



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES

**"EL DELITO DE HURTO Y MODO DE
PROCEDER EN LA LEGISLACION SALVADOREÑA"**

TESIS DOCTORAL

Presentada por

REYNALDO ANIBAL AGUILAR

Como acto previo a su investidura académica
para obtener el título de:

**DOCTOR EN
JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

—●—
ABRIL 1971

SAN SALVADOR, EL SALVADOR, CENTRO AMERICA.





1971

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS:

RECTOR:

DR. RAFAEL MENJIVAR

SECRETARIO GENERAL:

DR. MIGUEL SAENZ VARELA



FACULTAD DE DERECHO:

DECANO:

DR. NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ

SECRETARIO:

DR. MAURICIO ALFREDO CLARA

416
16/8/11 /
11/8/11 /
11/8/11 /

DEDICO ESTA TESIS

A MIS PADRES:

Víctor Manuel Aguilar y María del Socorro Bermúdez.

A MI ESPOSA:

María Fidelina Miranda de Aguilar.

A MIS HERMANOS:

Héctor David, Alma Nelly y Víctor Hugo.

Y NATURALMENTE,

A MIS HIJOS:

*Vladimir Reynaldo, Carlos Fabricio y Jaime Oswaldo,
quienes en todo momento han sido mi inspiración, y mi
ideal como finalidad de mi triunfo profesional.*

A mis demás familiares, compañeros y amigos.



T.
3115. 2262
9. 2534
1971
F. 7. 7. 7. 7.
G. 2

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES

"EL DELITO DE HURTO Y MODO DE
PROCEDER EN LA LEGISLACION SALVADOREÑA"

TESIS DOCTORAL

Presentada por

REYNALDO ANIBAL AGUILAR

Como acto previo a su investidura académica
para obtener el título de:

DOCTOR EN
JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

—●—
ABRIL 1971

SAN SALVADOR, EL SALVADOR, CENTRO AMERICA.



EL DELITO DE HURTO Y MODO DE PROCEDER DEL MISMO EN LA LEGISLACION SALVADOREÑA

DESARROLLO:

CAPITULO I

✓ Concepto del delito de hurto:

Sumario:

- a) Elementos del delito de hurto y breve análisis de ellos.
- b) Diferencias del delito de hurto con los demás delitos contra la propiedad.

CAPITULO II

↓ Grados del delito de hurto:

Sumario:

- a) Delito Imperfecto: Grado de tentativa y grado de frustración.
- b) Delito Perfecto: Delito consumado y Delito agotado.

CAPITULO III

Modo de proceder en el delito de hurto:

Sumario:

- a) Delincuencia: Prueba testimonial. Confesión del reo y Presuncional.
- b) Cuerpo del delito: Art. 132, I., y crítica a la interpretación y aplicación que de esta disposición hacen los jueces.

CAPITULO IV

Análisis del Art. 283 I., numeral primero, referente a la condena de derecho en los delitos de hurto.

CAPITULO V

La prueba contradictoria, tachas y demás situaciones del Art. 183 I., en lo referente al delito de hurto.

CAPITULO VI

Breve análisis de la Ley de Peligrosidad:

Sumario:

- a) Crítica.
- b) Breve estudio de la Peligrosidad.

CAPITULO VII

√ El hurto famélico.

CAPITULO VIII

√ Grados de participación y responsabilidad en el delito de hurto.

Sumario:

- a) Autor.
- b) Cómplice.
- c) Encubridor

CAPITULO IX

√ Penalidad en el delito de hurto.

BIBLIOGRAFIA:

Derecho Penal, Federico Puig Peña.
Estudios Penales, Dr. Enrique Córdova.
La Ley y el Delito, Luis Jiménez de Asúa.
Derecho Penal (Parte Especial), Eugenio Cuello Calón.
Derecho Penal (Parte Especial), Gustavo Labatut Gléna.
Breve Monografía Sobre el Delito de Hurto, Dr. Marcenaro Soto.
Derecho Penal (Parte Especial), Carlos Fontán Balestra.
Derecho Penal Salvadoreño (Parte Especial), Dr. José Enrique Silva.
Derecho Penal (Parte Especial), Francisco González de la Vega.
Código Penal Vigente.
Sentencias dictadas por nuestros Tribunales ya confirmadas.

CAPITULO I
CONCEPTO DEL DELITO DE HURTO

SUMARIO:

- a) Elementos del delito de hurto y breve análisis de ellos, y
- b) Diferencias del delito de hurto con los demás delitos contra la propiedad.

CONCEPTO DEL DELITO DE HURTO

Para llegar al concepto actual del delito de hurto, nos remontamos al derecho antiguo a fin de distinguir las distintas nociones que al respecto se tenía de este delito. Primeramente podemos afirmar, que casi al mismo tiempo que se constituyó la propiedad privada, nació el delito de hurto. Fue en el derecho romano con la voz "Furtum", la que ampliamente significaba todo delito contra la propiedad, distinguiéndose con ese derecho los términos siguientes: HURTO FLAGRANTE; considerando como tal, cuando se aprehendía al ladrón con la cosa tomada o hurtada en su poder, lo que se castigaba con azotes, esclavitud y hasta la muerte. HURTO NO FLAGRANTE: el que se consideraba un delito privado y el cual era castigado con una multa.

Fue así, como poco a poco esta definición amplísima fue tomando nuevas tendencias, y se formaron varias clases de delito referente a la misma apropiación, y estos fueron: LA RAPIÑA: (hurto violento) el cual es un antecedente del delito de robo; EL PECULATUS: o sea el hurto cometido por el funcionario público; EL PLAGIUN; llamado así al hurto o sustracción de una persona libre; y EL SACRILEGIUN: que consiste en el apoderamiento de las cosas sagradas. Y es de esta manera como de toda esa variación de conceptos, se llegó a la moderna definición del delito de hurto, y el que nuestra Legislación Positiva en su Art. 469 Pn. numeral primero dice: "LOS QUE CON ANIMO DE LUCRAR PARA SI O PARA UN TERCERO Y SIN VIOLENCIA O INTIMIDACION EN LAS PERSONAS, NI FUERZA EN LAS COSAS, TOMAN LAS COSAS MUEBLES AJENAS SIN LA VOLUNTAD DE SU DUEÑO" y continúa el segundo inciso de dicha disposición: "LOS QUE CON ANIMO DE LUCRARSE PARA SI O PARA UN TERCERO RETENGA LAS COSAS AJENAS ENCONTRADAS, SABIENDO QUIEN ES SU DUEÑO, O DEJANDO PASAR CUARENTA Y OCHO HORAS SIN DAR CUENTA DEL HALLAZGO A LA AUTORIDAD LOCAL, CUANDO IGNOREN QUIEN ES AQUEL".

a) ELEMENTOS DEL DELITO DE HURTO Y BREVE ANALISIS DE ELLOS:

Descomponiendo tal concepto podemos decir que posee las siguientes características: A) Que el culpable realice el acto de “tomar”, lo que significa aprehender, agarrar, pues si sólo toca y no se toma una cosa entraríamos a los casos de deslindar la tentativa, la frustración, con el delito consumado de lo que trataremos posteriormente; es necesario que en estos casos últimos de sus grados, se dé el dolo específico o sea el ánimo de lucrar. Ahora bien, continuando con este elemento, podemos decir que el modo de tomar la cosa ajena es indiferente, tal como lo dice Cuello Calón, “puede tener lugar no sólo con la aprehensión material o manual de la cosa, realizada por el propio agente, sino también mediante el empleo de fuerzas extrañas a este, v gr.: el que para apoderarse utiliza un perro especialmente adiestrado, o un niño o un loco; o mediante instrumentos o aparatos, como trampas, lazos, etc.” (1), lo cual es absolutamente cierto. B) Que la cosa sea mueble. Legalmente, cosa es toda sustancia corporal, material, susceptible de ser aprehendida y que tenga un valor cualquiera. Atendiendo tal sentido, podemos afirmar que no se puede cometer un delito de apropiación de un bien invisible, pues éste no se puede tomar manualmente, no puede ser transportado para ningún lado sin menoscabarse en su integridad, por ejemplo: los gases, la electricidad, el aire. Ha habido discusión en la doctrina si los gases y la electricidad pueden ser objeto de hurto o no, al respecto hay sentencias en los Tribunales Españoles que se han pronunciado en el sentido afirmativo de que sí puede apropiarse de la energía eléctrica y por lo tanto es objeto de hurto, debido a que dicha energía se puede medir por medio de un contador y valorarse así la energía sustraída. Otras corrientes plasmadas en sentencias también por los Tribunales Españoles han opinado la imposibilidad de la aprehensión de la energía. En nuestra legislación no tengo ningún conocimiento de que se haya dado un caso de esta índole; sería maravilloso que alguna vez se diera tal situación para ver cómo la resolvieran nuestros jueces en el aspecto doctrinal, pues se ha afirmado, sólo la Legislación Española resuelve esa situación, por que ellos consideran como cosas muebles los gases y la electricidad. Con base al conocimiento que tenemos respecto a la cosa mueble ya definida en este literal, no se puede afirmar que el inquilino de una pieza de mesón o de una casa, cometa delito de hurto al excederse en el consumo de la energía eléctrica y salga un pago exagerado para el propietario del inmueble, siendo mi opinión muy particular que no comete delito el inquilino, ni un tercero que abuse de tal energía. C) *Que la cosa sea ajena*: se entiende como cosa ajena, el objeto o bien que legítimamente le pertenezca al sujeto pasivo del delito o sea el ofendido, sea que éste lo tenga en su poder ejerciendo absolutamente su derecho sobre la cosa, o que una tercera persona lo posea a su nombre, es decir, reconociendo esta tercera persona que ella sólo tiene la mera tenencia y otra es la propieta-

(1) Cuello Calón, Eugenio: Derecho Penal (Parte Especial) Pág. 278.

ria; hablando concretamente para mejor entendimiento, el sujeto activo del delito o sea el reo no deber ser el propietario de la cosa, pues siéndole y se apodera de ella, no ha cometido ningún delito; y soy de opinión de que aunque, el reo se apodere de su propia cosa, no obstante que crea que la cosa es de otra persona, no comete delito sencillamente porque no puede lucrarse ya que está en su patrimonio, y la presunta persona ofendida o sea quien tenga la cosa objeto del hurto en este caso en concreto no ha sufrido ningún perjuicio patrimonial, es decir, que en ningún momento su patrimonio estuvo a la expectativa de sufrir ese perjuicio; y aun en el caso de que el presunto reo sea el dueño de la cosa y bajo, un título por ejemplo en arrendamiento, se la entrega a X persona y estando en poder de ésta aquél se lo quita sin terminar el plazo de vencimiento del contrato de arrendamiento, no comete delito de hurto, por las mismas razones que aduje en el caso anterior, y lo único que habría es el incumplimiento de una obligación civil de parte del arrendante. Lo esencial es que la cosa no pertenezca al sujeto activo del delito (reo) porque si esta persona se apodera de un bien que tiene X en calidad de arrendatario y que en tal carácter se lo haya dado el propietario, sí hay delito, y sería que en su carácter de tenedor de la cosa hurtada, correría con la carga de la prueba. Hay una excepción al literal que analizamos, y es la establecida en el Art. 524 Pn. que dice: “Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren; 1º) los cónyuges, ascendientes y descendientes o afines en la línea recta. 2º) El consorte viudo respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado al poder de otro. 3º) Los hermanos o cuñados, si vivieren juntos. La excepción de este artículo no es aplicable a los extraños que participaren del delito”. D) *Animo de lucro*: Este elemento nos da a entender que no es necesario que el sujeto activo del delito (reo) se lucre, o sea que saque provecho o utilidad, ya en el sentido económico, ya en el sentido emotivo, para sí o para un tercero, basta con que él se proponga el deseo de aprovecharse de ella. Este ánimo se presume legalmente en el Art. 525 Pn., y por ser una presunción legal admite prueba en contrario, en el sentido de que se puede establecer en autos que el sujeto no tuvo la intención de apoderarse de la cosa con el objeto de lucrarse para sí o para un tercero, y entonces se tipifica otra figura que es conocida como el *hurto de uso*, en el Art. 541 Pn. y que es una falta conforme a tal disposición y no un delito de hurto; por ejemplo, el que se apodera de un automóvil sin el consentimiento de su dueño con el objeto de ir al Hospital a dejar un enfermo para su curación, o para ir a hacer un mandado, y después lo devuelve a su dueño o lo deja abandonado. E) El apoderamiento de la cosa sin el consentimiento de su dueño. Este último requisito, es una característica esencial del hurto y del robo, pues si hay consentimiento de su dueño se configura el delito de apropiación indebida o estafa según sea el caso. Es necesario pues, la absoluta ausencia del consentimiento de su propietario en cuanto a su entrega. Ahora bien, distinto sería el caso en que el autor cuando sustrajo la cosa,

creía fundadamente que existía el consentimiento presunto del dueño, como puede ser el caso del hurto entre parientes a que ya hicimos mención; otro caso sería aquel en que el autor creía de buena fe que existía el consentimiento del dueño teniendo como base la estrecha amistad que existía entre ambos; en todos estos casos a que nos hemos referido, estas sustracciones no son punibles. Los elementos: referente a que la cosa sea ajena al actor y el no consentimiento del dueño de la cosa, son elementos puramente subjetivos de este delito, que en un momento determinado pueden destruir de modo completo el dolo genérico constituido por estos dos elementos subjetivos, o sea ese conocimiento de parte del actor en alegar de que actuó con el consentimiento del dueño, o creyó que existía ese consentimiento presunto. Distinto sería si ya en el proceso, es decir, ya impulsado el proceso de parte del ofendido cuando denuncia el hecho delictivo, y manifiesta que renuncia a su acción pidiendo que se deje sin castigo al hechor o que manifieste que él habría dado el consentimiento para que el actor se apoderara de la cosa, en el supuesto caso que se lo hubiera solicitado; en estas situaciones, el hurto siempre existe y por ende su punibilidad. Las razones que aduzco para afirmar lo anterior se basan en que, por una parte, la acción se cometió sin el consentimiento expreso o tácito del ofendido y en segundo lugar, por ser esta acción no de tipo particular o privado sino de un orden eminentemente público; tan es así, que aunque haya una acusación particular o sea el ofendido apersonándose como parte acusadora en la secuela del juicio, no da ningún resultado de exoneración, la renuncia a la acción interpuesta por el acusador; este último lo traigo a cuenta como una explicación a la clase de norma jurídica que corresponde o dentro de la cual está encuadrada el hurto.

El segundo inciso del Art. 469 Pn. en comento, nos establece la posición referente a la retención de la cosa ajena, con ánimo de lucro (dolo específico), al ser esta encontrada y no se devuelva a su dueño sabiendo quien es él; y si no se sabe quien es, no se devuelve la cosa a la autoridad local del lugar donde fue encontrada dentro de las cuarenta y ocho horas de su hallazgo. Aquí se discute acerca del conocimiento que el actor tenga de la persona propietaria de la cosa encontrada, esto es una posición subjetiva del autor, en cuanto se refiere al conocimiento, si este debiera ser necesariamente, que tenga la obligación de saber el nombre, apellido y circunstancias personales del propietario; o si por el contrario basta que este conocimiento sea de un modo amplio, respecto a esa persona y que esta sea más o menos determinada y en esas circunstancias se sepa que ella tenía en su posesión la cosa encontrada. Me adhiero a esta última corriente, por ser más justa, en el sentido de que habría suficiente campo por parte del autor para alegar que no sabía quien era su dueño y que no la entregó a la autoridad dentro del tiempo legal en vista de ciertas circunstancias personales ajenas a su voluntad, sea por fuerza mayor o caso fortuito, destruyendo así, la presunción del dolo; ahora bien, para mí en lo particular, esta última posición de dicho artículo es una presunción, en vista de que el que encuentra una cosa sabiendo o no sabiendo quien es su dueño, en las circunstancias ya apuntadas y no la devuelve a quien corres-

ponde, probando lo que alega en las formas ya dichas con anterioridad, hay lugar a que se destruya ese dolo y por lo tanto conseguir un sobreseimiento por no ser acción criminosa el hecho ejecutado, y por ende no tener ninguna pena señalada, Art. 181 I. numeral 1º

b) DIFERENCIAS ENTRE EL DELITO DE HURTO Y LOS DEMAS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD.

En estos delitos contra la propiedad, el bien jurídico que se lesiona es la libre disposición que el propietario de un bien tenga sobre él; ese ataque que se le hace a su patrimonio, ese constreñimiento a su libre disposición sobre sus bienes, ocasionados por la acción del sujeto activo del delito; tiene por efecto el perjuicio patrimonial que se le ocasiona, sea con su consentimiento (apropiación indebida) con su consentimiento a base de engaño (estafa), por medio de la violencia, fuerza e intimidación en las cosas y personas respectivamente (robo) etc.

El término propiedad en Derecho Penal, puede ser considerado en un sentido más o menos amplio, ya que al referirse a los Derechos Reales, en el delito de Usurpación, existen algunos criterios que sostienen que los derechos reales de herencia, prenda e hipoteca no son usurpables. Visto lo anterior puedo decir, que el delito de hurto se diferencia de los demás delitos contra la propiedad, en los siguientes requisitos:

a) Con el robo: Este delito se tipifica con el apoderamiento de la cosa ajena mueble sin la voluntad de su dueño; pero con las circunstancias o requisitos de violencia y fuerza en las cosas e intimidación en las personas, establecido en el Art. 456 Pn. En esta clase de delito se nota la mayor peligrosidad del agente activo del delito (reo), llegando al grado máximo de peligrosidad, cuando mata a una persona con motivo o con ocasión del robo, en que se configura el delito de "Latrocinio" tipificado en el Art. 457 Pn. numeral primero, y que se le castiga con la pena de muerte. Las circunstancias de violencia y fuerza en las cosas, se establecen en el proceso a través de las pruebas: la inspección ocular del Juez en el lugar de los hechos estableciéndose en ella por ejemplo: las huellas que dejó el formón o espátula en la cerradura de la puerta, o de la ventana; el rompimiento del vidrio de la misma, o del armario en donde se guardaba el dinero o joyas, etc.; la violencia en la persona por medio del reconocimiento de sangre practicado por forenses en la mano o en el pecho, huellas que dejó el ladrón cuando le arrebató el reloj o cadena que portaba, o por medio de testigos cuando vieron esa acción, o cuando intimidaban a la persona por medio de un puñal en el abdomen de la víctima a fin de que esta les entregara su dinero y demás prendas valiosas o no. La punibilidad de este delito es mayor, pues por mínimo que sea el valor de la cosa robada, siempre existe delito, aunque el valor de la cosa no pase de diez colones, siempre es castigado con presidio y por excepción con pena de prisión mayor. Es decir, el medio de que se vale el actor es esa violencia e intimidación, que lo hace más peligroso, y esta es la razón por la cual su pena es mayor.

b) Con la apropiación indebida establecida en el numeral quinto del Art. 490 Pn. este delito se caracteriza porque opera el consentimiento o voluntad de la víctima, cuando sin engaño, ni violencia e intimidación entrega una cosa mueble al sujeto activo, sea en calidad de depósito, comisión, etc. o sea bajo cualquier título en que dicha persona tenga la obligación de devolverla, y no lo hace, apropiándose, lucrando con ella. En este delito hay una situación muy delicada digna de tomarse en cuenta en cada caso, porque hay ocasiones en que aparentemente se trata de un delito de apropiación indebida, pero en el fondo solo hay un incumplimiento de una obligación civil nacida del contrato que fue su fuente inmediata; con un ejemplo sencillo pasaré a explicar mejor esta situación: un comerciante de zapatos desde hace tiempo está acostumbrado a negociar con una persona (X) en el sentido de que le da la mercadería al crédito para que esta persona al venderlos le pague por completo lo adeudado y así sucesivamente trabajan, hasta que llega un día en que la persona que recibe la mercadería o sea los zapatos, no devuelve el dinero adeudado ni la mercadería, sea por que le fue mal en el negocio, se le perdieron, se los robaron o porque los vendió y no entregó el dinero adeudado; vemos que se dan los requisitos de la apropiación indebida y por lo tanto es punible, pero en el fondo lo que existe es un incumplimiento de una obligación civil originada por el contrato de compra venta, condicionado su pago o precio a un determinado plazo; y si no paga su precio origina una acción personal del vendedor al comprador; este caso no es objeto del delito de apropiación indebida, y el Juez en caso de conocer de él debe declararse incompetente por ser materia civil, a prima facie, o si ya conoció de él sobreseer por no ser delito conforme al Art. 181 I numeral primero.

c) Con el delito de estafa: este delito tipificado en el Art. 489 Pn. se caracteriza: primero por la menor peligrosidad del actor, ya que se vale de su habilidad fingiéndose ser determinada persona, atribuyéndose poder, o ciertos atributos falsos que impulsan o que sirven de base para que la víctima le entregue la cosa objeto de la estafa, y segundo: es el engaño que ha sufrido esta víctima al creer todo lo que el actor le ha dicho y son ese fingimiento, esa habilidad, ese atributo falso que ha movido su voluntad a entregar la cosa que es objeto del delito. Aquí el apoderamiento de la cosa de parte del actor se ha hecho con la voluntad de la víctima y es punible este apoderamiento, porque el consentimiento de la persona para entregar la cosa fue orientado, movido e impulsado por una apariencia, por situaciones no reales provocadas por el fingimiento o atributos falsos del actor, en otras palabras, por el engaño, circunstancia esencial para la existencia de este delito de estafa; ejemplo: una persona (el actor) atribuyéndose ser un acaudalado en el exilio, no siéndolo, mueve la voluntad, de la otra persona engañándola, y le entrega determinado objeto de gran valía, o le firma un cheque por cierta cantidad de dinero por un negocio inexistente, aquí hay una verdadera estafa; o el que falsifica una firma o finge letra y firma del cuenta correntista y cobra un cheque que no ha girado éste, hay una estafa valiéndose de otro delito denominado falsificación de documento privado comercial.

La nota relevante en este delito, concluyendo, con nuestra posición, es el engaño de la persona en virtud del cual ha entregado voluntariamente la cosa.

d) La Quiebra: conforme a nuestra disposición legal Art. 478 Pn. “el que se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores” y el Art. 479 dice: “El quebrado que fuera declarado en insolvencia fraudulenta conforme el Código de Comercio” y el Art. 480 Pn. dice: “El comerciante que fuere declarado en insolvencia culpable...”. De todas estas disposiciones sacamos una conclusión, que el quebrado es una persona que está en una situación especial de insolvencia en el pago corriente de sus obligaciones, lesionando el patrimonio de sus acreedores. Esta puede ser fraudulenta (o sea con el dolo específico de defraudar a los acreedores y acarrearles así un perjuicio en su patrimonio, con ese “ánimue nocendi”); y la quiebra culpable: en la que el actor ha cesado en el pago de sus obligaciones debido a cierta negligencia o imprudencia, que ha hecho imposible la marcha normal de sus negocios; estas dos clases de quiebra son punibles conforme a los Arts. 479 y 480 Pn. En la quiebra, la conducta del quebrado debe verse pues, de dos maneras: primero una insolvencia debido a su conducta maliciosa que van en perjuicio de sus acreedores y segundo a actos de disipación de sus bienes realizados en un completo menosprecio a su responsabilidad patrimonial; y algunos autores como Carrara afirma que la quiebra es “un delito contra la fe pública”, porque cuando una persona negocia con otra, aquélla pone su confianza, su fe, en ésta, poniéndole a su orden su patrimonio o parte de él y al colocarse en esta situación el que ha contratado con el comerciante le está dando vida y alma al comercio, debiendo haber una lealtad recíproca, y por tal razón debe verse la quiebra como un hecho de carácter social; y otros autores entre ellos Federico Puig Peña sostiene que la quiebra debe verse como un hecho en que lleva por sí misma “el abuso de confianza”, porque además de la conducta maliciosa del actor (fraude propiamente dicho), está también el engaño general que sufren las personas que han contratado con él y en particular el acreedor, al verse desposeído de sus bienes por la conducta despreciativa del deudor (fraude impropio). La diferencia más esencial con el hurto es que: en la quiebra punible para que el Juez de lo Penal conozca, es necesario que el Juez de lo Civil haya declarado con anterioridad la quiebra o sea que la haya calificado, y en el juicio criminal se pruebe el dolo o la culpa de parte del autor, Arts. 800 y 801 del Código de Comercio y Arts. del Código que entrará en vigencia el día primero de abril del corriente año.

e) La Usurpación: consiste en la ocupación de un bien inmueble, o la usurpación del derecho real cualquiera inherente a dicho inmueble; la ocupación en este caso significa tomar para sí, efectuar una incautación de carácter permanente; no hay ocupación en el hecho de que una persona ocupa violentamente una heredad ajena, y allí pasta su ganado y después de conseguirlo se retira a la heredad con su ganado. La usurpación significa ponerse una persona en lugar de otra, o sea que usurpa un derecho real, equivale a decir que el actor se pone en lugar del titular del derecho real

y le sustituye en el disfrute del mismo. Por ejemplo, el que goza de una servidumbre de acueducto y otro colindante se aprovecha de sus aguas canalizándolas hacia su predio sin el consentimiento del titular del derecho real. Aquí la nota relevante es que la Ocupación o Usurpación se da sólo en los bienes inmuebles.

En los delitos de daños e incendio, aunque efectivamente se trate de delitos que atentan contra la propiedad cuyo perjuicio se nota a través de las señales dejadas por el acometimiento de los hechos, es decir, por la acción del que hace el daño y deja arruinado el mueble o inmueble, o por los estragos que ha ocasionado el siniestro en los bienes muebles o inmuebles, pues ambos delitos se dan en las dos clases de bienes, como expresé anteriormente, aunque estos dos delitos van en perjuicio del patrimonio de la persona, el único requisito que se da y es el mismo para el hurto, es en lo que se refiere al perjuicio que recibe la persona en su patrimonio; en lo demás, es esencialmente opuesto al hurto, ya que no existe, pues, la aprehensión manual a que aludimos, ni el dolo específico de lucrarse en la forma que señalamos en el breve análisis, que se hizo en el hurto como elemento primordial, que debe regir en los delitos contra la propiedad.

CAPITULO II

GRADOS DEL DELITO DE HURTO

SUMARIO:

- a) Delito Imperfecto: Grado de Tentativa y Frustración.
- b) Delito Perfecto: Delito Consumado y Delito Agotado.

Al hacer un análisis referente a los resultados del delito existe esa gran división del delito en Imperfectos y Perfectos, dentro de los delitos imperfectos se encuentran los grados de tentativa y frustración, aunque antes de analizar estas fases del delito, veremos someramente ya que no es punto de nuestro trabajo tratarlo con gran consideración, lo referente a aquellas fases del delito y concretamente en lo que se refiere a la fase interna del delito.

Pues bien, la fase interna se refiere a ese pensar, a ese idear del sujeto activo del delito, desde que este piensa cometer una acción criminal hasta que consuma lo que él ha pensado, a esto lo llaman los diversos autores "Iter Criminis" que significa la investigación sobre las fases por las que pasa el delito, llamados por unos "La vida del delito", y es aquel que comienza desde su ideación hasta su agotamiento, o sea hasta que el sujeto ha cumplido o concretizado lo que al principio únicamente fue una idea; ahora bien, la fase interna sólo existe dentro de la mente del sujeto, y si esta se exterioriza por cualquier medio, deja de ser interna y se convierte en la otra fase que llamamos fase externa, y entra en esta fase los llamados grados del delito o sea la tentativa y la frustración.

Es un gran campo, y nos llevaría gran trabajo al hablar sobre esta fase interna, pues distintos autores, algunos de ellos como don Luis Jiménez de Asúa en su obra "La Ley y el Delito" nos dice que la fase interna hay que considerarla en tres situaciones, la primera: cuando el sujeto tiene la idea de delinquir, como una idea, él puede pensar en varias ocasiones querer cometer aquella infracción criminal, pero únicamente es una idea en él, lo que se le denomina "*Ideación*"; la segunda situación es la denominada "*Deliberación*" que es la etapa en que el sujeto piensa el pro y el contra de lo que ha ideado, sea rechazándola o aceptándola de nuevo, y viene la tercera etapa que es la "*Resolución*" que se da, cuando el sujeto toma una determinación, que aunque no se manifiesta por actos exteriores, puede sufrir dos efectos: el primero consistente en que quede en el mismo agente y segundo que esta idea se proponga a otro, para el cometimiento del hecho.

Esta fase interna no le interesa al derecho penal en cuanto sea una mera idea que no se manifiesta, que no se exterioriza, y que por ello resulta

no ser punible, porque es imposible medir ese grado de capacidad interna del sujeto que piensa cometer un crimen, mientras no lo ha exteriorizado y además no causado ningún perjuicio a determinada persona ni a la sociedad, y por esas razones es que no se pena tales ideas consideradas dentro de la fase interna; por ejemplo una persona decide robar, hurtar mercaderías de un almacén de esta ciudad, pero únicamente lo piensa, existe sólo en su mente, ve los pro y los contra de tal situación, *es deliberar* respecto a su resultado, rechazándolo y volviendo nuevamente a pensarlo y madurarlo, y por último resuelve, decide que él va a cometer tal hurto, pero no lo exterioriza, la ley penal no puede venir a regular tal determinación, y por ello castigarlo; en el fondo pues, esta es la verdadera razón por la cual no es punible esa fase interna.

Siguiendo con la posición de la doctrina, llegamos a la fase externa del delito, y es aquí donde comienza a tener una real vida el delito, esto en cuanto a su punibilidad, por que es cuando el agente decide que lo que ha madurado en su mente, o sea llevar a cabo aquella infracción que ha ideado, exterioriza esa idea, sea en el sentido estricto de la palabra en cuanto comienza a ejecutar su plan trazado con anterioridad, o sea que participa a otro ese plan y entre ambos ejecutan los actos encaminados a realizar lo que se ha propuesto. Dentro de la fase externa se encuentran: los actos preparatorios, la tentativa y la frustración.

Los actos preparatorios no constituyen los actos de ejecución del delito, pero si son actos por medio de los cuales el agente se dispone, se prepara a realizar el delito que quiere cometer; hay que distinguir estos actos preparatorios con los actos de ejecución, diciendo que los preparatorios no son punibles, y siguiendo la teoría del maestro Francisco Carrara, cuando establece la doctrina de la UNIVOCIDAD (o actos inequívocos) y los actos equívocos, estos son aquellos actos que bien pueden servir para actos ilícitos o para realizar actos lícitos, y estos son los llamados actos preparatorios, por ejemplo: una persona bien puede comprar una escalera para hacer una reparación en su casa de habitación o bien puede que sea para escalar una puerta o un muro con el objeto de robar algo; por esta razón estos actos preparatorios no pueden ser punibles, por no tener una verdadera orientación si son encaminados o no a cometer una infracción; mientras que los actos de ejecución como dice el maestro italiano, son actos inequívocos, en los que no hay duda de que son destinados a realizar un hecho delictivo, los que por sí solos revelan la intención criminal del agente, y estos actos inequívocos constituyen la tentativa, y si son punibles, por ejemplo el que compra una escalera, la instala en un muro de una casa que no es de él ni vive en ella y que está completamente abarrotada de cierta clase de mercadería haciéndose de sogas, desarmadores y otros objetos, instalando la escalera en horas de la noche, estos actos son sin duda inequívocos, de por sí solos ellos mismos revelan que el agente se propone cometer el delito de robo que se ha propuesto, y por lo tanto es punible. Sigo el criterio de la UNIVOCIDAD de Carrara, por cuanto se deslinda bien ambas clases de actos.

LA TENTATIVA:

El Art. tercero de nuestro Código Penal, nos dice lo siguiente: "Son punibles no solo el delito consumado, sino el frustrado y la tentativa. Las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas. Hay delito frustrado cuando los actos ejecutados por el culpable, con el intento de cometer el delito, habrían sido por su naturaleza suficiente para producirlos, y sin embargo no lo producen por causas o accidentes independientes de la voluntad del agente. 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 da su propio y voluntario desistimiento. Si en los casos de tentativas 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.

Conforme al concepto del delito en grado de tentativa que nos da nuestro Código vigente, podemos sacar los siguientes elementos: *que se proponga al agente, cometer un delito*, en esta situación hay que hacer una aclaración que la tentativa sólo puede darse en los delitos dolosos pero nunca en los delitos culposos, porque el agente cuando va manejando un auto no se propone matar a una persona y si en la calle se le atraviesa una persona, y no la atropella porque frena en el momento o porque una tercera persona hala a la acera al peatón evitándole un atropello seguro, no podemos castigar a dicho agente diciendo que ha cometido el delito de homicidio por imprudencia en grado de tentativa, no pongo un ejemplo en el hurto porque estos todos son dolosos. Y es por la naturaleza propia de la tentativa que no puede darse esta en los delitos culposos, porque el agente en estos delitos no tiene por su parte la resolución de cometer esa infracción, aclarado esto, entremos al segundo elemento el cual es, *que exista un principio de ejecución del delito*: y da comienzo por hechos exteriores, pero no practicando todos los actos de ejecución que debiera producir el delito, y como dice el penalista Federico Puig Peña en su obra "La tentativa es más que los actos preparatorios y es menos que la frustración y consumación" (1) estos actos de ejecución deben ser inequívocos, a idóneos; y al tercer elemento consiste en que no obstante que se ha realizado todos esos principios de ejecución destinados a producir el delito, este no se realiza objetivamente, no hay ese daño inmediato o físico y por ello su imperfección, y este no se realiza por cualquier causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento, tal como reza nuestro artículo ya relacionado; el agente del delito bien puede no realizar este sea porque él ha desistido y también por otra causa o accidente independiente a su voluntad, esa es la opinión muy general entre los actores; por ejemplo: una persona trata de introducirse a un almacén y para ello pone la escalera y ya cuando ha escalado el muro y se ha introducido al almacén, él desiste

(1) "Derecho Penal" página 218, obra de Federico Puig Peña.

de su acción y pone todo en su lugar y no realiza el hecho objetivamente, aquí hay tentativa, lo mismo habría tentativa en el caso de que la misma persona cuando trata de subirse a la escalera esta se quiebra y que debido a ello no escaló el muro, y en vista de ello ya no prosigue en la ejecución de su plan.

DELITO FRUSTRADO:

Esta figura surgió como un estado intermedio entre la tentativa y el delito consumado, pues ciertamente se ha acabado el acto, pues el sujeto realizó todo el camino y todo cuanto tuvo a mano por su parte para realizar lo que se proponía pero faltó la consumación del hecho, o sea su ejecución fue completa, ya que esos actos fueron por su propia naturaleza suficientes, capaces de producir la objetivización del acto, pero este no se realizó por causas independientes a la voluntad del agente, en el ejemplo anterior: el agente ya introducido en el almacén y se disponía a salir de él con la mercadería y en el acto es sorprendido por el vigilante con la maleta hecha dentro del mismo almacén, aquí no hay duda que es un delito de hurto en grado de frustración, pues el sujeto activo realizó todos los actos, y casi acabó el delito, pero debido al vigilante él no consumó el hecho, el agente hizo cuanto fue posible para su objetivización, hay una mayor gravedad, hay un peligro mayor por su parte, más que la tentativa, tan es así que la tentativa respecto a la pena es menor, y en el delito frustrado su castigo es mayor que la anterior, y así sucesivamente, conforme a su mayor gravedad de los actos así se pena, llegando hasta el delito consumado; por ejemplo: el que da principio a los actos, los ejecuta y logra su objetivo ha consumado el delito, y su pena será conforme así sea el objeto que ha hurtado según el valor de éste, se le aplica la escala que establece el Art. 470 Pn.

Delito Perfecto: es la figura en la que concluye el hacer del delincuente, comenzando desde los actos preparatorios, actos de ejecución hasta que llega a realizarse dicho acto, produciendo la lesión, el daño, lo anti-jurídico a los intereses protegidos jurídicamente por la norma, ya sea lesionando el patrimonio, la vida, la integridad personal, etc.; es decir, que se ha consumado la acción, sin que haya intervenido obstáculo alguno en el desarrollo, en el camino del delito y se concretiza lo que se ha planificado, es lo que llamamos el delito consumado. Cabe mencionar como una nota relevante en el delito perfecto lo siguiente: que en este delito se incluyen las dos grandes divisiones del mismo en dolosos y culposos lo que no sucede con el delito imperfecto, pues como ya vimos *no puede darse la culpa la frustración*.

El delito consumado es subjetiva y objetivamente completo. En nuestra legislación positiva no hay una definición o concepto de lo que es el delito perfecto y creo que el legislador ha sido sabio en este aspecto porque los delitos se tienen por consumados según la propia naturaleza del mismo, o sea según el tipo legal alcanzado en la norma jurídica, porque con base en ese tipo decimos que existe delito, pero no decimos si hay

tentativa, frustración; por esa razón es que el legislador para no caer en situaciones contradictorias en cuanto a la tipificación en los grados del delito en relación con el consumado, lo que ha hecho es que en la definición de cada infracción se describe el delito consumado y le toca al Juez que conoce de la causa, pronunciarse cuándo hay tentativa, cuándo hay frustración y cuándo hay delito consumado, atendándose a los conceptos de los dos primeros que el legislador le ha dado en el Art. 3 Pn. El Juez deberá pronunciarse conforme a la prueba que se ha rendido o que ha recogido a través del desarrollo del proceso penal. Y llega al grado nuestro legislador, que el Juez le pone en bandeja ciertas situaciones para que éste no cometa ninguna contradicción en cuanto a la tipificación de la infracción cometida por el agente del delito y *dejar impune tales hechos*. Refiriéndose concretamente al hurto, materia de nuestro trabajo, en el Art. 473 Pn., en el caso de tentativa y frustración cuando no se puede determinar el importe o valor de la cosa que se intenta hurtar; por ejemplo, en el caso de que un sujeto es aprehendido en el momento en que se ha introducido a un almacén abarrotado de mercadería, siendo sorprendido antes de que se apodere de ella; en el presente caso no se le puede imputar al sujeto que trataba de hurtarse toda o determinada clase de mercadería, así es que el Juez lo único que hace es aplicar las disposiciones establecidas en el Código con base en la prueba que aparece en autos. Por todo lo dicho creo yo, que no ha sido necesario dar una definición, del delito perfecto consumado, concretándonos a decir que hay delito perfecto cuando la previsión del tipo legal se convierte en realidad concreta. El Código cubano sí trae un concepto de delito consumado diciendo que: “se considera consumado un delito cuando el acto querido por el agente se ha producido en su totalidad de acuerdo con los medios empleados para su ejecución”.

DELITO AGOTADO:

Dice don Luis Jiménez de Asúa: “cuando después de perfecto el delito continúa el desenvolvimiento ulterior con nuevo daño, hasta lograr el fin que el agente se proponía, se dice que el delito está agotado” (1). Y con gran razón el eminente penalista analiza el concepto de delito agotado, este agotamiento no se refiere a esos actos de ejecución que llegan a concretizarse en la consumación del delito a que nos hemos referido, no a esos medios de que dispone el sujeto para concluir su acción malévola, sino que a aquellas situaciones de índole material de parte del agente activo de sacar provecho, es decir la utilidad como consecuencia del delito; ejemplo de esta situación en el delito de hurto sería cuando el Sujeto Activo no bastándole con la apropiación del objeto hurtado, hecho con el cual se da la perfección del delito o sea su consumación, llega a más y vende el objeto que se ha hurtado, o lo usa para su propio provecho, en este caso, el sujeto ha agotado el delito, pues no se ha conformado únicamente con violar la norma

(1) La Ley y el Delito; Luis Jiménez de Asúa; página 493.

jurídica sino que consigue su propósito, que es lo que el sujeto se había propuesto.

El delito bien puede no agotarse y esto depende de circunstancias internas o externas del agente, bien sea que él propio devuelva el objeto que se ha hurtado a su dueño, o dejándolo en el lugar mismo donde lo sustrajo, que es el puro desistimiento del agente, o inclusive antes de que el propietario ejerza su acción, el agente le paga o indemniza al mismo por el objeto sustraído o el daño causado, en este último caso es muy ambicioso el ejemplo, pero lo pongo en el presente para dar un concepto amplio del agotamiento del delito, pues esto sería un desistimiento del agente y en virtud del cual no se ha agotado el delito, pero si está consumado, está perfecto y por ende le corresponde la pena señalada para la infracción cometida; o bien por circunstancias externas: como en el caso fortuito, caso del que ha sustraído la cosa y cuando trata de venderla esta se le deteriora o se le pierde etc. la consumación, la perfección se ha dado.

El delito agotado es una figura construida por los tratadistas italianos, la que fue aceptada por Francisco Carrara y los penalistas posteriores. A esta doctrina Enrique Ferri le aumenta y hace consideraciones diciendo: que el delito agotado revela en el delincuente una potencia ofensiva mayor que la del delito consumado simplemente, aparte de que el daño social es más grave en aquel que en éste. Realmente esta doctrina del delito agotado no se le ha dado tanta importancia debido a que un delito para su perfección basta que esté consumado y no es necesario su agotamiento, lo que resulta después de consumarse el delito con sus efectos que pueden ser de orden moral, económicos para el agente activo, o pasivo del delito o para un tercero, esta es mi opinión al respecto.

También creo yo, en una opinión muy particular, que la doctrina expuesta respecto al delito agotado, en algo ha influido en nuestra legislación positiva, por ejemplo en el Art. 9 Pn. N° 9, como una atenuante, cuando dice: “haber procurado con celo reparar el mal causado por el delito e impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias”, esta es una situación en que el agente nomás se detiene en la consumación del delito, y hasta allí llega, es decir, que sólo ha violado el tipo legal (delito consumado); y el segundo caso, es como una agravante, en el Art. 10 Pn. N° 5°: “aumentar deliberadamente el mal del delito, causando otros males innecesarios para su ejecución”, y el ejemplo más propio del delito agotado como agravante es la del numeral 11° de la misma disposición legal que dice: “emplear medios o hacer que concurran circunstancias que añadan la ignominia a los efectos propios del delito”, aquí el agente va más allá de la consumación del hecho, además de violar la norma jurídica (delito consumado), por hechos ulteriores a él hace más ignominioso el hecho (delito agotado).

Se dijo anteriormente que en doctrina es muy fácil establecer cuando hay delito en grado de tentativa, cuando en grado de frustración y cuando hay delito consumado; pero en la práctica hay una serie de problemas para distinguir dichos grados del delito. Y para establecer tales diferen-

cias es necesario analizar un caso determinado. Como una aclaración cabe decir, que los grados del delito se dan con más frecuencia en los delitos contra la vida, contra la integridad personal y es posible que se pueda establecer bien la diferencia entre ellos mismos; pero la cuestión un poco difícil para distinguir tales grados, es en los delitos en contra de la propiedad, e inclusive hay algunos autores que niegan que en el hurto se puede dar la figura del delito en grado de frustración. Hay algunas teorías encaminadas a hacer la diferencia entre el delito imperfecto y delito perfecto, y es a través de casos en donde se puede analizar para llegar a una diferencia entre ambas clases de delito.

Algunos opinan que el hurto se tiene por consumado, cuando el delincuente “se apodera de la cosa mueble de una tercera persona para obtener un provecho, quitándola del lugar donde esta se encuentra”, es decir que para que haya delito consumado no basta con la sustracción simple de la cosa que está en el patrimonio de la persona (ofendida), es necesario que además de esto el delincuente debe obtener un provecho de la cosa sustraída, provecho que significa en el orden moral, económico que el delincuente disponga de la cosa mueble hurtada, un goce absoluto, exclusivo para él.

Otra teoría que es contraria a la anterior dice que hay delito consumado de hurto, cuando el delincuente “se apodera de lo ajeno sin que pierda tal carácter porque no puede aprovecharse de lo que ha hurtado”, es decir, que basta con el ánimo del lucro que imperaba en la mente del delincuente.

Otra teoría es la que establece que hay delito consumado cuando el agente se ha apoderado de la cosa mueble, y que debido a tal circunstancia ha salido de la esfera de vigilancia del agente pasivo (dueño de la cosa), y que el delincuente tenga a su disponibilidad la cosa para obtener el lucro que se ha propuesto, en otras palabras, no es necesario que haya lucrado, o sacado el provecho o utilidad que requiere la teoría primeramente dicha. Para poder explicar las teorías a que me he referido, trataré de hacerlo por medio de un ejemplo, que sirva de común denominador a las teorías. “Un delincuente se introduce a un almacén que está abarrotado de mercaderías, y se apropia de varias de ellas”. Tomando en cuenta las consideraciones que se hace en la primera teoría: hay delito consumado de hurto, siempre que el delincuente con posterioridad enajene la mercadería hurtada, obteniendo el provecho económico deseado; pero si este es sorprendido y capturado en los momentos en que va corriendo ya fuera del almacén con las mercaderías en las manos, conforme tal teoría habría un delito de hurto en grado de frustración; y si es sorprendido y lo capturan dentro del almacén en los momentos en que va a ejecutar su plan habría delito de hurto en grado de tentativa.

Analizando el mismo caso conforme a la segunda teoría expuesta, ejemplo: “el delincuente se ha apoderado de la mercadería y ya fuera del almacén y a sus inmediaciones fue capturado, aquí habría delito consumado, porque basta con el apoderamiento y el ánimo de lucro, aunque

no saque ningún provecho o utilidad de lo hurtado; y habría frustración, si es sorprendido en el momento que se disponía a sustraer la mercadería. Lo difícil aquí es distinguir cuando hay tentativa y cuando hay frustración, sólo queda la situación del agente del delito que es sorprendido, cuando está abriendo la puerta del almacén donde está la mercadería que intenta robarse, este sería un hurto en grado de tentativa. La tercer teoría expuesta que afirma que hay consumación en el caso de que el agente ya evadió la esfera de vigilancia que el propietario tenía sobre la cosa, no estableciéndose la distancia del lugar donde ocurrió el hecho al lugar donde se encuentra el delincuente con la cosa hurtada, así como tampoco el tiempo que debe mediar entre la fecha en que ocurrió el hecho, y por estas circunstancias cae por su *peso* esta teoría; pero bien, continuando con ésta, se puede decir que hay consumación cuando el delincuente *perpetró el hurto* tomando la mercadería del almacén evadiendo la esfera de vigilancia del propietario, *aunque posteriormente pues ha tenido disponible la cosa para lucrarse lo aprehendan con ella*; si es capturado cuando va saliendo con la mercadería del almacén, entonces hay delito frustrado de hurto; lo mismo si fue capturado cuando corría con la mercadería fuera del almacén, porque no ha evadido esa esfera de vigilancia.

A mi modo de ver estas tres teorías expuestas, la que tiene más valor jurídicamente, (en mi opinión muy particular), es la segunda teoría consistente en que basta que el delincuente se apodere de la cosa con el ánimo de lucro, y así se puede afirmar que en el caso de que el ladrón es sorprendido con la mercadería fuera del almacén, en este caso hay delito consumado, pues ya ejecutó todos los elementos del acto antijurídico, aunque no lucre con ello, pero como esto se presume conforme al Art. 525 Pn., si el agente es sorprendido dentro del almacén cuando estaba operando, habría frustración; y si fue sorprendido cuando estaba dentro del almacén y se preparaba a realizar el acto, habría tentativa.



CAPITULO III

MODO DE PROCEDER EN EL DELITO DE HURTO

S U M A R I O :

- a) Delincuencia: Prueba testimonial,
Confesión del reo
Presuncional
- b) Cuerpo del delito: Art. 132 I, Análisis de este Art. y crítica a la interpretación y aplicación que de esta disposición hacen los jueces.

DELINCUENCIA :

Prueba Testimonial: Prueba es “el medio determinado por la ley para establecer la verdad de un hecho controvertido” Art. 235 Pr.

Testigo: “es la persona fidedigna de uno u otro sexo que puede manifestar la verdad” Art. 293 Pr. Entonces la Prueba Testimonial es el medio determinado por la ley en virtud de la cual una persona fidedigna de uno u otro sexo declara en un proceso criminal acerca de la verdad de un hecho; este es un concepto que se establece, relacionando las dos definiciones que dan los respectivos Arts. de prueba y de testigo. Ahora bien, en materia criminal en el aspecto general de todo delito, se forma la semi-plena y plena prueba, según haya uno o dos testigos que declaren haber presenciado el hecho que se investiga, y esto como una excepción a la regla general que da el Código de Procedimientos en lo referente a su capacidad legal, en su Art. 294, en sus numerales 2º y 3º referente a la edad del testigo, en materia criminal, el testigo puede tener menos de catorce años de edad y da fe, siempre que el Juez haga constar que el menor declaró con suficiente discernimiento a su juicio prudencial, porque de lo contrario se violaría el Art. 417 I, es decir no haría fe dicho testigo en caso de haber declarado que vio el hecho. Hay algunos jueces que cuando se les presenta este caso, ellos declaran nula la declaración del testigo que no se le agregó lo dicho en el Art. 417 I, pero la realidad es que no veo la razón que los asiste para que declaren nula la declaración, ya que de conformidad con el Art. 1115 Pr. en su parte primera dice: “Ningún trámite o acto de procedimiento será declarado nulo si la nulidad no está expresamente determinada por la ley” y el Art. en comento de Instrucción Criminal no dice que tal declaración es nula; creo particularmente que al tenor del Art. mencionado el Juez tiene una facultad y es la de “apreciar” **prudentemente** con base en la naturaleza del delito y el desarrollo intelectual del menor, para

dictaminar si ha actuado con discernimiento o no, para explicar mejor esta situación del testigo menor de catorce años de edad, lo haré por medio de un ejemplo: se comete un hurto en una parada de buses como suele suceder, y un menor de catorce años, afirma ver el hecho diciendo que vio cuando Juan Pérez le introdujo la mano en la bolsa del pantalón al ofendido y le sustrajo una cartera conteniendo dinero, y el Juez de Paz que toma esta declaración se olvidó o por ignorancia no hizo constar que el testigo declaró con suficiente discernimiento y cuando el Juez de lo Penal recibe el informativo y ve que hay esa anomalía, siendo tal vez el único testigo que formaría la semiplena prueba de la delincuencia del reo, algunos Jueces de lo Penal como dije anteriormente declaran la nulidad de la declaración y la mandan a reponer, pero no ponen en libertad al reo no obstante que sólo esa declaración existe en contra del procesado y mandan a citar al menor para que declare nuevamente en el proceso y se esperan hasta que el menor llegue a declarar y hasta entonces dos o tres o cuarto días después de haber declarado la nulidad de la declaración, no importándoles todos esos días que el reo pasó **detenido ilegalmente**; otros, no me explico el por qué cuando reciben el proceso sólo ordenan ampliar la declaración del testigo menor, se le toma su declaración agregándole que actuó con discernimiento. Como dije anteriormente en mi opinión particular el Juez de lo Penal debe resolver con un criterio elevado de justicia, porque como él no ha presenciado el momento en que declaró el menor debe resolver que de conformidad al Art. 417 I. por no haberle constado el discernimiento del menor no es admisible tal **disposición** y por consecuencia no es prueba en contra del procesado, se le pone en libertad a éste y se ordena nuevamente la cita del testigo menor y ya una vez declarado y corregido el error si resulta que actuó con discernimiento a juicio prudencial del Juez, ordena la captura del procesado, dándole el valor de semiplena prueba.

Si sólo un testigo presencial aparece en el proceso que declara contra el indiciado, se forma semiplena prueba y estableciéndose legalmente el cuerpo del delito, el juicio instruido contra el mismo reo por el delito de hurto, procede elevarlo a plenario, continuado los trámites hasta llevarlo a conocimiento del Jurado. Si son dos los testigos presenciales del hecho, que han visto cuando el indiciado se introdujo a la casa y se hurtó un radio o cualesquier otro objeto mueble, esto forma plena prueba en su contra, conforme el Art. 321 Pr. y en este caso y si además se comprueba plenamente el cuerpo del delito se eleva a plenario la causa y como hay plena prueba de su delincuencia conforme el Art. 283, I. numeral 1º que dice: "Son causas sujetas a las calificaciones del Jurado. . . . excepto las siguientes: "Los delitos de hurto y robo, cuando hubiere plena prueba de la delincuencia", el numeral segundo que establece que por la naturaleza de la pena y no de las circunstancias estén penados con prisión menor dichos delitos, no conoce de ellos el Tribunal del Jurado, aunque hay semiplena prueba de su delincuencia se les condena de derecho; aunque los casos del numeral segundo no pueden encajarse en los delitos de hurto y robo, porque éstos en ninguno de los casos establecidos en el Código Penal están penados con prisión menor por la naturaleza de la pena, lo que sí puede darse en el hurto

y robo es que tenga prisión menor, pero cuando la pena disminuye a tal grado debido a las circunstancias disminuyentes aplicables a cada caso, ya no se aplicaría el numeral segundo en comento.

LA CONFESION DEL REO

La confesión: “Es la declaración o reconocimiento que hace una persona contra sí misma sobre la verdad de un hecho” al tenor del Art. 371 Pr. En materia criminal la confesión o es **Judicial o Extrajudicial**. La primera es la rendida por “el indiciado ante un Juez competente para conocer de ello en el juicio respectivo, que el reo esté en pleno uso de su razón, y que verse sobre hechos posibles, verosímiles atendiendo las circunstancias y condiciones personales del reo” Art. 404 I. y además debe ser clara, espontánea y terminante; la confesión judicial hace plena prueba contra el indiciado conforme tal disposición, debe ser escrita y redactada por la autoridad judicial que conoce en el juicio. Si un reo confiesa que efectivamente él se ha hurtado el día veintiuno de enero del corriente año un radio de la casa situada en determinado lugar, que le pertenece a determinada persona, y que después lo vende a una tercera persona gastándose el dinero que le dieron por el aparato, —en este ejemplo—, veremos primero, que por haber confesado forma plena prueba de su delincuencia y también del cuerpo del delito como ya veremos tal situación cuando analicemos el cuerpo del delito donde corresponde en este trabajo; pues bien, como forma plena prueba de la delincuencia, y suponiendo que es la única prueba en el proceso, se le aplicaría al indiciado la disminuyente tipicada en el Art. 58 Pn. inciso 4º que le rebaja una tercera parte a la pena señalada, y si hay más prueba además de la confesión del reo, ésta debe de llenar los requisitos de ser sincera, y esta sinceridad para ser apreciada como tal, debe concordar con las demás pruebas que aparecen en el proceso, para así aplicarle la atenuante establecida en el Art. 9 Pn. numeral 7º que le rebaja una cuarta parte de la pena señalada, y como dijéramos anteriormente que también la confesión sirve para establecer el cuerpo del delito al tenor del Art. 130 I. inciso 1º, el Juez lo condenaría de pleno derecho. Supongamos en el caso anterior el radio fue valuado en la cantidad de doscientos colones, ya que el valúo de la cosa objeto del hurto es necesario para la aplicación de las penas; en el presente caso como el valúo asciende a la cantidad de doscientos colones, el delito está contemplado en el Art. 470 Pn. numeral 3º que pena con dos años de prisión mayor, si la cosa valuada excediere de cien colones y no pasare de trescientos colones, aquí la pena base es de dos años de prisión mayor; si es la confesión judicial del reo la única prueba en el juicio, aplicándole la disminuyente del Art. 58 Pn. inciso 4º le rebaja una tercera parte, por lo que le correspondería un año cuatro meses, y si además el agente del delito es mujer, conforme al Art. 58 Pn. inciso 2º se le rebaja la tercera parte de lo que queda o sea la tercera parte de dieciséis meses que equivale a la pena de diez meses veinte días de prisión mayor, y el Juez la condena de pleno derecho; **el mismo ejemplo**, pero el radio valuado por la cantidad de cien colones, que está penado con un año de prisión mayor como

lo prescribe el Art. 470 Pn. numeral 2º cuando dice: “si excediere de veinticinco y no pasare de cien colones”, como la confesión es la única prueba en el proceso, conforme a la disposición citada se le rebaja una tercera parte de la pena base que es un año de prisión mayor, quedándole la pena de ocho meses de prisión mayor, pero como también dijimos que es mujer la indiciada, a esta pena de ocho meses se le rebaja una tercera parte más, por lo que la pena a imponerle es definitivamente la de cinco meses con diez días, pero de prisión menor, porque de conformidad con la doctrina las disminuyentes cambian la naturaleza de la pena y como ésta pasó del límite de seis meses conforme al Art. 16 Pn. inciso 13º le corresponde prisión menor, pero ésta no está sujeta al conocimiento del Jurado de conformidad al numeral primero del Art. 283, I, pues los casos del numeral segundo es cuando por la naturaleza de la pena y no por las circunstancias al delito le corresponde prisión menor, entonces es cuando no van a Jurado; pero ya vimos que en el hurto y robo en ningún caso le corresponde pena de prisión menor por su naturaleza. Ahora bien, si la confesión de la reo en este último caso, cuando el valúo asciende a la cantidad de cien colones, y dicha confesión no es única prueba, sino que sincera, Art. 9 Pn. numeral 7º, y esto se da cuando lo dicho por la reo está de acuerdo con la demás prueba existente en autos, entonces el procedimiento para penar a la reo es el siguiente: a un año de prisión mayor, le rebajamos la tercera parte por ser mujer la indiciada, le quedan ocho meses de prisión mayor, esta será la pena base, de la cual le rebajamos la cuarta parte como atenuante general, Art. 9 Pn. Nº 7º, quedándole seis meses de prisión mayor.

La confesión del reo, también puede ser extrajudicial; a la que se refiere el Art. 415 I. que en lo pertinente dice: “La confesión extrajudicial rendida ante agentes de la autoridad, probada por dos testigos . . . forma semiplena prueba”; esta clase de prueba como dice el Dr. Arturo Zeledón Castrillo (1) “debería ser tomada por el Juez como válida, pero a su juicio prudencial”, y al respecto estoy de acuerdo con esa opinión ya que esta famosa confesión extrajudicial exclusivamente, se rinde cuando el sospechoso es interrogado en el interior de la Policía Nacional o Guardia Nacional, y nadie va a dar fe de que esta autoridad, interrogue sin atropello a la dignidad del hombre, y que con base a ser atropello y coacción de que el sospechoso es objeto, éste confiesa el hecho aun a sabiendas que él no ha participado en ello; claro que esta clase de confesión puede desvirtuarse probando que el reo no confesó voluntariamente y si la hizo fue porque lo coaccionaron; pero hasta la vez no he sabido de algún caso en que esto se compruebe, puesto que los agentes cuando los interrogan en la forma no lo hacen ante testigo alguno, y si lo hacen sirven como tales los mismos agentes del cuerpo, y éstos no van a decir que el sospechoso confesó el hecho porque lo coaccionaron o golpearon; esta confesión extrajudicial ha servido para cometer grandes injusticias y por tanto grandes errores judiciales, cuando hacen confesar a los sospechosos de que han cometido un

(1) Copias de Clase de Instrucción Criminal impartidas por el Dr. Arturo Zeledón Castrillo.

homicidio, y los agentes captores declaren en el Juzgado diciendo que aquél confesó al ser interrogado como esta corroboración hacer semiplena prueba, al conocimiento del Jurado y éste condena al reo, dándole valor a la confesión extrajudicial, y después captura al verdadero homicida; hay una situación especial respecto a esta confesión extrajudicial, y es referente a los delitos de hurto, que siempre los reos han confesado el delito en la Policía cuando son capturados, aunque no sean ellos los que han cometido tal hecho delictivo; por todas esas razones creo que tiene razón el Dr. Zeledón Castrillo, al afirmar que la confesión extrajudicial para que el Juez la tuviera como semiplena prueba, debería admitirla a su juicio prudencial, tomando razones en consideración a la persona del reo, a la naturaleza del delito, al modo o forma en que el sospechoso declaró, el testimonio rendido por el agente captor; y hay tanta desconsideración para la ley, que algunos jueces basta que el agente de la autoridad diga que “sólo recuerda únicamente que el reo se hizo cargo”, no dando los pormenores de lo dicho por el reo, y dé cumplimiento al Art. 415 I. En mi opinión debería regularse en ese sentido dicha disposición para admitir la confesión extrajudicial como semiplena prueba en contra del procesado.

Prueba presuncional: La presunción es una categoría de prueba para establecer la delincuencia del procesado, y está encajada en el numeral 5º del Art. 403 I, y sólo se refiere para la investigación de la delincuencia y no para la averiguación o comprobación del cuerpo del delito.

El Art. 45 C., establece en forma general la presunción diciendo que: “se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas” y esto para llegar a lo que se trata de investigar o sea la culpabilidad del reo en su participación del delito; las presunciones son legales y de derecho, conforme a la indicada disposición del civil, legales cuando admite prueba en contrario, para desvirtuar lo que la ley tiene como cierto, y de derecho cuando la misma ley lo expresa exclusivamente y no admite prueba en contrario y no se puede desvirtuar el hecho tenido por la misma ley como cierto. Como garantía para el reo, en materia criminal no opera la presunción de derecho ya que dejaría sin defensa al reo al establecerse una presunción de derecho en contra del procesado, por tal razón sólo me referiré a la presunción legal.

El Art. 525 Pn. establece una presunción referente al ánimo de lucro en los delitos de hurto y robo, pudiéndose comprobar lo contrario, y cuando hablamos de los elementos del delito de hurto, hicimos mención del caso del hurto de uso y en el ejemplo pusimos el caso de un individuo que se apodera de un vehículo ajeno sin la voluntad de su dueño y que después de ocuparlo deja en el mismo lugar donde lo tomó o en otro, este es un caso en que con la prueba se desvirtuó esa presunción legal de que él no tenía ese ánimo de lucrar con el carro, y esta destrucción de esa presunción se hace a través de testigos.

El Art. 412 I. establece la presunción en materia criminal, la que puede ser grave y menos graves, formando semiplena prueba en contra del indiciado cuando es deducido de hechos plenamente comprobados. Ejemplo: hay dos testigos que afirman que han visto cuando Juan Pérez (autor)

entró armado de un revólver a la casa de X persona, y en el interior de dicha casa sólo se encontraba esa persona, oyendo dos disparos y al instante lo ven salir con el arma en la mano corriendo, y los testigos entran a la casa y ven a X muerto de dos disparos en el pecho, aquí lo que al Juez le sirve para establecer la presunción grave es el acto de reconocimiento que está plenamente comprobado por medio de reconocimiento del cadáver practicado por los dos médicos forenses, formando semiplena prueba; traigo este ejemplo en esta clase de delitos, debido a que en los hurtos es bastante difícil deducir presunciones, y en mi opinión muy particular la presunción legal que se da con más frecuencia entre nosotros es la establecida en el Art. 414 I., que dice: "El hallazgo de las cosas hurtadas o robadas en poder de una persona que sea sospechosa, a juicio prudencial del Juez y que no prueba su adquisición o conservación, forman plena prueba contra ella", esta es una presunción legal, pues admite probar de parte del reo o sospechoso de que los objetos que se presumen hurtados por él, no los ha hurtado, probando de que los objetos se los vendió determinada persona y esto es por medio de testigos, o prueba documental como por ejemplo, que muestre la cancelación que le extendió el que le vendió el objeto y con ello destruye esa presunción.

Para que esta presunción opere como plena prueba de la delincuencia del reo es necesario según lo ha establecido la doctrina, de que ese hallazgo esté comprobado por medio de dos testigos que digan que ellos cuando sorprendieron o capturaron al sospechoso le decomisaron los objetos, así como también es necesario que ese hallazgo de las cosas hurtadas o robadas estén en poder del sospechoso, sea en el momento del hecho o en el lugar donde éste ocurrió, sea en sus propias manos, o en su casa de habitación o que las haya depositado en otra casa porque siguen todavía en su poder, y esto es conforme al Art. en mención cuando literalmente dice: "en poder de una persona"; pero la mayoría de los jueces le dan una aplicación amplia a esta disposición en comento, en el sentido de que aunque posteriormente capturan al sospechoso y éste confiesa extrajudicialmente ante los agentes captores, manifestando de que la cosa la vendió a una determinada persona, y es a esa persona a quien le decomisan ese objeto, le aplican el Art. 414 I., en comento, haciendo plena prueba en su contra; esta situación para que el sospechoso no se le aplique esa injusticia, debería dársele un cumplimiento literal del artículo en mención, al respecto hay jurisprudencia de la cual los jueces bien pueden tenerla como base para darle el cumplimiento literal de la palabra. (2)

(2) Revista Judicial, Tomo XXXVI diciembre 11 de 1931, páginas 489 y 490.

CUERPO DEL DELITO

ART. 132, I. ANALISIS DEL ARTICULO Y CRITICA A LA INTERPRETACION Y APLICACION QUE DE ESTA DISPOSICION HACEN LOS JUECES

El cuerpo del delito de conformidad con el artículo 122, I. “No es otra cosa que el delito mismo, y averiguar el cuerpo del delito es lo propio que reconocer su existencia o averiguar que lo ha habido, ora por los medios generales, ora por los medios particulares con que puede y debe justificarse cada uno”. Para establecer el cuerpo del delito de hurto hay una manera especialmente determinada en el Art. 132 I. Que dice “en los delitos de hurto o robo es necesario comprobar la preexistencia de las cosas hurtadas o robadas en poder de la persona perjudicada y la falta de dichas cosas. Para justificarlas se admitirá la deposición de los domésticos en defecto de testigos idóneos, y a falta de aquéllos bastará la declaración jurada del interesado, siendo hombre honrado y de buena fama, a juicio prudencial del juez”. Analizaremos este primer inciso de tal disposición por ser éste sobre el cual versará las distintas situaciones que por medio de ejemplos en la vida práctica se lleva a cabo en nuestros Tribunales ya que es en donde esta disposición se aplica en su mayor parte, violando esta misma.

El Inciso en referencia establece las siguientes situaciones:

a) Para establecer la preexistencia y desaparecimiento de las cosas hurtadas, exige la ley que deben ser a través de testigos y menciona la clase de testigos que deben ser, es decir, de testigos que sean domésticos cuando no hayan testigos idóneos. Testigo idóneo es aquél que no tiene ninguna incapacidad ni tacha alguna para decir la verdad sobre hechos concretos en un juicio determinado, y de conformidad al Art. 321 Pr. que dice: “Dos testigos mayores de toda excepción o sin tacha, conformes y contestes en personas y hechos, tiempos y lugares y circunstancias esenciales hacen plena prueba”, ahora bien, la primera situación que crea el inciso del Art. 132 I, en comentario dice: que para comprobar la preexistencia de las cosas hurtadas se hace por medio de dos testigos idóneos, esto es por dos personas que sin excepción ni tacha alguna manifiesten que les consta que **desde** una fecha determinada vieron en poder del interesado (ofendido) el objeto o cosa que le hurtaron y que le vieron en poder de dicha persona constantemente **hasta** una fecha determinada, o sea la fecha exacta en que el delito de hurto se cometió y que desde esa última vez el testigo no ha visto ya en poder del interesado la referida cosa. Con dos testigos de esta naturaleza se forma la plena prueba del cuerpo del delito en los hurtos y robos, como una aclaración de lo dicho, hay jueces que basta con que los testigos manifiesten una fecha aproximada en relación a la adquisición de la cosa por parte del interesado y una fecha también aproximada a la en que se cometió el delito. Cuando no existen los testigos idóneos, la ley dice: que se admitirán la deposición de los domésticos, esto es por medio de personas que trabajan como sirvientes a la orden de la persona perju-

dicada, nuestra ley contempla como tachable a la persona que es sirviente doméstico del que los presenta, de conformidad al Art. 332 Pr. numeral 2º o sea que el testigo que es sirviente doméstico del perjudicado no obstante que es tachable de conformidad a tal disposición, como no hay testigos idóneos, el inciso primero del Art. 132 I, le da fe a su dicho, o sea que declara perfectamente sobre la preexistencia y desaparecimiento de la cosa u objeto del hurto y por ende se establece plenamente el cuerpo del delito de hurto.

b) La segunda situación del referido inciso del Art. 132 I., nos dice: “Y a falta de aquellos bastará la declaración jurada del interesado, siendo hombre honrado y de buena fama a juicio prudencial del juez”. Aquí lo que la ley quiere decir es que cuando el perjudicado no presenta, o en su declaración como ofendido manifiesta que no tiene testigos idóneos, ni personas que sean sus sirvientes domésticos para que declaren sobre la preexistencia y desaparecimiento de la cosa hurtada, es entonces cuando el juzgado, si la persona perjudicado es honrada y de buena fama a su juicio prudencial, o le demuestra aquella que es honrada y de buena fama por medio de dos testigos que a ella la conocen como tal, aquí el juzgador le recibe declaración jurada sobre la preexistencia y desaparecimiento de la cosa u objeto del hurto, y se establece plenamente el cuerpo del delito de hurto. Esta es la verdadera interpretación y aplicación de esta disposición en comento y es a la que los jueces deben ceñirse estrictamente; pero lo que sucede en la vida práctica es lo contrario, ya que el juzgador, cuando la persona perjudicada manifiesta que como testigos idóneos o testigos que son sus sirvientes domésticos pueden declarar X y Z, y éstos se presentan al juzgado a declarar sobre la preexistencia y desaparecimiento de la cosa que estuvo en poder del perjudicado y dichos testigos manifiestan que no les consta haber visto los objetos en poder del perjudicado; —dándole una interpretación equivocada al inciso de la disposición referida—, lo que hacen es recibirle declaración jurada sobre tal situación al perjudicado ya sea que a su juicio sea persona honrada y de buena fama o que se le demuestre por medio de testigos, y de esa manera prueban el cuerpo del delito de hurto; con esta aplicación se viola flagrantemente tal disposición, ya que lo que les correspondería legalmente hacer es decretar un sobreseimiento a favor del indiciado por no haberse comprobado legalmente el cuerpo del delito, de conformidad al Art. 181 I. Numeral 2º. A mi modo de ver esta es la verdadera interpretación y aplicación que el juzgador debe darle al inciso primero del Art. 132 I. Para reforzar más este criterio traigo a cuenta un ejemplo de sentencia que aparece en el INDICE DE JURISPRUDENCIA SALVADOREÑA, página 531 numeral siete que reza así: “La declaración jurada del ofendido en los delitos de hurto y robo, sobre la preexistencia y desaparecimiento de las cosas hurtadas o robadas, sólo es admisible si no hubiere testigos idóneos o domésticos, debiendo además gozar de buena fama el ofendido. (1)

(1) Revista Judicial, Tomo XLVIII, 5 de abril de 1943, página 659.

CAPITULO IV

ANALISIS DEL ART. 283, I. NUMERAL PRIMERO, REFERENTE A LA CONDENA DE DERECHO EN LOS DELITOS DE HURTO

En el capítulo anterior vimos que para establecer la delincuencia de los procesados en los delitos de hurto, se hace a través de la prueba testimonial, de la confesión y de las presunciones. Y entonces afirmamos que la plena prueba de la delincuencia de un procesado, puede resultar de haber dos testigos que presenciaron los hechos, la confesión judicial del mismo, y la presunción que establece el Art. 414, I, en lo que se refiere al hallazgo de las cosas hurtadas en poder del sospechoso que no diere prueba de descargo de su conservación y tenencia, aplicando estas distintas clases de prueba en lo que se refiere al delito de hurto podemos decir, primeramente, que habiendo dos testigos o más, presenciales del hecho, en que afirman haber visto cuando (X) persona se introdujo a la casa por una puerta que estaba abierta y toma una cosa determinada, como un radio, un reloj, etc., que le pertenece a (Z) persona, se establece plenamente la delincuencia del procesado, o si el reo confiesa judicialmente, haberle hurtado un objeto determinado a (Z) persona y pormenoriza los detalles de su participación en el delito, hace plena prueba; así como también el caso de que se prueba por medio de dos testigos el decomiso de varias cosas que le fueron hurtadas a determinada persona, y ese decomiso se practicó al sospechoso del hurto, hace plena prueba; y conforme al Art. 132, I. se comprueba el cuerpo del delito de hurto en la forma que relatamos en el capítulo anterior, entonces hay plena prueba de la delincuencia y plena prueba del cuerpo del delito, entramos al caso que establece el Art. 283 I., en su primer numeral, en el sentido de que los hurtos en que se hayan comprobado plenamente el cuerpo del delito y la delincuencia del procesado, no van a conocimiento del Tribunal del Jurado, y una vez elevada a plenario la causa, puede o no, el Juez en dicho auto, calificar si se ha establecido o no la plena prueba de la delincuencia del procesado y cuerpo del delito, para así de una sola vez se sepa que tal causa no va a ser sometida al conocimiento del Jurado, pero si es la obligación del Juez que conoce, cuando ha concluido el término de prueba, y corre traslados para alegar de bien probado, conforme al Art. 210, I., inciso primero, se omite formular la minuta o sea un índice de los pasajes más importantes del proceso, con la aclaración de que tal minuta se omite porque en el juicio se ha comprobado plenamente la delincuencia del procesado y el cuerpo del delito; y la resolución que dicta el Juez es la siguiente: "Juzgado X de lo Penal, San Salvador, a las nueve horas del día dos de febrero de mil novecientos setenta y uno. Córrese traslado para

alegar de bien probado a cada una de las partes, comenzando por el Fiscal del Jurado, y omítase formular la minuta por haberse establecido plenamente el cuerpo del delito y la delincuencia del procesado, Arts. 210, I., 283, I. numeral primero, y una vez contestados o evacuados los traslados, se sentencia conforme al Art. 213, I. inciso segundo, esta disposición dice que se pronunciará sentencia y ésta debe entenderse que es condenatoria, aplicándole la pena que señala el Art. 470 Pn. según está comprendido el caso en la escala que menciona la misma disposición.

La razón que ha tenido nuestro legislador al establecer la condena de derecho en esta clase de delitos cuando se ha establecido plenamente el cuerpo del delito y la delincuencia, ha sido sin duda alguna, para tratar de contener esa ola de delincuencia que tanto atañe a nuestra sociedad, pero si es esta la razón de tal disposición, mal dada está, pues de esta manera no se combate a todas esas personas que se dedican a esa clase de fechorías, porque hay casos que caen en esta disposición, personas que han cometido el delito de hurto ocasionalmente; si la finalidad de este Art. es como dije, detener a estos malhechores, debería aplicárseles dicho artículo a estas personas que tienen un record policial en esta clase de delitos, por una especie de peligrosidad mayor para la sociedad, y no a las personas que los cometen ocasionalmente, debería haber una reforma en ese sentido para su correcta aplicación.

CAPITULO V

LA PRUEBA CONTRADICTORIA, TACHAS Y DEMAS SITUACIONES DEL ART. 183 I, EN LO REFERENTE AL DELITO DE HURTO

El Art. 183, I, dice: "No obstante lo dispuesto en el Art. 181, I, se abstendrá el Juez de sobreseer en los casos siguientes: 1º) Si en el proceso aparecieren pruebas contra el reo que dieren mérito para elevar la causa a plenario y hubiere además una o varias declaraciones u otras pruebas en favor del procesado o se hubiere tachado por parte de éste algún testigo. 2º) Cuando de las ratificaciones o ampliaciones de los testigos que hubieren declarado en contra del procesado, resultaren dichos testigos varios o contradictorios o aparecieren como ofendidos o indiciados en el hecho que se juzga. 3º) En el caso contemplado en el inciso tercero del Art. 408. En todos estos casos se tendrá como válidas las declaraciones contra el reo para el efecto de elevar la causa a plenario y corresponde entonces al Jurado calificar y decidir si está comprobado el cuerpo del delito y la culpabilidad del indiciado. Mas, si con esas pruebas tenidas como válidas no se establecieren los elementos que exige la ley para la elevación a plenario, el Juez decretará el sobreseimiento".

Como vemos esta disposición contiene varias situaciones que es necesario analizarlas para una explicación de cada caso a que se refiere cada numeral, y en lo que nos interesa, cual es lo referente al delito de hurto; pues bien, el Art. 181, I, en sus numerales segundo y tercero, se refiere a los casos de sobreseimiento, cuando no se ha comprobado plenamente el cuerpo del delito, y cuando no hay por lo menos semiplena prueba de la delincuencia del reo, respectivamente; refiriéndonos al primer caso del Art. en comento, podemos decir, que es cuando en un juicio determinado hay dos testigos que han manifestado que vieron el momento en que el agente activo cometió el delito de hurto, tomando sin el consentimiento del propietario de la cosa, (X) persona, cierta cantidad de dinero que aquél tenía guardado sobre una mesa; con estos testigos se ha establecido plenamente la delincuencia del indiciado, y estableciéndose legalmente el cuerpo del delito conforme al Art. 132 el Juez eleva a plenario la causa y así con esa prueba el Juez lo condena de pleno derecho, ahora bien, para darle aplicación al numeral primero, supongamos que además de ser pruebas en contra del indiciado, también existen dos testigos que dicen lo contrario de los primeros cuya declaración se ha analizado en el sentido de que manifesten que no es cierto que el expresado indiciado se haya hurtado la cantidad de dinero, sino que lo que verdaderamente sucedió es que entre el indiciado y el ofendido celebraron un contrato de compraventa en que

el presunto reo le vendió una máquina de escribir y el supuesto ofendido le dijo que tomara de la mesa la cantidad de dinero como precio de la máquina, o que él propio le entregó el dinero; aquí como vemos hay dos testigos que contradicen lo afirmado por los otros dos, aquí el Juez de la causa no sobresee, sino que eleva a plenario, y somete al conocimiento del Tribunal del Jurado y es éste, quien sopesando las dos clases de prueba en contradicción, absuelve o condena al indiciado. La segunda situación de este numeral es el caso en que el cuerpo del delito o la delincuencia del procesado se ha establecido por dos testigos que conforme a la ley son tachables, por ejemplo que ambos testigos estén comprendidos en el numeral primero del Art. 332 Pr. en su calidad de hijos legítimos del ofendido, aquí el Juez no obstante haber fundamento para colegir que los testigos tienen interés en el asunto, y por ello es un defecto que por la misma ley destruye la fe que pudieran dárseles a estos dos testigos, como fundamento de la moralidad que debe haber en todo testigo que declara sin ninguna parcialidad, y por ello el Juez debería sobreseer; pero este inciso segundo de este artículo, inhibe al Juez de ello, y le obliga a elevar a plenario y someterlo al conocimiento del Jurado, quien tomando como base las tachas, puede condenar o absolver al indiciado, y si en ambos casos propuestos condena, el Juez no tiene más camino que poner la sentencia condenatoria aplicándole la pena que le corresponde según sea la cantidad de dinero sustraído; y si absuelve, pues ni modo que tendrá que ponerlo en libertad si está detenido y dictar la sentencia absolutoria.

El segundo numeral del Art. en comento, nos establece el caso cuando por medio de los mismos testigos que han declarado en el proceso, sea de oficio o a petición de las partes, se les amplía su declaración y en ésta se contradicen, por ejemplo: Hay dos testigos que en las primeras diligencias han declarado al Juez de Paz, que vieron al indiciado cuando se introdujo a la casa (X) y tomó cierta cantidad de dinero, y por una ampliación posterior sea de oficio o a petición de parte, los mismos testigos, afirman ante el mismo Juez de Paz o ante el de Primera Instancia, que ellos no vieron, sino que se enteraron de los hechos que así habían sucedido porque se lo contaron **la voz pública** o el propio ofendido; en este caso los testigos no ratificaron sus declaraciones, y en consecuencia hay contradicción en su primer dicho con el segundo, resultado de sus ampliaciones, aquí lo lógico sería sobreseer, por no estar comprobada la delincuencia, pero el inciso 2º en comento nos dice que el Juez tiene que elevar a plenario en el caso de que esté comprobado el cuerpo del delito y someterlo al conocimiento del Jurado quien absolverá o condenará, dándole validez o no a las declaraciones contradictorias.

El numeral tercero, se refiere a los casos del Art. 403, I. en sus dos primeros incisos, hace fe la declaración del testigo tachable, en los delitos que se cometen en el campo, en las cárceles, etc.; pero el inciso tercero de ese mismo Art. hace una excepción a los dos numerales citados, en el sentido de que no obstante que se cometió el hecho supongamos en el interior de la cárcel o de una cantina, por ejemplo: Se cometió el delito de hurto de cierta cantidad de dinero en el interior de una cárcel o de la cantina, y es

presenciado únicamente por dos personas que son tachables, en el primer caso por dos parientes del ofendido, y en el segundo caso es presenciado por dos personas que se dedican a embriagarse y en esa ocasión están ebrias cuando sucedió el hecho; en ambos casos, conforme al inciso tercero de este Art. no hacen fe, y por lo tanto se sobresee a favor del indiciado por no estar comprobada la delincuencia del procesado; pero como está la disposición del Art. 183, I. inciso segundo, el Juez no sobresee y si está comprobado el cuerpo del delito conforme al Art. 132, I. eleva a plenario por estar plenamente comprobada su delincuencia y cuerpo del delito, sometiendo al conocimiento del Tribunal del Jurado, quien absolverá o condenará, según le den la validez o no, a lo dicho por los testigos que conforme al Art. 408 inciso tercero no hacían fe.

El tercer y último inciso del Art. 183, sólo se refiere a las situaciones en que no obstante se dan los casos contemplados en los numerales primero, segundo y tercero, en cuanto a la validez de esos testigos, por no darle los elementos que la misma ley prevé para elevar a plenario, el Juez sobresee, por ejemplo: en los casos apuntados, que no se establezca el cuerpo del delito plenamente, conforme al Art. 132, I. al Juez no le queda otro camino que sobresee a favor del procesado, no obstante que las declaraciones que sirvieron para establecerse plenamente la delincuencia del mismo, adolecían de los defectos ya mencionados y a las que la ley les daba validez para sólo el efecto de elevar a plenario la causa.

En la vida práctica y esto es una situación hasta tal vez no muy alagadora de parte de los defensores en pro de la buena administración, y es en el sentido de que cuando su defendido tiene plena prueba de la delincuencia y de antemano se vislumbra de que si se comprueba en la medida legal el cuerpo del delito de hurto, si se deja tal como marcha el proceso, lo que restaría es únicamente esperar a que el Juez tramite el juicio y condenarlo de pleno derecho en la forma como la tratamos en el capítulo anterior, lo que se hace, sea en el sumario o en la etapa del plenario, es establecer prueba contradictoria, para si hacer caer al juez que conoce, en las situaciones establecidas en el Art. 183, y más concretamente en el numeral primero; y esto lo traigo a cuenta debido a que no es que resulte como hechos verdaderos que se susciten a través de la secuela del juicio, y si tales contradicciones se suscitan debido a la mala interpretación que los testigos tienen o le impresionen los hechos sobre los cuales declaran, sino como malicia de algunos defensores que valiéndose de la disposición ya tantas veces dicha, degeneran la prueba con el único fin de que se establezca la prueba contradictoria, y así que en tal juicio no vaya condenarse de pleno derecho, y llevar al conocimiento del Tribunal del Jurado, la causa, para lograr un veredicto absolutorio a favor de su defendido, y así han cumplido con el deber que tenían en relación con su cliente; pero la verdad es que esto se debió a la malicia del litigante de poner prueba en contrario no obstante saber que no era así, con el único fin ya apuntado; y esto se da con más frecuencia en el numeral primero del Art. en mención en donde como dije hay una facilidad para el litigante contradecir la prueba preexistente por medio de dos testigos que aseveren lo contrario

en autos y así lograr su fin, es muy raro el caso en que por la propia naturaleza de la prueba que se recoge originalmente en la secuela del proceso, haya prueba contradictoria y aplicar el numeral en mención, casi siempre esto sucede por la intervención maliciosa del litigante.

CAPITULO VI

BREVE ANALISIS DE LA LEY DE PELIGROSIDAD

S U M A R I O :

- a) Crítica.
- b) Breve estudio de la Peligrosidad.

Primeramente el Art. 1 y 2 de la citada ley, establece la jurisdicción para conocer del sujeto en estado de peligrosidad, y dice que son los Jueces de lo Penal los competentes para ello, y esa jurisdicción esta circunscrita al territorio que le corresponde conocer a cada uno de los Tribunales según la ley le señala. Posteriormente establece la misma ley en sus Arts. 3 y 4 estatuye la categoría de Estado de Peligrosidad, haciendo una lista de todas aquellas personas que encuadran en los casos que la misma ley se encarga de situarlos para declararlos sujetos peligrosos, y en el Art. 4, hay un interminable rol de personas que conforme a ello se les aplica la ley de Estado Peligroso, tomando en cuenta para ello: la conducta, la ocupación, la vagancia, el vicio, la prostitución, los pendencieros, los inclinados a atentar contra la vida o la integridad física de las personas, los sospechosos de atentar contra la propiedad, etc., y en el numeral seis del Art. 4 pone una serie de condiciones para declarar el estado peligroso para los sujetos que atentan contra la propiedad, siendo ellos: los antecedentes judiciales y policiales sobre tenencia de útiles u objetos conocidamente destinados para cometer atentados contra la propiedad, siendo que estos no den descargo de su tenencia. La tenencia de cierta cantidad de dinero no justificada por su tenedor, teniendo como base la calidad personal de éste, presumiendo que éstos la han estafado o hurtado. La permanencia no justificada de las personas sospechosas, alrededor de tiendas, almacenes, etc., es decir, establecimientos dedicados al comercio, a reuniones públicas, residencias en horas altas de la noche, en paradas de buses, etc., el de haber sido procesado dos o más veces por robo o hurto, y una serie de casos que es inicuo señalar en este trabajo.

En el Art. 7 se estatuye las medidas de seguridad para los sujetos declarados peligrosos, aplicándoles una detención por un tiempo que es determinado por el Juez a su simple arbitrio, tiempo durante el cual el sujeto trabajará en labores agrícolas, industriales y otras clases de oficios adaptables para ellos, sea en una casa o establecimiento especializado con atención médica en el aspecto de salud física y siquiátrica, para adaptar y reeducar al sujeto. Dentro de estas medidas de seguridad, se les aplica otras en el sentido de que el peligroso debe declarar en su indagatoria su

domicilio, el nombre de sus padres, hijos, esposa, su profesión u oficio, hacerle un análisis de su vida privada, cuáles fueron sus gustos, su diversión en su infancia, si en alguna ocasión tuvo o padeció de enfermedades venéreas, qué clase de películas le gustan, cuándo cometió su primer infracción, y cuándo su primera detención, etc. Y ya dentro del procedimiento para establecer la peligrosidad del sujeto, esto lo investigan por medio de trabajadoras sociales, quienes después de juramentarse del nombramiento que le ha hecho el Juez que conoce, éstas investigan al sujeto, desde su infancia, su juventud hasta llegar a la edad actual, por medio de la misma familia del sujeto, a través de interrogatorios que a estas personas se les hacen o a personas que conocen al sujeto, se oye al Fiscal General de la República a través de sus delegados o representantes, teniendo el Juez treinta días para recoger toda esta información como mínimo y ciento veinte como máximo, conforme al Art. 14, al fin de la cual el Juez deberá resolver si dicha persona es sujeto peligroso o no; si declara la peligrosidad tiene que manifestar en dicha resolución la categoría a que pertenezca el peligroso y determinar las medidas de seguridad que crea convenientes, fijando su duración. Admitiendo esta resolución únicamente el recurso de revisión ante el Tribunal Superior, siendo también parte por el sujeto, su representante o apoderado o en su defecto el Procurador General de Pobres o sus delegados. Si la resolución es favorable para el presunto sujeto peligroso en el sentido de que lo declara no peligroso, conforme a la investigación que se ha hecho e informe rendido por los Pedagogos, Médicos o en su defecto por las Trabajadoras Sociales, el Juez lo pone en libertad sin fianza.

Las medidas de seguridad para el sujeto declarado peligroso, están al arbitrio del Juez que conoce y dice la ley citada que esas medidas se cumplirán en los establecimientos creados especialmente por la ley, en donde las autoridades administrativas encargadas de velar por el fiel cumplimiento de esas medidas de seguridad impuestas por el Juez, darán cuenta o informes mensualmente del comportamiento observado por el declarado peligroso, y si el sujeto las quebranta, el Juez impone otra o varias más. Si las acata el sujeto peligroso y si los informes de las autoridades administrativas en lo referente a su pasividad, tanto física como síquica son buenas, el Juez puede revocar esas medidas, ordenando otras más cortas, su libertad condicional, prohibiéndole visitar o vivir cerca de lugares corruptos para que no caiga nuevamente en la misma esfera delincencial, o decretar su libertad definitiva cuando ya no hay estado peligroso en él, fijándole un domicilio especial. Obligando la ley al Juez, a llevar un libro en que se registre al sujeto peligroso, llevando en él los datos personales del sujeto, fecha en que se declaró su peligrosidad, medida de seguridad que se le aplicó, el tiempo que duró. Registro que será y se guardará en forma reservada para personas particulares y tendrá acceso a ellos sólo las autoridades de peligrosidad, el Art. 32 de la citada ley, dice que mientras se crean los establecimientos especiales a que se refiere las disposiciones de la misma ley, los sujetos declarados peligrosos guardarán su detención en los establecimientos penales creados y en donde los jueces crean convenien-

tes a fin de tratar su rehabilitación pretendida; y como si fuera poco, la misma ley termina en su última disposición diciendo que en todo proceso criminal por hurto o robo o estafa, se abrirá expediente de peligrosidad por el Juez que conoce del delito, si el sujeto estuviere contemplado en alguno de los casos establecidos en la misma ley en la lista a que se refiere el Art. 4.

CRITICA

Hemos analizado en forma ligera la Ley de Estado Peligroso y en ella vemos grandes fracasos de nuestros legisladores al tratar de legislar situaciones, estados síquicos y aspectos sociales que ha sufrido una persona a quien se le impone la medalla de sujeto peligroso, dejando esta observación e investigación a personas que no conocen tan siquiera ni en forma vaga, de esas inquietudes, emociones internas, patológicas de estas personas que comenzando desde su niñez, no pudieron ser comprendidas y que llegando a un mundo diferente y ya cuando éstos se afretan a los problemas de la vida no están suficientemente educados para afrontar y resolver esos problemas, sujetos provenientes de familias degeneradas, de escasez económica arraigada, etc., todo este complejo de circunstancias internas y externas, no puede dejarse a que sean resueltas por personas que carecen del conocimiento necesario para poder investigar, analizar al sujeto, que en otras legislaciones le llaman favorecido ¿Cómo es que un Juez de lo Penal puede dictar medidas de seguridad a un sujeto que él mismo lo ha declarado o no peligroso, sólo por el informe de trabajadores sociales que carecen de ese conocimiento esencial para poder dar un informe científico de la situación física y anímica del sujeto? ¿Cómo él puede dar medidas de seguridad al sujeto peligroso cuando no sabe si esas medidas que a su arbitrio las aplica, pueden o no rehabilitar o reeducar al peligroso? ¿Cuándo se ha visto en la práctica que siquiátras y pedagogos den un informe de los sujetos que estaban en vías de investigación para declararlos peligrosos? Dejando esta investigación a trabajadores sociales que no están preparados para esta clase de investigación. Ahora en cuanto a los centros o establecimientos de observación y vigilancia para los sujetos peligrosos declarados así o no declarados, no hay ningún centro que se adapte para hacer esa observación como medida de seguridad ¿Y a dónde guardan su detención los sujetos de esta índole para su observación e investigación? Pues en los mismos Centros Penales donde están los demás delincuentes por delitos comunes. Lo que se hubiera hecho antes de legislar disposiciones y crear la ley de Estado Peligroso, es haber creado dichos establecimientos, nombrar a jueces, pero que éstos sean siquiátras y rodearlo de un personal especialmente creado para esa clase de investigación, entonces si va a dar resultado todas estas disposiciones, entonces si se va a contener esa ola de criminalidad que existe en nuestro país. ¿Qué es lo que hacen nuestras autoridades tanto administrativas como judiciales? Pues lo que hacen los agentes de la autoridad cuando se acercan las fiestas es capturar a todos los sospechosos o reconocidos como delincuentes fichados en la Policía, los

tienen reclusos dos o tres meses y después los ponen en libertad, o si no los mandan a los Jueces de lo Penal, y éstos sólo los reciben y los mandan por cuatro meses a algún centro penal, al fin del cual los ponen en libertad, y éste vuelve a delinquir, porque no se le dio la ayuda, esa investigación que requiere esa clase de sujetos de conformidad con nuestra ley, la Ley de Estado Peligroso, es letra muerta en nuestro medio, no obstante su vigencia.

BREVE ESTUDIO DE LA PELIGROSIDAD

El concepto de peligrosidad desde que adquirió valor científico por obra de la escuela positiva hasta nuestros días ha ido madurando en forma gradual, latente e ininterrumpida. Eminentes penalistas han desarrollado y dado conceptos distintos de la peligrosidad. Este concepto como dijimos nace a través de las investigaciones de la Escuela Positiva, teniendo como base sus principios de la defensa social. “Reconociéndole eminencia a este principio de defensa social es necesidad lógica ver ante todo y sobre todo el autor del delito para inducir su potencia ofensiva y valorar, además del daño que causa, el peligro que representa” (1)

Atendiendo ese concepto lo que verdaderamente importa es el estudio exhaustivo de la personalidad del delincuente, la cual fue completa y absolutamente desconocida por la Escuela Clásica dentro de su campo penal, que su único punto de partida y llegada era en toda indagación, el delito tenido o considerado como un “ente jurídico”. Fue Rafael Garófalo que en su “monografía de un criterio positivo de penalidad” da el primer paso en la subjetivación del derecho penal con su concepto de la “Temibiltá” que significa “temibilidad” que es el efecto o reflejo social de la peligrosidad; con este concepto se dio principio a la peligrosidad, pasando del carácter de científico al aspecto sociológico respecto al estudio personal y real del delincuente buscado y encontrado por la Escuela Positiva.

Si la peligrosidad es una derivación del concepto de peligro, aplicando el significado de éste a la persona y teniendo en cuenta que buscamos la idea de peligrosidad “criminal” podemos concluir necesariamente, que ésta consiste en la probabilidad que una persona cometa aquellas acciones dañosas, peligrosas previstas por la ley como delito. Analizando esta posición podemos llegar a una verdadera conclusión de que es peligroso no la persona que pueda (posibilidad) cometer un delito, que podría ser cualquier persona, sino que es peligroso quien probablemente lo cometerá; de aquí la importancia de saber distinguir la posibilidad con la probabilidad, y se le da razón a los que siguen esta última tendencia. Una persona ha delinquido ¿cuándo se podrá decir que es imposible que delinca de nuevo? Claro que nunca podemos afirmar eso, entonces caeríamos en la teoría de la peligrosidad necesaria de Ferri, quien afirma que todo delincuente sería peligroso, lo cual importa quitar valor al criterio mismo de peligrosidad, ya

(1) Enrique Ferri en su obra “Los nuevos horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal”.

que su importancia estriba precisamente en su aptitud para distinguir aquella especial categoría de delincuentes frente a los cuales la pena es insuficiente.

La mayoría de los autores complementan sus teorías como nota relevante, el aspecto subjetivo de la peligrosidad, agregando al concepto anterior las notas de "capacidad", "aptitud", "tendencia" y "proclividad" "síquico" es la condición de una persona en cuanto probable causa de un delito". (2)

También la peligrosidad ha sido considerada como un "Estado" de la persona que probablemente delinquirá; como una aptitud de la persona, del agente a delinquir, sobre la cual concurren múltiples causas que le favorecen, y puesto que se trata de una aptitud que debe persistir después de cometido un delito y extenderse a un tiempo más o menos durable según la influencia de las causas que sobre la persona actúan; es lo que llaman en doctrina "estado crónico" el cual subsiste en el agente independientemente a su voluntad. Lo crónico se refiere a una situación más o menos establecida con continuidad en el tiempo, es decir, que no es definitiva o inmutable. Otra consecuencia de la peligrosidad como "estado", es su ubicación, es decir, un estado que sobrevive a un delito, a una etapa ubicada entre un delito cometido y otros probables en el futuro.

Nuestra ley vigente se llama Ley de Estado Peligroso, siguiendo esta corriente ya analizada brevemente; y el numeral 10º del Art. 4 de la citada ley establece la personalidad del agente atendiendo a su inclinación a delinquir, lo mismo que por su habitualidad a cometer faltas y contravenciones policiales, en donde se refleja el concepto del estado crónico a que alude tal doctrina, esto lo situó en mi opinión particular después de entrever las distintas definiciones que de la peligrosidad hemos anotado en este trabajo, siguiendo los conceptos de los eminentes penalista, que han encarado este serio problema que tanto atañe a nuestra sociedad.

En nuestro medio, la peligrosidad está constituida por sujetos que se dedican a cometer delitos y faltas o contravenciones en contra de la propiedad privada, y son estas personas las que más trabajo dan a la sociedad; los expedientes de peligrosidad que al efecto se inician en los Juzgados de lo Penal, sólo son contra personas que se dedican a robar y constituye un gran número de delincuentes; es tan basto este número de sujetos que conocemos como "ladrones fichados", que los agentes de la autoridad lo que hacen como dije anteriormente es detenerlos unos tres meses y los ponen en libertad con una fuerte multa; es grave el problema y es necesario que se le dé cumplimiento a lo prescrito por la ley, y que nuestro gobierno se interese por la situación tan delicada de estos sujetos, que con cierta observación y tratamiento sociológico, llegaría a solventar este problema, y terminar así con esta clase de delincuencia; deben formarse instituciones especializadas en el tratamiento de estos enfermos que urgen de que se les cure esa proclividad, esa tendencia, ese obrar consuetudinario de la cual no son responsables porque operan independientemente a su voluntad.

(2) Grispigni "Derecho Penal Italiano".

Para concluir traigo a cuenta el Art. 166 Cn. en su último inciso que dice: “Por razones de defensa social, podrán ser sometidos a medidas antisocial, inmoral o dañosas, revelen un estado peligroso y ofrezcan riesgo inminente para la sociedad o para los individuos. Dichas medidas de seguridad deben estar estrictamente reglamentadas por la ley y sometidas a la competencia del Poder Judicial”.

Esta disposición constitucional impuso la obligación al legislador de distinguir entre penas y medidas de seguridad; pero no es como algunos penalistas y aun nuestro Proyecto del Código Penal, que estiman la medida de seguridad como incluida en las penas, por ser éstas insuficientes, sino que las medidas de seguridad en el sentido de readaptación del individuo, de reeducación, de observación y vigilancia en el aspecto síquico por medio de especialistas en la materia, para poder evaluar su capacidad de regeneramiento al medio social que lo necesita, para ser un hombre útil a ella misma; ésta es la clase de medida de seguridad que debe adoptarse, pero nunca como una categoría de pena, la cual lleva en sí el sentimiento clásico de considerar a ésta como un medio intimidativo y expiatorio, como medio para luchar contra el delito. Está bien que se tomen otras clases de medidas de seguridad como la vigilancia al reo puesto en libertad condicional para que cumpla; cuando el condenado observa mala conducta (la retención), etc., éstas si tienen la calidad de una pena, pero a aquéllas les deberíamos llamar medios de readaptación del delincuente.

CAPITULO VII

EL HURTO FAMELICO

En realidad el trabajo en que nos hemos esmerado por tratar de concretizar las situaciones jurídicas de los agentes del delito de hurto, cuando estos tienen ese dolo específico de querer apoderarse de determinado objeto y lucrarse del mismo a sabiendas de que no le pertenecen; puede en cierto momento y determinadas circunstancias no ser punible, es decir, pudiera o debería no ser punible; ya que hay en ese agente del delito ciertamente la intención de apoderarse y lucrar con la cosa que ha hurtado, y por ende ser castigado por esa infracción conforme a nuestra ley vigente, pero existe en él una necesidad, una urgencia de vida o muerte, que lo pone entre la posición de que si no lo comete, aun a sabiendas de que va a ser castigado, con el otro extremo más severa para dicho agente y es la de perecer o sucumbir físicamente con su propia familia que está urgiendo de ello, pues de no hacerlo moriría de hambre, en el caso de que hurtara comestible para alimentarse él y sus hijos, que hurte determinado objeto y lo vende para poder alimentarse, el que hurta ropa de vestir para cobijarse porque está desnudo, porque de lo contrario si no lo hace moriría de hambre o de frío, esto en el sentido de que le sea físicamente imposible conseguirlo de otra manera en una forma lícita. Esta clase de hecho se conoce en el campo doctrinario como el HURTO NECESARIO. En el antiguo derecho este hurto necesario no fue punible, y duró mucho tiempo bajo esa regla que de legal pasa a hacer puramente social, y mucha razón tuvieron esos legisladores en tipificar tal hurto necesario como una causal de eximente, porque daba una relación jurídica social, que coincidían con la especie humana de ínfimas condiciones económicas, en el que, para esos pobres desgraciados los amaneceres se volvían tinieblas porque comenzaban la luz del día con la misma hambre y frío, que cada vez se acentuaba más y más en su ropa raída y en sus huesos saltados por la falta del pan de cada día, pero sin estimar como humanas esas necesidades del hombre desamparado, nuestros legisladores poco a poco han venido derogando a través de los años, esas disposiciones humanitarias, y modernamente ha hecho al hombre duro de conciencia y de corazón de hierro, porque no les importa los sufrimientos de nuestros semejantes que si tienen que hurtar una migaja de pan al que lo tiene en abundancia es para poder sobrevivir a la miseria en que viven, y sin embargo nuestra ley dura e inclemente como el sol ardiente del desierto, y no le importa ninguna de esas condiciones tan humanas y naturales y no contempló esos casos de justicia humana, de allí aquella anécdota que la "ley se debe aplicar al miserable".

Ante una circunstancia de esa naturaleza, la cárcel o la muerte para un pobre sujeto que trata de sobrevivir en este laberinto de incomprensiones, de que tienen más los que no lo necesitan y tienen menos los que si necesitan, que conducta puede exigírsele a ese miserable que no puede conseguir alimentos para él y los suyos, porque no encuentra trabajo y si no lo encuentra es porque no hay fuentes, y ni una persona que le dé de comer, necesariamente tiene que conseguirlo de cualquier forma. Para evitar toda esta clase de incomprensiones sería urgente una socialización, para que dentro de un sistema de esa naturaleza que dictaran medidas de seguridad y de trabajo para todas estas personas que no tienen la culpa de haber nacido pobres, porque todos tenemos derecho a la vida y ya dentro de ella a sobrevivir pero como personas dignas y con el elevado concepto de ser útil a la misma sociedad que lo necesita.

Modernamente nuestra ley no contempla tales situaciones como valederas para una eximente que lo excluya de una responsabilidad criminal para el sujeto que está en esas condiciones y que con base en esa necesidad cometa el hurto para poder comer, vestirse y cubrirse del frío; socialmente se quiere darle el sentido a tratar de solventar esas circunstancias, organizando instituciones benéficas, como hospitales públicos, sanatorios y otras instituciones, pero es la realidad de las cosas que no resuelven el problema.

En mi opinión muy particular y es una inquietud nada más, sería de gran trascendencia social el día que se aplicara una disposición penal para esta clase de hechos, y es cuanto se refiere al Art. 8 Pn. N° 7°, que tipifica la eximente de Estado de Necesidad, bien pudiera reformarse dándole cabida al hurto necesario, siempre que se dé los requisitos que en él se ordena, aplicando tal disposición en un sentido de justicia social, y en una forma que no la degeneren personas que bajo ese designio, se amparen a esa disposición para cometer delito de hurto, diciendo que lo hicieron por necesidad.

CAPITULO VIII

GRADOS DE PARTICIPACION Y RESPONSABILIDAD EN EL DELITO DE HURTO

SUMARIO:

Autor
Cómplice
Encubridor

La comisión de un delito puede ser efectuada por una sola persona o por varias, que concurren con anterioridad, simultáneamente o con posterioridad al hecho cometido. También el delito puede ser cometido por una agrupación, llamándosele a este caso delito colectivo. Su ejecución puede ser material e intelectual, y es lo que conocemos como codelincuencia.

El autor material es aquel o aquellos que personalmente, por su acción cometen un delito, por ejemplo: (X) persona comete un delito de hurto apoderándose de un automóvil, lo realiza él sólo sin tener conexión con ninguna otra persona que le ayude; puede suceder que este sujeto cometa el delito juntamente con otra persona, ambos son codelincuentes materiales, porque han participado directamente en la comisión del delito, y ambos son culpables o responsables de la misma infracción imponiéndoseles una pena igual a cada uno, según la pena de dicha infracción; algunos tratadistas llaman a esta figura: codelincuencia, otros la llaman participación en el crimen y otros concurso de delincuentes. La concurrencia de delincuentes que es lo que aquí nos interesa supone unidad de delito y pluralidad de participantes, siguiéndose la teoría "*Monista*", o sea que: los que han participado son varios pero el delito es uno, porque ese era el propósito, cometer un delito, y por lo tanto solo hay una infracción. Lo contrario a esta teoría, está la teoría *Pluralista*, la cual significa que cada uno de los participantes había cometido varias acciones y por lo tanto habían cometido tantos delitos como tantos habían participado.

Nuestra ley positiva en el Art. 11 Pn. dice: "Son responsables criminalmente de los delitos: 1º Los autores. 2º Los cómplices y 3º Los encubridores". El Art. 13 Pn. nos dice: "Se consideran autores: 1º Los que toman parte directa en la ejecución del hecho. 2º Los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo. 3º Los que cooperan a la ejecución del hecho por un acto sin el cual no se hubiere efectuado". El Art. 14 Pn. dice: "Son cómplices los que no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos" y el Art. 15 Pn. dice: "Son encubridores los que, con cono-

cimiento de la perpetración del delito sin haber tenido participación en él como autores o como cómplices, intervienen con posterioridad a su ejecución de alguno de los modos siguientes: Aprovechándose de por sí mismo o auxiliando a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito. 2º Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o instrumentos del delito para impedir su descubrimiento. 3º Albergando, ocultando o proporcionando la fuga al culpable, siempre que concurran alguna de las circunstancias siguientes:

Analizando estas disposiciones, ya en lo referente al delito de hurto, que es lo que nos interesa en nuestro trabajo, podemos decir: Que tanto los autores, cómplices y encubridores, son responsables como participantes en el hecho punible. La doctrina distingue entre autores inmediatos y autores mediatos, diciendo que son autores inmediatos los que ejecutan directamente el acto, lesionando o poniendo en peligro el bien jurídico tutelado por la norma, por ejemplo: el que por su propia cuenta y directamente, se introduce a un almacén y se hurta cierta cantidad de mercadería, lucrando al venderlas a otra persona que nada sabe del delito; esto es lo que contempla el numeral primero del Art. 13 Pn. Los autores mediatos son: Los que no intervienen directamente en la comisión del hecho delictivo, pero sí lo han hecho con anterioridad, por ejemplo: La persona que con anterioridad planeó el hurto o robo a un banco, habiéndolo preparado intelectualmente, y mediante pago o remuneración participó a otro el delito para que lo ejecutara esta segunda persona material y directamente él sólo, logrando su ejecución, en este caso, el primero fue el autor mediato y el segundo autor inmediato, pero siempre ambos autores son responsables del delito como codelincuentes. Pero si para el caso: Una persona decide hurtarse determinado objeto planificándolo, y para ello hipnotiza a otro, o amenaza a un niño o loco con el fin de que este último lo cometa materialmente, y así se verifica, aquí el responsable sería el autor mediato, pero no el inmediato o sea la persona hipnotizada, el niño o el loco por carecer de voluntad para saber o darse cuenta rezonalmente que lo que está haciendo no lo debe hacer por ser ilegal con el concepto de autor mediato, encajamos el ejemplo en el numeral segundo del Art. 13 Pn. El numeral tercero de dicha disposición hace mención a otra clase de autores, son los llamados autores cómplices que se conocen así en la doctrina, estos muy bien no pudieron haber participado directamente en el hecho delictivo, pero su cooperación fue tan necesaria al cometimiento del acto, y que sin este no se hubiere realizado por ejemplo: El sereno que proporciona los planos de la ubicación del lugar donde se encuentra determinada joya en el interior de la casa que cuida, le proporciona todo esto y las llaves de la puerta de dicha casa para que el autor inmediato o sea el que directamente va a cometer el hecho, y este lo comete, el sereno ejecuta actos sin los cuales el autor material no podría cometer el hecho.

Los cómplices son cooperadores no necesarios, porque si fuera así caerían en el concepto de coautor; esa cooperación se califica de *útil* sin el cual, siempre se realizaría el delito, por ejemplo: Cuando el autor inme-

diato después de cometer el delito de hurto de gran cantidad de mercadería de un almacén, otro sujeto como conductor de un vehículo a sabiendas de ello, transporta la mercadería al lugar destinado; o el sujeto que se para en la esquina de una cuadra para vigilar que no venga persona alguna, mientras el otro comete el hurto.

El encubridor se distingue de los autores y cómplices, en que no interviene en la ejecución del hecho, es decir, no participa en él, pero tiene conocimiento de que se ha perpetrado, y posteriormente a esto coopera con ellos en el sentido de comprarle la mercadería hurtada para lucrarse el mismo, aprovechándose de los efectos del delito.

Los grados de responsabilidad para los autores siempre que esté comprobado en la medida legal su participación criminosa, es la misma para todos, es decir, tanto el autor mediato como el inmediato tienen la misma sanción, esto de conformidad al Art. 42 Pn. que dice: "A los autores de delito o falta se les impondrá la pena que para el delito o falta que hubieren cometido se hallare señalada por la ley", es decir, que no distingue si son autores inmediatos o mediatos o autores cómplices.

La responsabilidad del cómplice está prescrita en el Art. 45 Pn. que dice: "A los autores del delito frustrado y cómplice del delito consumado, se impondrá los dos tercios de la pena asignada a los autores del delito consumado" y el Art. 46 Pn. nos da otra regla de aplicación de la pena para responsabilizar al cómplice del delito frustrado.

La responsabilidad del encubridor es ínfima en relación a la de los autores y cómplices, y conforme el Art. 48 Pn. se les impone la tercera parte de la pena que les corresponde a los autores del delito consumado, frustrado o tentativa, según que el encubrimiento se refiera a cada una de estas categorías.

CAPITULO IX

PENALIDAD EN EL DELITO DE HURTO:

El delito de hurto para que sea punible como tal, es necesario que la pena a imponerse al que ha cometido la infracción, esté tipificada en el Art. 470 Pn., en donde escalafona las infracciones, según sea el valúo que se le ha dado a la cosa objeto del hurto, siendo un valor puramente económico, y hay delito de hurto cuando el valúo de la cosa hurtada es de diez colones un centavo en adelante.

Para aplicar las penas en los delitos de hurto, es necesario ver en cada caso en concreto, cual sería la pena imponible, por ejemplo: Si alguien ha cometido el delito de hurto y el objeto hurtado lo han valuado en la cantidad de veinticinco colones, la pena imponible es de seis meses de prisión mayor; si el autor inmediato tuvo un cómplice en la ejecución del delito y se establece plenamente esta cooperación, al cómplice se le impondría las dos terceras partes de seis meses; que equivale a cuatro meses de prisión mayor; si en el mismo delito participó un sujeto en calidad de encubridor plenamente establecido, la pena imponible a éste es la tercera parte de la pena que le correspondería al autor, la que equivale a dos meses de prisión mayor.

Si el autor, es de delito frustrado, y el objeto del hurto en ese grado asciende a la cantidad de quinientos colones su valúo, si fuera consumado, tendría la pena de tres años de presidio, como es frustrado se le aplica los dos tercios de los tres años de presidio, conforme el Art. 45 Pn., que equivale a dos años de presidio, y así sucesivamente se pone según encaje el caso en concreto en las disposiciones legales, que hemos dejado enumeradas.

La pena en el delito de hurto opera según existen circunstancias generales como agravantes y atenuantes, las cuales se compensarían conforme a la regla tercera del Art. 57 Pn.; cuando por ejemplo: opera la confesión del reo como única prueba, o una confesión sincera, etc., etc., cuyos casos ya analizamos con anterioridad por medio de los respectivos ejemplos que anotamos.

En el delito de hurto concurren agravantes especiales, que sí cambian la naturaleza de la pena, por ejemplo: Se comete un delito de hurto de ganado (Abigeato) y si el valúo asciende a la cantidad de trescientos cincuenta colones, tendría una pena de tres años de presidio, pero como se le aplica la agravante especial determinada en el artículo 471 Pn. numeral quinto, se le aumenta una tercera parte más, la pena será de cuatro años de presidio. Esa disposición del Art. 471 Pn. en sus cinco numerales

establece una agravación especial que le aumenta una tercera parte a la pena señalada conforme a la escala del Art. 470 Pn., cuando lo hurtado fueren objetos destinados a un culto que tenga prosélitos en El Salvador (católicos, protestantes, etc.) esto lo establece el numeral primero; en su numeral segundo estatuye el caso del que hurta objetos en una iglesia, por la falta de respeto al lugar; el numeral tercero se refiere a los hurtos cometidos por los sirvientes domésticos, se le aumenta la pena por tratarse de personas que tienen la oportunidad y confianza del patrono y amparados a esas circunstancias comete el delito sin ninguna dificultad; el numeral cuarto nos dice que se le aumenta la pena a la persona que ha sido condenada dos o más veces por un delito comprendido en el mismo título o sea en el presente caso que haya sido condenada por un delito de hurto con anterioridad y es condenado nuevamente; el mismo título se refiere a los delitos contra la propiedad; y el último numeral establece el delito de hurto de ganado conocido doctrinariamente como abigeato.

El artículo 526 Pn. estatuye como pena, al condenado por hurto, la imposición de la inhabilidad del Art. 266 Pn. de servir como testigo en causas civiles, criminales o actos de cartulación por el tiempo de la condena.

Como un efecto de la pena, en el delito de hurto, el que ha sido condenado por sentencia ejecutoriada no puede gozar de su libertad condicional, si no ha restituido la cosa objeto del hurto y reparado el daño causado al ofendido o terceros perjudicados por razón del delito.

Si el hurto se comete en un mueble cuyo importe según el valúo es de diez colones o menos, se degenera en falta y se le aplica el artículo 541 Pn. y el hurto que consista en apropiarse de una cosa ajena pero no con el ánimo de lucrarse con ella, sino simplemente de usarla y después devolverlo a su dueño denominado hurto de uso, se le impone la pena de veinticuatro días de arresto y veinticinco colones de multa.