

CATALOGADO

Introducción al Estudio del Derecho Penal Salvadoreño

José Enrique Silva

PRIMERA PARTE *

SUMARIO: I.—Historia de la Codificación Penal. II.—La Influencia Española. III.—Derecho Penal Especial. IV.—Proyectos del Código Penal. V.—La Reforma Penal. VI.—Código Penal Anotado (Parte General).

I—HISTORIA DE LA CODIFICACION PENAL

El Salvador ha tenido cuatro Códigos Penales, promulgados en 1826, 1859, 1881 y 1904

El primer Código fue decretado el 13 de abril de 1826, constaba de 840 artículos y apareció en la Recopilación de Leyes Patrias de 1855, obra del Presbítero y Doctor Isidro Menéndez

La elaboración de este Código fue posible, gracias a la ayuda del ciudadano José Mateo Ibarra, quien a su regreso de Madrid, trajo un ejemplar del Código Penal español de 1822, tomándose como base para redactar nuestro primer cuerpo de leyes penales. Para la aprobación del mismo, cooperó en notable forma don José Mariano Méndez, diputado por el Departamento de Sonsonate

Comenzaba el Código por la definición del delito: “Art 1º Es delito todo acto cometido u omitido voluntariamente y a sabiendas, con mala intención, con violación de la ley. Todo acto voluntario contra la ley se entenderá ser cometido a sabiendas y con mala intención, mientras que su autor no pruebe o no resulte claramente lo contrario”

El Art 2º definía: “Es culpa todo acto que con violación de la ley, aunque sin mala intención, se comete u omite por alguna cosa que el autor puede y debe evitar, o con conocimiento de exponerse a violar la ley”

El Art 31 dividía las penas en corporales, no corporales y pecuniarias, incluyendo entre las primeras la de muerte, trabajos, obras públicas, prisión en una fortaleza y vergüenza pública

Según el Código (Art 41), el reo condenado a muerte “sufrirá en todos casos la de garrote; aunque la práctica aceptó la de fusilamiento “como más breve y menos vergonzosa”.

* En la Revista Nº 5 se publicará la 2ª parte.

La parte especial se iniciaba con los “delitos contra la Sociedad”, entre los que figuran, en el título 1º; los “delitos contra la Constitución y orden político del Estado y de la Nación”.

El segundo Código, elaborado por una Comisión que integraron los Licenciados José María Silva y Angel Quiroz, fue objeto de estudio por parte de una Comisión “Revisora”, formada por los Licenciados Tomás Ayón, Eustaquio Cuéllar y Anselmo Páiz, éste último como Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Obtuvo categoría de ley, el 20 de septiembre de 1859, siendo Presidente de la República, el Capitán General Gerardo Barrios

El tercer Código, fue redactado por una Comisión integrada por los señores José Trigueros, Antonio Ruiz y Jacinto Castellanos, constaba de 541 artículos y fue declarado Ley, el 19 de diciembre de 1881, siendo Presidente de la República, don Rafael Zaldívar

Este Código tenía la definición del delito en su Art 1º “Es delito o falta toda acción u omisión voluntaria penada por la ley”

Suprimió la definición de culpa, para aceptar en el Art 2º la abstención del procedimiento cuando el hecho no es penado por la ley, y las circunstancias estaban distribuidas así 14 eximentes, 10 atenuantes y 21 agravantes

El Art 21, contemplaba en la escala general de penas, las aflictivas, las correccionales, las leves y las accesorias, entre estas últimas, la interdicción civil

El libro segundo, referente a delitos y penas, contaba con 14 títulos, siendo el primero sobre “delitos de lesa nación y alta traición” y el último sobre “imprudencia temeraria”

El libro tercero contemplaba las faltas

El cuarto Código, vigente aún con numerosas reformas, fue elaborado por los Licenciados Teodosio Carranza, Manuel Delgado y Salvador Gallegos, quienes para el desempeño de su importante obra, contaron con la cooperación de un facultativo: el doctor Tomás G. Palomo. Fue declarado Ley el 8 de octubre de 1904, siendo Presidente de la República, don José Escalón.

Influencia notable en este Código, tuvo el Tratado sobre Derecho Penal aprobado por el Segundo Congreso Jurídico Centroamericano. Este Congreso se celebró en San Salvador en enero y febrero de 1901, interviniendo como delegados salvadoreños los doctores Manuel Delgado y Francisco Martínez Suárez. La Asamblea Legislativa de El Salvador, aprobó el 11 de mayo de 1901 dicho Tratado, cuyo objetivo, según la Comisión de Legislación de ese entonces, era “uniformar la legislación penal, cambiando el antiguo sistema de escalas graduales y de penas compuestas de tres grados, por el de penas fijas que se agravarán o atenuarán según las circunstancias, aumentándolas o disminuyéndolas con partes alícuotas de las mismas”

Por otra parte, el Código de 1904 suprimió las penas de presidio y prisión superiores, extrañamiento, relegación, confinamiento mayor y menor, presidio correccional, destierro, represión pública y privada y caución; además, estableció la calidad de retención en caso de mala conducta del penado, disminución de la multa por los jueces, eliminó el sorteo para el caso en que fuesen varios los condenados a muerte y delimitó los casos de amnistía

En el Libro Segundo sobre delitos, se incluyó un capítulo sobre “delitos relativos a los ferrocarriles, telégrafos y teléfonos” y se reformó lo relativo a homicidio y lesiones. Asimismo; aparece en el Código el delito de flagelación, incluido después del Decreto de 22 de mayo de 1885, en el que por voluntad del General Francisco Menéndez, en ese entonces Presidente Provisional de la República, se sancionaba drásticamente a los funcionarios civiles o militares que aplicaban al reo alguna especie de tormento. Decía el Art 1—del Decreto: “Quedan prohibidos para siempre los palos, ya se apliquen como tormento, ya como castigo ilegal y arbitrario”.

El Código de 1904 ha tenido muy importantes reformas en 1952, 1954, 1955, 1957, 1958 y 1959, fuera de las realizadas de 1905 a 1944

La Constitución Política de 1950 incluía muchas innovaciones: a) podrán ser sometidos, por razones de defensa social, a medidas de seguridad; reeducativas o de readaptación, los sujetos que por su actividad anti-social, inmoral o dañosa, revelen un estado peligroso u ofrezcan riesgo inminente para la sociedad; b) la pena de muerte se limitaba a los delitos de rebelión o deserción en acción de guerra, traición y espionaje, parricidios, asesinato, robo o incendio seguidos de muerte; c) organización por el Estado, de los centros penitenciarios con el objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación y prevención de delitos; d) prohibición de prisión por deudas, penas perpetuas, infamantes, proscriptivas y toda especie de tormento

Las más recientes reformas al Código Penal, corresponden a 18 de octubre y 20 de noviembre de 1957, suprimieron la agravante de arma prohibida y atenuante de buena conducta y, además, introdujeron la libertad y remisión condicional y los delitos de tenencia, portación o conducción de armas, pertrechos y elementos de guerra, un Decreto-ley de 4 de diciembre de 1961 aumentó la penalidad de varios delitos como parricidio y asesinato y finalmente, el 19 de septiembre de 1962, hubo reformas a la parte especial, creando las figuras delictivas de “actividades anárquicas o contrarias a la democracia”, inclusive el criticado delito de opinión

II —LA INFLUENCIA ESPAÑOLA

El penalista español Antonio Quintano Ripollés, en su obra “La Influencia del Derecho Penal español en las legislaciones hispanoamericanas” (Ediciones Cultura Hispánica Madrid 1953 Páginas 118 y 119) dice: “En la pequeña República Centroamericana de El Salvador se ofrece una de las más ricas historias de codificación penal, a la vez que el signo de más permanente fidelidad a los modelos legislativos españoles”.

En efecto, nuestro Código de 1826, es copia del español de 1822; nuestro Código de 1859, es “una adaptación, bastante más progresiva y humanitaria por cierto”, del español de 1848 y nuestros Códigos de 1881 y 1904, se ciñen a la sistemática del Código español de 1870

Añade Quintano Ripollés, en su estudio citado: “El Código penal salvadoreño es una mera trasposición del nuestro, desde la definición del delito y falta del artículo primero hasta el tratamiento de la imprudencia genérica en el 527, con su escalonamiento de temeraria, con infracción de reglamentos y simple También ocasiona la típica cláusula informativa de los tribunales a la superioridad en caso de conocimiento de algún hecho reprehensible no penado por la ley (Art. 2º) y la no punición de la proposición y conspiración salvo en los casos especialmente previstos (Art. 4º)”

Sobre eximentes, nuestro Código sigue fielmente al español, lo mismo que sobre agravantes, en donde permanecen las tradicionales fórmulas de la alevosía y premeditación. No obstante, respecto a atenuantes se introducen, como una aportación propia, las de presentación voluntaria, reparación del mal causado, los servicios importantes al estado y el celo por la justicia, tomándose esta última del Código Penal de Chile

Nuestro Código, además, simplifica el catálogo de sanciones, reduciéndolas notablemente en relación al español y en cuanto a delitos en especie, conserva, en su totalidad, el orden tradicional hispano

Luis Jiménez de Asúa, en su obra “Códigos Penales Iberoamericanos” (Editorial Andrés Bello, Caracas, 1946 Volumen primero, páginas 29, 30, 31), alude a que el Código Penal salvadoreño, pese a sus varias reformas parciales que no alteran su estructura y esencia, “queda siempre radicalmente infeudado a la legislación española”

No hay duda, pues, que nuestro Código Penal es de íntegra recepción hispánica y se sujeta en todo su contenido a la **Escuela Clásica**

III --DERECHO PENAL ESPECIAL

Son varias las leyes especiales de carácter sancionatorio. Fuera del Código de Sanidad y Ley Agraria que contienen algunos artículos que fijan sanciones administrativas, aludimos a la Ley Represiva del Contrabando de Mercaderías y de Defraudación de la Renta de Aduanas y al Código de Justicia Militar

La primera fue aprobada por Decreto-Ley de 26 de julio de 1961 y fija dos clases de delitos el contrabando de mercaderías y la defraudación de la renta de aduanas, tipificados en los Artos 2 y 3

Se caracteriza dicha ley por un rigorismo concretado en disposiciones que rompen las reglas generales. Para el caso, el Art. 12 que expresa: “La tentativa o la frustración de los actos de contrabando serán castigados como si el hecho se hubiere consumado” y, asimismo, el Art. 19 que priva a los

procesados y condenados por los delitos que la ley comprende, de los beneficios de la excarcelación y la remisión condicional. La Ley mencionada fue publicada en el Diario Oficial del 16 de agosto de 1961.

El Código de Justicia Militar, consta de 385 artículos y fue sancionado el 7 de mayo de 1964 y publicado en el Diario Oficial el 29 de mayo del mismo año.

El Art. 1—señala que se aplicará “a los miembros de la Fuerza Armada en el servicio activo para los delitos y faltas puramente militares, y a los particulares por los delitos a que se refiere el Art. 117 de la Constitución Política”.

El Art. 2—indica que se aplicará, en materia militar, la parte general del Código Penal, aunque establece ciertas normas especiales: a) se entenderá que concurren los requisitos del estado de necesidad respecto del militar que en acción de guerra o cumplimiento de misión militar, encontrándose privado de medios de subsistencia para sí o a sus tropas, se apodera de las cosas ajenas, aún sin el consentimiento del dueño, para satisfacer tales necesidades, siempre que no excedan de las estrictamente necesarias (Art. 3); b) el miedo insuperable no es causa de exención de responsabilidad en los delitos militares (Art. 4); c) Establece, fuera de las atenuantes generales, las de ejecutar una acción heroica señalada en las leyes militares, después de cometer el delito, si éste tuvo lugar en operaciones de guerra y, además, la de tener limpia la Hoja de Servicios, si fuera oficial, y la Libreta de Servicios si fuere clase o soldado (Art. 5); d) Establece tres agravantes especiales: ejecutar el delito en actos del servicio, en presencia de tropa formada o en cualquiera de las situaciones previstas por la ley; cometer el delito faltando a la palabra de honor o en presencia del prisionero de guerra o en su propiedad, y cometer el delito cuando se rinden honores a la Bandera Nacional, o en estado de ebriedad o escalando muros o burlando la vigilancia de Unidades de facción.

Las penas se dividen así: principales y accesorias. Son principales, la de muerte, reclusión y arresto, son penas accesorias, la destitución militar, suspensión de empleo, suspensión de mando y postergación.

El Código de Justicia Militar en su Libro II, comprende los siguientes delitos, agrupados en Títulos contra la personalidad internacional del Estado, contra la seguridad de la Fuerza Armada Nacional, contra la disciplina militar y contra la administración y los intereses de la Fuerza Armada.

Además, da reglas procesales ordinarias y extraordinarias.

El 22 de mayo de 1953, fue sancionada la Ley del Estado Peligroso y publicada en el Diario Oficial N° 92, Tomo N° 159 de 25 de mayo del mismo año. Dicha Ley consta de 33 artículos distribuidos en 7 títulos.

Según el Art. 3 “quedan sometidas a las disposiciones de esta Ley las personas mayores de dieciocho años, que se encuentren en cualquiera de los estados de peligro”.

Las medidas contempladas son a) de detención, b) de observación; c) eliminatorias; d) patrimoniales

El procedimiento está regulado por los Artos 8 a 17

En un principio se dio jurisdicción a un Tribunal de Peligrosidad que funcionó en San Salvador, pero luego, al reformarse el Art 1 por Decretos Legislativos Nos 288 y 133, de 21 y 22 de julio de 1959, respectivamente, la jurisdicción pasó a los Jueces de lo Penal, suprimiéndose el Juzgado de Peligrosidad

La Ley contemplada en su Art 7 los centros en que se cumplirían las medidas de detención: casas de trabajo, colonias agrícolas, hospitales psiquiátricos y asilos para alcohólicos, mas como nuestro país carece hasta ahora de tales centros, hubo necesidad de reformar la Ley Fue así como por Decreto Legislativo de 8 de julio de 1963 se introdujo, entre otras reformas, una disposición transitoria que expresa: "Art 32 Mientras se crean los establecimientos necesarios para el cumplimiento de las medidas de seguridad que determina la presente ley, los Jueces ordenarán su ejecución transitoriamente en los Establecimientos, Instituciones, Centros Penales o lugares que juzguen más adecuadas al estado de peligro del asegurado. La retención a que se refiere el Art 8 de la presente Ley, se cumplirá en el local o centro que para tal fin el Ministerio de Justicia o en cualquiera de los Centros Penales de la República que se considere adecuado, procurándose la separación entre los sujetos peligrosos y los demás reclusos por delitos"

La reforma facultaba además, al Juez para realizar los peritajes nombrando a Médicos y Pedagogos o a Trabajadores Sociales especializados Por otra parte, se adicionó al Art 5 lo siguiente "En todo proceso criminal iniciado por Juez competente por delito de hurto, robo o estafa, se abrirá expediente de peligrosidad, si el sujeto imputado estuviere comprendido en alguno de los casos de esta ley"

La Ley de Casación, fue sancionada el 3 de septiembre de 1953 y publicada en el Diario Oficial Nº 161, Tomo 160 del 4 de septiembre de 1953 Consta de 48 artículos y deroga las leyes referentes a la Tercera Instancia y recurso extraordinario de nulidad en materia civil, disponiéndose (Art 46) que los preceptos de la Ley, formen parte de los nuevos Códigos de Procedimientos Civiles y Criminales

El Art 26, sobre el recurso de casación en materia penal, señala que "El recurso de casación sólo podrá interponerse contra las sentencias y autos definitivos por delitos, pronunciados por las Cámaras de Segunda Instancia, ya en consulta o en apelación"

La Ley establece el recurso de casación por sentencia de muerte, en cuyo caso procederá de pleno de derecho (Art 41)

IV —PROYECTOS DE CODIGO PENAL

El 25 de marzo de 1942, por Acuerdo Nº 38, se nombró una Comisión encargada de llevar a cabo la revisión de los Códigos de la República y que

integraron los Drs Reyes Arieta Rossi, Carlos Azúcar Chávez y Juan Benjamín Escobar. Pretendíase con dicha revisión de Códigos, “ponerlos en armonía con los principales modernos de la Ciencia del Derecho en todo cuanto estos sean adecuados al medio social y a la exigencia de los intereses de la Familia Salvadoreña”

Concluida su labor, la Comisión presentó en 1943, junto con las respectivas exposiciones de motivos, anteproyectos de reformas a los Códigos Penal, Civil, Procedimientos Civiles e Instrucción Criminal

El anteproyecto de Código Penal, entre otras cosas, introducía el delito de encubrimiento, delitos contra la administración de justicia, responsabilidad profesional y suprimía el vetusto delito de duelo

Posteriormente a 1950, para acoplar a la Constitución Política promulgada ese año, la reforma penal, el Gobierno comisionó al criminólogo hispano don Mariano Ruiz-Funes, para la elaboración de cuatro proyectos: el Código Penal, Ley de Ejecución Penal, Ley del Estado Peligroso y Ley de Jurisdicción de Menores. Ruiz-Funes cumplió su tarea, elaborando además de los proyectos sus correspondientes exposiciones de motivos, publicados en la Revista Judicial de 1953

En la del proyecto del Código Penal, hacía referencia a las proyecciones de la reforma “Un Código Penal es fácil de hacer, dada la abundancia de los materiales de que actualmente se dispone para tan delicada tarea. Un Código Penal es difícil de aplicar si no ayuda a vitalizarlo una justicia capaz o si es un documento abstracto, que nada tiene que ver con las realidades del medio social, político y humano donde han de conjugarse sus principios”

El proyecto consta de 452 artículos, divididos en los tradicionales libros el primero, para disposiciones generales; el segundo, para delitos, y el tercero, para faltas

Comienza el proyecto con el Art 1— así “Nadie podrá ser penado por un delito que no se halle definido en una ley anterior a su perpetración” La definición del delito aparece en el Art 11 “Es delito toda acción u omisión prevista por la ley penal”

Clasifica las eximentes en causas de inimputabilidad, de inculpabilidad y de justificación; incluye las atenuantes de la mayoría de 70 años, el impulso de cólera, la intensa emoción producida por un justo dolor y atenuantes análogas y, entre las agravantes, los motivos fútiles y abyectos, embriaguez o intoxicación deliberada y la alevosía, con su fórmula antiquísima de “traición y sobre seguro”

Las penas principales quedan reducidas a tres: muerte, reclusión y prisión; y adopta cuatro clases de medidas de seguridad, curativas, educativas, eliminativas y preventivas

La amnistía está limitada a los delitos políticos, y el indulto puede ser colectivo o individual. En su Título X del Libro I, incluye lo relativo a la rehabilitación

El Libro II, se inicia con el Título I sobre "Delitos contra la vida y la integridad corporal" y siguen en su orden: delitos contra el honor, contra la libertad, contra la honestidad, contra el patrimonio, contra la familia, contra la salud pública, contra la seguridad colectiva, contra la economía y el trabajo, contra la seguridad exterior de la nación, contra la seguridad interior de la nación, de los funcionarios públicos, contra la administración de justicia y contra la fe pública, en un total de 14 Títulos

El proyecto de Ley de Ejecución Penal, comprende 86 artículos y se refiere a establecimientos y delincuentes, régimen penitenciario y de trabajo, educación y disciplina, personal penitenciario y regímenes especiales, libertad condicional, patronatos e identificación y examen criminológico

El 8 de julio de 1957 se emitió el Acuerdo N° 150, creando la Comisión para elaborar un nuevo proyecto de Código Penal. Formaron parte de ella, hasta el final, los doctores Enrique Córdova, Manuel Castro Ramírez y Julio Fausto Fernández, colaboraron además, en ciertas partes, los doctores José María Méndez, Manuel Arrieta Gallegos, Carlos Arturo Mayén y René Padilla y Velasco

El proyecto fue concluido en diciembre de 1959 y publicado por el Ministerio de Justicia, en abril de 1960. Según informe de la comisión, fueron consultados algunos proyectos latinoamericanos, como el de José Peco, para Argentina; Manuel López-Rey y Arrojo, para Bolivia; Coll-Gómez, para Argentina; Jiménez de Asúa-Mendoza-Méndez, para Venezuela y el de México (1958), además de los proyectos nacionales de 1943 y de Ruiz-Funes

La Comisión, siguiendo la actitud de Peco, optó por "elaborar el proyecto de un nuevo Código Penal, conservando las instituciones que aún pueden seguir desempeñando una función eficaz y renovando aquellas otras que la práctica ha señalado como caducas"

El proyecto contiene muy importantes innovaciones. En su Art 1º— acepta el principio de legalidad: "No hay infracción penal sin ley anterior que la establezca. Sólo se puede sancionar un hecho cuando su punición haya sido establecida en una ley promulgada con anterioridad al mismo". Comprende los delitos internacionales (Art. 5); trata de la causalidad (Art 10) y las concausas (Art 11) en la parte general, y hace consideración sobre el delito imposible (Art 18)

Las causas que excluyen la responsabilidad penal están clasificadas así: ausencia de acto voluntario, irresponsabilidad por justificación, inimputabilidad e inculpabilidad. Disminuye el número de atenuantes y aumenta las agravantes, apareciendo entre estas últimas, la preparación de fuga, embriaguez, ingratitud, móvil de interés económico, posición distinguida y abuso de relaciones domésticas, para mencionar algunas

La participación criminal queda reducida a autores y cómplices, creando el delito de encubrimiento

Por otra parte, se regula sobre delito continuado (Art 37) y fija tres penas principales: de muerte, reclusión y multa. Entre las penas accesorias coloca la publicación de sentencia.

Establece la individualización de la pena y las medidas de seguridad, aplicando a éstas el principio de legalidad (Art 72).

La parte general concluye con los Títulos de la responsabilidad civil y la rehabilitación.

La parte especial comprende fundamentalmente cuatro secciones: delitos contra los bienes jurídicos de los particulares, delitos contra los bienes jurídicos de la familia, delitos contra los bienes jurídicos del Estado y delitos de trascendencia internacional. Cada Sección está distribuida en Títulos y Capítulos, según los bienes jurídicos lesionados.

El libro tercero se refiere a las faltas, divididas así: contra los bienes jurídicos de los particulares, contra los bienes jurídicos de la familia, contra los bienes jurídicos de la sociedad y contra el orden y la tranquilidad públicas.

V—LA REFORMA PENAL

Nuestro país está urgido de una reforma penal. El Código Penal vigente, cuya estructura es centenaria ya, no se acopla con la realidad contemporánea. Por ello, recalamos la necesidad de llevar adelante una reforma integral, que impida en nuestro país, la llamada revolución de los hechos contra los Códigos, generada por la vejez de las instituciones jurídicas.

Hoy más que nunca, la reforma se torna inaplazable. Y en esta obra que nos pondría en situación de progreso evidente, no deben desoírse las voces que claman por una unificación penal latinoamericana.

Después de la reunión de Santiago de Chile, en noviembre de 1963, auspiciada por el Instituto Chileno de Ciencias Penales, para elaborar las bases de un Código Penal Tipo en Latinoamérica, El Salvador debe enrolarse en esa tarea común, cuyos frutos serán de mucho beneficio colectivo.

La unificación penal, calificada de utópica por algunos, debe ser trasladada al campo fecundo de las realidades. Superado el dañino e injustificado provincianismo, que torna en islas a los países del Nuevo Mundo, deben éstos realizar la reforma penal, como un esfuerzo común. "Parece legítimo decir —afirma Sebastián Soler— que el momento histórico es extraordinariamente favorable para construir leyes dotadas de las virtudes que les acuerdan una sólida duración: el empleo de un lenguaje sencillo y exacto al mismo tiempo, la construcción de conceptos precisos y claros, mediante los cuales sea posible separar siempre la justicia de la iniquidad".

Conservemos la fe, el amparo de las frases de Soler, en el cambio de nuestras instituciones jurídico-penales en Latinoamérica y esforcémonos, día a día, porque América de al mundo el ejemplo de su unificación legislativa.

va, inicio y base para, en un futuro no lejano, cristalizar los anhelos de la unidad política

VI -CODIGO PENAL ANOTADO (Parte General)

LIBRO PRIMERO

Disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas

TITULO I

De los delitos y faltas y de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, la atenúan o la agravan.

CAPITULO I

DE LOS DELITOS Y FALTAS

Artículo 1º—Es delito o falta toda acción u omisión voluntaria penada con anterioridad por la ley **Definición de la Infracción Penal**

Las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario **Presunción Legal de Voluntariedad**

El que cometiere voluntariamente un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal recaiga en persona distinta de aquella a quien se proponía ofender, o aunque fuere distinto del que se proponía causar **Error en la Persona o en el Golpe**

ESQUEMA DE LOS CARACTERES DEL DELITO

Para estudiar el delito hay dos teorías a) unitaria; b) analítica

La unitaria pretende analizar el delito en su conjunto, la analítica, por el contrario, descompone el delito en cierto número de elementos o caracteres dos elementos (bitómica) según Antolisei (elementos objetivos y subjetivos); tres elementos (tritómica); cuatro elementos (tetratómica) para Von Liszt (el delito como acto culpable, contrario al derecho sancionado con una pena), cinco elementos (pentatómica) para Belling (acción típica, contraria al derecho, culpable, sancionada por una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de la penalidad) o, siete elementos (heptatómica) según la tesis original de Guillermo Sauer y desarrollada más adelante por Jiménez de Asúa (acto, típico, antijurídico, imputable, culpable, punible y sujeto, a veces, a condiciones objetivas de penalidad) Siguiendo la tesis de Jiménez de Asúa, el esquema

de los caracteres del delito y sus correspondientes ausencias, de acuerdo con la ley salvadoreña, es:

- 1 **ACTIVIDAD** Ausencia o elemento negativo Ausencia de acto El que obra violentado por fuerza física irresistible (Nº 9 del Art 8 Pn)
- 2 **TIPICIDAD** Ausencia: Atipicidad. Falta total o parcial de los elementos del tipo penal
- 3 **ANTI JURICIDAD** Ausencia: Causas de justificación Legítima defensa (Nos 4, 5 y 6 del Art 8); estado de necesidad (Nº 7 del Art 8); el que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (Nº 11 del Art. 8 Pn) y el que incurre en alguna omisión hallándose impedido por causa legítima (Nº 13 del Art 8 Pn)
- 4 **IMPUTABILIDAD** Ausencia: Causas de inimputabilidad El loco o demente a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que por cualquier causa independiente de su voluntad se halla privado totalmente de razón (Nº 1 del Art 8 Pn) El menor de diez años (Nº 2 del Art. 8 Pn), y el de diez años o más y menor de quince, a no ser haya obrado con discernimiento (Nº 3 del Art 8 Pn)
- 5 **CULPABILIDAD** Ausencia Causas de inculpabilidad El caso fortuito (Nº 8 del Art 8 Pn); Miedo insuperable (Nº 10 del Art Pn) Obediencia debida o jerárquica (Nº 12 del Art 8 Pn.), y omisión por causa insuperable (Nº 13 del Art 8 Pn)
- 6 **CONDICIONES OBJETIVAS DE PENALIDAD.** Ausencia Falta de condiciones objetivas Cuando falta el hecho al cual está subordinada la conducta delictiva (en la inducción al suicidio, sancionada por el Art 362 Pn, cuando no ocurre la muerte y por falta de condiciones procesales en los delitos a que se refiere el Art 363 I, cuando no precede la conciliación)
- 7 **PUNIBILIDAD** Ausencia: Excusas absolutorias. Jiménez de Asúa encuentra falsas excusas absolutorias así: Casos de atipicidad (Arts 409, 414-B, 422, 440 y 429 Pn.), casos de inculpabilidad (Arts 378, 15 Inciso último Pn) y causas de justificación (Arts 447, 453 Inc 3 Pn.) Verdaderas excusas absolutorias para Jiménez de Asúa (Arts 122, 123, 141, 147, 249 Pn) como casos de desistimiento en ciertos delitos y el parentesco entre autores y víctimas en delitos contra la propiedad (Art 524 Pn) Labatut Glens opina, que el desistimiento de la tentativa, no constituye excusa absoluta, sino el desaparecimiento de la tentativa misma, de la que forma parte la interrupción de la ejecución Nova-Monreal apoyando a Labatut, sitúa el desistimiento como requisito negativo de la tipicidad

NOTAS SOBRE LA DEFINICION DE INFRACCION PENAL

La infracción penal abarca: a) delitos; b) faltas

Los elementos del Derecho Penal son: a) la infracción penal; b) delincuente; c) pena Jiménez de Asúa ha actualizado el estudio de un elemento: la víctima, cuyo enfoque dio nacimiento a la Victimología.

La infracción penal puede ser cometida por a) acción; b) omisión simple, c) comisión por omisión; d) omisión espiritual o culpa

Antonio Camaño Rosa da los siguientes conceptos

Acción: Infringir una norma prohibitiva

Omisión Infringir una norma preceptiva

Comisión por omisión Infringir ambas normas

Isaías Sánchez Tejerina encuentra en la definición de la infracción penal 3 elementos material, moral y legal. El elemento material comprende la acción (movimiento corporal) y la omisión (abstención del movimiento corporal). El elemento moral abarca la voluntariedad del acto, considerada como sinónimo de intencionalidad, malicia, y comprensiva del dolo. El elemento legal se refiere a que las acciones u omisiones han de estar penadas con anterioridad por la ley, para constituir delitos o faltas.

Novoa Monreal, discrepando con Jiménez de Asúa, opina que el término más adecuado para comprender la acción y la omisión, es conducta. Por lo tanto, para Novoa Monreal, el primer elemento positivo del delito, debe denominarse así, en vez de acción.

Según López-Rey y Alvarez Valdés, la palabra voluntaria, empleada en la definición legal de delito o falta, equivale a acto intencional, dando esta interpretación los principales comentaristas españoles. De esta suerte se equipara la voluntariedad a la malicia o al dolo en su más vulgar sentido y había por lo mismo, dos definiciones del delito una, del delito doloso (Art 1 Pn) y otra, del delito culposo (Art 527 Pn)

De acuerdo con el esquema de los caracteres del delito, dado por Jiménez de Asúa, la definición legal del delito, comprende los siguientes elementos: 1) la actividad (acción u omisión); 2) culpabilidad (voluntariedad equiparada al dolo); 3) penalidad (penado) y 4) tipicidad (con anterioridad por la ley)

Para Labatut, la tipicidad no está suficientemente establecida en la definición legal del delito, pero hay que tomar en consideración que dicho autor alude al Código Penal Chileno, que siguiendo íntegramente al Código Penal español de 1848, define el delito como "acción u omisión voluntaria penada por la ley". El legislador salvadoreño, que también tomó dicha definición del mismo Código Penal español de ese año, hizo modificación introduciendo "penada con anterioridad por la ley".

No obstante, falta en la misma definición, referencia expresa a la antijuricidad y a la imputabilidad.

Se ha criticado la inclusión de definiciones en el Código Penal. Por ello, el Código Penal de Uruguay, obra de José Irureta Goyena, se limita a dar un concepto en el Art 1: "Es delito toda acción u omisión prevista por la ley penal", con lo que se pretende más que definir el delito, dar vigencia al principio de legalidad.

Otros Códigos Penales (México y Argentina) se refieren en su Art 1 al ámbito de aplicación de la ley penal

PRESUNCION LEGAL DE VOLUNTARIEDAD

El inciso segundo del Art 1 establece una presunción legal de voluntariedad. Vale decir, que si se comprueba que no hubo dolo, desaparece tal presunción

La jurisprudencia española ha decidido que la prueba incumbe al que realizó los hechos y que no basta, contra la presunción de dolo, la simple alegación de circunstancias no establecidas en suficiencia

ERROR EN LA PERSONA O EN EL GOLPE

Sánchez Tejerina distingue dos clases de error de hecho en la persona o en el objeto (error in objeto o in persona) y en el golpe (aberratio ictus)

Ahora bien, para que el error de hecho elimine el dolo, debe referirse a elementos o circunstancias esenciales

El inciso tercero del Art 1 se refiere, indudablemente, al error accidental y de ahí que se incurra en responsabilidad criminal en los dos casos señalados

- a) Cuando el mal recae en persona distinta de aquella a quien se proponía ofender, y
- b) Cuando el mal fuere distinto del que se proponía causar

En el primer caso, si se confunde a Juan con Pedro, causándose la muerte de éste en vez de la de aquel, el sujeto activo siempre responde de homicidio. No obstante, siguiendo a Sánchez Tejerina, el que creyendo dar muerte a un extraño, mata al padre, responde de homicidio y no de parricidio.

En el error en el golpe, si se trata de dar muerte a Juan, pero el disparo mata a Pedro, siempre se responde de homicidio

No estimamos correcta la tesis de quienes opinan que en el error en el golpe, el sujeto activo debe responder de tentativa o frustración en relación a quien se quería matar y de homicidio por imprudencia en relación a quien se causó la muerte. En el error en el golpe, si tratando de matar a un extraño, el sujeto activo mata a su padre que interfiere, responderá de homicidio y no de parricidio

CODIGO PENAL DE 1826

En el Código Penal Salvadoreño de 1826, el Art 1 estaba redactado así "Art 1º Es delito todo acto cometido u omitido voluntariamente y a sabiendas, con mala intención, con violación de la ley

Todo acto voluntario contra la ley se entenderá ser cometido a sabiendas y con mala intención, mientras que su autor no pruebe o no resulte claramente lo contrario”

NO SE NECESITA DEFINICION

Jiménez de Asúa en su trabajo “Bases generales para un nuevo Código Penal” opina —y compartimos esta opinión— que no es necesario que el Código Penal contenga definición del delito. Asegúrese que tal definición no enseñe nada al penalista científico y sólo confunde al hombre práctico y al público en general “para quienes el Código significa a la vez instrumento de defensa y fórmula conminatoria para lograr la protección general”

DEFINICIONES TEORICAS DEL DELITO

Se ha criticado, en cuanto a técnica jurídica, la inclusión de definiciones en los Códigos, porque estando cargadas de un evidente subjetivismo, traducen solamente la opinión de los redactores de la ley

Veamos, par corroborar este aseito, la definición del delito

CARRARA “Infracción de la ley del Estado, promulgada para la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”

GAROFALO “Violación de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad en la medida media en que se encuentran en la sociedad civil en un momento dado, por medio de acciones nocivas para la colectividad”

FERRI: “Acciones punibles determinadas por motivos individuales, egoístas y antisociales, que turban las condiciones de la vida y contravienen a la moralidad de un pueblo, en un momento determinado”

CUELLO CALON “Acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena”

SOLER “Acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta”

JIMENEZ DE ASUA “Acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”

IHERING: “Atentado a las condiciones de vida de la sociedad, comprobado por el legislador y sólo evitable por medio de la pena”

ROCCO: “Acción imputable que reviste algún peligro para la sociedad jurídicamente organizada; peligro que no puede ser eliminado por otra sanción que no sea la pena”.

MANZINI: "Hecho individual con el que se viola un precepto jurídico provisto de aquella sanción específica de coerción directa, que es la "pena" en sentido propio, o bien una acción o una omisión, imputable a una persona, lesiva o peligrosa para un interés penalmente tutelado, constituida por determinados elementos y eventualmente subordinada a ciertas condiciones de punibilidad o acompañada de determinadas circunstancias"

De estas definiciones, Carrara apuntó la del delito como ente jurídico; Garófalo, la del delito natural y Jiménez de Asúa, la que sirve de base para el desarrollo de los siete elementos del delito

EL DOLO EN LA DEFINICION LEGAL DEL DELITO

La actual definición legal del delito, adoptada por el Código Penal Salvadoreño, proviene del Código Penal español de 1848. Adviértese su influencia clásica, y Pacheco, comentarista español, indica que el término "voluntaria", adecuado a la acción u omisión, está integrado por tres elementos: libertad, inteligencia e intención. El delito es, entonces, un acto libre, porque proviene de la autodeterminación del agente, sin coacción ni fuerza. Es, por otra parte, acto inteligente porque supone que el agente comprende en suficiencia los alcances de su acción y, finalmente, hay intención, como voluntad orientada a un fin determinado.

Ahora bien, lo que ha motivado opiniones encontradas, es el significado del término "voluntariedad"

Para Groizard, Viada, Antón Oneca, el Padre Montes y más recientemente Quintano Ripollés, la voluntariedad está equiparada a elemento subjetivo del delito, interpretándose que se abarca así tanto el dolo, como la culpa.

Otros autores, por el contrario, y aquí debemos mencionar a Pacheco, hacen equiparar la palabra voluntaria a acto intencional, o sea la malicia que antes empleara el mismo Código Penal español.

En nuestra opinión, la voluntariedad es índice de intencionalidad, vale decir de dolo, por lo que el Art. 1 se refiere tan sólo al delito doloso y no al culposo.

CONCEPTO Y CLASES DE DOLO

Teniendo relación el Art. 1 con el dolo, como forma de la culpabilidad, diremos que ésta puede presentarse en tres formas: a) dolo; b) culpa; c) preterintencionalidad.

Carrara define el dolo como "intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se conoce contrario a la ley". Para Labatut, esta definición de origen clásico, tiene como esencia la voluntad de producir el resultado. El propio Labatut, define el dolo, al conjugar las teorías diversas, como "voluntad de realizar una acción cuyo resultado ilícito, previsto como seguro, probable o posible, es querido o al menos asentido por el agente".

Jiménez de Asúa da la siguiente definición de dolo: “producción de un resultado antijurídico, con conciencia de quebrantar el deber, con conocimiento de las circunstancias del hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica”

Castellanos Tena define el dolo como “el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico”.

Hay tres tesis sobre el dolo: a) de la voluntad; b) de la representación, y c) del asentimiento

La primera asoma en la definición de Carrara, como aquella voluntad de producir el resultado, que es la esencia del dolo; la segunda, deducida por Frank, ve en el dolo “una representación del resultado, seguro o probable, que acompañan la manifestación de voluntad”, y por último, la teoría del asentimiento, toma en cuenta la actitud del agente, en cuanto a que se representa el resultado antijurídico como seguro, probable o posible, y actúa dolosamente quien, aceptando tal resultado, no se detiene en su acción y llega, como en el caso del dolo eventual, a ratificar la posibilidad del resultado

El dolo tiene la siguiente clasificación: a) directo e indirecto; b) determinado e indeterminado; c) genérico y específico; d) súbito y premeditado, e) eventual; f) precedente y subsiguiente; g) de daño y de peligro y el que Jiménez de Asúa llama “dolo de consecuencias necesarias”

Dolo directo hay cuando el efecto antijurídico es previsto como una consecuencia cierta y probable de la acción y querido por el agente en su integridad. En otras palabras, coincidencia o correspondencia entre intención y resultado. En el indirecto, tal correspondencia no existe, pues el resultado supera a la intención y no se acopla a ella. Aspecto del dolo indirecto es la preterintencionalidad. Para Impallomeni, la expresión de dolo directo es nada afortunada pues “si el dolo indica dirección de la voluntad hacia un resultado, no se concibe cómo pueda haber, a pesar de ello, un dolo no dirigido (indirecto) hacia un delito”. El colombiano Mesa Velásquez, aconseja el empleo, para sustituir el de dolo indirecto, de dolo superado por el resultado

El dolo directo se subdivide en determinado e indeterminado. El primero se da, cuando el agente prevé y quiere de manera exclusiva un resultado antijurídico, o, en otros términos, cuando se dirige la acción a un fin determinado. Mesa Velásquez da este ejemplo: Pedro quiere matar a Juan; prevé el primero que con un disparo de revólver puede lograr ese fin; Pedro entonces, hace funcionar el arma y obtiene el resultado querido. El dolo es indeterminado, cuando la intención se dirige indiferentemente a varios resultados. Ejemplo: Juan dispara contra Pedro, en un arranque de ira, sin intención definida de matar o lesionar a éste; Miguel dispara contra un grupo de personas, sin la definida intención de matar o lesionar a alguno. Discrepo con Mesa Velásquez, en que el dolo indeterminado sea el mismo eventual, pues

que en éste, no se da la intención de causar perjuicio, sino ratificación de la posibilidad de causarlo

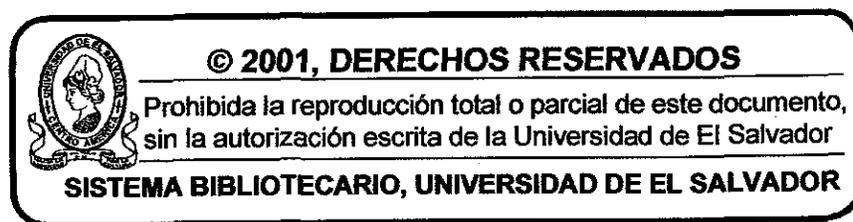
El dolo genérico es aquel en que el agente quiere ocasionar un resultado dañoso, pero sin tener un fin especial. Para Maggiore, el dolo es genérico “cuando la voluntad se dirige a causar un resultado jurídicamente prohibido”. Ejemplos de delitos que no requieren fin especial: homicidio, incendio, malversación de causales públicos. El dolo es específico, cuando la voluntad se dirige de un modo especial a un fin señalado por la ley como elemento de la figura delictiva. Para Manzini es específico el dolo que comprende “la voluntad específicamente antijurídica, exigida de manera especial por requerirse para la infracción un particular conocimiento o fin determinado en el agente”. Maggiore, por su parte, expresa que hay dolo específico “cuando la voluntad tiende a conseguir un fin especial, requerido por la ley para distinguir de otro un título de delito”

En el Código Penal salvadoreño, requieren dolo específico los delitos que exigen propósito especial, expresado con los términos “el que a sabiendas” (Art 211), “el que de propósito” (Art 369), “el que intencionalmente” (Art 444), “los que con ánimo de lucrar” (Art 456 y 469), “con miras deshonestas” (Art 398) y teóricamente el parricidio, en donde para que se perfilen tal figura, se precisa que el hecho tenga conocimiento del lazo parental que le une con la víctima

El dolo es súbito o de ímpetu, cuando la intención delictiva del agente surge de improviso, es decir, intempestivamente, sin previa reflexión. Ejemplo el que al calor de la ira dispara contra alguien, causándole la muerte. En el dolo premeditado, en cambio, hay una previa reflexión o, como dice Irureta Goyena, “una intención concentrada, sublimada”. Camignani, señala que en la premeditación del dolo, hay “el propósito formado con ánimo frío y calmado buscando y esperando la ocasión, para que el crimen logre el fin que desea”. Ahora bien, de darse el dolo premeditado en ciertos delitos, modifica la figura delictiva, así, el homicidio con premeditación, transfiere en asesinato (Art 356 Pn)

El dolo eventual se da, cuando el agente se representa como posible un resultado delictuoso y no obstante, continúa la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias, esto es ratificando la posibilidad de causar ese resultado delictuoso. Aquí, el agente no quiere directamente el resultado, pero lo acepta en última instancia.

Hay dolo precedente o inicial, cuando la intención acompaña todo el proceso evolutivo del delito, es decir, desde el comienzo, que está constituido por la fase interna, hasta el final o fase externa. El dolo subsiguiente aparece cuando el propósito criminal surge después de una acción inicial lícita, que le da oportunidad al delito o después de una acción encaminada a la producción de un mal menor. Ejemplo el sujeto activo recibe, lícitamente, una cosa en depósito, luego se apropia de ella o hace indebido uso de la misma o, en el segundo caso, cuando el sujeto activo lesiona inicialmente a la víctima por



que esa era su intención inicial, más al percatarse de que la víctima está lesionada, toma la resolución subsiguiente de causarle la muerte

El dolo de daño se da cuando el agente tiene la intención de causar un daño efectivo en bienes jurídicos ajenos, así matar, incendiar, dañar, y el dolo de peligro se presenta, cuando el agente quiere una acción de simple amenaza para los bienes jurídicos ajenos, así disparar sin lesionar o matar, amenazar, agredir

En el dolo de consecuencias necesarias, el agente quiere parte del resultado, pero acepta a plenitud las consecuencias del resto. Ejemplo: colocar bomba en el automóvil en que viaja el Presidente de la República, para matar a éste, aceptando como resultado final, el que muera el mandatario y sus acompañantes. Otro ejemplo: cuando el agente coloca bomba en un avión para que muera una persona determinada, aceptándose como consecuencia que mueran los otros pasajeros

JURISPRUDENCIA

“Para destruir la presunción de voluntariedad que establece el inciso segundo del Art. 1 Pn es preciso que la falta de intención del agente se encuentre establecida en los autos con declaración de testigos o por otro medio legal de prueba” (Revista Judicial, Tomo LVI, 24 de noviembre de 1951, página 917)

Artículo 2º En el caso de que un tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión, y no se halle penado por la ley, se abstendrá de todo procedimiento sobre él, y expondrá al Supremo Tribunal de Justicia las razones que la asisten para creer que debiera ser objeto de sanción penal a fin de que lo haga presente al Cuerpo Legislativo. Las mismas observaciones pueden dirigirse a la Asamblea Nacional la Corte Suprema de Justicia

**Actos Antijurídicos
no Punibles**

NOTAS

El primer Código Penal salvadoreño, promulgado el 13 de abril de 1826 tenía en su Art. 2 una definición de la culpa: “Es culpa todo acto que con violación de la ley, aunque sin mala intención, se comete u omite por alguna cosa que el autor puede y debe evitar, o con conocimiento de exponerse a violarla la ley” Luego, siguiendo el Código Penal español de 1848, se incluyó este artículo que viene a confirmar, aunque en forma negativa, el principio de legalidad. Indudablemente esta disposición tiene, complementado el Art. 1, referencia a la tipicidad. Esta puede presentarse en su aspecto negativo así

CAUSAS DE ATIPICIDAD

1) Ausencia total de tipo usura, monopolio, trust, etc hechos antijurídicos no penados por el Código Penal salvadoreño

2) Ausencia de calidad exigida para el sujeto activo (Arts 338, 426, 434, 388, 391, 329 Pn) o para el sujeto pasivo (Arts 396, 442, 439 Pn)

3) Ausencia de objeto jurídico (Arts 456, 469, 474, 519, 409 Pn) o de objeto material (Arts 358, 364 Pn)

4) Ausencia de referencias temporales (Art 363 Pn) o de referencias especiales (Arts 462, 466, 458 Pn)

5) Ausencia de medios comisivos señalados por la ley (Arts 456, 453, 452 Pn)

6) Ausencia de elementos del injusto (Arts 444, 438 Pn)

El Art 2 alude a casos de ausencia total de tipo, en los que, no estando previstos tales hechos antijurídicos por la ley, el Juez debe abstenerse de conocer, exponiendo a la Corte Suprema sus razones para que se incluyan como delitos en el Código Penal, mediante reformas introducidas por el Poder Legislativo. Acatando este artículo, el Juez de Primera Instancia, de acuerdo con el Art 181 I N° 1 decretará el sobreseimiento "cuando el hecho que hubiere dado motivo al sumario no tuviere pena señalada en las leyes"

Con tales disposiciones, se presentan dos casos: a) el Juez está facultado para abstenerse de todo procedimiento, de conformidad con el Art 2 Pn b) caso se hubiese iniciado procedimiento sobre hecho no penado por la ley, el Juez está obligado a sobreseer, de acuerdo con el Art 181 I N° 1

Art 3º Son punibles no sólo el delito consumado, sino el frustrado y la tentativa **Fases del Delito**

Las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas **Faltas Punibles**

Hay delito frustrado cuando los actos ejecutados por el culpable, con el intento de cometer el delito, habrían sido por su naturaleza suficientes para producirlo, y sin embargo no lo producen por causas o accidentes independientes de la voluntad del agente **Delito Frustrado**

Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, pero no prosigue en su realización por cualquier causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento **Tentativa**

Si en los casos de tentativa no llegare a determinarse qué delito se proponía ejecutar el culpable, se estimará que sus actos se dirigían a cometer el de menor gravedad entre aquellos a que racionalmente pueda presumirse que iban encaminados **Tentativa de Delito no terminado**

FASES DEL DELITO

Ita Criminis es el camino o curso del delito. Y como todo acto humano tiene un proceso interno y otro externo, en la vida del delito encontramos, siempre, una fase interna y otra externa. Eventualmente puede aparecer una fase intermedia.

Fase Interna 1) Ideación; 2) deliberación; 3) determinación o resolución

Esta **fase interna** es puramente psicológica y consiste según Novoa Monreal en "fenómenos psicológicos del sujeto, no trascendentes al exterior ni perceptibles por extraños"

Ideación, es representación de un delito que puede ser cometido; deliberación es la discusión interna o ponderación de ventajas e inconvenientes de la realización del delito, y finalmente, determinación, es resolución o decisión adoptada por el sujeto para realizar el hecho punible. La determinación sirve de punto de partida a la agravante de premeditación.

Esta fase interna interesa solamente a la moral y a la religión, pero no a la norma jurídica, pues que siendo el Derecho, regulador de la conducta externa del hombre, no puede haber punibilidad de ideas, en tanto éstas no se traduzcan a los hechos externos. Adversamos, por ello, la tesis de Massari de que siendo la volición un acto, el querer un delito, significa conato del mismo.

Fase Intermedia. 1) resolución manifestada; 2) delito putativo. En la resolución manifestada: 1) proposición, 2) conspiración; 3) provocación o incitación; 4) apología del delito, 5) amenazas.

Esta fase intermedia no se produce siempre y puede faltar cuando el sujeto pasa directamente de la fase interna a la externa.

Para Novoa Monreal aparece la resolución manifestada "cuando el que tiene resuelto cometer un delito se limita a dar a conocer su propósito a otro u otros, de palabra, por escrito o por gestos, sin realizar ningún acto material encaminado al objetivo que persegue"

La proposición y la conspiración están definidas en el Art 4 Pn

Provocación o incitación, existe cuando el agente estimula a otros a cometer delitos queridos por aquél, comprometiéndose en esa forma la paz pública. Háblase también de inducción, que por cierto es penada, en ciertos casos, como delito especial (Art 362 Pn). Aquí, el agente convence o ayuda

a otro a verificar determinado acto, sancionando la ley tal inducción o ayuda, como delito en especie

Rechazamos el apareamiento del llamado "delito de opinión", figura jurídica creada por las dictaduras para impedir el libre juego de las ideas, sancionando el mero hecho de preconizarlas o difundirlas, sin llegar a los actos ejecutivos. Falta, por lo consiguiente la antijuricidad del acto, pues quien preconiza, se ampara en el derecho a la libertad de expresión o de asociación

La amenaza es asimismo una resolución manifestada, pero nuestra ley, la sanciona como delito en especie (Art. 449 Pn)

DELITO IMPOSIBLE Y PUTATIVO

Para Sánchez Tejerina hay delito imposible en los siguientes casos: 1) por los medios empleados que son inidóneos. Ejemplos: tratar de envenenar a otro con azúcar, creyéndola arsénico; tratar de matar a alguien con arma sin tiros; 2) por inidoneidad del sujeto pasivo. Ejemplo: tratar de matar a una persona, disparándole, cuando ya ésta había fallecido; tratar de hacer abortar a una mujer no embarazada; 3) por inexistencia del sujeto pasivo o de objeto. Ejemplos: tratar de robar una caja de caudales ya vacía, o disparar contra un maniquí, creyéndole persona

Respecto a la inidoneidad del medio empleado, puede ser absoluta o relativa. Absoluta, cuando el medio es totalmente inidóneo, como el caso del azúcar por veneno; relativa, cuando la ineficacia no es completa, como emplear veneno, pero en cantidad insuficiente. Para el mismo Sánchez Tejerina, el delito imposible debe equipararse, para su punición, con el frustrado

Carrara se inclinaba por la punibilidad sólo en caso de inidoneidad relativa y Von Buri y Garófalo, estaban porque se sancionara el delito imposible, en todo caso

Los comentaristas hacen una oportuna diferencia del delito imposible y el delito putativo. En éste, se expresa, hay imposibilidad jurídica de delinquir, porque el hecho no constituye delito de conformidad con la ley; en el delito imposible, en cambio, si bien el hecho que el agente se propone realizar, es delictuoso, no puede consumarse por idoneidad o inexistencia de sujeto pasivo o inidoneidad e inexistencia de medios

El Código Penal Salvadoreño no sanciona el delito imposible, ni hace referencia a él, en artículo alguno

Sebastián Soler, en su Proyecto de Código Penal para Argentina, incluye el delito imposible, así: "Art 13 El que intentare cometer un delito por un medio o contra un objeto de tal naturaleza que la consumación del hecho resulte imposible, será punible en la forma establecida en el Artículo 74, pudiendo el mínimo ser disminuido en un tercio. El juez podrá eximir de toda pena, cuando la imposibilidad fuere tan evidente que el intento sólo sea

explicable por grosera ignorancia o superstición, y el hecho no puede provocar alarma alguna”

Fase Externa. 1) Actos preparatorios, 2) tentativa (también llamada tentativa inacabada); 3) delito frustrado (también tentativa acabada), 4) delito consumado; 5) delito agotado

En la fase externa cabe hablar de actos preparatorios y de actos ejecutivos o de ejecución

Define Novoa Monreal que los primeros serían “aquellos que, no obstante tender a la perpetración del hecho delictuoso, no tienen en sí mismos notas que los vinculen directamente con éste, por lo que serían impunes” Actos ejecutivos, para el mismo autor, son aquellos que “llevarían en sí mismos impreso un carácter criminal y marcarían el campo de la punibilidad penal dentro del desarrollo progresivo de la actividad que tiende al delito, campo que se extiende desde el umbral de lo punible hasta deslindar con la consumación”

El P Jerónimo Montes, indica que el acto preparatorio debe llenar dos requisitos: 1) que no constituya parte integrante del delito y sí solamente un antecedente necesario para remover los obstáculos y adquirir los medios indispensables; 2) que tal acto se ejecute con el propósito de preparar la comisión del delito

Hay cinco teorías sobre los actos preparatorios: dos de Carrara y las restantes de Beling, Mayer, Mezger y Jiménez de Asúa

Inicialmente, Carrara aportó la **teoría de la univocidad**, según la cual, el acto preparatorio puede propender, tanto a un delito como a un hecho inocente. Si el acto preparatorio se dirige manifiestamente al delito y se penetra al principio de ejecución, el acto es unívoco, de lo contrario, si el acto preparatorio, tiende tanto al delito como al hecho inocente, es equívoco

Después, Carrara cambió su tesis, y aportó otra: **el ataque a la esfera jurídica de la víctima**. Según esta tesis los actos pueden ser consumativos, ejecutivos y preparatorios. Los primeros, se dirigen al sujeto pasivo de la consumación, los segundos, recaen sobre el sujeto pasivo del atentado y, finalmente, los actos preparatorios, que recaen solamente sobre el sujeto pasivo del delito que se prepara

Beling, encontró en el tipo penal la diferencia de actos preparatorios y actos ejecutivos, distinguiendo el “núcleo del tipo” y la “zona periférica del tipo”. Según este autor, integran el “núcleo del tipo”, los actos que suponen la realización del verbo activo, constitutivo del centro del tipo penal. Los actos preparatorios, según esta tesis, pertenecen a la “zona periférica del tipo”

Esta última tesis, muy sugestiva, goza de notables seguidores, como Sebastián Soler

Mayer, por su parte, encontró la diferencia de actos preparatorios y actos ejecutivos en la antijuricidad material. Para Mayer, si los actos atacan un bien jurídico, son ejecutivos y si, por el contrario, no alteran el estado de paz del bien jurídico, son preparatorios.

Mezger y Jiménez de Asúa, con base en las tesis anteriores, diferencian los actos preparatorios y actos ejecutivos con la aplicación conjunta de criterios formales que se deducen del tipo legal y de criterios materiales deducidos del bien jurídico protegido por la ley.

Otros autores —Delitala entre ellos— se inclinan porque tal diferencia es mera cuestión de palabras, sin resultados prácticos.

Discútese, además, la punibilidad de los actos preparatorios, argumentándose la dificultad de establecer la intención criminal del agente, por medio de tales actos.

No obstante, el Código Penal salvadoreño señala pena para ciertos actos preparatorios (Arts. 246, 467, 472, 518).

FALTAS PUNIBLES

La ley sanciona únicamente las faltas consumadas. El Código Penal español de 1932 decía en su Art. 5: "Las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas. Se exceptúan las faltas frustradas contra la vida y la integridad corporal o la propiedad." En El Salvador no hay, entonces, faltas frustradas o tentativa de falta, punibles, aunque teóricamente bien pueden darse estas figuras. La verdad es, que tratándose de infracciones menores, por razones prácticas debe propenderse a sancionar solamente la consumación. Por política criminal se considera que la levedad de estas infracciones, no amerita la aplicación de penas a los autos de tentativa o frustración de faltas.

DELITO FRUSTRADO

De la definición de delito frustrado que da el Código Penal se desprende, que sus requisitos son: 1) que el agente practique todos los actos ejecutivos del delito; 2) que no consiga su propósito; 3) que ello se deba a causas independientes de su voluntad.

En doctrina se habla de delito perfecto y de delito imperfecto. Perfecto, es el consumado; imperfecto, la tentativa y el delito frustrado. También se conocen estas dos últimas formas, como conato.

Se caracteriza, pues, el delito frustrado, porque el agente pone de su parte lo necesario para que el delito se consuma, pero tal cosa no ocurre, por causas independientes de la voluntad del agente. En consecuencia, en la frustración se realizan todos los actos directos que eran necesarios para iniciar el curso causal suficiente para producir el delito.

Fijemos dos ejemplos de delito frustrado.

Primer ejemplo: Habrá homicidio frustrado si el agente disparó contra la víctima, quedando ésta ileso, a causa de haberse incrustado el proyectil en un reloj de bolsillo que llevaba el sujeto pasivo en su chaleco

Segundo ejemplo: Habrá asesinato frustrado si el agente proporcionó a la víctima veneno en dosis mortal, salvándose el sujeto pasivo al suministrarle el médico, oportunamente, un contraveneno

Es tendencia contemporánea, por razones también prácticas, eliminar toda diferencia en la ley de delito frustrado y tentativa, fundiendo ambas, en una sola forma

Tal tendencia ha logrado introducirse en algunos Códigos Penales. El del Estado de Veracruz, México, preceptúa: "Art 10 La tentativa es sancionable cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente"

La tentativa, abarca entonces, para su punibilidad, al delito frustrado, integrando una sola forma

TENTATIVA

De la definición de tentativa que da el Código, concluimos en que sus requisitos son 1) que el agente de principio a la ejecución del delito; 2) que ejecute alguno o algunos, aunque no todos, de los actos constitutivos del delito, 3) que no ejecute todos los actos por causa que no sea su propio y voluntario desistimiento

Se traspaesa pues, el límite de los actos preparatorios y se introduce el agente a los actos ejecutivos, por medio de una conducta exterior, pero la diferencia con el delito frustrado es, que en este último, el agente realiza todos los actos que son necesarios y suficientes para la consumación del delito, en tanto que en la tentativa, comienza nada más, a ejecutar tales actos, pero no concluye todos

La tentativa es desistida, cuando el agente inicia tales actos pero no prosigue su realización, por voluntad propia. La tentativa desistida, por regla general, no es punible, y según Labatut, desaparece la tentativa misma

Novoa Monreal, con bastante razón, afirma que en la tentativa desistida hay atipicidad

El Código Penal salvadoreño sanciona como delito consumado, un caso de tentativa (Art 112) y asimismo, en otro caso (Art 101), sanciona el delito frustrado como si fuere consumado y la tentativa, como delito frustrado

TENTATIVA DE DELITO NO DETERMINADO

Dando vigencia al principio in dubio pro reo, determina el Código Penal que en el caso de no determinarse el delito que el agente se proponía ejecutar, se aplicará la tentativa correspondiente al delito menos grave.

PENALIDAD DE LA TENTATIVA Y DELITO FRUSTRADO

A los autores del delito frustrado, se les aplican los dos tercios de la pena señalada al delito consumado (Art 45) y a los autores de la tentativa y cómplices del delito frustrado, corresponde el tercio de dicha pena

A los cómplices de la tentativa corresponde la sexta parte de la pena

DELITO CONSUMADO Y DELITO AGOTADO

Cuando el sujeto activo realiza o cumple todos los requisitos señalados por el hecho típico, desemboca en el delito consumado. Para Novoa Monreal, delito consumado es “el delito completo, en que se han cumplido todas las exigencias indicadas en la descripción típica correspondiente”. En tanto, para el mismo autor, el delito agotado se da, en “aquel momento del desarrollo del delito en que se han producido todas las consecuencias del hecho delictuoso y en que el sujeto activo, por consiguiente, no sólo ha dado cima al hecho típico, sino ha logrado, además, obtener todos los efectos ilícitos que mediante él se proponía conseguir”.

Los problemas de la consumación surgen en ciertos delitos, como el hurto por ejemplo, en que se discute si se consuma cuando el agente toca las cosas, las remueve, las saca de la esfera de protección del dueño disponiendo libremente de ellas, o bien cuando pone las cosas hurtadas en un lugar seguro.

Sostenemos que el hurto se consuma cuando el agente sustrae las cosas de la esfera de protección del dueño disponiendo con libertad de ellas y que ese mismo delito se agota, cuando el agente se aprovecha de las cosas hurtadas, usándolas, vendiéndolas u obsequiándolas.

Toda distinción entre delito consumado y agotado, no tiene razón de ser desde el punto de vista práctico, puesto que es punible, con la pena total señalada al delito, cuando se llega a la fase de la consumación, sin precisarse para su punibilidad, el que se agoten.

JURISPRUDENCIA

Existe delito consumado de violación de una niña de cuatro o cinco años de edad, si los médicos forenses, ampliando su dictamen, declaran terminantemente que la ofendida está desflorada” (Revista Judicial, Tomo XXXVII, 29 de junio de 1932, Pág 242)

“Comete delito de homicidio frustrado una persona que llega a una farmacia solicitando se le vendiera una pastilla de oxianuro de mercurio, y ante la reiterada negativa de los empleados de venderle el medicamento, porque no llevaba receta de médico, saca un revólver y dice “que se moriría”, pero que antes mataría a los propietarios de la farmacia, marido y mujer, y habiéndose presentado ésta en ese momento, le disparó el reo, al verla, un balazo, acertándole en la frente y lesionándola gravemente” (Revista Judicial, Tomo XXXVII, 31 de agosto de 1932, Pág. 540)

“I. Aún reconocidos los hechos inductivos de una tentativa de violación, si de autos no aparecen establecidos los requisitos en todo o en parte, a que se refieren los números 1º, 2º y 3º del artículo 392 Pn., en relación con el artículo 3º inciso penúltimo del mismo Código, procede sobreseer en el procedimiento si el informativo está depurado. II. Tampoco procede reconocer tentativa de estupro, si falta el requisito previo de la conciliación a que se refiere el Art. 346 I. III. La teoría del “delito imposible”, no tiene carta de naturaleza en nuestra legislación punitiva” (Revista Judicial, Tomo XXXVII, 10 de agosto de 1932, Pág. 588)

“Comete delito de homicidio frustrado un reo que ataca con un machete-colín a un individuo, ejecutándole varias lesiones de las que resultó con la mano derecha cortada, coniéndose por este motivo, habiéndolo seguido el reo hasta darle alcance, causándole entonces un machetazo en la cabeza, del cual lo botó al suelo, y en esta situación le ejecutó otros machetazos más, resultando el ofendido con diecisiete lesiones. El número, situación y gravedad de estas lesiones, que dejaron al ofendido en estado agónico, demuestran que la intención del reo fue matar a aquél, quien no murió debido a su resistencia física y oportuna intervención médica, circunstancias independientes de la voluntad del agente” (Revista Judicial, Tomo XXXVII, 16 de octubre de 1933, páginas 163-164)

“Hay delito de homicidio calificado frustrado cuando los hechos cometidos por un reo —ocultarse dentro del monte y dispararle por la espalda un tiro de escopeta al ofendido cuando éste caminaba de una ciudad al cantón de su domicilio— ponen de manifiesto que su propósito fue cometer un homicidio con alevosía, habiendo realizado todos los actos que por su naturaleza habrían de producirlo, no habiéndose consumado por causas independientes de su voluntad” (Revista Judicial, Tomo XL, 26 de julio de 1935, Págs. 451-452)

I. Debe admitirse en la jurisprudencia salvadoreña el delito frustrado de violación. Existe éste si de los hechos probados en la causa, reconocidos por el Juado, habrían sido suficientes para consumar el delito si no lo hubiese impedido el himen que sólo en una pequeña parte logró romper el reo, cuyo intento iba encaminado evidentemente a vacer con la ofendida de diez años de edad. II. El cuerpo del delito de violación frustrada queda plenamente justificado con los reconocimientos periciales en la ofendida, que acreditan las señales dejadas por la ejecución del delito, pues la ley no exige que para la eficacia de esa prueba pericial se haya consumado el delito de violación” (Revista Judicial, Tomo XL, 21 de noviembre de 1935, página 472)

“Es responsable un reo como autor de un delito de robo frustrado, si en un puesto de venta en un mercado público sustrae algunas mercaderías que su dueña tenía guardadas en un cajón de madera, habiendo violentado este cajón para verificar la sustracción de dichas mercaderías sin consentimiento de la propietaria, colocando aquéllas en un costal, y fue sorprendido entonces el reo con los objetos sustraídos, ya en su poder, impidiendo llevárselos II En el caso expuesto, debe imponerse al reo las dos terceras parte de la pena señalada por la ley al delito consumado, sin cambiarse la calidad de dicha pena” (Revista Judicial, Tomo XLII, febrero 27 de 1937, Pág 188)

“Si una persona con el propósito firme de estafar dinero a otra, ejecuta todos los actos necesarios que por su naturaleza debieran producir dicha estafa, no consumándose por causa independiente de su voluntad, es responsable del delito de estafa frustrada” (Revista Judicial, Tomo XLVI, 21 de octubre de 1941, Pág 569)

“Hay tentativa de violación cuando se comienza la ejecución del delito por actos exteriores que demuestran el propósito de consumarlo, lo cual no se verificó por la sorpresa de haberse presentado en ese momento una persona en el lugar del hecho” (Revista Judicial, Tomo XLVII, 18 de febrero de 1942, Pág 338)

“Hay delito frustrado de violación cuando el agente ha ejecutado todos los actos que por su naturaleza han podido producir el delito consumado, pero por causas independientes de su voluntad no se ha realizado II) Si con ocasión del delito frustrado de que se ha hecho mérito, se produce en la ofendida una lesión por contagio de una enfermedad venérea, cuya penalidad es inferior a la que corresponde a aquel delito, no se aplicará pena especial a esa lesión, debiendo castigarse únicamente la violación frustrada” (Revista Judicial, Tomo XLVI, 27 de febrero de 1941, pág 459)

“En la tentativa del delito de rapto, no es necesario probar la pre-existencia y desaparecimiento de la ofendida, para establecer el cuerpo de dicho delito, siendo indispensable este requisito sólo cuando se trata del delito consumado; por consiguiente, no hay nulidad en el fallo de un tribunal, ni en el veredicto ni en el proceso, por omisión que aquella diligencia” (Revista Judicial, Tomo I, 26 de abril de 1945, pág 288)

“Cuando un individuo acomete con un puñal a un agente de policía civil, causándole con dicha arma una herida penetrante en el abdomen, confesando el reo que ejecutó el hecho con intención de matarlo, comete dicho reo dos delitos resultantes de un mismo acto, atentado a un agente de la autoridad y homicidio frustrado, que deben castigarse separadamente por ser más favorable al procesado” (Revista Judicial, Tomo I, 28 de septiembre de 1945, pág 328)

“El hurto queda consumado desde el momento en que los semovientes salieron de la custodia y actividad de sus dueños” (Revista Judicial, Tomo LIV, marzo 7 de 1949, pág 290)

Art 4º—La proposición y la conspiración para cometer un delito sólo son punibles en los casos en que la ley las pena especialmente

Proposición y conspiración punible

La proposición se verifica cuando el que ha resuelto cometer un delito propone su ejecución a otra u otras personas; y la conspiración, cuando dos o más personas se concertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo

Definición de Proposición y conspiración

Exime de pena para la conspiración o proposición para cometer un delito grave o menos grave el desistimiento de la ejecución de éstos, antes de principiar a ponerlos por obra o de iniciarse procedimiento judicial contra el culpable, con tal que éste denuncie a la autoridad pública el plan y sus circunstancias

Desistimiento

PROPOSICION Y CONSPIRACION PUNIBLES

La ley salvadoreña sanciona la proposición y la conspiración en cinco casos (Arts 101, 121, 122, 132, 138 Pn)

Colígese de esto, que la tentativa, frustración y actos preparatorios, sólo son punibles cuando la ley lo preceptúa específicamente

DEFINICION DE PROPOSICION Y CONSPIRACION

En la proposición el sujeto en quien nace la idea, presenta el plan e invita a otro u otros, a participar en el delito; en la conspiración, la idea nace en varios sujetos que concertan realizar el delito pensado y resuelto por todos, ligándose en un designio común

En la proposición, la invitación es directa y privada; por el contrario, en la instigación y la apología, la invitación es indirecta y pública

Para Novoa Monreal hay en la proposición y la conspiración más que una fase interna, pues la resolución de uno o unos ha sido comunicada a otro u otros, y menos que una fase externa, porque no se ha dado principio a los actos externos encaminados al delito cuya realización se busca

Agrega el mismo autor, que no bastan, para configurar ambas figuras, las meras conversaciones relativas a la posibilidad de determinarse a realizar el delito, ni las consultas sobre ventajas o inconvenientes del mismo. Para que la proposición se estructure, debe existir resolución en el ánimo de quien propone, y para que exista conspiración, la determinación debe adoptarse por varios sujetos que han deliberado conjuntamente.

DESISTIMIENTO

La ley estima como excusa absolutoria, eximiendo de pena, al que desista después de proponer o conspirar y antes de entrar a los actos ejecutivos o de iniciarse proceso judicial por mera proposición o conspiración desde luego, denunciando a la autoridad el plan y sus circunstancias

Así como el desistimiento exime de pena en la tentativa, nuestro Código acepta también el desistimiento en la proposición y la conspiración

Para Von Liszt, debe existir consideración para el que desiste, y Pacheco expresa, que el desistimiento sirve al agente para reparar el mal causado volviendo al imperio de la ley Pessina, aludiendo especialmente al desistimiento en la tentativa, habla de dos fuerzas iguales y contrarias, a virtud de las cuales, después de destruirse recíprocamente, desaparece el peligro de lesión jurídica

Para Mezger, el desistimiento es causa de impunidad Para Maggiore y Bettiol, causa de exclusión de pena, y finalmente Soler y Dohna, le denominan excusa legal absolutoria, con lo que, en el fondo, todos están de acuerdo, aunándose a esta opinión Jiménez de Asúa, en que el desistimiento es verdadera excusa absolutoria Contradican estas opiniones, como antes vimos, Labatut y Novoa Monreal, inclinándose ambos por una atipicidad

Art 5º—Los delitos son graves o menos graves **Clasificación de delitos**

Se reputan graves los que la ley castiga con las penas de muerte, presidio o multa que exceda de doscientos colones **Delitos graves**

Se reputan delitos menos graves los que la ley reprime con las penas de prisión mayor o menor, o multa que pase de veinticinco y no exceda de doscientos colones **Delitos menos graves**

CLASIFICACION DE DELITOS

En forma empírica, el legislador ha hecho una clasificación de delitos, atendiéndose su gravedad Es decir, que con criterio práctico se establecen delitos graves y menos graves

Tal clasificación, como lo expresa Novoa Monreal, aún cuando soporta críticas, presenta algunas ventajas, que en nuestro país podemos ver claramente con la excarcelación (Art 86 I) y con los plazos de prescripción de la acción penal (Art 87 Pn) y de la pena (Art 88 Pn)

Nuestro Código sigue, en tal clasificación, al Código Penal español Hay, por otra parte, legislaciones de clasificación tripartita (crímenes, delitos y faltas) como el Código Penal Alemán que en su Art 1 clasifica como crímenes las infracciones sancionadas con trabajos forzados o reclusión por más de cin-

co años, como delitos, las infracciones sancionadas con reclusión hasta de cinco años, con prisión o multa que exceda de ciento cincuenta marcos o multa de importe indeterminado, y finalmente, como faltas, las infracciones sancionadas con arresto de simple policía o con una multa que no exceda de ciento cincuenta marcos

Otras clasificaciones de delitos, son: a) por la conducta del agente, en delitos de acción o de omisión, b) por el resultado, en delitos formales y materiales; c) por el daño que causan, en delitos de daño y de peligro, d) por su duración, en instantáneos, instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes; e) por su culpabilidad, en delitos dolosos, culposos y preterintencionales; f) por su estructura, en simples y complejos; g) por el número de actos que les integran, en delitos unisubsistentes y plurisubsistentes; h) por el número de agentes que intervienen en su comisión, en unisubjetivos y plurisubjetivos; i) por su forma de persecución, en públicos o perseguibles de oficio y privados y j) en función de la materia, en comunes, oficiales, militares, fiscales, políticos y conexos

DELITOS GRAVES

De acuerdo con el Art 5, son delitos graves los que están sancionados con pena de muerte, presidio o multa que exceda de doscientos colones

Ahora bien, conforme el Art 168 de la Constitución Política, sólo podrá imponerse la pena de muerte por los delitos de rebelión o deserción en acción de guerra, de traición y de espionaje, y por los delitos de parricidio, asesinato, robo o incendio si siguiere muerte

Respecto a la rebelión, deserción, traición y espionaje, están sancionados en el Código de Justicia Militar con pena de muerte y a virtud del Art 148 Pn, priman tales disposiciones sobre las del Código Penal

El mismo Código Penal sanciona con pena de muerte, el parricidio (Art 354), el asesinato (Art 356), el robo con homicidio (Art 457 N° 1) y el incendio con homicidio (Arts 509 y 511)

Algunos delitos sancionados con penas de presidio: Arts 358, 359, 364, 368, 373, 392, 423, 425, 434, 394 Pn

Algunos delitos sancionados con multa que excede de doscientos colones: Arts 110, 111, 165, 207, 214, 215, 223, 273, 274, 432 y 433 Pn

DELITOS MENOS GRAVES

El mismo Art. 5 toma como delitos menos graves aquellos que están sancionados con penas de prisión mayor, prisión menor o multa que pase el veinticinco y no exceda de doscientos colones

Algunos delitos penados con prisión mayor: Arts 374, 375, 377, 379, 388, 396, 406, 412, 386, 380, 395 Pn

Algunos delitos penados con prisión menor: Arts 244, 301, 302, 307, 308, 317, 318, 310, 312 Pn.

Algunos delitos penados con pena que pasa de veinticinco y no excede de doscientos colones: Art 316, 428, 155, 162, 181, 185, 211, 227, 221, 224, 261 Pn

Art 6º—Son faltas las infracciones que la ley castiga con las **Faltas** penas de arresto o multa que no exceda de veinticinco colones

FALTAS

Las faltas han sido estudiadas, tomando en consideración su escasa magnitud, como delitos en miniatura, de leve infracción, designándoseles también como contravenciones

Hay una corriente en el sentido de sustraer las faltas del Código Penal, para estructurarlas en un Código especial de contravenciones. Costa Rica, por ejemplo, tiene un código de contravenciones que faculta a las autoridades administrativas para conocer en estos casos.

Se ha tratado, en teoría, de establecer la diferencia entre faltas y delitos

Carrara señala que las faltas no implican violación de derechos, sino de leyes que protegen la prosperidad; Zanardelli opina que en la falta no hay lesión jurídica, sino un hecho que no por ser inocuo en sí mismo, deja de constituir un peligro para la tranquilidad pública; Manzini e Impallomeni, indican que las faltas importan violación de disposiciones de simple conveniencia y aún de comodidad

Aparte de estas consideraciones puramente teóricas, encontramos en el campo de la legislación nuestras diferencias esenciales entre delitos y faltas, así: 1) los delitos se castigan en sus grados de proposición, conspiración, actos preparatorios, tentativa, frustración y consumación, señalando la ley, especialmente, los casos primeramente enunciados; las faltas, en cambio sólo se castigan, cuando han sido consumadas (Art 3 Inc 2).

2) En los delitos se pena a encubridores, cómplices y autores (Art 11 Pn); por el contrario, en las faltas sólo se sanciona a autores y cómplices (Art 12 Pn)

3) En los delitos, los plazos de prescripción de la acción y de la pena son mayores que los de las faltas (Arts 87 y 88 Pn)

El Código Penal salvadoreño agrupa las faltas en su Libro Tercero, en varios títulos, así: I) contra el orden público, II) contra los intereses generales y régimen de las poblaciones; III) contra las personas; IV) contra la propiedad; V) contra la moral pública

En el título tercero del Código Penal, hallamos una falta privada (Art 539 Nº 9) correspondiente a injurias livianas y una falta culposa (Art 539 Nº

11) que consisten en la simple imprudencia o negligencia sin infracción de reglamentos También, faltas por omisión (Arts 533 Inc. 2, 535 N° 2, 536 N° 5, 539 Nos. 5, 6 y 10)

Teóricamente puede existir tentativa o frustración de falta Nuestro Código Penal no sanciona estos grados y en el Código Penal español únicamente es punible la falta frustrada de los delitos contra las personas y la propiedad (Art 5)

El procedimiento para las faltas, es sumario y está detallado por el Código de Instrucción Criminal (Arts 304 a 314), señalándose además, un procedimiento especial para los casos de apelación en el juicio sumario (Arts 315 a 319 I)

Art 7º—Las disposiciones de este Código no **Leyes penales especiales** se aplicarán a las infracciones penadas por leyes o reglamentos especiales, sino en lo que no estuviere previsto por dichas leyes o reglamentos

LEYES PENALES ESPECIALES

Con este artículo, como lo expresan López Rey y Alvarez Valdés, se establece una clasificación de delitos comunes y especiales, atendiendo la ley que le sanciona. De acuerdo con este criterio, delito común, es aquel, que está descrito y sancionado por el Código Penal, y delito especial, aquel que se describe y sanciona, en leyes distintas al Código Penal

En las diversas acepciones que tiene el Derecho Penal especial, encontramos que, en razón a la materia y de las personas, el Derecho castrense, constituido en nuestro país por el Código de Justicia Militar, es especial, así como también lo es en razón a la materia, el de Hacienda, constituido en El Salvador por la Ley Represiva del Contrabando y Código Fiscal

Además constituyen Derecho Penal especial, los preceptos contenidos en algunas leyes administrativas como Ley Agraria, Ley Electoral, Ley de Patentes y Marcas de Fábricas, Ley de Migración, Ley de Policía, Código de Sanidad y Ley de Prenda Agraria

De acuerdo con el Art 7, se aplicarán las disposiciones contenidas en las leyes penales especiales, primando sobre las disposiciones del Código Penal

En estos casos, además, puede presentarse lo que se conoce como conflicto aparente de leyes penales, cuyos problemas se solucionan a virtud de los principios de alternatividad, consunción, especialidad y subsidiaridad

Crispigni establece un Derecho Penal fundamental y un Derecho Penal complementario El primero está constituido por el Código Penal, en tanto que el segundo se halla integrado por las leyes penales especiales, es decir, aparte del Código Penal

La aplicación de leyes penales especiales da lugar a la jurisdicción privativa; así, en El Salvador, la aplicación del Código de Justicia Militar corresponde a Tribunales de lo Militar y la aplicación de la Ley Represiva del Contrabando al Juzgado General de Hacienda constituyen jurisdicción privativa

JURISPRUDENCIA

“Si un hecho delictuoso está penado en un Reglamento del Poder Ejecutivo, y al propio tiempo está en una ley secundaria, debe ser aplicada la pena consignada en ésta, porque solamente al Poder Legislativo corresponde la potestad de decretar, interpretar, reformar y derogar las leyes secundarias y como consecuencia, para crear delitos y establecer sus correspondientes sanciones; en tanto que el Poder Ejecutivo sólo está facultado para expedir reglamentos y órdenes, y para facilitar y asegurar la ejecución de las leyes (Revista Judicial, Tomo LIV, 24 febrero de 1949, pág. 288)

CAPITULO II

DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE EXIMEN DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL

Art 8º—No delinquen y por consiguiente es **Circunstancias eximentes**
tán exentos de responsabilidad criminal:

1º—El loco o demente a no ser que haya obia- **Locura, Demencia y**
do en su intervalo lúcido, y el que por cualquier **privación de razón**
causa independiente de su voluntad se halle pri-
vado totalmente de razón

Quando el loco o demente hubiere ejecutado **Reclusión**
un hecho que la ley califique de delito grave, el
tribunal decretará su reclusión en un hospital, si
fuere posible, o en una cárcel pública de donde
no podrá salir sin previa autorización del mismo
tribunal

En otro caso, será entregado a su familia bajo **Fianza de custodia**
fianza de custodia; y no presentándola, se obser-
vará lo dispuesto en el inciso anterior

CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES

El Código Penal salvadoreño contempla cuatro clases de eximentes, en el Art 8, así

- 1) Causas de inimputabilidad (numerales 1, 2 y 3)
- 2) Causas de justificación (numerales 4, 5, 6, 7, 11 y 13)
- 3) Ausencia de acto (numeral 9)
- 4) Causas de inculpabilidad (numerales 8, 10, 12 y 13)

Como puede apreciarse, el numeral 13 comprende una circunstancia mixta, pues es causa de justificación, al referirse a omisiones por causa legítima, y causa de inculpabilidad, al hacer referencia a omisiones por causa insuperable

Claro está, que para hacer esta clasificación, seguimos la tesis de Jiménez de Asúa, expuesta en su obra "La Ley y el Delito", pues existe discrepancia en la inclusión de eximentes en los aspectos negativos del delito. Así por ejemplo, Sánchez Tejerina en su obra "Derecho Penal Español", considera la fuerza física irresistible, no como caso de ausencia de acto, sino como causa de inimputabilidad, incluyendo en estas últimas causas el miedo insuperable y la obediencia debida, que para Jiménez de Asúa son causas de inculpabilidad

En nuestra opinión, debe seguirse a este último autor, en cuanto a la clasificación de eximentes aplicable en el estudio del Art 8

Podemos establecer una clasificación de eximentes generales, enumeradas taxativamente en el Art 8 Pn y eximentes especiales, previstas en la Parte Especial del Código Penal en forma de excusas absolutorias, pero que en verdad, son casos de atipicidad (Arts 409, 414, 422, 422B, 440), casos de inculpabilidad (Art 378) o casos de justificación (Arts 447 y 453 Inc 3)

LOCURA Y DEMENCIA

Para Jiménez de Asúa, en su obra "Códigos Penales Iberoamericanos", desde la más antiguas legislaciones se ha reconocido la inimputabilidad del enfermo mental, adoptándose tres fórmulas conocidas a) la biológica o psiquiátrica; b) la psicológica, y c) la psicológico-jurídica

La primera se basa en los estados patológicos definidos por la Psiquiatría y presenta la desventaja de que como la Psiquiatría es ciencia en permanente evolución, experimentando sustanciales cambios en los últimos tiempos, no tiene principios inamovibles que puedan ser adoptados por los Códigos Penales. No obstante, emplean esta fórmula los códigos francés, español, chileno y salvadoreño

La fórmula psicológica se basa en los efectos o consecuencias que las enfermedades mentales ocasionan en la psicología del sujeto. Indudablemente es más duradera que la anterior y tiene aplicación práctica en el Código Penal de Italia

La fórmula psicológico-jurídica, de evidente carácter mixto, toma en cuenta las exigencias jurídicas de la inimputabilidad y las consecuencias psicológicas de la enfermedad mental. Ejemplo de esta fórmula es el Art 51 del Código Penal alemán que dice: "El acto punible no existe cuando, al ser cometido, el autor era incapaz de apreciar el carácter ilícito del mismo y de obrar de acuerdo con su apreciación, por el hecho de una enfermedad, mental, un mal-estar patológico de la actividad mental o una debilidad mental"

Nuestro Código emplea, pues, la fórmula biológica o psiquiátrica, contenida en los términos "loco o demente", y términos que, en verdad, no obs-

tante su carácter biológico puro, son anticuados, prefiriéndose a estas alturas, usar el término de "alienado" o "enajenado" más concorde con las actuales orientaciones psiquiátricas. El Código Penal español, en su Art 8 N° 1, habla de "enajenado"

No hay duda que entre las tres fórmulas enumeradas, preferible es la tercera, por cuanto, sin basarse exclusivamente en términos psiquiátricos, toma en cuenta los alcances jurídicos de la ausencia de imputabilidad

Fuera de la crítica que puede hacerse al N° 1 del Art 8 del Código Penal salvadoreño, por el uso del arcaico término de "loco o demente", se censura la adopción de los llamados intervalos lúcidos, como temporal desaparición de la enajenación mental. Problemática es, desde luego, la prueba de tales intervalos y, por otra parte, la psiquiatría moderna indica que en ciertos casos de locura circular o psicosis maniaco-depresiva, si bien el paciente no presenta manifestaciones exteriores de alienación, su enfermedad no ha desaparecido. Tomando en cuenta la crítica a los intervalos, mal llamados lúcidos, el Código Penal español les eliminó para siempre

PRIVACION DE RAZON

El mismo numeral 1º, del Art 8 declara exento de responsabilidad al que "por cualquier causa independiente de su voluntad se halle privado totalmente de razón"

Aceptemos que si el legislador se refirió por aparte a la enfermedad mental, en este caso, la privación de razón debe provenir de una causa que no sea tal enfermedad y, asimismo, debe ser temporal, es decir, no permanente

Novoa Monreal incluye entre estos casos los fenómenos fisiológicos normales del sueño, o a fenómenos provocados artificialmente por sustancias u operaciones especiales (marcosis e hipnosis) o a causas patológicas de características principalmente somáticas que no pueden ser consideradas como enfermedades mentales (desmayo, fiebres infecciosas, y finalmente la predisposición anormal del sujeto, como el sonambulismo)

En estos casos, el sujeto carece de los procesos psíquicos, eminentemente intelectivos, que le permiten discurrir y enjuiciarse a sí mismo y las cosas del mundo

El Código Penal español adoptó a partir de 1932, como causa de inimputabilidad, el trastorno mental transitorio y el numeral 1º del Art 8 del mismo Código, declara exento de responsabilidad criminal al "enajenado y el que se halla en situación de trastorno mental transitorio a no ser que éste haya sido buscado de propósito para delinquir"

Según la jurisprudencia penal española (12 de julio de 1936) del Tribunal Supremo, el trastorno mental transitorio exige los siguientes requisitos: 1) Una perturbación mental de causa inmediata, evidenciable, pasajera, que termina con la curación y que por ello se diferencia de la enajenación permanente

2) Una base patológica probada 3) Que produzca anulación del libre albedrío e inconsciencia, no bastando la mera ofuscación”

RECLUSION Y FIANZA DE CUSTODIA

En el inciso 3 del mismo numeral 1 (Art. 8) la ley salvadoreña señala que si el loco o demente comete delito grave, se decretará su reclusión en hospital, si fuere posible, o en cárcel pública, y en el inciso 3 del mismo numeral, que en otro caso (se refiere a delitos menos graves), el loco o demente que delinque será entregado a su familia bajo fianza de custodia

El objeto de la fianza de custodia, que en la realidad no se cumple, es garantizar la vigilancia del enfermo mental

El Código de Instrucción Criminal da reglas especiales para cuando el reo es demente (Arts 373, 374 y 375 I)

En estos casos, debe internarse al loco o demente, en un hospital o establecimiento destinado a enfermos de esta clase, para aplicarle el adecuado tratamiento Medidas de seguridad curativas son recomendadas, además, en esta situación

LOCURA Y DEMENCIA

Los términos “loco” y “demente”, empleados por el Código Penal, no son sinónimos El primero se refiere al género de enfermos mentales que han perdido la razón El segundo, es más bien la especie de los que en su enfermedad presentan manifestaciones peligrosas

En el Código Penal de 1826, el Art 29 se refería a varios casos de inimputabilidad : “Tampoco se puede tener por delincuente ni culpable al que cometa la acción hallándose dormido, o en estado de demencia o delirio, o privado del uso de su razón de cualquiera otra manera independiente de su voluntad La embriaguez espontánea y cualquiera otra privación o alteración voluntaria de la razón, no serán nunca disculpa del delito que se comete en este estado, ni por ellas se disminuirá la pena respectiva”

SORDOMUDEZ

El Código Penal español (Nº 3 del Art 8) declara exento de responsabilidad al sordo-mudo de nacimiento o desde la infancia que carezca en absoluto de instrucción, declarándose que cuando éste cometa delito, será ingresado a un establecimiento de educación de anormales

Nuestro Código Penal no contempla tal eximente y únicamente establece en favor de los sordomudos, una disminuyente, asimilándolos a los mayores de quince y menores de dieciocho años para graduar la pena (Art 58); es decir, que les disminuye la tercera parte de la pena

JURISPRUDENCIA

“Los principios de exclusión de responsabilidad de los delincuentes, proclamados por la moderna Criminología, no pueden tener aplicación práctica en la Jurisprudencia Patria mientras no sean elevadas a la categoría de ley (Revista Judicial, Tomo XXIII, 31 de marzo de 1918, página 748).

“I El reconocimiento médico-legal sobre locura o demencia de un reo, no puede hacerse sin que preceda la información que prescribe el Art 373 I; hecho sin ese requisito, no tiene valor legal alguno para declarar la irresponsabilidad del reo y sobreseer en el procedimiento II Cuando un reo es irresponsable por razón de demencia o locura debe ordenarse su reclusión en un hospital o cárcel pública (Revista Judicial, Tomo XXII, 30 de septiembre de 1918, pág 1,653)

“No procede nuevo reconocimiento de un reo cuyo defensor alega locura de éste si por reconocimiento anterior se ha dictaminado que dicho reo no adolece de enajenación mental y posteriormente no se ha presentado en el mismo reo ningún signo de locura que actualmente exija nuevo dictamen pericial (Revista Judicial, Tomo XLVI, pág 502)

2º El menor de diez años **Menores de diez años**

I.A MENOR EDAD

La eximente de la menor edad se fundamenta en la falta de desarrollo intelectual, es decir, la etapa en que la persona no tiene ni madurez fisiológica que trae aparejado el desarrollo de la inteligencia, ni la capacidad de discernir y comprender las proyecciones y resultado de sus actos

Sánchez Tejerina, trae a cuento los períodos en que puede dividirse la edad el hombre 1) **infancia**, en donde la imputabilidad es plena y absoluta, 2) **adolescencia**, es donde la imputabilidad es condicionada o atenuada, 3) **mayoría de edad**, en que la imputabilidad es plena y absoluta, y 4) **vejez**, en que la imputabilidad puede ser modificable, no tanto por la edad avanzada, como por los trastornos que traducen el estado senil o la debilidad mental que es el producto del ocaso de la persona

El Código Penal salvadoreño toma en cuenta esas cuatro etapas, así la **menor edad**, hasta los diez años, representa una inimputabilidad total para la persona, la **adolescencia**, de los diez a los quince años, si el menor obra sin discernimiento, también una eximente por inimputabilidad y, caso de que obrare con discernimiento, dentro de esa misma edad, una disminuyente de las dos terceras partes de la pena, aplicándosele en consecuencia sólo la tercera parte (Art 58 N° 1) y si la edad oscila entre quince y dieciocho años, se aplican las dos terceras partes de la pena (Art 58 N° 2); en la mayoría de edad, la persona es plenamente imputable, y en la vejez, podriase, con base en el N° II del Art 9, tomar en cuenta este estado de senectud para atenuar la pena al reo

La moderna tendencia del Derecho Penal, es sustraer totalmente a los menores de edad del campo de lo punitivo, para aplicar un sistema tutelar con base en medidas correctivas o pedagógicas.

El Código Penal español, en su Art. 8 N° 2, fija la menor edad en dieciséis años, disponiendo que cuando el menor no ha cumplido esa edad y comete delito, es entregado a la jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de Menores

Para la comprobación de la menor edad, en El Salvador, hay que acudir a los medios señalados por el Código Civil, presentando certificación de la partida de nacimiento. Con tal certificación, el juez de la causa debe sobreseer, sin más trámites, a favor del menor (Art. 181 I N° 4)

3º El de diez años o más y menor de quince, **Discernimiento**
a no ser que haya obrado con discernimiento

El Tribunal hará declaración expresa sobre **Declaración expresa**
este punto, para imponerle la pena o declararlo irresponsable

Cuando el menor sea declarado irresponsable, **Entrega del menor**
en conformidad con lo que establece en este número y en el que precede, será entregado a su familia con encargo de vigilarlo y educarlo. A falta de persona que se encargue de su vigilancia y educación, será llevado a una casa de huérfanos, en donde no saldrá sino al tiempo y con las condiciones prescritas para los acogidos

A falta de casa de huérfanos, el tribunal dispondrá lo conveniente

HISTORIA

En el Código Penal de 1826, el Art. 26 decía: "Tampoco puede ser considerado como delincuente ni culpable en ningún caso el menor de ocho años cumplidos. Si el mayor de esta edad, pero menor de catorce años, cometiere alguna acción que tenga el carácter de delito o culpa, se examinará y declarará previamente en el juicio si ha obrado con discernimiento y malicia, según lo que resulte y lo más o menos desarrolladas que están sus facultades intelectuales"

Tal disposición está complementada con el Art. 27, que decía: "Si se declara haber obrado sin discernimiento y malicia el menor de catorce años, no se le impondrá pena alguna, y se le entregará a sus padres, abuelos, tutores o curadores, para que lo corrijan y cuiden de él, pero si éstos no pudieren hacerlo, o no merecieren confianza, y la edad adulta del menor y la gravedad del caso requieren otra medida al prudente juicio del juez, podrá éste poner al

menor en una casa de corrección, por el tiempo que crea conveniente, con tal de que nunca pase de la época en que cumple los veinte años de edad” Asimismo, el Art 28 “Si se declarare haber obrado con discernimiento y malicia, se le castigará con la tercera parte a la mitad de la pena señalada al delito respectivo, según lo que se prescribía en los artículos 69 y 70”

Por Decreto Legislativo de 24 de febrero de 1852, se sustituyeron los Arts 26 y 27 del Código Penal de 1826, quedando en la forma referida, pues que antes de dicha reforma, se requerían diecisiete años cumplidos para imponer la pena ordinaria

En el Código Penal de 1881 en el Art 9 N° 2 estaba exento de responsabilidad el menor de ocho años, y el menor de quince que obraba sin discernimiento

En el mismo Código de 1881, había una atenuante (la N° 2 del Art 10) que se refería a la edad “La de ser el culpable mayor de dieciocho y menor de veintiún años”

Nuestro Código Penal, aferrado a una tesis totalmente superada como es la del discernimiento, le mantiene para determinar la responsabilidad de los mayores de diez y menores de quince años

Discernimiento quiere decir, en sentido gramatical, juicio por cuyo medio percibimos y declaramos la diferencia que existe entre varias cosas, y en ese sentido emplea Carrara el término, al hacerle consistir en la capacidad para diferenciar lo bueno de lo malo. En cambio, Berner pedía la conciencia del deber y el conocimiento de la antijuricidad del propio acto, y en otro sentido más jurídico, Prins expresaba que tenía discernimiento aquel que cometía un robo, sabiendo de antemano que este hecho era castigado

Tomando en cuenta las dificultades de orden práctico y que la consideración del discernimiento ya ha sido superada con la fijación de una edad (en España es de dieciséis años), para declarar absolutamente irresponsable a los menores, sujetándolos a medidas pedagógicas, nos inclinamos por su supresión

El doctor Enrique Córdova, señala en su obra “Estudios Penales”, que la mala redacción de la disposición legal que comentamos impide hacer referencia a quienes tienen quince años cumplidos, lo que debe aceptarse como un vacío de la misma ley

Para la determinación del discernimiento, los jueces acuden al dictamen de los médicos forenses y, en ciertos casos, a profesores especializados

4º El que obre en defensa de su persona o **Legítima defensa personal** derechos siempre que concurren las circunstancias siguientes:

Primera Agresión ilegítima

Requisito

Segunda Necesidad racional del medio empleado para impedirle o repelerla

Tercera Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende

Se entenderá que concurren estas tres circunstancias, respecto de aquel que durante la noche rechace el escalamiento o fractura de los cercados, paredes, o entradas de una casa o de un departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño que ocasione el agresor **Legítima defensa presunta**

LEGITIMA DEFENSA PERSONAL

Empleamos el término legítima defensa personal, para diferenciarla de la legítima defensa de parientes y de terceros

Fue en el Código bávaro de 1813, en donde se comienza el concepto general normativo de legítima defensa de la persona y de sus derechos, extendiéndose luego a los Códigos germánicos y al español de 1848, al fijarse en este último, las tres circunstancias que han perdurado para aceptar la legítima defensa como eximente

Jiménez de Asúa define la legítima defensa así “es repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirle o repelerla”

José Rafael Mendoza, en su “Curso de Derecho Penal Venezolano” (Tom II Pág 20), define la legítima defensa como “reacción necesaria contra una agresión ilegítima, actual y no provocada”

Novoa Monreal dice: “Es defensa legítima la reacción necesaria para impedir o repeler una agresión injusta, actual y no provocada contra la persona o los derechos propios o ajenos”

BIENES JURIDICOS DEFENDIBLES

Quien actúa en legítima defensa puede, a tenor de la disposición legal hacer valer como titular directo, su calidad personal y sus derechos Cabe entonces, determinar qué derechos pueden defenderse legítimamente

Pacheco señalaba que la palabra “derechos”, empleada por el Código Penal, “comprende multitud de cosas, unas más y otras menos importantes; en nuestro derecho se designan los bienes más preciosos y los menos preciosos que poseamos, los fueros más respetables del decoro y de la honra, y las más fútiles prerrogativas de convencional distinción; todo entra en nuestro derecho porque todos son derechos que nos pertenecen o nos asisten”

Existe unánime opinión en el sentido de que entre los derechos que pueden defenderse legítimamente están la vida, la integridad corporal, la libertad, la honestidad, la inviolabilidad del domicilio y en ciertos casos la propiedad

Por el contrario, existen discrepantes opiniones sobre el honor y algunos bienes patrimoniales

Sobre la defensa del honor, exprésase que no cabe la eximente, sino la atenuante de obrar en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor o a las personas determinadas por la ley (Art 9 N° 4) En cambio, sobre bienes patrimoniales, si bien acéptase la defensa presunta para quien de noche rechace el escalamiento o fractura de cercados, paredes o entradas de una casa o departamento habitado o de sus dependencias, no se acepta cuando falta en estos casos la amenaza a la seguridad personal, como cuando el hurto o robo se efectúa en casa no habitada No han faltado defensores de la aplicación de la defensa legítima en caso de ataques al honor, sobre todo Alimena que expresó "Si las ofensas al honor pueden ocasionar un mal irreparable, cuando, por ejemplo, se revele un secreto terrible o se digan cosas que no pueden ser borradas con un proceso es completamente lícita la defensa proporcionada, para impedir que se pronuncien tales palabras"

En nuestra opinión, puede haber legítima defensa para ataques al honor y a la propiedad, siempre que la defensa llene el requisito de la necesidad racional del medio empleado

FUNDAMENTO DE LA LEGITIMA DEFENSA

La legítima defensa, llamada también defensa justa, tiene como fundamento, según Jiménez de Asúa, la colisión de intereses, cuando quien se defiende, hace uso de un derecho subjetivo de carácter público, puesto que concuerda según Binding, con las funciones de policía del Estado En este caso, la acción de quien se defiende, sustituye e integra la actividad que corresponde a la Policía del Estado

Apoya esta tesis, Von Buri, quien se inclina por el sacrificio de los intereses del agresor, frente a los intereses del agredido, en evidente conflicto

Háblase también de colisión de derechos y de la legitimidad absoluta de la defensa, correspondiendo a Von Ihering sostener esta última tesis

AGRESION ILEGITIMA

Para José Rafael Mendoza, este primer requisito es "el hecho inicial que provoca el ejercicio del derecho, por tanto, si falta la agresión, carece la defensa de virtualidad jurídica y no pueden estimarse las otras circunstancias, a menos que se trate de defensa subjetiva"

Ante todo fijemos el concepto de agresión Para el autor citado, la agresión puede constituir un acto de violencia material, de fuerza, de acometi-

miento inesperado que constituye un peligro para la vida o derechos del agredido

Para Novoa Monreal “es agresión toda acción humana que pone en inminente peligro un bien jurídico” Este autor critica la exigencia de otros expositores (Cuello Calón, entre ellos) de que la agresión ha de consistir en acometimiento, puesto que con ello, se restringe el campo de la institución

La agresión, para ser tomada en cuenta, debe llenar los requisitos que siguen: a) INJUSTA, es decir ilegítima, pues según opinión de Carrara no cabe defensa legítima cuando se amenaza con un mal legítimo. En este sentido la acción del agresor debe ser antijurídica, es decir, contraria a las normas promulgadas por el Estado, lo que da por consecuencia que no puede haber legítima defensa recíproca, pues uno necesariamente tiene que actuar en forma antijurídica

No es injusta o ilegítima la agresión de quien dispara contra el ladrón que escala paredes de casa habitada, ni de quien ataca a la esposa infiel y su amante (Art 378 Pn). En este caso último, el amante que mata al esposo que actúa en la forma apuntada, no puede invocar defensa legítima b) ACTUAL O INMINENTE. Es decir que la agresión debe constituir un peligro presente o próximo, cercano, inmediato. No es agresión actual, en consecuencia, aquella que no se está produciendo ni aquella que se dio en un tiempo anterior, no cercano. Es inminente si la agresión no se ha dado pero está a punto de producirse c) REAL. Porque la agresión debe darse objetivamente; de lo contrario, si tal agresión no existe en la realidad, hay legítima defensa putativa

Hay casos particulares de la agresión. En los delitos permanentes, la agresión perdura en tanto se mantiene el estado de antijuricidad. Por otra parte, no es necesario que la agresión, sea constitutiva por sí, de delito

Respecto al empleo de términos, se repele la agresión que ya se dio, es decir la actual; se impide, la agresión que es inminente

NECESIDAD RACIONAL DEL MEDIO EMPLEADO PARA IMPEDIRLA O REPELERLA

Se entiende la necesidad relativa y no absoluta, y “basta que el medio sea el único posible y racional de que se dispone para la defensa, aunque no guarde una matemática proporcionalidad con el medio empleado para la defensa”, según la opinión del venezolano Mendoza

Esto elimina la exigencia de igualdad de medios y la errónea creencia de que para rechazar la agresión con puñal, el agredido debe emplear puñal también, y cuando la agresión es con machete, emplear también machete el que se defiende legítimamente

Lo exigible es proporcionalidad o, como dice la ley, “necesidad racional”, vale decir, “inevitabilidad”, términos éstos que señalan claramente el campo en que debe actuar quien se defiende

Según la jurisprudencia española, racional significa que la recta razón deberá graduar la actuación humana, sin atender a reglas predeterminadas, pero sí especialmente, la situación del agresor y agredido, el peligro de éste y la idoneidad prudente de actos empleados para rechazar la agresión

Se aparta la fuga como medio racional de defensa, pues si bien el agredido, en ciertos casos, puede por este medio sortear el peligro que enfrenta, no es exigible en todas las ocasiones en que la agresión se presenta, la cobarda y desdolorosa huida

Siempre sobre el empleo de los términos “impedir” o “repeler” la agresión ilegítima, es bueno ampliar el significado de los mismos

Ahora bien, si el contraataque supera la agresión, cesando ésta a consecuencia de la defensa, se llega al exceso de legítima defensa. Tal sería el caso de quien, atacado por un sujeto armado de machete, desarma a éste y le causa la muerte, cuando había concluido la agresión

Impedir una agresión es estorbarla, embarazarla, imposibilitar en suma, la agresión, repeler, es contraatacar al agresor

FALTA DE PROVOCACION SUFICIENTE

Requisito de la defensa justa es, además, el de que el agredido no provoque al agresor en manera suficiente

Para Jiménez de Asúa la provocación es suficiente cuando explica en forma cumplida y satisfactoria el ataque; cuando es adecuada, bastante y proporcionada a la agresión que genera

La ley exige que la provocación sea suficiente, o sea la necesidad de que no basta una provocación sutil o sin importancia, como no saludar, no dar la mano, sino aquella provocación bastante

En la jurisprudencia española la provocación debe ser próxima e inmediata y, en todo caso, tener una eficiencia bastante para traer como consecuencia reacción violenta

No son, pues, provocaciones los actos de pedir explicaciones, ni la reconvención, ni una disputa

LEGITIMA DEFENSA PRESUNTA

El Código Penal fija una presunción de legítima defensa, a quien rechace, de noche, el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de una casa o de un departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño que ocasione al agresor

Trátase, desde luego, de una presunción legal, que admite prueba en contrario y su origen, como expresa Novoa Montreal, está no en el Código Penal español, sino en el belga, que a su vez la tomó del francés.

Los requisitos para que opere la presunción, en este caso, son pues: 1) que sea de noche; 2) que se produzca escalamiento o fractura de cercados, paredes o entradas; 3) que se trate de casa, o departamento habitado o de sus dependencias; y 4) que lo rechazado sea el escalamiento o la fractura

El escalamiento está definido por el mismo Código Penal (Art 10 N° 19).

Por dependencia debe entenderse todo lo que incluye jardín cerrado que rodea la casa, garaje y construcciones destinadas a servicios de la casa.

PROBLEMATICA DE LA LEGITIMA DEFENSA

No suele darse la legítima defensa sin complicaciones y problemas. Con frecuencia se presentan éstos y aquí procuraremos plantear los más importantes:

1) LEGITIMA DEFENSA Y RIÑA El Código Penal señala casos de riña y en ellos no puede invocarse la legítima defensa. Igualmente el desafío impide la defensa justa, aunque ésta puede darse, según la jurisprudencia española, en la discusión con insultos recíprocos, sin llegar a los hechos La razón para negar la eximente en casos de riña es, como lo reconoce Fernando Castellanos Tena en su obra "Lineamientos elementales de Derecho Penal" (Pág 270), que los protagonistas adoptan una actitud antijurídica, apelando a las vías de hecho para dirimir sus diferencias, en tanto que la defensa justa exige, la conducta antijurídica del agresor y por otra parte la conducta lícita de quien defiende su persona o derechos

2) LEGITIMA DEFENSA CONTRA EXCESO DE LEGITIMA DEFENSA Según Maggiore, el exceso en la defensa constituye injusta ofensa que provoca otra legítima defensa, y Mazini alega que el exceso se debe a culpa constitutiva de violencia punible por injusta de la que no es causa eficiente el primer agresor que, por ello, puede defenderse legítimamente. Por nuestra parte, consideramos que no puede darse la legítima defensa contra el exceso de legítima defensa, sencillamente porque en el primer caso, si A agrede ilegítimamente a B, sin que éste provocara al primero y dándose la necesidad racional del medio empleado, y B desarma a A y excede en la defensa, A no puede, caso de dar muerte a B, alegar legítima defensa, puesto que faltaría un elemento fundamental que es la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende En efecto, fue A quien provocó a B, agrediendo injustamente, luego, no puede más adelante alegar tal legítima defensa.

3) LEGITIMA DEFENSA RECÍPROCA No puede darse nunca la legítima defensa recíproca, porque no pueden existir, al mismo tiempo, dos actitudes justificadas y dos actitudes antijurídicas. Necesariamente una conducta (la del agresor) es antijurídica, en tanto que quien se defiende, actúa en forma concorde con el derecho, actuando con base en éste

4) LEGITIMA DEFENSA DEL INIMPUTABLE Para Maggiore, la reacción de un inimputable que se defiende contra una agresión ilegítima sin haber provocado al agresor, no es legítima defensa Quintano Ripollés,

sostiene una tesis contraria, afirmando que el alienado mental que se defiende, está amparado no sólo por una causa de inimputabilidad, sino también por la legítima defensa, por cuanto está dotado de instintos y reacciones vitales debiendo la ley protegerle en sus garantías. Creemos que en este caso, si se determina por medio de prueba pericial que se trata de un alienado mental, y por ende inimputable, no hay razón para alegar legítima defensa, pudiendo ésta surtir efectos, caso no se pruebe la inimputabilidad del agente. La razón es obvia, ya que siendo ambas eximentes causas de sobreseimiento, de acuerdo con el Art. 181 I N° 4, por virtud del Art. 46 I, queda extinguida la acción civil con el sobreseimiento definitivo. Por lo tanto, los efectos de ambas eximentes son idénticos.

5) LEGÍTIMA DEFENSA CONTRA INIMPUTABLE. La agresión ilegítima de un alienado mental o de un menor, contra alguien, puede facultar a éste para actuar en defensa justa. Ciertamente es que el inimputable carece de conciencia y voluntad, pero objetivamente apreciada la agresión (debe recordarse que la antijuricidad es objetiva) la defensa justa sí se da para el agredido. No puede aceptarse la tesis de algunos penalistas de que hay en este caso, estado de necesidad, puesto que en nuestra ley penal, tal estado sólo facultar para lesionar bienes patrimoniales.

6) DEFENSAS MECANICAS. Cuando la defensa se hace por medio de aparatos mecánicos, predispuestos para tal fin, como trampa, corriente eléctrica, armas de fuego que disparan contra los que intentan robar o hurtar u otro aparato, aparece el problema de si existe legítima defensa. Recuérdese que los romanos hablaban de "offendícula", cuando los aparatos defensivos operaban en las mismas condiciones de la defensa legítima, es decir, que entraban en funcionamiento cuando se daba la agresión injusta y actual, sin llegar, en su resultado, más allá de la defensa necesaria racionalmente y de la persona del agresor. Novoa Monreal acepta el uso de tales aparatos, siempre que se haga advertencia visible de su existencia, para prevenir a inocentes, aunque con tales advertencias quedarían también enterado el ladrón.

El uso de corriente eléctrica, puede dar lugar a delitos culposos, como el ocurrido en Sonsonate en 1960, cuando el propietario de un pequeño negocio conectó por la noche alambre con electricidad para proteger contra hurtos, alguna cantidad de maíz, olvidándose, por la mañana desconectar el alambre y muriendo una menor y una sirviente, cuando ésta al llegar de compras, tocó el alambre.

El uso de tales defensas, exige entonces, la debida diligencia y cuidado de quien las emplea, para no incurrir en culpa.

Ahora bien, los meros obstáculos como puntas de hierro y vidrios cortantes, puestos sobre la pared para evitar hurtos, eliminarían toda responsabilidad del propietario o arrendatario, con base en el ejercicio legítimo del derecho de propiedad (Art. 8 N° 11) caso de que alguien se cause lesiones.

5º El que obra en defensa de la persona o **Defensa de**
derechos de su cónyuge, de sus ascendientes o **Parientes**

descendientes, de sus parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad inclusive o segundo de afinidad, ya sean los expresados ascendientes, descendientes o parientes legítimos o ilegítimos reconocidos, siempre que concurran la primera y segunda circunstancias prescritas en el número anterior, y la de que, en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no hubiere tenido participación en ella el defensor

NOTAS

Esta eximente exige tres requisitos que son: 1) agresión ilegítima; 2) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; 3) que el defensor no participe en la provocación, caso de preceder ésta

La larga enumeración casuística da idea a favor de quienes puede invocarse una defensa justa, caso de ejercitarla un pariente

Con sobrada razón, Jiménez de Asúa y otros autores, critican la diversificación de una eximente que no favorece totalmente al titular del bien jurídico atacado y que, por lo tanto, no eliminaría su responsabilidad penal, por no haber provocación de su parte

Las razones de la eximente, como bien lo indica el doctor Enrique Córdova, en sus "Estudios Penales", son eminentemente morales, ya que quien está unido a otro por un lazo de sangre, está llamado a "ejercer el derecho de defensa que la naturaleza le impone y la ley sanciona"

No obstante, aceptemos con Jiménez de Asúa y Novoa Monreal que "si el legislador piensa que el provocador no debe gozar de la causa de justificación, carece de consecuencia que ella se conceda a un pariente que interviene en su favor"

6º El que obra en defensa de la persona o derechos de un extraño, siempre que concurran la primera y la segunda circunstancias prescritas en el número 4º y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo

Defensa de extraños

NOTAS

Los requisitos exigidos por esta eximente son: 1) agresión ilegítima, 2) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; 3) que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo

No hay duda que, como en el caso anterior, el defensor actúa impulsado por un afán altruista y justiciero, o por "un noble o generoso senti-

miento”, como Viada decía, aunque también puede objetarse aquí, que siendo la legítima defensa circunstancia objetiva, no concuerda con la índole subjetiva de esta eximente, referida al ánimo del defensor que, en todo caso, está expuesto a la discusión de su proceder, puesto que una alegación de que ha actuado por venganza, odio o resentimiento, eliminaría la eximente, debiendo en consecuencia el defensor, responder de delito

Negándose la eximente bajo tal pretexto, aleja la posibilidad de que los defensores actúen, por temor de que se les impute odio o venganza en su conducta

Novoa Monreal, al apoyar la crítica concluye en que confúndese aquí la Moral y el Derecho, por cuanto se trae a cuento lo íntimo del ser humano

El mismo autor menciona, que los guarda-espaldas sí estarían beneficiados con la eximente, por cuanto su actuación se basa en sueldo o paga y no en sentimiento para el agresor y se cita la jurisprudencia chilena, en el sentido de que tal eximente no opera en favor de quien defiende los derechos de una persona jurídica, por cuanto no están comprendidas dichas entidades entre las personas a quien se puede defender sus derechos de acuerdo con la citada eximente

Según la jurisprudencia española, concurre la circunstancia en quien viendo maltratar inhumanamente a un niño causa al agresor lesiones graves, y en el criado que viendo a su amo golpeado, hiere al agresor.

7º El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

Estado de Necesidad

PRIMERA Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar, **Requisitos**

SEGUNDA Que sea igual o mayor que el causado para evitarlo;

TERCERA Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo

NOTAS

Cuello Calón define el estado de necesidad como “peligro actual e inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona” Para Sebastián Soler, estado de necesidad es “una situación de peligro para un bien jurídico, que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico” Von Liszt, en cambio, define el estado de necesidad como “una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos”

Marchand propone en vez de estado de necesidad, "Estado o actos de urgencia", pero los autores —especialmente italianos— se aferran al término usado

DIFERENCIAS CON LA LEGITIMA DEFENSA

Cabe fijar las diferencias entre estado de necesidad y legítima defensa:

1) En el estado de necesidad no se da la agresión ilegítima y, por consiguiente, no existe el contraataque, circunstancias que sí se dan en la defensa justa

2) De acuerdo con la ley salvadoreña, en el estado de necesidad únicamente se puede lesionar bienes patrimoniales, para salvar toda clase de bienes, inclusive vida e integridad corporal; la defensa justa se da contra la persona del agresor

3) En el estado de necesidad hay una colisión de intereses legítimos, en tanto que en la defensa legítima, hay una actitud antijurídica (la del agresor) y una conducta ajustada al derecho (la del agredido que se defiende)

FUNDAMENTO DEL ESTADO DE NECESIDAD

Son variables las teorías formuladas para justificar el estado de necesidad. Mencionaremos las más conocidas; a) la teoría de la vuelta al estado de naturaleza o comunidad de bienes, señalada por Hugo Grocio; b) Teoría de la conservación propia, de Puffendorf; c) Teorías de la violencia moral y de las acciones mixtas, sostenidas por Tiraqueu; d) Teorías de la inutilidad de la represión, formuladas por Kant y e) Teorías de conflicto de derecho o bienes, bosquejada por Hegel, Binding y Von Liszt

Personalmente nos inclinamos por esta última teoría, racionalmente aceptada para justificar la defensa legítima y el estado de necesidad

REQUISITOS

Son tres los requisitos señalados en el Código Penal salvadoreño para aplicar el estado de necesidad.

El primero consiste en la realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar. La fórmula salvadoreña es la misma que empleó el Código Penal español de 1870, superada después en España por el Código reformado de 1932. Dicha fórmula, anticuada y poco dotada de efectividad, tomando en cuenta las restricciones en cuanto los bienes jurídicos que pueden afectarse, no es aplicada nunca. En El Salvador, no tenemos noticia de aplicación de esta exigencia. Y en España, cuando estuvo vigente tal fórmula, la jurisprudencia dio al término "propiedad", un sentido restrictivo, limitándolo a los bienes inmuebles. Reclama Sánchez Tejerina, por la ausencia de buenos jueces al estilo de Magnaud —en la justicia española—, llegándose a condenar a unos obreros que hurtaron pan para no morir de hambre y a una lavandera que hurtó una sábana para comprar medicina a su esposo enfermo

La reforma española de 1932, cambio sustancialmente los requisitos del estado de necesidad y actualmente la disposición correspondiente dice "Art. 7º El que, impulsado por un estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona no infringe un deber, siempre que concurren los requisitos siguientes: PRIMERO: que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar SEGUNDO: Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto TERCERO: Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse

Seguindo con el primer requisito, el peligro debe ser a) real, b) grave; c) inminente

En este sentido, el primer elemento es similar al de la existencia de la agresión ilegítima en la justa defensa, aunque si bien en ésta depende de la voluntad humana, mientras que en el estado de necesidad el peligro no depende de la voluntad del hombre

Por lo tanto no debe tratarse de un peligro que exista sólo en la imaginación del que actúa, pues que en este caso se perfila un estado de necesidad putativo

El segundo elemento consiste en que el bien sacrificado sea igual o menor que el que se trata de salvar, o, como la ley dice, que el mal que se trata de evitar sea igual o mayor que el causado

Es aquí donde tiene aplicación la tesis de colisión de derechos, especialmente, para aceptar que, caso de darse un peligro para dos bienes jurídicos, preferible es sacrificar el menos valioso, limitando desde luego tal sacrificio, a bienes patrimoniales

El tercer requisito es que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedir el mal y requisito que, si bien se mira, es similar al de la necesidad racional en la defensa justa. Lo que se trata es de que dado el peligro en verdad, y siendo desiguales los bienes, el agente debe sacrificar el menos valioso, siempre que no tenga otro medio disponible para la salvación de dicho bien

La falta de este tercer requisito, da lugar a un exceso de estado de necesidad

Sobre los requisitos exigidos por el Código Penal español, diferentes a los del salvadoreño, se precisa, fuera de la evaluación de bienes, que la situación de necesidad no debe ser provocada por el agente y que éste no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse

No podía aceptarse el estado de necesidad, si el agente dolosamente buscó o produjo la situación de necesidad, pero sí puede admitirse cuando tal situación aparezca por su culpa. En cuanto a la obligación de sacrificio, no pueden beneficiarse con el estado de necesidad aquellas personas que

tienen la obligación de afrontar peligros, como los bomberos, agentes de seguridad pública o miembros de la Cruz Roja

Entre la fórmula salvadoreña y la española, es preferible ésta última, aunado a que es más amplio el conjunto de bienes que pueden lesionarse, para salvar otros bienes jurídicos más valiosos

8º El que en ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente, sin culpa ni intención de causarlo **Caso fortuito**

NOTAS

Para Sánchez Tejerina, el dolo supone la previsión del resultado, la culpa, la previsibilidad o posibilidad de previsión, en tanto que el caso fortuito, ni previsión ni previsibilidad, o bien, previendo el resultado, resulte éste inevitable. Despréndese del precepto legal, que los requisitos del caso fortuito, son: 1) Que el acto ejecutado sea lícito; 2) Que en su ejecución se haya puesto todo el cuidado y diligencia que requiere dicho acto, v 3) Que no obstante el cuidado puesto en la ejecución resulte un daño, por mero accidente, sin culpa ni dolo del agente.

Castellanos Tena opina que el caso fortuito es un ejemplo o problema de metaculpabilidad, según su propia palabra de mucha novedad, en virtud de no ser previsible el resultado y no poderse exigir lo que humanamente es imprevisible. Ricardo Franco Guzmán, joven penalista mexicano, estima que el caso fortuito no es causa de inculpabilidad (como Jiménez de Asúa le considera) porque si el hecho realizado es lícito, no puede ser antijurídico, v si no es antijurídico, no está en posibilidades de ser culpable.

En verdad, opera en el caso fortuito, una fuerza extraña al hombre, que produce, en última instancia, el accidente generador del hecho

El profesor Guillermo Sabatini define: "CASO FORTUITO SE TIENE CUANDO EL RESULTADO DEPENDE DE CIRCUNSTANCIAS EXTERNAS, HUMANAS, SOBREHUMANAS O FISICAS, QUE OPERAN EN EL CAMPO DE LO IMPREVISTO Y DE LO IMPREVISIBLE, SUPERANDO LOS LIMITES NORMALES DE LA ATENCION Y DE LA PRUDENCIA HUMANA" Alimena por su parte dice "Por caso fortuito, como por fuerza mayor, debe entenderse no solamente el efecto natural, que no puede imputarse al hombre, no sólo lo que acontece fuera de nuestra voluntad, pues en tal caso el hombre no es diverso de una cosa, sino también lo que, sucediendo por efecto de nuestra voluntad, está aún más allá de los límites de aquella previsibilidad que es humanamente posible"

Lo que caracteriza al caso fortuito es la imprevisibilidad v la inevitabilidad

En el campo penal, a diferencia del civil, sí existe diferencia entre caso fortuito y fuerza mayor

Si bien la fuerza mayor se caracteriza por ser irresistible, tomando en cuenta la ley salvadoreña, caso fortuito sería lo comprendido en el Art 8 Pn , N° 8, y fuerza mayor la eximente de omisión por causa insuperable, como cuando a causa de inundación o incendio, una persona no puede realizar una conducta que le está exigida (Art 8 Pn , N° 13)

9º El que obra violentado por una fuerza irresistible **Fuerza física**
Irresistible

NOTAS

Este precepto se refiere a los delitos de acción, puesto que los casos de omisión están resueltos por otra eximente (Art 8 Pn , N° 13).

La fuerza para actuar determinando a quien invoca la eximente, debe llenar los siguientes requisitos; a) física, b) exterior; c) irresistible

Física, porque precisa de objetividad, es decir, debe ser material, porque si la fuerza es psicológica hay miedo insuperable Exterior, porque no debe provenir del mismo agente, a causa de pasiones internas, sino de otra persona que es quien ejerce la fuerza material Irresistible, porque la fuerza debe dominar en absoluto al agente, superando la fuerza de éste

La fuerza irresistible ha sido considerada por Jiménez de Asúa como caso de ausencia de acto, y sobre esto escribe el penalista mexicano Celestino Porte Petit: "El Código mexicano innecesariamente se refiere a la vis absoluta o fuerza física en la fracción I del artículo 15, cometiendo el error técnico de considerarla como excluyente de responsabilidad, cuando constituye un aspecto negativo del delito, hipótesis que queda sintetizada en la fórmula nullum crimen sine actione"

No puede aceptarse la fuerza física irresistible como causa de inimputabilidad, porque el agente se halla en el pleno uso de su razón, aunque actúe involuntariamente por estar superando en fuerza material Para Pacheco, un sujeto que actúa violentamente por fuerza irresistible es mero instrumento y, por ello, exento de responsabilidad

Algunos autores consideran, además de la fuerza irresistible, el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo, como casos de ausencia de acto, que anulan la voluntad

10º El que obra impulsado por miedo insuperable de un mal igual o mayor: **Miedo insuperable**

NOTAS

El miedo insuperable consiste en la vis compulsiva o constreñimiento psíquico, que suprime la voluntad en diferente manera que la fuerza física.

Los requisitos del miedo insuperable son: 1) Que el mal sea inminente; 2) Que sea grave y verdadero; 3) Que sea injusto; 4) Que no pueda evitarse más que ejecutando el hecho ilícito

Para Sánchez Tejerina, hay en el miedo insuperable dos elementos que necesariamente tienen que ser analizados cuando se presenten casos de violencia moral: a) elemento objetivo, que se refiere a la naturaleza de la amenaza, más o menos intimidante y grave; b) elemento subjetivo, integrado por el carácter más o menos débil del amenazado o constreñido

El mismo autor dice "Es insuperable el miedo cuando es causa cierta e inminente y único móvil del acto criminoso. Es claro que habrá de apreciarse la fuerza del miedo y su carácter de insuperable teniendo en cuenta la personalidad del causante del miedo y del ejecutor del hecho delictivo; su profesión, edad, sexo, salud física y todas aquellas cualidades que hacen del hombre un ser más o menos valiente o temeroso"

La jurisprudencia española, por sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1924, expresa que el miedo insuperable "está integrado por la coacción moral invencible ejercida sobre el agente imposibilitándole de disponer libremente de su voluntad y compeliéndole de modo ineludible a realizar un mal o a sufrir otro de tal inminencia y gravedad que produzcan miedo insuperable en el ánimo más esforzado"

Desde luego, también en esta eximente debe darse la realidad relativa a un peligro próximo, puesto que no existiendo efectivamente tal peligro, no puede invocarse la eximente, así como también no puede invocarla quien con su conducta provoca los hechos que culminan con el delito

Se diferencia el miedo insuperable con la legítima defensa, encargándose la misma jurisprudencia española (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1936) de fijar tal diferencia "Esta (la legítima defensa), requiere una agresión actual, de la que se deriva peligro inminente, mientras que el miedo insuperable es un estado emotivo que perturba las facultades psíquicas, impidiendo el raciocinio, por lo cual no exige la actualidad de la agresión, sino el temor racional a un daño igual o mayor que el producido".

En nuestra opinión, el miedo insuperable es causa de inculpabilidad y no de inimputabilidad, como pretenden demostrar quienes ven en el miedo insuperable una situación de trastorno mental transitorio. Ciertamente que en temor poderoso, que llegue a constituir terror o estado emocional muy intenso, puede derivar un trastorno mental transitorio, pero por vías excepcionales que no constituyen regla general. Caso se presente esta situación, si puede resolverse como trastorno mental transitorio, aunque nuestro Código, en verdad, no alude para nada a esta situación en forma expresa

Para Novoa Montecal, "el miedo constituye una perturbación angustiosa del ánimo, ocasionada por un peligro o mal, real o imaginario, que amenaza. Es insuperable cuando se sobrepone de tal manera a la voluntad,

que la impulsa a la realización de hechos que sin él no hubieran sido ejecutados”

Creemos que cada caso de miedo insuperable debe ser analizado con detenimiento sumo, en todos sus ángulos, para, en esa forma, impedir lo que Anton Oneca indica con acierto: “conceder un privilegio a los cobardes”.

11º El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo **Cumplimiento de un deber, ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo**

Se entenderá que concurre esta circunstancia respecto de la autoridad, de sus agentes o de las personas que concurran en su auxilio, siempre que, en caso de desobediencia o resistencia, o para evitar la fuga de un delincuente, emplearen medios proporcionados de represión, con tal que preceda intimación formal **Presunción legal**

NOTAS

Esta eximente comprende varias situaciones análogas, de las que cada una puede obrar para eliminar la responsabilidad del agente Sánchez Tejerina clasifica tales situaciones en la forma siguiente:

- 1) Actos ejecutados en cumplimiento de un deber;
- 2) Actos ejecutados en el ejercicio de un derecho; y
- 3) Actos ejecutados en el ejercicio de una profesión, oficio o cargo

Nuestro Código Penal, no comprende expresamente el ejercicio profesional en este caso

Continúa la clasificación de Sánchez Tejerina, así

ACTOS EJECUTADOS EN CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

a) Actos ejecutados en cumplimiento de funciones públicas o actos de servicios Ejemplos embargo, detenciones, inspecciones aduaneras, allanamiento legal de casas b) Actos ejecutados en cumplimiento de deberes ciudadanos Ejemplos: captura de delincuentes infraganti (Art 68 I), acusación de delito o falta perseguible de oficio (Art 31 I), testificar en juicio, o servir de peritos o jurados (Art 303 Pn)

ACTOS EJECUTADOS EN EL EJERCICIO DE UN DERECHO

a) Derecho de corrección, o sea la facultad que la ley concede, en ciertos casos, a los padres, tutores, curadores o educadores para adoptar medidas

de relativa violencia en contra de hijos, pupilos o alumnos. Hay aquí, *animus corrigendi*, es decir, requisito que anula el *animus injuriandi* o *animus nocendi* (Arts 72 I v 244, 245 y 246 C)

b) Derecho de retención, o sea la facultad que el Código Civil concede, también en ciertos casos, a algunos contratantes (Arts 1991, 1951 y 2151)

c) Derecho de Policía Correccional, concedida a las personas jurídicas sobre sus miembros, siempre que lo permitan sus estatutos correspondientes, al través de medidas disciplinarias (multas, expulsiones, suspensiones, etc) Arts 548 y 549 C

d) Derecho de informaciones privadas, como las que solicitan instituciones de crédito o empresas privadas o de Derecho Público sobre la conducta de deudores, empleados, etc. Aquí, quien informa, no obstante de usar términos que puedan ofender a alguien, especialmente de quien se solicitan datos, está amparado por el *animus consulendi*, es decir consejos o indicaciones

e) El Derecho de Información, concedido a los periódicos escritos o radiales, para dar al público detalles sobre los diversos sucesos de la vida cotidiana y que puedan tener interés general. Es el *animus narrandi* el que ampara tanto a los periodistas como a quienes escriben la historia o narran algún suceso con imparcialidad por medio de la prensa

Quedará totalmente excluido de todo derecho, el acreedor que se hace pago, por medios violentos, con bienes del deudor, pues no se pueden emplear vías de hecho para hacer efectivas deudas. Nuestro Código Penal sanciona conducta de esa naturaleza como una coacción (Art 452)

ACTOS EJECUTADOS EN EL EJERCICIO DE UN OFICIO O CARGO

Para hablarse de ejercicio legítimo de oficio, debe, quien lo ejercite, estar autorizado por la ley para ello. Ciertos oficios no pueden estar detallados prolijamente por un ordenamiento jurídico, pero, a contrario sensu, quien cumple funciones tales no debe infringir la ley

Tal sería el caso de quienes ejercen ilegalmente una profesión (Art 261 Pn) que requiere autorización especial. Lo mismo ocurre cuando la ley reserva el ejercicio de una actividad determinada a personas que llenan requisitos especiales

Para Novoa Montiel, "obra en el ejercicio legítimo de un cargo, el que desempeña las funciones que legalmente le corresponden, caso en el cual no contrae responsabilidad penal ni aún cuando realice hechos que formalmente correspondan a una descripción típica"

Estaban por lo tanto comprendidos los agentes de autoridad que verifican el fusilamiento de un reo, los carceleros, policías, etc

No obstante, los agentes no deben extralimitarse, pues para vigilar o imponer la disciplina, deben actuar en los límites prudentes de su ejercicio. Una flagelación entonces, constituye delito de acuerdo con el Art. 373, tanto para el funcionario civil o militar que ordena la flagelación, como para el agente o agentes que la realizan.

El último inciso del numeral 11, establece una presunción legal en favor de la autoridad, sus agentes o particulares que les auxilien, debiéndose cumplir dos requisitos esenciales: a) que se empleen medios proporcionados de represión, y b) que preceda intimación formal.

Racionalmente debe pues, el Tribunal, analizar casos de esta índole, para evitar abusos de la autoridad, al no poderse amparar en la eximente por no cumplir con los mencionados requisitos.

12º El que obra en virtud de obediencia de- **Obediencia debida**
bida

NOTAS

Para considerar la obediencia como debida, debe reunir las condiciones que siguen:

- 1) Existencia de una relación de superior a inferior en jerarquía,
- 2) Que el mandato ofrezca a lo menos apariencia de legitimidad, aunque sea ilícita en sí; y
- 3) Que el mandato esté dentro de las obligaciones del inferior.

El agente no actúa voluntariamente, puesto que su conducta está encaminada a cumplir la voluntad de otro, que es el superior.

No tiene justificante la obediencia espiritual doméstica, política, moral o familiar, sino tan sólo la jerárquica, de ahí que esta eximente sea conocida también como obediencia jerárquica.

Sánchez Tejerina incluye la obediencia debida entre causas de inimputabilidad; otros, por el contrario, le consideran causa de justificación. Nosotros preferimos considerarla entre las causas de inculpabilidad, por error de hecho esencial.

Novoa Monreal, hace la distinción en los siguientes casos:

- a) Si la ejecución se refiere a una orden lícita, hay causa de justificación;
- b) Si la ejecución se refiere a una orden ilícita, el agente o inferior no está obligado a acatar el mandato, cometiendo delito si la cumple. Tal es el caso del superior que ordena al agente flagelar a un reo. Aquí, tanto el superior como el inferior son responsables del delito de flagelación (Art. 373 Pn).

Mas en este último caso, cumpliendo los requisitos de la obediencia debida, la orden o mandato debe tener apariencia legal, aunque no sea lícita en sí, para poder producir el error esencial de hecho que ampara, en última instancia, al inferior, como causa de inculpabilidad.

Jiménez de Asúa acepta la tesis del error, incluyendo a la obediencia debida como causa de inculpabilidad, porque el que obedece "cree que lo mandado es legítimo y por ello actúa"

La apariencia de licitud crea, por consiguiente, obligación al superior de emitir el mandato en esa forma, porque de lo contrario, el superior que no cumpla ese requisito, impide que el inferior pueda ampararse en la eximente

13º El que incurre en alguna omisión hallándose impedido por causa legítima o insuperable. **Omisión por causa legítima o insuperable.**

NOTAS

Dos situaciones se presentan con esta eximente: a) la omisión por causa legítima, que es considerada causa de justificación, y b) la omisión por causa insuperable, estimada como causa de inculpabilidad

Por ello, es ésta, en verdad, una eximente mixta, por cuanto en la misma se encuentran reunidas dos situaciones disímiles

La eximente se refiere sólo a delitos de omisión, en tanto que las doce restantes eximentes a delitos por omisión.

Para el doctor Enrique Córdova, no hay necesidad rigurosa de esta eximente, aunque puede mantenerse sólo como aclaratoria.

Esta eximente no figura en el Código Penal español, pero sí en el chileno (Art 10 N° 12).

Caso de no existir tal eximente, podríase resolver los casos de omisión, bien aplicando la fuerza irresistible (causal N° 9), el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho (causal N° 11) o el miedo insuperable (causal N° 10)

Entendemos que la omisión por causa insuperable, se refiere a los casos de fuerza mayor, como cuando alguien no puede cumplir un compromiso ineludible o un deber, por causa de inundación, incendio, terremoto, etc

JURISPRUDENCIA SOBRE EXIMENTES

"I—Cuando en una causa seguida contra dos reos por un delito de homicidio, no hay más prueba de la delincuencia de dichos reos que sus respectivas confesiones judiciales, pero en éstas cada uno se atribuye única y exclusivamente la responsabilidad del hecho, diciendo que lo ejecutó en legítima defensa, sin participación alguna del otro, corresponde al tribunal del Jurado

decidir quién de ellos es el verdadero autor del delito cometido y si han concurrido las circunstancias de legítima defensa

II—Si el Jurado absuelve a uno de los reos, diciendo que no ha cometido el hecho, debe acatarse en este caso su veredicto, no obstante la confesión de dicho reo, por haber habido prueba contraria de ésta en la confesión del otro reo

III—Si las contestaciones del veredicto, respecto del otro reo, fueren afirmativas en el sentido de que éste ejecutó el hecho, pero resultan contradictorias en cuanto a las circunstancias de legítima defensa que expresa el reo en su confesión, debe resolverse el punto de la eximente de responsabilidad conforme dicha confesión, aceptándola en lo que le favorece como indivisible, debiendo por consiguiente declarársele libre de la acusación fiscal (Revista Judicial, Tomo XXXV, 25 de septiembre de 1930, página 265)

“Por ser indivisible la confesión del reo en el caso expuesto, debe aceptársele para resolver tanto en lo que perjudica como en lo que favorece a dicho reo; y si en esa confesión se caracterizan con precisión todas las circunstancias de legítima defensa, procede absolver al procesado declarándolo libre de la acusación fiscal (Revista Judicial, Tomo XXXV, 27 de diciembre de 1930, página 388 y 389)

CAMARA DE SEGUNDA INSTANCIA DE LA PRIMERA SECCION DEL CENTRO

“No obstante la absolución antedicha, si hay confesión judicial, deben tenerse por no hechas las contestaciones del Jurado que contrarían la confesión, Art 265 I, pero si en esta confesión aparecen establecidas las tres circunstancias que eximen de responsabilidad, o sea agresión ilegítima, falta de provocación suficiente de parte del que se defiende y necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión sin haber prueba en contrario, siempre hay que absolver al reo (Revista Judicial, Tomo XXXV, 17 de enero de 1930, página 138)

“Cuando de la prueba testimonial que corrobora la confesión del encausado y de las contestaciones del Jurado aparecen establecidas las circunstancias de la legítima defensa, como son: agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para repelerla y falta de provocación suficiente por parte del que se defiende, es procedente absolver al indiciado por estar exento de responsabilidad criminal Art 8 N° 4° Pn (Revista Judicial, Tomo XXXV, 23 de diciembre de 1930, página 396)

CAMARA DE TERCERA INSTANCIA

“Un reo que ha confesado haber cometido un delito de homicidio, simplemente, puede modificar dicha confesión en el sentido de que al ejecutar el hecho procedió en legítima defensa, y le es admisible justificar con testigos los hechos a que se refiere la confesión modificada; y si el Jurado en su veredicto declara estar probadas las circunstancias de legítima defensa debe aca-

tarse el veredicto aunque esté en pugna con la primera indagatoria del procesado (Revista Judicial, Tomo XXXVI, marzo 20 de 1931, páginas 70 y 71)

CAMARA DE SEGUNDA INSTANCIA DE LA SEGUNDA SECCION DEL CENTRO

“La necesidad racional del medio empleado para repeler una agresión ilegítima, no se infiere de la existencia de las otras circunstancias de la legítima defensa; es preciso que consten hechos que demuestren que la situación del agredido era tal que sólo hiriendo o matando podría librarse del peligro personal que corría con el ataque.

Si de la confesión del reo que alega legítima defensa resultan caracterizadas la agresión ilegítima del ofendido y la falta de provocación suficiente de parte de dicho reo, procede reducir la pena legal a una tercera parte de ella, cambiando su naturaleza de presidio en prisión mayor, por tratarse de una atenuación especial

Para que pueda existir en la ejecución de un homicidio la necesidad racional de herir al ofendido, como circunstancia de legítima defensa, es indispensable que concurra como base esencial la agresión ilegítima. Si ha habido RINA provocada por el mismo reo, no puede éste invocar en su favor ninguna de las circunstancias de legítima defensa, aún cuando el ofendido hubiese sido el primero en herir al procesado (Revista Judicial, Tomo XXXVII, 10 de agosto de 1944, página 246)

SENTENCIAS DE LA CAMARA DE SEGUNDA INSTANCIA DE LA PRIMERA SECCION DEL CENTRO

I—Para que haya legítima defensa incompleta, es indispensable que exista una agresión de que defenderse; sin esta circunstancia es imposible que concurra “la falta de provocación de parte del que se defiende”

Si un reo procesado por un delito de homicidio, ha sido absuelto por el Jurado declarando éste que aquél no ha ejecutado el hecho, pero consta en la causa que dicho reo lo ha confesado en su indagatoria, declarando que él lo verificó en su legítima defensa, procede absolverlo tomando por base dicha confesión, la cual es indivisible en este caso

II—La falta de provocación suficiente como elemento de legítima defensa, no queda desvirtuada por la circunstancia de que existían ciertos disgustos entre ofensor y ofendido y de que un semoviente del encausado había ocasionado perjuicios en un terreno del occiso (Revista Judicial, Tomo XXXIX, 23 de febrero de 1934, página 198)

SENTENCIAS DE LA CAMARA DE TERCERA INSTANCIA

I—Si un reo procesado por el delito de lesiones graves, ha sido absuelto por el Jurado en su veredicto, pero consta en la causa su confesión clara, espontánea y terminante de haber cometido el hecho en su legítima defensa,

debe resolverse el asunto prescindiendo de dicho veredicto, fundándose sólo en la referida confesión, que ha de estimarse como única prueba contra el reo, ya que la demás constante en el juicio fue destruida por el citado veredicto

II—La confesión, en el caso expuesto, tiene el carácter de indivisible, debiendo aceptarse tanto en lo que favorece al reo como en lo que le perjudica; y si de la narración que hace de los hechos, resultan bien establecidas todas las circunstancias de la legítima defensa, debe declarársele exento de responsabilidad criminal (Revista Judicial, Tomo XL, 21 de mayo de 1935, pág 185)

“III—La legítima defensa alegada por un reo en la ejecución de un homicidio, apoyada en la prueba de la confesión extrajudicial de la misma reo, no es bastante para ampliar el veredicto del Jurado que resolvió lo contrario fundándose en prueba testimonial de vista del hecho

SENTENCIAS DE LA CAMARA DE TERCERA INSTANCIA

“Las circunstancias de legítima defensa declaradas por el Jurado en su veredicto, referente a un homicidio cometido, no se destruyen por el hecho de haber precedido momentos antes del suceso una riña de palabras entre el reo y la madre del ofendido (Revista Judicial, Tomo XLI, 3 de junio de 1936, página 191)

“Para que haya legítima defensa, completa o incompleta, debe constar de manera evidente que el agredido hizo el contra-ataque antes de que la agresión cesara

I—Hay legítima defensa en la ejecución de un delito de homicidio, cuando el reo es atacado por una persona que le dio un terciazo con un revólver, y después huye por haberle causado aquél a su vez, un golpe con el revólver que portaba; pero regresa el agresor armado de un machete, poco tiempo después, al mismo lugar, donde todavía se hallaba el reo, sin que éste ya desarmado lo esperara, y vuelve a atacarlo con dicha arma arrojándole machetazos, por lo que el agredido, quitando a otro su machete, se defiende con éste, y para repeler la agresión causa a su agresor dos lesiones de las cuales falleció (Revista Judicial, Tomo XLII, mayo 20 de 1937, página 203)

“Si un hombre ataca a otro con un corvo ejecutándole un golpe, después se retira continuando su camino, pero regresa luego, y vuelve a atacar a la misma persona con el corvo que portaba, por lo que el agresor haciendo uso de su corvo se defiende y repele la agresión causando al agresor las lesiones que le fueron reconocidas, no habiendo provocado el reo al ofendido, resulta bien caracterizada la eximente de legítima defensa, no obstante que dicho reo tuvo tiempo de huír después del primer incidente para evitar el suceso (Revista Judicial, Tomo XLII, noviembre 13 de 1937, pág 736)

“Si en la ejecución de un delito de homicidio ha habido defensa incompleta de parte del reo, concurriendo sólo las circunstancias de agresión ilegítima del occiso y falta de provocación del que se defiende, procede reducir a una tercera parte la pena señalada al delito, cambiando la naturaleza de ella

II—La concurrencia de las atenuantes de haberse presentado el reo a la autoridad después de cometido el delito y confesarlo con sinceridad, produce el efecto de bajar la pena indicada al final del párrafo anterior en una tercera parte (Revista Judicial, Tomo XLII, 28 de mayo de 1938, páginas 182-183).

“Hay legítima defensa en la ejecución de un delito de homicidio, si el ofendido sin motivo alguno, atacó al reo con un machete corvo arrojándole machetazos, por lo que el agredido se corrió, pero habiéndose caído se lanzó nuevamente su agresor contra él, quien para detenerlo puso su corvo de punta, siendo tan fuerte el ímpetu del referido agresor que se le introdujo el arma en el estómago, produciéndose la herida que le causó la muerte. (Revista Judicial, Tomo XLIII, 25 de julio de 1938, página 422).

“I—Procede la eximente de responsabilidad de un reo, procesado por el delito de homicidio, si se ha ejecutado el hecho en legítima defensa; consistiendo en que el ofendido invitó a pelear a su ofensor, quien se negó a ello, por lo que aquél atacó a éste arrojándole estocadas con un cuchillo, y en tal situación el agredido causó a su agresor las lesiones de que falleció.

II—La circunstancia de que el reo, en el caso expuesto, ejecutó once lesiones al ofendido, tres de ellas mortales, no desvirtúa el medio racional empleado como elemento necesario de la legítima defensa, si no hay prueba de que las lesiones mortales fueron las primeras que sufrió, aparte de que no es justo exigir al que se defiende gran serenidad para medir exactamente el grado de defensa (Revista Judicial, Tomo XLII, 25 de julio de 1938, página 424).

“Hay legítima defensa en la ejecución de un homicidio en una persona y lesiones en otra, si estas dos personas han llegado de noche a la casa de su ofensor, y, sin mediar palabras, una de ellas disparó dos tiros de revólver sobre el procesado lesionándolo en el pecho, quien por tal motivo tomó una escopeta y disparó contra cada uno de los agresores hiriendo a uno y otro, y acto continuo, atacaron éstos con sus corvos a su contrincante, siguiéndose riña, la cual dio por resultado la muerte de uno de los agresores y las lesiones de los otros dos (Revista Judicial, Tomo XLII, 27 de julio de 1938, página 431).

“Si el reo, en el caso expuesto, declara que ejecutó el hecho, en la noche, para rechazar el escalamiento que hacía el ofendido en su casa de habitación, está exento de toda responsabilidad criminal. (Revista Judicial, Tomo XLII, 22 de agosto de 1938, página 438)

“Entra un individuo a la casa de otro, a quien injuria gravemente, contestándole de la misma manera el injuriado; después aquel individuo comenzó a machetear algunos objetos que había en el interior de la casa, y porque le previno su dueño que no le perjudicara sus cosas, se lanzó contra él arrojándole machetazos con un corvo que portaba; y entonces el agredido, tomando un corvo que tenía, se defendió con él, siguiéndose entre ellos riña encarnizada, en la cual el agredido de un tajo cercenó la cabeza de su contrincante, quien murió instantáneamente. Concurren en este caso las tres circunstancias de la legítima defensa y debe ser absuelto el reo de la acusación fiscal, no debiendo exigirse a dicho reo la fuga para evitar la riña, como pretende la acusación (Revista Judicial, Tomo XLV, 20 de febrero de 1940, página 477).

“Si el Jurado absuelve en su veredicto a un reo, procesado por delito de homicidio, pero dicho reo ha confesado ser el autor del hecho, debe aceptarse su confesión como única prueba indivisible, tanto en lo que le favorece como en lo que le perjudica, y si de esa confesión resultan bien establecidas las circunstancias de legítima defensa, procede absolver al reo, en sentencia definitiva, de la acusación fiscal (Revista Judicial, Tomo XLV, 15 de octubre de 1940, páginas 580-581)

“Siendo absolutorio el veredicto del Jurado en favor de un reo procesado por delito de lesión grave en una persona, debe desestimarse dicho veredicto si está en pugna con la confesión del dicho reo, pero si en ésta, que es indivisible en el presente caso, declara el reo que ejecutó el hecho en legítima defensa, procede declararlo definitivamente libre de la acusación fiscal absolviéndolo del delito expresado, aunque el reo haya omitido confesar que causó además una herida insignificante en el dedo de una mano (Revista Judicial, Tomo XLVII, 20 de agosto de 1942, página 370)

“Cuando en una causa no hay más pruebas de la delincuencia de un reo, procesado por delito de homicidio, que su confesión extrajudicial, en la cual declara que ejecutó el hecho en legítima defensa, y sometida dicha causa al Jurado declaró este tribunal en su veredicto estar probados los hechos a que se refiere la confesión extrajudicial, procede declarar libre de la acusación fiscal al reo y absolverlo del delito imputado (Revista Judicial, Tomo XLVII, 1º de diciembre de 1942, pág. 392)

CAPITULO III

DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE ATENUAN LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

NOTAS

Al hablar de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, Sánchez Tejerina, hace la siguiente clasificación

1—**Circunstancias Esenciales** y comunes a todos los delitos, que integran la definición del mismo y abarcan a todo delito,

2—**Circunstancias Propias** de los delitos, que se refieren a las características de cada clase. Entre estas circunstancias se encuentran las cualificativas, esto es, las que sirven para distinguir un delito de otro, en una misma clase. Así, para el caso, las circunstancias de parentesco entre hechor y víctima sirven para diferenciar el homicidio simple del parricidio, y las agravantes determinadas por la ley, diferencian el homicidio simple del asesinato;

3—**Circunstancias Accidentales**, que sin cambiar la naturaleza del delito, modifican la responsabilidad penal del agente, atenuándola o agravándola

Como consecuencia de esta clasificación, nos interesa para la anotación del capítulo, lo relativo a las circunstancias accidentales, que comprende ate-

nuantes, o sea circunstancias que denotan una menor criminalidad del hechor, y agravante, o sea circunstancias que indican mayor perversidad en el agente

Se ha discutido, por parte de los estudiosos del Derecho Penal, si las atenuantes son circunstancias objetivas o subjetivas, y en este sentido, hay opiniones que señalan un carácter de subjetividad a las atenuantes de objetividad a las agravantes

En verdad, concluimos con Sánchez Tejerina, en que entre atenuantes y agravantes hay circunstancias subjetivas y objetivas, debiéndose clasificarlas.

En El Salvador, se puede hacer una clasificación de atenuantes así:

- 1) **Atenuantes Subjetivas:** Numerales 2, 4, 5, 7, 9, 10 del Art 9 Pn
- 2) **Atenuantes Objetivas:** Numerales 1, 3, 6, 11 del Art 9 Pn

Acerca de los sistemas seguidos en los Códigos sobre las atenuantes, el mismo Sánchez Tejerina, formula la clasificación que sigue

1) Circunstancias específicas, enumeradas taxativamente De acuerdo con este sistema, los jueces no pueden aplicar sino aquellas atenuantes descritas por la ley en un número fijo

2) Circunstancias genéricas Este sistema consiste en que la ley penal determina las atenuantes en forma amplia, correspondiéndole a los jueces su aplicación

3) Sistema mixto, de circunstancias enumeradas taxativamente y, al mismo tiempo, incluyendo circunstancias genéricas

4) Sistema de absoluta libertad, en que los jueces pueden aplicar libremente atenuantes, tomando en consideración únicamente los límites que señala la ley para ello

Tanto el Código penal español, como el salvadoreño, usan un sistema mixto, puesto que en relación al nuestro, el Art 9 comprende atenuantes enumeradas taxativamente (los primeros 9 numerales) y una circunstancia genérica (Nº 11) que deja campo a los jueces para aplicar atenuantes de identidad y análogas a las taxativamente enumeradas

Nuestro Código Penal contempla diez atenuantes, al ser suprimida, a virtud de las reformas de 1957, la Nº 8, que se refería a ser el primer delito cometido por el agente observando buena conducta anterior

Argumentóse en tal ocasión, que los vicios de la prueba testimonial desviaban completamente en el sentido de la atenuante, pues en muchas ocasiones se establecía por medio de testigos que era la primera vez que el reo delinquía y que asimismo había observado buena conducta anterior, apareciendo en el mismo proceso, certificaciones u oficios de otros tribunales,

en donde constaba que el mismo reo había sido procesado y hasta condenado por otros delitos

Fuera de las atenuantes contenidas en los diez numerales del Art 9 Pn, el último inciso de la misma disposición comprende tres atenuantes denominadas "calificadas", que son la minoría de edad, la circunstancia de ser mujer y la sordomudez

Todas las atenuantes del Art 9 Pn, son generales o "genéricas", en tanto que hay, también, circunstancias especiales de atenuación, incluidas en los delitos en especie, entre las que podemos mencionar las comprendidas en los Arts 377 Pn inciso 2, 378 Pn y 381 Pn

También debemos estudiar las atenuantes "muy calificadas", a que aluden los Arts 56 y 57, y a ese respecto traemos a cuento lo expresado por la jurisprudencia española "Se puede reputar como muy calificada una atenuante cuando sus características de intensidad y extensión sean extraordinarias" Según la misma jurisprudencia, son atenuantes muy calificadas, la ofensa que hierde los sentimientos filiales, la de arrebató y obcecación cuando concurre intensamente, la vinculación de una ofensa si también es intensa En suma, se reconoce que "se consideran muy calificadas las circunstancias cuya influencia sobre el sujeto excede en intensidad de la suficiente para hacerlas apreciables conforme a la ley"

En consecuencia, cualquier circunstancia atenuante general, puede ser muy calificada, al adquirir un grado de intensidad, aunque no todas las atenuantes son calificadas, por lo que no es lo mismo atenuantes calificadas que atenuantes muy calificadas

Art 9º Son circunstancias atenuantes **Eximentes incompletas**

1º Las expresadas en el artículo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos:

NOTAS

No aparece dicha atenuante en el Código Penal de 1826 En el Código de 1881, sí esta contemplada esta atenuante en igual forma a la actual

Lo importante es determinar qué eximentes pueden dar lugar, al no completarse todos sus requisitos, a esta atenuante

A ese respecto, Sánchez Tejerina clasifica las eximentes en tres grupos:

1) Eximentes que se basan en hechos indivisibles, es decir, que no pueden aceptar requisitos en parte Tal es el caso de la minoría de edad, o sea en nuestro Código Penal, el Nº 2 del Art 8

2) Eximentes que se basan en hechos divisibles y que, estando formadas por varios requisitos, aunque la ley no los enumere, pueden ser aplicadas por los jueces como atenuantes: obediencia debida, fuerza irresistible, miedo insuperable

3) Eximentes basadas en hecho divisible, compuestas por varios requisitos que la ley determina: legítima defensa, estado de necesidad, caso fortuito

El Código Penal español de 1932, promulgado en tiempos de la República, incluyó en este numeral el término "todas", concluyéndose con ello que por voluntad del legislador, todas las eximentes, al no estar completas, podrían operar como atenuantes. No obstante de la reforma del Código, sustituyéndose posteriormente el mencionado término, por "las", hay sentencias del Tribunal Supremo de España de 4 de setiembre de 1941 y 1º de mayo de 1946, donde se admite que "Todas las eximentes pueden aplicarse como atenuantes cuando son incompletas"

Nosotros vemos una dificultad de orden práctico, en la aplicación de tal doctrina, sólo en relación a la edad, pues si un menor de diez años delinque, queda totalmente fuera del campo penal a virtud de causa de inimputabilidad reconocida por la ley (Art. 8 Nº 2), y si tiene más de esa edad su situación varía, pues es preciso determinar si obró con discernimiento (Art 8 Nº 3).

Otras eximentes, por el contrario, sí pueden ser aplicadas como circunstancias incompletas, incluyéndose entre ellas, la alienación mental, pues se da en psiquiatría el caso de la semi-alienación que, por no ser eximente completa, puede atenuar la pena. La jurisprudencia española, acepta esos casos y para corroborarlo menciona alguna doctrina: "La enajenación incompleta es de apreciar en el que por la honda perturbación mental sufrida tiene disminuidas sus facultades volitivas pero no está privado totalmente de éstas" (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de setiembre de 1941); "En el esquizofrénico que tiene disminuida, aunque no anulada, su lucidez mental y conserva la suficiente para apreciar "grosero modo" la inmoralidad y la punibilidad del hecho (Sentencia del Tribunal Supremo, 8 de mayo de 1944); "En el psicópata paranoide que priva al recurrente de parte de sus facultades" (Sentencia del Tribunal Supremo, 10 de junio de 1954).

El numeral 1 del Art 9, tiene relación con el Art 58 inciso último del mismo Código Penal, pues cabe hacer la siguiente diferencia:

Primera Situación: si concurre el mayor número de requisitos de una eximente o en mayor intensidad, se sigue el Art. 58 Pn que en su inciso mencionado dice "Se aplicará asimismo, con el aumento o disminución que corresponde, la tercera parte de la pena, cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal pero concurren el mayor número de ellos". En estos casos se comprende el exceso de legítima defensa o del estado de necesidad

Segunda Situación: si concurre un solo de los requisitos de las eximentes basadas en hechos divisibles, o es poco intensa, se aplica el N° 1 del Art. 9 Pn

JURISPRUDENCIA

“No habiendo más pruebas contra un reo de lesiones graves, que su confesión clara, espontánea y terminante, que ha de servir como único fundamento del fallo, por haber sido absolutamente el veredicto del Jurado, debe aceptarse dicha confesión como indivisible; y si en ella, por la narración de los hechos, se establece claramente la concurrencia de dos de las circunstancias de legítima defensa, debe apreciarse la atenuación especial a que se refiere el Inc 6º del Art 58 Pn” (Revista Judicial, Tomo XXXV, 7 julio 1930, páginas 254 y 255)

Si una mujer, procesada por delito de homicidio, sufre de epilepsia desde hace muchos años, antes de cometer el hecho, hallándose su estado mental a tal situación de perturbación, que sin llegar a la demencia se aproxima a ella, con estado de irritabilidad, impulsivismo y desviaciones de la volición, concurre en favor de la reo la atenuante de eximentes incompleta de responsabilidad a que se refiere el N° 1 del Art 9 Pn” (Revista Judicial, Tomo XLIV, 13 octubre 1939, Págs 690-691)

“En un delito de homicidio, si ha precedido de parte del ofendido agresión ilegítima, procede tomar en consideración para aplicar la pena, la atenuante comprendida en el N° 1 del Art 9 Pn, debiendo disminuirse dicha pena en una cuarta parte” (Revista Judicial, Tomo XLIV, 15 marzo 1940, página 493)

“Cuando concurren dos circunstancias de legítima defensa, esto es agresión ilegítima y falta de provocación del que se defiende, en un delito de lesiones graves deberá imponerse al reo la tercera parte de la pena que la ley señala al delito” (Revista Judicial, Tomo XLIV, 10 octubre 1941, página 565)

“No puede haber legítima defensa, completa o incompleta, si no existe agresión ilegítima. Si hubo riña y de ella resultó muerto uno de los contendientes, se ha cometido delito de homicidio simple” (Revista Judicial, Tomo L, 30 julio 1945, Págs 309-31)

“Aunque el reo hubiese procedido en cumplimiento de un deber al tratar de capturar al ofendido que fue muerto, no procede la atenuación expresada en el N° 1 del Art 9, en relación con la eximente N° 11 del Art 8 Pn, porque el hecho fue cometido cuando ya la resistencia del ofendido había terminado” (Revista Judicial, Tomo XXXIX, 31 agosto 1934, página 28).

2ª La de no haber tenido el delincuente **Præterintencionalidad** intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo

NOTAS

Hay preterintencionalidad —dice Celestino Porte Petit “cuando se tiene intención de causar un mal menor y se causa uno de mayor gravedad” Ocuire, entonces, que la preterintencionalidad se perfila, cuando el resultado supera a la intención del agente, produciéndose un delito de gravedad mayor. De esta suerte, dicho resultado no concuerda con la intención del hechor, dándose, poi consiguiente, un caso de dolo indirecto

Para el mismo Porte Petit, los elementos del delito preterintencional son

- 1) Querer interno del agente de causar daño;
- 2) Conducta exterior del agente encaminada a la causación de un daño determinado;
- 3) Resultado exterior que marca un resultado perjudicial más grave que el que se propuso causar el agente

Sobre la preterintencionalidad hay tres teorías

- a) Que el delito preterintencional es delito doloso;
- b) Que el delito preterintencional es mezcla de dolo y culpa, o sea dolo en la intención inicial y culpa en el resultado;
- c) Que el delito preterintencional es delito calificado por el resultado

Cuello Calón y Eusebio Gómez, son partidarios de la primera teoría, siguiendo la tesis clásica de Carrara, quien al respecto opinaba: “El homicidio preterintencional, presupone por necesidad absoluta, el ánimo de dañar a la persona del que resultó muerto, y esto es lo que se destaca de la familia de los homicidios puramente culposos y lo mantiene en la familia de los homicidios dolosos”

Jiménez de Asúa, Evelio Tabío y Porte Petit se inclinan por la segunda teoría que es, al parecer, la de mayor número de seguidores, no sólo teóricamente, sino también en el campo de la legislación penal, pues el Código Penal del Estado de Veracruz, México, de reciente promulgación incluye en su Art 6 una definición que es “Existe preterintencionalidad cuando se causa un daño mayor que el que se quiso causar, habiendo dolo directo respecto del daño querido y culpa con relación al daño causado”

La tercera teoría, considera que el delito preterintencional, es un hecho calificado por el resultado. Esta teoría está totalmente superada, criticándosele especialmente por Max Ernesto Mayer, por cuanto la responsabilidad no debe fundamentarse en el resultado, sino en la culpabilidad

Nuestro Código Penal que sigue la primera tesis, tiene además del N° 2 del Art 9, otras disposiciones referentes a la preterintencionalidad los Arts,

44 Nº 1, 362-Bis y 365 Los Arts 9 Nº 2 y 44 Nº 1, son generales y se aplican a los delitos en especie que aceptan tal forma de culpabilidad en cambio, el Art 362-Bis alude al homicidio preterintencional con medios inidóneos, y el Art 365 al aborto preterintencional

En cuanto al homicidio, en la legislación salvadoreña, podemos hacer la siguiente diferencia: a) preterintencional con medio idóneo (Arts 9 Nº 2 y 44 Nº 1); b) preterintencional con medio inidóneo (Arts 362-Bis)

La atenuante de preterintencionalidad, cabe perfectamente en los delitos contra la vida y la integridad corporal, y según la Jurisprudencia española, sólo se acepta en los delitos que dejan resultado material

La misma Jurisprudencia española niega la aceptación de dicha atenuante en los delitos contra el honor (injuria y calumnia), quedando incluida en este mismo rubro de delitos la difamación según nuestro Código, asimismo no se acepta, en los delitos contra la propiedad (robo, hurto, estafa, daño, incendio etc), en el delito complejo de robo y homicidio, en las falsedades, delitos contra la salud pública, delitos contra la honestidad y muy claramente no se aplica en los delitos culposos, pues no habiendo en estos últimos intención de causar daño, sino imprudencia o negligencia, jamás puede operar la preterintencionalidad

Sánchez Tejerina establece dos supuestos sobre la preterintencionalidad

- a) Que el exceso de daño causado no fuere previsto, pero si previsible, que da lugar a la mezcla de dolor y culpa, tesis que aceptamos como correcta, y
- b) Que el exceso de daño no sólo fuere imprevisto, sino imprevisible, o sea un compuesto de dolo y caso fortuito, que no puede atribuirse al hechor, pues la última no es sino una eximente

La diferencia fundamental entre el Art 9 Nº 2 y el Art 44 Nº 1, es que la primera disposición se refiere a un sólo delito que es el que resulta no obstante de que la intención era cometer un delito de gravedad menor; el Art 44 por el contrario, se refiere a dos delitos: uno cometido y otro intentado o frustrado

JURISPRUDENCIA

“Cuando los conceptos del impreso son claros, amplios y concretos hacia las personas a que van dirigidos, no cabe admitir falta de ánimo de injuriar, pues la voluntad y la intención dañada, están manifiestas en su propósito de perjudicar integran se puede decir el hecho mismo delictuoso, por la peculiar naturaleza de éste. El Tribunal Supremo de España, en armonía con ese criterio, ha sentado en casos de injuria, estas doctrinas “la expresión de voluntad, es el carácter distintivo que constituye por sí sólo, el delito de injuria, razón por la cual, no es de apreciar en esta clase de delitos la circunstancia

de preterintencionalidad”; no puede concebirse discordia entre el acto voluntario del que profiere aquella palabra y su intención, puesto que produce el mal que constituye el delito en toda su importancia, por la naturaleza del mismo hecho” (Caso el último, de injurias verbales) (Revista Judicial, Tomo XXXVIII, 12 de setiembre 1933, página 287)

“No debe tomarse en consideración para la aplicación de una pena por un delito de homicidio, la atenuante de no haber tenido el reo intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo dicho delito, si no existe en el veredicto del Jurado ni en la prueba testimonial recogida hecho alguno que induzca a sospechar siquiera que la intención no fue de matar” (Revista Judicial, Tomo XLII, mayo 22 de 1937, Pág 208)

“Va por un camino un muchacho con unos palos al hombro y detrás de él sigue otro muchacho, quien iba macheteando esos palos aquel previno a éste que no fuera molestando, pero no le atendió, por lo que, sin botar la carga, sacó su corvo y le tiró un machetazo, causándole una lesión grave en un dedo de la mano derecha. Debe considerarse que el ofensor ejecutó el delito, concurriendo la atenuante de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo, debiendo disminuirse la pena legal, por esa atenuante, en una cuarta parte de ella” (Revista Judicial, Tomo XLV, 10 de febrero 1940, Pág 474)

“La persona que siendo perseguida por otra en estado de ebriedad, le da un empujón a ésta botándola al suelo, quien al caer sobre una cuneta se fractura el cráneo muriendo a consecuencia directa de la lesión sufrida, es responsable aquella persona del delito de homicidio voluntario pero concurre a favor del reo la atenuante de no haber tenido intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo, atenuante que unida a la de su buena conducta anterior, hacen ambas disminuir la pena legal en una tercera parte” (Revista Judicial, Tomo XLV, 22 de febrero de 1940, página 488)

“Si un hombre, llevando un revólver en la mano, corre por un camino público detrás de una muchacha que iba montada en un caballo, y al alcanzarla le da un terciazo en la espalda con dicho revólver, produciéndole con el golpe un disparo de arma que hiere y mata a la ofendida, cayendo ésta de la bestia al suelo, es responsable aquel hombre del delito de homicidio simple, concurriendo en su favor la atenuante de no haber tenido intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo. Esta atenuante puede compensarse a la par con la agravante de haberse ejecutado el hecho con desprecio del respeto que por su sexo merecía la ofendida” (Revista Judicial, Tomo XLV, 30 de octubre 1940, Págs 590-591)

3^a La de haber precedido inmediatamente **Provocación o**
de parte del ofendido **provocación o amenaza**
proporcionada al delito **amenaza**

Las atenuantes comprendidas en los N^{os} 3, 4 y 5 del Art. 9 Pn, tienen semejanza tales, que están consideradas como verdaderos estados pasionales

El doctor Enrique Córdova, expresa con razón, que perfectamente puede hacerse una sola atenuante para considerar todos esos estados

Como origen de dichas atenuantes encontramos en el Código Penal de 1826, las siguientes circunstancias en el Art 112 “2ª La indignancia, el amor, la amistad, la gratitud, la ligereza, o el arrebató de una pasión, que haya influido en el delito 3ª El haberse cometido éste por amenazas o seducciones, aunque no sean de aquellas que basten para disculparlo”

En el Código Penal de 1881, ya aparecen las atenuantes en idéntica forma a la actual

Para Quintano Ripollés, en sus “Comentarios al Código Penal español”, la atenuante de provocación o amenaza previa es “una última imperfección de la eximente de legítima defensa; una legítima defensa a la que faltare el primer requisito de agresión, estando sustituido por el ataque o agresión moral que la amenaza o provocación supone”

Pese a su marcado carácter objetivo, que reconocemos para incluir esta atenuante dentro de los objetivos, algunos autores se inclinan por su subjetividad. Pero en verdad, el estado de pasión del hechor no es más que la consecuencia de un ataque objetivo, concretado en la realidad de una provocación o amenaza. Dándose tal ataque, es indiferente que la persona atacada actúe fría o arrebatadamente, puesto que lo que hay que tomar en cuenta es la provocación o la amenaza. En esto, se sigue entonces, el mismo criterio que en la legítima defensa, circunstancia puramente objetiva.

Definida la característica esencial de la atenuante, pasemos a sus requisitos. Estos son:

- 1) Que la provocación o amenaza precedan inmediatamente al delito, y
- 2) Que éste sea proporcional a aquellas.

Quintano Ripollés critica el término “inmediatamente”, usado por el legislador, y si bien reconoce que es inequívoca, alude a las dificultades de orden práctico que pueden plantearse, más aún, “cuando se trata de querer reducirlo a una precisión cronométrica”. El mismo autor propone la sustitución del término, por uno más elástico, que podría ser para el caso, “próximamente” o “recientemente”. Descártase por consiguiente el tiempo considerable entre la provocación o amenaza y el delito, puesto que lo que se quiere es la proximidad.

Según la jurisprudencia española “provocar es excitar, iniciar a uno o que ejecute una cosa” o bien equivale a “irritar o estimular a alguien con palabras o actos para que se enoje”.

Por otra parte, tanto la amenaza como la provocación deben ser proporcionales al delito, debiendo interpretarse así, aunque el sentido gramatical de la ley sea diferente.

Sobre esta atenuante es preciso señalar sus más importantes cuestiones, entre ellas su campo de aplicación en relación a los delitos, sus incompatibilidades y la extensión de las palabras provocación y amenaza

En el Código francés, una atenuante similar a la nuestra, limita su aplicación a casos de homicidio y lesiones, y alguna jurisprudencia española le fija iguales restricciones. Mas si bien se mira, tal atenuante cabe en toda clase de delitos, de tal suerte que su aplicación debe hacerse en forma amplia

Ahora bien, no son compatibles las atenuantes de los Nos 3, 4 y 5 del Art 9 Pn, entre sí, pues la aplicación de una, excluye a las otras

Respecto a la interpretación del término "provocación", el mismo Quintano Ripollés se pregunta si es lícita una amplitud, para comprender lo que el viejo Código Austriaco considera como "incitación a delinquir"

Claro está que dándole una interpretación amplia al término, podría aplicarse la atenuante en aquellos casos en que se incita a una persona a la comisión de delitos, como cuando la mujer propone el ayuntamiento carnal a un hombre y luego se niega a ello, o bien cuando se deja adrede una suma de dinero a la vista de alguien que, acosado por las necesidades económicas, no resiste la tentación de quedarse con el dinero

La amenaza, que debe ser adecuada o proporcionada al delito, está tipificada también como delito en el Art 449

JURISPRUDENCIA

"I No existe legítima defensa en la ejecución de un homicidio, si los actos se limitaron a entrar armado de un corvo en la casa donde se hallaba el reo, diciéndole a éste: "Alístate que te mato" Estas palabras dichas momentos antes del suceso, no llegan a constituir la agresión ilegítima que exige la ley, equivalentes a embestir, atacar o acometer, es decir ejecutar con el arma actos que directamente tiendan a dañar al contrario poniendo en peligro su existencia II Pero los actos ejecutados por el ofendido, en el caso anterior constituyen a favor del reo, la atenuante de amenaza proporcionada al delito, prevista en el N° 3 del Art 9 Pn" (Revista Judicial, Tomo XXXV, 23 abril 1930, página 121)

I El reto que hace una persona a otra, diciéndole "ya le pegaste a mi chuchó hoy me vas a pegar a mi, hijo de puta", siguiéndose riña entre ellas, de la cual resultó muerta la primera, constituye la atenuante que comprende el N° 3 del Art 9 Pn II. Esa atenuante y la de haber confesado el reo con sinceridad ser el autor del delito, después de haber hecho la compensación racional de una de ellas con la agravante de arma prohibida que es de menor entidad, producen el efecto de rebajar la pena en una tercera parte" (Revista Judicial, Tomo XXXV, 4 julio 1930, págs. 252-253)

"I Cuando de autos aparece y así es reconocido por el Jurado que el ofendido antes de ser lesionado disparó un balazo con un revólver que portaba

el indiciado, concurren en el hecho la circunstancia atenuante 3ª del Art 9 Pn II Si después del disparo es desarmado el ofendido, quien emprende huida, y en ésta, por la espalda recibe el disparo que le cortó la vida, no puede conceptuarse por este motivo, que hay alevosía, puesto que ya había provocado el hecho con el disparo” (Revista Judicial, Tomo XXXV, 28 de junio 1930, página 268)

“No existe, en un delito de homicidio, la atenuante de provocación o amenaza inmediata precedente al hecho por parte del ofendido, si tal provocación o amenaza se hace consistir en que éste dijo: que “ya iba a haber un tiro”; y oyendo esto el reo preguntó al ofendido que “con quién era eso”, contestando éste que “con él” (Revista Judicial, Tomo XXXVII, 8 marzo 1932, página 228)

“Las palabras “vaya Ud a la mierda, usted me la trae por los huevos” dichas por un ofendido al reo momentos antes del hecho, en contestación a las palabras que el segundo dijo al primero, de que no podía llevar a moler (en una finca) a su mujer enferma, no constituyen la atenuante comprendida en el N° 3 del Art 9 Pn porque tales palabras no revisten la gravedad proporcionada y necesaria, sea que se las considere como amenazas o como provocación para incitar a cometer el delito, por ser de uso frecuente entre gentes del campo y haberlas dicho el ofendido en estado de ebriedad” (Revista Judicial, Tomo XXXIX, 30 enero 1934, página 195)

“No existe la atenuante de provocación comprendida en el N° 3 del Art 9 Pn, si el acto de arrojar el ofendido una pedrada al reo, en lo que se hace consistió dicha atenuante, fue sólo un incidente de la riña que ya tenían trabada aquéllos” (Revista Judicial, Tomo XLII, septiembre 6 1937, página 724)

“I Si un individuo, amado de un corvo, llega a casa de otro, a quien cita a pelear, por lo que éste toma una escopeta y dispara contra él causándole lesiones y derribándolo al suelo después, en esta situación, continúa el reo ejecutándole más lesiones con un corvo que portaba, momentos en que otro individuo causa también al ofendido otras lesiones, produciéndole ambos reos la muerte, se comete un delito de homicidio simple, existiendo a favor del primero la atenuante de provocación inmediata de parte del ofendido, y contra ambos la agravante de arma prohibida II Compensando racionalmente, en el caso expuesto, la atenuante de provocación con la agravante de arma prohibida, procede aumentar al reo la pena en una doceava parte (Revista Judicial, Tomo XLIV, 6 enero 1939, página 604)

“Cuando en la ejecución de un delito de homicidio, el ofendido momentos antes del hecho, se introdujo al patio de la casa de habitación del reo, amado de un machete, con el propósito de acometerlo, por lo que el procesado lesionó mortalmente con su arma al intruso, concurre en favor del reo la atenuante de haber precedido de parte del ofendido provocación y amenaza, proporcionadas al delito cometido” (Revista Judicial, Tomo XLVI, 4 noviembre 1941, página 579)

“Si una persona ataca a otra mesándole los cabellos, de donde se sigue riña entre ambos, resultando muerta la primera, concurre en el homicidio

perpetrado, a favor del reo, la atenuante de provocación inmediata de parte del ofendido, proporcionada al delito cometido” (Revista Judicial, Tomo XLVI, 9 septiembre 1939, página 677)

“Las expresiones que uno de los reos dijo al otro, momentos antes del hecho, así ¿Usted es Esteban López?” “¿Usted ha andado demandándome?” “¿Entendió mis palabras?”, siguiéndose a continuación riña entre ambos reos, no constituye la atenuante de provocación proporcional al delito, sino que, por su poca intensidad, sólo merecen apreciarse como un reto aceptado. (Revista Judicial, Tomo XL, 12 septiembre 1935, pág 458)

4ª La de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor del delito, su cónyuge, sus descendientes, ascendientes, hermanos legítimos o naturales o afines en los mismos grados **Vindicación de una ofensa**

La proximidad será graduada por el Juez, atendida la mayor o menor gravedad de la ofensa, el carácter, posición y demás circunstancias de las personas entre quienes media ésta **Graduación de la ofensa**

NOTAS

Los requisitos para tomar en consideración esta atenuante, son

- 1) Que la ofensa sea anterior al delito,
- 2) Que sea grave;
- 3) Que sea próxima no inmediata;
- 4) Que la ofensa se haga al autor del hecho o a alguna de las personas determinadas expresamente por la ley

Si en la atenuante anterior, el acto ejecutado por el hechor es preventivo contra una provocación o amenaza proporcionadas, en esta atenuante el hecho ejecutado por el agente es vindicativo, es decir contra un riesgo que pasó ya, pero que consumó ofensa. Puede expresarse, que por esta atenuante se toma en cuenta, para dotarla de ordenación jurídica, ese instinto muy propio del hombre de realizar la vindicta privada

La ley emplea el término “vindicación”, para descartar el de “venganza”, por estimarle más apropiado y retórico, aunque en el fondo, no es sino un reconocimiento a la actividad humana que venga ofensa grave anterior e inmediata al delito

Desde luego, la ofensa debe reunir las siguientes características:

- 1) Grave, es decir, que esté en relación a la actitud humana de reacción contra dicha ofensa, y

- 2) Que la reacción sea próxima a la ofensa, vale decir, inmediata, cercana, aunque en esta atenuante el uso del término "próximo", es más acertado que el de "inmediata", usado en el numeral anterior

Esta atenuante presenta un aspecto de interés, al considerar que no aceptándose por varios penalistas la legítima defensa del honor, el agente si bien no está exento de responsabilidad penal, goza, por lo menos, de tal atenuante. Empero, si se descarta que la ofensa pueda constituir una agresión al honor, la legítima defensa podría perfilarse, cuando la ofensa hecha por el ofendido va acompañada de agresión ilegítima, es decir, de acometimiento que haga peligrar la vida, integridad física, honra, libertad o seguridad del agente, dándose la necesidad racional del medio empleado

Criticase en esta atenuante, por la forma como está redactada la ley, su exagerado casuismo, al enumerar en forma taxativa el número de las personas que, al ser ofendidas gravemente, generan la actuación del agente, reprochándole Quintano Ripollés, "por lo que tiene de sabor atávico de venganza de tribu"

Y, ciertamente, ese casuismo impide, atenuar la conducta de aquellos que con impulsos altruistas en favor de personas no enumeradas por la ley, reparan una ofensa causada a éstas, por medio "sentimiento caballeresco"

Sobre el significado de ofensa grave, ateniéndonos a la jurisprudencia, y de la forma como se hace, sacamos las conclusiones que siguen 1) Por ofensa debe entenderse no sólo delitos contra el honor, como injuria, calumnia o difamación, sino toda clase de delitos, 2) La ofensa debe ser grave y próxima al delito, 3) La ofensa debe provenir del ofendido y no de otra persona, 4) No cabe la atenuante cuando las ofensas son recíprocas; 5) El Juez graduará la proximidad atendiendo la gravedad de la ofensa, carácter, posición social y otras circunstancias de hecho y víctima

JURISPRUDENCIA

"No constituye agresión ilegítima, como elemento de legítima defensa, el hecho de que el ofendido en el delito de homicidio, momentos antes de cometido éste, ejecuta al reo una bofetada botándolo al suelo y allí le da una patada. Esta circunstancia constituye la atenuante de vindicación próxima de una ofensa grave" (Revista Judicial, Tomo XLI, 7 de septiembre 1936, páginas 417-418)

"Concurre en favor de un reo, procesado por delito de homicidio, la atenuante de vindicación próxima de una ofensa grave, si el ofendido momentos antes del hecho, lesionó con un machete a dicho reo. Por esa atenuante procede rebajar a éste la pena en una cuarta parte, previa compensación de la atenuante de buena conducta con la agravante de arma prohibida" (Revista Judicial, Tomo XLIV, 11 marzo 1939, pág. 61)

"En otro delito de homicidio, si el ofendido momentos antes del hecho atacó al reo, dando esto motivo a que éste ultimara a aquél, concurre en favor

de dicho reo la atenuante de vindicación próxima de una ofensa grave, si no concurre agresión como circunstancia de legítima defensa” (Revista Judicial, Tomo XLIV, 9 septiembre 1939, pág 677)

“Concurre en un delito de lesiones graves la atenuante de vindicación próxima de una ofensa grave, si el ofendido, momentos antes del delito, causó una pedrada en la frente al reo; debiendo rebajarse la pena legal señalada al delito, por esa atenuante, en una cuarta parte” (Revista Judicial, Tomo L, 27 de enero 1945, página 265)

5ª La de obrar por estímulos tan poderosos **Arrebato u obcecación.** que naturalmente hayan producido arrebato u obcecación

NOTAS

Con esta circunstancia se trata de reconocer un estado pasional atenuario, sobre todo si, como Quintano Ripollés dice, “el albedrío sufre menoscabo respondiendo a sugerencias extralimitadas que, como las pasiones, o mejor dicho, ciertas pasiones, ejercen cierta coacción en el ánimo”

Pufendorf y Camignani hicieron una clasificación de pasiones, distinguiéndolas entre “pasiones razonantes” y “pasiones ciegas” según se inspiren en el primer caso en el deseo de un bien, como el amor, ambición, celos, avaricia o, en el segundo caso, por temor o cólera ante un mal, como el terror o la ira

Carrara tomó tal clasificación para sustentar su tesis sobre la pasión, fundamentándola en consideraciones psicológicas, aceptando que las pasiones denominadas ciegas, dejan un mínimo de reflexión a la inteligencia, por lo que merecen atenuación para el agente, en tanto que las pasiones razonantes, dajando campo amplio a la reflexión del agente, no justifican su conducta, ni ameritan su atenuación

La escuela positivista cambió totalmente la tesis de Carrara, pues se atuvo a los motivos antisociales y peligrosos del sujeto activo, para desconocer y negar en estos casos la atenuación y, al mismo tiempo, sancionarles más drásticamente; en cambio, la misma escuela, tomó en cuenta los motivos sociales y altruistas del sujeto, para no sólo atenuar sino eximir de responsabilidad al agente. Por ello, acéptase la fórmula empleada por el Código Penal español, de donde se ha tomado el articulado del nuestro

En nuestro Código de 1826, se hacía en el numeral 2 del Art 112 una enumeración de algunas circunstancias pasionales: “La indigencia, el amor, la amistad, la gratitud, la ligereza, o el arrebato de una pasión, que haya influido en el delito” Aún cuando se refleja claramente el exagerado casuismo de tal atenuante, da cabal idea el numeral de la intención del legislador al tomar en consideración el estado pasional del hechor para atenuar su conducta.

Por arrebato debe entenderse “el estado producido por la vehemencia de una pasión” y por obcecación “la consecuencia de un estado latente que pro-

duce una ofuscación” Según la jurisprudencia española, “el arrebató y la obcecación consisten en una ofuscación rápida y momentánea que afecta hondamente el estado normal de la inteligencia” o como “un estado de inimputabilidad disminuido producido por móviles poderosos capaces de producir arrebató u obcecación de un modo natural”

La misma Jurisprudencia española señala los requisitos de esta atenuante

- 1) El agravio que genera el estímulo ha de ser reciente e inmediato,
- 2) Los estímulos han de tener una causa lícita, justa, legítima,
- 3) No debe fundamentarse la atenuante en una simple contrariedad o molestia, sino en motivos graves susceptibles de excitar las pasiones del agente
- 4) Los estímulos deben ser provocados por la víctima y no por un tercero;
- 5) La expresión “naturalmente” empleada por la ley, se refiere a los motivos realmente fundados, pues sólo éstos pueden normalmente producir el arrebató o la obcecación, y, por otra parte, ser en tal forma que en la mayoría de las personas pueden generar tales circunstancias;
- 6) No se deben tomar en cuenta para la atenuante, los motivos de odio, venganza, despecho, rencor, ira

No se acepta la atenuante, en la misma jurisprudencia española, en delitos de infanticidio, porque el móvil de “ocultar la deshonra” de la madre o abuelos maternos, es lo que individualiza dicho delito, integrándole como elemento, y asimismo, en el estupro y delitos cometidos con abuso de la libertad de imprenta (injuria, calumnia, difamación, desacato)

No es compatible la atenuante con la premeditación, exceso de defensa, u otra de las atenuantes análogas (numerales 3 y 4)

JURISPRUDENCIA

“I En un delito de homicidio, existe la atenuante de haber obrado el reo en la ejecución del hecho por estímulos tan poderosos que naturalmente produjeron en él arrebató y obcecación, cuando dicho reo, momentos antes del suceso, se hallaba durmiendo en la cuadra de un cuartel, y alguien lo despierta diciéndole que habían matado a un hermano suyo, por lo que se levanta sobresaltado, sale precipitadamente de la cuadra y al ver en el patio del cuartel al supuesto ofensor de su hermano, le dispara con su revólver varios tiros por la espalda, en momentos que lo llevaba del brazo, y le causa las lesiones que le fueron reconocidas

“II. La atenuante expresada es, en todo caso, incompatible con las agravantes de alevosía y abuso de superioridad. Donde existe aquella desaparecen éstas, por faltarles sus esenciales elementos” (Revista Judicial, Tomo XXXV, 30 abril 1930, página 123)

“I. Si un padre ve a su hijo natural que riñe con otro y, viéndole en peligro acude armado de un corvo, ataca al que riñe con su expresado hijo y lo mata, concurre en favor del reo la atenuante de haber obrado por estímulos tan poderosos que naturalmente le produjeron arrebató y obcecación”

“II. La expresada atenuante y de la confesión sincera del reo, no contradicha, compensada en parte con la agravante de haberse ejecutado el delito con arma prohibida, producen el efecto de disminuir la pena en una sexta parte” (Revista Judicial, Tomo L, 28 julio 1945, página 304)

6ª El haber hecho servicios importantes al **Servicios importantes.**
Estado

NOTAS

Esta atenuante aparece desde nuestro primer Código Penal de 1826, redactada así: “Art 112 N° 4 El ser primero delito y haber sido constantemente buena la conducta anterior del delincuente, o haber hecho éste servicios importantes al Estado y Federación”

Más adelante, la atenuante de servicios importantes al Estado fue individualizada, apareciendo así en el Código Penal de 1881, como N° 7 del Art 10.

Quintana Ripollés, en una interesante obra en que habla de la influencia de la legislación española sobre la latinoamericana, indica que esta atenuante es muy propia de El Salvador y que ha sido hasta hace poco, que aparece en otras legislaciones

El objetivo de la atenuante es reconocer los servicios que a la colectividad jurídica organizada puede prestar una persona. Signifícase con esto, que tales servicios deben ser no comunes, es decir, excepcionales, relevantes.

Como consecuencia de lo anterior, no sólo los servicios públicos pueden gozar de la atenuante, sino toda persona, sea funcionario público o no, pero exigiéndose que sus servicios sean importantes, distinguidos

Así, podría favorecer la atenuante al médico, maestro, investigador o profesional cualquiera, que con abnegación y sacrificio prestara servicios relevantes a la sociedad

El doctor Castro Ramírez alude a una sentencia de 1907, publicada en la Revista Judicial de ese año, en donde se precisa que los servicios, para ser tomados en consideración como atenuante, “han de haber sido importantes, verdaderos actos meritorios, en grado tal y hasta cierto punto distinguidos, que hagan digno a su ejecutor, de que se rebaje la penalidad merecida por algún crimen”, y más adelante, “hablando en otra forma, puede decirse que en este caso la especial gratitud de la nación, invoca la clemencia y ésta rebaja el rigor o rectitud de la ley, en obsequio de los benefactores de la patria”

El doctor Enrique Córdova menciona otra jurisprudencia salvadoreña, de la que puede sacarse en conclusión que no favorece la atenuante por el sólo

hecho de prestar servicios al Estado, sino se exige la importancia de los servicios Sentencia es de la 3ª Instancia, de 29 de febrero de 1924 y dice “Los servicios ordinarios prestados en el ramo de telégrafos como empleado, no deben tomarse como circunstancias atenuantes, porque no tienen la importancia especial que la ley requiere para tomarlos en consideración Los servicios al Estado están sujetos a la apreciación del Tribunal por la importancia y excepcionalidad que los caracteriza”

Ese mismo criterio ha sido confirmado en fallos posteriores

JURISPRUDENCIA

“El solo hecho de haber desempeñado el reo un cargo o empleo público no basta para caracterizar la atenuante a que se refiere el N° 6º del Art 9 Pn, menos si aparece que en cierta ocasión se le dio de baja en la Dirección de Policía por faltas cometidas en el servicio” (Revista Judicial, Tomo XXXIX 17 octubre 1934, pág 300)

7ª Presentarse voluntariamente a las autoridades después del delito o confesarlo con sinceridad en el juicio **Presentación voluntaria o confesión sincera**

NOTAS

El origen de esta atenuante lo encontramos en nuestro primer Código Penal de 1826, en la siguiente forma: “Art 112 N° 6 El presentarse voluntariamente a las autoridades después del delito, o confesarlo con sinceridad en el juicio, no estando convencido el reo por otras pruebas”

En el Código Penal de 1881, ya aparece en igual forma a la actual Y si la ley reconoce los estados de pasión que son producto del sentimiento humano, para atenuar la conducta del agente, asimismo reconoce un sentimiento, también humano, que es el arrepentimiento, cuya importancia, fuera de los aspectos éticos y religiosos, se reconoce en el campo jurídico

La atenuante presenta dos situaciones diferentes que pueden operar en favor del reo a) presentación voluntaria a las autoridades después del delito, v b) confesarlo con sinceridad en el juicio

PRESENTACION VOLUNTARIA

El hechor puede presentarse ante cualquier autoridad, sea judicial o administrativa, debiendo ser tal presentación espontánea, para operar como atenuante No es necesario que la autoridad sea competente, pues en caso contrario, puede remitir ésta al reo, a la autoridad competente y siempre ser tomada en consideración la atenuante

El único reparo que hace Sánchez Tejerina a esta circunstancia, es que no debe ser tomada en favor del reo cuando tanto el delito como el delincuente, son conocidos, por haber sido cometido el primero en forma pública, ante un

número considerable de personas y en circunstancias tales, que se sabe por quién fue perpetrado el hecho

También se objeta de la presentación, que se haga únicamente para ganar atenuación, no siendo por lo tanto sincera

Fundamentase la atenuante, además, en que la comparencia del reo, ante la autoridad, da oportunidad de que responda personalmente, con nobles propósitos de arrepentimiento, ante la Administración de Justicia, sin rebeldía alguna para con ésta

Toda autoridad sea judicial o no, está en la obligación de hacer constar esa presentación voluntaria del reo, por medio de comunicación al Juez o de resolución de éste

La presentación, para operar, debe hacerse después del delito, pero antes de que la sentencia quede ejecutoriada. Es decir que puede presentarse el reo, tanto en Primera como en Segunda Instancia, pero antes de que la Cámara pronuncie su fallo que haga consideraciones sobre tal presentación

El Código Penal español no contempla esta atenuante

CONFESION SINCERA

Otra forma de arrepentimiento es la de confesar el reo, su delito en forma sincera, esto es, ajustándose completamente a la realidad de los hechos. En su obra "La confesión en materia penal" el Dr. José María Méndez, dice que confesión "Es la declaración verbal o escrita, judicial o extrajudicial, hecha por una de las partes del juicio en la que reconoce como ciertos, hechos suyos que le perjudican jurídicamente y favorecen a la parte contraria respecto del asunto discutido en el proceso"

Puede objetarse tal definición por su demasiada amplitud explicable en el campo civil, razón por la que ensayamos una definición de confesión en materia penal "Declaración verbal o escrita, judicial o extrajudicial, simple o calificada, en la que un reo acepta y reconoce su participación en el delito"

Más sencillamente Rafael de Pina expresa que confesión "es el reconocimiento por el reo de su propia culpabilidad" y Florián dice "el interrogatorio del inculcado adopta una fisonomía especial en la confesión, que es la declaración más fuerte y decisiva en orden a la prueba y aún diremos la más sugestiva"

Respecto a la opinión de Florián, podemos aceptar que la confesión sea sugestiva, puesto que el reo, arrepentido, detalla con amplitud y sinceridad sus actos en relación al delito, pero no es cierto que la confesión sea la más fuerte y decisiva, puesto que hay otras pruebas, la científica por ejemplo, que es más digna de credibilidad y eficacia, superándose aquella época pretérita en que la confesión era estimada como "la reina de las pruebas"

Mittermaier señala las condiciones de la confesión en cuanto a su contenido

- 1º Verosimilitud;
- 2º Credibilidad,
- 3º Precisión;
- 4º Persistencia y uniformidad,
- 5º El acuerdo que debe presentarse con el resto de las pruebas

En cuanto a su forma, según el mismo autor, la confesión debe llenar las condiciones que siguen:

- 1º) Que sea hecha en juicio;
- 2º) Ante el Juez instructor competente,
- 3º) Que sea circunstanciada y se extienda acta formal de ella después de ser articulada;
- 4º) Que sea producto de la libre voluntad del reo

El Código de Instrucción Criminal, fija en su Art 404, condiciones de fondo y de forma para la prueba confesional: "La confesión espontánea, clara y terminante hecha personalmente por un reo de quince años de edad o más, de haber cometido el delito o falta, forma plena prueba contra él, si reúne los requisitos siguientes

- 1º) Que la haya rendido ante el Juez competente y en el juicio respectivo;
- 2º) Que el confesante esté en pleno uso de su razón,
- 3º) Que verse sobre hechos posibles y verosímiles atendiendo las circunstancias y condiciones personales del reo

La confesión de un reo menor de quince años de edad, pero mayor de diez años, forma plena prueba contra él, siempre que, además de los requisitos anteriores, el Juez se cerciore y así lo haga constar en autos, de que el menor se da cuenta de lo delictuoso del acto. En materia criminal la confesión del procesado debe aceptarse tanto en lo favorable como en lo desfavorable cuando en los autos no existe prueba preferente; en tal caso la confesión es indivisible"

Otros artículos del mismo Código de Instrucción Criminal, se refieren a la modificación que el reo puede hacer de su confesión (Art 406) y a la confesión extrajudicial (Art 415), formando esta última, cuando está corroborada por dos testigos, solamente una semi-plena prueba

CLASE DE CONFESION

La confesión puede hacerse en las formas siguientes:

- a) Judicial y extrajudicial;
- b) verbal y escrita;
- c) simple y calificada

La confesión judicial es aquella que se hace ante el juez competente y debe llenar los requisitos señalados por la ley (Art 404 I) La extrajudicial, en cambio, se hace ante cualquier autoridad —excepto las judiciales— o ante dos testigos, pudiendo hacerse el reconocimiento en forma verbal o escrita. Propiamente es la confesión extrajudicial verbal, comprobada con dos testigos, la que la ley toma en consideración como semi-plena prueba, pues la confesión extrajudicial escrita, aun establecida con dos testigos que también firman al pie de la declaración, es verdadera prueba documental que dependen de la fuerza probatoria del instrumento que la contiene. Esta tesis está expuesta, con acierto, por el doctor José María Méndez, en su obra mencionada.

La confesión judicial si bien la hace el reo verbalmente, el juez levanta acta inmediatamente después para que conste por escrito.

La confesión puede hacerse también en forma simple o bien calificada. Simple, cuando el reo declara llanamente, sin alegar circunstancia alguna en su favor, y calificada, cuando al mismo tiempo que el reo reconoce y admite su participación en el delito, hace alegación en su favor de circunstancias atenuantes o eximentes. Para Mittermaier, “La confesión calificada es aquella que no comprende el crimen en toda su extensión, o no señala ciertos caracteres del hecho incriminado, o también que encierra ciertas restricciones que impiden sus efectos en lo concerniente a la aplicación de la pena y tiene por objeto provocar una menos rigurosa”.

Franco Sodi en su obra “El procedimiento penal mexicano”, dice “La confesión calificada es, pues, una confesión con modalidades que pueden referirse al mismo delito o a la responsabilidad”.

La confesión es indivisible, esto es, que al hacerla el reo, debe tomarse en toda su amplitud y contenido, tanto en lo que aprovecha, como en lo que perjudica a su autor, como en casos de atenuantes o agravantes.

Sobre el fundamento de la atenuante, el doctor Enrique Córdova estima que es el arrepentimiento la base de la atenuación, pero el doctor Méndez, ya citado, invoca razones de política criminal, indicando que tal circunstancia “tiene por fundamento el servicio que a la sociedad presta el que confiesa y es una recompensa a tal servicio”.

Se presenta el siguiente problema sobre la confesión: ¿Puede ser tomada en cuenta como atenuante cuando ha sido rendida después de que el Jurado pronunció fallo condenatorio?

Aquí, no vemos razones de arrepentimiento ni de política criminal, sino una manera de lograr el reo, su atenuación, llenando un requisito legal. La jurisprudencia ha confirmado que sí debe tomarse en cuenta la atenuante en estos casos, aunque moralmente advertimos que la sinceridad falta en el reo.

Para que la confesión opere, debe "ser sincera". Este término debe tomarse en el sentido de concordar la confesión con las demás pruebas, puesto que la sinceridad del reo faltaría, al aparecer en el proceso otras pruebas que contradicen tal confesión en sus hechos esenciales. Sobre este requisito, el doctor Méndez cita jurisprudencia salvadoreña que alude a la atenuación. La Cámara de 3ª Instancia en sentencia publicada en la Revista Judicial de 1929 (pág. 73) resolvió "No hay sinceridad en la confesión de un reo procesado por homicidio, si trata de eludir su responsabilidad criminal, diciendo que procedió en legítima defensa de otras personas y consta lo contrario en las pruebas de autos y en el veredicto del Jurado".

De tal sentencia se desprende que la sinceridad de la confesión radica, en la concordancia de dicha prueba con la realidad de los hechos, demostrada con otras pruebas, especialmente la testimonial.

La confesión, tomando como base la ley, da lugar a dos casos de atenuación: 1) Si en el proceso aparecen, fuera de dicha confesión, otras pruebas en contra del reo, acoplándose en todos los hechos esenciales, se aplica esta atenuante contenida en el N° 7 del Art. 9 Pn; y 2) Si sólo aparece en el juicio la confesión del reo, hecha en forma clara, espontánea y terminante, se aplica en favor del reo la disminuyente del Art. 58 Inciso 5.

Podemos señalar las diferencias entre esas dos situaciones:

- a) En la atenuante, fuera de la confesión, hay otras pruebas en contra del reo, en la disminuyente, por el contrario, la única prueba que aparece en el juicio contra el reo, es su propia confesión.
- b) La atenuante exige que la confesión sea sincera, la disminuyente en cambio, exige que la confesión sea espontánea, clara y terminante;
- c) La atenuante rebaja, según la jurisprudencia, la cuarta parte de la pena; en cambio, la disminuyente, según la disposición legal que la regula disminuye la pena en una tercera parte, aumentada o rebajada, según las circunstancias, y si la pena es de muerte, se aplica al reo una pena corporal de treinta años de presidio.

Establecidas las diferencias entre la aplicación de los Arts. 9 Pn N° 7 y 58 Pn Inc. 5, cabe dilucidar si la confesión que opera como atenuante o disminuyente es la confesión judicial o la extrajudicial.

Según nuestra opinión, debe tomarse como atenuante, cuando la confesión es judicial, sin embargo es bueno hacer consideraciones sobre las interpretaciones dadas en la jurisprudencia del país.

El doctor Castro Ramírez comenta, que estando de magistrados de 3ª Instancia, los doctores Antonio Rafael Méndez y Félix Antonio Gómez, ambos de reconocido prestigio como juristas, al elaborar los fallos dividieron la jurisprudencia, pues siendo el doctor Méndez partidario de que la atenuante o la disminuyente sólo deberían operar al tratarse de confesión judicial, así lo resolvía la Cámara cuando prevalecía su opinión; por lo contrario, al prevalecer la opinión del doctor Gómez, que sí era partidario de tomar en cuenta la confesión extrajudicial como atenuante o disminuyente, así se resolvía en la Cámara

Posteriormente a que ambos dejaron de formar parte de la Corte Suprema, el criterio sustentado es de tomar sólo la confesión judicial para atenuar o rebajar la pena

Antes de la reforma del Código Penal y de Instrucción Criminal de 1957, si había en el juicio prueba confesional o instrumental en contra del reo, el Juez tenía que condenar al reo pese a que el Jurado diera veredicto absolutorio, lo cual era un contrasentido y se reformó tal regulación, en vista de las críticas a la disposición legal (Art 265 I Inciso 2º) que decía “También se tendrán por no hechas las declaraciones del Jurado que contraríen lo que conste probado en el proceso por instrumento público o auténtico, inspección o confesión de parte, salvo que existiere también en los autos prueba en contrario”

La confesión, según la jurisprudencia, deja de ser sincera al modificarla el reo. En efecto, según fallo de la Cámara de 3ª Instancia, publicado en la Revista Judicial de 1928 “No hay sinceridad en la confesión de los reos, si éstos con posterioridad la han modificado sustancialmente, no estando conforme esta modificación con la prueba del proceso ni con el veredicto del Jurado”

JURISPRUDENCIA

“La presentación voluntaria del reo ante la autoridad, después de haber cometido el delito, es una atenuante que hace disminuir la pena en una cuarta parte” (Revista Judicial, Tomo XXXVII, 19 de agosto de 1932, Pág 538)

“La pena legal por un delito de homicidio debe rebajarse en una cuarta parte si concurren la atenuante de haberse presentado el reo voluntariamente al juez de la causa después de cometido el delito, haciéndose previamente la compensación de su buena conducta anterior con la agravante de arma prohibida” (Revista Judicial, Tomo XXXV, 24 de noviembre de 1930, página 372)

“Concurren las atenuantes de presentación voluntaria y confesión sincera del reo, aunque una y otra se hayan verificado en segunda o tercera instancia, pues la exigencia de la ley se cumple si la presentación se hace después del delito y la confesión se produce en el juicio, en cualquiera instancia. Por ambas atenuantes procede disminuir la pena por el homicidio come-

tido, en una tercera parte". (Revista Judicial, Tomo XXXVIII, 14 de junio de 1933, página 226).

"La presentación voluntaria de un reo ante la autoridad, después de cometido un delito, constituye una atenuante que hace disminuir la pena en una cuarta parte, aunque aquella presentación se verifique estando el proceso en segunda o tercera instancia" (Revista Judicial, Tomo XXXVIII, 12 de agosto de 1933, página 248)

"La confesión judicial, como única prueba contra un reo, hace disminuir la pena en una tercera parte; y la atenuante de presentación voluntaria del reo a la autoridad después del delito, que produce el efecto de disminuir la pena en una cuarta parte, compensada racionalmente con la agravante de arma prohibida, hace bajar dicha pena, por su mayor entidad, sólo en una doceava parte" (Revista Judicial, Tomo XXXVIII, 14 de agosto de 1933, página 250)

"En un proceso seguido contra dos personas por lesiones mutuas, no cabe apreciar en favor de ellas, al pronunciarse la sentencia condenatoria, la atenuante de presentación voluntaria a la autoridad, si sólo consta en la causa que el juez dijo en su auto "que el informativo se instruyó por haberse presentado dos hombres lesionados", sin expresarse que lo hacían en carácter de reos" (Revista Judicial, Tomo XI, 12 de septiembre de 1935, página 458)

"Cuando concurren en la comisión de un delito las circunstancias agravantes de arma prohibida y atenuante de presentación voluntaria del reo a la autoridad, procede la compensación parcial de dichas circunstancias, estimandole de mayor entidad la atenuante, por la que debe disminuirse la pena que corresponde al delito en una doceava parte de ella (Revista Judicial, Tomo XL, 25 de noviembre de 1935, página 476)

"Si en el delito de homicidio calificado de que se ha hecho mérito existe en favor del reo la atenuante de su presentación voluntaria a la autoridad después del delito, procede rebajar en una cuarta parte la pena que la ley fija a la infracción atendiendo a la entidad de dicha atenuante" (Revista Judicial, Tomo XI, 18 de diciembre de 1935, página 485)

"La presentación voluntaria del reo a la autoridad después de cometer el delito que se le imputa, constituye una atenuante que hace disminuir la pena en una cuarta parte" (Revista Judicial, Tomo XLI, 25 marzo 1936, página 183)

"Las agravantes mencionadas (el fallo se refiere a la agravante de ser mujer la ofendida y de haberse empleado machete o corvo en su contra cuando se hallaba inerme) pueden compensarse a la par con las atenuantes de confesión sincera del reo y presentación voluntaria de éste a la autoridad después de cometido el delito, por ser unas y otras de la misma entidad" (Revista Judicial, Tomo XLI, 13 noviembre 1936, página 441)

“I—Aunque un reo confiese que sólo se robó los objetos que le fueron decomisados, pero se ha establecido con las pruebas del cuerpo del delito y el veredicto del Jurado, que el robo asciende a mayor valor que el de aquellos objetos, debe tomarse en base de penalidad el total de todo lo robado (Revista Judicial, Tomo XXXV, 12 febrero 1930, página 112)

“I—Debe estimarse que no existe en una causa por homicidio, más prueba contra el reo que su confesión clara, espontánea y terminante, si las personas que han declarado como presenciales del hecho, fueron examinadas como indiciadas. (Revista Judicial, Tomo XXXV, 22 marzo 1930, página 118)

“I—No está exento de responsabilidad criminal un reo que confiesa haber dado muerte a un individuo en legítima defensa, aunque se prescinda del veredicto del Jurado para fallar, por ser contradictorio en lo esencial, si resulta de la causa, además de la confesión, el testimonio de un testigo presencial que narra la ejecución del hecho afirmando que no hubo defensa como expresa el reo. La confesión en este caso es divisible y debe aceptarse sólo en lo que le perjudica

II—Si además de lo expuesto, el reo negó después ser el autor del delito confesado y presentó testigos para justificar, sin conseguirlo, que su confesión no fue espontánea, no existe a favor del procesado la atenuante de su confesión sincera (Revista Judicial, Tomo XXXV, 28 mayo 1930, página 125 y 126)

“II—La confesión extrajudicial de un reo de haber cometido un delito de homicidio, unida a un conjunto de presunciones establecidas en la causa contra él, constituyen la prueba plena que exige la ley para condenarlo (Revista Judicial, Tomo XXXV, 5 septiembre 1930, Págs. 259 y 260)

“I—Si el veredicto del Juado absuelve a un reo del delito de parricidio, pero dicho reo ha confesado de manera clara, espontánea y terminante que él cometió el delito, debe condenársele prescindiendo de aquel veredicto

II—En el caso anterior, si el reo al confesar que él cometió el delito, agrega que el hecho fue “una desgracia”, pero no da detalle alguno del modo o forma de su realización, debe desecharse la eximente de su responsabilidad, y aceptable la confesión sólo en lo que le perjudica

IV—La confesión del reo, si el veredicto fuere absolutorio, debe mirarse como única prueba contra dicho reo, y procede por tal circunstancia disminuir la pena una tercera parte (Revista Judicial, Tomo XXXV, 14 octubre 1930, página 357)

“II—Aunque ese veredicto sea absolutorio para el reo, si éste ha confesado de modo claro, espontáneo y terminante, que él fue el autor del hecho, debe prescindirse de aquel veredicto y atenderse el Tribunal para fallar a la confesión del procesado, como única prueba del juicio

III—Por ser indivisible la confesión del reo en el caso expuesto, debe aceptarse para resolver tanto en lo que le perjudica como en lo que favorece a dicho reo; y si en esa confesión se caracteriza con precisión todas las circunstancias de legítima defensa, procede absolver al procesado declarándolo libre de la acusación fiscal (Revista Judicial, Tomo XXXV, 27 diciembre 1930, página 388).

“La falsificación de un billete de banco de emisión constituido en persona jurídica y creado con autorización del Gobierno, es un delito comprendido en el Art 200 Pn, y si el Jurado absuelve al reo de tal delito, pero está probada su delincuencia con su confesión clara, espontánea y terminante, deben tenerse por no hechas las declaraciones de aquel tribunal en su veredicto, y condenar al reo basándose en su confesión, la cual por ser única prueba contra el reo, produce el efecto de disminuir la pena en una tercera parte (Revista Judicial, Tomo XXXVI, 21 agosto 1931, página 468)

“I—Cuando dos personas se lesionan recíprocamente en una riña, cuyas lesiones constituyen delito, si uno de los heridos en su indagatoria como ofendido confiesa su participación en los hechos perpetrados, pero después la niega en su declaración como indiciado, no cabe hacer diferencia entre una y otra indagatoria, por razón del concepto en que declaró el reo, para los efectos probatorios de su responsabilidad, debiendo estimarse la primera indagatoria como prueba legal contra él por confesión, porque tratándose de una riña en que ambos contendientes, salieron heridos, cada uno de ellos es ofendido e indiciado a la vez, siendo inseparables estas calidades, debiendo conceptuarse que su indagatoria fue dada en este doble concepto, aunque no se diga expresamente

II—Si cada uno de los reos, en el caso anterior, confiesa que lesionó a su adversario en legítima defensa, apoyando un testigo presencial lo dicho por uno de ellos, corresponde al Jurado decidir sobre la delincuencia de ambos reos, y si el tribunal de conciencia absuelve a los dos en su veredicto, debe respetarse su resolución y declararse libres a los reos de la acusación fiscal (Revista Judicial, Tomo XXXVI, 15 octubre 1931, Pág 477)

“I—Si un reo, procesado por los delitos de homicidio y lesiones, es absuelto por el tribunal de conciencia, debe respetarse el veredicto de este Tribunal y fundarse en él el fallo absolutorio del Juez, si la confesión del reo en su indagatoria, no reúne los requisitos necesarios de ser clara, espontánea y terminante, para que constituya plena prueba de culpabilidad o inocencia

II—Suponiendo que esa confesión reúna todos los requisitos expresados, y que fundado el Juez en ella deba absolver la causa, teniendo por no hechas las declaraciones del Jurado, procede la absolución del reo si éste confiesa que ejecutó los hechos en defensa de su padre, atacado y herido por sus contrarios (Revista Judicial, Tomo XXXVII, 27 febrero 1932, página 226)

Si en una causa seguida contra un reo por el delito de robo, el Jurado contesta negativamente en su veredicto las preguntas que se sometieron a

su resolución, relativas al cuerpo del delito y a la delincuencia del procesado, debe absolverse a dicho reo aunque éste haya confesado el delito, porque la confesión no tiene valor cuando se trata de la justificación del cuerpo del delito Arts 130 ref y 122 I (Revista Judicial, Tomo XXXVII, 7 abril 1932 página 233)

“I—La confesión de un reo de haber cometido un delito de homicidio, no pierde su carácter de sinceridad por discrepancias secundarias con las declaraciones de los testigos del proceso, sobre todo si aquella confesión está apoyada por dictamen pericial, y los testigos pudieran incurrir en responsabilidad si confirmasen en todo la confesión del reo

II—La confesión del anterior, no siendo ella única prueba de delincuencia resultante del proceso contra dicho reo, constituye una simple atenuación que sólo produce el efecto de rebajar la pena en una cuarta parte (Revista Judicial, Tomo XXVII, 18 mayo 1932, página 235).

“Si un reo confiesa de manera clara, espontánea y terminante, que él ejecutó a una persona lesiones graves y no hay más prueba en la causa de la delincuencia que dicha confesión, debe rebajársele una tercera parte de la pena legal, siendo innecesario examinar en este caso, si fue sincera o insincera la confesión (Revista Judicial, Tomo XXXVII, 24 julio 1932, página 240)

“II—La sinceridad de la confesión de un reo, como circunstancia atenuante, no se desvirtúa con la prueba testimonial del proceso, si los testigos no han presenciado en su totalidad los hechos ocurridos o si los que hubieren presenciado los refieren del mismo modo que el reo con ligeras variantes (Revista Judicial, Tomo XXXVII, 19 noviembre 1932, página 555)

“II—Reconocida la confesión del reo como disminuyente, aun cuando pudiera estimarse como sincera dicha confesión, no procede al mismo tiempo apreciarla como atenuante, porque sería antijurídico reconocerle a una misma circunstancia los efectos de doble atenuación

III—La interrogación al Jurado sobre SI EL REO CONFESO CON SINCERIDAD SU DELITO, no es legal, por prohibirla el inciso último del artículo 247 I (Revista Judicial, Tomo XXXVII, 9 agosto 1932, Pág 586)

“III—La confesión extrajudicial de un reo, aunque sea la única prueba de su delincuencia que exista en el proceso, no es base legal para disminuir la pena en una tercera parte, conforme al inciso 5º del Art 58 Pn, porque este inciso se refiere a la confesión JUDICIAL del reo, estando esta interpretación en armonía con otras disposiciones del mismo Código (Revista Judicial, Tomo XXXVIII, 8 marzo 1933, página 102-103).

“II—Si la prueba testimonial en el proceso es contradictoria y ha confesado el reo su culpabilidad, debe resolverse tomando por base sólo la confesión, la cual ha de estimarse como indivisible en este caso

III—Si de la confesión del reo resultan bien caracterizadas dos de las circunstancias de legítima defensa (agresión y falta de provocación) debe

reducirse la pena que corresponde al delito a una tercera parte, cambiándose la naturaleza de la pena conforme al Art 17, Inciso final Pn

V--No debe estimarse como única prueba, de la delincuencia de un reo, su confesión clara, espontánea y terminante, si existe además en el proceso, por lo menos, semiplena prueba suficiente para elevar la causa a plenario; y en este caso rebajar la pena en una cuarta parte por el atenuante de dicha confesión (Revista Judicial, Tomo XXXVIII, 21 mayo 1933, página 219)

“Si en la causa hay semi-plena prueba de la delincuencia del reo establecida con presunciones, y además existe la confesión clara, espontánea y terminante del procesado, debe fundarse el fallo en esta confesión aceptándola en lo que le favorece y le perjudica

La atenuante de confesión sincera, cuando ésta no es única prueba de la delincuencia del reo, produce el efecto de rebajar la pena en una cuarta parte (Revista Judicial, Tomo XXXVIII, 30 mayo 1933, página 223)

“Concurren las atenuantes de presentación voluntaria y confesión sincera del reo, aunque una y otra se hayan verificado en segunda o tercera instancia, pues la exigencia de la ley se cumple si la presentación se hace DESPUÉS DEL DELITO y la confesión se produce EN EL JUICIO, en cualquiera de las instancias. Por ambas atenuantes procede disminuir la pena por el homicidio cometido, en una tercera parte (Revista Judicial, Tomo XXXVIII, 14 julio 1933, Pág 226)

“Concorre la atenuante de confesión sincera de un delito, aunque el reo alegue que procedió en legítima defensa, sin probarlo, con tal que dicho reo no haya desvirtuado su confesión ni exista prueba plena en contrario (Revista Judicial, Tomo XXXVIII, 20 julio 1933, página 236-237)

9ª Haber procurado con celo reparar el mal **Arrepentimiento** causado por el delito o impedir sus ulteriores **Espontáneo** perniciosas consecuencias

NOTAS

Esta atenuante comprende dos situaciones diversas: a) procurar con celo reparar el mal causado por el delito y b) impedir las ulteriores perniciosas consecuencias del hecho delictivo

Ambas situaciones, no obstante, tienen su origen en un arrepentimiento espontáneo por parte del hechor, traducido por actos posteriores al delito. Advertase que se trata de un arrepentimiento activo y no pasivo, dejando claro, como lo hace constar Quintano Ripollés, que “cabe la hipocresía o la simulación” en ciertos actos del hechor, razón por la que habrá de atender más al aspecto intencional que a los hechos objetivos, para evitar los riesgos del cinismo

El Código Penal de 1826, en el N° 6 del Art 112, consideraba como atenuante: “El arrepentimiento, manifestado con sinceridad inmediatamente después de cometido el delito, procurando voluntariamente su autor impedir o remediar el daño causado por él, o socorrer o desagraviar al ofendido”

En el Código de 1881, la atenuante aparecía unida en el N° 9 Art 10, a la buena conducta anterior del procesado y al celo por la justicia

El Código Penal chileno contempla esta atenuante en el N° 7 del Art 11 así: “Si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias” Asimismo, la contempla el Código Penal uruguayo, así: “El haber procurado, por medios eficaces, la reparación del mal causado o la atenuación de sus consecuencias”

En su Código penal Anotado, el autor uruguayo Antonio Camaño Rosa, incluye como caso de atenuante la devolución de las cantidades sustraídas en los delitos contra la propiedad, debiendo tal restitución ser voluntaria También puede presentarse, en los delitos contra la vida y la integridad corporal, cuando el hechor ayuda a las víctimas del delito espontáneamente o auxilia a lesionados, dándoles la atención médica y económica necesaria

Es muy interesante el requisito puesto por el Código de 1826, al exigir que el arrepentimiento, para ser tomado como atenuante, se manifestara con sinceridad “inmediatamente después de cometido el delito” Con ello, aunque no aparezca en nuestra legislación vigente, concluimos que el arrepentimiento activo del hechor ha de ser próximo al delito y, sobre todo, que la Autoridad no conozca aún del hecho

Este último requisito es de suma importancia y el Código Penal español le adoptó en su Art 9 N° 9 “La de haber procedido el culpable antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, y por impulsos de arrepentimiento espontáneo, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las autoridades la infracción”

En consecuencia, se advierten dos elementos en esta atenuante: a) uno subjetivo, consistente en el impulso de arrepentimiento espontáneo y b) otro objetivo, que estriba en la realización de una conducta externa, traducida en actos que reparen el delito o disminuyan sus efectos

En consecuencia, el hechor debe obrar de acuerdo con su propio remordimiento, sin externas presiones Además, estimamos que ha de tomarse en favor del reo la atenuante, cuando éste tiene esa intención, demostrada desde luego, de adoptar cualquiera de las situaciones descritas por la ley, no traducéndose a la realidad, por negativa de la víctima

10ª Haber obrado por celo de la justicia **Celo de la justicia.**

NOTAS

Esta atenuante no aparece en los Códigos de 1826 y de 1881 Su origen lo encontramos en la legislación penal chilena, de donde la tomó el legislador salvadoreño

Y ocurrió que, habiéndose integrado por Decreto de 17 de enero de 1870, una comisión de juristas chilenos, para redactar nuevo Código Penal en aquel país, uno de los miembros de dicha comisión — don José Clemente Fabrés— en la sesión N^o 122, propuso un agregado en el artículo de la atenuante, en virtud del cual quedó incluido el celo por la justicia para atenuar la responsabilidad de los delincuentes

Los argumentos del jurista Fabrés quedaron consignados en el acta, que transcribe Pedro Javier Fernández en su obra “Código Penal de la República de Chile, explicado y concordado”, aparecido en 1899. El fragmento de dicha acta, correspondiente a la atenuante dice “pues en muchos casos puede un celo exagerado arrastrar a la ejecución de actos que constituyen delitos, proponiéndose no obstante, el hecho, el mejor servicio de un puesto público”

De la jurisprudencia chilena, mencionada por el mismo autor Fernández, se desprende, lo mismo que del tenor literal de las argumentaciones de Fabrés, que esta atenuante sólo puede favorecer a servidores públicos. En efecto los casos citados son: “La atenuante de celo por la justicia se aplicó a un policía que hirió de muerte al reo que conducía, no obstante que no justificó la defensa que hacía de que había sido agredido con un puñal”, y “A un inspector que ayudado por la fuerza pública perseguía a un ladrón a quien mató sin necesidad”

Pero ese criterio, bastante limitativo por cierto, cambió al parecer con otros dos fallos. El primero, pronunciado en Talca el 30 de noviembre 1916, y el segundo, pronunciado en Iquique el 11 de mayo de 1921, diciendo este último: “Obra por celo a la justicia, el que castiga a un menor, con cuya madre hace vida marital, por un hurto que cometió”

Del fallo mencionado, sobre todo, despiéndese que para invocar la atenuante no es preciso tener carácter de servidor público, pudiendo favorecer esta circunstancia a un particular inclusive, siempre que su meta sea la justicia

Robustiano Vera, otro autor chileno, en los Comentarios al Código Penal de su país, publicados en 1883, pone un ejemplo en que, según él, procede la aplicación de la atenuante: “Se comete un crimen alevoso la sociedad se alarma con ello. El Juez de la causa o sus agentes trabajan notablemente nada descubren pero hay sospechas fuertes contra un individuo que está preso. Este no confiesa su delito y el magistrado por arrancarle una confesión le azota, siendo que esto es prohibido por nuestras leyes y así obtiene el resultado que deseaba”

Con el respeto que merece esta opinión, creemos que no procede la atenuante en tal caso, pues fuera de que la atenuación de un Juez de esa naturaleza, contraría en notable forma la ponderación y cordura que debe caracterizar a los funcionarios judiciales, prestaríase a abusos

La atenuante, no obstante, según opinión del doctor Castro Ramírez, podría ser en casos de prevaricación, y nosotros la hacemos extensiva a los abusos contra particulares, especialmente en los casos del Art. 317 Pn

Para Florencio Bañados Espinoza, autor chileno, en sus Comentarios al Código Penal publicados en 1920, la redacción de la atenuante se presta a divagaciones y dudas, y su opinión sobre esta atenuante es "Si este inciso ha querido referirse a los ejecutores de la justicia que obran por celo y delinquen en razón de lo que ellos estiman un deber, que es sin duda a lo que se refiere, podríamos entonces decir que ella es una excepción favorable a los que por razón de su cargo u oficio tienen que hacer con ella"

El mismo autor pone un caso en que puede aplicarse la atenuante del celo por la justicia "El alcaide de una cárcel, con el fin de asegurar la detención de un reo considerado criminal peligroso, lo amarra de pies y manos a la reja de un calabozo, para que el centinela le tenga más a la vista, y así lo hace pasar toda la noche y de consecuencia de este exagerado procedimiento, el reo se afecta de una grave pulmonía que le produce la muerte"

Para el doctor Córdova, "obrar con celo de la justicia no es más que poner excesivo cuidado para lograrla", y aunque reconoce que quien obra con verdadero celo por la justicia debe alejarse de exageraciones, cabe admitir los casos en que el agente exagere los procedimientos y sus obligaciones, teniendo como preocupación especial que la justicia se cumpla

Sostenemos que tales extravíos pueden tomarse en cuenta para personas o funcionarios de escasa o mediana cultura o preparación, pero no para aquellas personas que enteradas plenamente y a conciencia de sus deberes, extralimiten sus atribuciones, teniendo además una preparación intelectual suficiente, pues aquí la atenuante sería de arrebató u obcecación

En todo caso, como lo expresa el mismo doctor Córdova, tal atenuante no tiene razón de existir independientemente, cuando hay otra atenuante de arrebató u obcecación a la que perfectamente podrían asimilarse las situaciones que se presenten en el celo por la justicia

11³ Cualquier otra circunstancia de igual entidad y análoga a las anteriores

	Atenuantes análogas
--	--------------------------------

NOTAS

Nuestro Código, sigue un sistema mixto, en cuanto a atenuantes, porque como puede advertirse, taxativamente enuncia al principio las circunstancias que servirán al Juez para rebajar la pena al reo, mas en su última atenuante, emplea una forma genérica a efecto de que los Tribunales estimen en favor del agente todas aquellas circunstancias que tengan semejanza e igual entidad a las que la ley describe taxativamente

Este principio general adoptado por la legislación española originalmente, ha merecido elogios por cuanto es la misma ley la que se encarga de dar al Juez la oportunidad de hacer justicia, tomando en favor del reo circunstancia dignas de producir atenuación

Nuestro Código Penal de 1826, en su Art 114 decía "Cuando alguna culpa o delito, comprendida en este Código, resultare con circunstancias que

no estén expresadas literalmente en ninguna de sus disposiciones, pero que a juicio de los Jueces una perfecta semejanza y analogía, con otras de las literalmente expresadas, podrá el Juez aplicar la pena de estas, si no tuviere motivo de duda para consultar a la Corte Suprema de Justicia, o a la legislatura, si estuviese reunida. La propia regla se observará en cuanto a las circunstancias que favorezcan al procesado”

Esta disposición fue eliminada después y en el Código Penal de 1881, ya aparece redactada como figura actualmente

En el Derecho Penal contemporáneo, acéptase que puedan existir atenuantes análogos, pero no agravantes de esta clase. Respecto a agravantes, debe ser la ley, en forma taxativa, la que se encargue de fijar tales circunstancias

Algunas legislaciones —como la de Chile— no aceptan tales atenuantes análogos, pero sí figuran en el Código Penal uruguayo y en el español

En Uruguay, se ha considerado que esta disposición que literalmente dice: “Cualquier otra circunstancia de igual carácter, o análoga a las anteriores”, ayuda o responde a la individualización judicial, pudiendo incluirse la vejez, la ceguera, alteración mental puerperal, enfermedad o incultura del reo, según algunos fallos judiciales de ese país

El Código Penal español dice “Y, últimamente, cualquiera otra circunstancia de análoga significación que las anteriores”, con lo que emplea una fórmula más acertada que la salvadoreña

Según la jurisprudencia española, son atenuantes análogas a las descritas por la ley padecimiento de ataques epilépticos, degeneración dipsómana, sensibilidad con involución mental, falta de conocimiento del reo de la significación de sus actos, estado de miseria del reo, y la fatiga

Con base en la ley se pueden colegir los requisitos que deben llenarse para poder aplicar atenuantes de esta clase: 1) La analogía se extiende sólo a las atenuantes descritas por la ley; 2) Debe establecerse la igual entidad y analogía de la atenuante alegada con las fijadas taxativamente; 3) Debe determinarse con qué atenuante de las enumeradas en el Código, tiene analogía la atenuante alegada; 4) La atenuante alegada debe relacionarse con el hecho punible y probarse plenamente

La Jurisprudencia española ha hecho declaración también sobre algunos de estos requisitos

La menor edad, la sordo-mudez, y la circunstancia de ser mujer, se consideran como atenuantes calificadas, y de ellas se trata en el capítulo de la aplicación de las penas

Atenuantes calificadas

NOTAS

La ley ha querido distinguir entre atenuantes calificadas, que son las tres circunstancias mencionadas antes, separándolas, en cuanto a ventajas para el reo, de las demás atenuantes

Todas las atenuantes calificadas, están tratadas en el Art 58 Pn que comprende las llamadas circunstancias "disminuyentes"

Art 58 Pn alude a la circunstancia de ser mujer, rebajándosele la tercera parte de la pena, aumentada o disminuida según las demás circunstancias

Al sordomudo, dice el inciso tercero del mismo Art 58, "se le considerará como mayor de quince años y menor de dieciocho para graduar la pena que debe imponérsele" Según tal disposición, los sordomudos en El Salvador, sólo gozan de una rebaja de la tercera parte de la pena, sin hacerse distinción, como en España, de los sordomudos sin instrucción

En efecto, el Código Penal de España tiene como eximente: "El sordomudo de nacimiento o desde la infancia que carezca en absoluto de instrucción. Cuando éste haya cometido un hecho que la ley sanciona como delito, será ingresado en un establecimiento de educación de anormales".

Nos parece, pues, más acertada esta fórmula española, si se considera que en el Código Civil Salvadoreño a los sordomudos que no se dan a entender por escrito, se les tiene por absolutamente incapaces (Art 1318 C), no produciendo sus actos, ni siquiera obligaciones naturales.

El Art 58 Pn se refiere también a la disminuyente en favor de los menores que, teniendo una edad entre diez años y quince, obraren con discernimiento, y los que siendo mayores de quince, no pasaren de dieciocho años. En estos casos, la ley impone la tercera y los dos tercios de la pena, respectivamente

Dijimos antes que hay que diferenciar las atenuantes calificadas, de las muy calificadas

CAPITULO IV

DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE AGRAVAN LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

NOTAS

Son circunstancias agravantes las que aumentan la responsabilidad por revelar el delincuente mayor perversidad y peligrosidad

Podemos clasificar las agravantes en la forma que sigue a) generales y especiales; b) subjetivas y objetivas

Las agravantes generales están contenidas en el Art 10 Pn. y son 21, por haber sido suprimida a virtud de la reforma de 1957, la de arma prohibida, contemplada en el numeral 21; las agravantes especiales, están contenidas en disposiciones referentes a delitos en especie Arts 377, 392-A, 445, 446 inciso 3, 471, 491, 183, 270, 318, 488, 513 Pn

Las agravantes generales se dividen en subjetivas o personales v objetivas o reales, señalándose en los numerales del Art 10, así

1) **SUBJETIVAS.**

- a) En función con la condición del reo: Nos. 1, 10, 15 y 16
- b) En función con el delito: Nos 2, 3, 6 y 22

2) **OBJETIVAS**

- a) Relativas al modo de comisión del delito: Nos 5, 7, 8, 9, 11, 12, 14, 18, 19 y 20
- b) Relativas al lugar del delito Nos. 13 (despoblado) y 17
- c) Relativas a la ocasión del delito: Nº 4
- d) Relativas al tiempo de comisión del delito: Nº 13 (nocturnidad)

Estas circunstancias se toman en cuenta para agravar la responsabilidad del reo, siempre que no formen parte como elementos del delito. Así, por ejemplo, no podría haber esesinato agravado con alevosía o premeditación, pues tales circunstancias son elementos del delito de asesinato; igualmente, la agravante del parentesco, no podría operar en el parricidio, pues ya está tomada en consideración tal circunstancia como elemento del parricidio. Una disposición expresa —el Art 53 Pn — regula tal situación

Los Art 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58 y 59 Pn, integran el capítulo que da reglas para la aplicación de las penas en consideración a las circunstancias atenuantes o agravantes.

En el Código de 1826, las agravantes estaban agrupadas en el Art 111, que contenía 9 numerales

Una última clasificación de las actuales agravantes es, de circunstancias mixtas, ésto es, que según los casos, pueden operar bien como agravantes, bien como atenuantes. El Art 10, contempla una circunstancia mixta —la del Numeral I— que se refiere al parentesco y que, según la naturaleza de los delitos, puede aumentar o rebajar la responsabilidad del agente

Art 10. Son circunstancias agravantes:

1º Ser el agraviado cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano legítimo, ilegítimo uterino, o natural, o afín en los mismos grados del ofensor, o maestro, guardador o superior de éste **Parentesco o relación espiritual.**

Esta circunstancia podrá no ser tomada en consideración por los tribunales, o ser apreciada como atenuante, según la naturaleza, los accidentes y los efectos del delito **Circunstancia mixta.**

NOTAS

La calidad de pariente, por consanguinidad o afinidad, en los grados determinados por la ley, lo mismo que la de ser la víctima maestro, guardador u superior del agente, se toma para agravar la responsabilidad de éste. Quiérese, con ello, sancionar con severidad mayor el delito cometido por quien traiciona los vínculos de sangre o de afinidad o cierta relación espiritual, o, como dice la jurisprudencia española, "el olvido de las consideraciones naturales entre quienes unidos por vínculos familiares se deben más grande estima, apoyo y protección".

Históricamente, el parentesco ha sido causa de agravación del delito y aparece desde en Las Partidas. Si algunos Códigos ochocentistas no le contemplan, es porque se le señala específicamente en el parricidio, como ocurre con nuestro Código Penal de 1926, que en el Art 628 perfilaba el homicidio agravado con la relación parental conocida por el hechor.

Esta circunstancia, por decisión del legislador, podrá operar como atenuante o agravante, según sea la naturaleza, accidentes o efectos del delito.

Según reiterada jurisprudencia española, la circunstancia mencionada es agravante en los delitos contra la vida y la integridad corporal y atenuante en los delitos contra el patrimonio, aunque respecto a esto último, quejábese Pacheco de la inclusión de esta circunstancia como atenuante, cuando la misma ley contempla una excusa absolutoria verdadera que, por razones de política criminal, favorece a los que cometen hurtos, defraudaciones o daños en bienes de parientes (Art 524 Pn)

Según la misma jurisprudencia española, esta circunstancia es atenuante en los delitos contra el honor cometidos de padre a hijo, y entre hermanos, pero también es agravante, cuando tales delitos son cometidos de descendientes a ascendientes

Insistimos en que el parentesco, para operar como agravante, debe comprobarse según los medios establecidos por la ley civil y que, por otra parte, debe ser conocido por el hechor

Se relaciona esta disposición con los Arts 396, 431, 354, 363 y 377 Pn

En algunos casos especiales, como el infanticidio, la relación parental, aunada a la intención de la madre o de los abuelos maternos, de ocultar la deshonra de la primera, y el hecho material de darse la muerte al hijo en el momento del nacimiento o dentro de tres días subsiguientes, sirve para crear la figura privilegiada que contempla el Art 363 Pn.

2ª Ejecutar el hecho con alevosía

Alevosía

Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas, empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa o especialmente a asegurarla sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido

NOTAS

Camargo Hernández define la alevosía así: "Hay alevosía cuando intencionalmente se busca o aprovecha por el culpable la indefensión de la víctima y el aseguramiento del hecho"

Para nosotros es una circunstancia puramente subjetiva. No obstante, hay algunas discrepancias así a) Cuello Calón, guiándose por el aspecto subjetivo, le reafirma así, en atención a la perversidad del reo, b) Quintano Ripollés y Antolisei, se inclinan por la objetividad, al considerar que el hecho se aprovecha de las circunstancias de tiempo, lugar o persona, y c) Alimenta siguiendo un criterio objetivo-subjetivo, acepta una mixtura de estado psíquico y de condiciones materiales

Secularmente se ha confundido la alevosía con la traición, especialmente en las Partidas, aunque en este cuerpo de leyes, se daba especialmente la denominación de "traición" al delito que lesiona la persona o la autoridad del Rey, y de "alevosía", cuando los delitos perjudicaban a particulares

Tal confusión persiste en el Código Penal español de 1848, al definirse en el Art 10: "Ejecutar el hecho con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición y sobre seguro" Esta fórmula perdura, por preferencia de los penalistas españoles, y llama la atención que Mariano Ruiz Funes, en el proyecto de Código Penal para El Salvador, la incluya a estas alturas

Según la jurisprudencia española, la alevosía "consiste en el empleo intencionado y consciente de medios, modos o formas que tiendan en el propósito del culpable a la consumación de la agresión y eludir todo riesgo personal que pudiera derivarse de la reacción defensiva del ofendido y no de un tercero"

Sobre la alevosía hay que distinguir dos formas esenciales a) la ocultación material, más conocida como acechanza o emboscada, y b) la ocultación moral, que Carrara conoció como homicidio proditorio

En el primer caso, el hecho se oculta, para lograr la indefensión de la víctima que pueda evitar riesgo, en una forma objetiva, como cuando se esconde detrás de un árbol o de un muro, en cambio, la ocultación moral, significa que el hechor se gana la confianza o amistad de la víctima, para luego aprovecharse de su indefensión.

La alevosía, por decisión del legislador, se aplica tan sólo en los delitos contra la vida y la integridad corporal, como parricidio, lesiones y

mutilación, agregándose que cuando concurre en el homicidio, integra como elemento específico el delito de asesinato.

Nuestro Código Penal de 1826, distinguía en el Art 624, a los que cometían delito de asesinato, especificando que tal delito era el homicidio con cualquiera de las circunstancias enumeradas en esa disposición. Entre esas agravantes, aparecían “Segunda Con previa acechancia, ya aguardando a la persona asesinada, o a la tenida en lugar suyo, en uno o más sitios para darle la muerte, ya observando la ocasión más oportuna para embestirla, ya poniéndole espías o algún tropiezo o embarazo para facilitar la ejecución, ya buscando auxiliares para el mismo fin, o ya empleando de antemano cualquiera otro medio insidioso para sorprender a dicha persona y consumir el delito” “Tercera Con alevosía o a traición y sobreseguro, ya sorprendiendo descuidada, dormida, indefensa o desapercibida a la persona asesinada, ya llevándola con engaño o perfidia, o privándola antes de la razón, de las fuerzas, de las armas, o de cualquiera otro auxilio para facilitar el asesinato, ya empeñándola en una riña o pelea provocada por el asesino, con ventaja conocida de parte de éste, o ya usando de cualquiera otro artificio para cometer el delito con seguridad o sin riesgo del agresor, o para quitar la defensa del acometido”

Repárese en los casuístico de esas agravantes especiales del asesinato, lo cual desde luego supera el casuismo de la agravante, en la forma que aparece ahora en el Código Penal Y según Mauio Mallo, penalista argentino, es más aceptable la fórmula actual que la de “traición y sobreseguro”, que se presta a divagaciones y problemas de interpretación.

La alevosía no siempre supone premeditación, pues en los casos de dolo súbito perfectamente puede darse la alevosía

En el Código Penal francés (Art. 295) es asesinato el homicidio cometido con “guet-apens”, cuyo significado es de acecho o premeditación, y en principio, la jurisprudencia consideró a la alevosía como una especie de premeditación, que era el género

Irureta Goyena en su trabajo sobre el homicidio, da algunas reglas muy importantes sobre la agravante de alevosía 1) La circunstancia mencionada no sólo es compatible con el homicidio consumado, sino también, con las formas incompletas del mismo delito. De esta suerte, puede darse tentativa de homicidio alevoso o bien el homicidio alevoso frustrado 2) La alevosía debe implicar intención y no puede ser resultado del azar o de accidente

A esto agregaríamos, que según la jurisprudencia española, la alevosía es compatible con las agravantes de nocturnidad, despoblado y premeditación, lo mismo que con la preterintencionalidad, pero nunca puede darse la alevosía en el delito con dolo eventual, ni en el delito culposo

3ª Cometer el delito mediante precio, promesa o recompensa Esta circunstancia se tomará en consideración tanto respecto del que induce a cometer el delito, como respecto del que lo ejecuta

Precio, promesa o recompensa

NOTAS

La razón de esta agravante es el móvil de lucro, por parte del autor material, quien obra impulsado por el interés del precio, promesa o recompensa que el autor intelectual da u ofrece.

Para Quintano Ripollés, cabe una separación de responsabilidad entre los autores intelectuales y materiales, debiendo quedar comprendidos los primeros en la agravante de alevosía, pues no corren riesgo al no llegar hasta ellos la reacción o posible defensa de la víctima. Los autores materiales, en cambio, sí corren el riesgo de la defensa que la víctima pudiera hacer

Para el mismo Quintano Ripollés, el autor material supone un mayor peligro para la sociedad, pues se trata de un mercenario. En la antigüedad hablábase del crimen "inter-sicarios", para referirse a cuando había precio o recompensa por el delito

La agravante anterior da lugar, según Mallo, al homicidio o delito ordenado o por mandato, proponiéndose, de su parte, otra denominación el "delito en colaboración", que obedece "al hecho de que con el concurso de los elementos activos se complementan las condiciones necesarias para que el hecho se realice, siendo la responsabilidad siempre igual que ambos intervinientes, respecto a lo convenido"

Como se observa, tiene puntos de diferencia con la complicidad, y sobre los requisitos de la agravante podemos sacar las reglas que siguen: 1) Puede aplicarse a todos los delitos, excepto en aquellos, donde el previo pacto forma parte como elemento del delito. Ejemplo: cohecho, exacción ilegal; 2) El mandante y el mandatario o ejecutor son sujetos activos mediante el pacto; 3) La contraprestación —según Mello— que debe el mandante al ejecutor debe ser precio determinado o determinable o una promesa segura y convenida de remuneración

Por precio o recompensa debe entenderse suma de dinero u objeto de valor que el mandante da al ejecutor, y por promesa, se entiende, el ofrecimiento de una remuneración, que debe ser efectiva, presunta o esperada. El mandato sin precio o promesa, no da lugar a la agravante, pues esta vez, el impulso que guía al ejecutor puede ser la venganza, odio u otro motivo personal

Carmignani y Cremani sostuvieron que si la gratificación por el delito, se hacía efectiva, sí operaba la agravante, pero no, cuando falta tal gratificación

No tiene relevancia alguna la cantidad o calidad del precio, pues en todo caso, por pequeña que sea la suma de dinero, siempre cabe agravar la responsabilidad.

Se presentan algunos problemas, especialmente cuando el ejecutor excede el mandato o bien le restringe. La solución que Mallo da a estos problemas

es: 1) Si el ejecutor en ejercicio de su mandato se excede, cometiendo delito de mayor gravedad al convenido, su responsabilidad será mayor que la del mandante, quien para ello, debe ignorar el exceso, pues de lo contrario, al aceptarle tácitamente, también es responsable en igual manera que el ejecutor; 2) El mandante que encarga un delito al ejecutor y éste causa uno de menor gravedad, responde por el delito encargado

Sobre el último caso, especifica Mario Mallo que si nos atuviésemos a las relaciones puramente civiles, en lo relativo al contrato de mandato, una solución de tal índole sería contraria a toda lógica, mas no lo es si nos atenemos al campo penal, de donde más se toma en consideración la peligrosidad del delincuente. En consecuencia, conforme a la solución del expresado autor argentino, para el problema segundo, el mandante responde de tentativa o frustración de asesinato, en tanto que el ejecutor por lesiones

Otro problema es de si el sólo mandato constituye tentativa. Tal caso se resuelve, cuando sólo hay acuerdo, pero sin que el ejecutor comience a realizar los actos consumativos, como una instigación delictual para el mandante.

Determina la ley que el mandante y mandatario están equiparados en cuanto a responsabilidad, pues la agravante opera en contra de ambos, que tienen la calidad de autores, principales aunque uno mediato y otro inmediato. Para Mello es más peligroso el ejecutor; en cambio, para Canara, es el mandante quien demuestra mayor peligrosidad, pues por no animarse a cometer el delito, paga para que lo hagan, sin correr riesgo alguno, puesto que en todo caso, la reacción se da contra el ejecutor y no contra el mandante.

Nos parece más aceptable el criterio adoptado por la ley nuestra, pues la peligrosidad de ejecutor y mandante, es igual.

4ª Cometer el delito con ocasión de inundación, incendio, explosión, varamiento de nave o avería causada de propósito, descarrilamiento de locomotora, alteración del orden público, o empleando cualquier artificio que pueda producir grandes estragos **Con ocasión de estragos**

NOTAS

Ante todo precisa dar un concepto de estrago. Para la jurisprudencia española, "estrago es un daño de extraordinaria gravedad e importancia que no se produce si el agente no se vale de un medio de destrucción suficientemente poderoso para causarle"

En el Código Penal, el solo estrago, es decir cuando la voluntad criminal va dirigida a ocasionar un daño de esta clase, está contemplado en el Art 515 y cabe distinguir que si el hechor produce dos delitos, es decir primero homicidio y después estrago, como para impedir que se encuentre el cadáver entendemos que hay concurso real de delitos

Más sobre que el reo produzca o se aproveche del estrago, hay que distinguir dos situaciones completamente diferentes: a) Si el hechor, con ocasión del estrago, comete el delito, se aplica la agravante estudiada, y b) Si el hechor, produce o provoca el estrago para causar la muerte de alguna persona, entonces se da la figura del asesinato (Art 336 Pn N° 4)

Hay, por otra parte, que diferenciar esta agravante, de la alevosía, pues en ésta, la intención del hechor es, para no correr riesgo alguno, lograr la indefensión de la víctima. En cambio en el estrago, el hechor con ocasión de tal situación, comete el delito pero se da la parcial defensa de la víctima, como ocurre también en el abuso de superioridad

La razón de esta agravante, es que el hechor se aprovecha de los momentos calamitosos por los que atraviesa la víctima, sin provocarlos de propósito desde luego, puesto que si tal cosa ocurre, se perfila entonces el asesinato. Observando conducta tal, el hechor demuestra su mayor peligrosidad, puesto que no duda en aprovecharse de un hecho que causa un peligro colectivo, para consumar el delito

5ª Aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución **Ensañamiento**

NOTAS

Consiste esta agravante más que en “el mal que se produce con saña y con furia”, en la “prolongación cruel, deliberada e inhumana”, para emplear el concepto de la jurisprudencia española

La perversidad del hechor demuestra aquí, en esta circunstancia, el aumento de un mal, con otros innecesarios, debiendo entendiéndose por éstos, los que no determinan el daño final. En verdad, tales males, aunque innecesarios, producen a la víctima un mayor dolor y, en una palabra, aumentan su sufrimiento físico

Creemos, que esta agravante tiene similitud con el N° 11 del Art 10 Pn, puesto que en ambos casos se trata de males innecesarios, aunque se diferencian, en que el N° 11 citado, el hechor añade al hecho, circunstancias de ignominia, baldón o vergüenza, en tanto que el N° 5, referente al ensañamiento, se concreta a un dolor físico

Consideramos que se aumenta con males innecesarios el delito, cuando se causan al lesionado otras lesiones que no determinan su muerte, como cuando alguien dispara contra otro con revólver, causándole lesiones graves que le producen la muerte después, pero antes de que fallezca le causa numerosas lesiones con machete u otra arma cortante que aumentan su dolor físico

La agravante debe aplicarse cuando la víctima se encuentra aún con vida, puesto que si fallece, y al cadáver se le da machetazos o golpes, no

se aumenta el dolor físico de la víctima. En todo caso, podría aplicarse la circunstancia Nº 11, al mutilar, decapitar o irrespetar el cadáver, siguiendo la acertada opinión del doctor Enrique Córdova: "dejar el cadáver en determinadas condiciones que provoquen hilaridad o que signifiquen irrespeto para el muerto, acarrea la aplicación de tal agravante de ignominia"

Según fallo reciente de la jurisprudencia española (3 de febrero de 1951), la agravante "existe cuando se tiende directa e inhumanamente a producir sufrimientos más intensos de los precisos para conseguir el daño propuesto", agregándose en otros fallos, que la agravante se aplica, generalmente, en delitos contra la vida y la integridad corporal

JURISPRUDENCIA

"Para que exista en un delito de homicidio la agravante de "aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios", es preciso que conste la intención del reo directa y especialmente dirigida a ejecutar el hecho en la forma dicha; no basta la prueba de haber descargado a la víctima varios machetazos de los cuales lo botó al suelo, en donde le descargó otros, levantándose como pudo el ofendido para caer después" (Rev Jud Tomo XXXVI, 1º Sep 1931, p 470)

"Para que exista la agravante número 5º del Art 10 Pn, en un delito de homicidio, es preciso que algunas de las lesiones que produjeron la muerte hayan sido innecesarias y causadas con propósito deliberado de aumentar el sufrimiento de la víctima, debiendo probarse esta circunstancia" (Rev Jud Tomo XLII, 12 febrero de 1938, p 153)

6ª Obra con premeditación conocida. **Premeditación**

NOTAS

Camargo Hernández define: "Hay premeditación cuando el culpable, después de haber resuelto cometer un delito, mantiene firmemente dicha resolución, durante cierto tiempo, hasta que ejecuta el hecho punible" Para el mismo autor, la premeditación tiene los siguientes elementos: 1) persistencia de la resolución, 2) transcurso de tiempo entre la resolución y la consumación; 3) ánimo frío y sereno, 4) maquinación, 5) predisposición de medios, aunque agrega, que los tres primeros elementos son esenciales, y accidentales los restantes

Mario Mallo, define el homicidio premeditado, así "Habrà homicidio calificado por la premeditación, cuando con el modo de ejecución del hecho se consiguió preordenadamente, disminuir o anular la capacidad de defensa de quien resultó víctima"

Para la determinación de la agravante, hay tres criterios fundamentales así: 1) cronológico, caracterizado por el tiempo transcurrido entre la resolución y la ejecución, 2) ideológico, caracterizado por la persistente reflexión del delito, y 3) psicológico, afirmado por la llamada "frialdad del ánimo"

Verdaderamente, no se usa en forma aislada tales criterios, sino, en la mayor parte de veces, sobre todo en la jurisprudencia salvadoreña, se emplea un criterio ecléctico, formado por los tres anteriores

Fuertes críticas se han dirigido contra el criterio psicológico, pues la frialdad de ánimo es circunstancia que varía con los temperamentos, y si nos atenemos a tal criterio, sólo podría castigarse a quienes actúan dominando su gran emoción o nerviosismo

Los fundamentos de la agravante se han dado, a partir de Carrara. Para este autor, el fundamento estriba en la disminución de la eficacia de la defensa privada, puesto que, habiendo pensado el hecho las circunstancias relativas a la ejecución del hecho, es más dificultoso a la víctima oponer una resistencia eficaz

Para Romagnosi, el fundamento radica en la mayor probabilidad de impunidad del hecho, pues el delincuente puede escapar con facilidad mayor. Bentham, por el contrario, toma en consideración la perversidad del sujeto activo. Irrutia Coyena, apoya este último razonamiento

La premeditación figura, en casi todos los Códigos Penales del mundo, y en el nuestro, al darse en el homicidio, configura un delito especial que es el asesinato

A propósito, al decir la agravante estudiada "premeditación conocida", no se diferencia en nada del requisito exigido en el N° 1 del Art 356, pues hasta resulta de más el empleo del término "conocida", dado que para su aplicación, desde luego debe probarse plenamente

PROBLEMATICA DE LA PREMEDITACION

Sobre la premeditación se pueden presentar los problemas que siguen:

1) **Premeditación Condicionada.** Para Carrara, hay premeditación condicionada cuando la resolución se hace depender de un hecho futuro e incierto, desvaneciéndose la agravante, cuando ese hecho futuro e incierto depende de un acto injusto de la víctima contra el hechor

El mismo Carrara pone un ejemplo "Un sujeto dice si Fulano de Tal vuelve a faltarme galanteando a mi mujer, lo mato"

Según Carrara si el que galantea reitera el agravio, en este caso no hay premeditación "porque la resolución criminal se hace depender de un suceso futuro e incierto el cual constituye una injusticia de la víctima contra el victimario"

Carrara se inclina, porque la premeditación se da cuando ocurre el siguiente ejemplo: "Un sujeto dice el primer día que encuentre a Fulano de Tal en la calle o el día en que sea promovido a tal puesto o se traslade a tal lugar, lo mato" Se da la siguiente argumentación: "En estos casos

existe premeditación, porque la resolución criminal en realidad está ya tomada y los hechos mencionados condicionan la manera de obrar pero no la resolución misma”

Para Irureta Goyena, la tesis de Carrara, que fue criticada por Pessina e Impallomeni, es falsa, pues en uno y otro caso mencionados, hay premeditación

2) **Premeditación en el Error en el Golpe.** Se discute si hay premeditación en el error en el golpe. Pongamos por caso Pedro premedita la muerte de Luis, pero en el momento de disparar, resulta muerto Marcos, a causa del disparo. Algunos autores, entre ellos Pessina, no aceptan en estos casos la premeditación, alegando que no hay conjunción entre el hecho moral y el hecho físico. Irureta Goyena, criticando esta tesis, se inclina por la premeditación, pues habiendo designio concebido de matar, es indiferente que otra persona reciba la muerte, siendo todas las vidas iguales

A nosotros nos parece que en este caso, no puede haber premeditación

3) **Circunstancia Personal.** La premeditación es una agravante eminentemente subjetiva y, por ello, no se hace extensiva sino a quienes actúan premeditadamente. Sobre esto, los tribunales italianos, siguiendo un criterio subjetivo, únicamente aplican la agravante en ese sentido, pero los tribunales franceses, siguiendo el criterio objetivo, extienden la agravante a todos los que participan en el delito

Nos parece, que siendo la agravante de naturaleza subjetiva, es más aceptable el criterio de los tribunales italianos

4) **Es Compatible la Premeditación con la Preterintención.** En el delito preterintencional o ultraintencional, es decir cuando el resultado excede a la intención, si se puede dar, en opinión de Irureta Goyena, la agravante. Compartimos esa opinión y, en consecuencia, si alguien quería lesionar y la víctima muere, puede aplicarse la agravante, pero alejándose la posibilidad del asesinato. Es, pues, un homicidio preterintencional, agravado con la circunstancia general de premeditación

5) **Concurrencia con Alevosía.** Se pensaba que la alevosía y la premeditación se daban siempre en forma conjunta, la primera como especie y la segunda, como género. Pero, aún cuando son compatibles, perfectamente puede darse el caso de que la alevosía se aplique sin coexistir con la premeditación. Tal sería, por ejemplo, el dolo súbito con alevosía. Irureta Goyena pone dos casos de alevosía sin premeditación: a) “Un sujeto va caminando por la calle y pronto, a pocos pasos de distancia, delante de él, nota que camina una persona, de la cual se halla distanciado por los más grandes rencores. Toma en ese momento la resolución de matarlo y lo realiza acometiéndolo por la espalda”. b) “Un sujeto encuentra dormida a una persona que le ha inferido grandes agravios en su vida. Al verla en esa situación, reviven sus odios y decide matarla aprovechando la circunstancia de hallarla en condiciones de no poder oponer resistencia”

7ª Emplear astucia, fraude o disfraz **Astucia, fraude, disfraz**

NOTAS

Esta agravante se refiere a un verdadero medio alevoso de cometer delitos y debido a esto, dada la extensión de la alevosía en nuestra ley, podría estar incluida en esta última agravante

Por astucia debe entenderse “el ardid o medio hábil y artificioso para cometer el delito”, fraude es “el engaño que se usa para lograr lo que se desea. El fraude puede consistir en la ocultación dolosa de la verdad, sin artificio”, disfraz, “es el medio que se usa para desfigurar una cosa o para que no sea conocida”.

En la jurisprudencia española, se dan algunos conceptos que son **Astucia**: “Consiste en el empleo de un ardid ingenioso que conduzca a desembarazar de obstáculos que impidan o dificulten la ejecución del designio del culpable sin que la persona objeto de las acechanzas se aperciba del lazo que se le tiende y del riesgo que le amenaza” **Disfraz**: “es todo medio empleado por los delincuentes para desfigurar sus rasgos característicos o la apariencia verdadera de las personas”

De acuerdo con el Art 53 Pn, esta agravante no opera cuando constituye delito especial o elemento de él. Por ejemplo en la defraudación (Arts 478 Pn y siguientes), estupro (Art 396 Pn) y el llamado delito de abastecimiento (Art 504 Pn), no puede aplicarse ni el fraude ni la astucia

Asimismo, puede la alevosía subsumir esta agravante, cuando ésta es medio para lograr la indefensión de la víctima, y la agravante tampoco se aplica, cuando es medio para impedir la persecución del delincuente y favorece la impunidad, después de cometido el delito

Algunos ejemplos de la agravante son a) emplea astucia el que con engaño e insidia atrae a la víctima hasta el sitio preparado de antemano, b) hay disfraz cuando el indiciado se tapa la cara con pañuelo, si tizna la cara con carbón, se cubre la cabeza como las mujeres, finge la voz o se viste de mujer

El fundamento de la agravante es que quien actúa en la forma que la ley determina, favorece en notable forma su designio criminal

8ª Abusar de superioridad o emplear medio **Abuso de superioridad** que debilite la defensa

NOTAS

Según la jurisprudencia española “para apreciar esta agravante es necesario el empleo de fuerza, el uso o aprovechamiento de medios físicos de ataque excesivo, desproporcionados, desiguales, comparados con los que están al alcance del ofendido para su defensa”

Esta agravante tiene, pues, una semejanza notable con la alevosía, aunque en verdad se diferencia de ella en razón a que, hay posibilidad de una defensa parcial de la víctima; en cambio, en la alevosía la indefensión es total

Hay circunstancias que perfilan claramente esta agravante, como la superioridad numérica, la fuerte complexión y robustez del hechor frente a la debilidad o enfermedad de la víctima, la situación embarazosa de defensa en que la víctima se encuentra, la edad escasa o excesiva de la víctima

Nuestro Código de 1826, en el Art 111, aludía a la agravante, pero no concretamente, así: “3ª La mayor malicia, premeditación y sangre fría que haya en la acción, la mayor osadía, imprudencia, crueldad, violencia o artificio, o el mayor número de medios empleados para ejecutarla”

En cuanto a los medios que debilitan la defensa, se ha querido sancionar a aquella persona que busque medio u ocasión en que no puede haber paridad de fuerzas, para cometer el delito

Sobre esta última agravante hay un fallo en que se advierten los requisitos necesarios: “Si riñendo dos personas a las manos, llega una muejr que, sin connivencia con ellos ataca con un cortaplumas a una de dichas personas y la hiee en el abdomen, matándola, no ocurre respecto de la agresora la agravante de alevosía, que existe cuando se obra con la seguridad de no correr riesgo personal alguno; pero sí resulta de los hechos así probados, que la reo procedió en la ejecución del delito con la agravante de aprovecharse de la ocasión de la riña, que debilita la defensa del ofendido” (Revista Judicial, Tomo XXVI, 3 de noviembre de 1931, página 482)

Aquí, como lo indica el tribunal sentenciador, la agresora se vale de una ocasión en que la defensa está debilitada por una riña presente, para cometer el delito; en consecuencia, bien se ha hecho en aplicar la agravante

JURISPRUDENCIA

I—Existe la agravante de abuso de superioridad en la ejecución de un delito de homicidio, cuando dos individuos armados de machetes-corvos, salen juntos a un camino en momentos en que pasa una persona, a quien atacan simultáneamente con sus armas causándole lesiones que le produjeron la muerte (Revista Judicial, Tomo XXXV, 15 febrero de 1930, Pág 114)

I—Hay abuso de superioridad en la ejecución de un delito de homicidio, cuando tres individuos, armados de machetes-corvos, atacan simultáneamente a otro causándole lesiones que le produjeron la muerte; aunque dos de los reos hayan sido amenazados por el tercero, si no le ayudaban a matar al ofendido

I—Por la agravante de abuso de superioridad procede aumentar la pena en una cuarta parte (Rev Jud. Tomo XXV, 1º marzo de 1930, Pág. 116)

“Hay abuso de superioridad en la ejecución de un delito de lesiones graves, cuando el reo ejecuta un machetazo al ofendido en momentos en que

éste tenía un niño tierno en sus brazos, que lo colocaba en una situación embarazosa para defenderse, proporcionando al reo una manifiesta ventaja, pero sin llegar al extremo de la alevosía (Revista Judicial, Tomo XXXV, 16 de junio de 1930, Pág 128)

“IV—Cuando no hay plena prueba de los hechos que constituyen la agravante de abuso de superioridad, debe desecharse esta agravante (Revista Judicial, Tomo, XXXV, 5 septiembre de 1930, Pág 259)

“III—No existe la agravante de abuso de superioridad por el solo hecho de que un cónyuge en estado de ebriedad mate a su esposa, si no hay prueba alguna de cómo se verificó el hecho (Rev Jud T XXXV, 14 octubre de 1930, Pág 357)

“II—Hay abuso de superioridad cuando un reo de complexión fuerte y bien armado ataca y mata a una anciana inerte (Rev Jud T. XXXV, 27 de octubre de 1930, Pág 365)

“III—Habiendo confesado el reo que el delito lo cometió asociado de otra persona, cuya responsabilidad no se ha hecho efectivo por ser desconocida, es aplicable al caso la agravante de abuso de superioridad (Revista Judicial, Tomo XXXV, 11 de diciembre de 1930, Pág 382)

9ª Abusar de confianza **Abuso de confianza**

NOTAS

El abuso de confianza “opera cuando el agente se extralimita de sus funciones aprovechándose de ellas para cometer un delito contra la misma persona que le dispensa confianza”

El fundamento de la agravante es la deslealtad del hechor, que aprovechándose de la confianza depositada en él por la víctima, se vale de ella para cometer el delito

Siempre aplicando el Art 53 Pn , no puede darse la agravante en los casos en que constituye delito o forma parte de éste como elemento

Por ejemplo, el abuso de confianza constituye delito especial en el caso del Art 490 Pn. Nº 5, y delito que, en nuestro país es conocido como “apropiación indebida”, y en el derecho penal francés, “abuso de confianza”. El abuso de confianza es elemento del delito de estupro (Art 396 Pn) cuando éste es cometido por sacerdote, ciado doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título del cuidado de la víctima

Esta misma agravante, es especial para el delito de hurto, debiendo preferencialmente aplicarse en ese sentido, por cuanto significa mayor pena para el reo En el hurto agravado (Art 471 Pn Nº 3) se sanciona con la tercera parte más de la pena, cuando el hechor “fuere doméstico o interviniere grave abuso de confianza”.

Esta agravante tiene también semejanza con la alevosía, especialmente con la que se conoce como ocultación moral u homicidio proditorio, pues el agente se aprovecha, después de ganar la amistad o confianza de la víctima, para consumar el delito. Pero, claro está, si hay indefensión total de la víctima, se perfilará la alevosía; de lo contrario, habrá abuso de confianza.

Muchos han creído que el abuso de confianza es propio de los delitos contra la propiedad, mas también se hace extensivo a otros delitos, como los que afectan la vida y la integridad corporal.

10³ Prevalece del carácter público que ten- **Prevalece del carácter público**
ga el culpable

NOTAS

El fundamento de esta agravante, es sancionar más gravemente a aquéllos que investidos de función pública se valen de ello para cometer delitos. No hay duda, que quienes desempeñan tales funciones tienen muchas ventajas para que el delito sea ejecutado más fácilmente, y al prevalerse de su condición, aprovechan esas ventajas y corren menos riesgos.

No obstante tan sólo que el agente tenga ese carácter, para tomar en cuenta la agravante, pues según el caso no se aplicará cuando sea indiferente para el delito la calidad de funcionario. Hay delitos, como el homicidio, lesiones, parricidio o agresión, en que perfectamente puede darse la agravante, cuando el agente se aprovecha de su función pública, pero no se aplica la agravante, cuando la calidad de funcionario del sujeto activo, es elemento del delito.

Todo el Título VII del Código Penal (Libro 2º), se refiere a “delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos”, y, por lo mismo, precisándose que el agente se halle en ejercicio de una función pública, como elemento del delito, no cabe aquí la aplicación de la agravante N° 10.

Es, pues, el abuso del funcionario lo que explica que el legislador fijara esta agravante.

Ahora bien, fuera de que la calidad de funcionario público, es elemento de delito, hay casos también en que ciertos abusos de funcionarios son delitos en sí, como la flagelación (Art. 373 Pn), donde el sujeto activo es un funcionario civil y militar. Al igual que en los casos del Título VII mencionado, entendemos que no es procedente la aplicación de la agravante N° 10.

11³ Emplear medios o hacer que concurran circunstancias **Ignominia** que andan la ignominia a los efectos propios del hecho.

NOTAS

El fundamento de esta agravante estriba en la vergüenza o baldón que se añade al delito, como un daño innecesario. Decíamos antes, que esta

agravante tiene mucha semejanza con la N^o 5, diferenciándose, no obstante, en que en la N^o 11, no se produce a la víctima dolor físico, sino burla o vergüenza, como un perjuicio más de orden sentimental o moral

Indica el doctor Enrique Córdova, que esta agravante se presenta en dos formas a) por los medios que el agente emplea, y b) por circunstancias que se agregan al delito

Respecto a medios, se refiere el autor a los elementos que directamente usa el agente y sobre circunstancias, comprende "factores extraños que él aprovecha para la mayor afrenta o humillación de su víctima"

Dada esa similitud entre las circunstancias Nos 5 y 11, se dispuso en el Código Penal español de la dictadura, reunirlos en una sola circunstancia, así "11^a aumentar deliberadamente el daño de la infracción causando males innecesarios para su ejecución o emplear medios o hacer que concurren circunstancias que añadan la ignominia a los efectos propios del hecho"

Actualmente, el Código Penal español tiene la siguiente agravante: "N^o 5 Aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución"

Como se advierte, esta agravante comprende todas las situaciones en que bien en forma de sufrimiento físico o de afrenta, se aumenta, deliberadamente, el mal del delito

Y al exigir deliberación, la ley precisa que exista un propósito especial sobre añadir males innecesarios al acto delictual

12^a Ejecutar el delito con auxilio de gente armada **Auxilio de gente armada**
armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad

NOTAS

Es necesario, sobre esta agravante, como lo hace el doctor Enrique Córdova, fijar previamente el significado del término "impunidad" El fundamento de esta circunstancia, es la presencia, más que la actuación de gente armada, es decir de personas que porten armas de cualquier naturaleza, o bien de personas que, sin estar armadas, facilitan eficientemente tal impunidad

Entendemos que la impunidad se refiere a que el delito no sea descubierto o, en el caso particular del agente, que no se averigüe la identidad de éste No se trata, como puede advertirse, de coautores, sino más bien, en el primer caso de cómplices y en el segundo caso, de encubridores que albergan, ocultan o proporcionan la fuga del culpable, ocultan o inutilizan el cuerpo del delito, pero con conocimiento del acto delictual Si no hay tal conocimiento, no puede haber encubridores

En nuestra opinión esta circunstancia tiene semejanza aunque también diferencia esencial, con el abuso de superioridad Semejanza, porque sobre

todo en el primer caso, toma en consideración la participación de varias personas en la consumación del delito, y diferencia, porque mientras en el abuso de superioridad, todos son autores, en la circunstancia N° 12, únicamente es auxilio el que presta la gente armada, por lo que debe estimarse que actúan como cómplices, que dan auxilio no necesario

Es muy interesante la nota explicativa de José Irueta Goyena, puesta en el proyecto de Código Penal uruguayo, que pasó íntegramente, a constituir ley

En el Código uruguayo, la agravante N° 11 del Art. 47, dice "Ejecutarlo con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad". La nota explicativa de Irueta Goyena dice "Es difícil que el delito se realice en las condiciones previstas por la disposición, sin que jurídicamente se delinee un caso de participación criminal. El proyecto se ha apartado de la doctrina de Sighele que pretende que la penalidad debe ser más grave cuando en la ejecución de un delito intervienen varias personas, y por esta disposición parece que se acogiera a ella ¿Acusa esta circunstancia realmente, una vacilación en el rumbo? No. La agravante tiene lugar sólo cuando el culpable obtiene el concurso de personas extrañas, para la ejecución del delito, en las circunstancias previstas por la ley, pero que ignoran el rol que se les hace jugar por el verdadero delincuente"

Pero, no debe olvidarse que si los auxiliares no necesarios y encubridores del delincuente tienen conocimiento del delito, su responsabilidad no puede descartarse

13ª Ejecutarlo de noche o en despoblado Nocturnidad, despoblado

Esta circunstancia la tomarán en cuenta los tribunales según la naturaleza y accidente del delito

NOTAS

Efectivamente estas circunstancias incluidas en una sola agravante, aunque de diversa naturaleza, pues una se refiere a aspectos de tiempo y otra a motivos de lugar, son de apreciación discrecional por parte de los jueces.

Por noche debe entenderse el período de tiempo en que falta en el horizonte la claridad del sol, y por despoblado, el lugar en donde no hay vecindad o poco transitado

Se precisa que tales circunstancias sean buscadas de propósito, aunque según la jurisprudencia española, no es necesario determinar la hora exacta

El fundamento de la agravante, es la temibilidad de quien busca la sombra de la noche o un lugar desierto, sólo, poco o nada accesible, para cometer un delito.

Hay casos en que las circunstancias de la nocturnidad y el despoblado, figuran en el Código Penal como agravantes especiales. Así, por ejemplo, en el Art 318 Pn que se refiere al allanamiento ilegal, si tal delito se comete de noche, se impone al culpable o culpables la mitad más de la pena; asimismo, en el Art 463 Pn., el despoblado y la cuadrilla son circunstancias que, juntas, agravan especialmente el robo

No es aplicable la agravante en aquellos delitos en que es indiferente la circunstancia de tiempo o lugar en que se cometen, como el falso testimonio, la prevaricación, malversación de fondos, desacato o infidelidad en la custodia de documentos

Pero en otros delitos, como aquellos que lesionan la vida, integridad corporal, propiedad, libertad y seguridad personal, procede aplicar la agravante, siempre que sea buscada de propósito

JURISPRUDENCIA SOBRE NOCTURNIDAD

“En el delito de robo con escalamiento y fuerza en las cosas procede aplicar la agravante de haberse cometido el hecho en la noche buscada de propósito, la cual puede compensarse a la par con la atenuante de la confesión sincera del reo (Rev Jud Tomo XXVI, 16 noviembre 1931, Pág 484)

“VI—En el delito de hurto son admisibles las agravantes de premeditación conocida y la noche buscada de propósito, las cuales hacen elevar la pena en una tercera parte (Rev Jud Tomo XXXVI, 11 diciembre 1931, página 489)

“III—La noche buscada de propósito es una agravante aplicable a los autores de un delito de robo, pero no al encubridor del mismo delito, aunque tenga conocimiento de esa circunstancia en el momento de su intervención, por la razón indicada en el Art 55 inciso 2º Pn (Rev Jud Tomo XXXVII, 28 junio 1932, página 529)

“II—En el delito de hurto es procedente apreciar la nocturnidad como agravante, si consta que fue buscada la noche de propósito para cometer el hecho (Rev Jud Tomo XLI, diciembre 12, 1936, página 449)

“III—La nocturnidad no debe estimarse como agravante en la ejecución de un delito de homicidio si no ha sido buscada de propósito (Rev Jud Tomo XLII, 6 julio 1937, página 701)

“II—Habiéndose cometido el hecho en horas avanzadas de la noche, debe apreciarse la agravante de nocturnidad, considerando que aquella fue buscada de propósito (Rev Jud Tomo LIV, 13 mayo 1949, Pág. 310).

JURISPRUDENCIA SOBRE DESPOBLADO

“La agravante de abuso de superioridad procede compensarla por igual con la atenuante de confesión sincera del reo; y las agravantes de ser éste

reincidente y haberse cometido el robo en despoblado, buscado de propósito, son suficientes para elevar la pena en una tercera parte. (Rev Jud Tomo XXXVI, 15 diciembre 1931, Pág 495)

“En el caso expresado, no existe la agravante de haberse cometido el delito en despoblado, el hecho se comenzó a ejecutar en el interior de una población, de donde se llevó a la víctima el reo a los suburbios de dicha población para consumarlo ocultamente, siendo la ocultación propia de la naturaleza de esta clase de delitos (Rev Jud Tomo XXXVII, 29 junio 1932, página 242)

“La circunstancia del despoblado tampoco es aceptable, si no consta que entró en los propósitos del criminal cometerlo de modo especial en el campo para asegurar su impunidad (Rev Jud Tomo XXXVIII, 25 febrero 1933, página 125)

“La circunstancia de haberse ejecutado el parricidio referido en despoblado, no constituye agravante, por no haber buscado de propósito el despoblado (Rev Jud Tomo XLIII, 26 julio 1938, Pág. 426)

“Aunque el lugar en que un reo comete el delito sea un potrero, sin vecinos inmediatos, no procede apreciarse la agravante de “ejecutarlo en despoblado”, si no aparece que dicho lugar se haya buscado de propósito, y fue sólo accidental la comisión del hecho por parte del reo, en el sitio indicado (Rev Jud Tomo LIV, 17 noviembre 1949, Pág 335)

“En los delitos de violación, homicidio y hurto, concurre la agravante de despoblado, si cuando el reo resuelve ejecutar los hechos delictuosos, se aprovecha del paraje solitario donde se le presentaban mayores posibilidades para ejecutarlos, sin que ningún auxilio pudiera prestársele a la víctima, asegurando al mismo tiempo la posible impunidad de sus crímenes (Rev. Jud Tomo LVI, 13 noviembre 1951, Pág. 912)

14ª Ejecutarlo con desprecio o con ofensa de la autoridad pública: **Desprecio u ofensa de autoridad pública**

NOTAS

La agravante comprende dos situaciones: a) desprecio, y b) ofensa de autoridad pública. En ambos casos, como dice Irureta Goyena, no debe llegar el agente ni a la injuria, ni al acometimiento, puesto que en tales situaciones se configuran respectivamente los delitos de desacato o atentado

Y, en estos delitos, como aparece como elemento que el sujeto pasivo sea autoridad, no se aplica la agravante

El fundamento de la atenuante es la falta de respeto para la autoridad pública, cometiéndose el acto delictual en actitud de desprecio o de ofensa, y no de mera presencia, pues ésta es otra agravante contemplada en el N° 17

15ª Haber sido castigado el culpable anteriormente por delito a que la ley señale igual o mayor pena, o por dos o más delitos a que aquella señale pena menor **Reiteración**

Esta circunstancia la tomarán en consideración los Tribunales según las circunstancias del delincuente y la naturaleza y efectos del delito:

NOTAS

El fundamento de esta agravante, de naturaleza genérica, es sancionar más drásticamente a los reos, que no obstante haber sido castigados, esto es, que han sufrido efectivamente en calidad de reos presentes, la pena, cometen nuevos delitos posteriormente a que sufren tal pena

La reincidencia, por el contrario, prevista en la agravante Nº 16, de naturaleza específica, no precisa que el reo anteriormente haya sido castigado, sino condenado ejecutoriamente por delito, lo que en otras palabras indica, que puede haber reincidencia aún cuando se trate de un reo ausente.

Conviene fijar las semejanzas y diferencias entre reiteración y reincidencia, circunstancias que perfectamente, para evitar la diversificación, pueden ser reunidas en una sola agravante

Semejanza: Ambas tienen por objeto sancionar más drásticamente a quienes delinquen por segunda o más veces

Diferencias: a) en la reiteración, el reo debió ser castigado antes; en la reincidencia, debió ser condenado por sentencia ejecutoriada, aún tratándose de reos ausentes b) en la reiteración, el castigo debe referirse a un delito que tenga señalada pena igual o mayor, o a dos o más delitos que tengan señalada pena menor; en la reincidencia, el segundo delito debe estar comprendido en el mismo título que comprende al primer delito; c) la reiteración, por lo dicho antes sólo se aplica a reos presentes; en cambio la reincidencia, se aplica a reos presentes o ausentes

Bien pueden concurrir las dos agravantes, en cuyo caso, el aumento de pena es de una tercera parte.

Señala la ley, además, que se tomarán en consideración las circunstancias del reo, de la naturaleza y de los efectos del delito, lo que significa que el Juez, con base en el relativo arbitrio que la ley le concede, debe apreciar la conducta del reo y el lapso que media entre delitos, inclusive para no aplicar la agravante.

El fundamento de la agravante es el hábito o inclinación del reo a cometer delitos, y según la jurisprudencia española consiste tal fundamento "en la insensibilidad del delincuente a la pena anterior sufrida, así como el desprecio a la severa admonición contenida en la sentencia condenatoria"

Si el fin de la pena es la readaptación social del delincuente, al cometer éste nuevos delitos después de obtener o recobrar su libertad, es índice de que la dosis de pena fue insuficiente para lograr tal readaptación, razón por la que el legislador, a manera de agravación, aumenta la pena con base en esta circunstancia

Es indiferente que las condenas o castigos se impongan en distintas jurisdicciones, aunque por dificultades de orden práctico y jurídico, no se aplicará la reiteración por castigos sufridos en el extranjero, por lo menos en El Salvador.

16ª Ser reincidente

Reincidencia

Hay reincidencia cuando al ser juzgado el culpable por un delito, estuviere ejecutoriamente condenado por otro comprendido en el mismo título de este Código:

NOTAS

El fundamento de esta agravante es "la peligrosa inclinación que manifiesta el reo a la recaída en el delito"

Tanto la reincidencia como la reiteración se refieren sólo a delitos, nunca a faltas, y en el caso de la reincidencia, sus requisitos legales son: a) una condena anterior; b) que esa condena se imponga por fallo ejecutoriado; c) que el segundo delito esté en el mismo título del Código Penal

La sentencia condenatoria quedará ejecutoriada, cuando no exista recurso alguno contra ella o, invocados los recursos legales, el Tribunal superior confirma el fallo de Primera Instancia en que la condena se impone

Respecto a los títulos, debe advertirse, que el Libro Segundo del Código Penal, o sea el que se refiere a delitos en especie, tiene agrupados tales delitos en trece títulos, según el bien jurídico que lesionan. Así, por ejemplo, el Título VIII se refiere a "Delitos contra la vida y la integridad personal" y comprende los delitos de parricidio, asesinato, homicidio, infanticidio, aborto, lesiones, flagelaciones, disparo de arma de fuego, agresión y duelo

En la virtud, habrá reincidencia, cuando un reo cometió homicidio y fue condenado por sentencia ejecutoriada, delinquiendo después al cometer lesiones. Pero no habrá reincidencia, cuando el reo primero comete robo y después raptó, o primero aborto y después estafa, pues aquí cabe aplicar la agravante de reiteración, según los casos.

Un aspecto de interés es el control delincencional, que sirve para aplicar ambas agravantes. Recuérdese que la Ley Orgánica del Poder Judicial en sus Arts 128, 129 y 130, establece el "Registro General de delincuentes, obligando a los Jueces de Primera Instancia a que, dentro de treinta días, remitan a la Corte Suprema de Justicia, certificación de la sentencia

condenatoria ejecutoriada, a partir de la fecha en que el fallo cause ejecutoria.

Ahora bien, en esta forma, la Corte Suprema de Justicia llevará el control delincencial, debiendo los Jueces, para casos de excarcelación (Art 86 I) o de sentencias condenatorias, solicitar informe a la Corte Suprema de Justicia, sobre antecedentes penales del reo, para aplicar las agravantes de reiteración o reincidencia

Cabe agregar, que tal Registro es insuficiente, especialmente para aplicar la reiteración, pues casos hay en que el reo sufre el castigo, cumpliendo la mayor pena a que puede ser condenado, pero después de obtener su excarcelación, el Jurado emite fallo absolutorio y al sentenciar el Juez con base en ese fallo, impide que la Corte Suprema de Justicia conozca y registre tal castigo

Necesario es, por lo consiguiente, mejorar tal registro, ampliándolo a casos como el mencionado, en que el reo ha sufrido efectivamente un castigo, cumpliendo la pena mayor que puede corresponderle, pero no tiene antecedentes penales anotados a causa de que el veredicto del jurado le absolvió en relación al delito que se le atribuía

17ª Cometer el delito en lugar destinado al ejercicio de un culto religioso, o en presencia de la autoridad pública, o en lugar donde ejerza sus funciones

Lugar destinado a ejercicio de culto religioso, presencia de autoridad o lugar en que ejerce funciones.

NOTAS

Esta agravante comprende tres situaciones: a) que el delito sea cometido en lugar destinado al ejercicio de un culto religioso; b) en presencia de la autoridad pública, c) en el lugar donde la Autoridad pública ejerce sus funciones

En primer término consideramos que sobre el culto religioso, la ley se refiere a aquellos que son permitidos por la Constitución Política, quedando comprendidos en los lugares destinados al culto, los templos y oratorios privados

Hay situaciones en que la simple transgresión respecto del lugar destinado al culto, constituye delitos especiales (Arts 171, 172 y 173 Pn) o faltas (Art 529 Pn N° 1) y en otros, tal circunstancia es agravante especial (Art 471 Pn N° 2) En consecuencia, no cabe aquí aplicar la agravante general

Respecto a delitos cometidos en presencia de autoridad pública, entendemos que es preciso que el agente se haya percatado de tal presencia o que cometa el delito en lugares en donde la autoridad se encuentre en el ejercicio de sus funciones Así, por ejemplo, se aplicará la agravante si el delito se comete con ocasión de una inspección judicial, causándose homicidio o lesiones, en presencia del Juez que verifica la inspección Pero no se aplicará la agravante, si la autoridad se halla, no precisamente ejerciendo sus funciones, sino

en lugares de distracción, esparcimiento o de tolerancia, como tabernas, cantinas, expendios de aguardiente, garitos u otros centros similares

En el tercer caso, si el delito se comete en el lugar en que la autoridad ejerce sus funciones, como Tribunales, Ministerios u otras Oficinas Públicas, se aplica la agravante, no exigiéndose que se encuentre presente el titular o titulares de tales Oficinas. Así, para el caso, si alguien da muerte o lesiona a otro en el interior de un Tribunal o Ministerio, se aplicará la agravante, en atención al irrespeto al lugar, específicamente

Adviértase la similitud de esta agravante con la N^o 14, pero también repárese en que la diferencia estriba en que en esta última, se precisa el desprecio u ofensa de la autoridad, es decir, que el irrespeto se traduzca directamente contra la autoridad por medio de actos, en tanto que en la N^o 17, la agravante se da pese a que el agente no dirija directamente su ofensa o desprecio para la autoridad

18 ^a Ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por la dignidad, edad o sexo mereciere el ofendido, o en su morada, cuando no haya provocado el suceso	Ofensa o desprecio a la dignidad, edad, sexo y morada del ofendido
---	---

NOTAS

Esta agravante comprende dos situaciones: a) que el delito sea cometido en ofensa o desprecio que por la dignidad, edad o sexo mereciere el ofendido, y b) que el delito sea cometido en la morada del ofendido

En ambas situaciones, es requisito esencial que el ofendido no haya provocado el delito

Ante todo fijemos el concepto de los términos empleados por la ley:

Dignidad: “El concepto de dignidad estriba en su aspecto general en la diferencia de condición social entre la víctima y el ofensor”

Edad: Aquí se toma en consideración el escaso número de años o la edad avanzada del ofendido, sin usar un criterio matemático, pues el juez debe racionalmente tomar en consideración la circunstancia

Sexo: Se refiere a la condición de ser mujer la víctima

Morada: Es el lugar en que una persona o grupo de ellas destinan a vivienda, pudiendo ser la permanencia más o menos transitoria y donde por lo común se pernocta

Según la jurisprudencia española, concurre el desprecio a la dignidad, cuando se lesiona a un sacerdote

En cuanto a la condición social, no es, entonces, la holgada posición económica lo que se toma en cuenta, sino más bien el grado de respeto que merezca la víctima, como la condición de mentor, sacerdote, etc

Se aplicará la agravante, respecto a la edad, cuando la víctima sea un niño o un anciano

Sobre la morada, se entiende que lo que pretende la agravante es sancionar más agravante a quienes, para delinquir, violan el recinto familiar o de vivienda, razón por la que no concurre, cuando por propia voluntad de la víctima el hechor ha penetrado a su habitación o, si viviendo dos o más personas en una casa, una de ellas comete delito en otra de esas personas

Desde luego, la agravante citada últimamente, no concurre en los casos en que la sola violación de domicilio constituye delito de allanamiento de morada (Art. 446 Pn) o en sitios que permanezcan abiertos al público como cafés, tiendas, tabernas, posadas o casas públicas (Art. 448 Pn)

JURISPRUDENCIA

“En el caso anterior, no es procedente apreciar la agravante de ofensa o desprecio del respeto que merecía la ofendida por su sexo, porque carece de razón de ser en el delito de parricidio, por su naturaleza, y menos tratándose de hijos bajo patria potestad (Rev. Judicial, Tomo XXXVI, 15 diciembre 1931, pág. 495).

“En el caso expuesto concurre la agravante de haberse ejecutado el hecho con desprecio del respeto que por su sexo merece la ofendida, quien no provocó el suceso. (Rev. Judicial, Tomo XXXVII, 13 agosto 1932, pág. 540).

I—Las atenuantes de buena conducta anterior y confesión sincera del reo se compensan, respectivamente, con las agravantes de arma prohibida y haberse cometido el delito (homicidio en una mujer) con desprecio u ofensa del respeto que por su sexo merecía la ofendida

II—Los celos que una amasia pueda provocar a su amante, no hacen desaparecer la última agravante expresada, en caso de homicidio perpetrado por el segundo en la primera. Esa agravante expresada, en caso de homicidio perpetrado por el segundo en la primera. Esa agravante sólo es improcedente cuando la ofensa o desprecio al sexo forman parte de la naturaleza del delito, o cuando la mujer, por circunstancias especiales, se ha hecho indigna de que se le respete como tal (Rev. Judicial, Tomo XXXIV, 13 diciembre 1934, página 320).

“Existe contra un reo la agravante de haber cometido un delito de homicidio simple en una mujer con ofensa o desprecio del respeto que por su sexo merecía la ofendida, sin necesidad de otra prueba que la condición de ser ésta mujer, excepto que en el proceso existan hechos que la hagan indigna de que se le respete, o que la condición de mujer sea de la naturaleza del delito. Esta agravante produce el efecto de aumentar la pena legal en una cuarta parte” (Rev. Judicial, Tomo XL, 31 agosto 1935, Pág. 453).

“En un delito de lesiones graves cometido por un hombre en una mujer, concurre la agravante de haberse ejecutado el delito con desprecio u ofensa

del respeto que por su condición de mujer merecía la ofendida, aunque ésta y ofensor hayan vivido maritalmente cuando se verificó el hecho”. (Rev. Judicial, Tomo XLI, 19 noviembre 1936, pág. 441)

“Cuando un hombre armado de un machete da de machetazos a una mujer, caída en el suelo, en su propia casa, produciéndole la muerte, ignorándose como empezó el suceso, concurren en el hecho las agravantes de haberse ejecutado el delito en la morada de la ofendida, con desprecio del sexo de ésta, con abuso de superioridad y haciendo uso de arma prohibida” (Rev Judicial, Tomo XLII, 27 abril 1938, pág 165)

“La agravante de haberse ejecutado el delito con ofensa del respeto que por su sexo merecía la ofendida, no desaparece por la circunstancia de las relaciones ilícitas entre ésta y el reo, ni por los celos que pudieran ser la causa impulsiva del delito” (Rev Judicial, Tomo XLIII, 27 abril 1938, pág 165).

“La agravante de haberse ejecutado el delito con ofensa del respeto que por su sexo merecía la ofendida, no desaparece por la circunstancia de las relaciones ilícitas habidas entre ésta y el reo, ni por los celos que pudieran ser la causa impulsiva del delito”. (Rev Judicial, Tomo XLIII, 26 julio 1938, pág 428)

“Un individuo que con un revólver dispara a un menor que tiene doce años de edad y lo mata, comete el delito de homicidio simple, concurriendo la agravante de abuso de superioridad, desprecio del respto que por su edad merecía el ofendido y haberse cometido el delito con arma prohibida; y no habiendo ninguna atenuante, procede elevar la pena legal en una tercera parte por dichas agravantes” (Rev Judicial, Tomo XLIII, 29 septiembre 1938, pág 450).

“Un hijo que mata a su madre comete el delito de parricidio, con la agravante de haberse ejecutado el hecho con ofensa del respeto que por su sexo merecía la ofendida, agravante que produce el efecto de aumentar la pena legal en una cuarta parte” (Rev Judicial, Tomo XLV, 6 mayo 1940, pág 505)

“En el delito de robo no concurre la agravante 18ª del Art 10 Pn , porque esta circunstancia sólo se toma en consideración cuando el autor se encamina deliberadamente a ocasionar ofensa o menosprecio al sexo El objeto del robo es enteramente ajeno a esa finalidad” (Rev. Judicial, Tomo L, 15 diciembre 1945, pág 332)

“Si ya se tomó en cuenta el sexo de la ofendida como agravante, por la ofensa o desprecio al respeto que por esa circunstancia, aquella merecía, no procede ese mismo elemento como integrante de la agravante de abuso de superioridad, porque sería antijurídico conceder ,a aquel elemento, dos motivos de agravación” (Rev. Judicial, Tomo LIX, 25 enero 1949, Pág 281)

“El hecho de existir relaciones de concubinato entre el ofensor y la ofendida, no justifica el rechazo de la agravación de la pena por el “irrespeto al sexo”, porque tales relaciones sexuales, lejos de eliminar la consideración y

el respeto debidos a la mujer, deben mantenerse dentro del plano de la honradez y la decencia" (Rev Judicial, Tomo XIV, 15 julio 1940, Pág 312)

19ª Ejecutarlo con escalamiento Escalamiento

Hay escalamiento cuando se entra por una vía que no sea la destinada al efecto

NOTAS

La ley da un concepto de escalamiento y entre los requisitos que podemos señalar, están 1) que el escalamiento sea anterior o concomitante al delito, nunca posterior; 2) se aplica sólo al entrar, aunque lógicamente la ley debería mencionar además, la salida, 3) debe existir penetración, pues el sólo hecho de subir a un tapial, no constituye delito, aunque se hurte fruta u objeto que allí se encuentren, así como tampoco hay escalamiento cuando se introduce sólo la mano o parte del cuerpo

Lo importante en esta agravante es advertir, que la razón del legislador, es sancionar más severamente a quienes se introducen a la casa por vías que no las destinadas a entrada. Así, por ejemplo, las vías destinadas para ello son las puertas y zaguanes, pero nunca las ventanas, balcones, muros, tapiales o límites puestos para determinar la propiedad

No se requiere que la casa sea habitada, como en el robo, pero el agente debe usar medios extraordinarios, como escaleras, sogas, alambres o habilidad personal para saltar tapiales o muros

20ª Ejecutarlo con rompimiento de pared, **Rompimiento o fractura.** techo o pavimento o con fractura de puertas o ventanas

NOTAS

Esta agravante comprende dos situaciones a) ejecutar el delito con rompimiento de pared, techo o pavimento; b) cometer el delito con fractura de puertas o ventanas. Claro está que tal perforación, rompimiento o fractura debe ser anterior o concomitante al delito, no posterior

Aún cuando la ley usa dos términos: rompimiento y fractura, creemos innecesaria tal diversificación, puesto que teóricamente puede hablarse de perforación o fractura, también conocida como efracción, que consiste, según lo indica la jurisprudencia argentina, "en el vencimiento violento de los obstáculos materiales que la defensa privada opone a la codicia ajena"

En consecuencia la efracción puede presentar formas diversas cortar, romper, fracturar, perforar, demoler, forzar o destruir el medio defensivo, en su unidad, sin exigirse el despedazamiento

Ahora bien, la efracción puede referirse a pared, puerta, ventana, piso, etc. Esta circunstancia aparece en el Código Penal como agravante especial

en el robo (Arts 462 y 465 Pn), razón por la que aquí no cabe aplicar la agravante general

22ª Cometer el delito con ocasión de las fun- **Función pública anterior**
ciones públicas que anteriormente hubiere des- **del ofendido.**
empeñado el ofendido

NOTAS

Esta agravante fue introducida en el Código Penal salvadoreño, a virtud de las reformas de 1904, como una verdadera garantía para los que, habiendo desempeñado funciones públicas, y salido de ellas, fueren sujetos pasivos de delitos

Se explica la agravante, como una circunstancia que aumenta la pena de aquellos que se vengan de autoridades, como el caso del reo que da muerte al Juez que le sentenció a sufrir pena de presidio, después que éste había dejado de desempeñar la judicatura o bien cuando el reo da muerte al agente de policía que le capturó, cuando éste ya no fungía como tal

No aparece esta agravante en otras legislaciones, como la española

