a sabiendas, un delito penado prescrito o amistiado si se narran los hechos sin alteraciones. En efecto, la ley requiere que haya acusación o denuncia de un delito de acción pública, y por tal no puede entenderse aquél extinguido, penado, prescrito, en los que falta la posibilidad de condenatoria.

Distinto es el caso en que se mienta, se callen intencionalmente, o se tergiversen las circunstancias mismas que convierten el delito en extinguido, en prescrito o en ya penado o indultado. En esta hipótesis, la falsedad consiste en presentar el delito como actualmente punible.⁽⁴⁵⁾ La mentira, la reticencia o la tergiversación de circunstancias esenciales, convierten el contenido de la denuncia o acusación, en la acusación o denuncia de un delito inexistente.

3º Es necesario que la acusación o la denuncia sea dirigida contra una o varias personas

41) De acuerdo con el artículo 317 Cp. el delito de acusación o de denuncia calumniosas solamente existe cuando se acusa o se denuncia "a una persona". Evidentemente, debe tratarse de una persona determinada,⁽⁴⁶⁾ es decir, identificada o identificable. Por consiguiente, debe indicarse el nombre de la persona denunciada o acusada, o al menos, los elementos de una identificación personal de la misma.⁽⁴⁷⁾

(43) En este sentido, Ernesto J. Ure, "Once Nuevos Delitos", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, pág. 56; Soler, Op. Cit., pág. 307, Tomo III; Ricardo C. Núñez, "Derecho Penal Argentino", Tomo IV, pág. 132; Carlos Fontán Balestra, "Denuncia Calumniosa, Calumnia Real y Simulación de Delito", Op. Cit., pág. 150.

(44) Oderigo, Op. Cit., pág. 149; Juan P. Ramos, "Los Delitos Contra el Honor", Segunda Edición Actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1957, pág. 248.

(45) Etcheberry, Op. Cit., Tomo IV, pág. 173.

(46) Garçon, Op. Cit., Tomo II, pág. 456.

(47) Curatola, Op. Cit., pág. 820.

La denuncia o acusación de un delito inventado (imaginario), atribuido a una persona imaginaria, mediante la indicación de falso nombre o de falsos elementos de identificación personal, constituye simulación de delito, previsto en el artículo 318 Cp. y no de denuncia calumniosa.⁽⁴⁸⁾

Sin embargo, la denuncia o acusación de un delito realmente ocurrido, pero atribuido a una persona imaginaria —mediante la indicación de un nombre falso o de falsos datos personales— y aunque se conozca quien es el verdadero autor— no constituye delito, lo que pareciera ser una laguna del nuevo Código penal. En efecto, este hecho no cae en las previsiones del artículo 317 del Cód. pen. porque no se denuncia a una persona determinada. Pero tampoco es sancionado por el artículo 318 Cp., porque este artículo castiga al que falsamente afirmare ante la autoridad que se ha cometido un delito de acción pública; y en este caso, tal afirmación no es falsa, porque el delito fue realmente cometido.

42) El uso del singular que hace el legislador en el artículo 317 Cp. (“una persona”) no excluye, desde luego, la existencia del delito cuando se acusa o se denuncia falsamente a varias personas.

La persona señalada como autor o partícipe del delito, y que es acusada o denunciada falsamente, debe ser una persona viva. No habrá delito cuando se acusa o se denuncia a un difunto.⁽⁴⁹⁾ Tal hecho podría caer, sin embargo, en otros artículos, como el 318 Cp.

El delito en estudio solamente puede cometerse denunciando o acusando a una persona física, y no a una persona moral o jurídica, porque éstas no son sujetos activos de derecho penal.⁽⁵⁰⁾ Pero si la imputación que se hace, implica responsabilidad penal de las personas físicas que representan o administran la persona jurídica, existirá delito si se dan los otros requisitos para que el mismo se configure.⁽⁵¹⁾

43) No es necesario —para constituir el delito— que la determinación de la persona se haga afirmado categóricamente que

(48) Así, Curatola, Op. Cit., pág. 820; Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 128.

(49) Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 127; Logoz, Op. Cit., Tomo II, pág. 710.

(50) Garçon, Op. Cit., pág. 457, Tomo II.

(51) Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 128.

el falsamente denunciado o acusado es el autor o el partícipe del delito acusado o denunciado. Basta que se diga, simplemente, que era sospechoso, si es posible determinar por otros datos de la denuncia o acusación que la dirección de voluntad, contenida en la manifestación, era inculpar, o lograr que el juez inculpara al indicado como simplemente sospechoso. Sin embargo, siendo el hecho denunciado o acusado cierto, la indicación de que se sospecha de alguien que resulta a final de cuentas no ser el autor, creará en el juez la duda acerca de la existencia de la voluntad criminal. En este sentido dice la Res. de 15:50 hs. de 2 de octubre de 1964:

“Es más, los hechos denunciados por el indiciado son ciertos, de que en el taller donde laboraban ambos, acusador y acusado, han ocurrido sustracciones, sin que se haya podido precisar quien o quienes son los autores. La circunstancia de el aquí reo señalara como sospechoso al ofendido ante las autoridades de investigación, no constituye tal delincuencia, pues es esa la manera usual y hasta normal de proceder a una investigación, para facilitar la labor de los investigadores, que en el caso concreto ningún resultado positivo dio contra el señor E. A. C.”.

4º Es necesario que la denuncia o acusación haya sido dirigidas a la autoridad

44) De acuerdo con el artículo 317 Cp. el acusar o el denunciar, la acusación o la denuncia, deben hacerse o presentarse “ante la autoridad”.

Este artículo no determina ante cuál autoridad hay que presentar la acusación o la denuncia. Y su escueta fórmula restrictiva, contrasta con aquella que tenía el artículo 394 del Código penal de 1941, que castigaba al que denunciara falsamente “... a la autoridad judicial o a un funcionario que tenga obligación de dar parte de ello a dicha autoridad”. Interpretada esta disposición del Código penal de 1941, resultaba que el término denuncia era tomada en sentido amplio, y que podía presentarse ante aquellos funcionarios que capacita el artículo 144 Cpp. para recibir la denuncia o ante aquellos que, de acuerdo con el artículo 147 del mismo Cpp., están obligados a denunciar.

45) Según nuestro parecer, la situación ha variado con el nuevo Código penal. Este restringió el concepto de denuncia y acusación, para estar al concepto de ellas dado por el Código procesal. Por consiguiente, la autoridad competente ante la que tiene que presentarse la denuncia, es ante aquella que legalmente está capacitada para recibir una denuncia o una acusación en sentido procesal. Desde esta perspectiva, la indicación de que la acusación o la denuncia deben presentarse ante autoridad competente, resulta ser una tautología en que cae el legislador, porque no hay denuncia ni acusación, si las mismas no se presentan ante autoridad competente.

De ahí, pues, que la autoridad competente para recibir la acusación es el juez o tribunal competente para recibirla o/y para conocerla. La autoridad competente para recibir la denuncia —y si no se presenta ésta ante esa autoridad no es denuncia— es aquella o son aquellas que establece el artículo 144 del Cód. de Proc. penales.

46) Actualmente, cuando se pone en conocimiento la falsa comisión de un delito ante un funcionario (o particular que cumple funciones públicas) que de acuerdo con el artículo 147 del Código de procedimientos penales deben denunciar los delitos de que conozcan en el ejercicio de sus cargos, a falta de la existencia legal de la denuncia no habrá realización del artículo 317 Cp. Este comportamiento, sin embargo, no es impune. Si se dan los otros requisitos legales, tal conducta podría ser castigada por el artículo 318 del Código penal, que sanciona al que "... falsamente afirmare ante autoridad que se ha cometido un delito de acción pública...". Este delito existe, aun en el caso de que falsamente se haya imputado a una persona determinada la comisión de un delito inexistente de acción pública. Porque, si es delito afirmar falsamente que se ha cometido delito de acción pública ante autoridad competente sin designar persona determinada, "a fortiori", será delito afirmar falsamente que se ha cometido un delito de acción pública designado a una persona determinada, si este comportamiento no es castigado por el artículo 317 Cp.

Pero esta interpretación nos lleva a la conclusión de que hay que hacer varias distinciones:

a) Si se denuncia ante autoridad competente para recibir la denuncia —hay denuncia en sentido procesal— un delito inexis-

tente de acción pública, sin designar a persona determinada, el hecho es regido por el artículo 318 Cp., si se reúnen los otros requisitos legales para la aplicación de este artículo. La denuncia falsa, legalmente constituida, es también afirmación ante la autoridad de que se ha cometido un delito de acción pública.

b) Cuando se afirma falsamente ante autoridad incompetente para recibir, según el artículo 144 del Código procesal penal, pero que está obligada a denunciar de acuerdo con el artículo 147 ibídem, que determinada persona es el autor o cómplice de un delito realmente ocurrido, pero realizado por otro, circunstancia que conoce el denunciante, no existirá delito. No lo hay porque no hay denuncia en sentido procesal la cual es un supuesto de aplicación del artículo 317 Cp.; pero hubo delito, fue cierta la existencia del delito. En consecuencia, no es aplicable el artículo 318 Cp., que supone que el delito puesto en conocimiento de la autoridad nunca haya existido. Esto pareciera ser una laguna del nuevo Código penal. Quizás podría configurarse un delito contra el honor.

c) Cuando la autoridad ante la que se afirma falsamente que hubo delito, o que determinada persona es el delincuente, es de aquellas que, siendo incompetentes para recibir la denuncia, no están obligadas a denunciar (por ejemplo, por no haber tenido conocimiento del delito en el ejercicio de sus funciones), no se configura tampoco la denuncia calumniosa, sino, a lo sumo, un delito contra el honor. Sería como si esa afirmación se hiciera ante un particular.

5º Denuncia o acusación falsas

47) El artículo 317 del Cp. requiere que la acusación o la denuncia hayan sido establecidas contra una persona que sabe el acusador o denunciante "inocente". Por tanto, es necesario, para la aplicación de este artículo, que se determine la falsedad de la denuncia o acusación, la no culpabilidad de la persona denunciada o acusada.

En sentido contrario puede establecerse, entonces, que acusar a un culpable constituye un derecho para el particular; un derecho y un deber para los funcionarios que legalmente están obligados a denunciar.

De ahí que sean acertadas las palabras de la Sala Primera Penal cuando dijo en su Res. de 9:25 hs. de 17 de mayo de 1962 que es un error:

"... creer que el delito de acusación o de denuncia calumniosa se configura por el hecho de denunciar un delito que sabe el denunciante o acusador no se ha cometido, cuando precisamente la denuncia o acusación son las que vienen a determinar, mediante la instrucción, todos los detalles para determinar la existencia o inexistencia del delito; y poniendo a cargo del acusador o denunciante antes de hacer la correspondiente denuncia o acusación la tarea de determinar si los hechos que acusa o denuncia son constitutivos técnicamente de un delito determinado, lo cual constituye un absurdo, máxime si se toma en cuenta que nuestro sistema procesal es amplio en cuanto a la facultad de denunciar".

48) Como para la existencia del delito de acusación de denuncia calumniosa es necesario que el delito denunciado o acusado sea de acción pública, es principio cierto que la falsedad contenida en una acusación o una denuncia sólo puede resultar de una decisión judicial definitiva que así lo establezca. La autoridad competente para dictar esta decisión sobre la falsedad de los hechos denunciados o acusados es aquella que tendría competencia para reprimirlos si los mismos fueran ciertos. Cualquiera otra sería incompetente. La decisión que establezca la falsedad de los hechos debe ser definitiva, debe ser sentencia firme. De no existir esta regla, sería fácil caer en errores judiciales, porque declarada la falsedad de los hechos en primera instancia, siendo la decisión reformable, podría ocurrir que la verdad de los hechos se encuentre posteriormente reconocida.⁽⁵²⁾ Aparte de este argumento, se demuestra la necesidad de la firmeza que debe tener la resolución judicial, estableciendo las consecuencias de su inexistencia:

a) Puesto que acusar o denunciar es un derecho, mientras la falsedad de la acusación o de la denuncia no se establezca, no puede decirse que haya siquiera indicios de que se ha cometido un delito. Lo que es lícito, no puede ser delito.

b) Sería posible la contradicción entre las sentencias penales si antes de determinar la existencia del delito acusado o de-

(52) Garçon, Op. Cit., Tomo II, pág. 497.

nunciado, pudiera establecerse el juicio por acusación o denuncia calumniosa contra el delator o acusador. Podría darse el caso de que en el primer juicio se condenara al acusado o denunciado, y en el segundo se condenara al acusador o denunciante.

c) Por otro lado, la firmeza de la declaratoria de la falsedad de los hechos, exigida para poder plantear la acusación o denuncia contra el falso denunciante o acusador, impide que éstos sean intimidados en su actividad. De ahí que esta exigencia de firmeza a favor de los acusadores o denunciante, es una garantía procesal, en la medida en que solamente pueden ser procesados criminalmente por hechos muy fundados.⁽⁵³⁾

49) Una cosa es el establecimiento de la falsedad de los hechos; otra diferente, la realización procesal de este establecimiento. Y como dice Carrara, varios sistemas son aquí posibles:

a) O un mismo juez, en una misma sentencia, decide la suerte del acusado y del "calumniador".

b) O antes se concluye el juicio contra el acusado y después se juzga al calumniador.

c) O se suspende el juicio contra el acusado principal cuando interviene querrela por calumnia, y se juzga previamente sobre ésta.⁽⁵⁴⁾

50) En nuestro derecho, la solución procesal del problema se estructura partiendo del artículo 16 del Cód. de proc. penales, según el cual:

"Siempre que la causa seguida por denuncia o acusación que no sea del Ministerio Público, se termine por sobreseimiento o por absolución, el Juez o Tribunal, en auto o sentencia respectivos, y a instancia del absuelto, mandará a abrir proceso por denuncia o acusación calumniosa, si a su juicio los autos dieren mérito para ello, y el hecho, en su caso, será castigado con arreglo al Código penal".

A pesar de que el artículo 154 del mismo Código procesal penal pareciera dar la idea de que en la responsabilidad por acu-

(53) Cuello Calón, Op. Cit., Tomo II, pág. 275.

(54) Carrara, Op. Cit., Vol. V, pág. 195, nota 1.

sación o denuncia calumniosa se incurre cuando no se justifica la imputación, el criterio que privó fue precisamente el de primacía del artículo 16. Según el criterio de la jurisprudencia, no hay contradicción entre el artículo 16 Cpp. y el artículo 154 Cpp. En la sentencia de Cas. de 1:55 p.m. de 1º de febrero de 1916 (Col. Sent. Cas. I Sem., pág. 83), se lee:

"4.—Que el artículo 154 del Código de procedimientos penales no varía el carácter verdadero de los delitos de acusación y de denuncia calumniosa; ni era natural que así hiciera una ley de procedimiento. El concepto propio de esa disposición se explica por los términos del artículo 16, ibídem, el cual dispone que a instancia de parte, el tribunal que dicte el sobreseimiento o absolución —si la causa se ha seguido por denuncia o acusación que no sea del Ministerio Público— mandará a abrir proceso por denuncia o acusación calumniosa, si a su juicio los autos dieren mérito para ello, y que el hecho, en su caso, será castigado con arreglo al Código penal".

51) De acuerdo con la jurisprudencia de Casación este artículo establece una cuestión prejudicial a la acción. Esta jurisprudencia constante la expresa mejor que ninguna otra sentencia la de Cas. 11 hs. de 11 de octubre de 1940 (II Sem., pág. 1091). En ella se dice:

"1.—Que la presente acción por acusación calumniosa, es una de las que están subordinadas a apreciaciones previas que constituyen elementos de hecho del delito; lo mismo ocurre, por ejemplo, con la quiebra fraudulenta; proviene lo primero de que el artículo 16 del Código de procedimientos penales dispone que cuando se sobresee o se absuelve en denuncias o acusaciones que no sean del Ministerio Público, se debe mandar a abrir proceso por denuncia o acusación calumniosa si a juicio de quien conoce de aquellas denuncias o acusaciones los autos dan mérito para ello y hay instancia de parte a ese respecto".

52) El artículo 16 del Cpp. establece, por tanto, una cuestión prejudicial a la acción. En materia penal se llama prejudicial a aquella cuestión que concierne un elemento del delito que debe ser examinado por un juez distinto de aquél que debe conocer del asunto. Se diferencian las prejudiciales de las cuestiones llamadas

previas en que en éstas el mismo juez que conoce del asunto principal conoce de la excepción.⁽⁵⁵⁾

Las cuestiones prejudiciales pueden ser previas a la acción o previas a la sentencia. Las primeras impiden el establecimiento de la acción mientras no se haya definitivamente resuelto la cuestión prejudicial; las segundas impiden que se dicte sentencia mientras que la autoridad que debe resolver la cuestión no lo haya hecho definitivamente.

Pero el artículo 16 Cpp. va mucho más lejos en el establecimiento de obstáculos procesales para impedir que la acción sea ejercida contra el denunciante o acusador.

Estos obstáculos procesales son los que van a dar fisonomía al sistema de punición en este delito. Ellos son:

1) El artículo 16 habla de "... la causa ... (que) ... se termine por sobreseimiento o absolución ...". Interpretada a "contrario sensu" la disposición, si hay sobreseimiento, pero la causa no se termina, no habrá posibilidad de una declaratoria de calumniosidad. En este caso se encuentra el sobreseimiento provisional. Del mismo modo, si la causa no comienza siquiera, aunque los hechos denunciados o acusados sean totalmente falsos, tampoco habrá posibilidad de acusarlos por denuncia o acusación calumniosa. No habrá, entonces, acusación calumniosa, cuando el juez dicta el auto de abstención de procedimientos del artículo 163 del Cpp. Tampoco es posible la acusación o denuncia calumniosa, cuando sea la Asamblea Legislativa la que declare que no hay lugar a la formación de causa, cuando está obligada a hacerlo por disposición constitucional en las acusaciones contra ciertos funcionarios. Tal es la jurisprudencia sentada en la Cas. 2:45 p.m. de 14 de diciembre de 1911 - II Sem., pág. 640. En ella se dice:

"1.—Que cuando como en el presente caso, la acusación o denuncia no ha producido el procesamiento del acusado, no existe el delito público de que trata el artículo 234 del Código penal, pues es un elemento indispensable del mismo la imputación de uno o más hechos falsos y, por consiguiente, es preciso, que por lo menos se levante

(55) Francisque Goyet, "Le Ministère Public", Troisième édition mise à jour par Marcal Rousselet et Maurice Patin, pág. 313. Recueil Sirey, Paris, 1953.

sumaria, y que el proceso originado por la acusación o denuncia que sobre la imputación se funde, termine por sentencia absolutoria o por sobreseimiento definitivo, el cual tiene el carácter de sentencia (arts. 91 y 364 del Código de procedimientos penales).

"3.—Que el artículo del Código de procedimientos penales tampoco ha sido infringido: la disposición clara y terminante de ese artículo disipa toda duda en cuanto a que para abrir proceso por el delito de acusación o denuncia falsa, es necesario que el procesamiento producido termine por sentencia absolutoria o sobreseimiento definitivo; y en este caso, ni siquiera se llegó a la oportunidad de que el tribunal resolviera si debía o no abrirse causa según el precepto del referido artículo, puesto que no se admitió la acusación".

No deja de ser contradictoria la posición de la jurisprudencia, en especial, en lo que respecta al auto de abstención de procedimientos. Este se dicta, según el artículo 163 Cpp. cuando los hechos denunciados o acusados no constituyen delito, si aun no se ha iniciado el procedimiento (instrucción). Contra el mismo caben todos los recursos legales, pero no establece la inocencia del inculpado, en el sentido del artículo 317 del Código penal. Por consiguiente, no puede servir de base a una condenatoria por acusación o denuncia calumniosa. Y en este supuesto, como bien lo dicen Jean Vassogne y Camille Bernard,⁽⁵⁶⁾ las víctimas de la mentira se encuentran más desarmadas, cuanto más grande y flagrante es la mentira.

2) El artículo 16 Cpp. establece que "El Juez o Tribunal, en el auto o sentencia respectivos... mandará abrir proceso por denuncia o acusación calumniosa, si a su juicio los autos dieren mérito para ello".

La jurisprudencia ha interpretado, entonces, que se requiere una declaratoria expresa del juez o tribunal, mandando abrir proceso por acusación o denuncia calumniosa.

Esta disposición de nuestro Código procesal, que también existe en otros derechos, no cuenta con el favor de la doctrina. Porque exigiendo la declaración previa se cae en el siguiente dilema: o la declaración previa sería una declaración completamente super-

flua, carente de fuerza obligatoria, o si tuviera alguna fuerza, haría inútil el segundo juicio, donde ya no habría nada que investigar, ni que controvertir, ni que calificar y el cual tendría únicamente por objeto la imposición de una pena. Sería algo así como una especie de juicio ejecutivo en materia penal.⁽⁵⁷⁾ Por lo demás, puede argumentarse con Soler,⁽⁵⁸⁾ que la declaración previa, es improcedente (puesto que se afirma la concurrencia de una figura delictiva en un proceso que no tenía por objeto investigar los elementos del mismo, sino los de otro delito), es ineficaz e inconstitucional (por ser declaración hecha contra un sujeto que no ha sido interrogado sobre su hecho, que fue el formular la denuncia).

Nuestra jurisprudencia se inclinó por una de las alternativas del dilema: la declaración previa de calumniosidad, que hace el juez o tribunal que conoció del delito denunciado o acusado es, efectivamente, ineficaz, a efecto de establecer la culpabilidad del denunciante o acusador por el delito de acusación o de denuncia calumniosa. Respecto a la culpabilidad, la declaración previa es una calificación provisional de calumniosidad (Cas. 3:45 p.m. de 8 de octubre de 1937 - II Sem., pág. 1876). Pero es efectiva a efecto de establecer la no culpabilidad del acusador o del denunciante, como bien puede comprenderse si se piensa que la declaratoria de calumniosidad es prejudicial a la acción de acusación o de denuncia calumniosa.

La función que lógicamente cumple la existencia de la declaratoria previa es la no enervar la obligación ciudadana de denunciar delitos.⁽⁵⁹⁾ Es la explicación que de la finalidad de ese requisito da la sentencia de Cas. de 11 hs. de 11 de octubre de 1940 (II Sem., pág. 1091) que dice:

"...la apreciación previa de que se ha hecho mérito, atribuida a quien conoce de la acusación original, quien es quien puede, mejor que nadie, darse cuenta de la sinceridad o maldad de la acusación, es un obstáculo con que la ley contiene o reprime las reacciones de quien es absuelto contra el denunciante o acusador, que tal vez ha creído simplemente cumplir con el deber de dar cuenta a la autoridad de

(57) Alfredo Etcheberry, Op. Cit., Tomo IV, pág. 174.

(58) Soler, Op. Cit., Tomo III, pág. 302.

(59) Quintano Ripollés, Op. Cit., Tomo II, pág. 577.

(56) "Dénontiation Calomnieuse", en Encyclopedie Dalloz, #1.

hechos delictuosos; así se evita en parte la multiplicación de los procesos".

De acuerdo con los términos del artículo 16 Cpp. solamente se cumple este requisito de "procedibilidad" cuando el juez **manda abrir proceso** por denuncia o acusación calumniosa. Por consiguiente, dice la jurisprudencia, no existe esta declaración previa del juez o tribunal, cuando éstos se limitan a disponer "... que se testimonien las piezas conducentes para averiguar si el citado O. cometió el delito de acusación calumniosa..." (Res. Sala Segunda penal 16 hs. de 30 de abril de 1965; en igual sentido, Res. 10:15 hs. de 9 de diciembre de 1952 de la Sala Segunda Penal, Res. Sala Segunda Penal 16 hs. de 18 de junio de 1971). En ausencia de esta declaración categórica, si fue pedida por el "absuelto", la resolución debe ser anulada, a efecto de que el juez se pronuncie sobre ese extremo.

3) Por último, el mismo artículo 16 Cpp. condiciona la declaratoria de "calumniosidad", y el correspondiente mandato del juez que conoce del asunto para que se abra proceso por acusación o denuncia calumniosa a la "instancia del absuelto".

La jurisprudencia ha interpretado dicha expresión en el sentido de que: 1º debe haber petición expresa de que se declare la "calumniosidad" de la acusación o denuncia. 2º Que dicha petición expresa solamente puede hacerla el "absuelto".

Instancia, dice, la jurisprudencia, significa petición expresa. Cualquier expresión empleada que no conlleve esa petición expresa, clara, manifiesta y determinante, es ineficaz para dar jurisdicción al juez para hacer la declaratoria.

Tal es la posición sostenida por la Sala Segunda Penal en su resolución de 16:15 hs. de 14 de julio de 1967, en la que se lee:

"Para poder calificarse de calumniosa la acusación, es necesario, de acuerdo con el artículo 16 del Código de procedimientos penales, que medie petición expresa del absuelto. En el presente caso, no existió esa petición, pues no puede considerarse como tal las manifestaciones del procesado formuladas en su memorial del folio 30, en que se limita a decir que el delito acusado no existe y 'que es una mera invención maliciosa del acusador', rogando declararlo así oportu-

amente. No ha tenido, en consecuencia, el Juez facultad legal para hacer un pronunciamiento como el aludido, por lo que procede anularlo".

Y la resolución de la Sala Segunda Penal de 16 hs. de 18 de junio de 1971, indica que esta petición expresa no puede suplirse con la expresión de parte del acusador: "La acusación es temeraria y por consiguiente, calumniosa", porque según la Sala, ésto no es una solicitud, sino una opinión. Otras resoluciones declaran que, para efectos de dar competencia al Juez, no sirve la siguiente expresión del acusado: "Solicito se mande abrir proceso por acusación calumniosa", porque lo que pide, no es que se declare calumniosa la acusación, sino que se mande abrir proceso.

La Res. de la Sala Penal de 16 hs. de 18 de junio de 1971, repite la tesis sostenida por la Res. de la Sala Segunda Penal de 16:05 hs. de 9 de agosto de 1957, según la cual, si el juez hace la declaratoria de calumniosidad sin la petición expresa del absuelto, se configuraría el vicio de ultra-petita.

Por otra parte, de la exigencia de que la petición de la declaratoria de calumniosidad la haga el absuelto según el artículo 16 Cpp., la jurisprudencia ha concluido que dicha petición debe ser personal, de modo que no vale la hecha por su abogado.⁽⁶⁰⁾ El fundamento jurídico de la posición según la cual no vale la petición hecha por el abogado del absuelto, la dan, en términos casi idénticos la Res. de 16:25 hs. de 26 de abril de 1966 y la Res. de 16:25 hs. de 7 de julio de 1966, ambas de la Sala Segunda Penal. Dice la primera:

"De manera que como el cargo de defensor lo que confiere son las facultades de un apoderado especial judicial, no podrá éste solicitar en nombre de su cliente la declaratoria de calumniosidad, porque el poder de esa clase sólo faculta al mandatario para el acto o actos especificados en el mandato, sin que pueda extenderse ni aun a aquéllos que pudieran considerarse como consecuencia natural de los que tenga el cargo de ejecutar, artículo 1256 del Código Civil. De ahí que como en la situación en examen, la petición para que se declare calumniosa la querrela no la formula el acusado, sino su abogado defensor, no puede accederse a ella y debe ser denegada".

(60) Res. de 16:20 hs. de 26 de agosto de 1966 de la Sala Segunda Penal; Res. Sala Segunda Penal de 16:25 hs. de 7 de julio de 1966; Res. Sala Segunda Penal de 16:25 hs. de 26 de abril de 1966; Res. Sala Segunda Penal de 16:15 hs. de 13 de julio de 1965.

53) Al disponer el artículo 16 de Cpp. que la declaratoria de calumniosidad sólo procede ante petición expresa y formal del acusado o denunciado, abre la posibilidad de que un delito de acción pública, como es la acusación o denuncia calumniosa, sea perdonado, transado, etc. por un particular, puesto que tiene en sus manos la posibilidad de que no se declare una condición de procedibilidad del delito. Y por ahí, el artículo 16 del Cpp. contradice el principio según el cual "ius publicum privatorum pactis mutari non potest".

6° Intención Criminal: conocimiento de la inocencia del imputado

54) El artículo 317 Cp. dispone que el delito de acusación o de denuncia calumniosa solamente existe cuando se ha acusado o denunciado falsamente ante la autoridad y por delito de acción pública "a una persona que sabe inocente" el acusador o denunciante. Por consiguiente, de conformidad con el artículo citado, el delito de acusación o de denuncia calumniosa solamente puede ser intencional. Esta intencionalidad radica en el conocimiento de la inocencia del inculcado de parte del delincuente.

55) Varias consecuencias tenemos que sacar de esta situación. En primer lugar, es evidente que la responsabilidad por culpa está excluida, aunque haya habido de parte del agente imprudencia temeraria o negligencia culpable en no constatar la verdad de sus precipitados juicios. Pero también está excluida la responsabilidad por dolo eventual.⁽⁶¹⁾ Para la integración del dolo no basta que el delincuente haya considerado a la persona denunciada o acusada como posible inocente.

En la acusación o denuncia calumniosa, el conocimiento de la inocencia del imputado, por el delincuente, es un elemento subjetivo del injusto. Por Mezger sabemos que la determinación de lo antijurídico puede depender, en ciertos casos, de elementos puramente subjetivos. En estas ocasiones, un hecho que exteriormente es el mismo, puede ser conforme a derecho o antijurídico, según la disposición o situación anímica del sujeto que lo realiza. En el caso de la acusación o denuncia calumniosa, la acción puede ser lícita (ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber) o ilícita

(61) Logoz, Op. Cit., Tomo II, pág. 710.

(denuncia o acusación calumniosa), según que el denunciante o acusador conozca o no la inocencia —total o parcial— del imputado respecto a los hechos o a la participación a él atribuidos.

56) Los elementos integrantes del dolo, en el delito en estudio son la voluntad de acusar y el conocimiento de la inocencia del inculcado.⁽⁶²⁾ Este conocimiento de la inocencia del inculcado implica, desde luego, el conocimiento de la falsedad de los hechos o de la participación a él atribuidos. Estos dos elementos integrantes del dolo ya eran exigidos desde el derecho romano ("calumniare est falsa crimina intendere" Dig. 48-16 fr. 1).

Nuestra jurisprudencia ha hecho siempre la distinción entre la voluntad de acusar, acto que puede ser lícito o ilícito, y el conocimiento de la inocencia del imputado. Así se lee en la Sentencia de Cas. de 2:21 p.m. de 29 de junio de 1915 - I Sem., pág. 548:

"1.—Que al dictarse el sobreseimiento que se impugna, no se ha violado ni interpretado erróneamente el artículo 1° del Código penal, siendo así que la Sala de Instancia no desconoce que el acusado Aguilera *hicere la denuncia voluntariamente*, sino que estima que ella se efectuó en condiciones que le quitan al hecho el carácter de punible.

2.—Que la ley no define la acusación y denuncias calumniosas. En principio tienen ese carácter, cuando se imputan falsamente a una persona, un determinado delito, perseguible actualmente de oficio, si esa imputación se hace *maliciosamente*, es decir, a sabiendas de que es falsa".

3.—Que en cada caso de este género, queda a la prudente apreciación de los tribunales de instancia, determinar si existe malicia, en el concepto dicho, como elemento constitutivo del delito. En este aspecto tampoco se ha violado ni interpretado erróneamente el citado artículo 1°".

El mismo Tribunal de Casación establece en su sent. Cas. 1:55 p.m. de 1° de febrero de 1916 - I Sem., pág. 83, lo siguiente:

"1.—Que la presente sentencia recurrida no se desconoce que la denuncia por hurto contra P. D. y C. M. fue un acto voluntario de

(62) Curatola, Op. Cit., pág. 823.

Azofeifa. La Sala Sentenciadora funda la absolución dictada a favor de éste en que, por las condiciones personales y antecedentes de conducta del mismo, y por haber procedido a formular la expresada denuncia por datos e informes que le suministro C. Q., persona de su confianza, se hace dudosa la existencia del dolo en el presente caso y, por consiguiente, la comisión del delito acusado.

2.—Que hay denuncia o acusación calumniosa cuando se acusa o denuncia falsamente un delito, a sabiendas de la falsedad de la imputación, y si se consideró dudosa por el Tribunal de instancia, la existencia de uno de los elementos del delito, no podría, no podría caer contra Azofeifa sentencia condenatoria...".

Esta distinción es clásica, y se encuentra en otras sentencias de Casación y resoluciones de Salas (Así Cas. 1:30 p.m. de 21 de setiembre de 1916, II Sem., pág. 328; Cas. 3:26 p.m. de 22 de enero de 1918 - I Sem., pág. 32; Cas. 1:40 p.m. de 18 de mayo de 1918 I Sem., pág. 417; Cas. 3:40 p.m. de 30 de julio de 1918 - I Sem., pág. 89; Cas. 3:40 p.m. de 23 de noviembre de 1923 - II Sem., pág. 487; Cas. p.m. de 30 de mayo de 1928 - II Sem., pág. 425).

57) De lo anterior puede deducirse que siempre que el acto de acusar o denunciar no sea voluntario, se excluye la existencia del delito, por faltar el elemento subjetivo. Tal es el caso de las situaciones que se presentan cuando el agente se encuentra en los casos de inimputabilidad del artículo 42 del Código penal o de imputabilidad disminuida del artículo 43 *ibídem*.

Para los casos del artículo 42 y 43 del Código penal el artículo 98 inc. 1º del mismo ordenamiento prevé la aplicación obligatoria de una medida de seguridad. Pero hay que observar que en el caso del no imputable, falta no solamente la imputabilidad, sino la existencia misma de la acusación o de la denuncia. Estas deben cumplir un efecto propulsivo del procedimiento penal y declarativo de un supuesto estado de conocimiento ("notitia criminis"). En ausencia de imputabilidad, no hay voluntad; sin voluntad no puede haber denuncia o acusación. Y si no hay denuncia o acusación, no hay delito, entendido como hecho penalmente desvalorante. Por donde se concluye, entonces, que aplicar una medida de seguridad al loco que denuncia, contradice el artículo 97 del Código penal, el cual aplica la medida de seguridad cuando el inimputable haya cometido un "hecho punible".

La ausencia de voluntad por motivos diferentes de los enumerados en los artículos 42 y 43 ambos del Cód. pen., provocan la inexistencia del delito.

58) Además requiere el dolo para integrarse que el agente conozca la inocencia del inculpado. Este conocimiento existe cuando el denunciante o acusador sabe que el delito o acusado (hechos) no fue realizado por nadie, o lo fue por una persona diferente a la indicada por él como autor o participante⁽⁶³⁾ o cuando sabe que el denunciado o acusado tuvo una participación en el mismo de una categoría inferior a la indicada por él, o cuando sabe que el denunciado o acusado fue autor de un delito de naturaleza diferente y más benigna que aquél que él le imputa.

59) El conocimiento de la inocencia del imputado, de parte del denunciante o acusador, debe existir en el momento de la consumación del delito. Ello deriva del principio general según el cual el elemento subjetivo del delito debe existir en el momento de la acción o de la omisión punibles. Por tanto, no habrá delito cuando, una vez hecha la acusación o la denuncia sin que el agente tenga el conocimiento de la inocencia del imputado, lo adquiera posteriormente y se calle. Ello parece lógico, porque de acuerdo con el verbo empleado en el tipo, el delito solamente puede cometerse mediante acciones y no por medio de omisiones y porque al tiempo de consumación de este delito instantáneo, no existía este elemento subjetivo. De ahí que, tampoco existirá delito si el agente, desconocedor de la inocencia del inculpado, llega a adquirirla posteriormente, y después de este momento realice algunas gestiones que como acusador puede realizar. Como regla general puede establecerse que en este delito no es suficiente el dolo *superviens*.⁽⁶⁴⁾

Diferente es la situación que se presenta cuando el agente denuncia a alguno creyéndolo culpable, y luego, después de adquirido el conocimiento de su inocencia, se presenta como acusador del mismo individuo y por el mismo delito. En tal caso no habrá denuncia calumniosa, pero si acusación calumniosa, sin que el delincuente pueda alegar, para justificarse, que la "notitia criminis" ya había sido llevada a conocimiento de la autoridad.⁽⁶⁵⁾

(63) Curatola, Op. Cit., pág. 823.

(64) Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 143.

(65) Robert Vouin, Op. Cit., pág. 215.

60) Si el agente acusa a un culpable creyéndolo inocente, no existirá delito.⁽⁶⁶⁾ El artículo 317 exige que el agente sepa que el imputado es inocente. Saber inocente al imputado no es creerlo inocente.

La situación es la misma cuando el agente cree culpable a la persona que luego resulta inocente. El error, en este delito, tiene una importancia esencial: excluye la existencia de la voluntad criminal (error acerca de la culpabilidad del agente, error respecto alcance de las expresiones que se emplean, error en cuando al destinatario de las imputaciones, etc.). El error padecido por el acusador o denunciante sobre la culpabilidad del imputado puede producir otro tipo de responsabilidad, pero no la penal.

Muchas son las sentencias que establecen la inexistencia del delito cuando el acusador o el denunciante procedió influido por un error, es decir, por una representación errada de la realidad, y por este error acusó un inocente. Para inexistencia del delito, no se requiere que el error sea invencible; puede, incluso, provenir de culpa (En este sentido, Cas. 3:36 p.m. de 30 de octubre de 1914 - II Sem., pág. 490; Cas. 2:21 p.m. de 29 de junio de 1915 - I Sem., pág. 548; Cas. 1:55 p.m. de 1º de febrero de 1916 - I Sem., pág. 83; Cas. 1:40 p.m. de 18 de mayo de 1918 - I Sem., pág. 417; Cas. 3:40 p.m. de 23 de noviembre de 1923 - II Sem., pág. 487; Cas. 3:45 p.m. de 8 de octubre de 1937 - II Sem., pág. 1876; Res. Sala Segunda Penal de 15:45 hs. de 28 de julio de 1964; Res. Sala Segunda Penal de 16:15 hs. de 29 de mayo de 1962; Res. Sala Segunda Penal de 15:40 hs. de 21 de marzo de 1961; Res. Sala Segunda Penal de 16:05 hs. de 23 de setiembre de 1966; Res. Sala Segunda Penal de 16:15 hs. de 23 de abril de 1965; Res. 16:10 hs. de 27 de abril de 1965 de la Sala Segunda Penal; Res. 15:25 hs. de 9 de enero de 1959; Res. Sala Segunda Penal de 16 hs. de 18 de junio de 1971; Res. Sala Segunda Penal de 14:45 hs. de 15 de enero de 1969; Res. Sala Segunda Penal de 14:45 hs. de 11 de diciembre de 1968; Res. 11 hs. de 31 de julio de 1970 del Tribunal Superior Penal; Res. 15:10 hs. de 3 de marzo de 1950 de la Sala Segunda Penal; Res. Sala Segunda Penal de 15:50 hs. de 27 de junio de 1952; Res. Sala Segunda Penal de 15:55 hs. de 25 de mayo de 1955; Res. Sala Segunda Penal de 15:55 hs. de 22 de marzo de 1955).

(66) En este sentido, Ure, Op. Cit., pág. 57; Fontán Balestra Millán, Op. Cit., pág. 396.

Determinada la existencia del error, automáticamente se comprueba la inexistencia del elemento subjetivo del delito. En nuestro sistema la determinación de la inexistencia del dolo puede resultar, por consiguiente, del sobreseimiento o de la sentencia que no establece la calumniosidad de la acusación o de la denuncia y que se dicta en el proceso por el delito acusado o denunciado. Puede resultar también de la sentencia absolutoria o del acto de sobreseimiento definitivo dictados en el proceso por el delito de acusación o denuncia calumniosa.

61) Es necesario distinguir entre el dolo y los motivos determinantes en el delito de acusación o de denuncia calumniosa.

Bien es sabido que, a efecto de la calificación del delito de acusación o denuncia calumniosa, son irrelevantes los motivos determinantes. No es necesario indagar si el delincuente tenía la específica intención de perjudicar al acusado o denunciado o de perjudicar la Administración de Justicia.⁽⁶⁷⁾

Esta distinción entre el dolo y los motivos determinantes, que domina toda la teoría de la intención delictuosa,⁽⁶⁸⁾ tiene en este delito particular importancia. Porque, tanto la acusación como la denuncia, que son en sí mismos actos lícitos, pueden explicarse por los mismos motivos o móviles, sean o no calumniosas. Poco importa que el denunciante o acusador haya obedecido a móviles tales como la cólera, la venganza, etc., si no conocía la inocencia del imputado. En tal caso no habrá delito. Asimismo, cuando el agente al momento de acusar o de denunciar conocía la inocencia del imputado, cometerá delito, aunque haya obedecido al móvil de defensa.

La importancia de los móviles está a la hora de fijar la pena.

Por otro lado, la jurisprudencia confunde, a menudo, el móvil y el dolo en este delito.

Parece evidente que cuando el juez constata que el denunciante o acusador ha actuado impulsado por un móvil honorable o que no hubo en su actuación móviles bajos, constata al mismo tiempo que no existe el dolo, porque no se comprende que tal acusador o denunciante, obedeciendo a tales motivos determinantes

(67) En este sentido, Curatola, Op. Cit., pág. 823; Garçon, Op. Cit., Tomo II, pág. 472; Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 144.

(68) En este sentido, Pierre Mimin, "L'Intention et le Mobile" en "La Chambre Criminelle et sa Jurisprudence", pág. 117 ss., Editions Cuyas, Paris, 1965.

o en ausencia de motivos bajos, haya conocido la inocencia del inculpado.⁽⁶⁹⁾ Varias veces se hace la fijación de la inexistencia del dolo por medio de este mecanismo.⁽⁷⁰⁾ Así, se lee en la Res. de la Sala Segunda Penal de 16:15 hs. de 29 de mayo de 1962 lo siguiente:

"Se decide este Tribunal, como ya se dijo, por revocar el sobreseimiento definitivo apelado, únicamente en cuanto se declara calumniosa la acusación y se ordena el testimonio de piezas respectivo para averiguar si se cometió o no ese delito, porque existe un hecho evidentemente demostrado y es que el acusador, sin causa legal alguna aparente, estuvo detenido por unas horas y ante tal circunstancia, bien pudo pensar que en su contra se había perpetrado un delito y razones tuvo para suponer que el autor de tal hecho lo era el acusado, de donde se colige que no hubo de su parte el deliberado propósito de acusar lo que él consideró un delito, con el sólo ánimo de perjudicar la honra ajena y atribuir dolosamente el hecho a determinada persona, a sabiendas de que el mismo no se había ejecutado, pues como se advirtió tuvo razones lógicas para pensar que en su contra se había ejecutado un delito".

A la inversa, puede decirse que una sentencia que estableciera únicamente que el acusado ha tenido la intención de perjudicar a determinada persona, que ha sido llevado a acusar por odio o por motivos de venganza, no comprobaría el dolo requerido por el delito, que es precisamente, el conocimiento de la inocencia del inculpado. Varias sentencias, incluso de Casación, dan base para que se incurra en este error. Así, Casación declara en su sentencia de 3:45 p.m. de 8 de octubre de 1937 - II Sem., pág. 1876:

"1.—Que el hecho de acusar a una persona ante la justicia represiva, atribuyéndole la comisión de un delito, constituye, por regla general, el ejercicio de un derecho (artículo 155 del Código de Procedimientos Penales); y no es así cuando existe el propósito deliberado de dañar la reputación del acusado, imputándole un hecho evidentemente falso, que se convierte en delito que prevé el artículo 287 del Código Penal".

(69) Garçon, Op. Cit., Tomo II, pág. 472.

(70) Así, Res. 16:15 hs. de 23 de abril de 1965 de la Sala Segunda Penal; Res. Sala Segunda Penal de 15:25 hs. de 9 de enero de 1965; Res. Sala Segunda Penal de las 10:15 hs. de 24 de agosto de 1970; Res. Sala Segunda Penal de 14:45 hs. de 15 de enero de 1969.

Estos conceptos son seguidos en algunas resoluciones de las Salas Penales. Por ejemplo, se lee en la Res. de 15:40 hs. de 21 de marzo de 1961:

"El hecho de acusar a una persona constituye, por regla general, el ejercicio de un derecho, y por lo tanto, para que se cometa el delito de acusación calumniosa, es preciso que exista de parte del querellante el deliberado propósito de dañar la reputación del acusado o de agraviar las instituciones judiciales del país al servirse de ellas para fines ilícitos".

Las fórmulas utilizadas en las sentencias anteriormente transcritas, si no son erróneas, al menos son inconvenientes: permiten una confusión entre el dolo y los motivos determinantes, pueden conducir a la errónea conclusión de que el delito de acusación o de denuncia calumniosa requiere un dolo específico, que sería la finalidad del delincuente de dañar la honra del imputado o las instituciones judiciales del país, y por último, posibilitan el nacimiento de la idea equivocada de que basta este ánimo de perjudicar al imputado o a las instituciones judiciales del país, para la existencia del delito, siendo claro que se requiere, el conocimiento de la inocencia del imputado.

Sección II - La calumnia real

62) El artículo 317 del Cp. dispone "Será reprimido con prisión de uno a seis años el que denunciare o acusare ante la autoridad como autor o partícipe de un delito de acción pública a una persona que sabe inocente o simularse contra ella la existencia de pruebas materiales. La pena será de tres a ocho años de prisión si resultare la condena de una persona inocente".

El artículo anteriormente transcrito prevé, entonces, como conducta alternativa y equivalente a la acusación o denuncia calumniosa, lo que la doctrina llama calumnia real. O sea, el simular la existencia de pruebas materiales de un delito de acción pública contra una persona que el delincuente sabe inocente.

63) La incriminación de la calumnia real es sumamente importante. Para la existencia de una condenatoria legal debe probar, entre otras cosas, dos extremos:

a) La existencia de una acción o de una omisión, que está expresamente prevista y castigada como delito (o contravención) por el Código penal o por una ley especial.

b) La atribución de esta acción u omisión a una persona.

Para realizar esta labor, que consiste en determinar la existencia física de elementos materiales del delito y de aspectos materiales de la culpabilidad, el juez debe valerse de diferentes medios de investigación, señalados por el legislador, pero muchos de los cuales tratan de reconstruir situaciones pasadas. Salvo casos excepcionales, los hechos ocurren en coordinadas de tiempo y de lugar totalmente distintas a las del juez, de modo que éste debe actuar como un historiador.⁽⁷¹⁾ La labor del juez consiste en reconstruir hechos pasados con la ayuda de demostraciones "a posteriori".⁽⁷²⁾ Esta labor puede verse grandemente favorecida porque el fundamento de la acción u omisión sea una situación de hecho presente y directamente constatable, porque la acción o la omisión hayan dejado huellas o rastros o porque el delincuente haya dejado señales huellas o rastros que, por ser directamente constables por el juez o sus auxiliares, se denominan materiales o reales.

Jeremías Bentham ya aquilatava el valor de las pruebas materiales como fundamento de la convicción del juez. Por ello dice: "No obstante, solamente por accidente y en ciertos casos, una prueba material puede ser objeto de un acto de falsedad, o recibir una alteración que la haga inservible, mientras que no hay ningún caso en que el testigo no pueda mezclar en su declaración alguna mentira si tiene algún motivo suficientemente poderoso como para inducirlo a correr los riesgos correspondientes".⁽⁷³⁾

64) Por pruebas materiales se entienden aquellas circunstancias fácticas puramente contingentes que algunos delitos pueden dejar, y que con relación a un caso concreto, sirven para indicar, o la comisión de un delito, o a una persona determinada como autor, o partícipe, cierto o probable, de un delito.

(71) Antonio Dellepiane, "Nueva Teoría General de la Prueba", Editorial Temis, Bogotá, 1961, pág. 20.

(72) Jean Sicard, "La preuve en Justice", Enseignement et Perfectionnement Techniques, Paris, 1960, pág. 307.

(73) Jeremías Bentham, "Tratado de las Pruebas Judiciales" Ediciones Jurídicas-Europa-América, Buenos Aires, 1971, tomo I, pág. 371.

La expresión pruebas materiales está directamente relacionada con la distinción que hicieron los prácticos entre los "delicta facti permanentis" —aquellos que después de su perpetración dejan huellas, rastros o señales— y los "delicta facti transeuntis" —aquellos que no dejan huellas o señales después de su perpetración.⁽⁷⁴⁾

Esta distinción fue acogida por el legislador procesal de 1910. El Código de procedimientos penales vigente establece en su artículo 187, lo siguiente:

"Si los vestigios o pruebas materiales del hecho punible hubieren desaparecido, al practicarse la inspección, el juez procederá a investigar si ella ha sido obra de la naturaleza o de la casualidad, o resultado de un acto de encubrimiento... etc."

El mismo Código procesal usa otras expresiones equivalentes al concepto de pruebas materiales (Así, art. 169 inc. 3º "huellas materiales de su existencia..."; artículo 174 "... huellas o rastros aparentes del delito...").

Por otro lado, el artículo 182 Cpp. sigue también la distinción entre delitos de hecho permanentes y de hecho transitorio.

65) El legislador protege la prueba material mediante la incriminación de dos acciones que son como el anverso y reverso de una medalla: 1) El procurar o ayudar a alguien a lograr la desaparición, ocultación o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito, acción castigada como encubrimientos (favorecimiento real) en el artículo 323 del Cp., caso en el cual el delincuente quiere favorecer a un culpable. 2) El simular contra una persona que se sabe inocente la existencia de pruebas materiales, que, a diferencia de lo que ocurre con el favorecimiento personal, sólo es castigada cuando la acción se refiere a delitos de acción pública.

B—Elementos del delito

66) Los elementos de la calumnia real son los siguientes:
1) Es necesario un acto, una acción, consistente en la simulación

(74) Clemente Díaz, "El Cuerpo del Delito en la Legislación Procesal Argentina", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, pág. 28.

de la existencia de pruebas materiales. 2) Es necesaria la simulación de la existencia de pruebas materiales de un delito de acción pública contra una o varias personas. 3) Es necesaria la intención criminal, o sea el conocimiento de la inocencia del imputado.

1º) **Es necesario el acto de simular la existencia de pruebas materiales**

67) Es necesario, según el artículo 317 Cp., que haya un acto consistente en la simulación de la existencia de pruebas materiales. Esta conducta se realiza por un hecho cualquiera con que se fingen las pruebas materiales de un delito, siempre y cuando la ficción sea potencialmente probatoria.⁽⁷⁵⁾ Son tres las posibles categorías de pruebas materiales: a) la primera está constituida por el "corpus instrumentorum". b) la segunda la constituye el "corpus criminis". c) la tercera la constituye el "corpus probatorium". Cada una de estas tres categorías de rastros, huellas o señales origina una actividad específica del juez: secuestro y conservación del "corpus instrumentorum", descripción y reconocimiento del "corpus criminis", reconocimiento e inspección de lugares y cosas, adquisición del "corpus probatorium".⁽⁷⁶⁾

Cuando hay la simulación de la existencia de cualquiera de estas tres categorías de rastros, huellas o señales, nos hallamos en frente de una calumnia real. Así,

1) Simulación del "corpus instrumentorum". La consumación de ciertos delitos se hace con el empleo de instrumentos o medios; para efecto de realizar el delito estos medios o instrumentos no siempre son indispensables: es el cuchillo que causa las heridas, la pistola con que se disparó. Tales medios o instrumentos son siempre objetos materiales, cosas. Habrá calumnia real si el delincuente, por ejemplo, deja el revolver con que se mató a alguien, con el específico fin de que el inocente sea inculgado, en la casa de éste.

2) Simulación del "corpus criminis". Este es la persona o cosa sobre la cual se han ejecutado los actos que la ley menciona

(75) Carrara, Op. Cit., Vol. V, pág. 207.

(76) Clemente Díaz, Op. Cit., pág. 146.

como delito, o la persona o cosa que ha sido objeto del delito.⁽⁷⁷⁾ En el delito de lesiones, es calumnia real el hecho de que quien se pretende víctima se haya hecho una lesión para que se inculpe a determinada persona; en el homicidio, dejar el cadáver del muerto en casa de quien se quiere implicar en el delito, constituye el delito en estudio; también lo es, en el delito de tenencia de marihuana dejar la hierba en el bolsillo de la persona que se quiere implicar, etc.

3) Por último, es posible simular el "corpus probatorium", que está constituido por las llamadas piezas de convicción y que son todas las huellas, rastros o señales, que el imputado o el delito ha dejado en el lugar de los hechos. En el concepto de piezas de convicción pueden entrar, todas aquellas circunstancias o antecedentes materiales o físicos, que teniendo relación con el delito, pueden fundamentar razonablemente una opinión sobre la existencia de hechos determinados. El hombre mismo puede ser una pieza de convicción (huellas digitales dejadas en el lugar de los hechos, heridas que recibió en la acción, manchas de sangre en las ropas, etc.).

Estas tres categorías de pruebas materiales pueden existir juntas respecto a un solo delito. Puede existir una sola categoría. Puede no existir ninguna de ellas. Pueden ser simuladas las tres categorías o una sola de ellas. Y en ambos casos existirá calumnia real, si la simulación se hace contra una persona que se sabe inocente.

68) De acuerdo con el tenor literal del artículo 317 Cp. es necesario que se "simule" "la existencia de pruebas materiales". Por tanto, se plantea el problema de si se comete el delito cuando no se simula la existencia de pruebas materiales, pero se alteran las existentes con el objeto de agravar la situación penal del culpable.

Nosotros creemos que, en tal caso, la solución es la misma que para la acusación o denuncia calumniosa: se comete el delito si la alteración hace que cambie el título del delito. Tal es el caso de alterar las huellas de un hurto para convertirlas en las huellas de un robo.

(77) Clemente Díaz, Op. Cit., pág. 40.

Cuando la alteración de las huellas o rastros es para amirorar la responsabilidad de un culpable, o produce una agravación de la responsabilidad que no se traduce en un cambio de título del delito, el comportamiento ciertamente, no es castigable a título de calumnia real. Sin embargo, podría serlo a título de favorecimiento real.

También podría ser castigable a título de favorecimiento real (y no de calumnia real) todos aquellos comportamientos que consisten en simulaciones de huellas o rastros impunes conforme al artículo 317 Cp., como son, simular huellas o rastros contra una persona que se cree culpable, cuando en definitiva resulta inocente, o el simular huellas o rastros contra una persona que se cree inocente, cuando luego resulta que es culpable. Ninguno de estos dos comportamientos es castigado por el artículo 317 Cp., que exige el conocimiento de la inocencia de la persona contra quien se simulan las pruebas materiales, de parte del delincuente.

No es castigada —lo que quizás sea una laguna— la acción del agente que oculta o destruye un medio decisivo de prueba de la inocencia del inculpaado.⁽⁷⁸⁾ Creemos que este comportamiento tampoco cae en el artículo 323 Cp. que castiga el favorecimiento personal. En este artículo el legislador exige que se favorezca al culpable mediante la alteración de los rastros, huellas o señales. Y en el caso presente, se le perjudica.

70) La calumnia real se consuma en el momento en que se simulan las pruebas materiales. Una autorizada doctrina, opina, sin embargo que, siendo un delito contra la Administración de Justicia, es contrario a la ley fijar el momento consumatorio del delito con anterioridad al momento del descubrimiento de las pruebas materiales simuladas por la autoridad.⁽⁷⁹⁾ De ahí que diga Manzini que el delito se consuma en el momento y en el lugar en que la autoridad judicial, u otra obligada de informar a la judicial, haya tenido noticias de la simulación de las huellas del delito, de tal modo que pueda iniciarse, aunque efectivamente no se inicie, un procedimiento penal.⁽⁸⁰⁾

(78) Curatola, Op. Cit., pág. 832.

(79) Curatola, Op. Cit., pág. 823; Carrara, Op. Cit., Vol. V, pág. 208.

(80) Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 137.

71) Así configurado el delito, tiene un carácter instantáneo y formal, porque lo que ocurre con posterioridad a la ejecución no es ocasionado por el culpable, sino por la autoridad inducida a engaño.

De ahí que no sea posible la tentativa, precisamente por el carácter formal e instantáneo del delito. De donde, siendo delito formal, es un delito de peligro. Castigar la tentativa —también delito de peligro— sería castigar un peligro de peligro.

Otra razón para excluir la tentativa es la que da Manzini: se tratará de actos ignorados por la autoridad o descubiertos por ella cuando no hay posibilidad de proceder contra un culpable, y que no son idóneos para afectar el bien jurídico protegido y por consiguiente, impunes; se tratará de actos idóneos y unívocos, de los cuales tiene noticia la autoridad, y en tal caso habrá delito consumado.⁽⁸¹⁾

Algunos autores admiten la tentativa. Entre ellos tenemos a Carrara.⁽⁸²⁾

72) La simulación de pruebas materiales admite la participación en cualquiera de sus grados (a título principal y a título secundario).

73) Es posible que el delito de calumnia real concorra idealmente con otros delitos. Piénsese en el caso de que para simular la existencia de un robo, a cargo de determinada persona, se rompa una caja de caudales ajena.

2º) **Es necesario que la simulación de pruebas materiales se haga contra un inocente y para atribuirle un delito de acción pública**

74) La simulación de la existencia de pruebas materiales debe hacerse contra una persona determinada. Si se simulan pruebas materiales, sin que haya algún lazo entre el delito así simulado y una persona determinada o determinable, la conducta será castigada a título de simulación de delito por el art. 318 Cp., pero no a título de calumnia real.

(81) Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 137.

(82) Carrara, Op. Cit., Vol. V, pág. 208.

De acuerdo con el texto de la ley, la persona contra la que se simula la existencia de pruebas materiales debe ser "inocente". Este término debe ser entendido en el mismo sentido que se le dio al tratar de la acusación o denuncia calumniosa (Nº 38 y Nº 39).

Por consiguiente, si se simula la existencia de pruebas materiales contra un "culpable" no existirá delito. No se ve, sin embargo, ni la lógica ni la justicia de la solución legal.

75) La existencia de pruebas materiales simulada debe serlo de un delito de acción pública. Este requisito deriva de la sistemática general del artículo 317 Cp. Autores argentinos que comentan el artículo 276 (bis), idéntico al nuestro artículo 317 Cp. así lo han entendido.⁽⁸³⁾

Una interpretación literal del artículo 317 Cp. podría llevar a la conclusión de que la calumnia real existente cuando se simulan contra un individuo la existencia de pruebas materiales de un delito de acción pública, de acción privada e incluso de una contravención. En efecto, el artículo 317 Cp. castiga al que "... denunciare o acusare ante la autoridad como autor o partícipe de un delito de acción pública a una persona que sabe inocente o **simulare contra ella la existencia de pruebas materiales**". Podría decirse, entonces, que el anterior artículo castiga el acusar o denunciar falsamente a alguien que se sabe inocente, si la acusación o la denuncia es por un delito de acción pública. Pero que basta la simulación de pruebas materiales (de un delito de acción pública, de acción privada o de una contravención) contra una persona que el delincuente sabe que es inocente, para que aquél incurra en responsabilidad. Tal interpretación, aunque apegada al texto, no sería lógica para la calumnia real cuando todos los delitos de la sección II del Título XIV de la Parte Especial del Código se refieren expresamente a delitos de acción pública (arts. 317, 318 y 319). Lo que ocurre es que faltan algunas palabras al texto del artículo 317. La redacción correcta sería "... o **simulare contra ella la existencia de pruebas materiales de un delito de acción pública**".

(83) Ernesto J. Ure, Op. Cit., pág. 58, quien expresamente dice que la calumnia real consiste "... simular contra un inocente pruebas que conduzcan a atribuirle un delito de acción pública".

3º) Intención criminal: conocimiento de la inocencia del imputado

76) Por último, para que exista la calumnia real es necesario que se haya actuado dolosamente. Es necesario que el agente sepa que la persona contra quien simula la existencia de pruebas materiales es inocente.

El dolo está constituido, como en la acusación o denuncia calumniosa, por la voluntariedad del acto simulatorio y por el conocimiento de la inocencia del imputado. También es válida la fórmula de Soler para el elemento subjetivo: es necesario que haya falsedad objetiva y subjetiva. De donde, si existe falsedad subjetiva, sin la falsedad objetiva, no existe calumnia real, cual sería el caso de simular la existencia de pruebas materiales contra una persona que el simulador cree inocente, cuando en realidad es culpable. Si existe falsedad objetiva sin falsedad subjetiva, tampoco existirá delito.

77) Como puede fácilmente colegirse, estas dos consecuencias son bastante chocantes: pareciera que es más lógico considerar que el solo hecho de simular la existencia de pruebas materiales contra una persona, sea ésta culpable o inocente, ya es por sí y ante sí un acto ilícito. No es así, porque el legislador somete a la acusación o denuncia calumniosa y a la calumnia real a un mismo elemento subjetivo, lo que pareciera ser un error que nuestro legislador tendrá que corregir. El conocimiento de la inocencia de la persona contra quien se simula la existencia de pruebas materiales se convierte, de tal modo, en un elemento subjetivo del injusto.

78) La reforma legislativa debe serlo en el sentido de que el elemento subjetivo de la calumnia real sea, como pensaba Carrara⁽⁸⁴⁾, "... el ánimo de obtener que se condene a alguno ...".

CONCLUSION

79) Después del estudio realizado queda flotando la idea de que es necesario que el legislador intervenga para modificar todo lo referente a la acusación o denuncia calumniosa y a la calumnia real. El artículo 317 Cp., tal como está actualmente, está plagado

(84) Carrara, Op. Cit., Vol. V, pág. 207.

de lagunas. Muchos comportamientos inmorales y peligrosos escapan a la represión penal, sin que haya una razón lógica para ello, aparte de aquella consistente en el defecto de los textos. Tal acción legislativa debe encaminarse, en especial, en dos direcciones:

a) A suprimir el carácter de prejudicial a la acción que tiene la declaratoria previa de falsedad en la acusación denuncia calumniosa. Gran parte de las injusticias del sistema derivan de ahí, principalmente, por la interpretación que la jurisprudencia ha dado al artículo 16 del Código de procedimientos penales.

b) A separar, en tipos y artículos distintos, los delitos de acusación o denuncia calumniosa, que son constancialmente diferentes. La unión que hace el legislador, harto artificial, produce consecuencias detestables: exigencia del conocimiento de la inocencia del imputado de parte del simulador, punibilidad de la simulación sólo cuando ésta se hace contra un inocente, cuando lo lógico sería castigarla siempre, etc. Esta separación de la acusación o denuncia calumniosa y de la calumnia real permitiría poder castigar más severamente a quien, después de simular las huellas de un delito, se presenta a acusar a un inocente, o a quien simula las pruebas materiales, después de haber acusado o denunciado. El delincuente que tales comportamientos tuviera actualmente se ve favorecido con el carácter alternativo que tienen los comportamientos que castiga el artículo 317 Cp.

80) No se ve razón valedera para que tanto la acusación como la denuncia calumniosa y la calumnia real sólo sean castigadas cuando se refieren a delitos de acción pública. Lógico es que, aunque fuera con menor pena, estas conductas fueran punidas también cuando se refirieran a delitos privados y a contravenciones, porque en éstos también se afecta el normal funcionamiento de la maquinaria judicial y hay posibilidades de que se condene a un inocente.

ALGUNAS IDEAS SOBRE EL DESARROLLO HISTÓRICO DEL LIBERALISMO

LIC. NURY RAVENTOS DE MARIN

INTRODUCCION

Al hablar de liberalismo debemos enfrentarnos al aspecto propiamente humano de ansia de libertad y a la doctrina ya elaborada y establecida creada por ésta, que culmina como la síntesis de un largo proceso y refleja que a través de las distintas épocas históricas el grito de 'libertad' ha resonado constantemente y de muy diversas maneras según el sistema de opresión imperante. Libertad contra la esclavitud, contra el dominio señorial, contra el poder del monarca, de la Iglesia, de los gremios y, en un sentido más íntimo, libertad para la expresión del pensamiento, de palabra, de religión... Este puede ser el grito aislado como el de Sócrates o de un líder que como Espartaco levanta todo un clamor. Su lucha es superior a la vida y para ambos es preferible la muerte a las cadenas intelectuales o reales. Estos ejemplos que datan de la antigüedad se repiten por centenares en las distintas centurias. Bástenos recordar, un milenio más tarde, la lucha de los aristócratas contra Juan Sin Tierra por la Carta Magna, las peticiones de los burgueses contra los nobles y el movimiento comunal. En el Renacimiento el afán de libertad se orienta a independizar el pensamiento, a liberarlo de la fuerte sujeción dogmática medieval y su anhelo se centra en la revalorización del hombre. Movimientos como la Reforma, hombres como Erasmo, dan paso a la Edad Moderna y con ella una serie de pensadores que serán los pilares del liberalismo, en especial los del siglo XVIII que crean la síntesis ideológica e impulsan las sangrientas revoluciones que la implantarán.

Los filósofos del Iluminismo, basándose en la razón (la mayoría de ellos) pretendieron guiar al hombre a su pleno desarrollo, firmemente convencidos de que el progreso era una realidad para la humanidad. Condorcet uno de los que con más fuerza defendió el progreso, creía que éste era un movimiento histórico autónomo,