

027801

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

3:3

T
345.05
B 957d
1977
F.S.YCS

DEL REQUERIMIENTO PENAL

TESIS SUSTENTADA POR

CARLOS ALFONSO BURGOS SILVA

PREVIA OPCION AL TITULO DE DOCTOR EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES



SAN SALVADOR, EL SALVADOR, C. A.

JULIO DE 1977

TRIBUNALES EXAMINADORES

Ciencias Sociales, Constitución y Legislación Laboral

- Lic. Santiago Ruiz.
- Dr. Arístides Augusto Larín.
- Dr. Héctor Salazar Valiente.

Materias Civiles, Penales y Mercantiles

- Dr. José Alfredo Cuéllar.
- Dr. Arturo Argumedo h.
- Dr. Mauricio Alfredo Clará.

Procedimientos Civiles, Penales y Leyes Administrativas

- Dr. Rodolfo Antonio Gómez h.
- Dr. José Luis Ayala.
- Dr. Francisco Callejas Pérez.

I N T R O D U C C I O N

En este trabajo investigativo "Del Requerimiento Penal", como es su título, he tratado de plasmar a través de su desarrollo las notas más importantes del instituto jurídico denominado "REQUERIMIENTO" que salió a la palestra del hacer judicial desde junio de 1974 cuando rige a la población salvadoreña el nuevo Código Penal que se promulga; instituto jurídico que desde el ángulo netamente procesal, como debe de estudiarse por su naturaleza jurídica, se le ha considerado como condición de perseguibilidad o procedibilidad por los tratadistas de Derecho Procesal Penal.

Como es lógico, no se trata de una labor que busque encontrar soluciones definitivas en su totalidad, pues debido a la escasa bibliografía en el ambiente jurídico nuestro, nupatoria doctrina de los Tribunales de la República y expositores nacionales que glosadamente no han dado a conocer su criterio y que pudiera servir de base para un estudio exhaustivo del tema, me he conformado con plantear, a mi entender, la solución a la forma de llevar a cabo la verificación del acto procesal llamado "REQUERIMIENTO", y algunos aspectos como son la de considerar por los tratadistas del derecho ese requisito procesal en su carácter de condición objetiva de perseguibilidad, excusa absoluta, etc., como puntos centrales de la breve exposición que de él hago.

Antes de iniciar el desarrollo del tema escogido para este pequeño trabajo, como requisito previo a la opción del Título de Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales a que se nos obliga, quiero dejar constancia que conté con la desinteresada ayuda del benefactor de los menores salvadoreños, Dr. JUAN PORTILLO HIDALGO, quien aunó esfuerzos a fin de que aprovechará sus conocimientos en algunos aspectos técnicos en su calidad de Asesor de Tesis, a quien respetuosamente agradezco; asimismo, expreso sinceros sentimientos de simpatía para los miembros del Tribunal Calificador de Tesis: Dr. Arturo Argumedo h., Dr. Manuel Arrieta Gallegos y Dr. Atilio Ramírez Amaya.-

I N D I C E

DEL REQUERIMIENTO PENAL

TITULO I

CONCEPTOS DE DELITO. SUS ELEMENTOS.

CAPITULO I

CONCEPTOS DE DELITO.

CAPITULO II

ELEMENTOS POSITIVOS

CAPITULO III

ELEMENTOS NEGATIVOS.

TITULO II

ANTECEDENTES, CONCEPTO DEL REQUERIMIENTO COMO CONDICION
OBJETIVA DE PERSEGUIBILIDAD Y COMO EXCUSA ABSOLUTORIA
CONDICIONAL. NATURALEZA JURIDICA.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICO-LEGALES.

CAPITULO II

CONCEPTOS DEL REQUERIMIENTO COMO CONDICION OBJETIVA DE PERSEGUIBILIDAD.

CAPITULO III

NATURALEZA JURIDICA DEL REQUERIMIENTO PENAL.

CAPITULO IV

CONCEPTO DE EXCUSA ABSOLUTORIA.
QUE ES EL REQUERIMIENTO COMO EXCUSA ABSOLUTORIA CONDICIONAL.

CAPITULO V

DIFERENCIA DEL REQUERIMIENTO COMO CONDICION OBJETIVA DE PERSEGUIBILIDAD Y LA CONDICION OBJETIVA DE PENALIDAD.

TITULO III

EL REQUERIMIENTO PENAL Y EL REQUERIMIENTO CIVIL.

CAPITULO I

QUIEN PUEDE VERIFICAR EL REQUERIMIENTO PENAL Y QUIEN EL REQUERIMIENTO CIVIL.

CAPITULO II

TITULOS QUE DETERMINAN LA COMPETENCIA DEL JUEZ PARA VERIFICAR EL REQUERIMIENTO.

CAPITULO III

DIFERENCIAS DEL REQUERIMIENTO PENAL Y EL REQUERIMIENTO CIVIL:

- a) En cuanto a la mecánica para su verificación. .
- b) En cuanto a los efectos que producen.

TITULO IV

DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO: tipos de delitos en que previo el ejercicio de la acción penal se verifica el requerimiento.

CAPITULO I

CLASIFICACION LEGAL DE LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO.

CAPITULO II

LA ESTAFA, CASOS ESPECIALES DE ESTAFA, ADMINISTRACION FRAUDULENTE, APROPIACION Y RETENCION INDEBIDAS, Y APROPIACION IRREGULAR, COMO DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO QUE NECESITAN REQUERIMIENTO PARA EJERCER LA ACCION PENAL.

TITULO V

ALGUNOS FALLOS EMITIDOS POR LA HONORABLE CAMARA PRIMERA DE LO PENAL DE LA PRIMERA SECCION DEL CENTRO EN CUANTO A LA APLICACION DEL REQUERIMIENTO.

DEL REQUERIMIENTO PENAL.

TITULO I

Conceptos de delito. Sus elementos.

CAPITULO I

CONCEPTOS DE DELITO

El hecho punible como le llama el Código Penal Salvadoreño en su Art. 20, o sea los delitos y faltas, o infracción penal como también se le conoce, se ha definido según la escuela o tendencia filosófica que ha imperado en determinada época de la evolución del Derecho penal; surge un concepto de tipo científico o jurídico, al nacer la época humanitaria del Derecho Penal con la obra del gran autor Beccaría, quien expuso que el delito consiste "en el perjuicio ocasionado a la Sociedad que sólo ésta puede definir mediante la ley" (1); anteriormente en la Edad Media fue influenciada por el Derecho Romano, el germano y el canónico, por lo que el delito "era un hecho que transgredía la ley de Dios, las del Estado o del Príncipe, o ambas a la vez"(2)

Además de las concepciones puramente filosóficas que se dieron a través de la Escuela Clásica, surgieron otras que trataron de sacar una definición científica, y así aparece la que dio a luz el máximo exponente del clasicismo: Francisco Carrara,

(1) Arrieta G., Lecs. de Derecho Penal, pág. 123.

(2) Idem.

al decir: "Es una infracción a las leyes del Estado, promulgadas para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultantes de un acto externo del hombre, positivo o negativo moralmente imputable y políticamente dañoso (1).

Con posterioridad a la Clásica, surge la Escuela Positivista; se deja a un lado el delito como "ente jurídico" para considerarlo inicialmente como "un hecho o fenómeno natural"; pues Rafael Garófalo, afirma que el delito natural constituye "una ofensa a los sentimientos altruistas de piedad y probidad en la medida media en que son poseídos por un grupo determinado" (2); dentro de la misma Escuela se ocupó Enrique Ferri, de darnos otro concepto con distinto fundamento, en su Sociología Criminal dice: "Son delitos las acciones determinadas por motivos individuales y anti-sociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo en un momento determinado" (3); Manzini en cambio, sustituye los términos de Moralidad Media por el de "Moralidad Mínima" pues estima que el Derecho Penal sólo puede representar el mínimo ético exigible; o sea que existieron tres fases en esta Escuela las que se dan por concluidas (antropológica, sociológica y jurídica); y desembocan por último las nuevas Escuelas Eclécticas y de Política

(1) Arrieta G., Lecs. de Derecho Penal, Pág. 124

(2) Arrieta G., Lecs. de Derecho Penal, Págs. 124 y 126.

(3) Idem.

Criminal en la Dogmática Jurídica que descompone y analiza, con su método propio del desmenuzamiento, la infracción penal; diciendo que es "un acto o hecho típicamente antijurídico, imputable y culpable, conminado con una sanción y a veces sujeto a Condiciones Objetivas de Perseguibilidad o de penalidad" (1).

De esta última concepción (dogmática-jurídica) se obtiene que los elementos positivos del delito son los siguientes:

- a) Hecho o acto voluntario.
- b) Típico.
- c) Antijurídico.
- d) Imputable.
- e) Culpable.
- f) Sancionable y
- g) SUJETO A VECES A CONDICIONES OBJETIVAS DE PERSEGUIBILIDAD O DE PENALIDAD.

CAPITULO II

ELEMENTOS POSITIVOS DEL DELITO

A) Hecho o acto voluntario es "la manifestación de voluntad que mediante la acción produce un cambio en el mundo exterior o que por no hacer lo que se espera deja sin modificar ese mundo externo, cuya mutación se aguarda" (2)

(1) Arrieta G., Lecs. de Derecho Penal, Págs. 124 y 126.

(2) Arrieta G., Lecs. de Derecho Penal, Pág. 143.

Según el anterior concepto, el primer elemento positivo, está integrado por tres elementos también:

- 1) La manifestación o exteriorización de la voluntad de una persona;
- 2) Un resultado en el mundo exterior; y
- 3) Una relación de causalidad; el acto es la manifestación o el querer voluntario de una persona representado ante los demás por un movimiento corporal o la inactividad de la misma; en cuanto al resultado que se produce puede ser material o inmaterial y a la vez dañoso, pues cuando falta el daño el hecho no es punible; y por último debe de haber nexo de causalidad entre el acto realizado y el resultado que se produce, de aquí que ca da quien responde en el grado de su actuación. Artos. 1-2-21-22 Pn.

B) La tipicidad es "la adecuación del acto con la descripción hecha por el legislador en la ley penal, acto que concretiza lo injusto como delito, con base en una figura rectora que le sirve de presupuesto para su creación" (1); por lo tanto la tipicidad supone: la descripción de una conducta antijurídica, una figura rectora de dicha conducta alrededor de la cual giran las demás condiciones, modalidades o requisitos que debe llenar y la adecuación del acto, ya sea acción u omisión, con la descripción del tipo legal.- Artos. 1-4-28 Inc. lo. Pn.

(1) Arrieta G., Lecs. de Derecho Penal, Págs. 169 y 181.

C) La antijuricidad consiste "en una lesión o riesgo de le sión a las normas fundamentales de cultura que sirven de base a las normas jurídicas positivas, las que a su vez amparan inter es protegidos por la ley penal en atención a que son esencia- les para la persona, la familia, la sociedad, el Estado y de trascendencia internacional" (1). Hay intereses fundamentales que el Estado está obligado a proteger a través de normas que constituyen el Derecho Penal, por ende tales intereses son el objeto y la causa de las normas que aseguran la vida de un con- glomerado social.

Como se puede notar en los conceptos antes vertidos de la tipicidad y la antijuricidad, que aún cuando deben de separarse, la primera tiene un papel indiciario o sea que es el más impor- tante fundamento para conocer la antijuricidad, como lo afirma Mayer en su obra "Tratado" que intitula la "Parte General del De recho Penal". Tiempo después el maestro Mezger en su "Tratado de Derecho Penal" afirma que la tipicidad más que un indicio de antijuricidad es la razón esencial de la antijuricidad de una conducta, y al definir el delito dice que "es la acción típica- mente antijurídica y culpable"; pero sí se deja claro al final de su magnífica obra, que el elemento que estudiamos es uno de los caracteres del delito y no una característica del tipo.

(1) Arrieta G., Lecs. de Derecho Penal, Págs. 169 y 181.

D) La imputabilidad consiste en "Poder atribuir un acto típicamente antijurídico a alguien que por sus normales condiciones psicológicas, psíquicas y físicas pueda responder penalmente por su acción u omisión" (1).

Se colige de este concepto que la imputabilidad tiene su base en la capacidad del agente activo para conocer la naturaleza de su acto al ser relacionado con los deberes que nos imponen la ética y las normas jurídicas.- Artos. 44 y 52 Pn.

Haciendo una pequeña reseña histórica sin detenernos en los detalles, podemos decir que la Escuela Clásica sostuvo, en cuanto a la imputabilidad y en forma generalizada, que se trata de una responsabilidad moral; el positivismo al proclamar el determinismo y negar el libre albedrío, niega la imputación moral dándole cabida a la responsabilidad social que viene a ser en total la "Teoría de la temibilidad" del sujeto y que hoy con más certeza se le llama "peligrosidad" (2).

E) Pasamos a un elemento más, cual es la culpabilidad que consiste en "el reproche que se hace al autor de un hecho en atención al deber que tiene de actuar conforme a la norma de cultura ya que puede exigírsele una conducta conforme a la misma, habida cuenta de la motivación y personalidad del sujeto, hecho aquel al cual se encuentra ligado por un nexo psicológico que lo constituye el dolo o la culpa" (3).

(1) Arrieta G., Lecs. de Derecho Penal, Págs. 231 y 232.

(2) Arrieta G., Lecs. de Derecho Penal, Págs. 256 y 257.

(3) Idem. Págs. 256 y 257.

Hay que hacer notar que a veces se confunde la imputabilidad con la culpabilidad, pero en todo caso, antes hemos dicho que aquella es capacidad del agente o bien es aptitud y por otra parte antecede a la culpabilidad; ésta en cambio es actitud del sujeto frente a la norma, se basa entonces la culpabilidad en el deber que la sociedad tiene de exigir a un sujeto una determinada conducta con base en la norma jurídica.- Artos. 66 y 67 Pn.

Hasta acá empezamos el estudio de un elemento que generalmente por los Autores de la Materia se le llama punibilidad y que a juicio del Dr. Manuel Arrieta Gallegos, dicho sea de paso, autor de valiosas obras en el medio salvadoreño; Magistrado del Organo Supremo del Poder Judicial, y Catedrático en la Escuela de Derecho debiera llamársele por ser más convencional el concepto "sancionabilidad"; puesto que con ello se comprende además de la pena, *Stricto-Sensu*, las medidas de seguridad aparejadas a la pena o en caso de no poder imponer o ejecutar la pena por circunstancias específicas (inimputables, toxicómanos crónicos, etc.) se impone la Medida de Seguridad como el nuestro lo hace ahora (1).

F) Se define la sanción "como la privación o restricción de determinados bienes jurídicos impuesto por el Estado con base en el principio de legalidad al culpable de una infracción

(1) Arrieta G., El Nuevo Código Penal (Comentarios a la Parte General), Pág. 73.

penal, como medio preventivo del delito y readaptador del delincuente, para la defensa social y tutela jurídica de los intereses de la comunidad que el mismo Estado setá obligado a proteger" (1). Artos. 58 a 65-103-110-Pn.

Como es del conocimiento de los estudiosos del Derecho este elemento tiene como fin primordial prevenir la comisión de un hecho punible, además de tener otro fin cual es la de buscar la readaptación del delincuente por los medios que la técnica penitenciaria y demás ciencias auxiliares indican, para que con posterioridad el que delinque se vuelva un elemento útil a la sociedad.

Adelante trataremos las condiciones objetivas de perseguibilidad y penalidad, como elementos del delito por motivos especiales para la elaboración de este trabajo (2).

CAPITULO III

ELEMENTOS NEGATIVOS DEL DELITO

Desde que Guillermo Sauer, profundizó admirablemente en forma técnica sobre los elementos negativos del hecho punible o infracción penal; se ha venido manteniendo por la dogmática jurídica en el transcurso de los años y se ha aplicado en las legislaciones modernas: "la teoría de los elementos o caracteres negativos del delito"; y que, como se le ha llamado en general,

(1) Arrieta G., El Nuevo Código Penal (Comentarios a la Parte General) Pág. 73.

(2) Ver Cap. II Título II, Pág. 16-esta Tesis.

no son más que causas que excluyen la responsabilidad penal (1).
Arto. 36 a 40 Pn.

Estos caracteres constituyen uno de los temas más escabrosos y de gran importancia por los efectos que producen al ser aplicados al hecho concreto que se somete a conocimiento del juzgador; a grosso modo tales elementos son: ante el acto o hecho punible se sitúa por Sauer "Las ausencias de acto Voluntario" o sea "Aquellos casos en que la voluntad es totalmente ausente y/o que no hay manifestación de voluntad, brilla por su ausencia la intención, el dolo en cualquiera de sus formas y con ello, la culpa". Arto. 36 Pn. (2).

Opuesto a la tipicidad se halla la "atipicidad" que es la falta de adecuación de la acción u omisión del agente con el tipo descrito por la ley como delito (3).

La atipicidad puede ser: absoluta o relativa (4); "la relativa" puede darse en el caso de que falte alguna de las modalidades exigidas por la ley en el tipo de delito, o mejor dicho, las calidades y condiciones que debe reunir el sujeto activo o pasivo o bien el objeto sobre el cual recae la acción y omisión, o el lugar, el tiempo o la ocasión u otra cualquiera circunstancia o extremo que necesariamente concurra en la ley para tipificar el delito. Por regla general, estos casos son investigados

(1) Arrieta G. El Nuevo Código Penal (Comentarios a la Parte General) Pág. 75.

(2) Idem. Pág. 76.

(3) Idem. Pág. 173 y 174.

(4) Idem.

por el Juez porque podría darse la situación de que si bien el hecho punible no reúne los requisitos necesarios en un determinado tipo de delito, pueda encajar o adecuarse en otra de las figuras descritas por la ley, en tal caso el objetivo de la investigación fructifica pues en el contrario habría que sobreseer, es decir, cuando no se adecúa a ninguno de los otros tipos descritos por la ley.

"La atipicidad absoluta" se nos presenta cuando la ley no describe la conducta como delito a pesar de ser antijurídica, o como se dijo al definir la antijuricidad, violatoria de determinadas normas fundamentales de cultura de un conglomerado o afecte intereses que el Estado protege o tutela con la ley penal. Arto. 275 No. 1 Pr. Pn.

Frente a la antijuricidad o antijuridicidad están las "causas de justificación" que se pueden definir como la falta de lesión, de riesgo o de violación de las normas fundamentales de cultura, porque al cometer un sujeto el hecho aparentemente típico y antijurídico lo que hace es ejercer un derecho que la ley misma le confiere al cumplir con un deber legal (1).

Se puede decir entonces que cuando se ejerce un derecho o se cumple un deber legal el interés jurídico así tutelado es el

(1) Arrieta G. El Nuevo Código Penal (Comentarios a la Parte General), Pág. 76 ó ver Lecs. de Derecho Penal, autor Idem., Págs. 181 y siguientes.

preponderante ante otro interés que no debe ni puede prevalecer ante la ley; aún cuando en otra situación jurídica diferente pudiera ser el que ha tenido que considerar el espíritu de la ley como preponderante. Arto. 37 Pn.

Continuando con los elementos negativos podemos decir que el reverso de la imputabilidad es "la inimputabilidad" caracterizada por esa falta de madurez fisiológica y psíquica del sujeto, quienes precisamente por su incapacidad no comprenden el carácter ilícito o aún cuando comprendiéndolo no puede dirigir sus actos para evitar la ejecución de un hecho punible, lo que hace no poderlo responsabilizar penalmente (1). Cuando hablamos de la imputabilidad (elemento positivo) hicimos una breve reseña histórica de la base que tomó cada escuela hasta la dogmática jurídica para determinar la imputabilidad del sujeto, llegando con la escuela antes mencionada a la conclusión de que lo importante en todo caso penal es la peligrosidad que el delincuente representa para la sociedad. De aquí se partió con lo que dio en llamársele la peligrosidad post-delictual, con las medidas de seguridad aplicables a los inimputables, o las que se imponen al imputable en sustitución de la pena o bien que complementan a la misma; después de ahondar sobre este tema por los expositores surge la peligrosidad pre-delictiva aplicable no solo a los inimputables sino que también a aquellos sujetos de

(1) Arrieta G. El Nuevo Código Penal (Comentarios a la parte General), Pág. 77 ó ver Lecs. de Derecho Penal, autor Idem., Pág. 231 y Sigts.

conducta antisocial que pueden o no haber delinquir pero que potencialmente tienen una cantidad suficiente de esa Conducta anti-social para delinquir, siendo ésto lo que realmente o esencialmente constituye la doctrina del estado peligroso. Por lo tanto si la inimputabilidad se basa en la capacidad del agente para conocer el deber y como resultado la naturaleza ética y jurídica de su acción u omisión condicionada siempre a la salud mental y al desarrollo físico-biológico del sujeto, la inimputabilidad tiene que basarse en la falta de capacidad del sujeto delincuente derivada precisamente de la falta de salud o de su falta de desarrollo físico o biológico; puede decirse pues, que excluyen de responsabilidad penal todos aquellos estados momentáneos o permanentes, determinantes de la incapacidad del sujeto para comprender el deber y por ende la naturaleza ética del acto que realiza y sus consecuencias en el campo jurídico-penal. Arto. 38 Pn.

Hablaremos acá del elemento negativo llamado "inculpabilidad" que es cuando no obstante haberse realizado un acto típico y antijurídico, no le puede ser reprochable a su autor, ni a título de dolo ni a título de culpa (1). Como se comprende la base de la inculpabilidad es la falta de reproche en el juicio que se hace del autor y del hecho delictivo, ya que su personalidad manifestada en su conducta no causa o mejor dicho no demuestra perversidad ni peligrosidad delictiva, por lo cual des

(1) Arrieta G., El Nuevo Código Penal (Comentarios a la Parte General) Pág. 77 ó ver Lecs. de Derecho Penal del mismo autor, Págs. 251 y Sigts.

parece en su contra lo que con verdadero tecnicismo se llama responsabilidad penal. Arto. 40 Pn.

Para finalizar los elementos negativos del delito tenemos "la excusa absolutoria" que se opone al positivo sanción o pena; la excusa consiste "en la ausencia de pena para una conducta típica y objetivamente antijurídica de un sujeto capaz de ser imputable, pero no reprochable ni condenable en su actuación en atención al móvil de la misma" (1); he aquí que se puede tratar del móvil que determinó al agente a actuar o el que se tomó en cuenta por el legislador. Artos. 247-280-335-372-169-187-189-396 Pn.

TITULO II

Antecedentes. Concepto del Requerimiento como condición objetiva de Perseguibilidad y como excusa absolutoria condicional.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS-LEGALES

En la legislación italiana, en la mejicana, así como en la argentina y otras modernísimas legislaciones, cuando se verificó la elaboración de sus proyectos de Códigos Penales, se incluyeron institutos jurídicos como son la querrela, la instancia, la autorización, la excitativa y el requerimiento, que son precisamente condiciones de procedibilidad o de perseguibilidad

(1) Arrieta G., El Nuevo Código Penal (Comentarios a la Parte General) Pág. 77 ó ver Lecc. de Derecho Penal, del mismo autor, Págs. 251 y Sigts.

Tales institutos tienen como nota peculiar común que tienen a la remoción de un obstáculo a la promoción de la acción penal, pero que asimismo tienen diferencias que algunas veces son hasta cierto punto sutiles y que por ello los legisladores han tomado el nombre de algún instituto de legislación adelantada pero se han olvidado o habrán querido adecuarla al medio ambiente y es así como ya no reúne (el instituto jurídico) los caracteres que originalmente tenía en la legislación de donde lo han tomado..

Es así como en nuestro Código Penal, que se ha dicho ya que es uno de los más modernos, aparece el instituto jurídico llamado "Requerimiento".

El requerimiento lo encontramos establecido con algunos caracteres igual al que se haya instituido en la legislación mejicana, en cuanto en esta, por medio del requerimiento y previa la querrela por la cual se dio la anuencia por el ofendido para que el delito con que se le perjudicó sea perseguido previo conocimiento que se hace del mismo a la autoridad competente, ésta que es el Ministerio Público se encarga de poner en movimiento al organo jurisdiccional competente.

Notamos, pues, que en nuestra legislación penal (Código Penal y Código Procesal Penal) se reglamentó a medias la querrela de los mejicanos, italianos, etc...pues se sostiene el criterio de asemejar el requerimiento que surge después de la querrela con el requerimiento que de conformidad al Art. 132 Pr. Pn. puede ejercitar el Fiscal General de la República o sus (Represent

tantes) agentes auxiliares cuando tengan conocimiento de la comisión de un delito perseguible de oficio para que se inicie la investigación, pero sin tener la anuencia del ofendido como en aquellas latitudes, y referirse a determinados delitos como en aquellas leyes, o sea entre nosotros sin haber querrela ya nació el requerimiento que ejercita el Ministerio Público; tal sucede también con el requerimiento instituido en el Art. 247 Pn. que de seguro se tomó como modelo el requerimiento que aparece en la legislación italiana y la argentina, pero que empieza por referirse, la nuestra, a delitos diferentes para los que se estatuyó en las mencionadas legislaciones; en la italiana es más, por su regulación hecha, se extiende a todos los que han cometido el delito; se habla de un plazo de prescripción; no es revocable el requerimiento; etc., en cambio en nuestra legislación sólo se habló de requerimiento sin expresar ninguna regulación procesal-particular.

De esa falta de regulación es de donde ha provenido una serie de problemas prácticos que ha dado como consecuencia también una práctica judicial, disímil como se verá más adelante.

La Comisión que redactó el nuevo Código Penal salvadoreño en su exposición de motivos, deja entrever que el Proyecto Peco del Código Penal de Argentina, es el que sirvió de fundamento para la redacción del que se les encomendó y así aparece el nuevo instituto del requerimiento; es decir, que el antecedente histórico legal lo encontramos primero en la legislación italiana

e inmediatamente en la argentina.

CAPITULO II

CONCEPTO DEL REQUERIMIENTO COMO CONDICION OJETIVA DE PERSEGUIBILIDAD.

En esta parte anotaremos lo relativo a que a veces el hecho punible está sujeto a condiciones objetivas de perseguibilidad o de penalidad, advertidos como elementos positivos del delito en el concepto de éste dado por la dogmática, los que a pesar de que no son genéricos se dan para varios delitos; por razones de política criminal para algunas infracciones penales no obstante ser un acto típicamente antijurídico, imputable y culpable, el legislador exige el cumplimiento de determinadas condiciones para la perseguibilidad o penalidad de aquel acto.

Manzini, define las condiciones objetivas de perseguibilidad o de penalidad diciendo que son "aquellos elementos extrínsecos a la acción o a la omisión, concomitantes o sucesivos a la comisión del mismo, sin el concurso de los cuales ésta no es punible porque no constituye delito" (1).

Manuel Arrieta Gallegos, las conceptúa "como aquellos requisitos o elementos objetivos ajenos propiamente al acto antijurídico, sin cuya concurrencia no es perseguible, ni punible" (2).

(1) Arrieta G., Lecs. de Derecho Penal, Pág. 322.

(2) Idem.

En virtud de estas definiciones se sostiene por el Dr. Arrieta Gallegos, que los resultados que integran a las condiciones objetivas de penalidad son: (1)

- 1) Ser extrínsecos o ajenos al acto antijurídico;
- 2) Ser objetivos, no subjetivos;
- 3) Ser concomitantes o sucesivos a la ejecución del acto; y
- 4) Volver impune al acto antijurídico, sino concurren.

El motivo de política criminal tomado en cuenta por el legislador es que aún cuando hay consumación formal del delito, se hace necesario el agotamiento que es en lo que consiste precisamente el daño merecedor de la pena o sanción (2); como ejemplo podemos citar los delitos de estafa, apropiación indebida, etc., en los que si por el requisito procesal del requerimiento se exige el cumplimiento del contrato, devolución o entrega de la cosa o su valor, o resarcimiento del daño causado, y esto no se verifica en el término que la ley señala el hecho es perseguible y punible desde ese momento; otro ejemplo típico lo encontramos en el libramiento de cheque sin provisión de fondos, delito que necesita para ser punible que el agente pasivo haya verificado el protesto del cheque en la forma que la Legislación Mercantil autoriza y que además haya transcurrido el término que la ley penal señala después de su protesto, para exigir

(1) Arrieta G., Lecs. de Derecho Penal, Pág. 322.

(2) Idem.

precisamente el cumplimiento de la obligación que va invívita en el documento y que será la base del ejercicio de la acción penal.

Colín Sánchez, en su obra "Derecho Mejicano de Procedimientos Penales" (1), señala: que para iniciar el procedimiento y pueda darse válidamente el proceso, doctrinaria y legalmente se hace necesidad ineludible la existencia de ciertos elementos que le den vida; este término de elementos utilizado es lo que la mayoría de autores denominan "presupuestos", cuya connotación se refiere a los antecedentes jurídicos previos a la realización del proceso, ésto nos lleva pues al estudio de los presupuestos procesales, de las condiciones objetivas de punibilidad, de las cuestiones prejudiciales y de los requisitos de procedibilidad.

Raúl Alberto Frosali, dice Colín Sánchez en su obra, llama presupuestos procesales a "las condiciones para la existencia jurídica de una relación de naturaleza procesal", admitiendo que si éstos no se dan, ningún acto puede adquirir esa naturaleza, ni ninguna decisión puede llegar a tener carácter jurisdiccional (2).

En consecuencia, los presupuestos procesales son: "la capacidad para promover la acción penal y la capacidad jurisdiccional".

Miguel Fenech, en la obra de Colín Sánchez, se le cita diciendo: "que los presupuestos procesales propiamente dichos son

(1) Colín Sánchez, Derecho Mejicano de Procedimientos Penales, Pág. 237 Edit. Porrúa, Edición 2a. 1970.

(2) Idem.

aquellos de los cuales depende la admisibilidad y eficacia del proceso mismo y los presupuestos de los actos, por referirse a un acto particular". (1).

Manzini, según Colín Sánchez en su obra ya relacionada, manifiesta: "los presupuestos procesales son aquellas condiciones de existencia, los requisitos esenciales para el nacimiento y la válida constitución de la relación procesal considerada en si misma y en sus fases diversas" (2).

Distingue, además, los presupuestos referentes al contenido material del proceso, de los atinentes a la esencia y a los contenidos formales de él (3).

Los primeros conciernen al Derecho Penal substancial, independientemente de que se reflejen necesariamente en el Derecho Procesal; los segundos constituyen el objeto propio de nuestro estudio y tomando en cuenta el autor dicho que la relación procesal no existe propiamente sino hasta que se ha promovido la acción penal, parte de ahí para establecer como presupuestos procesales los siguientes:

a) La Iniciativa del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal;

b) La legítima constitución del Juez; y

c) La intervención, la asistencia y eventualmente, la representación del imputado en los casos y en las formas que establece la ley.

(1) Colín Sánchez, Derecho Mexicano de procedimientos penales, Pág. 237 Edit. Porrúa, Edición 2a. 1970.

(2) Idem.

(3) Idem.

Agrega: "pero los presupuestos procesales sin los cuales no puede haber un legítimo procedimiento penal presuponen a su vez un elemento meramente material, o material-formal, indispensable para su consideración práctica" (1).

Este elemento es el hecho jurídico de la noticia del delito (notitia criminis), noticia que puede vincularse a determinados actos jurídicos que influyen en la constitución de la Relación Procesal, tales como la denuncia, querrela, requerimiento, etc., o puede provenir de otra fuente, determinando la actividad del órgano competente para promover la constitución de dicha relación.

De las ideas expuestas, colegimos dice Colín Sánchez, en su obra ya mencionada, "que los autores señalan un conjunto de antecedentes jurídicos previos para que se constituya el proceso, y en efecto así es: sin el órgano de la acusación, sin el acto o hecho material de Derecho Penal, sin la presencia del órgano de la jurisdicción y sin el órgano de la defensa, no es posible concebirlo, pues aunque se diera el delito, si no se sucede la relación procesal no habría proceso" (2).

Notemos de lo expuesto que la denuncia, querrela y requerimiento, mencionados como ejemplos de actos jurídicos, que pueden influenciar la constitución de la relación procesal están tomados en el sentido de que el ofendido por un hecho punible cometido en sus bienes o persona lo puede hacer del conocimiento

(1) Colín Sánchez, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Pág. 238, Edit. Porrúa, Edic. 2a. 1970.

(2) Idem. Pág. 239.

del órgano competente para su averiguación o investigación, previa constitución de los demás presupuestos procesales, para la validez del proceso.

Es decir, que el requerimiento en dicha exposición sirve para hacer del conocimiento de la autoridad judicial la comisión de un hecho punible; esto es como el Art. 132 Pr. Pn., lo señala en nuestro Código aún cuando el Requerido sea un funcionario diferente pues en uno es el Ministerio Público entre Nosotros es el Juez, pero la base o fundamento es el mismo y se refiere con ello la instrucción del correspondiente informativo.

Pasemos entonces a elucubrar sobre el requerimiento no como presupuesto procesal, sino como condición objetiva de perseguibilidad o como le llama Colín Sánchez, "Condición Objetiva de procedibilidad", en su obra antes relacionada (1).

Los requisitos de procedibilidad son "aquellas condiciones que legalmente deben satisfacerse para proceder en contra de quien ha infringido una norma determinada de Derecho Penal" (2).

En el Derecho Mejicano, los requisitos de procedibilidad son: "la querella, la excitativa y la autorización". En algunos casos (delitos) para que se inicie el procedimiento es necesario que se den los requisitos mencionados; aunque el Ministerio Ministerio Público, en Méjico y otros, o el Juez entre nosotros cuando se ha

(1) Colín Sánchez, Derecho Mejicano de Procedimientos Penales, Pág. 239, Edit. Porrúa, Edic. 2a. 1970.

(2) Idem.

bla del Requerimiento, aún sin ellos hubiere llevado a cabo la averiguación previa y la consignación de los hechos, no se lograría el completo desarrollo del proceso.

Con la definición apuntada de requisitos de procedibilidad hemos definido entonces lo que se llama Requerimiento como condición Objetiva de perseguibilidad contenida en el Art. 247 Pn., al referirse esta disposición a que debe de verificarse previo requerimiento por el agraviado al imputado, para que se le resarza el daño tratándose de los casos que expresamente señala dicha disposición legal, puesto que, mientras ese requisito para proceder no se verifique, el hecho cometido no es punible ni se puede llevar a cabo la denuncia o acusación ante la autoridad judicial para su averiguación mucho menos ésta podría, aún teniendo conocimiento de que se ha infringido una norma penal, iniciar la instrucción del proceso de oficio.

En esto último se ha querido ver una traba para el agraviado pues sin cumplirse ese requisito para proceder no se puede entablar la acción penal a que tiene derecho; más adelante hablaremos de ello cuando se desarrolle el capítulo III literal a) del Título III.

Con el objeto de no quedarnos cortos en la explicación que se ha dado y poder diferenciar el requerimiento penal como condición objetiva de perseguibilidad en el Derecho Penal Salvadoreño y las condiciones objetivas de procedibilidad señaladas en

el Derecho Penal Mejicano, daremos una breve definición de estas últimas; Colín Sánchez, en su obra ya dicha, dice:

A) "Querella" es un derecho potestativo que tiene el ofendido por el delito, para hacerlo del conocimiento de las autoridades y dar su anuencia para que sea perseguido (1).

B) La "Excitativa" es la petición que hace el representante de un país extranjero para que se proceda penalmente en contra de quien ha proferido injurias al gobierno que representa o a sus agentes diplomáticos(2)

C) La "Autorización", es la anuencia que manifiestan los organismos o autoridades competentes en los casos expresamente previstos por la ley para la presunción de la acción penal (3).

CAPITULO III

NATURALEZA JURIDICA DEL REQUERIMIENTO PENAL

Muchos nos hemos preguntado si el requerimiento es una condición objetiva de perseguibilidad, ¿por qué se halla en el texto del Código Penal y no en el Código Procesal Penal? como debería ser, pues bien, a ello se responde de la siguiente manera: ya vimos en el capítulo I del Título II que el antecedente histórico legal del Requerimiento se encuentra en la legislación

(1) Colín Sánchez, Derecho Mejicano de Procedimientos Penales, Pág. 240, Edit. Porrúa Edic. 2a. 1970.

(2) Idem. Pág. 252

(3) Idem. Pág. 253.

mejicana con lo que esos Estados Federales se llama querella, y en la italiana; con respecto a la colocación adecuada de la querella (Requerimiento en El Salvador) dentro del campo que en sentido general abarcan las cuestiones penales, existen dos tendencias: "La primera, dice Colín Sánchez, la sitúa dentro del aspecto general de la materia, considerándola como una condición objetiva de perseguibilidad, y la segunda la considera como un instituto procesal". (1).

Manzini, se manifestó partidario de lo primero y no admite que la querella o el Requerimiento sea un presupuesto procesal, porque no se promueve con ella la acción penal, por ser ésta una condición de derecho substancial para la punibilidad; y el hecho se hace punible y constituye, por lo tanto, delito, sólo en cuanto sea querellado; o requerido diríamos nosotros (2).

El hecho de no poder proceder, no implica que sea calificado como instituto procesal, puesto que el ejercicio de la acción penal se da siempre que falte cualquiera otra condición de punibilidad u otro elemento del delito.

Masari y Pannain, dice Colín Sánchez en su obra citada,(3)

(1) Colín Sánchez, Derecho Mejicano de Procedimientos Penales, Pág. 241, Edit. Porrúa Edic. 2a. 1970.

(2) Idem.

(3) Idem. Pág. 242.

afirman que "la querrela es una condición objetiva de punibilidad y por ello está comprendida en el derecho substancial, porque el Estado está limitado en su potestad punitiva, al dejar al sujeto pasivo del delito en libertad para poner en movimiento la acción penal".

Lo dicho por estos autores se puede aplicar netamente al requerimiento del Art. 247 Pn., pues tanto lo que dice Manzini, como lo que dicen los últimos dos, según Colín Sánchez en su citada obra, excepto en cuanto a que con la querrela como se dijo al definirla se hace del conocimiento de las autoridades el hecho cometido por el que ha sido agraviado, al contrario, el requerimiento no tiene como finalidad primordial hacer del conocimiento de la autoridad la comisión del delito; aunque sí hay que hacer constar que una vez verificado el requerimiento queda a voluntad del agraviado interponer la denuncia o acusación si no se cumple con la condición, y que deja ver al requerimiento como excusa absolutoria condicional como ya se ha explicado, o sea que en resumen aún cuando la finalidad es distinta el momento de ejercitar la acción penal se produce en el mismo instante (1).

La doctrina moderna más connotada sitúa a la querrela y el requerimiento dentro del campo del derecho de procedimientos penales, considerándolos como una condición de procedibilidad; és

(1) Colín Sánchez, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Pág. 242 Edit. Porrúa, Edic. 2a. 1970.

to no puede ser de otra forma pues no obstante que ya se ha integrado el delito la actuación del engranaje judicial está condicionada a esa manifestación de voluntad del particular, sin la cual no es posible proceder; de ahí que se les entiende como un requisito de procedibilidad.

Lo que ocurrió al legislador nuestro (mejor dicho a la comisión que radactó el Código Penal) es que se confundió el requerimiento y querrela como institución de carácter netamente procesal con las condiciones objetivas de punibilidad, como había sucedido ya a Masari y Pannain, autores que critica Colín Sánchez en su obra mencionada (1); de ahí pues que el requerimiento como condición objetiva de perseguibilidad esté colocado en un lugar que no le corresponde; sin embargo, no debemos olvidar que a veces es necesario conciliar ciertas posiciones; digo ésto porque el requerimiento puede verse también desde el ángulo de la excusa absolutoria condicional, que como tal no se podría haber encajado en el Código de Procedimientos Penales, y que considero fue lo que indujo a colocar el instituto jurídico que estamos tratando en este trabajo en el texto del Código Penal; pudo habersele dado prioridad a esta posición, o se quiso evitar que los redactores del Código Procesal Penal (los cuales podrían ser distintos a los que redactaron el Código Penal) olvi daran complementar la institución al dividir a la misma y no la

(1) Colín Sánchez, Derecho Mejicano de Procedimientos Penales, Pág. 242, Edit. Porrúa, Edic. 2a. 1970.

regularan en todos sus aspectos, a pesar de que en el Código Penal tampoco se hizo.

Las modernas doctrinas, entre ellas la de Geovanni Leone, sostienen que el requerimiento es un derecho subjetivo público vinculado a la persona e inalienable (1).

CAPITULO IV

CONCEPTO DE EXCUSA ABSOLUTORIA

QUE ES EL REQUERIMIENTO COMO EXCUSA ABSOLUTORIA CONDICIONAL?

Con lo dicho al final del Capítulo III, Título I, se dio el concepto de Excusa Absolutoria y se quiere decir que el fundamento de las excusas absolutorias es la causa o móvil útil, puesto que ya sea por conveniencia pública o por imperativo de la razón, el hecho que podría ser sancionable se le dejó sin pena; hay pues en todo ordenamiento jurídico-penal lo que algunos autores llaman "falsas excusas absolutorias", las cuales no son más que causales de inculpabilidad en el aspecto de que falta reprochabilidad en la mayoría de los casos a la conducta, por cuanto el acto ejecutado al amparo de una excusa absolutoria se hace coincidir con la inculpabilidad.

Sin embargo, todo obedece a una diferencia sutil pero de

(1) Geovanni Leone, Tratado de Derecho Procesal Penal, Págs. 31 y 72, Edit. E.J.E.A., Edic. 1ª Traducción 1965.

gran relevancia ya que la excusa absolutoria tiene como fundamento, en cuanto a la Irreprochabilidad como ya se dijo, el móvil que determina al agente a actuar o el que la ley toma en cuenta porque el legislador estima salvaguardar algún interés con ello; en cambio, la inculpabilidad tiene como base que el legislador no debe ni puede exigirle otra conducta que la observada por el agente en virtud de la falta de dolo o culpa, o preterintencionalidad, ésto sin embargo fue así, en la época del clasicismo; en el positivismo, se fundamentan las excusas absolutorias en la mínima o nula peligrosidad del agente que realiza u omite el acto y al que la ley le suprime la penalidad, encontrando en ambas escuelas como común denominador, el móvil.

Si las excusas absolutorias subsisten se debe a que por política criminal y porque el legislador no se ha atrevido a declarar como casos de atipicidad conductas que en el fondo son típicas pues encierran antijuricidad en un grado mínimo.

Por otra parte débese de distinguir entre "extinción de la responsabilidad" y excusa absolutoria; aquella es el género, ésta la especie, puesto que es una de las causas que excluyen, extinguen la responsabilidad.

Cabe hacer otra distinción, cual es la de excusa absoluta incondicional y las sujetas a condiciones que las mismas normas legales determinan; como se puede comprender sin ningún esfuerzo intelectual la excusa absolutoria contenida en el Art.

247 del Código Penal relativa al requerimiento que es necesario verificar, para que después del término legal el obligado cumpla o resarza el daño causado al agraviado, constituyendo el cumplimiento o resarcimiento una condición, que a su vez determina lo que es una excusa absolutoria condicional.

Excusa absolutoria condicional es "la ausencia de pena para una conducta típica y antijurídica, imputable pero no reprochable ni condenable en atención al cumplimiento de la condición determinada por la ley, para calificar el hecho como no punible ni proceder a su investigación".

Este concepto, que el autor de este trabajo propone, se puede analizar de la siguiente manera: la ausencia de pena como se vio al tratar los elementos negativos del delito se dijo que era lo opuesto al elemento positivo Sanción o Pena o sea la excusa absolutoria; siguen en el concepto propuesto otros elementos positivos del delito, cuales son:

a) La tipicidad o sea que la conducta del agente se adecúa a la descripción legal del tipo; pues la conducta del agente desde el principio encaja en el delito que la ley tipifica como tales en su descripción pero que por no haberse llenado el requisito o el incumplimiento de la condición no se puede hablar todavía de que haya delito, es decir que viene a ser una ficción legal por cuanto que estando descrita la conducta como delito en la norma no se reputa punible aún; ésto viene a ser en el fondo

el motivo por el cual, como se dijo antes, el legislador no se atreve a declarar a las excusas absolutorias como casos de atipicidad puesto que entonces llegaríamos al absurdo de tener una conducta típica pero a la vez atípica; es típica porque los elementos del delito se han producido en el mundo externo con la conducta del agente, y atípica al no exigirse por quien tiene facultad para hacerlo, el cumplimiento de la condición, o bien, al exigirse el cumplimiento de la condición, se cumple por el obligado; por lo tanto la Atipicidad en el Arto. 247 Pn. proviene:

1) El facultado no exige el cumplimiento de la condición;y

2) Se cumple la condición exigida al obligado, dando como resultado en este último caso nacimiento así a la Excusa Absolutoria condicional;

b) La antijuricidad, de ella ya se dijo lo necesario para comprenderla como elemento positivo del delito;

c) La imputabilidad, también ya fue definida al principio de este trabajo; por último, en el análisis que venimos haciendo, dije que "no es reprochable ni condenable en atención al cumplimiento de la condición no se efectúe por su no exigibilidad por voluntad del agraviado o habiéndose exigido se cumple la conducta del agente ya manifestada en el mundo exterior como delito típico pasará desapercibida como hecho jurídico punible; no se le califica como tal ni se puede proceder mientras falte

ese incumplimiento de la condición exigida.

En conclusión la excusa absolutoria contenida en el Arto. 247 del Código Penal para poder clasificarla entre las excusas absolutorias condicionales se hace radicar la condición en el cumplimiento del contrato por parte del imputado, devuelto o en tregado la cosa o su valor, o resarcido el daño causado al agraviado, ya que la falta a esa obligación una vez exigida da lugar a que el hecho realizado por el agente activo sea punible o sancionable; ahora bien, surge una pregunta ¿cómo se exige el cumplimiento de la condición?, el mismo artículo nos da la respuesta al decirnos que se lleva a cabo a través del Requerimiento, por consiguiente este instituto jurídico puede apreciarse, desde este punto de vista, como el contenido de una excusa absolutoria condicional.

CAPITULO V

DIFERENCIA DEL REQUERIMIENTO COMO CONDICION OBJETIVA DE PERSEGUIBILIDAD Y LA CONDICION OBJETIVA DE PENALIDAD.

Al hablar del requerimiento como condición objetiva de perseguibilidad, establecimos un concepto, por lo que para hacer la diferenciación con la condición objetiva de penalidad, haremos una explicación acá de éstas últimas puesto que cuando se establecieron los elementos positivos y negativos del delito se ofreció hacerlo en el lugar adecuado, no obstante haberse dicho

ya, algo al respecto.

Las condiciones objetivas de punibilidad o penalidad, según algunos especialistas de la parte general del Derecho Penal son "las exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación"; por lo tanto estas condiciones dentro del Derecho de Procedimientos Penales nuestro no se identifican con las cuestiones prejudiciales y tampoco con los requisitos de procedibilidad.

LAS CONDICIONES DE PUNIBILIDAD.

Las llamadas condiciones de punibilidad anteriormente fueron definidas como aquellas circunstancias, de distinta naturaleza, que no pertenecen al tipo del delito, que no condicionan la antijuridicidad y que no tiene el carácter de culpabilidad. Su efecto es, pues, impedir la materialización de la amenaza de pena.

Lo que pasa realmente es que existe aún anarquía sobre la naturaleza y especie de las circunstancias que pueden ser agrupadas bajo el rótulo común "condiciones objetivas de punibilidad", al extremo de que podría decirse que cada autor hace su clasificación. No consideramos necesario transcribir esas enumeraciones o clasificaciones, porque tales circunstancias sólo pueden ser sistematizadas tomando como material de trabajo un ordenamiento jurídico determinado.

De acuerdo a lo que nuestro Código Penal establece en sus

normas podemos concluir de que las condiciones de punibilidad son: "Aquellas circunstancias de distinta naturaleza que pertenecen al tipo del delito, que condicionan la antijuridicidad y que tienen el carácter de culpabilidad"; Su efecto es materializar la amenaza de pena (1).

No obstante esa disparidad de opiniones apuntada, la doctrina generalizada, y a nuestro juicio la correcta, señala como características específicas de esas exigencias que ellas necesitan ser abarcadas por el dolo del autor.

Guiándonos por ese criterio, llegamos a la conclusión de que en el derecho salvadoreño no encontramos verdaderas condiciones de punibilidad extratípicas.

Podríamos citar como ejemplos de condiciones de punibilidad las siguientes: la declaración de quiebra del comerciante declarada por el Juez de Comercio, en los Arts. 368 y 369 del Código Penal; haber transcurrido tres días después de efectuar el protesto del cheque sin provisión de fondos, Art. 372 Código Penal.

Por algunos tratadistas se ha asimilado a lo dicho en el párrafo anterior la sentencia de divorcio por causa de adulterio para intentar la acción penal por ese delito, exigida por el Art. 266 del Código Penal, y la reciprocidad para la extradición, requerida por el Art. 475 Código Procesal Penal.

(1) Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Pág. 448 y Sigts.
2ª Edición.

Hay, sin embargo, como se puede notar diferencia en la naturaleza de las condiciones exigidas en los supuestos citados en los párrafos antes apuntados.

Las condiciones exigidas en los delitos de quiebra dolosa y culposa, así como en el del cheque sin provisión de fondos están contenidos en la figura y quedan por tanto, comprendidas a nuestro modo de ver, en el concepto de exigencias típicas; el requisito de la declaración de divorcio por causa de adulterio, en cambio, es una condición de perseguibilidad, lo mismo que la exigencia de reciprocidad en materia de extradición; pues el divorcio no está requerido en la figura, de manera que no es parte de ella y la reciprocidad en nada se vincula con los elementos del delito, tan es así, que en el trámite de una extradición sólo se analizan los requisitos formales, sin investigar el delito en su materialidad.

Así pues no encontramos en el derecho salvadoreño verdaderas condiciones de punibilidad que no sean comprendidas por la exigencia de la tipicidad de la acción. Al definir el delito como acción típicamente jurídica y culpable, se está requiriendo la adecuación del acto a todas las condiciones de la figura, subjetivas y objetivas. Por eso, porque el tipo es la suma de los requisitos que definen la conducta punible, una acción no es típicamente antijurídica sino contiene todos los requisitos de una figura legal.

Para quienes creen que la pena es una consecuencia del delito, y no un elemento del mismo, las excusas absolutorias son condiciones de punibilidad negativa: su presencia impide la aplicación de la pena; en contra, Luis Jiménez de Asúa, para quien el estar penado por la ley es la última diferencia del acto delictivo con respecto a lo injusto. La función de ambas es totalmente inversa: mientras la presencia de las condiciones objetivas conduce a la pena, la presencia de las excusas absolutorias excluye la pena.

En el fondo, dice Colín Sánchez, juzgamos que se trata de una misma cuestión; quienes hablan de condiciones objetivas de punibilidad lo hacen desde el aspecto general del Derecho Penal, y los que aluden a cuestiones prejudiciales y requisitos de procedibilidad, enfocan el problema desde el punto de vista procesal (1).

Para fijar esa diferenciación, veamos algunos casos concretos de punibilidad o penalidad: la previa declaratoria de quiebra por el Juez de Comercio para poder perseguir el delito de quiebra fraudulenta (Art. 368 Pn.) o de quiebra culposa (Art. 369 Pn.), como también lo es la previa resolución judicial para el cumplimiento de obligaciones civiles y poder perseguir el delito de incumplimiento de resolución judicial (Art. 484 Inc. 1º Pn.),

(1) Colín Sánchez, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Pág. 239, Edit. Porrúa, Edic. 2ª 1970.

como lo es también el obtener sentencia civil ejecutoriada por la causal de adulterio para poder interponer acusación para perseguir el delito de adulterio (Art. 266 Pn.); pero son condiciones de procedibilidad o condiciones objetivas de perseguibilidad las siguientes: después de haberse dictado sentencia absoluta o sobreseimiento definitivo ejecutoriados, para proceder contra el denunciador o acusador falso (Art. 461 Pn.); cuando después de haber transcurrido cinco días de verificado el requerimiento sin que el imputado haya cumplido el contrato, devuelto la cosa o entregado la parte del tesoro encontrado, según el caso, o transcurrido dicho lapso sin que se haya resarcido del daño al agraviado, para proceder por denuncia o acusación a perseguir los delitos de estafa, casos especiales de estafa, administración fraudulenta, apropiación o retención indebidas y apropiación irregular, (Art. 247 Pn.).

Eugenio Florian, en su obra "Elementos de Derecho Procesal Penal", sostiene que al lado de los presupuestos generales tienen que existir otros particulares, que pueden llamarse mejor condiciones de procedibilidad (1).

La denominación es adecuada a la naturaleza de tales requisitos, ya que en ciertos casos son los que hacen posible el ejercicio de la acción penal; sin embargo, continúa el actor, a ve-

(1) Florian, Elementos de Derecho Procesal Penal, Pág. 194, Edit. Bosch, Edic. 2ª - Traducción.

ces el Código Penal los considera como parte del delito pues desde este punto de vista son condiciones de las que depende la punibilidad del delito (condiciones de punibilidad) (1).

Basándonos precisamente en el carácter del requerimiento podría pensarse que si un hecho del hombre de los que necesitan requerimiento mientras no se requiera no es punible, por tanto no es delito; pero ello nos llevaría a la incongruencia de que un hecho constituiría delito o no (de los que necesitan requerimiento para proceder) según que hubiese o no requerimiento.

A lo mismo llegaríamos si queremos ver en el requerimiento una condición de punibilidad; siendo lo más acertado ver el requerimiento como condición de procedibilidad o perseguibilidad, pues entonces se afirma la existencia del delito con independencia de si hay o no requerimiento.

En conclusión la condición objetiva de penalidad o punibilidad y el requerimiento como condición objetiva de procedibilidad o perseguibilidad se diferencian en cuanto que los puntos de vista o el ángulo desde el cual se estudian es diferente, las primeras desde el derecho penal como presupuestos generales y el segundo desde el derecho procesal como presupuestos particulares; además, el requerimiento es un derecho subjetivo público,

(1) Florian, Elementos de Derecho Procesal Penal, Pág. 194, Edit. Bosch, Edic. 2ª - Traducción.

en cambio la primera es un derecho que pertenece sólo al Estado (Derecho de castigar, sancionar o imponer la pena).

TITULO III

El Requerimiento Penal y el Requerimiento Civil.

CAPITULO I

QUIEN PUEDE VERIFICAR EL REQUERIMIENTO PENAL Y QUIEN EL REQUERIMIENTO CIVIL.

En este capítulo determinaremos quien puede verificar el requerimiento civil y el requerimiento penal; pero antes, para un mejor estudio, también fijaremos la definición de potestad jurisdiccional en general y potestad jurisdiccional en lo civil y lo penal, particularmente.

Clariá Olmedo, en su obra Derecho Procesal Penal, dice: "el Estado desenvuelve su función jurisdiccional con respecto a todo el derecho positivo vigente que establece el orden jurídico de una determinada colectividad, en cuanto sus normas deben a su vez ser actuadas a menudo durante la marcha del proceso"⁽¹⁾; o sea que en su sentido estricto, la potestad jurisdiccional, es por lo tanto indivisible, no pudiéndosela fraccionar según cual sea el tipo de contenido del derecho que en cada caso le corresponda aplicar.

Sólo es lícito hablar de jurisdicción penal, sea como po-

(1) Clariá Olmedo, Derecho Procesal Penal, Argentina.

der o como ejercicio (actividad), limitando el concepto a un sector del derecho, o sea, a la actuación del derecho penal sus tantivo, y en su caso, de las normas procesales reguladoras de la efectiva realización penal.

En consecuencia, la potestad jurisdiccional penal no es i- no un aspecto de la jurisdicción como poder del Estado, o sea de la potestad (poder de ejercicio obligatorio) de actuar el dere- cho vigente ante la presentación de un caso penal concreto.

Definición de la potestad jurisdiccional penal: "es el po- der, a ejercitarse obligatoriamente ante su excitación, de ac- tuar en concreto las normas penales en general para alcanzar la paz jurídica restableciendo el orden alterado" (1).

El autor en su obra sostiene que el titular de la potestad jurisdiccional es el Estado en cuanto ente soberano; pero el Es tado ejerce su función jurisdiccional por medio de los Jueces instituidos por las cartas constitucionales y colocados por ellas en la cabeza del Poder Judicial.

Tal como lo explica este autor ocurre en nuestro país pues la Constitución Política en su Art. 81 nos expresa que el Poder Judicial será ejercido por la Corte Suprema de Justicia, Cáma- ras de 2ª Instancia, y los demás Tribunales que establezcan las leyes secundarias; o sea que el Estado es el titular del poder

(1) Clariá Olmedo, Derecho Procesal Penal, Argentina.

y éste se pone en práctica normalmente a través de sus órganos jurisdiccionales, a la cabeza de los cuales siempre hay un Juez individual o colegiado, aunque esta circunstancia no excluye que funciones jurisdiccionales puedan ser asignadas a otro órgano.

La jurisdicción en lo civil se ha conceptualizado como "la función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversia de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factible de ejecución" (1).

El autor de este concepto sostiene que la jurisdicción ante todo, es una función; pues las que la conciben como una potestad sólo señalan uno de los aspectos. No se trata solamente de un conjunto de poderes o facultades sino también de un conjunto de deberes de los órganos del poder público.

De acuerdo con la legislación civil y penal el requerimiento en cada una de estas materias el juez que conoce de ella puede llevarlo a cabo; pero tenemos que en la ley civil se trata de un instituto jurídico totalmente diferente al que regula la ley penal no sólo por la materia, sino como se ha dicho antes, éste es un requisito de procedibilidad o perseguibilidad en lo pe-

(1) Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Pág. 40
Edit. Depalma, Edic. 3ª 1964 - Póstuma.

nal; en cambio, el requerimiento civil es una acción que se ejercita por el demandante o actor contra el reo o demandado con el fin de que éste cumpla con una obligación contraída voluntariamente, como ocurre por ejemplo en el requerimiento hecho a uno de varios deudores solidarios por el acreedor para el pago de su crédito; o en el caso del deudor de un pupilo que es requerido por su tutor o curador (Art. 1527 C.).

El requerimiento penal según lo impone el Código Penal en su Art. 247 puede ser verificado:

- a) Por el Juez de lo Penal:
 - 1- Del lugar donde se cometió el delito.
 - 2- Del domicilio del Requiriente.
- b) Por el Notario.

En nuestro medio, como se dijo ya, el requerimiento penal se ha visto como un obstáculo para el ejercicio de la acción penal, pues se han planteado situaciones de práctica judicial que se pueden clasificar así:

- 1) A veces el imputado no es encontrado en el lugar señalado por el ofendido, como su residencia;
- 2) El imputado no contesta el requerimiento que se le hace por medio del Juez de lo Penal competente; y
- 3) El imputado aún cuando es encontrado en el lugar señalado como su residencia no comparece ante el Juez a contestar el

requerimiento.

Para solventar estas situaciones se habla de que estos problemas practicos sobrevienen por la forma como se lleva a cabo, pues algunos sostienen que debe realizarse haciendo llegar al imputado a su residencia la resolución dictada por el Juez y la petición de requerimiento ya sea por esquila que se dejará o, encontrándolo, verificar allí el acto procesal; otros jueces en cambio han interpretado la disposición en el sentido de que el requerimiento se verifique en el Tribunal, para lo cual citan al imputado, y así en la audiencia señalada conteste el requerimiento que se le hace.

En mi criterio es más aceptable la última posición por los motivos que expondré enseguida: según el criterio de hacer llegar la resolución y petición hasta el hogar o lugar de residencia de un requerido le estamos dando aplicación a las normas legales civiles; algunos me replicarán que como no está regulado el procedimiento hay necesidad de seguir las normas civiles y que así no habrá ningún caso en el que por no presentarse el requerido al Tribunal (como es mi criterio) no se quedará sin verificarse y sin poderse ejercitar la respectiva acción penal; sin embargo, yo me pregunto ¿Y si el requiriente da una dirección equivocada, o señala maliciosamente una dirección donde no reside el requerido, estaríamos conformes con la primera posición?. Sencillamente no se tiene por requerido, o bien como no

citado en el mismo caso; y si por otra parte nos ponemos a pensar en el recorrido que llevaría el proceso en esas condiciones, llegamos al momento en que se le pone fin a la instrucción y recordemos que en el caso normal sino hay reo presente o que no ha ya manifestado lo relativo a su defensa tendríamos que declarar rebelde al imputado y decretar el auto correspondiente suspendiendo el procedimiento para mientras transcurre el término de la prescripción; en consecuencia, que habremos ganado con ello? pues los sostenedores de este criterio quizá no se han percatado de dos cosas:

a) Que estamos en juego con la libertad de una persona; y,

b) Que el denominador común en ambos criterios es la suspensión del procedimiento; por otra parte desde el punto de vista procesal penal el requerimiento es la manifestación de voluntad del sujeto pasivo del delito, de remover un obstáculo a la promoción de la acción penal.

La diferencia como se puede ver en ambos criterios es la de que en el criterio sustentado por los jueces que citan al imputado para que concurra al Tribunal tiene ciertas ventajas pues con esa cita se comprueba la existencia misma de la persona imputada; la dirección de su residencia; se ejercita el poder jurisdiccional a plenitud (como función y como poder) ya que si no concurre después de haberse citado en legal forma se le hará comparecer por apremio; si está en juego la libertad de una persona

no podemos menospreciarlo y darle prioridad al derecho que alega el ofendido; se hará siempre ante el Juez de lo Penal o sea en su presencia, sin que tenga que abandonar el juzgado para verificarlo como se ha sostenido por los otros y sin interrumpir la administración de justicia; además la ley penal es clara al decir "ante el Juez de lo Penal", o sea que el requerido tiene que concurrir al juzgado que es donde debe estar en funciones el juez.

En los casos cuando el juez debe abandonar el Tribunal para verificar alguna diligencia, como la inspección, la reconstrucción del hecho, reconocimiento en rueda de reos o particulares, etc., que sería el polo opuesto a lo sostenido en los párrafos anteriores, y base para destruir los argumentos expuestos, podríamos responder inequívocamente que se trata de excepciones específicas al principio general plasmado en la ley de que el juez debe permanecer en el ejercicio de sus funciones en el Tribunal a su cargo. Art. 31 6ª L.O.P.J.

Con el requerimiento hecho por acta notarial no hay estos problemas puesto que el notario por su falta de potestad jurisdiccional tiene que constituirse al lugar donde se encuentre el imputado; lo único que se podría plantear como problema es si el imputado no quiere firmar dicha acta o no tiene con que identificarse; ¿Qué tendrá que hacer el notario? realmente no es problema porque la Ley de Notariado da su solución en sus disposiciones, pues en el primer caso así lo tiene que hacer constar,

y en el segundo caso es necesario que lo identifique por medio de testigos que tengan las calidades que dicha ley señala.

Para una mejor información daremos acá un concepto de lo que es Acta Notarial y Notario; así, Acta Notarial es "aquella que el notario levantará de los hechos que presencie o que personalmente ejecute o compruebe, cuando interponga sus oficios por disposición de la ley o a requerimiento de los interesados"; el Notario es "un delegado del Estado que da fe de los actos, contratos y declaraciones que ante sus oficios se otorguen y de otras actuaciones en que personalmente intervenga, todo de conformidad con la Ley" (1).

Fijaremos por otra parte en el artículo objeto de nuestro estudio una observación en cuanto a su redacción ya que en su contexto dice: "ante el Juez de lo Penal" y en realidad lo que la disposición quiere decir es que el requerimiento se verifique ante el Juez de Primera Instancia que conoce en el Ramo Penal; es decir, que la terminología empleada no es muy adecuada o feliz por cuanto no todos los puestos en la República conocen de lo Penal a veces son mixtos ya que la competencia en el país para los Juzgados de Primera Instancia no está uniforme en lo relativo a conocer de determinada materia sino por el contrario la Ley Orgánica del Poder Judicial se encarga de señalarnos para cada Tribunal de la República dicha competencia por la materia y por el territorio.

(1) Ley de Notariado.

Aún cuando se colige de la disposición que el requerimiento se hará ante el juez que conoce en materia Penal, para una mejor interpretación lógica y no tener que consultar a su espíritu debió haberse dicho "o ante el juez que conoce en materia Penal" Artos. 1527 C., 1-50- L.Not., 14-131 L.O.P.J.

CAPITULO II

TITULOS QUE DETERMINAN LA COMPETENCIA DEL JUEZ PARA VERIFICAR EL REQUERIMIENTO.

Antes de entrar al fondo de lo que trataremos en este capítulo, daremos la conceptualización de competencia penal y algunas explicaciones al respecto.

La competencia se ha definido desde dos puntos de vista: desde el punto de vista objetivo se dice que es "la órbita jurídica dentro de la cual el Tribunal Penal ejerce la potestad jurisdiccional del Estado".

Subjetivamente se la muestra "como el conjunto de atribuciones acordadas al juez penal por la ley, para que ejercite esa potestad jurisdiccional en determinados procesos".

El fin práctico de la competencia consiste en distribuir las causas entre los diversos jueces instituidos por la ley; entre ellos ha de dividirse la tarea judicial; pues bastaría pensar en la imposibilidad práctica de que un sólo Tribunal conozca de todas las causas o que existiendo varios, cada uno de ellos pueda entender en todas.

Ante la posible comisión de un hecho delictivo o sea ante la perspectiva de la iniciación de un proceso, la primera preocupación desde el punto de vista procesal, es la de determinar el juez que en ese proceso debe intervenir, sea en su iniciación o en su posterior tramitación; ante cual representante del Tribunal debe iniciarse el ejercicio de la acción penal o quien de be de juzgar en la causa.

La aplicación correcta de las reglas procesales de competencia es más rigurosa en materia penal que en las demás ramas del derecho, no quedando nada librado a la voluntad particular; pues sino, recordemos los fallos arbitrales del derecho procesal civil que a veces se dan por voluntad expresa de las partes.

Lo anterior lo podemos colegir de que no debemos olvidar que "juez natural", es el designado por la ley antes del hecho de la causa y que la naturaleza pública de la cuestión penal im pide a las partes del conflicto jurídico, en todo caso, disponer del juez que ha de entender de la causa.

La reglamentación de la competencia penal se encuentra en gran parte prevista en las leyes orgánicas de los Tribunales o del Poder Judicial pero las normas más importantes suelen hallarse incluidas en los Códigos Procesales Penales en sus dispo siciones de carácter general. Artos. 14-131 L.O.P.J., 12 a 30 Pr. Pn.

Hemos expuesto lo que es competencia, nos toca ahora establecer, con base en el artículo referente al requerimiento penal, los títulos que determinan la competencia del juez para su verificación, y ellos son:

a) El Juez de lo Penal (Juez de Primera Instancia que conoce en materia penal) del lugar donde se cometió el delito, Art. 21 Pr. Pn. y 247 Pn.

b) El Juez de lo Penal del domicilio del requiriente, Art. 247 Pn.

En el literal a) se ha dado entero cumplimiento a la regla general contenida en el Código Procesal Penal para juzgar al imputado de un hecho punible, que establece la competencia por territorio en el caso de delito consumado, es decir que el título que determina la competencia es la jurisdicción o comprensión territorial designada por la ley a cada Tribunal.

En el literal b) se trata de una variación de dicha regla general pues en el fondo siempre es competencia territorial la que resulta al tratarse del Juez de lo Penal del domicilio del requiriente ante quien se pide el requerimiento.

Lo que no dice el artículo en estudio es si el requerimiento habiéndose verificado ante el Juez de lo Penal del domicilio del requiriente lo vuelve competente para que ante dicho juez se ejercite la acción penal, caso de proceder, o sea que si ante él se podrá interponer la denuncia o acusación por el agraviado.

Entiendo que en tal caso, aún cuando el requerimiento se haya verificado ante su autoridad no es competente, en virtud de que para el ejercicio de la acción penal tenemos que sujetar nos a las reglas procesales ya establecidas; o sea que la denuncia o acusación se interpondrá ante el juez que sea competente por razón de territorio; es decir, del lugar donde el hecho se cometió; la ley lo que ha querido (el legislador) es dar cierta facilidad al agraviado para remover el obstáculo previo al ejercicio de la acción penal pero no quebrantar normas procesales.

Hemos dicho que en ambos casos o literales se trata de competencia por territorio pues basta leer que en uno se refiere al lugar donde se cometió el delito y en el otro al domicilio del requiriente; en consecuencia, sólo hay un título que determina la competencia, cual es el territorio.

CAPITULO III

DIFERENCIAS DEL REQUERIMIENTO PENAL Y EL REQUERIMIENTO CIVIL:

- a) EN CUANTO A LA MECANICA PARA SU VERIFICACION.
- b) EN CUANTO A LOS EFECTOS QUE PRODUCEN.

Podemos hacer un poco sintético este capítulo faltándonos únicamente por exponer algunas diferencias de menor relevancia, y lo haremos así:

A) En cuanto a la mecánica para su verificación ya se dijo algo en capítulo anterior respecto al requerimiento penal y se

esbozó también algo en cuanto al requerimiento civil.

REQUERIMIENTO PENAL

- 1) Es verificado ante el Juez de lo Penal competente, Art. 247 Pn.
- 2) Sólo el Juez lo puede verificar. Art. 101 Pr. Pn.
- 3) Se hace comparecer al requerido aún por apremio Art. 107 Pr. Pn.
- 4) Se hace constar en el acta lo que el requerido manifiesta en cuanto a lo que se le reclama Art. 101 Pr. Pn.

B) En cuanto a los efectos que producen:

REQUERIMIENTO PENAL

- 1) No previene la competencia. Art. 247 Pn.
- 2) No se está ejercitando acción penal, Art. 247 Pn.
- 3) Al no cumplirse con la condición después de cinco días de verificado se podrá ejercitar la acción penal. Art. 247 Pn.

REQUERIMIENTO CIVIL

- 1) Es verificado ante el Juez de lo Civil competente o por medio de eskuela contentiva de la petición y la resolución, que se le deja al requerido en su residencia. Art. 208 Pr.
- 2) Lo puede verificar el notificador Art. 208 Pr.
- 3) No es necesario que el requerido concorra al Tribunal Art. 217 Pr.
- 4) Sólo se hace constar en el acta la verificación del acto procesal Art. 208 Pr.

REQUERIMIENTO CIVIL

- 1) Si previene la competencia Art. 44 Pr.
- 2) De una vez se está ejercitando una acción civil. Art. 124 Pr.
- 3) Al no cumplirse con los requerido da lugar a ejecución Art. 586 Pr.

REQUERIMIENTO PENAL

REQUERIMIENTO CIVIL

- | | |
|--|---|
| <p>4) Mientras no se verifica no se puede ejercitar la acción penal. Art. 247 Pn.</p> <p>5) Las diligencias seguidas no vinculan al juez penal, pues no pasan intactos al proceso penal como presupuesto <u>inde</u>fectible de la resolución que recaiga. Art. 247 Pn.</p> <p>6) Al ejercitarse la acción penal debe de tratarse de las mismas personas que han intervenido en el requerimiento pues no se admite <u>representa</u>ción para el requerido. Art. 45 Pr. Pn.</p> <p>7) Se trata de un acto procesal que no tiene señalada <u>prescrip</u>ción para su ejercicio, Art. 126 Pn. Pero si <u>prescri</u>be la acción por vía <u>indirec</u>ta.</p> <p>8) Lo dicho por el requerido no es prueba en el proceso penal, Art. 494 Pr. Pn.</p> | <p>4) Aún cuando no se verifique no impide el ejercicio de la acción civil. Art. 265 Pr.</p> <p>5) Si vinculan al Juez pues pasan al proceso civil en que vendrá la ejecución. 594 Pr.</p> <p>6) Como se admite la <u>representación</u> para el ejercicio de la acción civil puede tratarse, al entablar ejecución, de distintas personas a los <u>inter</u>vinientes en el <u>requeri</u>miento. Art. 98 Pr.</p> <p>7) Si tiene señalada <u>prescrip</u>ción para su ejercicio, Art. 2254 Civil.</p> <p>8) Si puede constituir <u>prue</u>ba lo manifestado por el <u>requerido</u>, caso <u>presenta</u>re escrito. Art. 372 Pr.</p> |
|--|---|

TITULO IV

Delitos contra el Patrimonio: Tipos de Delitos en que previo el Ejercicio de la Acción Penal se verifica el Requerimiento.

CAPITULO I

CLASIFICACION LEGAL DE LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

En la mayoría de los códigos de la centuria pasada y en muchas de la presente, existe el criterio de conceder rango de primacía en la enumeración, a los delitos contra el Estado. Así lo hacen en América, Bolivia, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, Guatemala, Honduras, Mejico, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela; sin dejar de mencionar dos Códigos de acentuada influencia francesa, Haití y la República Dominicana. Entre nosotros ese criterio fue tradicional, hasta el Código Penal que se acaba de derogar (1).

La Comisión Redactora del Código Penal abandonó tal criterio y acepta, como ella misma lo dice en el informe rendido al Señor Ministro de Justicia, ligeramente modificada, la clasificación del Profesor Argentino José Peco, propuesto en su Anteproyecto de Código Penal de 1941 (2).

Quiso dejar constancia la Comisión, que si la parte especial del Código, principia con los delitos contra los bienes jurídicos de los particulares, es porque considera, de acuerdo con Carrara, que "en la verosimil cronología del delito", el

(1) Comisión Redactora, Exposición de Motivos Código Penal.

(2) Idem. Págs. 89 y 90.

primer pensamiento que condujo a los hombres a la penalidad, debió ser naturalmente el de proteger las propias individualidades contra la maldad ajena, precediendo por tanto, los delitos contra los particulares a los delitos que pudieran calificarse de creación social (1).

La comisión ha preferido el sistema que adopta, porque cree que debe destacarse la persona humana frente al Estado, sobre todo en esta época de temor e incertidumbre, cuando se han visto regímenes que dan importancia primordial a los delitos contra el Estado, creando penalidades extraordinarias que rompen el principio de fraternidad proclamado por el liberalismo penal.

Pues bien, el Título V del Libro Segundo del Código Penal -Delitos contra el patrimonio- sustituyó al Título XIII del Libro Segundo del Código Penal derogado, que se refería a "Delitos contra la propiedad", nombre adeptado por los distintos Códigos Penales Salvadoreños que siguieron fielmente la denominación tradicional de los Códigos Españoles (2).

La comisión se decidió por variar el rubro del Título y adoptar el de "Delitos contra el patrimonio" que es el mismo que usan las legislaciones modernas, porque el término "propiedad" se presta a confusión con el uso que esa misma expresión tiene en Derecho Civil con un sentido idéntico al de "Dominio", como

(1) Comisión Redactora del Proyecto de Código Penal, Exposición de Motivos, Págs. 89 y 90.

(2) Comisión Redactora del Proyecto de Código Penal, Exposición de Motivos, Pág. 110.

lo consagra el Art. 568 de nuestro Código Civil y en ese sentido limitado, no resultaba apropiado para nominar un título en el Código Penal en donde se comprenden delitos que protegen los derechos del poseedor, del usuario, del usufructuario, del acreedor y, en general, de cualquier titular de derechos sobre bienes (1).

El término patrimonio está entendido como el conjunto de bienes en su sentido genérico, comprensible de las cosas y derechos susceptibles de tener un valor económico.

Aparte del cambio de nombre en el Título, contiene innovaciones sustanciales con respecto al Código Penal, derogado (2).

1º. Se modifica fundamentalmente el contenido, las nomenclaturas y la distribución de los distintos capítulos; pues bajo el Título de "Delitos contra el Patrimonio", se prevé los delitos contra la propiedad, otros derechos reales y la posesión, en el capítulo primero; los delitos contra el patrimonio en general, en el capítulo Segundo; y, los delitos contra patrimonios especiales, en el capítulo tercero.

2º. De acuerdo con el criterio general que ha inspirado al Nuevo Código Penal en materia de sanción, la penalidad para la Estafa y sus Modalidades, Administración Fraudulenta, Apropiación o Retención Indebidas y Apropiación Irregular es relati

(1) Comisión Redactora del Proyecto de Código Penal, Exposición de Motivos, Pág. 110.

(2) Idem.

vamente indeterminada dejando atrás el antiguo sistema objetivo en que la medida de la pena era su proporción paralela al valor de los objetos materiales del delito.

Todos los delitos contra el patrimonio tienen como nota común, dice Cuello Calón, el daño o menoscabo que causan en las cosas o en los derechos que constituyen el patrimonio del hombre. Mas no obstante tal semejanza, presentan entre sí una nota diferencial que permite separarlos en dos grandes grupos:(1)

A) Los delitos cuya característica es el fin de enriquecimiento, de adquisición ilícita de bienes ajenos.

B) Los delitos caracterizados por la lesión de la propiedad ajena, no con ánimo de apropiársela o de utilizarla en interés propio, sino mediante hechos encaminados a destruirla, o menoscabar su valor.

El autor citado, nos trae en su obra a cuenta lo que Merkel, por su parte acotó sobre estos grupos, señalándonos que este tratadista observa que mientras en los delitos que integran el primer grupo se hallan motivos que desde el punto de vista ético dan a estas infracciones un carácter especial e ignomioso, el hecho de tomar una cosa ajena para destruirla es apreciado por el sentimiento público como menos inmoral y despreciable que el tomarla con ánimo de lucro y enriquecerse a costa del perjudicado (2).

(1) Cuello Calón, Derecho Penal (Parte Especial), Pág. 718
Edit. Bosch, Edic. Undécima 1961.

(2) Idem. Pág. 718 (citas).

Nuestro Nuevo Código Penal sigue entonces en su clasificación el criterio de distinción señalado antes . por Quello Calón, pues en el Literal A) puede comprenderse:

- 1) Hurto y sus modalidades, (Hurto calificado, Hurto de uso, etc.).
- 2) Robo.
- 3) Estafa y sus modalidades (casos especiales de estafa).
- 4) Administración fraudulenta.
- 5) Apropiación y Retención Indebidas.
- 6) Usurpación y sus modalidades (usurpación de aguas, de bienes nacionales, etc.).
- 7) Extorsión.
- 8) Explotación de personas incapaces.
- 9) Receptación.
- 10) Tráfico ilícito de patrimonio cultural.
- 11) Hallazgo Histórico.
- 12) Violación de derechos de autor, y
- 13) Violación de privilegios de invención.

En el literal B) quedarían comprendidos:

- 1) Daño y sus modalidades (agravado), y
- 2) Patrimonio Cultural.

La sistemática del Código Penal al clasificar legalmente los delitos contra el patrimonio distribuidos en tres capítulos así:

I) Delitos contra la propiedad, otros derechos reales y la posesión.

II) Delitos contra el patrimonio en general, y

III) Delitos contra patrimonios especiales.

Ha sido con el objeto de tutelar bienes que pertenecen a sujetos con calidades especiales, o que habían sido escasamente protegidos.

CAPITULO II

LA ESTAFA, CASOS ESPECIALES DE ESTAFA, ADMINISTRACION FRAUDULENTA, APROPIACION Y RETENCION INDEBIDAS Y APROPIACION IRREGULAR, COMO DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO QUE NECESITAN REQUERIMIENTO PARA EJERCER LA ACCION PENAL.

En virtud de sentarse la regla por el Art. 247 del Código Penal, de que el agraviado para poder ejercer la acción penal contra el imputado que ha cometido un delito de los comprendidos en dicha norma legal necesita requerirlo previamente, podemos concluir sin lugar a equivocarnos que el legislador en tales casos desglosó del conjunto de delitos que integran el capítulo I del Título V del Libro Segundo, del cuerpo de leyes citado, los delitos de Estafa, Casos Especiales de Estafa, Administración Fraudulenta, Apropiación y Retención Indebidas, y Apropiación Irregular, para darles un tratamiento especial por motivos que en otro párrafo expondremos lo más claro que sea posible.

Para comenzar nuestra exposición en este capítulo he creído conveniente señalar los conceptos que algunos tratadistas han dado y los elementos constitutivos de cada uno de los delitos

objeto de nuestra labor, con una explicación suscinta de lo que considero necesario para un mejor desarrollo.

LA ESTAFA

Se ha conceptuado teóricamente como "el perjuicio patrimonial realizado con ánimo de lucro mediante engaño" (1).

Elementos generales: (2)

- 1) Una defraudación, un perjuicio en el patrimonio ajeno.
- 2) La existencia de un engaño.
- 3) Relación de causalidad.
- 4) Voluntad de cumplir medios engañosos o fraudulentos.
- 5) Animo de lucro.

Interés protegido: el conjunto de bienes jurídicos comprendidos en el concepto genérico de patrimonio.

La base fundamental de la moderna figura jurídica de la estafa surgió en el Derecho Romano, después del Emperador Adriano, el llamado Crimen Stellionatus (3).

El Digesto menciona como caso de Stellionatus la enajenación a otro de la cosa disimulando la obligación existente, vender la cosa ya vendida a otro, etc.

En la legislación medioeval española ya se hallaban en las partidas reprimidos hechos que hoy se penan como estafas, verbi gracia el del orfebre que maliciosamente mezcla con el oro o la

(1) Cuello Calón, Derecho Penal (Parte Especial) Pág. 801
Edic. y Edit. Idem.

(2) Idem. Págs. 802 a 805.

(3) Idem. Pág. 800.

plata otros metales, negar haber recibido un depósito que realmente se recibió, etc.

La regulación de estos delitos en las diversas legislaciones presenta alguna divergencia, mientras unas presentan normas minuciosas y detalladas que se traducen en una multiplicidad de figuras de delitos, otras poseen normas menos abundantes pero de mayor amplitud.

Dentro de las "defraudaciones" aparecen a su vez, en una Sección en el Nuevo Código Penal, un delito de una naturaleza más evasiva que las otras, es el delito de estafa que si por algo se caracteriza es por la proteíca diversidad de sus formas, las cuales adquieren todos los matices sicológicos en la gradación de los actos humanos, desde el acto más inocente hasta la perfidia más sagaz y que se prestan a todas las maquinaciones que entremezclan la buena y la mala fe, dice la Comisión Redactora del Nuevo Código Penal, que hoy está en vigencia desde el 15 de junio de 1974. Y termina: no hay una estafa, como no hay un engaño o una astucia, sino múltiples actividades humanas cometidas en perjuicio de la propiedad ajena. No hay Código Penal que pueda prever las modalidades y decoraciones diversas que la defraudación y la estafa son susceptibles de revestir, porque la malicia humana no tiene límites.

La estafa se conceptúa legalmente, así: el que obtenga para sí o para otro un provecho injusto en perjuicio ajeno, medianan

te ardid o cualquier otro medio de engañar o sorprender la buena fe. Art. 242 Pn.

Del concepto de estafa que da el Código se deduce que la acción constitutiva del delito supone una inducción a error, mediante ardid o engaño, expresiones ambas que reflejan la "maquinación" del Derecho Romano, empleada para engañar, embaucar y defraudar a alguien.

En el fondo, ambos vocablos expresan la misma cosa: el engaño, figurado con distinta gradación de intensidad.

El ardid es una astuta transfiguración de la verdad, que puede presentarse, o simulando lo que no es o disimulando lo que es, de modo que puede traducirse en acciones u omisiones.

Engaño es un artificio acompañado de maquinación dolosa, para inducir a error de manera fácil, y tiene por característica el ser siempre positivo, o sea, que consiste en una acción.

El efecto del engaño tiene que ser el provecho obtenido por el agente en utilidad propia o de otros, provecho que debe ser "injusto", lo que significa que el sujeto activo no tenga ningún derecho a la prestación o a su equivalente y además es requisito exigido por el concepto legal de estafa que haya "perjuicio ajeno", que debe ser patrimonial.

El Código Penal considera como casos especiales de estafa:

- a) La disposición de cosa ajena como propia; Art. 243 N^o 1o.
- b) La venta o gravámen fraudulento de cosa propia; Art. 243

N^o 2o.

c) La defraudación de la prenda; Art. 243 Nos. 4o., 5o. y 6o.

Para la existencia del delito que se menciona en el literal a) es menester:

1) Fingirse dueño de una cosa;

2) Que no obstante no ser dueño de la cosa la venda, permuta, arriende, dé en comodato, pago o grantía.

3) Que se cause un perjuicio al dueño de la cosa o tercero.

Su elemento interno exige en el agente la conciencia de no ser dueño de la cosa, pues si obrare de buena fe en la creencia de que la cosa es suya, no se daría el delito por ausencia de dolo.

El delito señalado en el literal b) se diferencia del anterior, en cuanto a que el elemento interno requerido es el conocimiento de que la cosa estaba gravada.

El delito referido en el literal c) tiene como nota primordial que se trata de la defraudación en la prenda.

LA APROPIACION Y LA RETENCION INDEBIDA.

Se configuran por primera vez en la legislación penal salvadoreña, como delitos autónomos de gran aceptación en la doctrina y en la legislación comparada.

Anteriormente eran considerados como una modalidad de la estafa, pero se diferencian de ésta en que la tenencia en el de

lito de apropiación y retención indebida se halla en menos del sujeto activo, por algún título justo, mientras en la estafa es obtenida mediante ardid o engaño; con el hurto se distinguen porque éste presupone la tenencia de la cosa en el sujeto pasivo.

Por otra parte el dolo precede el apoderamiento en el hurto y la estafa, en cambio en la apropiación y retención indebida el dolo le sigue el apoderamiento.

La Apropiación Indebida se puede definir así: "los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren cosa mueble ajena, de la cual tenga la posesión o tenencia".

Elementos: (1)

1) Que el culpable haya recibido de otro una cosa mueble.
 2) Que haya distracción o apropiación de la cosa.
 3) Que la cosa se tenga por el culpable en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla.

4) Que se dé un perjuicio patrimonial.

5) Animo de lucro.

Interés protegido:

Bienes o cosas muebles que forman parte del patrimonio.

APROPIACION IRREGULAR:

Esta figura comprende:

- a) Apropiación de cosa perdida, y
- b) Apropiación de Tesoro.

(1) Cuello Calón, Derecho Penal (Parte Especial) Págs. 830-834. Edit. y Edic. ya mencionadas.

APROPIACION DE COSA PERDIDA.

La casi totalidad de los códigos modernos sitúan este delito como una especie de apropiación indebida de cosa ajena, y ese fue el criterio de la Comisión, porque el delito no se consuma con sólo tomar la cosa, sino con la apropiación, o sea el ánimo de quedársela como propia; el dolo aparece cuando no cumple con las obligaciones del Código Civil.

El que encuentra una cosa perdida, asume positivamente una obligación, pero la asume libremente, porque no está obligado a tomar la cosa hallada.

Nótese que hay necesidad de distinguir entre cosa perdida y cosa abandonada: en el primer caso el propietario pierde involuntariamente la posesión material de la cosa, en tanto que en el segundo caso se hace uso voluntario y lícito de su derecho de desprenderse de la cosa. Quien se apropia de una cosa abandonada no lesiona derecho alguno, pues por el contrario, usa medio legítimo de adquisición de dominio conforme el Código Civil.
Art. 610 C.C.

La acción consiste en apropiarse de dinero o cosas sin observar las prescripciones de la ley civil sobre la adquisición de cosas halladas. El hallazgo no implica apoderamiento; éste es un acto posterior que coincide con la consumación.

APROPIACION DE TESORO.

En el caso del tesoro la acción consiste en apropiarse el todo o parte de la cuota correspondiente al dueño del fundo y

la ley civil regula las diversas relaciones jurídicas del propietario y de la persona que encuentra el tesoro; pero desde el punto de vista penal puede decirse que la figura analizada comprende todos los casos en que "el descubrimiento da un derecho y el descubridor se apropia ilícitamente de la parte que corresponde al propietario del suelo".

Elementos comunes:

- 1) Que el culpable haya encontrado una cosa perdida o un tesoro.
- 2) Que haya apropiación de la cosa o cuota de la parte que corresponde al dueño del suelo.
- 3) Que se dé un perjuicio patrimonial.
- 4) Animo de lucro.

Intereses Protegidos:

El mismo de la apropiación o retención indebida.

ADMINISTRACION FRAUDULENTA.

La definición legal de este delito pone al descubierto en que consiste, y se ve que contiene una serie de actos que pueden configurar cada uno el mismo delito; por ser tan claras las situaciones en que el delito se comete no haremos más comentarios al respecto de él.

Más de alguna vez nos habremos preguntado a qué se debe que los delitos hasta acá estudiados necesitan previo requerimiento para poder proceder al ejercicio de la acción penal por

parte del agraviado. Pues bien, aunque la Comisión Redactora del entonces Proyecto de Código Penal, nada dijo al respecto en su Exposición de Motivos, con base en ellos podemos decir que en todos estos delitos se causa un perjuicio patrimonial y cuando falta ese perjuicio en el patrimonio ajeno se excluye la existencia del delito; lo que la ley o el legislador ha hecho al incluir el instituto del requerimiento, es proporcionar una flexibilidad para que se logre el reintegro de los defraudados y surge una excusa absolutoria, con ello desaparece la pena, pues el valor de lo defraudado es la base de la misma.

Por otra parte tenemos que si el culpable hace el reintegro de lo defraudado está demostrando muy poca peligrosidad, lo que no debemos olvidar por motivos de Política Criminal y además porque la ley penal lo que ha querido con la sanción que impone al infractor de una norma penal de las que tipifican la estafa y sus modalidades (casos especiales de estafa) es el de castigar al sujeto activo porque sin tener ningún derecho a la prestación o a su equivalente se aprovecha injustamente con ella. En el caso de la Administración Fraudulenta, Apropiación y Retención Indebida y la Apropiación Irregular (apropiación de cosa perdida y de tesoro) lo que se castiga es el incumplimiento de las obligaciones civiles, pues ahí nace el Dolo y se consuma el Delito.

Anteriormente se sostenía como principios fundamentales en lo atinente a éstos tipos de delitos, respecto a lo que venimos

acotando, que "el reintegro de la cantidad defraudada una vez consumado el delito en nada alteraba o enervaba la realidad del delito y que sólo puede tener influjo en la responsabilidad civil proveniente del delito, así como tampoco alteraba la naturaleza de esta infracción la indemnización posterior al hecho"; principios que en el nuevo Código Penal se ven resquebrajados pues por lo menos se da la flexibilidad u oportunidad de hacer el reintegro ya que es de nuestro conocimiento que cuando se lesionan intereses económicos, o el patrimonio mejor dicho, el consenso público es que la reparación del daño causado o el reintegro de lo defraudado no debe hacerse esperar pues es lo que más interesa al agraviado, en cambio la sanción se deja hasta última instancia o en segundo plano; interpretando tal sentir público la Comisión lo plasmó con el requerimiento que instituyó en el Art. 247 Pn. porque así se da la oportunidad para que el agraviado recupere lo defraudado en su patrimonio y que el imputado rectifique su actitud concediéndole la gracia de obtener para sí lo que ha dado en llamarse, en derecho procesal, de recho de perdón.

TITULO V

Algunos Fallos emitidos por la Honorable Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro en cuanto a la Aplicación del Requerimiento.

En este título fijaremos nuestra atención a lo que podría denominarse Limitada o Relativamente jurisprudencia establecida

por la Honorable Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro en cuanto a la aplicación de la ley penal en el tiempo, y referida a causas en que se verificó o no el requerimiento cuando se ha cometido delito de Estafa o una de sus modalidades, administración fraudulenta, apropiación o retención in debida, o apropiación irregular.

Esta aplicación de la Ley Penal en el tiempo la podemos dividir, en consideración al criterio cronológico, en dos períodos:

a) En cuanto a causas que se diligenciaron en los tribunales de Primera y Segunda Instancia con la legislación penal sustantiva y adejetiva derogada, consecuentemente sin haberse verificado requerimientos, pero que, fueron sentenciados al entrar en vigencia el nuevo código penal que sí lo ordena como acto previo a la denuncia o acusación.

b) En cuanto a causas que se ventilan en los tribunales de Primera o Segunda Instancia con la legislación penal vigente (sustantiva y adjetiva) o sea cuando se ha verificado requerimiento.

En las resoluciones o fallos emitidos por la Honorable Cámara, respecto al requerimiento se ha considerado que la no verificación del susodicho requisito de perseguibilidad o procesabilidad da lugar a que se declare nulo el proceso, aún cuando el proceso se hubiere iniciado con la ley penal derogada, y así se

ha resuelto con base en el Art. 551 N° 2 Pr. Pn. y el principio constitucional contenido en el Art. 172 C.P. que dice: "Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materia de orden público y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente", o sea, que según dicho criterio es "Ley Penal favorable al reo", el no haberse verificado requerimiento en un proceso que lo necesitaría actualmente para perseguirse y sancionarse un hecho punible de los ya especificados.

Este criterio se ha sostenido en cuanto a los casos de juicios iniciados sin previo requerimiento con base en la ley penal derogada; es decir, que la jurisprudencia consiste en declarar nulo el proceso al no haberse verificado el requerimiento por ser ley penal favorable al delincuente la disposición del Código Penal vigente que lo ordena y darle así eficacia al principio de la retroactividad de la ley en materia penal. Tal jurisprudencia se ha originado en virtud de que todos los casos resueltos por la Honorable Cámara han sido sentenciados de idéntica forma; aún cuando esa jurisprudencia está siendo acatada sólo por los juzgados de Primera Instancia sujetos por motivos de competencia, a remitir en consulta o apelación las causas diligenciadas, a dicho Tribunal Superior.

Esa afirmación la hago, en virtud de que hay disparidad de criterios con el resto de Tribunales de Segunda Instancia del país en cuanto a la estimación de aplicabilidad del principio

penal "La Ley es retroactiva en materia penal cuando favorece al reo", porque algunos de ellos no le dan cabida a ese principio constitucional cuando se trata del requerimiento previo, en los casos de delitos ya señalados, para proceder al ejercicio de la acción penal.

Mi opinión es que realmente la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro se ha equivocado sosteniendo tal criterio, por cuanto, si hemos acotado anteriormente que se está dando vigencia a un principio constitucional establecido en el Art. 172 de la Constitución Política, y ese criterio conduce a violar otro precepto constitucional, cual es el Art. 164 Inc. 1o., debemos desecharlo; por otra parte, creo que aún cuando el Art. 733 del Código Procesal Penal, según la interpretación hecha por la Honorable Cámara, contradice como ley secundaria la Constitución en cuanto el artículo de la ley adjetiva penal dice: "Los actos procesales cumplidos conforme al Código de Instrucción Criminal que se deroga, conservarán su validez, sin perjuicio de que serán apreciados conforme al nuevo régimen probatorio", esa contradicción, como se puede notar, resulta de interpretar esa falta de requerimiento como ley favorable al delincuente.

En consecuencia, la Cámara está violando el precepto constitucional del Art. 164, cuando dice: "que nadie o ninguna persona puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa" y tampoco acata lo estatuido por el Art. 733 Pr. Pn. cuando ordena que el procedimiento seguido conforme la ley procesal derogada

conserva su validez no obstante que después se deja al arbitrio judicial su apreciación conforme al nuevo régimen probatorio; a mi entender no debió considerarse como "Ley favorable al delincuente" la orden de verificar requerimiento en los delitos de estafa o sus modalidades, administración fraudulenta, etc., porque el procedimiento se rigió por la ley penal derogada, y en ese momento no eran nulos como se ha declarado actualmente por los fallos de la Cámara citada, violando de esta manera también el Art. 169 de la Constitución Política al establecerse en éste que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho.

Con el criterio de la Honorable Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, el cual expuse anteriormente, se le da primacía a dos cuestiones, una de las cuales nos lleva a la violación de los preceptos constitucionales ya mencionados, esas cuestiones son:

- a) De Política Criminal; y
- b) Netamente procesal.

A) La de Política Criminal radica en que así como el nuevo Código Penal en sus disposiciones busca la readaptación del delincuente, en los delitos que necesitan requerimiento para proceder se le ha dado fuerza jurídica al consenso público, que deviene en el privado, de buscar el reintegro del daño causado en el patrimonio del ofendido y con ello a la vez se le da oportunidad para que el indiciado se arrepienta de su acto delictivo; lo

que sí es valedero para adoptar la tesis sustentada.

B) El punto de vista de la cuestión netamente procesal en mi concepto radica en que cuando el proceso se declara nulo el ofendido tiene su derecho a salvo para iniciar de nuevo el proceso respectivo, una vez cumplido el requisito procesal del requerimiento; ahora bien, lo peligroso y grave en este caso sería la situación del reo imputado por una doble detención y doble procesamiento, ya que, después de guardar reclusión durante un tiempo por habersele detenido con base en la prueba aprotada cuando regía la legislación penal derogada, si el ofendido prueba su acción con la ley penal vigente, se le detiene de nuevo; y aquí es donde aparecen dos interrogantes:

1ª) Se tomará en cuenta el tiempo que estuvo detenido la primera vez para computarle su tiempo de pena o nunca se hará mención de esa reclusión en el nuevo proceso?

2ª) Será que se le está procesando de nuevo por un hecho distinto o por el mismo hecho, a pesar de que hay prohibición constitucional en el Arto. 164 Inc. lo. C.P. de que nadie puede ser enjuiciado dos veces por la misma causa?

Acá podemos responder sin ningún temor de que la tesis resulta un absurdo y atentatoria a la vez porque las consecuencias serían nefastas para uno de los derechos humanos de mayor relevancia como es la libertad del hombre; lo que haría darle preeminencia al Estado o sea lo Social sobre la individualidad y se estaría pensando en forma retrógrada porque conforme al Nuevo Códig

go eso ya pasó a formar parte de la Historia del Derecho Penal.

Por estos motivos considero que si el argumento legal propugnado es de los de mayor jerarquía, pero él nos lleva a un equívoco, la jurisprudencia en este sentido debe ser desechada, y no dejemos atrás el hecho de que si el imputado nunca estuvo detenido como puede suceder en muchos casos la tesis siempre resulta con los mismos efectos perjudiciales por lo que debemos aceptar la validez de lo verificado con la legislación penal derogada, sin separaciones de ninguna especie y sobre todo por ser objeto de interpretaciones quizá antojadizas.

PRIMER PERIODO.

Para dejar clara la jurisprudencia que al respecto se ha establecido cito en las líneas siguientes algunos fallos de la Cámara, relativos al primer período de los enumerados antes, así:

1º) Sentencia proveída el treinta de julio de mil novecientos setenta y cinco por la Honorable Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro en la causa que se instruyó en el Juzgado Primero de lo Penal del Distrito Judicial de San Salvador contra Santos Marciano Zúniga por estafa en:

- a) Hoteles de Centro América;
- b) Oscar Napoleón Rodríguez, y
- c) Noé Wilfredo Rodas Cativo.

En los considerandos respectivos encontramos que en lo medular dicen:

I. El informativo se inició con anterioridad al quince de junio de mil novecientos setenta y cuatro, fecha en que entró en vigencia la nueva legislación penal, que se hallaba en la fase plenaria sin llenar otro requisito por el que se pudiera conocer con base en la ley derogada pero conoce del caso solo con la ley procesal penal en vigencia; y para la competencia del Tribunal se basa en la ley penal sustantiva que le fuere favorable al reo.

II. Se relaciona en ésta la prueba del cuerpo de los delitos imputados así como la delincuencia.

Con base en esa prueba que acepta el Tribunal se había sometido la causa al conocimiento del Tribunal del Jurado en Primera Instancia quien dictó veredicto de inculpabilidad y se sentenció absolviéndolo por el Juez consultante.

III. De acuerdo al Art. 247 Pn. en causas instruídas por delitos como el que se investiga, dice la Cámara, es necesario el cumplimiento que se hace al imputado para que, de ser posible, se resarciera el daño patrimonial causado al ofendido; y la omisión de tal requisito trae como consecuencia la nulidad del proceso de conformidad a lo establecido en el ordinal segundo del Art. 551 Pr. Pn. Este Tribunal, al conocer de sentencias definitivas condenatorias, ha declarado en anteriores resoluciones que, en aplicación a lo dispuesto por el Art. 172 de la Constitución Política, POR SER FAVORABLE PARA EL IMPUTADO LA EXIGENCIA DEL

REQUERIMIENTO, su omisión produce la nulidad del proceso; pero en el proceso; pero en el presente caso el reo ha sido procesado y absuelto por el Tribunal del Jurado y si declara la nulidad del proceso se le colocaría en la situación de PODERSELE PROCESAR NUEVAMENTE POR EL MISMO DELITO cuando la parte diera entero cumplimiento al Art. 247 Pn. vigente, lo cual obviamente vendría a contrariar el principio constitucional a que se ha hecho referencia. Como consecuencia confirma la sentencia por estar arreglada a derecho en este caso.

2º) A las diez horas y cuarenta minutos del día diecinueve de agosto de mil novecientos setenta y cinco, la Honorable Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro pronunció el fallo respectivo en la causa que se instruyó en el Juzgado Primero de lo Penal del Distrito Judicial de San Salvador contra el reo Rafael Lizama Campos, que fue vista en consulta de los sobreseimientos decretados por los delitos de apropiación indebida en perjuicio del Almacén La Dalia y la Empresa Industria "Jack".

En los considerandos jurídicos principalmente dijo:

I- Al igual que el fallo anterior en este considerando habla de la fecha de iniciación y etapa del proceso con actos procesales derogada y continuar sus trámites con ésta o con la nueva, y establecer la competencia del Tribunal para conocer del caso caso en consulta, aplicando las normas del Código Penal de-

rogado o el vigente que fueren más favorable al imputado (Art. 13 y 527 Pn.).

II- De acuerdo a lo establecido en el Art. 247 Pn. vigente, para proceder en los casos de estafa, administración fraudulenta, apropiación o retención indebidas y apropiación irregular, es necesario que previamente se haga requerimiento de pago al imputado. Y la omisión de tal requisito acarrea nulidad de lo actuado (Art. 551- 2º Pr. Pn.). Como el juicio que motiva este incidente se inició el 19 de marzo del año próximo pasado, es decir antes de que entrara en vigencia la nueva legislación penal, se plantea la cuestión jurídica de que si todo lo actuado es válido o adolece de nulidad. Para la solución de esta cuestión jurídica existen diversos criterios:

1º) Se sostiene que el mencionado requisito de procedibilidad, aunque se encuentra ubicado en el Código Penal, por la materia que regula, es un requisito penal de naturaleza objetiva, pues los elementos del delito ya están realizados y únicamente falta llenar la exigencia del legislador para que pueda iniciarse el proceso y, se concluye que, en aplicación a lo prescrito en el Art. 733 Pr. Pn. los actos procesales cumplidos conforme al Código de Instrucción criminal derogado conservan su validez.

2º) Por el contrario, otras afirman que el requisito de procesabilidad referido se encuentra consignado en el Código Pe

nal, por lo que debe aplicarse retroactivamente por serle más favorable al imputado, con base a lo prescrito en los Artos. 13 y 527 Pn., que literalmente dicen: "si la ley del tiempo en que fue cometido el hecho punible y las leyes posteriores sobre la misma materia fueren de distinto contenido, se aplicará las disposiciones más favorables al imputado en el caso particular que se juzgue".- "todos los reos que estuvieren procesados por delito o faltas a la fecha en que entre en vigencia el presente Código gozarán del beneficio de que se les apliquen las disposiciones más favorables contenidas en este ordenamiento o en el derogado". Y concluyen que, aplicando el Art. 551 - 2º Pr. Pn., es nulo todo lo actuado por no haberse cumplido con el requisito de procesabilidad indicado.

III- Estima esta Cámara que para resolver este caso es fundamental lo prescrito en el Art. 172 C.P. que dice: "las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materia de orden público y en materia penal, cuando la nueva ley sea favorable al delincuente".

En los términos "Materia Penal" se comprende la ley penal sustantiva como la ley penal adjetiva y se aplican retroactivamente cuando sea favorable al imputado.

De acuerdo a la disposición constitucional transcrita carece de relevancia si el requisito de procesabilidad exigido en el Art. 247 Pn. vigente es materia propia del Código Penal o del

Código Procesal, pues procede aplicar todas las disposiciones de la nueva legislación penal que sean más favorable al procesado, ya sea que se considere tal requisito como materia de ley adjetiva o sustantiva; en el primer caso por ser de orden público, y en ambos, por ser más favorable al reo.

En consecuencia, como el proceso a que se refiere este incidente no contiene el requisito establecido en el Art. 247 Pn. vigente, debe declararse nulo todo lo actuado contra el imputado Rafael Lizama Campos, por los delitos de apropiación indebida a que se ha hecho referencia, de conformidad al Art. 551-2º Pr. Pn.

IV- Como se ha dicho, de acuerdo al Art. 172 C.P. El Código Procesal Penal se aplica retroactivamente. El Art. 220 de la misma Ley Fundamental establece que los principios de la Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulan su ejercicio y que la Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos.

Y como el Art. 733 Pr. Pn. dispone que conservarán su validez los actos procesales cumplidos conforme el Código de Instrucción Criminal derogado, esta Cámara, con base en la facultad que le otorga el Art. 95 de la Constitución Política, declara que la citada disposición de la ley secundaria no se aplica en el caso de autos por contrariar el principio constitucional citado al inicio de este considerando.

Concluyendo la parte resolutive en la forma siguiente: Por tanto, en base a lo expuesto, disposiciones citadas y Art. 548 Pr. Pn. dijeron: Se declara nulo el proceso seguido contra Rafael Lizama Campos, por los delitos de apropiación indebida investigados, sin responsabilidad alguna para el juez de la causa; y como consecuencia, permanezca el imputado en la libertad en que se encuentra, sin necesidad de fianza.

3º) Sentencia proveída por la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro a las nueve horas y quince minutos del día seis de noviembre de mil novecientos setenta y cinco en la criminal instruída en el Juzgado Primero de lo Penal del Distrito Judicial de San Salvador y vista en apelación de la interlocutoria proveída contra Lindolfo Chavarría Molina, procesado por apropiación indebida en el Banco Capitalizador, S.A.

Los considerandos jurídicos son totalmente idénticos a los que se transcribieron en el segundo fallo anotado arriba, lo mismo que la parte resolutive de la sentencia, y sirviendo de base, consecuentemente, las mismas razones.

4º) Resolución de la Honorable Cámara a que nos venimos refiriendo, proveída a las diez horas y cuarenta y cinco minutos el día veintiseis de noviembre de mil novecientos setenta y cinco. Vista en apelación de la sentencia definitiva pronunciada por el Juez Primero de lo Penal del Distrito Judicial de San Salvador contra Pedro Lenus Flores, por estafa en Paula Raymunda Monge López y Francisca Herrador Munguía. En la referida

sentencia se absolvió al imputado por la estafa en la segunda de las ofendidas y se le condenó por el otro delito de estafa en Paula Raymunda Monge López, en virtud de veredicto del Tribunal del Jurado en tales sentidos.

La Honorable Cámara en sus considerandos jurídicos de la resolución que provee dijo: Leídos los autos; y, considerando: I. Al quince de junio del año próximo pasado, fecha en que entró en vigencia la nueva legislación penal, el juicio en estudio se encontraba en la fase de instrucción, por lo que de conformidad a lo establecido por el Art. 751 Pr. Pn. se aplicará en el presente caso las disposiciones del Código Procesal Penal. II. In conforme con lo resuelto por el juez, interpuso recurso de apelación, al momento de serle notificada la citada resolución, el defensor del encausado, Br. Jaime Antonio Martínez Orellana. Es ta Cámara considera necesario hacer constar que en vista de haber sido interpuesta la apelación por el defensor del reo y que la sentencia es absolutoria en lo que respecta a la estafa en Francisca Herrador Munguía y condenatoria en lo que se refiere a la estafa en Paula Raymunda Monge, solamente conocerá en apelación de la parte de la sentencia definitiva en que se condena al procesado; y de la parte de la sentencia en que se le absuelve conocerá este Tribunal en consulta (Artos. 520 y 517 Pr.Pn.). Admitido que fue el recurso e introducido el proceso a este Tribunal se le corrió traslado al Br. Jaime Antonio Martínez Orella

na, para que expresara agravios, quien manifestó en lo principal: "Del fallo anterior me alcé por considerar que el señor Juez Primero de lo Penal de este Distrito Judicial, al dictar la sentencia de mérito no consideró ni tomó en cuenta en toda su extensión la confesión del imputado, tampoco apreció el hecho de que a mi defendido no le aparecen antecedentes penales desfavorables en su contra, razones por las que considero que la sentencia pronunciada es excesiva; ... Ya que la sana crítica inspiró a nuestros legisladores y es la base para nuestros jueces y magistrados, es que me he permitido el expresar estos agravios, para que sea el Honorable Tribunal Superior en grado quien al analizar la sentencia apelada y tomando en cuenta mis consideraciones modifique la sentencia de mérito y le imponga al imputado una menor, tomando en cuenta lo expuesto por medio de esta expresión de agravio. Consecuentemente, con toda atención y respeto, os pido: que modifiquéis la sentencia apelada; que le impongáis al imputado, reo presente Pedro Lemus Flores, una condena menor, tomando en cuenta las condiciones de la defensa. Por su parte el Fiscal de Cámara al contestar agravios manifestó: "sobre este caso y después del estudio de la prueba del proceso y relacionada en la sentencia de mérito, se concluye que la sentencia apelada y especialmente la calificación del delito y pena impuesta al indiciado están enmarcadas dentro de la ley; y

como el veredicto del Tribunal del Jurado fue de culpabilidad contra dicho indiciado y en lo referente a tal delito, lo procedente es confirmar la sentencia referida en todas sus partes, pues la prueba para elevar a plenaria existe en forma plena en el juicio".-- III. De acuerdo a lo prescrito en el Art. 247 Pn. vigente, para proceder en los casos de estafa, administración fraudulenta, apropiación o retención indebida y apropiación irregular, es necesario que previamente se haga requerimiento al imputado para que éste cumpla con el contrato, devuelva la cosa o entregue la parte del tesoro encontrado. Y la omisión de tal requisito acarrea nulidad de lo actuado (Art. 551 - 2º Pr. Pn.). En los autos solamente consta certificación de las diligencias que promovió la ofendida Paula Raymunda Monge, en la Fiscalía General de la República, con el objeto de que, mediante la intervención de dicho organismo, el imputado Pedro Lemus Flores, cumpliera con lo pactado y le hiciera el correspondiente traspaso del lote que había adquirido la ofendida bajo promesa de venta ("Fs. 2 a 5 de la Pieza Principal). El Art. 247 Pn. prescribe que el "Requerimiento" deberá hacerse "por medio de Acta Notarial o ante el Juez de lo Penal del lugar donde se cometió el delito o del domicilio del requiriente"; de lo que se concluye que con las diligencias realizadas en la Fiscalía General de la República no se cumplió con el requisito de procesabilidad exigido por el Art. 247, pues el "Requerimiento" hecho al reo Pedro

Lemus Flores, no reúne las formalidades de ley.-- IV. Por haber sido iniciado el juicio en estudio el veintinueve de octubre de mil novecientos setenta y tres, es decir, antes de que entrara en vigencia la nueva legislación penal, se plantea la cuestión jurídica de que si todo lo actuado es válido o adolece de nulidad. Para la solución de este problema jurídico existen dos criterios propuestos. 1º Se sostiene que el mencionado requisito de procesabilidad, aunque se encuentra ubicado en el Código Penal, por la materia que regula, es un requisito penal de naturaleza adjetiva, pues los elementos del delito ya están realizados y únicamente falta llenar la exigencia del legislador para que pueda iniciarse el proceso y que la calificación de un precepto no lo da el cuerpo legal en que se encuentre, sino su naturaleza intrínseca; y se concluye que, en aplicación a lo prescrito en el Art. 733 Pr. Pn., los actos procesales cumplidos conforme el Código de Instrucción Criminal derogados conserven su validez. 2º Por el contrario, otros afirman que el requisito de procesabilidad referido se encuentran consignados en el Código Penal, por lo que debe aplicarse retroactivamente por ser más favorable al imputado, con base a lo prescrito en los Artos. 13 y 527 Pn. que literalmente dicen: "Si la ley del tiempo en que fue cometido el hecho punible y las leyes posteriores sobre la misma materia fueren de distinto contenido, se aplicará las disposiciones más favorables al imputado en el caso particular que se juzgue"...To

dos los reos que estuvieren procesados por delitos o faltas a la fecha en que entre en vigencia el presente Código, gozarán del beneficio de que se les apliquen las disposiciones más favorables contenidas en este ordenamiento o en el derogado". Y concluyen que, aplicando el Art. 551 - 2º Pr. Pn., es nulo todo lo actuado por no haberse cumplido con el requisito de procesabilidad indicado.--- V. Estima esta Cámara que para resolver este caso es fundamental lo prescrito en el Art. 172 C.P. que dice: "Las leyes no pueden tener efecto retroactivo salvo en materia de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente". En los términos "Materia Penal" se comprende tanto a la ley penal sustantiva como a la ley penal adjetiva y se aplica retroactivamente cuando sean favorable al imputado. De acuerdo a la disposición constitucional transcrita, carece de relevancia si el requisito de procesabilidad exigido en el Art. 247 Pn. vigente, es materia propia del Código Penal o del Código Procesal Penal, pues procede aplicar todas las disposiciones de la nueva legislación penal que sean más favorables al procesado, ya sea que se considere el requisito como materia de ley adjetiva o sustantiva; en el primer caso, por ser de orden público y en cualquiera de ambos por ser materia penal y más favorable al reo. En consecuencia, como en el proceso instruido contra Pedro Lemus Flores, no se ha cumplido con el requisito de procesabilidad establecida por el Art. 247 Pn. vigente, procede

declarar nulo el juicio en estudio, en lo que respecta al delito de estafa cometido en perjuicio patrimonial de Paula Raymunda Monge, de conformidad al ordinal 2º del Art. 551 Pr. Pn.--VI. Como se ha dicho, de acuerdo al Art. 172 C.P. el Código Procesal Penal se aplica retroactivamente. El Art. 220 de la misma ley fundamental establece que los principios de la Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulan su ejercicio y que la Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos. Y como el Art. 733 Pr. Pn. dispone que conservarán su validez los actos procesales cumplidos conforme al Código de Instrucción Criminal derogado, esta Cámara, con base en la facultad que el otorga el Art. 95 de la Constitución Política, declara que la citada disposición de la ley secundaria no se aplica en el caso de autos, en lo que respecta al delito de estafa en Paula Raymunda Monge, por contrariar el principio constitucional citado al inicio de este considerando.--- VII. Como se manifestó anteriormente, esta Cámara conocerá en consulta de la parte de la sentencia de mérito en que se absuelve al reo Pedro Lemus Flores, por el delito de estafa en perjuicio de Francisca Herrador Munguía. Al respecto se hacen las siguientes consideraciones:

1º) El Juez de la causa estimó probado el cuerpo del delito de estafa investigado y la delincuencia del procesado, con los recibos agregados de Fs. 68 a 99, extendidos por el imputado Pedro Lemus Flores, su declaración judicial de Fs. 103 y ampliación de

la misma a Fs. 113. Elevada que fue la causa a plenaria por auto de Fs. 114 y seguidos que fueron los trámites del juicio ordinario, se sometió al conocimiento del Tribunal del Jurado, quien según consta en el acta de Fs. 147 emitió un veredicto de inculpabilidad para el procesado, absolviendo al reo Pedro Lemus Flores, por el delito de estafa en Francisca Herrador Munguía. 2º) Este Tribunal al conocer en apelación de la parte de la sentencia de mérito en que se condenaba al imputado ya mencionado por el delito de estafa en Paula Raymunda Monge, declaró en los anteriores considerandos que en aplicación a lo dispuesto por el Art. 172 de la Constitución Política, por ser favorable para el imputado la exigencia del requerimiento, su omisión produce la nulidad del proceso. Pero en lo que respecta a la parte de la sentencia que se ve en consulta y en la que se absuelve al reo Pedro Lemus Flores por el delito de estafa en Francisca Herrador Munguía, la situación varía, pues el reo en mención ha sido absuelto por el Tribunal del Jurado y si se declarara la nulidad del proceso en lo que a ese hecho delictivo se refiere, se le colocaría en la situación de podersele procesar nuevamente, por el mismo delito cuando la ofendida diere entero cumplimiento al Art. 247 Pn. vigente, lo cual obviamente perjudicaría al imputado y al aplicarle la nueva ley penal se contraría el principio constitucional a que se ha hecho referencia. En consecuencia, el Tribunal estima que la parte de la sentencia

definitiva consultada a que se hace referencia en este considerando, se encuentra arreglada a derecho y procede su confirmación. Por tanto, de acuerdo a las razones expuestas, disposiciones legales citadas y Artos. 547 y 548 Pr. Pn., a nombre de la República de El Salvador dijeron: a) Se declara nulo el proceso en estudio en lo referente al delito de estafa cometido en perjuicio patrimonial de Paula Raymunda Monge e imputado a Pedro Lemus Flores. b) Se confirma la parte de la sentencia definitiva de mérito, en que se absuelve al reo Pedro Lemus Flores, por el delito de estafa en perjuicio de Francisca Herrador Munguía. c) Como consecuencia de lo anterior, póngase en libertad al reo Pedro Lemus Flores, sin necesidad de fianza. d) Vuelva en su oportunidad el proceso al Juzgado de su origen con la certificación correspondientes (Artos. 547, 568, 569 y 723 Pr. Pn.).

5º) Por último tenemos la sentencia proveída a las nueve horas y cuarenta minutos del día veintinueve de mayo de mil novecientos setenta y seis, en la que se resuelve la situación del reo Rogelio Muyshondt, procesado en el Juzgado Primero de lo Penal del Distrito de San Salvador por el delito de estafa a servicio Agrícola Salvadoreño, S.A., y el cual fue sometido a conocimiento del jurado quien emitió veredicto de culpabilidad, por lo que en la sentencia de mérito del Juez de Primera Instancia se le condenó.

En este caso se dijo lo mismo que se ha dicho en los otros fallos comentados o transcritos en los numerales anteriores por la Honorable Cámara, o sea, declarar nulo el proceso por considerar más favorable para el reo la legislación penal vigente, pues no se hizo el requerimiento previo que actualmente se necesita para proceder al ejercicio de la acción penal en los delitos de estafa, apropiación o retención indebida, etc.

SEGUNDO PERIODO

En cuanto al segundo período no hay jurisprudencia que citar, pues a la fecha de realizar este trabajo como requisito para sustentar el grado académico aspirado, no se encontraron pronunciamientos del Tribunal Superior respecto a la situación cuestionada o sea sobre la aplicación de la ley penal en el tiempo.

Si he hablado de un segundo período en cuanto a la aplicación de la ley penal en el tiempo es porque así logramos ubicar, en el lugar que corresponde, a los procesos diligenciados conforme a la legislación penal derogada y que han sido resueltos por sentencia ejecutoriada, en virtud de consulta o apelación, por el Tribunal de Segunda Instancia; diferenciándolos así de aquellos que se están diligenciando de acuerdo a la nueva legislación penal.

La falta de jurisprudencia en este período se debe en primer término al tiempo transcurrido desde la vigencia de la novísima legislación penal, que es corto relativamente, y a la no

completa regulación del requisito previo para proceder o requerimiento.

TITULO VI

Legislación Comparada:

Código Penal de México;

Código Penal de Guatemala.

Iniciamos el estudio de este título con la legislación penal mejicana.

En esta legislación se ha regulado tanto en la ley penal sustantiva (Código Penal) como en la ley penal adjetiva (Código Procesal Penal) lo que se llama "querrella", ya que en el Art. 93 Pn. cuando habla del perdón o con sentimiento del ofendido como modos de extinguir la acción penal, siempre y cuando concurren estos requisitos:

a) Que el delito no se pueda perseguir sin previa querrella;
b) Que el perdón se conceda antes de formularse conclusiones por el Ministerio Público; y

c) Que se otorgue por el ofendido o por la persona que reconozca éste ante la autoridad como legítimo representante o por quien acredite legalmente serlo, o en su defecto por tutor especial que designe el juez que conoce del delito.

Nos coloca la querrella como uno de los requisitos necesarios para que opere una causal de extinción de la acción penal.

Recuérdese la definición que se anotó en estos apuntes de lo que es querrela, y podemos confirmar que si ésta no se ha realizado ante la autoridad que la ley procesal señala y en cuanto a los delitos que la necesitan para que dicha autoridad proceda a la investigación, ésta no se puede iniciar de oficio.

El Art. 262 del Código Procesal Penal mejicano, establece dos casos de excepción en que no se puede proceder de oficio, ellos textualmente son:

I) Cuando se trate de delitos en los que sólo se puede proceder por querrela necesaria, si no se ha presentado ésta, y

II) Cuando la ley exija algún requisito previo, y éste no se ha llenado.

De lo hasta aquí expuesto podemos concluir que el instituto jurídico del requerimiento como se ha establecido en nuestro Código Penal, no está contemplado en la legislación penal mejicana, a pesar de haberse expuesto en párrafos anteriores de este trabajo que con la querrela tienen la misma naturaleza al igual que otros institutos jurídicos como la autorización y la excitativa; esta idea se determina con mayor acierto al analizar otras disposiciones del Código de Procedimientos Penales de México, así el Art. 82 Inc. lo. dice: "todas las personas que por algún motivo legal intervengan en un proceso deberán designar, desde la primera diligencia judicial en que intervengan, casa ubicada en el lugar del proceso para que se les haga las notificacio-

nes, citaciones, requerimientos, emplazamientos que procedieren, e informar de los cambios de domicilio de la casa designada".

Es decir, que existe el requerimiento en la ley mejicana pero cuando ya se está dentro del proceso penal, por lo tanto dicho requerimiento no es condición de perseguibilidad o de procedibilidad como se sostiene por las modernas legislaciones y como se ha entendido en nuestra ley sustantiva penal; siendo una verdadera lástima que en cuanto a su procedimiento no se ha ya regulado nada en nuestro medio puesto que a quedado a criterio de cada juzgador la forma de verificarlo no digamos en cuanto a la prescripción, valor probatorio cuando ya se ha incoado la acción penal, etc.

Otra notable diferencia entre nuestra legislación penal sustantiva y la mejicana estriba en que cuando en ésta se tipifican los "delitos en contra de las personas en su patrimonio" como se llama el título vigésimo segundo del libro segundo, establece en el capítulo uno, en lo referente al robo, que cuando hay determinados grados de parentesco por consanguinidad o afinidad entre el ofendido y el culpable hay una excusa absolutoria para uno y querrela a la vez, o bien en el otro caso querrela solamente; veamos, primer caso: cuando además del pariente por consanguinidad interviene un extraño, para proceder contra éste es necesario que lo pida el ofendido (Art. 377 Pn.); en el segundo caso: hay responsabilidad penal, para el pariente por afinidad y

para el que lo es por consanguinidad (hermanos) pero solo se puede proceder por petición del agraviado (Art. 378 Pn.).

Más adelante el Código Penal Mejicano, en el Capítulo II del mismo Título y libro ya dichos al tipificar el delito de abuso de confianza, lo mismo que en el Capítulo III al hablar del fraude (entre nosotros estafa, casos especiales de estafa, administración fraudulenta) se remite de nuevo a lo ya dicho con relación al robo en los Artos. 377 y 378, o sea, que el parentesco sirve para establecer una excusa absolutoria en un caso remitiéndose a la querrela en cuanto al extraño y ésta misma para el otro caso planteado, sin mencionar en absoluto que se pida la reparación del daño causado al agraviado como requisito previo para proceder sino que basta con hacer del conocimiento de la autoridad competente el delito cometido y dar su anuencia para la investigación, o de lo contrario no se procede a ello.

CODIGO PENAL DE GUATEMALA.

En la legislación guatemalteca, del párrafo I al IX, Título XIII, Libro II del Código Penal, trata lo relativo a los "delitos contra la propiedad" o sea lo que entre nosotros se llama "Delitos contra el patrimonio".

El Código Penal guatemalteco en cuanto a estos delitos sigue manteniendo el criterio sostenido por el Código Penal nuestro ya derogado; puesto que ni se hace una clasificación moderna como el vigente, ni ha cambiado tan siquiera el nombre al título

y mucho menos ha dado el tratamiento que el Código Penal Salvadoreño hace de los delitos que necesitan requerimiento para proceder en cuanto este instituto es una condición de perseguibilidad o procedibilidad; es decir, que para perseguir su comisión es preciso sea haber verificado antes requerimiento al imputado.

Por su parte, el Código Procesal Penal de Guatemala en el Título I del Libro Segundo, Capítulo V, Artos. 343 al 353, se refiere a un instituto jurídico llamado "Querella", el cual tiene la misma naturaleza jurídica que la "querella" del Derecho Mexicano, cuyo concepto ya se expuso; pero se diferencian por cuanto que en la legislación de México, ésta, es un derecho potestativo del ofendido, únicamente con la cual se hace del conocimiento de las autoridades el delito cometido y otorgar también su anuencia, para que sea perseguido; en cambio la ley adjetiva guatemalteca dice: "si se tratare de delito perseguible por acción pública, cualquier persona capaz puede querellarse, haya sido o no ofendida o perjudicada por el delito propio" y podrá querellarse dice más adelante "si fuere extranjero, por delito cometido en sus personas o bienes, o en la persona o bienes de sus parientes dentro de los grados de ley o de sus connacionales". Art. 344 Pr. Pn., además, el querellante se constituye en acusador desde el momento que hace la querella y queda sometido en tal calidad al Tribunal respectivo, pudiendo promover en el sumario no obstante la reserva del período de instrucción.

También encontramos en el capítulo ya mencionado del Código Procesal, que la querrela se puede clasificar así:

1- Por la forma como se verifica;

a) Verbal. Art. 343 Pr. Pn.

b) Escrita. Art. 343 Pr. Pn.

2- Por el cumplimiento o no de los requisitos para verificarla:

a) Regular. Artos. 343 y 352 Pr. Pn.

b) Irregular. Artos. 346 y 352 Pr. Pn.

Finalmente en el Art. 353 Pr. Pn. se le concede al Juez la facultad de rechazar las querellas que contengan hechos que no constituyen delito o que fueron manifiestamente falsas.

Con lo expresado al respecto de la legislación penal guatemalteca (adjetiva y sustantiva), podemos concluir que en dichos cuerpos legales y específicamente en la sustantiva (por ser la que ofrecimos analizar) no se regula el requerimiento penal que se verifica en los delitos de estafa, administración fraudulenta, apropiación y retención indebidas, o apropiación irregular como se hace en nuestra legislación penal (sustantiva); pero sí se regula en el Código Procesal Penal de Guatemala, como lo hemos visto, la querrela o sea la Acción Penal que se ejerce para perseguir cualquier delito de Acción Pública, cumpliendo con las formalidades y requisitos establecidos, condiciones que varían en cuanto a aquellos en que se toma en cuenta el parentes-

co para verificarla, o tener que ser connacional del extranjero que la interpone, o bien cuando la calumnia o injuria se ha cometido en juicio contra una de las partes intervinientes en el proceso, que es necesario adjuntar a la querrela la venia o autorización del juez respectivo, para que surta sus efectos.

C O N C L U S I O N E S

1a. Cuando se cumple por el requerido la condición exigida a través del requerimiento, o sea, cuando se devuelve la cosa, se cumple el contrato, entregado la parte del tesoro o se ha resarcido el daño causado al agraviado se origina una excusa absolutoria (condicional) a favor del imputado; sin embargo, lo que ocurre verdaderamente es que se extingue la potestad para ejercer la acción penal por el ofendido y la ejecución de la pena por el Estado; es decir, realmente lo que se extingue es la potestad defensiva del Estado (defensa social), pues ésta abdica la facultad de perseguir el delito o al delincuente.

2a. El requerimiento como instituto jurídico procesal necesita regulación en cuanto al procedimiento de verificarlo, en cuanto a la prescripción, etc., puesto que así como se ha establecido, algunos opinan que al no haber reglas procesales penales deben de regir las procesales civiles; pero entonces llegamos al absurdo de querer aplicar normas procesales civiles a una

cuestión netamente penal; y no debemos olvidar que cuando hay lagunas procesales penales si podemos remitirnos a las civiles porque así se ordena por la ley adjetiva penal, pero nunca la ley sustantiva penal ha dado lugar a la aplicación de tal principio, es decir que el Código Penal en sus disposiciones nunca se ha remitido a la aplicación de normas contenidas en el Código de Procedimientos Civiles, si acaso es sustantivo.

3a. Cuando no se puede llevar adelante el requerimiento por cualquier motivo, algunos han propuesto que al haber ausencia de clarada del imputado o requerido se le nombre un curador para poder remover el obstáculo por el ofendido y ejercer la acción penal; sin embargo, yo replico que en tales casos estamos siempre en que no es personal (salvo, claro el emplazamiento en lo civil), absurdo que se dijo en el número anterior, o sea, la aplicación de normas procesales civiles; por lo tanto, yo propondría que se reforme o se adicione el Art. 247 Pn. en el sentido de que se dé por verificado en forma expresa por la ley, siempre y cuando las citas del requerido sean hechas en forma legal (cita personal), y una vez ejercitada la acción penal por el requiriente se le nombre un defensor de oficio en el mismo auto admitiendo la denuncia o acusación (Arto. 146 Pr. Pn.) pues con ello se evitaría, lo que se hizo ver en el desarrollo de este trabajo, que se

decretara la suspensión del procedimiento para mientras transcurre el término que la ley señala para la prescripción en los casos de reos ausentes; esto lo considero necesario para evitar la burla de las normas que sancionan los delitos que necesitan requerimiento previo para el ejercicio de la acción penal.

4a. Para hacer más explícita la disposición también debe reformarse en la parte pertinente y en lugar de decir el Art. 247 Pn. "ante el Juez de lo Penal" debe redactarse diciendo "ante el Juez de Primera Instancia que conoce en lo Penal", porque como indiqué antes no todos los jueces en los Distritos Judiciales del país tienen dividida su competencia en forma uniforme en cuanto a la materia, sino que a menudo tienen competencia mixta y es la Ley Orgánica del Poder Judicial la que se las determina; es decir, que no en todos los distritos judiciales del país existen jueces que conozcan solo del Ramo Penal.

5a. A pesar de que está demostrado que las reformas parciales nunca han dado un buen fruto o resultado, creo que no es justa la disposición porque en lo relativo a que el imputado solamente debe de cumplir o resarcir el daño causado al agraviado, debería por lo menos responder de las costas procesales y para ello sería necesario también reformar la disposición; ya que si bien no habría derecho a enriquecerse a causa de un delito cometido en el patrimonio de alguien, es bien cierto que para recuperar esa parte del patrimonio es necesario incurrir en una serie

de gastos que no son resarcidos así como se halla redactada la ley.

6a. El requerimiento debe de verificarse en el Juzgado que conoce del ramo penal y no constituirse el Juez en el lugar donde reside el indiciado, porque así se evita que el Juez abandone el Tribunal con detrimento de la pronta administración de justicia a que lo obliga la ley primaria (Art. 89 - 6a. C.P.) y secundaria (Art. 31-6a. L.O.P.J.); por lo demás al ordenar las disposiciones que se haga ante el Juez de lo Penal, creo que debe entenderse en el sentido de que el imputado ha de concurrir al Juzgado cuando el Juzgador se lo ordene y si no lo hace después de prevenírsele que será apremiado, ordenar su apremio (Art. 107 Pr. Pn.); dándole así eficaz cumplimiento a la potestad jurisdiccional penal, o sea, aplicando en esta forma plenamente el poder compulsivo de que está investido el Juez que conoce en el ramo penal.

7a. Hay que hacer notar que el requerimiento como requisito de procedibilidad o perseguibilidad es totalmente diferente al requerimiento que el Ministerio Público puede ejercitar al tener conocimiento de la comisión de un delito perseguible de oficio para que el Juez competente inicie la instrucción del correspondiente informativo.

8a. El requerimiento, necesario para después de verificado ejercer la acción penal, debe de ser personal; es decir, que no admite representación por parte del imputado para realizarlo, en virtud de que al momento de hacérsele saber el requerimiento incoado, sólo el imputado o requerido podrá estar conocedor de la situación por la cual se le requiere; por otra parte el representante no sabría que contestar por la falta de conocimiento de todos los actos de la vida de su representado y además para que el propio indiciado tenga oportunidad de conocer su situación al margen de la ley y rectifique si le es posible hacerlo.

9a. Por algunos se ha entendido que mientras no se haya verificado el requerimiento hay inexistencia del delito; ésto es totalmente falso, pues el delito ya existe con independencia de dicha condición, o sea que no es parte del tipo o delito la condición de perseguibilidad llamada requerimiento, luego son absurdos los fallos comentados.

10a. Como el requerimiento se hace ante el Juez competente de acuerdo a las reglas establecidas en el Art. 247 Pn. comentado, el requerido o imputado puede cumplir la condición consignando al Juzgado donde se le requirió el objeto de la reclamación o bien puede cumplir aquella en forma extrajudicial pero en este último caso, tendrá que probar en forma auténtica el imputado, que ya cumplió para que el Tribunal mande archivar las diligencias de requerimiento.

lla. Cuando haya transcurrido el término legal para resarcir el daño causado al agraviado, devuelto la cosa, etc. y el perjudicado en su patrimonio haya interpuesto la denuncia o acusación, el indiciado aún cuando cumpla con la condición ya no opera a su favor la excusa absolutoria o sea que el proceso iniciado ya no se puede detener y tendrá que concluirse con una resolución que ponga fin al mismo ya sea en forma anormal (sobreseimiento, etc.) o de manera normal (sentencia definitiva).

OPINION PERSONAL Y RECOMENDACIONES

Con lo que he expuesto hasta estas líneas y tomando en cuenta el medio social, económico y jurídico en que nos desenvolvemos los salvadoreños considero que el requisito de procedibilidad o perseguibilidad como obstáculo procesal que el ofendido o agraviado debe remover para efectivamente ejercer la acción a que le da derecho la legislación penal por haber sido sujeto pasivo de un delito de estafa o sus modalidades, administración fraudulenta, apropiación o retención indebidas, o apropiación irregular, debe mantenerse como instituto jurídico en la legislación referida, pues con él se ha acogido el clamor público de querer ante todo recuperar aquello que, a través de un engaño o ardid o ánimo de quedárselo como propia, ha desmedrado su patrimonio y consecuentemente olvidar la pena o sanción a que se ha-

bía hecho acreedora la persona que infringió la norma legal.

Por otra parte, considero que debe mantenerse la disposición tal como se ha redactado en el Código Penal, en cuanto no distingue a que clase de persona por el tipo de profesión, oficio o cargo que ejerza, sería de mejor aplicabilidad, como se ha sostenido por algunos, porque un tratamiento de tal manera vendría a desnaturalizar una consecuencia del cumplimiento de lo exigido con el requerimiento, cual es, el llamado derecho de perdón, ya que entonces éste sería operante sólo para determinada clase de personas o delincuentes y lo relevante, en todo caso, es el arrepentimiento eficaz del sujeto activo del delito, no el resarcimiento del daño causado.

Ese arrepentimiento de que hablo no es más que la oportunidad para que cada quien rectifique su actitud si se ha puesto al margen de la ley penal cometiendo cualesquiera de los delitos antes mencionados; además los delitos dichos se pueden cometer por el que ejercita, como por el que no, una determinada profesión, oficio o cargo.

RECOMIENDO si, para evitar problemas en la práctica judicial y burlas a la disposición legal, que se haga lo siguiente:

a) Que se reforme el Art. 247 Pn. sustituyendo la oración "ante el Juez de lo Penal" por "ante el Juez de Primera Instancia que conozca del Ramo Penal".

b) Que se regule en la legislación procesal penal lo relativo a la forma de proceder por el Juez al verificar el requerimiento, valor probatorio y prescripción.

c) Que se ordene en el Código Procesal Penal, que si el requerido no comparece a las citas que legalmente se le hagan y se decreta su apremio por tal negativa, se entable la acción penal nombrándosele un defensor de oficio en todos los casos, en el mismo auto que admite la denuncia o acusación para evitar que en el proceso por haber reo ausente se ordene, después de agotar la investigación, enviarlo a que transcurra el término de la prescripción.

d) Que expresamente se manifieste en el Código Procesal Penal, para evitar dudas por la interpretación que hasta la fecha se hace, que el requerimiento debe de ser personalmente verificado al requerido, o sea, no admitir representación por parte del imputado. Aunque realmente la redacción lo establece así.-

BIBLIOGRAFIA

- ARRIETA GALLEGOS MANUEL Lecciones de Derecho Penal, El Nuevo C. Pn. Salvadoreño. (Comentarios a la parte general).
- CLARIA OLMEDO JORGE A. Derecho Procesal Penal, Argentina.
- COLIN SANCHEZ GUILLERMO Derecho Mexicano de Procedimientos Penales.
- COUTURE EDUARDO J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil.
- CUELLO CALON EUGENIO Derecho Penal (Parte Especial).
- FONTAN BALESTRA C. Tratado de Derecho Procesal Penal.
- FLORIAN EUGENIO Elementos de Derecho Procesal Penal.
- JIMENEZ DE ASUA LUIS La Ley y el Delito.
- LEONE GEOVANNI Tratado de Derecho Procesal Penal.
- COMISION REDACTORA DEL PROYECTO. EXPOSICION DE MOTIVOS DEL PROYECTO DE CODIGO PENAL SALVADOREÑO.
- LEY DE NOTARIADO DE EL SALVADOR.
- LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL DE EL SALVADOR
- CODIGO CIVIL DE EL SALVADOR.

CODIGO PENAL DE EL SALVADOR

CODIGO PENAL DE GUATEMALA

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE GUATEMALA

CODIGO PENAL DE MEXICO

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE MEXICO

CONSTITUCION POLITICA DE EL SALVADOR.