

315.04
C 3552
1969
F. Ques.
Ej. 3

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

*La Alevosía en la Legislación
Penal Salvadoreña*

TESIS DOCTORAL

presentada por

Rafael Arnoldo Castro

Previa la opción del título de

Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales

Noviembre de 1969

San Salvador

El Salvador

Centro América





UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Dr. José María Méndez

Rector

Dr. José Ricardo Martínez

Secretario General

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dr. René Fortín Magaña

Decano

Dr. Fabio Hércules Pineda

Secretario

Handwritten: 5-I/10/30081

EXAMEN PRIVADO SOBRE CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y
LEGISLACION LABORAL.

Presidente: Dr. Luis Ernesto Arévalo
Primer Vocal: Dr. Carlos Rodríguez
Segundo Vocal: Dr. Pablo Mauricio Alvergue

EXAMEN PRIVADO SOBRE MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCAN
TILES.

Presidente: Dr. Manuel René Villacorta
Primer Vocal: Dr. Jorge Alberto Barriere
Segundo Vocal: Dr. Manuel Arrieta Gallegos

EXAMEN PRIVADO SOBRE MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINIS
TRATIVAS.

Presidente: Dr. Ulises Ayala Pino
Primer Vocal: Dr. José Ernesto Criollo
Segundo Vocal: Dr. Armando Interiano

Octubre 2 de 1969.

Sr.
Decano de la Facultad de Jurisprudencia
y Ciencias Sociales,
Dr. René Fortín Magaña,
Presente. -

De la manera más atenta me dirijo a usted para poner en su conocimiento, de que he dado asesoría al Br. Rafael Arnoldo Castro, en la elaboración de su tesis, con el tema "La Alevosía en la Legislación Penal Salvadoreña".

El Br. Castro ha desarrollado su tesis, en forma satisfactoria y amplia, la cual he revisado dándole por este medio mi - aprobación.

En consecuencia, comunico a usted lo anterior a efecto de que se nombre el Tribunal calificador de tesis.

No omito manifestarle, que en la tesis dicha, - se ha tomado en consideración mis indicaciones, especialmente en lo que concierne a la investigación sobre jurisprudencia nacional lo cual es de suma importancia para posteriores trabajos.

Atentamente,

José Enrique Silva.
Jefe del Departamento
de Derecho Penal.

En el Decanato de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales: San Salvador, a las nueve horas treinta minutos del día veinticuatro de octubre de mil novecientos sesenta y nueve.- Reunidos los suscritos miembros del jurado para calificar la tesis doctoral presentada por el bachiller RAFAEL ARNOLDO CASTRO, intitulada "LA ALEVOSIA EN LA LEGISLACION PENAL SALVADOREÑA" - por UNANIMIDAD de votos acuerda: a) aprobar el trabajo sometido a su consideración; y b) considerar al alumno capaz de defenderla, después de haberlo sometido al examen que prescribe el Reglamento respectivo. No habiendo más que hacer constar se termina esta acta que firmamos.-

JOSE ERNESTO CRIOLLO
PRESIDENTE

MAURICIO ROBERTO CALDERON
PRIMER VOCAL

VICTOR MANUEL GOMAR
SEGUNDO VOCAL

"... ten siempre presente, que sólo se salvan los que tienen confianza en su propia fuerza y saben batallar; que sólo perduran y se engrandecen, aquéllos que nutren su entusiasmo y vigorizan sus aspiraciones, con el hálito sincero de su fé, de su amor y de su perseverancia".

José Armando Castro, mi padre.

M I S E N T I R

CONFIESO CON TODA SINCERIDAD QUE MI PASO POR ESA ESCUELA, AMIGA Y COMPAÑERA DE SIEMPRE, PARA QUIEN HAGO CONSTAR MI AGRADECIMIENTO POR SU AYUDA Y EMPEÑO POR HACERME INTELECTUALMENTE CAPAZ, FUE OPACO Y ACASO SIN LUZ Y LAS CIRCUNSTANCIAS? MUCHAS, PERO..... VALEDERAS SOLAMENTE PARA MI EGO. DOLOROSA VERDAD QUE LLEVARE EN LO MAS ESCONDIDO DE MI SER Y QUE TALVEZ CON EL CORRER DEL TIEMPO CON LA AYUDA DE DIOS Y DE LA VIVENCIA, DESAPAREZCA ESTA IGNORANCIA CONSCIENTE QUE HOY ACUSO.

PODRIA CONSIDERARME SATISFECHO SI ESTA PEQUEÑA -- APORTACION QUE HAGO A MI MADRE CULTURAL, LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR Y ESPECIALMENTE A LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES, FUERA ALGUNA VEZ CONSULTADO POR MIS HERMANOS QUE HOY USUFRUCTUAN SU BONDADOSA SABIDURIA Y LOS QUE LUCHAN PORQUE MAÑANA LOS ACOJA EN SU SENO.

LO SENCILLO DE ESTE TRABAJO ES PRODUCTO DE LAS DEFICIENCIAS INHERENTES A MI IMPREPARACION SOBRE LA MATERIA, POR ELLO, HE CONSIDERADO QUE HABIENDO EN NUESTRO MEDIO, PROFUNDOS CONOCEDORES DE LA DISCIPLINA, PUEDEN ENRIQUECER BRILLANTEMENTE LA BIBLIOGRAFIA, PARA GLORIA DE LA PATRIA Y ALIMENTO ESPIRITUAL PARA ELLOS.

R. A. C.

***** D E D I C A T O R I A *****

Para JOSE ARMANDO CASTRO, mi padre:

el hombre que supo inspirarme en los momentos
difíciles de mi vida, con voz de aliento y espe-
ranza.

Para VICTORIA RIVAS DE CASTRO, mi madre:

mujer con temple de acero, que me hizo hombre,

Para JOSE LEOISICK, JUDITH AMANDA, LUIS, SOY -
AMERICA, ENA MIRIAM, DINA AMERICA, CONAN
CANOVA, ALBA ARELY, ALMA VERANICE Y JOSE -
CIPRIANO, mis hermanos.

copartícipes, todos de mis alegrías, tristezas y
triunfos.

Para MARIA ESPERANZA MELENDEZ: mi eterno agrade-
cimiento.

I N D I C E G E N E R A L

	PAG.
CAP. I.- GENERALIDADES Y ANTECEDENTE HISTORICO.....	1
1 Generalidades.....	1
2 Origen y Etimología de la Alevosía.....	2
3 Reseña Histórica.....	2
El Fuero Real.....	3
Las Partidas.....	4
El Ordenamiento de Alcalá.....	6
Código Penal español de 1822.....	7
Código Penal español de 1848.....	8
Código Penal español de 1870.....	9
4 Evolución Histórica de la alevosía en el Código Penal Salvadoreño.....	10
Código Penal Salvadoreño de 1826.....	10
Código Penal Salvadoreño de 1859.....	14
Código Penal Salvadoreño de 1881.....	16
Código Penal Salvadoreño de 1904.....	18
Reformas posteriores.....	18
CAP. II.- CONCEPTO, NATURALEZA, FUNDAMENTO, EFECTOS Y ELEMENTO INTENCIONAL DE LA ALEVOSIA.....	28
5 Concepto doctrinario y legal.....	28
Consecuencias.....	28
6 Naturaleza.....	31
Criterio Subjetivo.....	32
Criterio Objetivo.....	34
Criterio Subjetivo-Objetivo.....	36
7 Fundamento.....	37
8 Efectos.....	38
Como circunstancia cualificativa.....	38
Como circunstancia agravante específica.....	38
Como circunstancia agravante genérica.....	39
9 Elemento intencional de la alevosía.....	40
El error de hecho.....	40
La codelincuencia.....	41
Los encubridores.....	42
CAP. III.- APLICACION DE LA ALEVOSIA.....	44
10 Ambito de aplicación.....	44
Parricidio.....	45
El Asesinato.....	46
Homicidio en riña Tumultuaria.....	47
El auxilio o inducción al suicidio y homicidio con consentimiento de la víctima.....	47
Infanticidio.....	48
El Aborto.....	48
Lesiones.....	49

11 Otros delitos.....	54
Latrocinio y robo con lesiones.....	54
Adulterio.....	55
Violación.....	56
CAP. IV.- RELACION DE LA ALEVOSIA CON OTRAS AGRAVANTES....	58
12 Relación con la agravante precio, recompensa, prome sa.....	58
13 Relación con las agravantes de estrago y veneno.....	61
14 Relación con la agravante de la premeditación.....	63
15 Relación con las agravantes de astucia, fraude y dis- fraz.....	65
16 Relación con la agravante de abuso de superioridad. ...	67
17 Relación con la agravante de abuso de confianza.....	68
18 Relación con la agravante de prevalerse del carácter pú- blico que tenga el culpable.....	70
19 Relación con la agravante de auxilio de gente armada ..	71
20 Relación con la agravante de Nocturnidad y Despoblado	73
21 Relación con la agravante de escalamiento y fractura ..	76
CAP. V.- JURISPRUDENCIA SALVADOREÑA.....	78
22 Doctrinas sustentadas por los Tribunales de la República	78
Atacar la víctima por la espalda.....	78
Aprovechamiento de los medios, modos o formas.....	87
Ataque a la víctima cuando está dormida.....	92
Concurrencia de la alevosía con otras agravantes.....	96
Ataque súbito y repentino.....	101
La alevosía debe ser plenamente probada en el proceso ..	103
Diversos casos de indefensión.....	106
Conclusiones.....	116
Bibliografía.....	120

CAPITULO I

GENERALIDADES Y ANTECEDENTES HISTORICOS

SUMARIO

1.- Generalidades. 2.- Origen y Etimología de la Alevosía. 3.- Reseña Histórica. 4.- Evolución Histórica de la Alevosía en el Código Penal Salvadoreño.

1.- GENERALIDADES. El hombre, el único ser que puede modificar el ambiente en que vive, sujeto pensante, que actúa en las mutaciones de la sociedad y que ha fomentado a través de su historia como valores primarios: la nobleza, la lealtad y la franqueza; la negativa de esos valores sociales de primer orden, lo constituye la alevosía, que más que una simple circunstancia agravante, es la expresión definidora del individuo que oculta su intención para sus semejantes y que cobardemente busca, de propósito o se aprovecha del momento que su víctima está desprevenida o indefensa, para asegurar la ejecución de su obra delictuosa, evitando o poniéndose a cubierto de todo riesgo o peligro que pueda proceder de la defensa que por natural inclinación tiende siempre hacer el que se ve agredido.

La repulsa que tal conducta provoca al exteriorizar su especial perversidad, explica por sí sola la universalidad de la alevosía, ya que la mayoría de códigos penales, con raras excepciones, consideran a la alevosía; unos como cualificativa del asesinato: Francia, Colombia-Bolivia, Haití, República Dominicana; otros como circunstancia agravante: Venezuela y Portugal; como circunstancia agravante y cualificativa del asesinato: Chile, Nicaragua, Honduras, Costa Rica, Cuba, Guatemala, El Salvador; y los que la consideran como agravante del Homicidio: Argentina, "Austria", (1) etc.

Es indiscutible la alevosía como causa que agrava la responsabilidad penal, y como dice Jorge Zapata Medina, "consistente sustancialmente en un modo o forma de ejecución de ciertos delitos contra las personas, cuyo concepto, otro-

(1) Citado por Cuello Calón: Derecho Penal (Parte Especial)
Barcelona, Bosch, 1946, T.II, Pág. 411, Nota 8.

ra comprendido con el delito de traición o de Lesa Majestad, es tan difícil de de-
sentrañar como execrable u odiosa en su concurrencia." (2)

2.- ORIGEN Y ETIMOLOGIA DE LA ALEVOSIA.- Nos despierta curiosidad el ori-
gen de la Alevosía, tomando en cuenta que algunos autores le atribuyen su ori-
gen español y otros germánico,

El Diccionario de la Lengua Española, a páginas 59, nos despeja la du-
da al establecer que la voz se deriva del gótico "levian", hacer traición; anglosa-
jón "leava", traidor: de donde concluimos que su origen es germánico y no espa-
ñol. (3)

Del Derecho germánico pasó directamente al español, a donde se fue for-
jando el vocablo al paso de los siglos, mediante un proceso formativo del concep-
to separándolo del delito de traición, hasta quedar enmarcado en su propio conte-
nido, adquiriendo su verdadero significado.

3.- RESEÑA HISTORICA.- El Derecho romano no conoció el concepto de alevosía,
en cuanto que para llegar a él se requiere según Quintano Ripolles, "un clima ide-
ológico propio a la espiritualización del elemento de culpabilidad en un clima de -
valorizaciones morales y sociales más definidas y humanas." (3') Tales condicio-
nes tuvieron su campo fértil en la edad media, en la que se instauró un régimen -
social, que si no respondió a un ideal de justicia, estaba por lo menos de acuer-
do al conformismo, en el que se consideraba el sacrificio como una virtud recom-
pensada en la vida eterna, y la desgracia como leyes inmutables del destino; cada
hombre pertenecía a un estrato social en el que Dios lo había colocado por su na-
cimiento.

Las primeras referencias que tenemos sobre la alevosía datan de la época
de los Fueros Municipales de España, de fines del siglo X y siguientes, hasta el -
siglo XIII inclusive.

CESAR CAMAGO HERNANDEZ, en sus investigaciones ha encontrado en -
ellos disposiciones que se refieren a la alevosía y después de un estudio compa-
rativo de los Fueros de ALBA DE TORMES, de CUENCA, de LORCA, de LLANES, de
MADRID, de MOLINA, de SALAMANCA, de TORRUEL, de USAGRE, de VERVIESCA -

(2) Jorge Zapata Medina, Jurisprudencia sobre la Alevosía 1966
Editora Jurídica de Chile, Pág No. 1

(3) Diccionario de la Lengua Española XVIIa. edición 1956 Pág. 59

(3') Antonio Quintano Ripolles, Compendio de Derecho Penal, Editorial Revista -
de Derecho Privado. Madrid 1958 - Vol. 1 Pág. 311.

(Brivesca), de ZAMORA, y de ZORITA DE LOS CANES, llega a la conclusión de que los términos alevosía y traición son equivalentes, "ya que las expresiones traidor y alevoso se emplean conjuntamente y cuando son usadas separadamente es con un mismo significado excepto en el caso de que se haga referencia al que obra sobre seguro, en el que solamente se emplea la de alevoso" (4).

No se advertía diferencia en ningún aspecto entre la traición propiamente dicha y el obrar a traición, no obstante que se penaban hechos constitutivos del delito de Lesa Majestad, por una parte, y también se penaban otros cometidos alevosamente o a traición. La nota característica de estos últimos citados, en algunos casos, es la infidelidad o el aprovecharse de la situación de confianza en que la víctima se halla.

Veamos para mayor claridad unos ejemplos: la víctima es convidada a co-
mer en casa del victimario o viaja con éste; el que mata a sus parientes en la lí--
nea recta y colateral en segundo grado; y yacer con mujer ajena. En otros casos, lo característico es el quebrantamiento de un compromiso u obligación con el objeto de coger desprevenido a la víctima, así: "como cuando son dados fiadores de salvo o se estipula una tregua; el que le da muerte a otro después de haberle salu-
dado." (5)

La alevosía como dejamos indicado, tenía el significado de traición y a decir de ZAPATA MEDINA, que sigue a CAMARGO HERNANDEZ como la sombra a la imagen, significa además el obrar sobre seguro, supuesto, "que incorpora al con-
cepto de alevosía no en el siglo XIX como se ha sostenido por algún autor, sino en el XIII" (1271, fecha del Fuero Lorca). (6)

EL FUERO REAL. 1254, dado como Fuero Municipal a varias regiones por el Rey Sabio, quien indirectamente da comienzo a su obra de unificación legal. --
"Fuero Real. -- Libro IV. Título XVII. Ley II. Homicidio. El que matare a otro a --
traición o con alevosía, sea arrastrado y después ahorcado; y el Rey haya todos los bienes del traidor y la mitad de los del alevoso, siendo la otra mitad para los herederos del mismo." (7). En esta disposición notamos, una distinción entre la traición y la alevosía; para el primero o sea el traidor, la pena consistía en ser

(4) César Camargo Hernández, Alevosía, Bosch, Casa Editorial. Urgel 51 bis--
Barcelona - Pág. 12

(5) Ejemplos tomados de las obras de Camargo Hernández, Pág. 12 y Zapata Me-
dina. Pág. 6, obras citadas.

(6) Camargo Hernández. Obra citada. Pág.13 .- Fecha tomada de obra de Zapa-
ta Medina. Obra citada, Pág. 7.

arrastrado, ahorcado, y se le confiscaban todos sus bienes; para el segundo o sea el alevoso, era condenado a ser arrastrado y ahorcado, se le confiscaban la mitad de sus bienes y la otra mitad pasaba a sus herederos.

La distinción se concreta a la penalidad.

LAS PARTIDAS. Con éstas se da un gran avance en la delimitación del concepto de alevosía; especial interés nos revelan las disposiciones siguientes: Partida VII, Título II, Ley I. Traición es la más vil cosa et la peor que puede caer en corazón del home: et nascen della tres cosas que son contrarias a la lealtad, en son estas: tuerto, et mentira, et vileza. ...et traición tanto quiere decir como traer un home a otro so semejanza de bien a mal: et es maldat que tira así la lealtad del corazón del home et caen los homes en yerro de trayción en muchas maneras. segund demuestran los sabios antiguos, que ficieron las leyes. La primera, e la mayor, e la que mas fuertemente deue ser escarmentada es, si se trabaja algund ome de muerte de su Rey, o de facerle perder en vida la honrra de su dignidad, trabajandose con enemiga que sea otro Rey o que su señor sea desapoderado del Reyno. La segunda manera es, si alguno se pone con los enemigos por guerrear, o facer mal al Rey, o al Reyno, o les ayuda de fecho, o de consejo: o les embia carta o mandado porque los apercibia de alguna cosa contra el Rey, e a daño de la tierra. La tercera es, si alguno se trabajasse de fecho, o de consejo, que alguna tierra, o gente que obedesciese a su Rey se alcasse contra el, o que le non obedesciese también como solia. la quarta es, quando algund Rey o Señor de alguna tierra que es fuera de su señorío quisiere al Rey dar la tierra donde es señor, e obedescerlo dandole parias, e tributo: e alguno de su señorío lo estorua de fecho o de consejo. La quinta es, quando el que tiene castillo, o otra fortaleza por el Rey, se alcacon aquel lugar, o lo da a los enemigos, o lo pierde por su culpa, o por algund engaño, que le facen, e esse mismo yerro faria el rico ome, o cauallero, o otro cualquier, que basteciese con vianda, o con armas, algund lugar fuerte para guerrear contra el Rey, o contra la pro comunal de la tierra; o si traxesse otra cibdad, o villa, o castillo, maguer non lo tuuiesse por el. La sesta es, si alguno desam

parasse al Rey, en batalla, o se fuesse a los enemigos, o a otra parte: o se fuesse de la hueste en otra manera sin su mandado, ante del tiempo que deuia seruir, o derranochase, o comancasse a lidiar con los enemigos engañosamente, sin mandado del Rey, o sin su sabiduria, porque los enemigos le fiziessen arrebatat, o le fiziessen algund daño, o alguna deshonrra estando el rey asegurado, o si descubriessse a los enemigos los secretos del rey en daño del. La setena es si alguno fiziesse bollicio, o aleuamtamiento en el reyno, faciend juras, o cofradias de caualleros, o de villas contra el Rey, de que nasciesse, a el, o a la tierra. La octaua es, si alguno matasse alguno de los adelantados mayores del rey, o de los consejeros honrrados del Rey, o de los caualleros que son establecidos para guardar su cuerpo, o de los judgadores que han poder de judgar por su mandado en su corte. La nouena es, quando el Rey assegura algund ome señaladamente, o a la gente de algund lugar, o, de alguna tierra, de alguna cosa: e otros de su señorío quebrantan aquella seguranca quel dio matando o firiendo, o deshonrrandolos contra su defendimiento, fueran ende si lo ouiessen fecho a miedos tornando sobre si o sobre sus cosas. La dezena es, quando algunos omes dan por rehenes al Rey, e alguno los mata todos o alguno dellos, o los face fuyr, La onzena es, quando algun ome es acusado, o reptado sobre fecho de traycion, e otro alguno le suelta o le aguisa -- porque se vaya. La dozena es, si el Rey tira el oficio a algun adelantado o a otro oficial de los mayores, e establece a otro en su lugar, e el primero es tan rebelde que non dexa el oficio, o las fortalezas, con las cosas que le pertenecen, nin quiere rescebir al otro en el por mandado del rey. La trezena es, quando alguno quebranta, o fiere, o derriba maliciosamente alguna ymagen que fue fecha, e ende recada en algund lugar, por honrra o por semejanca del rey. La quatorzena es, -- quando alguno face falsa moneda. o falsa los sellos del rey. Et sobre todo dezimos que quando alguno de los yerros sobredichos es fecho contra el rey, o contra su señorío o contra pro comunal de la tierra, es propriamente llamada traición: et quando es fecha contra otros homes es llamada aleve, segund fuero de España." (8)

(8) Camargo Hernández - Obra citada - Págs. 15, 16 y 17.

En la ley citada encontramos un criterio de distinción entre la traición y la alevosía; enumera los casos que constituían delito contra la majestad, denominados traición cuando se falta a la lealtad debida al Rey, su señorío o el bien común de la tierra (la Patria) y alevosía cuando se rompe esa lealtad entre otros - hombres.

"Título VIII, Ley XV. A tuerto matando un home a otro, si el matador fuere caballero u otro fidalgo, debe seer desterrado; et si non hobiese de los parientes que suben o descendan por la liña derecha del fasta el tercero grado deber seer todos sus bienes de la camara del Rey.

... Más si el matador fuese de vil lugar, debe morir por ende, et sus bienes deben lod haber los parientes que han derecho de los heredar... et esto es segun el repartimiento de las leyes antiguas de los emperadores: mas segun el fuero de España, todo home que matare a otro a tricion o a aleve, quier sea caballero o otro home, debe morir por ende, segun diximos de suso en el titulo de las trayciones." (9)

Nos llama poderosamente la atención en esta ley, el principio de igualdad que consagra al colocar en fiel de la balanza penal, tanto a caballeros como a cualquier hombre; de sobra es conocida la existente desigualdad imperante en aquella época, tanto desde el punto de la penalidad como de la protección penal.

"Título XXVII, Ley III. Asesinos son llamados una manera que hay de homes desesperados et malos, que matan a los homes a traicion, de guisa que se non pueden dellos guardar...." (10)

Con ésta aparece por primera vez la palabra "asesino", con que se denominan a los que matan alevosamente.

EL ORDENAMIENTO DE ALCALA. (1438). Dispone el ordenamiento de Alcalá en el Título XXII, Ley I, que: "El que con asechanza, consejo o premeditación hiera a otro, muera por ello; aunque el herido no muera de la herida" (11). Introduce la figura de acecho. En la Novísima Recopilación, se encuentran reunidas las distintas formas de alevosía de que hemos hecho mención: la traición o aleve, con la di

(9), (10) Camargo Hernández - Obra citada - Págs. 17 y 18.

(11) Camargo Hernández - Obra citada - Págs. 18 y 19.

ferencia en cuanto a la pena y que consistía en confiscar todos los bienes del traidor y para el alevoso sólo la mitad; la muerte segura que aparece en la Novísima Recopilación, no es algo novedoso, como se deduce de la comparación de los textos del fuero de Lorca y de las leyes Recopiladas; el fuero mencionado que considera mata sobre seguro "quien no aya ante avido palabras feas, ni baraña ni contienda..." y Las Leyes Recopiladas "Toda muerte se dice segura, salvo aquella que fuere fecha en pelea, en guerra o en riña", en la Novísima Recopilación, aparece como forma nueva de muerte alevosa, al que mata o hiere con arcabuz o pistola, "Ley XII. Mandamos que qualquiera persona que matare o hiriere a otra con arcabuz o pistola, por el mismo caso sea habido por alevoso..." (12)

En el Código Penal español de 1822, aparece la alevosía con el carácter exclusivo de circunstancia cualificativa del asesinato, expresando en dicho texto, lo siguiente: "Art. 609. Son asesinos los que matan a otra persona, no sólo voluntariamente y con intención de matarla, sino también con alguna de las circunstancias siguientes: ... 3o. Con alevosía o a traición y sobre seguro; ya sorprendiendo descuidada, dormida, indefensa o desapercibida a la persona asesinada, ya llevándola con engaño o perfidia, o privándola antes de la razón, de las fuerzas, de las armas o de cualquier otro auxilio para facilitar el asesinato; ya empeñándola en una riña o pelea, provocada por el asesino, con ventaja conocida de parte de éste, o ya usando de cualquier otro artificio para cometer el delito con seguridad o sin riesgo del agresor; o para quitar la defensa al acometido."

El citado código no se aleja del concepto tradicional de obrar a traición y sobre seguro; pero la muerte segura aquí, no forma parte como un caso más de traición, sino que, la circunscribe y delimita y pasa el obrar sobre seguro, a ocupar un papel principal. Los casos que se mencionan en el artículo antes dicho son de aseguramiento y aún más, prevee la posibilidad de otros casos que puedan darse al estatuir en la parte final del número 3 del artículo transcrito: "ya usando de cualquier otro artificio para cometer el delito con seguridad". Separada

(12) César Camargo Hernández, Obra citada, Pág. 13.

mente de la alevosía y bajo el número 2 del Art. 609 aparece el acecho regulado de la manera siguiente: "2o. Con previa acechanza, ya aguardando a la persona asesinada, o a la tenida en lugar suyo, en uno o más sitios para darle muerte, - ya observando la acción oportuna para embestirle; ya poniéndole espías o algún tropiezo o embarazo para facilitar la ejecución; ya buscando auxiliadores para el mismo fin; o ya empleando de antemano cualquier otro medio insidioso para sorprender a dicha persona y consumir el delito". Noción de acecho, a decir de Jorge Zapata Medina. "corresponde, eso sí que amplificada al guet-apens previsto en el artículo 298 del Código francés de 1810 (El acecho consiste en esperar más o menos tiempo, en uno o diversos lugares, a un individuo, sea para darle muerte, sea para ejecutar sobre él actos de violencia), y también al "aguato" del Código Sardo de 1859, concebido en los mismos términos que el "guet-apens"." (13)

La alevosía con su carácter exclusivo de circunstancia cualificativa del asesinato en el código de 1822, limita su campo de aplicación a esa figura delictiva e impide su aplicabilidad a otras que les sería aplicable; limita también su contenido, al considerar la acechanza como otra circunstancia cualificativa del asesinato independiente de la alevosía, separando del contenido de la misma un número de hechos que actualmente se consideran alevosos.

En el Código español de 1848, se abandona el criterio casuístico de considerar por separado las figuras del acecho con la alevosía y aparece entre las circunstancias genéricas de agravación; en el número segundo del Art. 10, considerando como circunstancia agravante el "ejecutar el hecho con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición y sobre seguro".

Al definir la alevosía como el obrar a traición y sobre seguro, dio lugar a grandes confusiones. Los Tribunales pronunciaron sentencias contradictorias, producto de las disputas doctrinarias que los inspiraron.

(13) Jorge Zapata Medina. Obra citada, Pág. 9. Guet-apens, que podría traducirse, según Eduardo Novoa Monreal, "por celada - a parte de la traición. En el Código Italiano el término más amplio de medios insidiosos". Curso de Derecho Penal Chileno, Pág. 51 Tomo II. Edit. Jurídica de Chile 1966.

Se establecen dos criterios bien definidos: El Histórico y el Gramatical. El primero, seguido por Groizard, entre otros, el obrar sobre seguro es un nuevo caso de traición que debe agregarse a los catorce enumerados por las Partidas, por lo que, no obstante la conjunción copulativa "y" empleada entre las palabras traición "sobre seguro", se da la circunstancia agravante con sólo la concurrencia de cualquiera de estos elementos. El segundo criterio, el de la interpretación gramatical, consideraba necesaria la concurrencia de ambas circunstancias, es decir, el hecho debía ejecutarse a traición y además sobre seguro.

Con la reforma de 1850 se termina la confusión interpretativa de la agravante al sustituir la conjunción copulativa "y" por la disyuntiva "o".

El Código de 1870 revolucionó el concepto de alevosía rompiendo el criterio tradicional y dio una nueva definición de esta circunstancia de agravación, en el número segundo del Art. 10 que disponía, que es circunstancia agravante: "Ejecutar el hecho con alevosía".

"Hay alevosía, cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas, empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona, que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido" (14). Este es el adoptado por el Código salvadoreño de 1904 vigente.

Aparece en 1875 un Código Penal con vigencia durante poco tiempo y - aplicado en los territorios ocupados por las tropas de "Don Carlos de Borbón durante la segunda guerra carlista" (15); éste define la alevosía como el Código de 1848, del que es copia. En 1928 aparece un nuevo Código en España que la define en el número lo. del Art. 66 de la siguiente manera: "Ejecutar el hecho con alevosía; entendiéndose que la hay cuando se obra a traición, sobre seguro, o cuan-

(14) La primitiva redacción del Código de 1870 decía efectuar, no ejecutar, sustitución que se verificó en la modificación que se introdujo, en este número del Art. 10, por Decreto de lo. de Enero de 1871 - Camargo Hernández, -- Obra citada, Pág. 25.

(15) César Camargo Hernández - Obra citada - Pág. 25.

do dadas las condiciones personales del agresor y agredido, o las circunstancias del hecho, o los medios de ejecución empleados, se dificulte y debilita la defensa". Definición que restaura temporalmente la expresión de "a traición y sobre seguro", por motivos de reverencia a la tradición, y no por consideraciones científicas. Fue criticada por cuanto era innecesaria la última parte, ya que cuando se debilita o dificulta la defensa, lo que ocurre es que se mata a traición, tomando en su verdadero sentido el término traición.

Luego, en el año de 1932, se reproduce la definición dada en el Código de 1870, con la variación de que en lugar de decir de delitos contra las personas, lo hace de delitos contra la vida y la integridad corporal; para luego volver a limitar la circunstancia a los delitos "contra las personas" en la refundición de 1944.

4.- EVOLUCION HISTORICA DE LA ALEVOSIA EN EL CODIGO PENAL SALVADOREÑO.

Nuestro primer cuerpo de leyes penales, fue decretado el 13 de abril de 1826, y apareció en el año de 1855 en la Recopilación de Leyes Patrias, del Presbítero, Doctor y Licenciado Don Isidro Menéndez. Para la elaboración de este Código se tomó de base el Código Penal español de 1822.

En nuestro Código Penal de 1826 aparece la Alevosía con el carácter de circunstancia cualificativa del asesinato y contemplada en el Art. 624 que estatuyó: "Son asesinos los que maten a otra persona, no solo voluntariamente con premeditación y con intención de matarla, sino también con alguna de las circunstancias siguientes: TERCERA. Con alevosía ó á traición y sobre seguro, ya sorprendiendo descuidada, dormida, indefensa ó desapercibida á la persona asesinada, ya llevándola con engaño ó perfidia, ó privándola antes de la razón, de las fuerzas, de las armas, ó de cualquiera otro auxilio para facilitar el asesinato, ya empeñándola en una riña ó pelea provocada por el asesino, con ventaja conocida de parte de éste, ó ya usando de cualquiera otro artificio para cometer el delito con seguridad ó sin riesgo del agresor, ó para quitar la defensa al acometido".

Como podemos ver, éste Código al igual que el español de 1822, no se aparta del concepto de obrar a traición y sobre seguro. Los distintos casos que enuncia la disposición que acabamos de transcribir, son de aseguramiento; tal afirmación nos la corrobora nuestro mismo legislador, que al igual que el español, pensando en la posibilidad de casos no previstos y que se pueden dar, cierra el numeral con "ya usando de cualquiera otro artificio para cometer el delito con seguridad o sin riesgo del agresor, ó para quitar la defensa al acometido".

Dejemos de una vez por todas establecido: que nuestro Código en comentario, hacía una perfecta diferenciación entre el delito de traición, propiamente dicho, y el obrar a traición o alevosamente. El delito de traición propiamente dicho, estaba regulado así:

"Art. 201. Cualquiera persona, de cualquiera clase y condición que sea, que conspirare directamente y de hecho a trastornar ó destruir ó alterar las Constituciones Políticas de la Nación ó del Estado, ó que se confundan en una sola persona ó cuerpo las potestades legislativa, ejecutiva y Judicial, ó á que se radiquen en otras corporaciones ó individuos, será perseguida como traidor, y condenada á muerte."

"Art. 202. Cualquiera que impidiere ó conspirare directamente y de hecho á impedir la celebración de la Asamblea Ordinaria ó Extraordinaria en las épocas y casos señalados por la Constitución, ó hiciere alguna tentativa para disolverlas ó embarazar sus sesiones y deliberaciones, es también traidor, y sufrirá la pena de muerte."

"Art. 203. Cualquiera que auxilie ó aconseje al Presidente del Estado, (el) en cualquiera tentativa para alguno de los actos expresados en los dos artículos precedentes, es también traidor, y sufrirá la pena de muerte."

"Art. 245. Cualquiera Salvadoreño que, en tiempo de guerra ó de hostilidades que una ó mas Naciones hagan á la República de Centro América, ó un Estado ó varios la hagan á éste, tomare las armas para servir en los ejércitos ó armadas de los enemigos, á ayudarles, y á hacer la guerra á la Nación ó al Estado, es traidor, y como tal sufrirá la pena de muerte."

"Art. 246. El Salvadoreño, que, por medio de emisarios ó de correspondencia ó de cualquiera otra intelijencia, intriga, ó maquinación con algunas potencias extranjeras, ú otros Estados, ó con sus ministros, ó agentes, procurare escitarlos, inducirlos, ó empeñarlos á emprender la guerra, ó cometer hostilidades al Estado y Nación, ó sus aliados, es también traidor y sufrirá la pena de muerte. - Sin embargo, si la escitación no hubiere llegado á surtir efecto alguno al tiempo del juicio, ni hubiere entónces peligro inmediato de que lo surta, será castigado al reo con la pena de deportación."

"Art. 247. Es igualmente traidor, y sufrirá la pena de muerte, el Salvadoreño que, por alguno de los medios espresados en el artículo precedente, comunicare á los enemigos del Estado ó Nación, ó á sus aliados (con el objeto de que hagan la guerra al Estado, Nación ó aliados, ó se aperciban para ella, ó la continuen mas ventajosamente) algun plan, instrucción, ó cualesquiera avisos ó noticias acerca de la situación política, económica, ó militar del Estado, República, ó de sus aliados, ó subministrare, procurare, ó facilitare á dichos enemigos recursos, auxilios, socorros, planes de fortificaciones, puertos, ó cualesquiera otros medios para los fines espresados. No se comprende en este artículo la correspondencia que tuviere un Salvadoreño con súbditos de una potencia, ó Estado enemigo, sin ninguno de los designios criminales que espresan el mismo artículo, y el que le precede; pero, sin embargo, si el resultado de esta correspondencia fuere el de subministrar á los enemigos algunas noticias perjudiciales al Estado, Nación ó sus aliados, sufrirá el que la tuviere una prisión de dos á ocho años, con privación de sus empleos y sueldos."

"Art. 248. También es traidor y sufrirá la pena de muerte el Salvadoreño que de hecho ó de consejo facilitare ó procurare facilitar á los enemigos la entrada de sus tropas en el territorio de esta República, del Estado, ó de sus aliados, ó promoviere ó hiciere por promover en igual forma los progresos de las armas enemigas contra las de la Nación, Estado, ó aliados de mar, ó tierra, ó entrega-

re, ó procurare de hecho ó de consejo que se entregue á los enemigos alguna ciudad, pueblo, plaza de armas, castillo, fortaleza, ó puesto fortificado, almacén, parque, puerto, escuadra, buque, ó fábrica de municiones, pertenecientes al Estado, Nación ó aliados."

"Art. 231. Todo el que conspirare directamente y de hecho para disolver la Legislatura del Estado, con el designio de matar a todos ó algunos de sus individuos, prenderlos ó maltratarlos de obra, es traidor, y sufrirá la pena de muerte."

"Art. 232. También es traidor, y sufrirá la pena de muerte, el que en -- igual forma conspirare directamente, y de hecho, contra la persona del Presidente del Estado."

Art. 233. El que conspirare directamente á deponer al Presidente del Estado, ó privarle de su legítima autoridad, ó despojarle de las facultades que le concede la Constitución, es igualmente traidor y sufrirá la pena de muerte."

"Art. 234. El que conspirare de la propia manera á usurpar y á abrogar se las facultades de alguna de las Supremas Autoridades del Estado, es también traidor y sufrirá la pena de muerte. Cualquiera persona, que, á presencia de alguno de los Supremos Poderes del Estado, les insultare á sabiendas con acción ó palabra injuriosa ú ofensiva, sufrirá la pena de ocho á catorce años de obras públicas. Si este delito se cometiere no siendo á presencia de los mismos Poderes ofendidos, sufrirá la pena de cinco á diez años de reclusión, siendo la injuria pública, con arreglo al capítulo lo. título 2o. de la segunda parte, y de uno á seis años si fuere privada. Si la injuria fuere cometida por medio de libelo infamatorio ó en sermones ó discurso al pueblo, pronunciado en sitio público, se aumentarán dos años de penas en los casos respectivos."

Reconocemos con gratitud el paso inicial de nuestros primeros legisladores al conceptuar la alevosía, separada perfectamente del delito de traición -- propiamente dicho; pero, no se nos escapa señalarles lo negativo de su obra, al considerar la alevosía como circunstancia cualificativa del asesinato, se limita su campo de aplicación y se deja por fuera a otras figuras delictivas, que les se

ría aplicable; así mismo puede decirse el contenido al considerar la acechanza - como circunstancia independiente y cualificativa del asesinato en el Art. 624, - circunstancia segunda, que dice: "SEGUNDA. Con previa acechanza, ya aguardando á la persona asesinada, ó á la tenida en lugar suyo, en uno ó mas sitios para darle la muerte, ya observando la ocasión oportuna para embestirla, ya poniéndole espías ó algun tropiezo ó embarazo para facilitar la ejecución, ya buscando auxiliadores para el mismo fin, ó ya empleando de antemano cualquiera otro medio insidioso para sorprender á dicha persona y consumir el delito." (16)

Esta sustrae del contenido de la alevosía todos los hechos que enumera y que actualmente son alevosos.

CODIGO PENAL DE 1859. - "El General Gerardo Barrios, Senador encargado de la Presidencia de la República, por decreto de veintitrés de agosto de mil ochocientos cincuentinueve, refrendado por el Ministro M. Irungaray." (17) El veintiocho de septiembre de 1859 se promulgó por el Presidente en ejercicio, General Barrios, el Código Penal de 1859, por el Decreto que a continuación copiamos: - "GERARDO BARRIOS, General de División y Senador Encargado del S. P.E. de la República del Salvador. POR CUANTO: Tomado en consideración el Código Penal presentado por la Comisión de Jurisconsultos, encargada de revisar las reformas introducidas en esta parte de la legislación por la Comisión primitiva, nombrada en virtud del Decreto de 4 de Febrero de 1858; y resultando del exámen de dicho Código, que satisface á las necesidades y condiciones sociales en que se hallan los Salvadoreños; POR TANTO: En uso de la Facultad que el citado Decreto confiere al Ejecutivo; DECRETA: Artículo Unico. - Los 487 artículos contenidos en los 14 títulos de que constan los tres libros del Código Penal que sigue, son las úni-

(16) Artículos tomados de la Recopilación de Leyes Patrias del Presbítero Dr. Isidro Menéndez - Código Penal 1826.

(17) Napoleón Rodríguez Ruiz, p., - Bibliografía Jurídica Salvadoreña. Pág. 70 de la Revista Trimestral de la Universidad de El Salvador - Año 74 - Enero-Junio No. 1 y 2 - 1959.

cas leyes vigentes en lo criminal que rigen en la República.- Dado en San Salvador, á veintiocho de Setiembre de mil ochocientos cincuenta y nueve, GERARDO BARRIOS. El Ministro General, MANUEL IRUNGARAY." (18)

En este Código se encuentra, en el Libro Primero, Título Primero, en el Capítulo Cuarto, Artículo 11, las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal y dice: "Son circunstancias agravantes: ...2a. Ejecutar el hecho con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra á traición o sobre seguro;"

La gran confusión que produjo el concepto de alevosía, en el español de 1848 que sirvió de base a nuestro Código Penal de 1859, no fue heredada por nuestra legislación al tomar el concepto de alevosía con la reforma introducida en el Código Penal español en el año 1850. No hubo necesidad de hacer la sustitución de la conjunción copulativa "y" por la disyutiva "o" del mencionado concepto y que fue la fórmula feliz que encontró el legislador Hispano, para poner término a sentencias contradictorias de sus Tribunales en hechos análogos. (Ver número 3 de este Capítulo en la parte correspondiente al comentario del Código de 1848).

Por lo demás, nuestro Código de 1859, considera la alevosía como circunstancia específica en el Art. 325 en relación al Art. 324, ambos pertenecientes al Título 8, Delitos contra las Personas -Capítulo I- Homicidio, que decían: "Art. 325. El que mate á otro y no esté comprendido en el artículo anterior, será castigado: lo. Con la pena de muerte, si lo ejecutare con alguna de las circunstancias siguientes: Primera. Con alevosía; Segunda. Por precio ó promesa remuneratoria; Tercera. Por medio de inundación, incendio o veneno; Cuarta. Con premeditación conocida; Quinta. Con ensañamiento, aumentando deliberadamente é inhumanamente el dolor del ofendido; 2o. Con la pena de reclusión temporal en cualquier otro caso.- Art. 324. El que mate á su padre, madre, hijo, sean legítimos, ó á cualquier otro de sus ascendientes ó descendientes legítimos, ó á su cónyuge, será castigado como parricida: lo. Con la pena de muerte, si con-

(18) Código Penal de 1859 - Impreso en Nueva York - Imprenta de Esteban - Hallet, No. 107 Calle de Fulton - 1860 - Pág. 2.

currieren las circunstancias enumeradas en el artículo siguiente; 2o. Con la pena de cadena si no concurriere ninguna de aquellas circunstancias."

Notamos, que la concurrencia de la alevosía en el Homicidio no produce el efecto de agravante cualificativa, pues no transforma el Homicidio de Asesinato. Parece que nuestro legislador se conformó con agravar la pena de reclusión temporal por la de muerte, cuando interviniera alevosía en la ejecución del hecho delictivo.

La pena de reclusión temporal era de 8 a 12 años de acuerdo al Art. 27, que por creerlo de vital importancia, lo transcribimos: "Las penas de cadena, - reclusión, relegación y extrañamiento temporales duran de ocho á doce años. - Las de presidio, prisión y confinamiento mayores duran de cinco á siete años. Las de inhabilitación absoluta é inhabilitación especial temporales duran de dos á seis años. Las de presidio, prisión y confinamiento menores duran de dos á cuatro años. Las de presidio y prisión correccionales y destierro de seis á veinte meses. La de sujeción a la vigilancia de la autoridad dura de seis meses á tres años. La de suspensión dura de dos meses á dos años. La de arresto mayor dura de dos á ocho meses. La de arresto menor dura de ocho a treinta días. La de caución durará el tiempo que determinen los tribunales. La multa supletoria como pena inmediatamente inferior á la última de todas las escalas graduales, - será de diez á cien pesos. Los plazos de días, meses y años de que se hace men- ción en este artículo se computarán con arreglo á lo dispuesto en el Código Ci- vil."

CODIGO PENAL DE 1881. - El origen de éste, lo encontramos en el siguiente - decreto: "EL SUPREMO PODER EJECUTIVO, En uso de las facultades que le con- ceden el Decreto de la Constituyente de 2 de marzo de 1880 y el de 28 de febre- ro del Cuerpo Legislativo del presente año. DECRETA: Artículo 1o.- Se decla- ra ley de la República el siguiente Código Penal compuesto de 541 artículos. Artículo 2o.- El presente Decreto se tendrá como promulgación legal de dicho - Código, que comenzará á ser obligatorio doce días contados desde la fecha de

su publicación.- Dado en el Palacio Nacional de San Salvador, á diez y nueve de diciembre de mil ochocientos ochenta y uno.- Rafael Zaldivar.- El Sub-Secretario Encargado del Despacho Relaciones, Justicia, &, Manuel Cáceres." (19)

En nuestro tercer Código Penal aparece la Alevosía concebida en la misma forma del español de 1870, el que rompe el criterio tradicional y da una nueva definición de esta circunstancia. Se considera como agravante genérica, aplicada solamente a los delitos contra las personas; se suprime la casuística del Código de 1826 y el acecho ya no se considera independiente de la alevosía. Por lo demás, aparece como circunstancia cualificativa del asesinato y como agravante específica.

Como circunstancia agravante genérica, produciendo sus efectos de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo 4o., Título de los Delitos y faltas y de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, la atenúan o la agravan, Art. 11 número segundo en el que se dispone que es circunstancia agravante: "Ejecutar el hecho con alevosía".

"Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando medios, modos o formas en la ejecución que tienda directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido."

Como circunstancia cualificativa del asesinato, la encontramos en el Capítulo Segundo, Título VIII, Art. 360 circunstancia primera en el que se establece que "Es asesino el homicidio ejecutado con premeditación y con alguna de las circunstancias siguientes: Primera: Con alevosía; "

Capítulo Octavo, referente al duelo aparece la alevosía en los Arts. 386 inc. primero y 388 numeral segundo. Dispone el primero: "Los padrinos de un duelo del que resultaren muerte ó lesiones, serán respectivamente castigados como autores de aquellos delitos con premeditación, si hubieren promovido el duelo ó usando cualquier género de alevosía en su ejecución ó en el arreglo de

(19) Copia fiel del Decreto, tomando del Código Penal de la edición de 1893 - Tipografía -La Luz- Calle de Morazán, 31, San Salvador.

sus condiciones." Dispone el segundo: "Se impondrán también las penas generales de este Código y además la de inhabilitación absoluta: 2o. Al combatiente que cometiere la alevosía de faltar á las condiciones concertadas por los padrinos."

CODIGO PENAL DE 1904.- Este Código reproduce en el número segundo del Art. 10, el concepto de alevosía dado en el anterior de 1881 en el Art. 11 número segundo.

Los Artículos, 355 circunstancia primera, 384 inciso primero y 386 numeral 2o., repiten lo establecido en los Arts. 360 circunstancia primera, 386 inciso primero y 388 numeral 2o. del Código de 1881, respectivamente. La única variación se reduce al cambio de números y no a lo preceptuado en ellos.

De este Código, en vigencia aún, se han hecho cinco ediciones: la original de 1904, la segunda de 1920, la tercera de 1926, la cuarta de 1947 y la última de 1967, que fue impresa en los Talleres de la Dirección General de Publicaciones del Ministerio de Educación.

REFORMAS POSTERIORES.- Para terminar este capítulo, nos referiremos a las reformas de algunos artículos del Código Penal, en virtud de las cuales se establecieron penas más severas para poner coto al auge que había tomado la criminalidad en toda la República; pero, específicamente al Art. 356 No. 8.

Aparejada a la inestabilidad política del país en los años de 1960-1961, apareció como epidemia, la ola de crímenes en los que se presentaban en la generalidad de los casos, como sujetos pasivos de la acción criminal, menores de doce años.

Las reformas están contenidas en el Decreto Ley, que literalmente dice:

"Decreto No. 439.- El Directorio Cívico Militar de El Salvador, Considerando:

I - Que para combatir el auge que ha tomado la criminalidad en la República se hace necesario reformar algunos artículos del Código Penal, estableciéndose penas más severas para los delitos que perturban ostensiblemente la tranquilidad social; y

II - Que como una medida de protección a la niñez deben castigarse con mayor efectividad los delitos cometidos en los menores de doce años de --

edad, los cuales por lo general, se encuentran en estado total de indefensión.

Por Tanto:

en uso de sus facultades legislativas que le confiere el Decreto No. 1 del 25 de enero del corriente año, publicado en el Diario Oficial No. 17, Tomo 190, de la misma fecha, y oída la opinión de la Corte Suprema de Justicia, Decreta, Sanciona y Promulga, las siguientes reformas al Código Penal:

Art. 1o.- Sustitúyase el No. 4 del Art. 354, por el siguiente:

4o. El que mata a su cónyuge, a su padre o madre adoptivo o a su hijo adoptivo.

Art. 2o.- El Art. 355 se reforma así:

Art. 355.- El parricidio será castigado:

1o. Con la pena de muerte en los casos de los números 1o. y 2o. del artículo anterior;

2o. Con la pena de muerte en los casos de los números 3o. y 4o. del mismo artículo, si concurriere cualquiera de las circunstancias del asesinato.

3o. Con veinticinco años de presidio en los demás casos.

Art. 3.- El Art. 356 se sustituye por el siguiente:

Art. 356.- Es asesinato el homicidio ejecutado con cualquiera de las circunstancias siguientes:

1o. Premeditación;

2o. Alevosía;

3o. Precio o promesa remuneratoria;

4o. Por medio de inundación, incendio o veneno;

5o. Por medio de descarrilamiento de trenes;

6o. Por medio de explosión;

7o. Por medio de varamiento de nave o avería causada de propósito en cualquier vehículo terrestre, marítimo o aéreo;

8o. Cuando la muerte sobrevenga a consecuencia o con ocasión de violación siempre que la víctima fuere menor de doce años.

Se presume la circunstancia de alevosía si la víctima fuere menor de doce años.

Art. 4.- El Art. 357 se reforma y queda redactado así:

Art. 357.- El reo de asesinato será castigado con la pena de muerte.

Art. 5.- El Art. 358 se reforma de la manera siguiente:

Art. 358.- El que mate a otro sin que concorra ninguna de las circunstancias enumeradas en el Art. 356, será castigado con la pena de quince años de presidio.

Art. 6.- Sustitúyese el inc. final del Art. 509, por el siguiente:

Si en cualquiera de los casos de este artículo y el anterior resultare muerte, se impondrá al culpable la pena de muerte.

Art. 7.- El inciso final del Art. 511, se sustituye de la manera siguiente:

Si en cualquiera de estos casos resultare muerte, se impondrá al culpable la pena de muerte.

Art. 8.- El presente Decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial.

Dado en Casa Presidencial: San Salvador, a los cuatro días del mes de diciembre de mil novecientos sesenta y uno.

Feliciano Avelar - Aníbal Portillo - Mariano Castro Morán - Jorge Mauricio Butter, Ministro de Justicia." (20)

¿Existe alevosía cuando se mata a un niño?, interesante pregunta y a la vez una de las más controvertidas por los tratadistas del derecho Penal, por la natural indefensión de la víctima.

Sobre el particular Antonio Ferrer Sama, opina:

"La edad de la víctima es una circunstancia concurrente en el hecho, pero no puede considerarse como medio, modo o forma de ejecución del delito, ello hablando en términos generales". (21)

Al referirse a este autor, Zapata Medina expresa: "Lo mismo piensa - Ferrer Sama, quien propone un criterio para declarar o no la concurrencia de la

(20) Diario Oficial No. 227 - Tomo 193 - 11 Diciembre 1961.

(21) Antonio Ferrer Sama - Comentarios al Código Penal, Tomo I - Sucesores de Nogués, Murcia 1946, Pág. 339.

circunstancia en caso de darse muerte a un niño, lo que es enteramente aplicable a los demás casos de indefensión natural. En síntesis, de lo que se trata es de inferir de los hechos el ánimo alevoso. Así, éste se daría siempre que el hechor pudiendo lograr los fines propuestos dando muerte a otra persona, haya dado muerte precisamente al niño para cometer el delito con seguridad y sin riesgo. Ahora, si esos fines pudiesen obtenerse sólo matando al niño, no habría alevosía". (22)

Gustavo Labatut Glana, apunta a este respecto: "que no es siempre -- alevoso el ataque a un niño de corta edad o a un individuo en manifiesto estado de inferioridad física". (23)

Jiménez Asenjo estima concurrente la causal de alevosía y dice: "Son éstos, todos aquellos supuestos en que la víctima no podía materialmente defenderse, por sus condiciones manifiestas de inferioridad fisiológica o física. A ellas se refieren las resoluciones del Tribunal Supremo, en que viene reiteradamente declarando que es siempre alevosa la muerte de un niño (S. de 28 de marzo de 1916), contra la opinión teórica adversa, que erróneamente estima que concurre el abuso de superioridad. De igual modo que existe también la muerte de un niño si éste tiene dos años, (S. de 7 de mayo de 1897), de cuatro años (S. de 18 de enero de 1893), de seis (S. de 20 de febrero de 1910) e incluso de catorce años (S. de 2 de marzo de 1889). Lo es si se mata o hiere a un anciano - (S. de 26 de junio de 1884), si la avanzada edad de la víctima produce en la misma estado de indefensión (S. de 20 de noviembre de 1872) o un ciego (S. de 4 de julio de 1884), y el que priva de la vida a su tío carnal ciego y que se hallaba acostado (S. de 22 de febrero de 1950), o mata a un recién nacido (S. de 10 de junio de 1953)" (24)

"Fontan Balestra, sostiene que la alevosía se da cuando el estado o situación de la víctima ha sido buscada o aprovechada, lo cual supone una elección de parte del autor, elección que no es posible en los casos de muerte de -

(22) Jorge Zapata Medina - Obra citada - Pág. 28.

(23) Gustavo Labatut Glana - Derecho Penal - Tomo I - Parge General - Editora Jurídica de Chile -1963- Pág. 343.

(24) E. Jiménez Asenjo - El Elemento Psicológico en la Alevosía Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales" Artes Gráficas y Ediciones, S. A. Rolguez, San Pedro, 32 Madrid - Tomo VII - Fascícula III - Septiembre-Diciembre MCMLIV - págs. 460-461.

un recién nacido o de niños de corta edad, puesto que el hecho no puede cometerse de otro modo. Aceptar lo contrario, sería tanto como transformar una condición de la víctima en un elemento subjetivo." (25)

Por su parte, Zapata Medina argumenta su tesis de la siguiente manera: "Para nosotros, la sola indefensión natural del ofendido no puede dar lugar a estimar alevoso el ataque, toda vez que la circunstancia es sustancialmente un modo o forma de ejecución del delito que supone, como lo señala Fortán Ballestra, una elección por parte del hechor, elección no posible en los casos -- mencionados. Esta imposibilidad de elección nos lleva por otra parte, a plantear la inherencia de la causal en dichos supuestos, ya que ella nos parece de tal manera inherente al delito que sin su concurrencia no puede este cometerse, aunque claro está, el determinar si la alevosía es inherente o no, queda entregado al arbitrio prudencial del Juez de la causa, máxime si de dicha facultad - discrecional quedó constancia en las Actas de la Comisión Redactora del Código Penal. Pero, en caso alguno deberá declararse la inherencia cuando el agresor ha obrado precisamente en atención a la ventaja que la situación de la víctima le proporciona." (26)

La Jurisprudencia Española ha sostenido: "Es alevosa la muerte violenta de un niño recién nacido..., de tres meses..., de diez meses..., de quince meses..., de dos años.

La muerte violenta de un recién nacido, por la imposibilidad física de toda defensa en éste, mantiene al culpable en situación permanente de obrar - de un modo alevoso. La muerte violenta de un niño de corta edad, tres meses, integra siempre el concepto jurídico de la alevosía puesto que ser ejecución entraña de modo implícito la imposibilidad de toda defensa por parte de la persona ofendida y aleja, consiguientemente, la idea de temor y riesgo en el ánimo del ofensor, cualificando, por tanto el hecho de asesinato, y no de homicidio, cuando la muerte se ejecuta por personas distintas de los padres, abuelos o -

(25) Citado por Manuel Castro Ramírez, Obra aludida - Pág. 29.

(26) Jorge Zapata Medina, Obra citada - Págs. 28-29.

cónyuges del interfecto habiendo sido inmediatamente producida la muerte de un niño de diez meses por consecuencia de los puñetazos que le propinó uno de los procesados, es de apreciar en primer término, en el delito de parricidio, es te agravante puesto que la agresión que se realiza en persona que por su corta edad se encuentra absolutamente imposibilitada de intentar acto alguno de de-fensa implica el mayor grado de alevosía.

Concurre, pues, como viene declarando reiteradamente el Tr. S., el - dar muerte a un niño, por la sola razón de su edad, es siempre acto alevoso, - pues no cabe suponer que contra la agresión que se le dirija pueda oponer de-fensa física alguna a su agresor, ni aún alcanzar a comprender, como ocurre - en el presente parricidio, al ser la víctima un niño de quince meses.

Y la muerte de un niño de dos años de edad.

... de veinticinco meses..., de treinta meses..., menores de tres años..., de tres años..., de poco más de tres años...

Y en el hecho de dar muerte a un niño de veinticinco meses, que ni - aún mera resistencia puede oponer ante una agresión que ni aún acierta a com-prender.

Y si una procesada hirió y causó la muerte a un niño de treinta meses, hijastro, puesto a su cuidado, sin que presenciase el suceso ninguna otra per-sona más que el hermano, de cinco años y medio.

La sola edad de los niños menores de tres años la integra.

Y tratándose de ser la víctima una niña de tres años.

Y en la muerte violenta dada por una madre a su hijo, de poco más de tres años.

...de cuatro años..., de cuatro años y diez meses...; de cinco años...

Y la muerte violenta de un niño de corta edad, cuatro años por una per-sona de más de cincuenta años.

Y si la procesada, hallándose en su casa una tarde y entrando en élla su hijastro, niño de cuatro años y diez meses, le asió en sus brazos, compri-mió con la mano la región laríngea, le hizo girar la cabeza sobre el tronco en

todas direcciones produciéndole la asfixia y destruyendo por completo la articulación y médula cerebroespinal, causó su muerte.

Y siendo la víctima un niño de cinco años.

...menor de seis años..., de seis años..., de siete años...

Y en el hecho de matar un hombre de cuarenta y dos años a un niño menor de seis.

Y la muerte violenta de un niño de seis años.

Y cuando la víctima tenía siete años de edad, y su propio padre, sin que la hija pudiera presumir tal agresión, la saca con engaños de la casa, dándole muerte comprimiéndole la boca y nariz hasta producir inevitable y rápidamente la asfixia.

...menores de ocho años..., de ocho años..., de ocho, cinco y tres años..., y de nueve años...

Cuando se aprovecha el agente de la corta edad de las víctimas, dos hijos menores de ocho años, sin riesgo del que, indefenso por su edad, ningún daño pueda causarle.

Y si el culpable sujetó a su hijo, de ocho años de edad, arrinconándole contra una pared, mientras otra persona, con quien estaba de acuerdo, hundía un cuchillo en el cuerpo de aquél, sin que el acometido pudiera prever tan inesperada agresión, y menos defenderse.

Y si tuvo lugar de una manera cruel y traidora, acometiendo su autor ferrozmente a golpes con una escopeta a tres inocentes criaturas de ocho, cinco y tres años, causándoles la muerte, después de matar a su padre de un disparo con la misma, en los momentos del terror y espanto en que debían encontrarse a la vista de un suceso tan horrible en la soledad.

Según reiterada doctrina, la muerte violenta de los niños debe considerarse alevosa, porque la indefensión en que su corta edad les coloca, impidiéndoles cualquier resistencia, determina para su agresor completa ausencia de riesgo en la ejecución de su criminal propósito, en este caso en un niño de nueve años.

...de once años...

Y al proponer el procesado al interfecto, chico de once años, para engañarle, que si quería llevarle un poco de leña a un pueblo, después de haberle --

concebido la idea de quitarle la caballería que montaba, y de no haber conseguido que se la diese ni que bajase de ella, obteniendo que lo hiciera por dicho engaño, apoderarse de él y atarle al cuello una cinta con dos nudos hechos en su parte posterior, en términos de causarle la asfixia, que le privó de la vida y volver hacia dicho interfecto cuando vió que estaba inmóvil y que le miraba, y recordó que al suplicarle que no le robase le dijo que le conocía y temió que le denunciase.

de doce años..., de catorce años..., de once y catorce años...

Y si los reos atacaron sigilosamente al niño de doce años, su víctima, mientras dormía, matándole entre ambos.

Probado que el procesado, además de haber inferido diecisiete heridas a una mujer que le produjeron la muerte, acometió en seguida a la hija de ésta, de catorce años de edad, causándole diecinueve lesiones, a consecuencia de las cuales también falleció.

Por lo mismo que de niñas de once y catorce años no cabe esperar, por punto general, ni temer una defensa que constituya riesgo para un hombre de veintisiete, fuerte y robusto, todo ataque personal que se les dirija tiene que conceptuarse alevoso, mucho más si a esta razón se agrega que fueron sorprendidas durmiendo a las diez de la noche en un despoblado, donde no tenían ni aún el recurso de ejercer con resultado la única defensa que su edad les permitía, de llamar gente que acudiera en su auxilio, puesto que nadie había a mucha distancia de aquél sitio, por lo que la muerte de esas niñas, verificada en tales condiciones, no podía ofrecer riesgo alguno, para la persona del ofensor que proviniera de la defensa que pudieran hacer las ofendidas, con especialidad la mayor, que se halló herida de muerte al despertar a causa del fuerte golpe que recibió en la cabeza con una piedra, sin haber podido proferir más palabras que las de "Dios mío", siendo por ello tan clara y tan patente la alevosía." (27)

(27) Manuel Rodríguez Navarro - Doctrina Penal del Tribunal Supremo - Vol 1 Segunda Edición - Editora Aguilar, S. A. - Madrid -1959- Págs. 1222-1224.

Nuestro Código Penal da al problema una solución expresa en el Art. 356 No. 8 inc. 2o. al decir: "Se presume la circunstancia de alevosía si la víctima fuere menor de doce años." (Ver Art. 3 del Decreto antes transcrito).

José Enrique Silva, al referirse al numeral 8 del Art. 356, dice: "En una reforma de 4 de Diciembre de 1961, se amplía la tipificación del asesinato cuando la muerte sobrevenga a consecuencia o con ocasión de violación, siendo la víctima menor de doce años, en cuyo caso se presume la alevosía." (28)

En la forma como se encuentra redactado el numeral 8 del Art. 356, da lugar a interpretaciones diversas, en cuanto a la presunción de la alevosía, - contenida en el mismo numeral inciso segundo.

¿Será específica la presunción para la circunstancia establecida en el primer inciso del numeral que nos ocupa?, es decir, ¿Si se presume la alevosía cuando muere la víctima menor de doce años, a causa de la violación? o ¿Será genérica aplicable a todo delito que conlleve la muerte de un niño menor de doce años?

Tal como está ubicada la presunción parece indicar que sólo se aplica al delito de violación, cuando muere el menor a consecuencia o con ocasión de ella y por lo tanto se nos aparece como específica para dicho delito.

Creemos que el asesinato comprendido en la circunstancia 8a. se da cuando la víctima muere a consecuencia o con ocasión de la violación siendo menor de doce años, basta el primer inciso; el segundo que contiene la presunción sobra; lo anterior en perfecta concordancia con el mismo artículo al expresar "con cualquiera de las circunstancias siguientes."

Por otra parte, si se lee detenidamente el considerando II del Decreto Ley No. 439 ya transcrito, vemos que nos habla de "los delitos cometidos en los menores de doce años de edad, los cuales por lo general, se encuentran - en estado total de indefensión", es decir, que nos habla de delitos en general y no de uno en particular, por lo que la presunción de indefensión total de los

(28) José Enrique Silva - Obra citada - Pág. 174.

menores de doce años, debe ser aplicada en todos los delitos donde el sujeto pasivo de la acción criminosa sea un menor de esa edad.

De lo anterior concluimos: que la ubicación del inc. 2 de la circunstancia 8a. del Art. 356, es inapropiada, ya que su naturaleza es genérica, por lo que debe aparecer en la parte general de nuestro Código.

Consideramos que la presunción que nos ocupa, debería aparecer como un tercer inciso de la agravante número 2 del Art. 10.

CAPITULO II

CONCEPTO, NATURALEZA, FUNDAMENTO, EFECTOS Y ELEMENTO INTENCIONAL DE LA ALEVOSIA

SUMARIO

5.- Concepto: a) concepto doctrinario; b) concepto legal; c) consecuencias. 6.- Naturaleza: a) criterio subjetivo; b) criterio objetivo; c) criterio objetivo-subjetivo. 7.- Fundamento. 8.- Efectos.- 9.- Elemento intencional de la alevosía.

5.- CONCEPTO. a) Concepto doctrinario.- Después de un estudio comparativo del concepto de la agravante de la alevosía en su triple sentido tradicional, legal y jurisprudencial, Camargo Hernández, toma de base los elementos del concepto tradicional; critica los conceptos de adolecer del defecto de dar insuficiente realce al elemento subjetivo, calificando a éste de esencial y corregido por la jurisprudencia; llega, sin antes acusar las dificultades de dar un concepto de la agravante, a concluir que: "Hay alevosía cuando intencionalmente se busca o aprovecha por el culpable la indefensión de la víctima y el aseguramiento del hecho".

b) Concepto legal.- Nuestro Código Penal de 1904, vigente, define la alevosía en los mismos términos que el Código Español de 1870, así: "Hay alevosía, cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando medios, modos o formas en la ejecución que tienda directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiere hacer el ofendido". (Art. 10 No. 2).

c) Consecuencias.- De la simple lectura del texto de la circunstancia 2 del Art. 10 de nuestro Código, se infiere una verdadera descripción de los elementos esenciales constitutivos de la alevosía, que nos permite descomponerla en los siguientes: Comisión de un delito contra las personas; emplear medios, modos o formas en la ejecución. Los medios empleados han de tender, directa y especialmente, a asegurar la ejecución sin riesgo para el agente agresor; conciencia del culpable de su situación de privilegio.

Comisión de un delito contra las personas. Cuando declara nuestra ley que: "Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas...", se nos presenta la interrogante: ¿Cuáles son los delitos contra las personas? De primera intención se nos aparece, como delito de muerte o lesiones; pero esta respuesta no es suficiente si profundizamos un poco en el estudio del tema; veremos que el Título VIII del Libro II del Código Penal, nos habla de "Delitos contra la vida y la integridad personal" y que antes lo fueron de Delitos contra las Personas (1), y que por no ser certera la denominación del Título porque además de los que él comprendía, lo son también los delitos contra el honor, la honestidad, la libertad, etc., que lesionan bienes jurídicos personales, fue modificado por el rubro actual.

Dada su importancia doctrinal y práctica, nos remitiremos a lo que exponemos en el capítulo siguiente número 10, al tratar del ámbito de aplicación de esta circunstancia, donde pondremos nuestros **esfuerzos** por estudiar la mayor parte de problemas relacionados con dicho elemento.

Empleo de medios, modos o formas en la ejecución. Los medios, modos o formas no se excluyen entre sí, esto, según como aparece en la redacción de la circunstancia, por lo que, no han de ser utilizados para preparar el hecho, ni para buscar su impunidad. Los medios, modos o formas han de ser utilizados para la ejecución, o mejor dicho, han de tomarse del instante mismo en que el delito se ejecuta.

El Código habla de medios que tiendan a asegurar y no de medios que aseguren, lo que implica tendencia racional, consciente para lograr un deseo, manifestado en la forma de ejecutarlo usando medios idóneos para el logro del resultado, aunque, no lo consiga, o se frustre. Añade la fórmula del Código, además, de que la tendencia a la ejecución ha de ser sin riesgo para el agresor de la defensa que proceda del agredido, esto es, que además de asegurar el golpe, coloca a la víctima en una condición de no poder ejercer su protección que por natural inclinación propende siempre el que se ve agredido. Estas dos condiciones son concebibles separadamente, al menos hipotéticamente, pero en la

(1) Decreto Legislativo No. 1714, de 21 de Diciembre de 1954. D. O. del 18 - del mismo mes y año.

práctica son de muy difícil divorcio al producirse simultáneamente en la realidad; porque el que asegura el golpe alevosamente, elimina al mismo tiempo la reacción de la víctima.

Por tanto, el agresor ha de tender a la obtención del aseguramiento de la ejecución y a la indefensión de la víctima; pero la ley no exige que los modos, medios o formas empleados por el culpable hagan imposible la defensa del ofendido, lo único que precisa es que el procedimiento ideado sea puesto en práctica y se dirija a apartar los obstáculos que pudieran hacerle ilusoria la realización del delito, aunque no elimine en absoluto la posibilidad de un inesperado contraataque.

Conciencia del culpable de su situación de privilegio. El defecto del concepto de nuestro Código como el español de 1870, es a decir de Camargo Hernández, "de no dar el suficiente realce al elemento subjetivo, esencial en esta circunstancia, lo que, como se habrá visto, se ha encargado de corregir la jurisprudencia." (2); y por lo tanto, está en lo cierto Jiménez Asenjo cuando afirma que: "Ha sido la jurisprudencia la que ha destacado, sobre el concepto legal - objetivo, esta nueva condición o elemento, aunque yacía implícito en el fondo de la misma como lo está en toda circunstancia. Representa teóricamente el -- animus, elemento vitalizador del corpus en el que se manifiesta todo acto jurídico". (3)

El culpable debe de apreciar el estado de indefensión de la víctima, - sea ésta real o presunta, con tal que sea advertida por el agresor en el momento de la acción delictiva, aunque se produzca inesperadamente y sin preparación alguna, es decir, que no es necesario que con anterioridad al ataque se escojan los medios alevosos ni que el delito sea premeditado; basta que al momento de ejecutarlo el culpable sepa que en aquel instante la persona a quien se acomete está indefensa y que no puede repeler la agresión. No puede haber promedi-

(2) Camargo Hernández - Obra citada - Pág. 33.

(3) E. Jiménez Asenjo - El elemento Psicológico en la Alevosía - Revista "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales" Artes Gráficas y Ediciones, S. A. - Rolguez, San Pedro, 32 Madrid - Tomo VII - Fascícula III - Septiembre-Diciembre MCMLIV - Pág. 466.

tación porque ésta implica reflexión seria y sostenida sobre la conveniencia o inconveniencia del delito; tampoco puede haber una simple deliberación en la elección de los medios, modos o formas; suficiente es el simple aprovechamiento de esos medios, modos o formas, voluntaria y conscientemente. Si falta la conciencia en el acto, no se le puede imputar al agente que su acción fue alevosa.

La conciencia del culpable de su situación de privilegio, la encontramos enmarcada en una sentencia que Manuel Rodríguez Navarro, nos trae, al decir: "cuando en la persecución de un sujeto se interpone un tercero con los brazos abiertos tratando de impedir la agresión y en esta situación el agresor, lo acomete rápida e inesperadamente, lo hace alevosamente porque ataca a un hombre indefenso, a sabiendas que lo está, ya que no hay señal más sensible de indefensión y de paz que situarse una persona con los brazos abiertos frente a otra que viene armada y con la cual no ha cuestionado ni tiene razón de enemistad, por lo que racionalmente ha de creer que será respetada o, por lo menos, no acometido en su función social de pacificación y prevención del delito, que tal es la que realiza el que se interpone de esa forma en el iter criminis de otro cuando la autoridad pública no puede actuar; por eso, al declarar que P. fue herido rápida e inesperadamente por el procesado cuando con los brazos abiertos trató de impedir la agresión que éste iba a realizar contra otro, sin que P. pudiera sospecharlo ni evitarlo, perfila con todo detalle las circunstancias de la alevosía - (S. 11-12-957; Rep. Jurisp. Aranzadi, 3.251)" (4)

6.- NATURALEZA. - Uno de los problemas más trascendentales y a la vez sumamente discutido en la doctrina, dada la complejidad de su estructura, ha sido la naturaleza jurídica de la causal. Sobre la calificación de ésta hay tres posiciones sostenidas que pueden ser resumidas en los siguientes grupos: a) Criterio Objetivo; b) Criterio Subjetivo; y c) Criterio Subjetivo-objetivo.

(4) Manuel Navarro Rodríguez. Doctrina Penal del Tribunal Supremo - Editora Aguilar, S. A. - Madrid 1959- Vol. 1 - Pág. 1170.

(5) Cuello Calón - Derecho Penal - Tomo I - Pág. 489.

a) Criterio Subjetivo. Los autores que sostienen esta posición, entre otros, los antiguos: Pacheco y Viana; los modernos: Jiménez de Asúa, Ferrer, Puig Peña, Manzini, Zapata Medina, Manuel Castro Ramírez, Camargo Hernández y Cuello Calón, éste dice que: "el carácter de estas circunstancias es puramente personal y subjetivo, pues no representan sino una mayor perversidad y peligrosidad del delincuente en cuyo acto concurren;" (5) y agrega al referirse a las agravantes en general que: "dichas agravantes representan un aumento de la culpabilidad del agente a causa de la mayor criminalidad del hecho. En realidad no son más que manifestaciones de una mayor peligrosidad del delincuente, la mayor gravedad objetiva del delito es consecuencia de la mayor gravedad subjetiva del delincuente." (6)

En nuestro país, Manuel Castro Ramírez al referirse a la alevosía la califica de circunstancia subjetiva y nos dice: "Las circunstancias todas atenuan o agravan la responsabilidad y ésta no es objetiva, sino eminentemente subjetiva por referirse al hombre. Calificando de subjetiva la alevosía tenemos adelantado mucho para interpretarla correctamente, ya que aunque se nos presenta de modo objetivo no podrá agravar la pena, sino ha sido provocada de propósito por el agente o aprovechada intencionalmente por él. Por eso, autores eminentes como Jiménez de Asúa, sostienen que es práctica viciosa creer que haya alevosía cuando se mata a un niño, porque el que quiere dar muerte a una criatura, desea matar a ese ser pueril, y al hecho no puede cometerse de otro modo, sin que sea dable esperar a que crezca el infante" (7)

Viada dice al referirse a las agravantes en general, que: "son hijas de ese mayor grado de perversidad que puede manifestarse en la comisión de todo delito." (8)

Manzini, italiano, se pronuncia por este criterio al comentar la agravante 5 Art. 51 de su Código Penal, y nos dice: "La razón de la agravación consiste en la mayor criminalidad demostrada por aquel que no sólo no comparte -

(6) Cuello Calón - Derecho Penal, Tomo I - Pág. 489.

(7) Manuel Castro Ramírez - Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal -Atenuantes y Agravantes- S. S. 1946 - Pág. 29.

(8) Camargo Hernández - Obra citada - Pág. 34 citando a Viada.

(5) Cuello Calón - Derecho Penal - Tomo I - Pág. 489.

aquellos sentimientos de humana solidaridad que a la generalidad de los hombres inspira esta circunstancia, sino que la aprovecha, cuando no la ocasiona, para delinquir. La agravación se establece más que para suplir la aminorada defensa, para castigar el mayor dolo en el delincuente." (9)

César Camargo Hernández, categóricamente afirma que es una agravante puramente subjetiva y razona su posición de la siguiente manera: "1. Que el criterio objetivo, en este supuesto, es contrario, como dice Ferrer Sama, (no sólo el buen sentido, sino también a la moderna orientación de la Ciencia Penal, basada cada día más en el factor personal); 2. Que como indica el profesor Cuello Calón, esta agravante no es en realidad más que una manifestación de la mayor peligrosidad del delincuente; pues, la mayor gravedad objetiva del delito es consecuencia de la mayor gravedad subjetiva del autor del hecho; 3. Que no es suficiente para la apreciación de la alevosía que objetivamente se dé, sino que es indispensable la consciencia en el culpable de que obra traicioneramente y sobre seguro; pues de otra manera bastando para su apreciación la mera concurrencia objetiva, se llegaría al absurdo de tener que apreciar esta circunstancia en los delitos culposos; 4. Que el Código no exige que la víctima se encuentre en estado de indefensión ni que el hecho se ejecute en forma segura, sino que lo que requiere es que se empleen en la ejecución medios, modos o formas que tiendan a los dos fines indicados; 5. La disposición contenida en el Art. 60 del vigente Código Penal, en la que se establece que las agravantes que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán para agravar...la responsabilidad únicamente de los que tuvieren conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito; 6. Las reiteradas declaraciones jurisprudenciales que exigen para la apreciación de la alevosía que los medios, modos o formas hayan sido buscados de propósito o por lo menos aprovechados." (10)

Zapata Medina, después de hacer un estudio comparativo de los diferentes criterios, concluye adhiriéndose a la corriente subjetivista; no sin antes deli-

(9) Camargo Hernández - Obra citada, Pág. 35 citando a Manzini.

(10) Camargo Hernández - Obra citada, Págs. 39-40

mitar las zonas de empalme entre el criterio subjetivo y objetivo, así: "La diferencia radica en que ese QUERER adquiere distinta significación o alcance en uno y otro. Mientras para Quintano, dicho elemento volitivo se limita sólo al medio empleado, para Camargo se extiende no sólo al medio sino también a lo que éste -- trae consigo; aseguramiento del hecho punible sin riesgo para el ofensor. Para el subjetivista no basta, en consecuencia, la sola circunstancia mecánica, concreta, de comisión del delito, sino que la agresión debe estar animada, según lo señala Jiménez Asenjo, del propósito alevoso, o al menos debe tenerse la conciencia superdolosa de aprovecharse del beneficio o privilegio alevoso;" (11) su adhesión al criterio subjetivo lo argumenta de la siguiente manera: "En la mayoría de los casos la intención alevosa podía deducirse de los hechos y, en otros, una -- minoría, el criterio subjetivista servirá como una especie de contra-presunción para evitar la injusticia de una agravación de responsabilidad sin culpabilidad. Nosotros, consecuentes con la posición subjetivista que adoptáremos en el párrafo anterior, no podemos menos que estar de acuerdo con Camargo Hernández y todos quienes sostienen su mismo criterio, tanto más cuanto que no se concibe estrictamente la comisión sin el propósito perverso del agresor de colocar al -- ofendido en indefensión para ejecutar el delito con seguridad y sin riesgo para -- sí." (12)

b) Criterio Objetivo.- Entre los comentaristas que siguen este criterio tenemos: Antonio Quintano Ripolles, Oneca, Valdés, Silvela, Antolisei, José Enrique Silva y otros.

Antonio Quintano Ripolles, decididamente se pronuncia por el carácter objetivo de esta circunstancia, manifestando en sus comentarios al Código Penal, después de criticar el concepto de alevosía contenido en el Art. 10 numeral lo., -- que: "deduce claramente que la agravante de alevosía es circunstancia eminentemente objetiva, aunque, claro está, se precise siempre el elemento personal inherente a todo acto incriminable: el de que el medio sea querido o aprovechado conscientemente por el agente." (13)

(11) (12) Zapata Medina - Obra citada - Págs. 25-26.

(13) A. Quintano Ripolles - Comentario al Código Penal - Editorial Revista de Derecho Privado -Madrid- Pág. 211.

Confirmando su posición, en el Compendio de Derecho Penal, al alinearse con Silvela, Anton y Oneca, considerando que la solución objetiva es la más ajustada a la dogmática, que habla de medios, modos o formas en la ejecución, "es decir, de características instrumentales referidas a un aseguramiento igualmente objetivo". (14)

Oneca, al igual que Quintano y Valdés, considera que la circunstancia de la alevosía es predominantemente objetiva, pues "no consiste en el estado o condición del sujeto pasivo" y se concreta "a la ejecución del delito, a haberlo realizado de un modo en vez de otro." (15)

Luis de Silvela, que sostenía que todas las atenuantes eran circunstancias subjetivas y en cambio, las agravantes, eran de índole objetiva; ya que "para apreciarlas, para tenerlas en cuenta, no es necesario saber el estado o situación del ánimo del culpable en el momento de delinquir, porque el criminal no las lleva consigo, no están unidas a él por una relación necesaria, sino que se encuentran en la materia misma del hecho criminoso, único que es necesario conocer, único que es necesario estudiar para saber si tales circunstancias existen o no." y agrega, "la prueba de que revisten este carácter objetivo, de que están en los hechos y no en el criminal mismo, es que muchas de ellas, además de circunstancias agravantes, son con otras, constitutivas de delitos especiales, o constituyen por sí solas un delito, lo que jamás acontece con las modificaciones enumeradas en el Art. 9," , atenuantes. (16)

Entre los nacionales tenemos, al profesor titular y jefe de la Unidad Docente de Derecho Penal de la Universidad de El Salvador, José Enrique Silva; quien en su obra Código Penal Anotado Introducción al Estudio del Derecho Penal Salvadoreño, opina que "No hay duda, pues, que esta circunstancia consiste en lograr el hechor, la indefensión total de la víctima y, con ello facilitar la ejecución del de

(14) A. Quintano Ripolles - Compendio de Derecho Penal - Editorial Revista - de Derecho Privado -Madrid- 1953. Pág. 310.

(15) Camargo Hernández - Obra citada - Pág. 36 citando a Oneca.

(16) César Camargo Hernández - Obra citada - Pág. 35 citando a Silvela.

lito." y añade, "Para nosotros, es una circunstancia objetiva, que debe ser buscada de propósito." (17)

c) Criterio Subjetivo-Objetivo.- El eclecticismo está representado por Alimena (18) y Alfredo Etcheberry (19), el primero al reconocer el doble carácter de la circunstancia, sostiene que: "ninguna de las agravantes presupone un estado psíquico independiente o anterior al delito", y continúa expresando que "mientras es posible que el peor de los delincuentes cometa un delito en condiciones sumamente excusables, es imposible que un delito ejecutado en condiciones de gravedad sea perpetrado por quien no tenga capacidad para cometerlo."

Este criterio, es sostenido en El Salvador, por Manuel Arrieta Gallegos, al decir que "el término directamente parece ser más subjetivo y suponer la selección previa de los medios buscada de propósito por el delincuente hasta dar con los directos y en cambio, el término especialmente tiene un sentido más objetivo, pareciendo indicar que los medios ya existen y que el hechor se aprovecha de ellos porque son los especiales para asegurar la ejecución.

Por eso la agravante es subjetiva y objetiva a la vez." (20)

Con lo dicho precedentemente tenemos un panorama bastante amplio y consecuentemente, los suficientes elementos de juicio para fundamentar la posición que adoptaremos.

El carácter subjetivo de la alevosía resulta del mismo Art. 10 circunstancia segunda de nuestro Código, al exigir que el empleo de los medios, modos o formas tiendan a asegurar la ejecución sin riesgo para el culpable, esto es, que se dirija o encamine por el culpable a facilitar el empleo de esos medios consciente e intencionalmente o se aproveche de los que la oportunidad le presenta para evitar el riesgo personal que proceda de la defensa que pudiera hacer su víctima; la disposición habla de medios que tiendan a asegurar y no de medios que aseguren, lo que nos indica, tendencia consciente para alcanzar un deseo,

(17) José Enrique Silva. Código Penal Anotado-Introducción al Estudio del Derecho Penal Salvadoreño -Editorial Universitaria -San Salvador- El Salvador, C. A.- Revista de Derecho No. 2 - Julio-Diciembre 1965, Pág. 173.

(18) César Camargo Hernández, Obra aludida - Pág. 36 citando a Alimena.

(19) Zapata Medina - Obra citada - Pág. 24 citando a Alfredo Etcheberry.

(20) Manuel Arrieta Gallegos - Obra inédita - Lecciones de Derecho Penal - Lección Decimoquinta.

lo que se manifiesta en la forma de ejecutarlo utilizando medios idóneos para el logro del resultado, poco importa lo consiga o no. Esa tendencia a la ejecución ha de ser sin riesgo para el culpable de la defensa que pudiera oponer el ofendido, por lo que, además de presuponer el aseguramiento del golpe, también la indefensión de la víctima.

Por otra parte el Art. 55 inc. 2o. del vigente Código Penal, establece - que las agravantes "que consisten en la ejecución material del hecho o en los - medios empleados para realizarlo, servirán para... agravar la responsabilidad - de sólo los que tuvieren conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación en el delito". De tal suerte que no se aplicará la alevosía, en aquellos casos cuando el agente desconocía las circunstancias de seguridad en - el resultado e indefensión de la víctima, como el hecho de que un sujeto agredie - ra a otro aprovechándose de que éste se encontraba recostado en el mostrador de la cantina, sin poder verlo por la posición en que se hallaba; pero después de re - cibir una golpiza por parte del agredido. Es cierto que una vez desprevenido el - agresor se aprovechó de esa situación para producirle la muerte sin posible defen - sa; pero la alevosía es ineficaz, aunque se dieron las modalidades alevosas, - pues, faltó, el animus alevoso, o conciencia en la seguridad del golpe y de la - propia indemnidad.

7.- FUNDAMENTO. - Conforme hemos dicho antes, la naturaleza jurídica de la alevosía ha sido sumamente controvertida en doctrina, la misma variedad de opi - niones las encontramos en su fundamento. Se ha contestado la pregunta: ¿Qué es la alevosía? o sea ¿Cuáles son las características esenciales que configuran su ser?; ahora nos toca contestar a la pregunta: ¿Cuál es la razón de ser de la alevosía? o dicho en otras palabras: ¿Cuál es su fundamento? la respuesta se acomoda, como sucede con todas las agravantes, según sea el sector de la doc - trina que considera la alevosía como subjetiva o la considere como agravante ob - jetiva.

Los subjetivistas encuentran su fundamento en: la mayor culpabilidad y temibilidad del agente; el mayor dolo en el delincuente; el mayor grado de per--

versidad del autor del hecho; o en una agravación por la culpabilidad. Posiciones que pueden resumirse, en la mayor culpabilidad del delincuente.

Los objetivistas por su parte, dicen que el fundamento de dicha causal se encuentra en: la mayor facilidad para cometer el delito y la dificultad de defensa por parte de la víctima; la obtención de una eficaz protección de las eventuales víctimas; o en la indefensión total de la víctima para la ejecución del delito. Resumiéndose las anteriores a un aumento de la antijuridicidad del hecho.

En la mayor perversidad en el agente y la mayor facilidad para la ejecución del hecho, sería el fundamente de los eclécticos,

La importancia de determinar el fundamento de la agravante se materializa cuando el Juez la toma en cuenta en la sentencia condenatoria para la imposición de la pena, que denota la mayor culpabilidad del autor del delito.

8.- EFFECTOS.- La ley señala para cada tipo de delito una pena, la que puede ser modificada por circunstancias atenuantes o agravantes expresadas en la misma, que producen el efecto de disminuir o aumentar la punibilidad del hecho delictivo.

Sobre el particular la alevosía produce el efecto agravatorio en tres formas diferentes: a) como circunstancia cualificativa; b) como circunstancia agravante específica; y c) como circunstancia agravante genérica.

a) Como circunstancia cualificativa.- En nuestro Código Penal vigente produce este efecto en el Art. 356 circunstancia 2a. que literalmente dice: "Art. 356.- Es asesinato el homicidio ejecutado con cualquiera de las circunstancias siguientes;... 2a. Alevosía." transforma el delito de homicidio, que tiene una pena de quince años de presidio, según el Art. 358 Pn, en asesinato que está sancionado en el Art. 357 con la pena de muerte.

b) Como circunstancia agravante específica.- Cuando produce el aumento de la pena para un caso concreto determinado por la ley, ya imponiendo otra pena agra

vada, ya puntualizando el aumento que se ha de hacer sobre la correpsiente - al delito no circunstanciado.

Los padrinos en el duelo no incurren en responsabilidad penal, siempre que cumplan con nobleza, lealtad, su encargo; más cuando faltan a tales condiciones y no ponen en práctica principalmente su misión conciliadora; ora provocando el duelo; ora usando cualquier género de alevosía en su ejecución; ora -- usando alevosía en el arreglo de las condiciones, en tales casos la ley los castiga como autores de lesiones u homicidio según sea el resultado del duelo, transformando el homicidio en asesinato. Los padrinos se hacen merecedores de la pena, de conformidad al Art. 385 que preceptúa lo siguiente: "Los padrinos de un duelo del que resultare muerte o lesiones, serán castigados como autores de aquellos delitos con premeditación, si hubieren promovido el duelo, o usando cualquier género de alevosía en su ejecución o en el arreglo de sus condiciones".

Para el duelista putativo que tomando parte en un duelo, lo hace con un interés pecuniario o inmoral, lo mismo que el combatiente que cometiere alevosía de faltar a las condiciones concertadas por los padrinos, el Código les niega las disposiciones penales atenuadas que rigen al Capítulo VIII referente al duelo y dispone que serán las penas generales las que habrá de imponérseles, de conformidad al Art. 387 que dice: "Se impondrán también las penas generales de este Código y además la de inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena:.....
2o. Al combatiente que cometiere la alevosía de faltar a las condiciones concertadas por los padrinos."

c) Como circunstancia agravante genérica. - Esta forma de producir sus efectos, no puede ser apreciada en todos los delitos que se encuentran previstos y sancionados en el título VIII, Libro II "DELITOS CONTRA LAS PERSONAS" antes, hoy "DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL"; pues como lo veremos oportunamente, en algunas figuras delictivas de este título, es imposible que se dé la circunstancia; en otras, no se aplica por ser inherente al delito.

9.- ELEMENTO INTENCIONAL DE LA ALEVOSIA.- El elemento intencional o elemento psicológico de la alevosía es, sin lugar a dudas, el más importante y calificamos de esencial. El aseguramiento del hecho y la indefensión de la víctima, elementos objetivos de la causal, han de ser aprovechados o intencionalmente buscados por el agente para ser apreciada esta agravante dada su naturaleza subjetiva. La indefensión de la víctima y el aseguramiento en la ejecución del delito han de ser queridos y conocidos por el agente; no basta, pues, la concurrencia de la indefensión y el aseguramiento; el autor del hecho debe tener conocimiento de su situación de privilegio. Ya hemos dicho antes, (ver número 5, letra "c" - de este capítulo) que si falta la conciencia en el acto, no se le puede imputar al agente que su acción fue alevosa, de donde se deduce la consecuencia de la necesaria concurrencia del elemento subjetivo o psicológico.

A poco que se medite en el asunto, se verá que en el elemento subjetivo puede incidir el error de hecho y la codelincuencia.

El error de hecho.- Está íntimamente relacionado con la teoría del error que estudia el Derecho Penal. Huelga decir que el error es el conocimiento equivocado o noción falsa del delito. El inciso tercero del Art. 10. de nuestro Código Penal Vigente, preceptúa: "El que cometiere voluntariamente un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal recaiga en persona distinta de aquella a quien se proponía ofender, o aunque fuere distinto del que se proponía causar." El inciso anterior, sienta dos presupuestos: la existencia de una voluntad encaminada a cometer un delito y el de un mal punible ejecutado. Pero la voluntad, está sujeta a error, ya sea porque recayó en distinta persona, como cuando queriendo lesionar a Luis, se lesiona a Manuel, o porque fue más allá de la intención, como cuando queriendo sólo lesionar a Luis, sin embargo se le mata. - En ambos casos la voluntad ha errado; lo cierto es que se ha cometido un delito que es lo esencial, por lo que incurre en responsabilidad criminal.

El error al que se hace referencia no excluye al dolo y por ende, no excluye la responsabilidad criminal. Se trata del error de hecho acerca de circuns-

tancias accidentales del delito, es decir, aquellas circunstancias cuya representación no son decisivas para la configuración del mismo.

En los ejemplos expuestos, por tratarse de un error accidental, no influye para la apreciación de la alevosía; pues el agente que lesionó a Juan queriendo lesionar a Luis lo hizo a traición y sobre seguro realizando el hecho alevosamente y por lo tanto es indiferente que queriendo lesionar a Luis, por la mala ejecución, lesiona a Manuel.

Al referirse al elemento intencional, Zapata Medina, dice que: "todo error de hecho en cuanto a la situación de indefensión de la víctima adquiere el carácter de esencial con respecto a esta agravante. Así la alevosía no afectará a aquél que ha dado muerte a otro en forma segura cuando ignoraba su situación de indefensión.

A contrario sensu, la circunstancia operará siempre que el hechor haya actuado en la creencia errónea de que la víctima se encontraba indefensa y no había tal." Agrega más adelante: "el error (in personam) y la (aberratio ictus) son en todo caso intrascendentes para la apreciación de la agravante, pues lo que realmente importa en la intención o ánimo aleve y, habiéndolo, es indiferente que el mal haya recaído en persona distinta de aquélla que el autor se propuso ofender o que la ofensa haya ido más allá de lo querido por él." (21)

La codelinquencia.- Como algo previo podemos decir que el delito puede ser obra de una persona o de varios individuos; cuando lo es de muchos, es que se estudia en el derecho penal el fenómeno llamado la codelinquencia, que puede ser necesaria o voluntaria. La primera, ocurre cuando necesariamente deben intervenir dos o más personas en la ejecución del delito, como sucede con los delitos de adulterio, aborto consentido, duelo, rebelión, sedición, los de reuniones y asociaciones ilícitas, y el rapto consensual. La segunda, cuando es, precisamente por la libre voluntad o consentimiento de varios que todos participan en la ejecución del delito que no necesita de la concurrencia de varios para su tipificación.

(21) Zapata Medina - Obra citada - Pág. 26-27.

El Art. 11 de nuestro Código Penal, establece el grado de participación en la comisión de los delitos y fija un orden de responsabilidad, así: 1o. autores; 2o. cómplices y 3o. encubridores.

Los encubridores, son continuadores de la acción delictiva consumada, no hay una relación causal entre las acciones de los encubridores y el resultado delictivo obtenido, pues el resultado formalmente ya se consumó y por más que nuestro Código los comprenda, también entre los participantes de la responsabilidad; la realidad jurídica nos dice lo contrario, de donde resulta, que, es un error considerarlos como copartícipes.

"Existe la tendencia, aceptada por los autores del proyecto de Código Penal Salvadoreño, de sustraer a los encubridores de la participación criminal, para fijarles un delito especial de encubrimiento, que cometerían los receptadores (según se lesione el patrimonio) o los favorecedores o propiamente encubridores (según se afecte la administración de justicia)" (22)

La circunstancia agravante de la alevosía afectará a los autores o cómplices cuando tuvieren conocimiento de que el delito fue cometido alevosamente.

Conforme a lo expresado en el inciso 2o. del Art. 55 del Código Penal Salvadoreño, sólo concurrirá en los que tuvieren conocimiento de ella en el momento de la acción o de su cooperación en el delito.

Ahora bien, concurrirá la alevosía en el encubridor? Nos parece que no, por todas las consideraciones que estimamos antes y principalmente porque la acción de éste comienza cuando el delito está consumado, porque si tiene pleno conocimiento del delito que se va a cometer, por haber tenido un concierto previo con el autor para ayudarlo con posterioridad a la ejecución, ya destruyendo los instrumentos del crimen, ya proporcionándole la fuga en el tiempo indicado, se convierte en cómplice, pues aunque intervenga con posterioridad, el pacto previo es un acto anterior a la comisión del delito y debe responder como cómplice. Al decir lo contrario, nos estaríamos contradiciendo con la afirmación que -

(22) José Enrique Silva - Obra citada - Pág. 141.

en otro lugar hemos sostenido antes de que el aseguramiento del hecho y la indefensión de la víctima, han de ser aprovechadas o intencionalmente buscadas por el agente. La indefensión de la víctima y el aseguramiento en la ejecución del delito han de ser queridos y conocidos por el culpable.

El encubridor jamás va a conocer y querer la indefensión de la víctima y el aseguramiento en la ejecución del hecho, cuando ha participado con posterioridad al mismo, afirmar lo contrario, es querer derribar las columnas de granito que a través de los siglos han permanecido incommovibles como el estagirita las dejó, y si nos equivocamos, que nos perdone Aristóteles por no haber comprendido su lógica.

CAPITULO III

APLICACION DE LA ALEVOSIA

SUMARIO

- 10.- Ambito de Aplicación.
- 11.- Otros delitos.

10.- AMBITO DE APLICACION.- Prescribe nuestro Código Penal, que la alevosía tiene aplicación en los delitos contra las personas; pero, en ninguna parte del mismo nos dice que debe entenderse por delitos contra las personas; la respuesta ha quedado para la doctrina. Hay dos criterios para la solución: uno restrictivo y otro amplio; el primero entiende, que sólo a los delitos que se encuentran previstos y sancionados en el Libro Segundo, Título VIII del Código Penal, se les aplica la agravante. De tal suerte que, la alevosía puede aplicarse a todos los delitos previstos en el mencionado título. Seguidores de este criterio, según Zapata Medina, son los autores y comentaristas españoles del siglo pasado, "a excepción de Viada, quien de paso toca este punto diciendo que la alevosía debe extenderse al delito de robo con homicidio, ya que éste es atentatorio a la vez que contra las personas, contra la propiedad" (1)

Tal posición no llena su cometido, pues, como lo veremos oportunamente, hay en el citado título, figuras delictivas en las que no se da la circunstancia; en otras, la agravante por ser inherente al delito o porque la ley la expresa al decirla y penarla, no produce el efecto de aumentar la pena.

El segundo criterio expresado, amplía el ámbito de aplicación de la agravante a figuras en que uno de los bienes jurídicos protegidos o tutelados por la ley, es la persona; y en verdad todos los delitos son directa o indirectamente contra las personas, ya el maestro Manuel Castro Ramírez h., al amparo de su experiencia como catedrático y afanes científicos nos dice: "delitos contra las personas, son todos los que se castigan en el Código Penal, cualquiera que sea su naturaleza, -

(1) Zapata Medina - Obra citada - Pág. 32.

ya que no se concibe un delito que, en una u otra forma, no se dirija contra el individuo." (2)

El criterio amplio es seguido entre otros, por Jorge Zapata Medina, César Camargo Hernández y Labatut.

Antes de seguir adelante, creemos oportuno manifestar que la denominación del Título VIII, Libro II del Código Penal Salvadoreño es DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL, por haberse cambiado en virtud del Decreto Legislativo No. 887, de 5 de diciembre de 1952, haciéndose eco de las justas críticas por la denominación anterior de "Delitos Contra las Personas".

Ahora nos toca ver someramente a qué figuras delictivas les es aplicable la alevosía y para ello examinaremos las comprendidas en el título VIII y otras que quedan ubicadas fuera del título mencionado.

Siguiendo el ordenamiento de nuestro Código, encontramos primero la figura del parricidio que se deriva de las voces latinas: Pater (padre), parens (pariente), par (semejante) y Caedere (matar), el que ubica en el Art. 354 como delito autónomo, comprendiendo el parricidio propio: directo e inverso (Nos. 1, 2 y 3), e impropio: la muerte del cónyuge (No. 4). De la sola lectura del artículo en cuestión, se desprenden sus elementos a saber: a) hecho material de causar la muerte; b) que la víctima sea ascendiente, descendiente o cónyuge; c) intención o conciencia criminal y d) conocimiento del lazo de parentesco con la víctima. (3)

La penalidad está determinada así: "Art. 355.- El parricidio será castigado: 1o.- Con la pena de muerte en los casos de los números 1o. y 2o. del artículo

(2) Manuel Castro Ramírez h. - Derecho Penal Salvadoreño - Exegesis y Crítica del Título VIII del Libro Segundo del Código Penal Salvadoreño - Pág. 7 - Universidad Autónoma de El Salvador -1947- No aparece la Casa Editora.

(3) Se prueba el parentesco por los medios establecidos en el Art. 303 y Art. 322, ambos del Código Civil, de acuerdo a la sentencia que aparece en la Revista Judicial de 1937, que establece la siguiente doctrina: "El parentesco entre padre e hijo, en causa criminal, debe justificarse como lo prescribe el Código Civil y no por confesión del reo. Si éste declaró haber matado a su padre debe calificarse el delito como homicidio y no como parricidio."

anterior; 2o.- Con la pena de muerte en los casos de los números 3o. y 4o. del mismo artículo, si concurriera cualquiera de las circunstancias del asesinato; - 3o.- Con veinticinco años de presidio en los demás casos."

En los casos de los números 1o. y 2o. del Art. 354, no se aplica la alevosía por estar sancionados con la pena de muerte y como consecuencia, es evidente la imposibilidad de agravar a ésta. Si concurre en los casos 3o. y 4o. del mismo artículo, tampoco se aplica por ser en estos casos una de las circunstancias del asesinato y estar sancionados con la máxima pena.

EL ASESINATO.- Figura delictiva nacida en la Edad Media tuvo su origen según Carrara, en la época de las Cruzadas y narra: "que existían en aquel tiempo ciertos pueblos llamados asesinos que habitaban alrededor del Monte Líbano, y cuyo jefe tenía el nombre de Arsacide, quien durante las Cruzadas enviaba a sus súbditos al campo de los cristianos a fin de que los mataran proditoriamente. Debido al temor que despertó, en los discípulos de Cristo, ese género de muerte, disminuyó mucho el deseo de partir para las Cruzadas, y el Papa Inocencio IV, el año 1249, a fin de fortalecer los ánimos, amenazó con penas severísimas a aquél que se hubiere valido de la ayuda de los "asesinos" para matar; y fue por el nombre de esos pueblos que se llamó asesinato cualquier muerte cometida por mandato o merced." (4)

De conformidad con el Capítulo segundo, del Título VIII del Libro segundo, Art. 356, que conceptúa el asesinato como el homicidio ejecutado con cualquiera de las circunstancias siguientes: premeditación; alevosía; precio o promesa remuneratoria; por medio de inundación, incendio o veneno; por medio de explosión; - por medio de varamiento de nave o avería causados de propósito en cualquier vehículo terrestre, marítimo o aéreo; cuando la muerte sobrevenga a consecuencia o con ocasión de violación siempre que la víctima fuere menor de doce años.

Con relación a este delito la alevosía no es aplicable como circunstancia genérica, obra como circunstancia cualificativa del delito o sea que su concurrencia transforma el delito de homicidio en asesinato.

(4) Citado por Manuel Castro Ramírez - Obra aludida, Págs. 18-19.

Lo anterior lo establece claramente el Código Penal en el Art. 54 cuando dice que no producen el efecto de aumentar la pena "aquellas circunstancias de tal manera inherentes al delito, que sin la concurrencia de ellas, no pudiera cometerse."

Por otra parte el Art. 357 sanciona al reo de asesinato con la pena de muerte.

Comete homicidio "el que mata a otro sin que concurra ninguna de las circunstancias enumeradas en el Art. 356", esta es la concepción que nuestro Código tiene del homicidio. Sus elementos son: a) muerte de una persona; b) que la muerte se deba a dolo o culpa del responsable y c) relación de causalidad.

Ya hemos dicho antes que la concurrencia de la alevosía en el homicidio, lo transforma en asesinato; por lo que tampoco puede ser apreciada como circunstancia genérica.

Con lo que respecta al homicidio en riña tumultuaria descrito por el Art. 359 Pn, no es posible la concurrencia de la causal, pues cuando se acometen confusa y tumultuariamente, no existe de parte de los partícipes de la riña, aseguramiento en la ejecución ni mucho menos al aseguramiento de su persona por la naturaleza de los acometimientos confusos y por la falta de conciencia de una ventaja que no existe; en definitiva se excluye la alevosía porque cada parte corre riesgo. Pero si varios acometen a una sola persona, no hay riña tumultuaria.

En el auxilio o inducción al suicidio y en el homicidio con consentimiento de la víctima, la agravante de alevosía es inherente a ellos, por cuanto que, el auxiliador o inductor del suicidio no corre ningún riesgo de la defensa que pudiera hacer el suicida, si este es el que se va a quitar la vida y tiene conciencia de su situación de privilegio con respecto al que se corta la vida y del resultado de la comisión delictuosa, cuando la víctima da su consentimiento, por solo ese hecho queda indefensa y el agente activo es conciente de su situación ventajosa donde ya no hay obstáculos para la realización del hecho delictivo. De otra ma-

nera no se puede ser auxiliador o inductor ni cometer el homicidio consentido y por lo tanto no es aplicable la alevosía, según lo dispuesto en el Art. 54 transcrito en un párrafo anterior.

INFANTICIDIO.- "La palabra infanticidio deriva del italiano infantare, sinónimo de partarire, y equivale, según Carrara, a la muerte del hombre recién parido."(5)

Nuestro ordenamiento penal en su Art. 363 establece: "La madre que para ocultar su deshonra causare la muerte de su hijo durante el nacimiento o dentro de los tres días subsiguientes, será castigada con la pena de tres años de prisión mayor.

Los abuelos maternos que para ocultar la deshonra de la madre menor de edad, cometieren este delito en las mismas circunstancias, sufrirán la pena de cinco años de presidio."

Del anterior concepto legalista se infiere los elementos siguientes: a) La muerte de un niño durante o dentro de los tres días subsiguientes al nacimiento; b) De esa muerte sean autores la madre o los abuelos maternos; c) Que tenga por finalidad ocultar la deshonra de la madre; d) Que exista voluntad de matar al niño.

No obstante la natural indefensión de la criatura, hecho objetivamente alevoso, no es aplicable la agravante, pues debe considerarse como inherente al delito; no se puede concebir este delito sin que el sujeto pasivo sea un niño recién nacido y dentro de las limitaciones del tipo. Este delito sólo se comete en circunstancias de indefensión de la víctima.

EN EL ABORTO.- Figura contenida en los Arts. 364, 365, 366 y 367 Pn. tendientes a proteger el producto de la concepción, no le sería aplicable la alevosía por iguales razones aducidas en los casos anteriores; la indefensión del feto es consustancial del tipo. Si con ocasión de ejercer violencia en la mujer preñada con el propósito de causarle el aborto, esta resultara con lesiones graves o menos graves o muerta, no habrá lugar para aplicar la agravante por el delito de lesiones, porque esta concurre como circunstancia específica, ya que en

(5) Manuel Castro Ramírez h., Obra citada - Pág. 89.

el Art. 372 Pn, se dispone que: "El autor de lesiones ejecutadas con alguna de las agravantes especificadas en los artículos 354 y 356" y entre las agravantes del artículo 356 se encuentra la alevosía, "será castigado con las penas correspondientes al delito, aumentada en una tercera parte; pero si concurrieren dos o más de aquellas agravantes, las penas se aumentarán en la mitad." Por lo tanto, obra como circunstancia específica y no puede considerarse como agravante genérica; porque de lo contrario, estaríamos agravando dos veces un mismo hecho y se estaría violando el principio de que no producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias que la ley haya expresado al describir y sancionar el delito, contenido en el Art. 53 Pn.

Cabe hacer un distingo si la víctima es la cónyuge o una concubina, para la primera, se aplica al culpable la pena de la lesión más la mitad de la misma, además de la del delito de aborto por concurrir la agravante 4 del Art. 354 y la 2a. del Art. 356; para la segunda, se aplica al culpable de aborto con lesiones, además de la del delito de aborto, la de las lesiones más una tercera parte de la de las lesiones, por concurrir la agravante 2a. del 356. Para probar la agravante 4 del Art. 354 debe estarse al Art. 322 C.

Cuando la mujer muere concurre la agravante como cualificativa del asesinato y la pena será de muerte.

LESIONES. - Con relación al resultado dañoso en la integridad personal, nuestro Código Penal agrupa el delito de lesiones en tres categorías: graves, menos graves y leves, artículos 368 y 370 para las dos primeras que son constitutivas de delito y la última o sean las leves que son constitutivas de faltas consignadas en los artículos 538 y 539. Por las razones que hemos expuesto del delito complejo de aborto seguido de lesiones en la mujer preñada, creemos que la alevosía como agravante genérica no se aplica, esto es, estándonos a lo dispuesto por el Art. 372 Pn, siempre que las lesiones sean constitutivas de delitos.

Nuestro Código Penal incluye en el capítulo de las lesiones el Art. 369 que se refiere a la figura especial del delito de mutilación, que exige especiales

elementos para la configuración del tipo, diferente a los de las lesiones propia-- mente dichas, tales elementos son: a) elemento intencional de mutilar (dolo específico) y b) el elemento objetivo, cercenamiento de una parte del cuerpo. El dolo genérico produce las lesiones, el dolo específico, tipifica la mutilación.

Concurre la alevosía como agravante específica y cualificativa del asesinato, por lo que no es aplicable como agravante genérica, de conformidad al Art. 369 incisos segundo y tercero, que dicen: "Si la mutilación causare alguno de los efectos determinados en los dos primeros números del artículo anterior, o se causaren lesiones con el propósito de producir alguno de dichos efectos, se impondrán las penas de aquellos números, aumentadas en una tercera parte. En el caso de que a consecuencia de la mutilación sobreviniere la muerte del ofendido, se castigará el autor como reo de asesinato u homicidio, según los casos."

Termina el capítulo de las lesiones corporales, con tres delitos independientes uno del otro y son: el delito de flagelación (Art. 373); el de agresión -- (Art. 374); y el delito de disparo de arma (Art. 375). Consideramos la alevosía como inherente a los tres delitos. No se concibe el delito de flagelación en el -- que la víctima no sea maniatado, amordazado o al menos la presencia de varios gendarmes armados en un lugar especial destinado al efecto, en donde la víctima carece del mínimo recurso de defensa.

Las figuras de la agresión como el disparo de arma constituyen, al menos doctrinariamente, un sólo delito por estar en íntima concordancia diferenciándose el uno del otro únicamente, en que el acto de disparar un arma de fuego, es una agresión especial, por el arma con que se agrede. La agresión en sentido -- amplio ha sido muy discutida por los tratadistas, especialmente su fundamento -- y así tenemos que el Dr. Víctor Antonio Azucena, salvadoreño, en su tesis doctoral decía: "El delito de agresión es un arbitrio artificial de la ley, justificado únicamente por la dificultad de averiguar con certeza las intenciones del agresor. Y antes que tomarse el trabajo de recoger una prueba minuciosa y molestarse en --

resolver la cuestión por la cuidadosa apreciación de los hechos, el Juez tiene el camino sin obstáculo que ofrece el delito de agresión." (6)

Prescindiendo de lo anterior, la agresión y el disparo de arma son delitos en que no concurre la agravante genérica de alevosía, ya que ésta es inherente a ambos delitos, conforme hemos dicho antes, pues, con la simple acción de arrojar un objeto capaz de causar lesión, o embistiendo a la víctima con arma, o el acto de disparar un arma de fuego, queda tipificado el delito; la ley habla de que sea capaz de producir lesión, no de que las produzca; por una parte, por otra, si el disparo de arma o la agresión produjera lesiones o la muerte de la víctima, no se aplicarían las penas de estos delitos, sino las que resulten de la acción, es decir, ya sean lesiones u homicidio y en su caso la tentativa, o delito frustrado de los mismos. Lo anterior de acuerdo a lo establecido en el Art. 375 inciso segundo, que expresa: "Serán aplicables las disposiciones de este artículo y del anterior, si del hecho no resultare otro delito más grave o no concurren las circunstancias necesarias para constituir delito frustrado o tentativa de delito que tenga señalada una pena mayor."

Refiriéndose a estos delitos y a las lesiones en riña tumultuaria, Manuel Arrieta Gallegos, expresa: "En los delitos de agresión, disparo de arma de fuego y lesiones en riña tumultuaria, la alevosía no tiene cabida en atención a la naturaleza y configuración misma dada por la ley a cada uno de ellos. En el disparo y la agresión, además, por ser instantáneos. Si en el uno y en el otro de estos delitos no se manifiesta la intención de matar para constituir delito frustrado o tentativa de homicidio y por otra parte, no son constitutivos de un delito de lesiones con una pena mayor de la que a los delitos aquellos les asigna la ley, no parece tener relevancia en tales hechos la mayor o menor indefensión o la absoluta indefensión de la víctima, cual es el fundamento básico de la agravante que cometamos." (7)

(6) Víctor Antonio Azucena -El delito de agresión como incriminación especial, está en pugna con los principios generales del derecho penal- Pág. 13 - Citado por Manuel Castro Ramírez h. - Obra aludida - Pág. 205.

(7) Manuel Arrieta Gallegos - Obra inédita - Decimoquinta Lección.

Debemos señalar de acuerdo con José Enrique Silva y Manuel Castro Ramírez h., que el delito de FLAGELACION es propio de nuestra legislación penal. Su ubicación en el Código la consideramos errada, creemos que hubiera sido más feliz en el título anterior "De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos", Capítulo VIII "ABUSO CONTRA PARTICULARES".

La figura fue introducida en el Código Penal, en forma articulada en 1904, pero en la edición 1893 aparece el Decreto de fecha 22 de mayo de 1885 que decía: "Francisco Menéndez, Presidente Provisional de la República, CONSIDERANDO: - 1o. Que el Gobierno del doctor don Rafael Zaldívar, en su inútil afán de fundar en el terror el despotismo, hacía apalear por sus agentes a los ciudadanos y aúna las mujeres, hasta por la simple emisión del pensamiento libre; 2o. Que los palos, - si empleados como castigo arbitrario son bárbaros, aplicados como tormento, según se ha hecho con harta frecuencia para obtener confesiones y aún declaraciones de testigos, son además de absurdos y contraproducentes, como más propios para torcer que para enderezar el camino de la justicia en la indagación de la verdad; 3o. Que la flagelación es una reminiscencia de la esclavitud y de la colonia "en sus tiempos más atrasados" e incompatible con el sistema republicano que consagra la dignidad de la persona humana; 4o. Que si no se pusiera remedio a ese escándalo con que se ha insultado a la sociedad y a la civilización, el pueblo se envilecería y, minadas las bases de las instituciones, bien pronto reaparecería el despotismo, y la revolución habría sido estéril; y 5o. Que es de urgente necesidad para El Salvador borrar la mancha que tales prácticas han impreso en su escudo para que no llegue un día en que América se avergüence de nosotros: - DECRETA: Art. 1o. Quedan prohibidos para siempre los palos, ya se apliquen - como tormento, ya como castigo ilegal y arbitrario. Art. 2o. El funcionario civil o militar que ordenare la flagelación de cualquiera persona, es reo del delito de lesiones graves, cualquiera que sea el tiempo en que éstas se curen y aún cuando no dejen señales, sin perjuicio de aplicarle la pena que corresponde, si resultare

la muerte de la víctima. Las penas que se impongan en cumplimiento de este artículo son incommutables. 3o. El que hubiera ordenado la flagelación perderá - por el mismo hecho los empleos que tuviere a la fecha de la comisión del delito; y si en el tiempo subsiguiente hubiere recibido sueldos, los devolverá íntegros al fulminarse contra él la sentencia Art. 4o. Los funcionarios que ordenaren la flagelación serán indignos de la confianza pública e incapaces para toda clase - de ascensos y de empleos en la República. Art. 5o. Los jueces comunes son los únicos competentes para conocer en las causas criminales por flagelación, aun-- que los reos sean militares; y en este caso no será necesario el desafuero. Dado en la ciudad de Santa Ana, a los 22 días del mes de mayo de 1885. (f) Francisco Menéndez. (f) Estanislao Pérez, el Ministro General." (8)

El decreto transcrito perdió su vigencia al incorporarse en el Art. 373 - como delito en el Código de 1904.

Con respecto al Duelo, figura que clama su desaparición de los códigos penales, producto de una época romántica y que tuvo su razón de existir en los - años de mil ochocientos; pero que ahora la cambiante realidad la acusa de extra- vagancia penal. En esa figura que nuestro Código no ha podido desterrar y a quien le otorga el privilegio de un capítulo entero compuesto de nueve artículos ricos en incisos y numerales, la agravante de alevosía aparece expresada al describir el Art. 387 inciso primero y 387 numeral segundo sin el efecto de aumentar la pena y como consecuencia no le es aplicable al delito de Duelo, la alevosía como agra- vante genérica. En otro lugar hemos dicho que, la alevosía en el duelo es circuns- tancia agravante específica, por cuanto, los padrinos en el duelo no incurren en - responsabilidad penal cuando cumplen con nobleza, lealtad su encargo; pero si - faltan a tales condiciones y no ponen en práctica su misión conciliadora, la ley les impone pena como autores del delito que resulte del duelo. Y para el duelis-

(8) Código Penal de 1881 - Edición 1893 - Tipografía "LA LUZ" - Calle de Morazán 31, San Salvador - 1893.

ta putativo el Código le niega las penas atenuadas del Duelo y los sanciona como delincuentes comunes a quienes hay que imponerles las penas generales de los delitos que resulten de su acción inmoral o de interés pecuniario o de su acción alevosa de faltar a las condiciones concertadas.

11.- OTROS DELITOS: Por las razones que hemos expuesto en el número anterior de nuestro trabajo, para cada figura examinada, la alevosía no puede ser aplicada como agravante genérica a ninguno de ellos; pero nos falta por indagar algunos delitos ubicados en otros títulos del Libro II del Código Penal, para establecer si es aplicable la alevosía como agravante genérica.

Latrocinio y Robo con lesiones. - Con el nombre de latrocinio se conoce la figura de robo con homicidio, siendo el elemento primordial, el propósito de robar, y la intención homicida reviste el carácter accesorio, pudiendo ser ésta "con motivo o con ocasión" del robo, sea el homicidio anterior, simultáneo o posterior al apoderamiento de las cosas o muebles ajenos. Esta figura compleja prevista en el Art. - 457 No. 1, dada su naturaleza mixta de delito contra la vida y la propiedad, es perfectamente sujeta de examen para establecer a las luces de nuestra legislación vigente, si la agravante de alevosía opera cuando en la ejecución del latrocinio se emplean medios, modos o formas que tiendan a asegurar sin riesgo para el culpable que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido.

La penalidad del robo con homicidio es la de muerte, de acuerdo con nuestro cuerpo legal que establece lo siguiente: "Art. 457.- El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado: lo. Con la pena de muerte cuando con motivo o con ocasión de robo resulte homicidio, estamos frente a una imposibilidad absoluta de agravarla; de donde concluimos: que la agravante de alevosía no es aplicable al delito complejo de robo y homicidio, aún cuando se hayan empleado medios, modos o formas en la ejecución que aseguren al autor, de la defensa que pudo hacer la víctima.

Cuando el resultado es de robo y lesiones debe aumentarse en una tercera parte la pena correspondiente al delito, cuando en la ejecución se emplee medios,

modos o formas que aseguren al autor de la reacción natural de la víctima, según sean las lesiones comprendidas en el número 1o. del Art. 338 o las de los números 2o., 3o. y 4o. del mismo artículo; en base a lo establecido en el Art. 372 - Pn. que agrava la alevosía como circunstancia específica y no puede al mismo tiempo ser considerada como agravante genérica, pues, el Art. 372 dispone en su inciso primero que cuando concurre alguna de las agravantes del Art. 356 -entre las que se encuentra la alevosía- se impondrá la pena correspondiente al delito, aumentada en una tercera parte, y no se puede a un mismo tiempo agravar dos veces la pena correspondiente al delito por ser contrario a lo establecido en el Art. 53 al expresar que: "No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyan un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo o penarlo."

César Camargo Hernández de acuerdo con Ferrer Sama, piensa diferente a nosotros, cree que en el robo con homicidio o lesiones "es perfectamente aplicable la agravante de alevosía, cuando en la ejecución de los mismos se empleen medios, modos o formas que tiendan a asegurarla sin riesgo para el autor que proceda de la defensa que pudiera hacer la víctima." Y agrega: "La agravante de alevosía ha sido aplicada al delito de robo con homicidio por numerosas sentencias" las que enumera para luego manifestar: "Resumen esta doctrina jurisprudencial las sentencias de 30 de julio de 1904 y 18 de abril de 1906, al decir que la alevosía es aplicable al delito de robo con homicidio, porque como tiene determinado la doctrina del Tribunal Supremo, dicho delito complejo se integra por un atentado contra la propiedad y otro contra las personas, sin que cada uno de tales delitos, castigados con una pena única, pierda su carácter propio y excluya los accidentes agravatorios a ellos inherentes; pero que, debe ser apreciado como genérica y no como cualificativa del delito especial de robo con homicidio" (9)

ADULTERIO.- Palabra que se deriva de la voz latina adulterium del verbo adulterare que significa - viciar, falsificar alguna cosa; definido por Luis Jiménez

(9) Camargo Hernández - Obra citada - Págs. 63, 64 y 65.

de Azúa como: "Ayuntamiento carnal ilegítimo con mujer siendo uno de los dos o ambos casados" y como "violación de la fe conyugal, cometida corporalmente y a sabiendas" (10)

Nuestro Código Penal dice en el inciso 2o. del Art. 388: "Comete adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio."

Si examinamos las figuras del adulterio de la mujer y la mancebía o adulterio del hombre contemplado en el Art. 391 Pn, encontramos que en ninguno de ellos puede aplicarse la alevosía. Desde ya diremos, que es sujeto activo la mujer y el hombre su codelincuente o coautor en la generalidad de los casos; pero podría suceder lo contrario de ser el hombre el sujeto activo y la mujer su coactor o ser ambos sujetos activos, consuman el delito con ocultación total del cónyuge agraviado, precisamente con el fin de no provocarlo y asegurar la ejecución del hecho sin riesgo para sus personas de la natural reacción de éste al sentirse ofendido; de tal suerte, que los medios, modos o formas buscados de propósito o aprovechados por los delincuentes son inherentes al delito, por lo que es imposible aplicar la agravante genérica de alevosía.

VIOLACION.- Que es el acceso carnal o ayuntamiento carnal sin consentimiento del ofendido, persona de uno u otro sexo, por medio de la coacción física o la intimidación moral y que el Art. 392 Pn, lo sanciona. Tampoco se da en esta figura la agravante, pues, en el número 1o. de la ya dicha disposición, la indefensión de la víctima es un hecho insuperable, por cuanto su minoría de edad la hace imposible repeler cualquier acción intentada contra ella es inherente al tipo y en los casos de los numerales 2o. y 3o. del mismo Art. 392 Pn, somos de opinión que la aplicación de la alevosía no puede darse, porque el violador se aprovecha de la ocasión que se le presenta, usando fuerza o intimidación bastante para debilitar a su víctima, pueda ser que ocasione lesiones por la fuerza desarrollada pero en tal

(10) Citado por José Enrique Silva - Obra aludida - Pág. 208.

situación, nos remitimos a lo expuesto en las lesiones; si se aprovecha de la privación de la razón o de la privación de sentido de la víctima por cualquier causa, situaciones de indefensión, que podrían considerarse alevos, desde un punto de vista objetivista; pero que es inherente al delito la circunstancia, por lo que no debe aplicarse.

A decir de Zapata Medina "cuando se usa de fuerza o intimidación, aún cuando el término fuerza pueda llevarnos a la consideración de un delito de lesiones. Y ello porque si la fuerza es de tal entidad como para configurar un delito de lesiones, estaríamos en dicho caso, en presencia de un concurso ideal de infracciones penales y, en tal situación, la alevosía agravaría el delito que es - medio (lesiones) y no el delito fin (violación)" (11) . Con el que estamos de -- acuerdo en parte, porque en las lesiones tampoco puede concurrir.

(11) Zapata Medina - Obra citada - Pág. 35.

CAPITULO IV

RELACION DE LA ALEVOSIA CON OTRAS AGRAVANTES

SUMARIO

12.- Relación con la agravante precio, recompensa o promesa. 13.- Relación con las agravantes de estragos y veneno. 14.- Relación con la agravante de la premeditación. 15.- Relación con las agravantes de abuso de superioridad. 17.- Relación con la agravante de abuso de confianza. 18.- Relación con la agravante de prevalerse del carácter público que tenga el culpable. 19.- Relación con la agravante de auxilio de gente armada. 20.- Relación con la agravante nocturnidad y despoblado. 21.- Relación con la agravante de escalamiento y fractura.

Vamos ahora a desarrollar la relación de la alevosía con otras agravantes y nos ha impulsado dedicarle un capítulo especial, dado el gran interés que presenta no sólo doctrinal sino que también práctico. Para tal efecto, seguiremos el orden del Art. 10 del Código Penal Salvadoreño, con la salvedad de que en aquellas agravantes en que no existan puntos de contacto con la alevosía, no entraremos a conocer de ellas. Hecha esa aclaración, tenemos:

12.- RELACION CON LA AGRAVANTE PRECIO, RECOMPENSA O PROMESA. "Cometer el delito mediante precio, promesa o recompensa. Esta circunstancia se tomará en consideración tanto respecto del que induce a cometer el delito, como respecto del que lo ejecuta" (Art. 10. No. 3 Pn).

La agravante nos habla de "precio-promesa o recompensa" lo que nos indica que se refiere a toda clase de pago, ya sea dinero, ya sea otra cosa diferente de éste; poco importa que el precio o la promesa sea de mucho o poco valor; que se haya prometido o pagado; también es indiferente que el convenio sea verbal o escrito. Lo esencial de esa agravante radica en que el precio-promesa o recompensa se derive de una convención previa al delito, que sea cierta, explícita y determinada a un delito en concreto.

El primer punto de contacto que encontramos en esta agravante con la alevosía, es en sus efectos que son idénticos: opera como agravante cualificativa

del asesinato, según Art. 356 No. 3 Pn, como agravante genérica -Art. 10 No. 3 Pn- y como agravante específica.

Ante todo es necesario distinguir en esta agravante, el autor material y el moral o inductor, el primero quien obra impulsado por el interés del precio, --promesa o recompensa que el segundo da u ofrece. Mirada la alevosía desde el punto de vista del autor material, parece no haber problema con la concurrencia de esta agravante, pues, lo esencial en la alevosía es el empleo de medios, modos o formas en el momento de la ejecución del delito, acompañado desde luego, del ánimus alevoso. Camargo Hernández refiriéndose al autor material expresa: "Cuando además de recibir el precio o la recompensa, o aceptar la promesa, emplee en la ejecución del hecho, medios, modos o formas que tiendan a asegurar la sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el --ofendido, serán de aplicación, por no ser incompatibles, esta circunstancia y la de alevosía, siempre que el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos a los que es de aplicación esta última agravante." (1)

En cuanto a los autores morales o inductores, la incidencia de la alevosía, ha sido muy discutida y Manuel Castro Ramírez, de acuerdo con Córdova, sostienen que esta agravante no se da en los inductores y que "solo es aplicable a los ejecutores materiales del delito", siempre y cuando la alevosía ocurra "en el momento de la ejecución del hecho" (2); prefiere Quintano Ripolles agravar con la alevosía al inductor; por su parte Camargo Hernández, condiciona la aplicabilidad de ésta al resultado de la ejecución, ya porque el inducido cumplió con lo propuesto por el inductor, o por aceptar la forma alevosa de su realización, es de opinión, que además le es aplicable la de precio, promesa o recompensa, y robustece su posición con dos sentencias del Tribunal Supremo de España de 27 de octubre de 1888 y 21 de noviembre de 1885. En la primera de las sentencias es aplicable la alevosía no así en la segunda; pero para que tengamos un conocimiento fiel de --ellas, las reproduciremos a continuación:

(1) Camargo Hernández - Obra citada - Pág. 77.

(2) Manuel Castro Ramírez - Obra citada - Pág. 43.

"En el asesinato cualificado por precio es aplicable la alevosía a todos los procesados que dieron instrucciones sobre el modo de ejecutar el delito"

Cuando no aparece que el autor, por inducción, concertara los medios de ejecución no le es imputable la alevosía." (3)

No falta quien piense que la agravante de precio, promesa o recompensa debiera aplicarse exclusivamente al autor material y la de alevosía al que paga la acción criminosa, porque no corre el riesgo de la defensa que pudiera oponer el ofendido.

Para nosotros, ambas circunstancias agravantes pueden ser aplicadas - tanto al autor material del hecho como al inductor, en aquellos delitos en que - les son aplicables, esto es, cuando operan como agravantes genéricas, en cuanto que el Capítulo IV de las Reglas para la aplicación de las penas en consideración a las circunstancias atenuantes o agravantes, de nuestro Código vigente - en sus Arts. 53 y 54 es claro al decir: "No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyan un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo o penarlo."

"Tampoco lo producen aquellas circunstancias de tal manera inherentes - al delito, que sin la concurrencia de ellas, no pudiera cometerse."

Para el primero, o sea el autor material, cuando realiza el hecho criminoso utilizando medios idóneos para el logro del resultado sin riesgo para su persona de la defensa que pudiera hacer el ofendido y la conciencia de su situación -- ventajosa; para el segundo, cuando tuviera conocimiento de la ejecución alevosa por haberse pactado los medios, modos o formas tendientes al resultado sin riesgo para el inducido, de la posible reacción de la víctima; o sin haber pactado la alevosía, el autor material, saliéndose del mandato, verifica el acto criminal -- con ella, con tal que el inductor, tuviera conocimiento de la agravante en el momento de la acción delictiva, que es la exigencia que establece en el inciso segundo del Art. 55 de nuestro Código Penal, que dice: "Las que consisten en la -

(3) Camargo Hernández - Obra citada - Pág. 78.

ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de sólo los que tuvieren conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación en el delito."

Con respecto al precio, promesa o recompensa, se aplica tanto a autores materiales como a los inductores, con la salvedad que ya hemos hecho antes, de conformidad con el segundo inciso del Art. 10 No. 3 Pn.

13.- RELACION CON LAS AGRAVANTES DE ESTRAGO Y VENENO.- "Cometer el delito con ocasión de inundación, incendio, explosión, varamiento de nave o avería - causada de propósito, descarrilamiento de locomotora, alteración del orden público, o empleando cualquier artificio que pueda producir grandes estragos;" (Art. 10 No. 4 Pn)

"Estragos es un daño de extraordinaria gravedad e importancia que no se produce si el agente no se vale de un medio de destrucción suficientemente poderoso para causarlo" (4) Así lo ha entendido la jurisprudencia española.

Hay que distinguir si el delincuente produce o provoca el estrago para causar la muerte de la víctima; si con ocasión del estrago comete el delito; si solo su voluntad la dirige a provocar el estrago. Tales situaciones constituyen una figura típica independiente entre sí, configuradas en nuestro Código en los Arts. 356 No. 4, 10 No. 4 y 515 respectivamente.

Habiendo hecho la distinción anterior, veamos la relación de esta agravante con la alevosía.

La circunstancia número 4 del Art. 10 Pn, es incompatible con la alevosía, creemos que está en lo cierto Zapata Medina, cuando nos afirma que "la circunstancia a que nos referimos es todavía más redundante, como quiera que cualquier estrago que imaginemos corresponde a un supuesto de alevosía, habida consideración a la ninguna defensa que las víctimas pueden oponer atendido lo inesperado de la agresión y la fuerza destructora del medio empleado para cometer el delito." (5).

(4) José Enrique Silva - Obra citada - Pág. 116.

(5) Jorge Zapata Medina - Obra citada - Pág. 38.

Por su parte, el Maestro José Enrique Silva, encuentra la diferencia de esta agravante como la alevosía, al decir que en la alevosía, "la intención del hechor es, para no correr riesgo alguno, lograr la indefensión de la víctima. En cambio en el estrago, el hechor con ocasión de tal situación, comete el delito pero se da la parcial defensa de la víctima, como ocurre también en el abuso de superioridad." (6)

VENENO - El veneno no sólo se produce por medio de sustancias químicas sino - que también lo puede producir las sustancias que operan físicamente, como el vidrio molido, de allí la aceptación que ha tenido la definición de veneno que hace Altavila, quien indica que "veneno es cualquier sustancia que introducida al organismo sea capaz de obrar perjudicialmente como mecanismo químico o físico." (7)

Federico Puig Pena considera que "desde un punto de vista toxicológico veneno será sólo aquella sustancia que, introducida en el organismo en cantidades relativamente pequeñas, daña a la salud o puede, sin obrar mecánicamente, producir la muerte. Pero desde el punto de vista legal hay que considerar también veneno no sólo aquellas sustancias que obran químicamente (como la estricnina), sino las que lo hacen mecánicamente como los polvos de vidrio, que, alterando el aparato gastro-intestinal, determinan la muerte" y agrega que "también se debe considerar veneno aquellas sustancias que causan un efecto biológico, como los gérmenes patógenos" (8)

El veneno ha sido considerado como la más cobarde de las alevosías, y - aunque legalmente se le haya considerado como una agravante distinta de la alevosía, en la realidad de los hechos es lo mismo que ésta; pues, es el medio malicioso o dañino con apariencia benigna o inofensiva, por excelencia. Por eso dice Puig Peña, que no acepta "la opinión de Cuello Calón y algún otro sector de la -- doctrina española y extranjera, que estima es posible apreciar el veneno aún cuan

(6) José Enrique Silva - Obra citada - Pág. 117.

(7) Citado por José Enrique Silva - Obra citada - Pág. 118.

(8) Federico Puig Peña - Derecho Penal - Tomo II - Parte General - Pág. 123
Editorial Revista de Derecho Privado - Madrid - 1955.

do se haya suministrado violentamente," y nos informa refiriéndose al Tribunal Supremo de España; que éste "no ha tenido ocasión de manifestarse sobre el particular, pero ha estimado que la agravante de veneno es incompatible con la alevosía, con lo que parece adherirse a la opinión que sustentamos".

De lo expuesto deducimos que la agravante de veneno, no es más que una forma de la alevosía, por lo que no tiene razón de existir como agravante genérica, así lo ha entendido nuestro legislador al no comprenderlas entre las agravantes genéricas del Art. 10; pero la incluye como cualificativa del asesinato, según el Art. 356 No. 4 y como causa específica de agravación en el delito de daños - Art. 520 No. 3.

Como cualificativa del asesinato, tampoco tiene razón de ser, pues, siendo más que una forma de alevosía, estaría comprendida en el Art. 356 No. 2; por lo que creemos innecesaria su inclusión en el número 4 del mismo artículo. En el delito de daños, aparece el veneno como causal de agravación específica, siendo su ámbito de aplicación, para nuestro legislador, más amplio que el de la alevosía, por cuanto en este delito el sujeto pasivo de la acción delictiva es la propiedad ajena.

14.- RELACION CON LA AGRAVANTE DE LA PREMEDITACION.- "Obrar con premeditación conocida" (Art. 10 No. 6). La premeditación ha sido la agravante más favorecida con la atención de los teorizantes del derecho.

Nuestro ordenamiento penal no define la premeditación, el código penal cubano establece, que hay premeditación "cuando por los actos externos del agente se demuestre que la idea del delito surgió en su mente con anterioridad suficiente al hecho realizado para organizalo, deliberarlo o planearlo y que en el tiempo que medió entre el propósito y su realización, se preparó ésta previendo las dificultades que podían surgir y persistiéndose en la ejecución." (9)

Para apreciar la agravante de premeditación hay tres criterios: a) Criterio cronológico o sea en el que se atiende al tiempo que corre entre el pensamiento y la acción; b) Criterio psicológico, o sea el que atiende a la frialdad y tranquilidad.

(9) Definición citada por Manuel Castro Ramírez - Obra citada - Pág. 58.

lidad de ánimo; y c) Criterio ideológico, o sea la determinación precisa del propósito criminal o reflexión.

La premeditación y la alevosía pueden coexistir, por cuanto la alevosía - puede ser la culminación de una meditación fría, reflexiva y persistente del delincuente, es decir, que éste después de una reflexión previa ejecuta el hecho criminal en forma alevosa. Así mismo ambas circunstancias agravantes pueden concurrir independientemente una de la otra en un delito, es decir, que puede haber alevosía sin premeditación y premeditación sin alevosía.

La alevosía concurre con la premeditación en el hecho siguiente: Pedro, - que ofendió a la mujer de Juan, sabedor de que éste le piensa reclamar, concibe la idea de matarle y para llevar a cabo su obra criminal, adquiere un revólver. -- Tiene conocimiento de que éste trabaja en un ingenio de azúcar que está en plena zafra y que llega a su casa a altas horas de la noche, le espera durante un lapso bastante considerable hasta que por fin le ve llegar y esperando hasta que se acerque a su casa y cuando está abriendo la puerta le dispara un tiro por la espalda - causándole la muerte.

La alevosía no concurre con la premeditación, cuando el culpable ejecuta el hecho delictivo, sin reflexión previa sobre su ejecución alevosa. La premeditación sin alevosía la tendremos siempre que concurren todos los requisitos necesarios para su formación, además el hecho deben realizarlo frente a frente el culpable y su víctima, estando ésta en completas condiciones de defensa.

El Maestro de Maestros, Luis Jiménez de Asúa, sobre el particular opina: "Si es cierto que el acto alevoso es compatible con la premeditación, no es menos exacto que no deben ser apreciadas dos circunstancias, sino una, cuando en el caso concreto van de tal modo apareadas que su división es imposible. Pretender - que puedan concurrir ambas, porque en otro caso es posible su separación, equivale a desconocer la máxima de justicia que se enuncia diciendo nos bis in idem." (10).

(10) Luis Jiménez de Asúa - La Ley y El Delito - Principios de Derecho Penal -2a. Edición- Editorial Hermes - México - Buenos Aires - 1954 - Pág. 483.

La premeditación ha sido regulada en nuestro ordenamiento penal, como - agravante genérica en el Art. 10, cualificativa del asesinato Art. 356 No. 1 y como agravante específica en el Art. 372

15.- RELACION CON LAS AGRAVANTES DE ASTUCIA - FRAUDE Y DISFRAZ.- Se encuentra contenida esta agravante con el número 7 del Art. 10 del Código Penal, que dice así: "Emplear astucia, fraude o disfraz."

La amplitud del concepto legal de alevosía, dada en el número segundo - del mismo artículo, nos hace considerar que la causal que nos ocupa, tiene notoria similitud con la alevosía, porque quien emplea astucia, fraude o disfraz, facilita la comisión del hecho criminoso sin riesgo personal, ya que, a quien se ataca valiéndose de esos medios, se encuentra en una situación de indefensión, con lo que concluimos, que estamos en un campo propio de la alevosía.

"Astucia es un ardid, habilidad para engañar o para lograr artificiosamente cualquier fin." (11)

"Fraude es engaño, acción contraria a la verdad o a la rectitud" (12)

No estamos de acuerdo con Zapata Medina y los que como él piensan de - que las palabras Astucia y Fraude son sinónimas, por cuanto, que el engaño simple constituye un fraude; pero, si el engaño es usado con habilidad se convierte en astucia. Por otra parte, nuestro legislador al referirse a ellas, no las toma como sinónimas al usarlas separadamente una de la otra, así tenemos que en el Art. 131 Pn dice: "Serán castigados como rebeldes, con tres años de presidio e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, los que, sin alzarse contra el Gobierno, cometieren por astucia o por cualquier otro medio, alguno de los delitos comprendidos en cualquiera de los ocho números del artículo 126."

La astucia integra una forma especial del delito de rebelión; el fraude opera como agravante específica del delito contemplado en el Art. 504 Pn que establece: "Los que esparciendo falsos rumores o usando cualquier otro artificio, consiguieren alterar los precios naturales que resultarían de la libre concurrencia en

(11) Manuel Castro Ramírez h. - Obra citada - Pág. 32.

(12) Manuel Castro Ramírez h. - Obra citada - Pág. 32.

las mercancías, acciones, rentas públicas o privadas o cualesquiera otras cosas que fueren objeto de contratación, serán castigados con seis meses de prisión menor y multa de quinientos colones."

El fraude forma parte constitutiva del delito de estafa y estupro. Para el primero traigamos a cuento el Art. 489, que a la letra dice:

"El que defraudare a otro en la substancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio, será castigado:

- 1o.- Con nueve meses de prisión mayor, si la defraudación pasare de diez y no excediere de veinticinco colones;
 - 2o.- Con dos años de prisión mayor si excediere de veinticinco y no pasare de doscientos colones;
 - 3o.- Con cuatro años de presidio si pasare de doscientos colones y no excediere de quinientos;
 - 4o.- Con seis años de presidio si excediere de mil colones y no pasare de cinco mil;
 - 5o.- Con ocho años de presidio si excediere de cinco mil hasta diez mil colones; y pasando de esta cantidad la pena será de diez años de presidio.";
- para el segundo el Art. 396 inciso 3o., que expresa:

"El estupro cometido por cualquier otra persona, con una mujer mayor de doce años y menor de veintiuno, interviniendo engaño, se castigará con la pena de un año de prisión mayor."

Disfraz es el artificio que se usa para desfigurar una cosa con el fin de que no sea conocida; y por antonomasia, el vestido de máscara que sirve para las fiestas, especialmente en carnaval." (13)

La astucia, recurso eminentemente intelectual, del que hace uso el delincuente en la ejecución del hecho para viabilizar la realización del mismo; es un medio preparatorio del delito, que denota habilidad para el logro del fin que se propone.

La alevosía, es el empleo en la ejecución de medios materiales, en la perpetración del hecho sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que

podiera hacer la víctima. No podemos afirmar con certeza que ambas causales son independientes e incompatibles entre sí, muy por el contrario, la astucia es el medio intelectual y lo complementa la alevosía que es el medio material, por lo que sólo debemos apreciar la última por formar la astucia parte de ella.

El fraude, es el engaño común, que si bien es cierto que requiere inteligencia, para la verificación del delito, no es necesario usar de habilidad, como en la astucia, que siempre la requiere. El fraude también queda invóluto en la alevosía, por lo que sólo esta última puede ser apreciada, pues el fraude es el antecedente inmediato de la alevosía.

El disfraz. - Con el disfraz lo que se propone el culpable es el no ser reconocido para que su obra delictiva quede impune, por el contrario en la alevosía, lo que trata de evitar es todo riesgo proveniente de la natural reacción de la víctima; pero puede suceder que el disfraz sea el medio buscado para la ejecución alevosa del hecho delictivo, para asegurar su persona de la defensa que pudiera hacer el que se ve agredido, y en este caso, el disfraz queda subsumido en la alevosía. Así piensa Jorge Zapata Medina al decirnos: "La situación varía grandemente con respecto al disfraz, pues mediante esta circunstancia no se tiende a anular la defensa del ofendido sino que se procura evitar el reconocimiento del hechor y su posterior condigno castigo. La víctima, en cambio, tanto puede defenderse del agresor que utiliza disfraz como de aquél que no lo usa. De ahí que esta causal agravatoria no sea inherente a la de alevosía, pero excepcionalmente puede serlo si el hechor se disfraza precisamente para sorprender indefenso al ofendido, esto es, cuando el disfraz en un medio que califica la alevosía, como lo estima Camargo y Puig Peña." (14)

16.- RELACION CON LA AGRAVANTE DE ABUSO DE SUPERIORIDAD.- Esta circunstancia de agravación de los delitos, presenta una importante relación con la alevosía, que ha provocado en los estudiosos del derecho la inquietud de explorar si realmente existe esa relación o sólo es aparente.

(14) Zapata Medina - Obra citada - Pág. 40-41.

La primera interrogante que se nos presenta es: ¿a qué clase de abuso de superioridad se refiere la agravante 8a. del Art. 10?, ¿Se referirá al abuso de superioridad personal o a la de autoridad?. Para contestar las preguntas propuestas basta leer detenidamente las causales del artículo 10, y así tenemos: "Abusar de superioridad o emplear medios que debiliten la defensa." (Art. 10 No. 8 Pn), - se refiere a la superioridad personal, es decir, el exceso de fuerza material de que hace uso el culpable para lograr la ejecución del delito, en un plano ventajoso con respecto a la víctima; el abuso de superioridad de autoridad lo encontramos en la causal décima que dice: "Prevalerse del carácter público que tenga el culpable." (Art. 10 No. 10 Pn), la cual es inoperante a todos los delitos contenidos en el título VII de nuestro Código Penal, destinado a los delitos de empleados públicos en el ejercicio de sus cargos.

La causal que nos ocupa, abarca dos elementos: a) Abusar de superioridad; b) Emplear medios que debiliten la defensa. El primero, es el exceso de fuerza física; el segundo, es usar de cualquier artificio que impida una defensa proporcionada.

Las causales de alevosía y de abuso de superioridad son de naturaleza subjetiva, pues es necesario para la aplicación de ambas que el culpable tenga conciencia de su situación de ventaja con respecto al ofendido. En la alevosía, la defensa de la víctima se tiende a suprimir por completo, es decir, la indefensión de la víctima es total mientras que el abuso de superioridad la defensa de la víctima se debilita o se aminora, de donde podemos concluir, de acuerdo con Castro - Ramírez, que la diferencia "entre la alevosía y el abuso de superioridad es de índole más cuantitativa que cualitativa. En la alevosía debe haber indefensión total y plena de la víctima; en el abuso de superioridad viene a ser una cuasi-alevosía de menor grado". (15)

17. - RELACION CON LA AGRAVANTE ABUSO DE CONFIANZA.- "Esperanza firme que se tiene en una persona o cosa" (16) es lo que dice el Nuevo Diccionario de la Lengua Española que significa confianza.

(15) Manuel Castro Ramírez h. - Obra citada - Pág. 33.

(16) D. José Alemany y Bolufer - Nuevo Diccionario de la Lengua Española - Editorial Ramón Sopena, S. A. Provenza 95 - Barcelona - 1961.

Quien rompa esa esperanza firme que se tiene en él quebranta la seguridad atenta contra la lealtad y denota una perversión mayor que aquel que hace daño sin unirle ningún vínculo con su víctima. Es nuestra legislación además de considerarse como circunstancia agravante genérica Art. 10 No. 9, el abuso de confianza aparece como circunstancia cualificativa del delito de corrupción de menores, según el Art. 397 Pn que dice: "El que habitualmente o con abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, será castigado con tres años de prisión mayor." y en el estupro de acuerdo al Art. 396 inciso primero que estatuye: "El estupro de una mujer mayor de doce años y menor de veintiuno, cometido por persona que ejerza autoridad pública, o por sacerdote, criado doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada, o por cualquiera otra persona con abuso de autoridad o confianza, se castigará con tres años de prisión mayor."

Y como agravante específica en el Hurto, Art. 471 circunstancia 3a. que a la letra dice: El hurto será castigado con una tercera parte más de las penas respectivamente señaladas en el artículo anterior: ...3o. Si fuere doméstico o interviniere grave abuso de confianza;".

Refiriéndose a la agravante de abuso de confianza, Zapata Medina dice: - "El abuso de confianza participa del mismo sustrato que la traición, pues también consiste en el quebrantamiento de normas de lealtad. Pero no se trata en este caso de la lealtad que debe guardarse a todo semejante por el hecho de serlo, sino de aquella, más particularizada, que es exigible al delincuente como correspondencia a la fe depositada en él por el ofendido a título de amistad o familiaridad o a cualquier otro que suponga aquella. Pero sucede que la circunstancia séptima, en aquellas infracciones donde la alevosía es aplicable, se confunde con ella; y para afirmar la semejanza de ambas nos basta sólo con constatar lo que el abuso de confianza presupone para el ofendido en los delitos contra las personas. Ocurre que en los delitos contra la propiedad, el ofendido, precisamente por la fe que tiene depositada en el hechor, no espera que éste se apropie de bien alguno de su -

dominio. Ahora bien, tratándose de un delito contra las personas, este "no esperar" no puede sino equivaler a la indefensión de la víctima, pues ¿para qué otra cosa puede prevalerse el actor, de la confianza que en él tiene el ofendido, si no es para procurarse su indefensión?. Como se advertirá, la conclusión señalada fluye de la exigencia de que el hechor deba prevalerse de la confianza para que se dé la agravante. Si así no fuere, resultaría que la causal sería de estimar siempre que se hiriere o matare a un amigo, v. gr., lo cual evidentemente es un absurdo." (17) Huelga todo comentario.

18. RELACION CON LA AGRAVANTE DE PREVALERSE DEL CARACTER PUBLICO QUE TENGA EL CULPABLE. - "Prevalerse del carácter público que tenga el culpable" (Art. 10 No. 10 Pn).

La expresión prevalerse, que utiliza nuestro Código Penal; en esta agravante, significa valerse o aprovecharse de una circunstancia de privilegio en que se encuentra el servidor público, para la comisión del delito; tal conducta es de suyo reveladora de una gran inmoralidad y amercita, sin ninguna discusión mayor representación.

El funcionario público que así procede, tiene conciencia de su influencia política, prestigio y del temor que inspira a su víctima el carácter público que ostenta, lo que le viene a dar seguridad en la ejecución del delito fuera de todo riesgo personal. Lo anterior denota el abuso del carácter público del funcionario que tiene por finalidad eliminar la defensa de su víctima, valiéndose de su cargo, de donde se desprende la analogía con la alevosía.

Sobre el particular, Zapata Medina, piensa que "El prevalecimiento de la influencia, prestigio, respeto o temor que puede producir o inspirar el carácter público que ostente el hechor, puede caer de lleno dentro del campo de lo alevoso tratándose de atentados contra la vida o la integridad corporal, ya que es eficaz para proporcionar al delincuente absoluta seguridad en la comisión del delito sin

(17) Jorge Zapata Medina - Obra citada - Pág. 43

riesgo para sí. En tal caso estimamos que deberá aplicarse sólo la alevosía, pues la causal 8a, sería absorbida por ella. Lo que no puede darse es la compatibilidad de ambas agravantes, pues si el prevalimiento de carácter público del culpable no ha proporcionado a éste la absoluta indefensión de la víctima, le habrá proporcionado al menos la disminución de las posibilidades defensivas de ésta, dos cosas que no pueden coexistir en un mismo hecho". (18)

Debemos de aclarar, que no se trata de los delitos de empleados públicos en el ejercicio de su cargo, pues estos se derivan del cargo público, y que nuestro Código Penal los regula en el Título VII del Libro segundo, tales delitos son: Prevaricación Art. 278 y sig.; Infidelidad de la custodia de presos Art. 287 y sig.; - Infidelidad en la custodia de documentos Art. 291 y sig.; Violación de secretos -- Art. 295 y sig.; Desobediencia y denegación de auxilio Art. 299 y sig.; Anticipación, Prolongación y abandono de funciones públicas Art. 304 y sig.; Abusos contra la Honestidad Art. 328 y sig.; Cohecho Art. 330 y sig.; Malversación de caudales públicos Art. 338 y sig.; y Fraudes y exacciones ilegales Art. 344 y sig. Por lo que la agravante que nos ocupa es inoperante en estos delitos.

Para ser apreciada dicha agravante debe el culpable prevalerse de su carácter público para realizar su obra criminal.

19.- RELACION CON LA AGRAVANTE DE AUXILIO DE GENTE ARMADA.- "Ejecutar el delito con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad" (Art. 10 No. 12 Pn).

Numerosos autores entre ellos: Luis Jiménez de Asúa, Manuel Castro Ramírez h., Quintano Ripolles, Zapata Medina y otros, sostienen que esta circunstancia pertenece a la gran familia de la alevosía. (19) El primero, en su obra La Ley y El Delito, las agrupa de la siguiente manera: "formas alevosas, traidoras o cobardes: a) Alevosía propiamente dicha. b) Emplear astucia, fraude o disfraz. --

(18) Jorge Zapata Medina - Obra citada - Pag. 43-44.

(19) Luis Jiménez de Asúa - Obra citada - Págs. 485-486; Manuel Castro Ramírez h., - Obra citada - Págs. 239-240 y Zapata Medina - Obra citada - Pág. 44.

c) Abusar de superioridad. d) Obrar con abuso de confianza. e) Cometer el hecho - aprovechándose de calamidad. f) Ejecutarlo con armas o en unión de quienes proporcionan la impunidad. g) Nocturnidad o despoblado. h) Escalamiento. i) Fractura. - j) Embriaguez preordenada al delito."

Por su parte el Mestro Manuel Castro Ramírez h., al estudiar la circunstancia agravante de "Auxilio de Gente Armada", hace un estudio de suma importancia por lo que nos permitimos reproducirlo íntegramente: "Estamos en presencia de una circunstancia genuinamente alevosa, con la peculiaridad, como dice un autor moderno, de que esta vez se trata de una alevosía que pudieramos denominar "colectiva", para distinguirla de la individual del número 2o. que es la alevosía-tipo. En realidad, si la alevosía es el empleo de medios que alejen todo riesgo por la posible reacción de la víctima, no cabe duda que uno de los medios más eficaces para lograr - eso, es ejecutar el delito con auxilio de gente armada. Sin embargo esta forma de delinquir que casi constituye una superalevosía, no está incluida entre las circunstancias que califican el delito de asesinato, de manera que un asalto, por ejemplo de cuatro individuos armados, que matan a la víctima, sería un homicidio simple con la agravante de abuso de superioridad o de esta circunstancia del auxilio de gente armada, pero no constituiría asesinato.

Ya sea que se ejecute el delito con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad, salta a la vista que lo que se propuso - el delincuente es asegurar su persona y afianzar el éxito del hecho. Casi siempre, quien se auxilia de gente armada o de personas que aseguren su impunidad, ha meditado reflexivamente el delito y por ello los autores dicen que esta circunstancia en muy pocos casos dejará de ser signo visible de premeditación. Es incompatible la agravante con los delitos de muchedumbre, como los de rebelión, sedición, riñas - tumultuarias. Está ya prevista y penada en el delito de robo, con la variación de que el robo se ejecute en despoblado.

En la circunstancia que comentamos se emplea el término vago de "gente", cuya recta interpretación es que ha de referirse a dos o más personas, sin contar al que requiere el auxilio o lo utiliza; y la expresión "armada" debe interpretarse tanto a las armas de fuego como a las blancas y en general, a todo objeto capaz, eventualmente para agredir, como serían piedras, palos, etc."

20.- RELACION CON LA AGRAVANTE NOCTURNIDAD Y DESPOBLADO.- "Ejecutarlo de noche o en despoblado. Esta circunstancia la tomarán en cuenta los tribunales, según la naturaleza y accidentes del delito" (Art. 10 No. 13 Pn).

Esta agravante comprende dos circunstancias; a) ejecutar el delito de noche y b) ejecutarlo en despoblado. Respecto de la primera, nos parece inapropiado el término noche, pues el código vigente data de 1904, época en que estas eran tenebrosas llenas de misterio, las ciudades carecían de alumbrado público, propiciando la oscuridad que acompañaba generalmente al delincuente y le facilitaba la impunidad; pero en la actualidad, con raras excepciones, las ciudades modernas se caracterizan por su iluminación que destierra por completo la oscuridad, razón por la cual muchos autores, entre ellos Manuel Castro Ramírez h., para citar a un nacional, prefieren el término oscuridad por considerarlo más aceptable.

La jurisprudencia española ha sostenido doctrinas contradictorias referentes a la relación de esta agravante con la alevosía, unas veces ha sostenido que ambas son perfectamente compatibles y en otras declara que la nocturnidad forma parte de la alevosía. La alevosía es perfectamente compatible con la agravante de nocturnidad, "ya que aquélla se refiere al procedimiento utilizado por el culpable, prevaleciendo del estado de indefensión del ofendido, evitando así todo posible riesgo personal, y la segunda hace relación a la posible impunidad del delincuente que busca y se aprovecha de la noche, al fin de realizar el delito más fácilmente y con mayores probabilidades de eludir la consiguiente responsabilidad." -

(20). En sentido opuesto lo declara la sentencia del 17 de junio de 1948, al expresar: "Que la circunstancia de alevosía está constituida por una serie de elementos, representados por medios, modos o formas, buscados de propósito o aprovechados, en cualquiera de los delitos cometidos contra las personas, con la tenden

(20) Sentencias citadas por Camargo Hernández - Pág. 93 Obra antes mencionada.

cia especial y directa de lograr los fines de asegurar la ejecución y suprimir para el actor todo riesgo que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido; por lo que cuando se elige la nocturnidad con esos objetivos concretos señalados y no con los distintos de procurar facilidades y que el delito quede impune el elemento de nocturnidad forma parte integrante de la alevosía y es medio utilizado a los fines de la misma, sin que sea entonces permitido apreciarla por separado y con independencia." (21)

Las doctrinas sustentadas por el Tribunal Supremo español, han influenciado a Zapata Medina, quien sostiene por regla general que la alevosía y la nocturnidad son circunstancias independientes entre sí y que excepcionalmente la nocturnidad forma parte integrante de la alevosía. La tesis anterior la desarrolla de la siguiente manera: " a) La circunstancia de nocturnidad, consiste en el aprovechamiento que el culpable hace de la noche con el fin de procurarse la impunidad es, por fundamento, una causal distinta de la de alevosía.

No obstante, excepcionalmente la noche, buscada de propósito o simplemente aprovechada por el delincuente para atentar contra la vida o la integridad corporal de un semejante, puede constituir, no ya la agravante de nocturnidad sino una forma o medio de provocar la indefensión de éste, caso en el cual estimamos que deberá agravarse sólo por la alevosía y no por la causal a que nos referimos.

La compatibilidad de ambas circunstancias es, en consecuencia, la regla general, como reiteradamente lo ha señalado el Tribunal Supremo español.

b) La causal agravatoria de ejecutar el delito en despoblado presenta también características bien diferenciadas con respecto a la de alevosía, ya que su fundamento descansa en la mayor facilidad que el despoblado representa para la impunidad del ofensor y en la dificultad de poder recibir auxilio el ofendido por parte de otras personas.

(21) Sentencias citadas por Camargo Hernández - Pág. 94 - Obra antes mencionada.

Que ambas causales son distintas se ve claro si se observa que la víctima puede defenderse con probabilidades de repeler la ofensa tanto en poblado como en despoblado. De ahí que las dos circunstancias sean compatibles.

Sin embargo, dicha coexistencia puede ser controvertida en un caso como el siguiente: supongamos que el hechor lleva al ofendido a un lugar solitario y que allí le da muerte a traición y luego se entrega a la Justicia confesando su crimen." (22)

La Jurisprudencia Salvadoreña sostiene "que la noche y el despoblado no deben considerarse circunstancias agravantes de un delito, si no han sido buscadas de propósito para cometerlo." (23)

Sea que la noche haya sido buscada de propósito para facilitar al delincuente la ejecución del delito y lograr su impunidad, o que la aproveche para que a la víctima no le sea prestado auxilio por otras personas quedando desamparada, nos encontramos, en ambas situaciones frente a diferentes acciones alevosas, perfectamente enmarcadas en el concepto general de la alevosía.

En lo que concierne al despoblado y su concurrencia con la agravante segunda del artículo diez de nuestro Código Penal, encontramos que el agredido lo mismo puede defenderse en despoblado que en poblado, por lo que ambas agravantes son compatibles, con todo, puede presentarse el despoblado como medio de procurar por parte del actor, la indefensión de la víctima, por ejemplo: Antonio, con engaño lleva a Pedro a un sitio apartado de toda vivienda o tránsito y en ese lugar, Antonio yendo detrás de Pedro, a muy corta distancia, lo llama para detenerle, e instantánea y rápidamente lo acomete con una navaja, causándole dos heridas mortales, una por detrás y otra por delante. En este caso, hay alevosía pues la agresión fue sorpresiva e inesperada por el ofendido sin permitir la reacción natural de defensa de la víctima.

Por lo demás, los tribunales tomarán en cuenta la agravante de "ejecutar de noche o en despoblado" el delito, según la naturaleza y accidentes del mismo, de donde se desprende que hay delitos en los que no es aplicable tal circunstancia.

(22) Jorge Zapata Medina - Obra citada - Pág. 45.

(23) Revista Judicial de 1928 - Pág. 211.

21.- RELACION CON LA AGRAVANTE DE ESCALAMIENTO Y FRACTURA.- Estas agravantes están contenidas en el Art. 10 numeral 19 y 20 respectivamente, la primera estatuye "Ejecutarlo con escalamiento.

Hay escalamiento cuando se entra por una vía que no sea la destinada al efecto." La segunda: "Ejecutarlo con rompimiento de pared, techo, o pavimento o con fractura de puertas o ventanas."

Nuestra ley nos dice que "hay escalamiento cuando se entra por una vía no destinada al efecto, " esto es, cuando se introduce o penetra en la residencia ajena, saltando una cerca, un muro, una verja, por una ventana o por cualquier otro lugar que no sea destinado al acceso de la morada. El Código Penal Salvadoreño sólo nos habla de entrar por una vía no destinada al efecto; pero no regula la situación cuando se sale por una vía indebida, la definición de escalamiento significa "acción y efecto de escalar", escalar, entre otras, significa: "entrar subrepticia o violentamente en alguna parte o salir de ella, rompiendo una pared, tejado etc." (24) Comprende tanto la entrada o salida indebida.

"La fractura" de que trata la agravante número 20 debe entenderse, como - lo dice el código de Venezuela: "toda fuerza, rotura, descomposición, demolición, derribo, agujeramiento de paredes, terrenos o pavimentos, puertas y ventanas, cerraduras, candados u otros utensilios o instrumentos que sirvan para cerrar o impedir el paso o la entrada, y de toda especie de cerraduras, sean las que fueren". - Este es el concepto amplio de fractura y no solo el rompimiento material." (25)

La semejanza de estas agravantes con la alevosía la encontramos en la - violación de la morada que es el refugio de toda persona humana y de sus haberes, porque anula la defensa que naturalmente tiene el sagrado recinto del Hogar, al operar la agresión y quien para llevar adelante su obra delictiva, no respeta las

(24) D. José Alemany y Bolufer - Obra citada - Pág. 492 .

(25) Manuel Castro Ramírez h., - Obra citada - Pág. 40.

barreras de protección que los hombres han formado para garantía de su morada, estos, ya no encuentran otros medios para protegerse, el temor no se hace esperar, la peligrosidad del criminal es evidente, por lo que el ataque así perpetrado es hasta cierto punto alevoso.

CAPITULO V

JURISPRUDENCIA SALVADOREÑA

SUMARIO

22.- Doctrinas sustentadas por los tribunales de la República.

Nuestra Jurisprudencia, en materia de la alevosía es abundante, por lo que en este capítulo trataremos de las doctrinas sustentadas por nuestros Tribunales, así: a) Atacar a la víctima por la espalda; b) Aprovechamiento de los medios, modos o formas; c) Ataque a la víctima cuando está dormida; d) Concurrencia de la alevosía con otras agravantes; e) Ataque súbito y repentino; f) La alevosía debe ser plenamente probada en el proceso; g) Diversos casos de indefensión.

a) Atacar a la víctima por la espalda:

SENTENCIA No. 1. "I- Hay alevosía en la ejecución de un delito de homicidio, cuando tres individuos causan lesiones con machete a otro que estaba ebrio de aguardiente, acurrucado y con la cabeza agachada sobre las piernas, habiendo sido atacado por la espalda, ante todo, por uno de los agresores diciéndole en el mismo momento: "vos sos Fulano", y descargándole un machetazo.

II - En el caso anterior, aunque sólo uno de los reos hubiese atacado por detrás al ofendido, en la forma dicha, si los tres procesados llegaron juntos al lugar del hecho con igual propósito criminal, todos ellos responden por igual de la circunstancia de alevosía y del homicidio calificado.

III - La agravante de alevosía excluye la de abuso de superioridad, que viene a ser un elemento de aquélla no pudiendo tener doble efecto de agravación los mismos hechos". (1)

SENTENCIA No. 2. "Existe la agravante de alevosía en la comisión de un delito de homicidio, cuando el reo en una cantina ejecuta al ofendido, por detrás, con un corvo, sin hablarle, las lesiones que le produjeron la muerte" (2)

(1) Revista Judicial, Tomo XXXV, 21 de junio 1930, Pág. 132

(2) Revista Judicial, Tomo XXXVI, febrero 25 de 1931, Pág. 67.

SENTENCIA No. 3. "No existe la agravante de alevosía en la ejecución de un delito de homicidio, aunque el reo en los comienzos del ataque haya tirado de machetazos al ofendido "por detrás y sin pronunciar palabra", si hay prueba - en la causa, reconocida por el Jurado, de que el ofendido antes de la agresión, - estaba ya apercebido del posible acometimiento de su enemigo, y tuvo tiempo de enfrentarse a éste, sacando su corvo para reñir con él." (3)

SENTENCIA No. 4.- "I Hay alevosía en la ejecución de un delito de homicidio, si el reo, en concepto de agente de la autoridad, detiene al ofendido para registrarlo y después de esta diligencia le permite continuar la marcha, y entonces el reo, por la espalda, sin hablarle, ejecuta al ofendido dos disparos que le produjeron la muerte.

II- En el caso expuesto, no ha concurrido la agravante de premeditación, aunque el reo días antes de consumar el delito propalaba que daría muerte al ofendido, porque esta manifestación no fue más que una amenaza que ni siquiera demuestra con certeza que en el momento de hacerla pensó el reo en cometer el delito, mucho menos que lo meditara de manera "fría, calculada y reflexiva", tanto más cuanto que el encuentro se verificó de una manera casual, sin buscarse oportunidad para ello.

III- En la ejecución del mismo delito ha concurrido la agravante de haberse prevalido el reo del carácter público de agente de policía que tenía, pues en este concepto requirió a la víctima para registrarla y pudo hacerse obedecer. Esta circunstancia se toma en cuenta no obstante que la negó el Jurado en forma inadecuada, porque no le es permitido a este tribunal hacer apreciaciones jurídicas."

(4)

SENTENCIA No. 5. "Hay delito de homicidio calificado frustrado cuando los hechos cometidos por un reo -ocultarse dentro del monto y dispararle por la espalda un tiro de escopeta al ofendido cuando ésta caminaba de una ciudad al - cantón de su domicilio- ponen de manifiesto que su propósito fue cometer un homicidio con alevosía, habiendo realizado todos los actos que por su naturaleza habrían de producirlo, no habiéndose consumado por causas independientes de su voluntad"

(5)

(3) Revista Judicial, Tomo XXXVI, 28 octubre de 1931, Pág. 480.

(4) Revista Judicial, Tomo XXXIX, 20 marzo de 1934, Pág. 223.

(5) Revista Judicial, Tomo XXXX, 26 julio de 1935, Págs. 451-452.

SENTENCIA No. 6.- "I- No hay alevosía en la ejecución de un delito de homicidio si el reo persiguiendo al ofendido le da alcance y lo hiere por detrás a sabiendas de que éste, si hubiese querido, habría repelido la agresión que comenzó desde que principió la persecución; pero si concurre la agravante de abuso de superioridad, pues la forma en que se verificó el hecho pone en evidencia que el reo procedió sabedor de la ventaja indiscutible que le proporcionó la situación en que se colocó el ofendido.

II- La confesión de un reo, como única prueba de su delincuencia en la causa, debe aceptarse como atenuación especial para rebajar la pena en una tercera parte, si concurren en ella los requisitos de ser clara, espontánea y terminante sin tomar en consideración si es o no sincera, por no exigirlo en este caso la ley".
(6)

SENTENCIA No. 7.- "I- Hay alevosía en la ejecución de un delito de homicidio, cuando el ofendido, como comandante cantonal, cita al reo para que concurra el siguiente día a prestar su servicio en un retén, y habiéndose negado el requerido le dijo el comandante que "podía llevarlo capturado", por lo que el reo se apeó de la bestia que montaba y disimulando su intención se acercó al ofendido y por detrás lo hirió mortalmente.

II- Si en el homicidio calificado de que se ha hecho mérito existe en favor del reo la atenuante de su presentación voluntaria a la autoridad después del delito, procede rebajar en una cuarta parte la pena que la ley fija a la infracción atendiendo a la entidad de dicha atenuante" (7)

SENTENCIA No. 8.- "I- Hay alevosía en la ejecución de un delito de lesiones cuando estando el ofendido quitando llave a la puerta de una bodega, llega por detrás el reo, lo abraza y acto continuo le ejecuta la lesión que le fue reconocida.

II- En el caso expuesto, la agravante de alevosía hace elevar la pena le- gan en una tercera parte y siendo esta circunstancia una agravación especial determinada por la ley al castigar el delito, no quedan excluidas otra u otras agravantes concurrentes que hagan elevar más la pena que corresponde al reo" (8)

(6) Revista Judicial, Tomo XXXX, 18 octubre de 1935, Pág. 462

(7) Revista Judicial, Tomo XXXX, 18 diciembre de 1935, Pág. 485

(8) Revista Judicial, Tomo XLI, 27 febrero de 1936, Pág. 178.

SENTENCIA No. 9.- "I- Hay alevosía en la ejecución de un delito de homicidio, cuando estando el ofendido recostado en el mostrador de una cantina, dando la espalda a la calle, entra corriendo el reo a la cantina y con un cuchillo que portaba ejecuta una lesión mortal a dicho ofendido, en la posición en que se hallaba, huyendo después.

II- Aunque el Jurado declare que un homicidio fue ejecutado con un cuchillo, no existe la agravante de arma prohibida si no se conoce la clase de cuchillo empleado". (9)

SENTENCIA No. 10.- "I- Un agente de policía que captura a un individuo porque no le muestra el boleto de vialidad, y después logra escapar el último, pero el agente lo sigue y de cerca le dispara varios balazos con su revólver causando le por detrás las lesiones que le produjeron la muerte, comete el delito de homicidio simple, con la agravante de haberse prevalido de su carácter público de agente; debiendo aplicarse al reo, por esta circunstancia agravante, la pena legal aumentada en una tercera parte, tomando en cuenta que la captura fue acompañada de vejaciones y atropellos.

II- Si de una agresión resultan lesiones graves castigados con mayor pena que aquélla, solamente existe el delito de lesiones imputable al reo" (10).

SENTENCIA No. 11.- "Debe calificarse se asesinato el homicidio que un individuo ejecuta en otro que se hallaba en cuclillas, agachado, jugando a los dados con otros, en momentos que el ofensor, sin hablar palabra, lo ataca por detrás con un machete corvo, en esa posición, produciéndole las lesiones de que falleció. Por concurrir en este caso la circunstancia de alevosía, debe aplicarse al reo la pena de muerte por fusilación" (11).

SENTENCIA No. 12.- "I- No existe la agravante de alevosía en la ejecución de un delito de homicidio, cuando el reo, hallándose parado el ofendido en una esquina, en la calle de una población, con un puñalito en la mano limpiándose las uñas, se acerca a él, le hace un pequeño saludo y retirándose después como cuatro o cinco metros, le hace por detrás dos disparos de revólver causándole la muerte; siendo de advertir que entre ofensor y ofendido había antecedentes de enemistad.

(9) Revista Judicial, Tomo XLII, 23 de agosto 1937, Pág. 717

(10) Revista Judicial, Tomo XLIII, 28 de abril 1938, Pág. 173

(11) Revista Judicial, Tomo XLIII, 18 de octubre 1938, Pág. 459

II- Las agravantes de haber empleado el reo, en el caso expuesto, medios que debilitaron la defensa que pudo hacer el ofendido y la del uso de arma prohibida, se compensan racionalmente con las atenuantes de la presentación voluntaria del reo, después de cometido el delito y la buena conducta anterior del mismo, respectivamente. (12)

SENTENCIA No. 13.- "Si en una reunión determinada, en donde se distraían varias personas, dos individuos bailaban juntos, mientras un tercero permanecía parado fuera del círculo del baile, con un machete-corvo desenvainado en las manos, y cuando aquéllos dos individuos que bailaban pasaron por donde estaba el tercero, éste, repentinamente, sin mediar palabras, por detrás, con el machete-corvo, que portaba, descargó de machetazos a ambos individuos causando la muerte de uno y lesionando menos grave al otro, queda bien caracterizada la agravante de alevosía respecto de ambos delitos, constituyendo uno de ellos asesinato consumado." (13)

SENTENCIA No. 14. "Un hombre entra sigilosamente en la casa de su hermana y cuando ésta se hallaba tomando café, en el momento que se llevaba la taza a la boca, dicho hombre, sin hablar palabra, le descarga un tremendo machetazo en la cabeza, botándola al suelo, donde le ejecutó otros machetazos hasta dejarla muerta; y después, porque una niña de dieciséis años, hija de la occisa, le dijo al criminal "no sea ingrato", éste, contestándole "pues con vos", le arrojó rápidamente un machetazo, por lo que la agredida salió huyendo, siguiéndola el agresor, quién al alcanzarla le dió de machetazos por detrás hasta matarla. Ese hombre, autor de ambos hechos, es responsable de doble asesinato y merece la pena de muerte por fusilación. (14)

SENTENCIA No. 15.- "I- Hay alevosía cuando un hombre entra de puntillas en una cocina y se dirige a donde una señora está en cuclillas, inclinada sobre un comal colocado en un poyo, tostando unos tamales y por detrás, sin hablarle, le descarga varios machetazos con un corvo deshojado que portaba, muriendo la ofendida instantáneamente. Este hecho constituye el delito de asesinato castigado con la pena de muerte por fusilación.

(12) Revista Judicial, Tomo XLIV 27 de julio de 1939, Pág. 643

(13) Revista Judicial, Tomo XLIV, 14 de septiembre 1939, Pág. 682

(14) Revista Judicial, Tomo XLV, 12 de abril de 1940, Pág. 499

II- Los testigos menores de dieciséis años de edad, que han declarado con suficiente discernimiento, según opinión del Juez, y que han presenciado la ejecución del hecho referido, constituyen suficiente prueba legal para fundamentar la elevación de la causa a plenario, aunque dichos testigos sean cuñados del reo." (15)

SENTENCIA No. 16.- "Hay asesinato cometido con alevosía en el caso de que yendo una muchacha por un camino, acompañada de su hermano, al pasar por cierto punto del camino, le sale a ésta de un callejón, un individuo armado de un machete deshojado, llevándolo en alto y habiendo visto a la muchacha corre hacia ella y por detrás le causa un machetazo en la cabeza, botándola al suelo, estando inerte la víctima, y después continúa arrojándole innumerables machetazos, hasta darle muerte, habiéndola arrastrado asido del cabello" (16)

SENTENCIA No. 17.- "Hay alevosía en la ejecución de un homicidio, cuando hallándose el ofendido agachado recogiendo unas estacas se acerca a él un individuo, a caballo, y sin pronunciar palabra le hace un disparo con el revólver que portaba, por detrás, de manera brusca e inesperada, produciéndole instantáneamente la muerte. Este hecho, cometido bajo el imperio de la ley penal anterior, constituye un homicidio calificado." (17)

SENTENCIA No. 18.- "Hay asesinato en el homicidio cometido por un hombre armado de una cuma en una mujer desarmada, ejecutado el hecho con alevosía en la forma siguiente: iba la mujer corriendo por un camino, llevando en la cabeza un canasto, y el reo la seguía también corriendo con la cuma en la mano, ignorándose el motivo, y al darle alcance le ejecutó por detrás un machetazo en la cabeza botándola al suelo y en esa posición le ejecutó catorce machetazos más, todos -- mortales". (18)

SENTENCIA No. 19.- "Es asesinato el homicidio perpetrado por un individuo en un enemigo suyo, cometido con alevosía en la forma siguiente: estando parado el reo en una esquina pasó cerca de él el ofendido, y sin hablarle ninguna palabra le disparó por detrás un balazo produciéndole la muerte. (19)

SENTENCIA No. 20.- " Se comete delito de asesinato cuando un individuo ejecuta homicidio en su amasia con alevosía, verificado el hecho de la manera siguiente: encontró el reo a la ofendida en un camino, que éstos continuaron su mar-

(15) Revista Judicial, Tomo XLV, 19 de agosto 1940, Pág. 547

(16) Revista Judicial, Tomo XLVI, 17 de septiembre 1941, Pág. 554

(17) Revista Judicial, Tomo XLVI, 15 de octubre 1941, Pág. 568

(18) Revista Judicial, Tomo XLVII, 17 de septiembre 1942, Págs. 376-377

(19) Revista Judicial, Tomo XLVII, 28 de octubre 1942, Pág. 384.

cha, pero al moento se regresó el reo siguiéndola, que al alcanzarla, se apareó a ella, sin pronunciar una palabra, y por detrás le asestó un machetazo en la nuca, botándola al suelo, produciéndole la muerte." (20)

SENTENCIA No. 21.- "I- Hay asesinato cuando un individuo mata a otro - con alevosía, consistente en haber atacado al reo, con un machete corbo que portaba, al ofendido, estando éste acostado en el suelo, sin arma dando la espalda al reo, quien se acercó a él despacio a pasos cortos, sin hablar palabra, y en la - posición indicada le descargó varios machetazos en el cuello, cercenándole la cabeza. Este delito está castigado con la pena de muerte por fusilación.

II- La pena de muerte aplicada con sólo la circunstancia de alevosía, no es inconstitucional porque la Constitución Política de 1886, que permite dicha pena por asesinato, no definió este vocablo, y por lo mismo ha podido una ley secundaria modificar el concepto de asesinato, el cual según ley anterior requería premeditación y otra circunstancia más determinada por la misma ley." (21)

SENTENCIA No. 22.- "En un delito de homicidio concurre la circunstancia agravante de alevosía cuando estando el ofendido sentado, agachado platicando - con otros amigos, por detrás el reo, sin hablarle, le causa de improviso un machetazo sobre la nuca. El delito de homicidio en este caso merece la pena de muerte, por constituir asesinato." (22)

SENTENCIA No. 23.- "No constituye asesinato sino homicidio el hecho de - matar a una persona por detrás, si se desconocen otros detalles que concurren en la ejecución del hecho máxime cuando el reconocimiento médico-legal acredita que la lesión reconocida al ofendido, estaba situada en la región externa-cleidomastoidea." (23)

SENTENCIA No. 24.- "I- Existe la agravante de alevosía si el indiciado, - agazapado en un zacatal, espera que pase la víctima y enseguida dispara por la espalda contra aquella.

(20) Revista Judicial, Tomo XLVII, 7 diciembre 1942, Págs. 396-397.

(21) Revista Judicial, Tomo L, 4 septiembre de 1945, Pág. 313.

(22) Revista Judicial, Tomo LII, 12 septiembre de 1947, Pág. 450.

(23) Revista Judicial, Tomo LIII, enero 14 de 1948, Pág. 309.

II- Aunque se pruebe que dos de los votos que concurrieron en un veredicto hubieren sido obtenidos por cohecho, no hay nulidad del veredicto porque los tres votos restantes formarían la mayoría que la ley exige para la validez del mismo." (24)

SENTENCIA No. 25.- "I- Es delito de asesinato la muerte violenta de una persona con la concurrencia de la circunstancia cualificativa de alevosía.

II- Hay alevosía cuando, encontrándose de pie una persona, es atacada por detrás por otra, con un machete-collins y sin pronunciar palabra, no obstante que de los autos no aparezcan probadas la indefensión e imprevisión del agredido, pero si que no pudo manifestar ninguna defensa que pudiera hacer correr riesgo al agresor en su persona, dados lo sorpresivo del ataque, la gravedad de las lesiones y el lugar del cuerpo en donde fueron inferidas.

III- Para que la circunstancia de alevosía sea cualificativa del delito de asesinato, es preciso que se encuentre plenamente probada en el proceso." (25)

SENTENCIA No. 26.- "I- No existe alevosía, sino abuso de superioridad, cuando dos individuos armados de corvo atacan simultáneamente por detrás a otra persona que al ir huyendo cae al suelo, en donde le causan las lesiones que le produjeron la muerte, si el jurado ha declarado que el occiso se defendía de sus agresores con el corvo que portaba.

II- Para apreciar la alevosía como circunstancia CUALIFICATIVA del delito de asesinato, es indispensable que los hechos que la caracterizan se encuentren plenamente comprobados en el proceso." (26)

SENTENCIA No. 27.- "I- Si en el juicio hay prueba de que el reo dió muerte a la víctima atacándola a machetazos por detrás, de sorpresa y sin darle tiempo para que se defendiera, en momentos en que el occiso tomaba impulso para ponerse de pie, debe de calificarse el hecho como asesinato por concurrir en su comisión la circunstancia de ALEVOSIA reconocida por el Jurado.

(24) Revista Judicial, Tomo LIII, febrero 6 de 1948, Pág. 318.

(25) Revista Judicial, Tomo LV, 11 noviembre 1950, Págs. 525-526

(26) Revista Judicial, Tomo LVI, 15 febrero 1951, Pág. 758

II- La pena de muerte que merece el reo, de acuerdo con el Art. 357 Pn., no es susceptible, por su naturaleza, de modificación, ni está en los casos que contempla el Art. 56 Pn, de ser sustituida esa pena por la de presidio aumentada en una tercera parte de su duración máxima, porque en el proceso únicamente existen las circunstancias modificativas, reconocidas por el Jurado, de haberse ejecutado el hecho haciendo uso de arma prohibida y la de ser el primer delito y haber observado buena conducta anterior el procesado." (27)

SENTENCIA No. 28.- "Concurre la agravante de abuso de superioridad y no la de alevosía en la comisión de un homicidio, si el delincuente infiere por detrás al ofendido la lesión que le produjo la muerte en los momentos en que luchaba con un tercero, y no existe prueba en el proceso de que el ofendido se encontraba en una situación embarazosa que le impidiera toda defensa para repeler el ataque de su agresor." (28)

SENTENCIA No. 29.- "El disparo por detrás constituye alevosía (Revista Judicial, 1893- Pág. 116), que es la seguridad, la traición y sobre seguro que usa el criminal. (Revista Judicial, 1825- Pág. 597)." (29)

El ataque a la víctima por la espalda, para su concurrencia se requiere que sea realizado por el culpable en una forma repentina sin que el sujeto pasivo de la agresión pueda darse cuenta de ella, ni que tenga la menor sospecha del ataque alevoso; el ataque por la espalda pone a la víctima en una imposibilidad absoluta de reaccionar defensivamente.

El hecho de atacar por la espalda no determina por sí solo la calificación de la alevosía, deben constar en los hechos probados situaciones que den vida a la circunstancia agravante del delito, sin faltar desde luego, la intención del agente encaminada directamente a obtener el éxito en su acción.

En la vida real se suceden casos en los que aparecen en el cadáver, las lesiones mortales por la espalda, ocasionadas la mayor parte de veces por accidente. Traemos a cuenta una experiencia vivida, en un tribunal de esta ciudad: luego

(27) Revista Judicial, Tomo LVI, 20 febrero 1951, Pág. 763.

(28) Revista Judicial, Tomo LVI, 1o. de marzo 1951, Pág. 766

(29) Citado por Manuel Castro Ramírez, Obra aludida, Pág. 29.

de un incidente verbal a causa de que el reo se negó a entregar a la patrulla militar un revólver, corría por la calle siendo perseguido por éstos, quienes para detenerlo disparaban al aire. Ante la inminente persecución contestaba el fuego, lesionando a varios patrulleros, cayendo el último de ellos con el orificio de entrada del proyectil que le produjo la muerte, por la espalda.

Se estableció que el disparo que mató al patrullero había sido disparado por el revólver del reo, calibre 22; pero, como pudo el proyectil penetrar por la espalda cuando el reo iba adelante del patrullero?... el proyectil extraído del cadáver estaba aplastado como si hubiera chocado con alguna superficie dura antes de introducirse al cuerpo de la víctima.

b) Aprovechamiento de los medios, modos o formas:

Para que exista la agravante de alevosía no se requiere que el culpable busque previamente los medios, modos o formas que aseguren la ejecución del delito sin riesgo para su persona; basta que en el momento de realizar la infracción se aproveche de ellos para la consumación de su perverso propósito. Este criterio ha sido sostenido desde 1893 por los tribunales de la República.

Para su feliz apreciación, debe tomarse muy en cuenta por nuestros tribunales, el elemento subjetivo del aprovechamiento o utilización de los medios, modos o formas que aseguren la ejecución sin riesgo para su persona, además, el estado o situación de indefensión de la víctima y ésta sea advertida por el culpable en el momento de la agresión, por tanto, no es necesario que de antemano se busquen los medios alevosos, ni que el delito sea premeditado, sino que basta que el culpable sepa que en aquel instante la víctima está indefensa para repeler el ataque y se aproveche de la ocasión.

SENTENCIA No. 30.- "El inculpado al ejecutar el delito aprovechó la ocasión de no haber sido visto por la víctima para defenderse, por lo cual la alevosía quedó suficientemente caracterizada. (Revista Judicial 1893. Pág. 41)" (30)

SENTENCIA No. 31.- "Hay alevosía en la ejecución de un delito de homicidio, cuando el reo para atacar y herir al ofendido se aprovecha de la circunstancia de hallarse éste abrazado por otra persona, con quién no resulta que aquél tenga connivencia para la comisión del delito, siendo además repentino el ataque, -

sin mediar palabras, ignorándose los móviles del delito y los antecedentes entre ofendido y reo* (31)

SENTENCIA No. 32.- "I- Hay alevosía en un delito de homicidio, cuando el reo llega a la puerta de un estanco, montado en una bestia y viendo en el interior al ofendido, recostado sobre el mostrador de la cantina, sin poder ver al ofensor debido a la posición en que se hallaba, le dispara a éste varios tiros de su revólver lesionándolo de muerte y huye inmediatamente después.

II- Para que exista la agravante de alevosía, no es preciso que el reo busque previamente los medios o modos o formas que aseguren la ejecución del delito sin riesgo de su persona, basta que en el momento del suceso se aproveche de ellos para realizar su propósito criminal, aunque la decisión de dañar sea tomada en el mismo momento del hecho." (32)

SENTENCIA No. 33.- "Si riñendo dos personas a las manos, llega una mujer que, sin connivencia con ellos ataca con un cortaplumas a una de dichas personas y la hiere en el abdomen, matándola, no concurre respecto de la agresora la agravante de alevosía, que existe cuando se obra con la seguridad de no correr -- riesgo personal alguno; pero si resulta de los hechos así probados, que la reo procedió en la ejecución del delito con la agravante de aprovecharse de la ocasión de riña, que debilitaba la defensa del ofendido" (33).

SENTENCIA No. 34.- "I- Hay alevosía en la ejecución de un delito de homicidio, cuando el reo, aprovechando la circunstancia de que el ofendido se hallaba acostado, en la noche, lo atacó repentinamente con un machete-corvo, ejecutándole varias lesiones que le produjeron la muerte.

II- Aunque el ofendido, en el caso propuesto, haya recibido muchas lesiones, no constituye esto la agravante de añadir ignominia a los efectos propios del delito, ni la consignada en el No. 5, del Art. 10 Pn., si no hay prueba respecto de ésta de que ese elevado número de machetazos fue ejecutado a la víctima con el deliberado propósito de aumentar el mal del delito". (34)

(32) Revista Judicial, Tomo XXXVI, enero 27 de 1931, Pág. 60

(33) Revista Judicial, Tomo XXXVI, 3 de noviembre 1931. Pág. 482

(34) Revista Judicial, Tomo XXXVII, 2 de diciembre 1932, Pág. 562

(31) Revista Judicial, Tomo XXXV, 22 abril de 1930 Pág. 119.

SENTENCIA No. 35.- "I- Hay alevosía en la ejecución de un delito de homicidio, si el reo para cometer éste se aprovecha del momento en que el ofendido se halla en una cantina entretenido en jugar y cantar, atacándolo aquél con una navaja sin pronunciar palabra.

II- Aunque poco tiempo antes del hecho el ofendido arrojó a la cara del reo el aguardiente que en una copa le había obsequiado éste, diciéndole "que no necesitaba que le obsequiara ningún desgraciado", no constituye esta circunstancia la atenuante 3a. del Art. 9 Pn., porque tal ofensa no procedió inmediatamente al hecho; ni es pertinente aplicar la atenuante 4a. del mismo artículo, porque en el caso ocurrente no se estima grave la referida ofensa, tomando en cuenta el lugar en que se cometió el delito -una cantina- la posición social del reo y su estado de ebriedad confesado por él mismo en su indagatoria". (35)

SENTENCIA No. 36.- "Hay alevosía en la ejecución de un delito de homicidio cuando el reo ataca al ofendido con una cuchilla causándole una lesión mortal, en momentos que dicho ofendido se encontraba distraído conversando, con los brazos cruzados, sin que precedieran palabras entre ellos. La existencia de la alevosía no depende de que la víctima haya sabido o no que podía correr riesgo por un ataque de parte de aquél a quien hubiere ofendido de cualquier manera en ocasiones anteriores a la ejecución del delito, sino que consiste en que el victimario --obre sin riesgo para él aprovechándose de circunstancias que impidan a la víctima defenderse" (36).

SENTENCIA No. 37.- "Hay alevosía en la ejecución de un delito de homicidio cuando el reo, aprovechándose de la circunstancia de que el ofendido se hallaba ocupado en sacar agua de un pozo, lo ataca por detrás, repentinamente y lo hiere con un machete que portaba, produciéndole la muerte". (37)

SENTENCIA No. 38.- "I- El parentesco entre padre e hijo, en causa criminal, debe justificarse como lo prescribe el Código Civil y no por confesión del reo. Si éste declaró haber matado a su padre, debe calificarse el delito como homicidio y no como parricidio.

II- No existe alevosía en la ejecución del homicidio referido, si comienza la riña entre las dos personas, llega un tercero y toma de los brazos a una de -

(35) Revista Judicial, Tomo XXXVIII, 24 noviembre 1933, Pág. 181.

(36) Revista Judicial, Tomo XXXVIII, 29 noviembre 1933, Pág. 183.

(37) Revista Judicial, Tomo XLI, 24 de marzo 1936, Pág. 181.

ellas para despartarlas, aprovechando este momento la otra persona para herirla con el cuchillo que portaba.

III- Concurriendo en el citado delito, la atenuante de confesión sincera del reo, sin ser única prueba de la delincuencia de éste, procede rebajar en una cuarta parte la pena legal." (38)

SENTENCIA No. 39.- "Hay alevosía cuando el autor de un homicidio lo ejecuta de noche disparando su revólver contra el ofendido en momentos que éste se hallaba dormido, bastando para que exista la agravante mencionada, que el hechor se aproveche de las circunstancias que le proporciona seguridad personal en la ejecución del delito, sin necesidad de buscarlas premeditadamente. El homicidio perpetrado con la alevosía constituye el delito de asesinato, no siendo indispensable para esta calificación saber los móviles del delito, debiendo imponerse al reo la pena de muerte por fusilación." (39)

SENTENCIA No. 40.- "I- El Jefe de una escolta militar que ordena a sus soldados la ejecución de tres homicidios continuados o simultáneos, es responsable de tres delitos de homicidios diferentes que deben castigarse conforme la ley penal anterior bajo cuyo imperio se cometieron.

II- Si antes de cometerse esos delitos, fueron amarrados de las manos - hacia atrás los ofendidos, y en esa forma, desarmados, los llevaron al lugar don - de fueron ultimados, deben estimarse tales infracciones como homicidios calificados ejecutados con alevosía, reprimidos por la ley entonces vigente, con doce - años de presidio.

III- Si esos homicidios fueron ejecutados además con las agravantes de prevalerse del carácter público que tenía el culpable, ejecutarlos de noche, bus - cada de propósito, en despoblado y con arma prohibida, procede elevar la pena - correspondiente a cada delito en una tercera parte; pero si de esto resulta una pe - na total mayor de veinte años de presidio, debe limitarse a ésta la pena imponible.

IV- Si el veredicto del Jurado declara que el Jefe de la escolta ordenó la ejecución de los hechos punibles, y al mismo tiempo declaró que los individuos

(38) Revista Judicial, Tomo XLII, junio 21 de 1937, Pág. 213.

(39) Revista Judicial, Tomo XLV, octubre 21, de 1940, Pág. 586.

procesados como miembros de la referida escolta no fueron los que formaban ésta, ni ejecutaron ellos los referidos delitos, no existe contradicción en las contestaciones del veredicto, y debe absolverse a esos reos de los hechos que se les imputa." (40)

SENTENCIA No. 41.- "I- Hay alevosía en la ejecución de un homicidio, - cuando teniendo un individuo agarrado de la mano derecha al ofendido, llega otro y le ejecuta un machetazo en dicha mano que casi se la amputa, y a continuación, sin dar lugar a la defensa, le descarga dos machetazos más, uno en la nuca y otro en el hombro, por lo que el ofendido sin hacer uso de sus armas (un revólver y un puñal), sale huyendo, y el que lo tenía agarrado de la mano lo persigue, lo mismo que el otro, y al ver el primero que el agredido cae al suelo baldado, le descarga una serie de machetazos hasta matarlo.

II- En el caso expuesto, ambos reos, aunque no haya prueba de concierto entre ellos, son responsables del delito de asesinato y deben ser condenados a la pena de muerte; pero sólo aquél que imposibilitó al agredido para la defensa y que se le pruebe haber cometido antes otro homicidio, debe sufrirla." (41)

SENTENCIA No. 42.- "I- El que mata a otro en su casa de habitación, - de noche, con un corvo, entrando sigilosamente en dicha casa, aprovechando la ocasión de que el ofendido se hallaba acostado en su cama durmiendo, comete el delito de asesinato, por concurrir la circunstancia de alevosía.

II- Si no existe en el proceso más prueba de la delincuencia del reo que su confesión judicial y extrajudicial, en el caso expuesto, no puede aplicarse - al culpable la pena de muerte, debiendo imponérsele la de veinticinco años de presidio y accesorias.

III- Si además de la confesión del reo existe en el proceso alguna presunción de culpabilidad contra éste, pero tal presunción no constituye ni semi plena prueba, insuficiente por sí sola para efectos legales el carácter de única prueba de la delincuencia del procesado." (42)

(40) Revista Judicial, Tomo XLVI, 11 febrero 1941, Págs. 467-468.

(41) Revista Judicial, Tomo XLVI, 22 de agosto 1941, Pág. 548.

(42) Revista Judicial, Tomo XLVI, 28 de octubre 1941, Pág. 576.

SENTENCIA No. 43.- "Hay asesinato en el homicidio perpetrado por dos personas en otra, ejecutándolo con alevosía en la forma siguiente: uno de los -- reos, súbitamente y por detrás descargó un machetazo en el brazo derecho del -- ofendido botándole el corvo que este tenía en la mano, oportunidad que aprovechó el otro para ejecutar al mismo ofendido un machetazo en la cabeza, dándole muerte." (43)

SENTENCIA No. 44.- "Responde del delito de asesinato, por concurrir -- las circunstancias de alevosía, quién ejecuta la muerte aprovechando que el ofen-- dido se encontraba dormido." (44)

SENTENCIA No. 45. "I- Para que la muerte violenta de una persona pueda calificarse de asesinato por la concurrencia de alevosía, es necesario que los ele-- mentos que caracterizan esa circunstancia se encuentren plenamente justificados, porque en este caso, la alevosía no opera como una agravante genérica, sino que viene a definir y a calificarse una figura delictiva especial integrando el cuerpo -- del delito.

II- El asesinato alevoso se caracteriza por el propósito intencional, do-- loso, de privar de la vida a una persona, empleando medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente, a asegurarla sin riesgos para la persona del cul-- pable que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido. Consecuentemen-- te, si el delincuente no busca o se aprovecha de esos medios de ejecución, el he-- cho resultante no puede calificarse de asesinato, sino de homicidio que pueda ser intencional o culposo.

III- Para destruir la presunción de voluntariedad que establece el inciso segundo del Art. I Pn., es preciso que la falta de intención del agente se encuen-- tre establecido en los autos con declaraciones de testigos o por otro medio legal de prueba.

IV- De acuerdo con el Artículo 318 Pr., no hace fe el testigo de oídas, -- excepto en los hechos cuyo conocimiento sólo puede adquirirse por ese sentido." (45)

c) Ataque a la víctima cuando está dormida.

SENTENCIA No. 46.- "I- Hay alevosía en la ejecución de un homicidio cuando la persona ofendida en el momento del hecho se hallaba dormida imposibi--

(43) Revista Judicial, Tomo XLVII, 23 junio 1942, Pág. 365.

(44) Revista Judicial, Tomo LIII, 29 julio 1948, Pág. 363.

(45) Revista Judicial, Tomo LVI, 24 noviembre 1951, Pág. 917.

litada para toda defensa. Este hecho, por la sola circunstancia de la alevosía, - constituye el delito de asesinato, reprimido con la pena de muerte por fusilación, de conformidad con los Arts. 356 y 357 Pn., reformado aquél por Decreto Legislativo publicado el 30 de diciembre de 1935.

II- No hay inconstitucionalidad de este Decreto, en relación con el Art. 19 de la Constitución Política de 1.886, bajo cuyo imperio se cometió el expresado delito, al establecerse la existencia del asesinato con sólo la circunstancia - agravante de alevosía o cualquiera otra de las especificadas en dicho Decreto." (46)

SENTENCIA No. 47.- "I- Cuando varios individuos matan a otro a machetazos y a palos, aprovechando la circunstancia de que el ofendido se hallaba dormido y embrocado sobre un banco de madera, concurre la agravante de alevosía - y todos son responsables del delito de asesinato.

II- No puede degenerar la agravante de alevosía en la de abuso de superioridad, aunque resulte incongruencia en la prueba testimonial sobre tal circunstancia, si el Jurado en su veredicto ha declarado la existencia de los hechos que constituyen la alevosía." (47).

SENTENCIA No. 48.- I- Hay alevosía en la ejecución del homicidio en - una señora, cuando el criminal entra sigilosamente al cuarto donde aquélla dormía, se sienta en el larguero de la cama y en el momento que dicha señora despierta y se incorpora, agarrando del pelo al reo, éste con una cuchilla que portaba le ejecuta varias heridas en el cuerpo, causándole la muerte. Este hecho constituye el delito de asesinato penado con la pena de muerte por fusilación.

II- No debe estimarse la confesión como única prueba de la delincuencia del reo en concepto de autor del delito de asesinato. Si hay otras pruebas en la causa del homicidio perpetrado aunque la alevosía sólo resultara caracterizada -

(46) Revista Judicial, Tomo XLIV, 7 septiembre 1939, Pág. 674

(47) Revista Judicial, Tomo XLV, 9 mayo 1940, Pág. 509.

por los hechos confesados por el reo, siendo inadmisibile la tesis contraria conforme al artículo 58 inciso 5o. Pn." (48)

SENTENCIA No. 49.- "Hay alevosía cuando el autor de un homicidio lo ejecuta de noche, disparando su revólver contra el ofendido en momentos que éste se hallaba dormido, bastando para que exista la agravante mencionada, que el hechor se aproveche de las circunstancias que le proporcionan seguridad personal en la ejecución del delito, sin necesidad de buscarlas premeditadamente. El homicidio perpetrado con alevosía constituye el delito de asesinato, no siendo indispensable para esta calificación saber los móviles del delito, debiendo imponerse al reo la pena de muerte por fusilación." (49)

SENTENCIA No. 50.- "I- Si un hombre entra de noche a la habitación de una persona, quitando una tabla que servía de puerta y halla durmiendo en el suelo a dicha persona, a quién en esa situación le da de machetazos produciéndole la muerte, comete el delito de asesinato castigado con la pena de muerte por fusilación.

II- Si a ese hombre criminal lo acompaña otro individuo pero no hay prueba alguna en los autos de que éste proporcionó el arma con que aquél dió muerte al ofendido, las respuestas del Jurado en su veredicto declarando probado ese hecho sin fundamento, deben tenerse por no dadas, no siendo aquel individuo acompañante del reo, ni coautor ni cómplice del delito consumado. El simple hecho del acompañamiento no es base legal para hacer esta calificación." (50)

SENTENCIA No. 51.- "I- El que mata a otro en su casa de habitación, de noche con un corvo, entrando sigilosamente en dicha casa, aprovechando la ocasión de que el ofendido se hallaba acostado en su cama durmiendo, comete el delito de asesinato, por concurrir la circunstancia de alevosía.

II- Si no existe en el proceso más prueba de la delincuencia del reo que su confesión judicial y extrajudicial, en el caso expuesto, no puede aplicarse al

(48) Revista Judicial, Tomo XLV, 11 junio 1940, Pág. 529.

(49) Revista Judicial, Tomo XLV, 21 octubre 1940, Pág. 586.

(50) Revista Judicial, Tomo XLV, 13 diciembre 1940, Pág. 610.

culpable de la pena de muerte, debiendo imponérsele la de veinticinco años de presidio y accesorias.

III- Si además de la confesión del reo existe en el proceso alguna presunción de culpabilidad contra éste, pero tal presunción no constituye ni semi plena prueba, insuficiente por sí sola para elevar la causa a plenario, no pierde aquella confesión, para los efectos legales, el carácter de única prueba de la delincuencia del procesado." (51)

SENTENCIA No. 52.- "Hay asesinato y robo a la vez cuando un individuo mata con alevosía a dos ancianos, hombre y mujer, y después se apropia de dinero y objetos de los ofendidos; habiendo cometido el hecho así: llegó el reo a la casa de las víctimas como dos días antes, y estando allí, meditó y resolvió matarlas y robarles; luego esperó la noche y que los ofendidos estuviesen dormidos en sus camas, y entonces con un hacha descargó a cada uno un hachazo, dejándolos muertos en su lecho; y después sustrajo el dinero y objetos robados. El reo merece la pena de muerte por fusilación, pues existe la causa además de su confesión judicial y extrajudicial otra clase de prueba de su delincuencia." (52)

SENTENCIA No. 53.- "I- Hay asesinato cuando estando el ofendido acostado en el suelo, ebrio y dormido, el reo, armado de un machete colin, le ejecuta varios machetazos en la cabeza y otras partes del cuerpo, produciéndole la muerte.

II- La omisión de la firma del secretario del Juzgado en el acta de insaculación, no es motivo legal para anular el veredicto y sentencias de los tribunales inferiores." (53)

SENTENCIA No. 54.- "I- Concorre la circunstancia agravante de alevosía cuando se da muerte a una persona estando esta dormida.

II- Cuando un solo hecho constituye los delitos de agresión y lesiones menos graves, debe imponerse la pena que corresponde la agresión aumentada en una tercera parte.

(51) Revista Judicial, Tomo XLVI, 28 Octubre 1941, Pág. 576.

(52) Revista Judicial, Tomo XLVIII, 18 enero 1943, Pág. 639.

(53) Revista Judicial, Tomo L, 8 septiembre 1945, Pág. 321.

III- Existe abuso de superioridad cuando aparece que la ofendida tenía trece años de edad al cometerse el delito; y por esta circunstancia y la de desprecio al sexo, debe aumentarse la pena señalada por la ley en una tercera parte." (54)

SENTENCIA No. 55.- "I- Hay alevosía en la ejecución de un homicidio cuando estando el ofendido dormido en el suelo del corredor de su casa, llegan dos individuos armados de machetes corvos y le ejecutan machetazos produciendo la muerte.

II- Si un reo confiesa judicialmente que mató en unión de otro a una persona, mediando promesa remuneratoria y empleando alevosía, es responsable del delito de asesinato; pero si no hay más prueba de su delincuencia en el proceso que su confesión clara, espontánea y terminante, no procede aplicársele la pena de muerte sino la de veinticinco años de presidio.

III- En el caso expuesto, las agravantes que concurrieron de haberse cometido el delito en la morada del ofendido y con armas prohibidas, no se toman en consideración para la aplicación de la pena legal, porque se trata de una pena fija." (55)

SENTENCIA No. 56.- "Responde del delito de asesinato, por concurrir la circunstancia de alevosía, quién ejecuta la muerte aprovechando que el ofendido se encuentra dormido." (56).

d) Concurrencia de la alevosía con otros agravantes.

SENTENCIA No. 57.- "Para los efectos de agravación de una pena no debe equipararse el abuso de superioridad con la alevosía por ser desigual su entidad. Cuando concurre la segunda circunstancia, estima la ley de mayor gravedad el delito cometido y elevando la pena en una tercera parte le aplica una sanción especial, no pudiendo en este caso compensarse la alevosía con ninguna cla---

(54) Revista Judicial, Tomo LI, 21 de enero 1946, Pág. 468.

(55) Revista Judicial, Tomo LII, 3 de febrero 1947, Pág. 407.

(56) Revista Judicial, Tomo LIII, 29 de julio 1948, Pág. 363.

se de atenuante. Por el abuso de superioridad debe, pues, aumentarse la pena - en menos de una tercera parte, generalmente en la cuarta parte." (57)

SENTENCIA No. 58.- "I- La pena de muerte que merecen dos reos, hombre y mujer, por el asesinato bien caracterizado con alevosía y premeditación, cometido en el esposo de la última, no puede aplicarse legalmente a dichos reos, si contra éstos no hay más prueba en el proceso que su confesión clara, espontánea y terminante, confirmada por las declaraciones del Jurado en su veredicto; debiendo aplicarse a cada uno de ellos la pena que le corresponde conforme a la ley.

II- Las otras circunstancias agravantes y atenuantes que puedan haber concurrido en el asesinato expresado, compensables conforme el Art. 57 Pn, no se toman en cuenta para la fijación de la pena, porque la sanción que sustituye a la de muerte, por ser fija, solamente está sujeta a la atenuante especial que prescriben los Arts. 56 y 58 del mismo Código." (58)

SENTENCIA No. 59.- "I- No hay asesinato en el homicidio perpetrado antes de la reforma al Art. 356 Pn, si no concurren las circunstancias de premeditación y cualquiera de las otras que requería la ley entonces vigente; pero sí constituye el hecho un homicidio calificado, por haberse cometido el delito con alevosía.

II- No existe la agravante de premeditación conocida, al ejecutarse un delito de homicidio, si sólo aparece de la prueba de autos la intención y propósito del reo de ultimar al ofendido, momentos antes de realizarse el hecho; pues --aquella, en el sentido legal, debe ser el resultado de una meditación no sólo previa sino que también muy atendida y reflexiva.

III- Es improcedente la declaratoria de nulidad de un veredicto, por cohecho de algunos de los jurados, si no se ha establecido plenamente tal cohecho con declaraciones de testigos idóneos." (59)

(57) Revista Judicial, Tomo XXXV, 2 octubre 1930, Pág. 355

(58) Revista Judicial, Tomo XXXIX, 28 diciembre 1934, Pág. 322

(59) Revista Judicial Tomo XLIV, 30 noviembre 1939, Pág. 711

SENTENCIA No. 60.- "Dos guardias nacionales, en el ejercicio de sus funciones, llegan a un rancho donde habitaba un individuo, hacen reo a éste, lo amarran de los dedos pulgares hacia atrás, y así lo llevan a la carretera vecina, donde en esa situación, completamente indefenso, le disparan dichos guardias con sus fusiles produciéndole la muerte. Este hecho, por haber sido cometido antes de la reforma al Art. 358 Pn, debe considerarse como homicidio calificado, cometido con alevosía, concurriendo además las agravantes siguientes: prevalerse los reos del carácter público de que estaban investidos, ejecutar el hecho de noche, en despoblado, en la morada del ofendido y haber hecho uso de arma prohibida. Compensando esta última agravante con la buena conducta anterior de los reos, quedan las otras agravantes que producen el efecto de aumentar la pena en una tercera parte." (60)

SENTENCIA No. 61.- "I- En la ejecución de un homicidio perpetrado por dos individuos, no se caracterizan las agravantes de alevosía y premeditación - "conocida", por la sola circunstancia de que el Jurado, con apoyo en la prueba de autos, declaró que dichos individuos, momentos antes del suceso, estuvieron en acecho esperando al ofendido detrás de un cerco de piñas grandes, de donde se ve la calle por donde pasaría la víctima; máxime si el mismo Jurado declaró que no está probado que el balazo que mató al ofendido fue disparado por los reos desde el punto donde estaban apostados y ocultos a la vera del camino.

II- En el caso expuesto existen las agravantes de abuso de superioridad, haberse cometido el delito en lugar despoblado de propósito, y haciendo uso de armas prohibidas; circunstancias que obligan a elevar la pena legal en una tercera parte." (61)

SENTENCIA No. 62.- "I- El homicidio perpetrado en una menor de edad, con premeditación y alevosía, está reprimido con la pena de muerte; y si el reo ha sido absuelto por el veredicto del Jurado, pero ha confesado de manera clara, espontánea y terminante el delito, se le impondrá en sustitución de la pena de muerte la de veinticinco años de presidio, sin consideración a circunstancias atenuantes y agravantes, por ser fija.

(60) Revista Judicial, Tomo XLV, 6 junio 1940, Pág. 522.

(61) Revista Judicial, Tomo XLV, 13 septiembre 1940, Pág. 564.

II- En el caso expresado, la confesión del reo debe estimarse como única prueba de su delincuencia, aunque haya en el proceso declaraciones de testigos presenciales del hecho." (62)

SENTENCIA No. 63.- "I- El jefe de una escolta militar que ordena a sus soldados la ejecución de tres homicidios continuados o simultáneos, es responsable de tres delitos de homicidio diferentes que deben castigarse conforme la ley penal anterior bajo cuyo imperio se cometieron.

II- Si antes de cometerse esos delitos, fueron amarrados de las manos hacia atrás los ofendidos, y en esa forma, desarmados, los llevaron al lugar donde fueron ultimados, deben estimarse tales infracciones como homicidios calificados ejecutados con alevosía, reprimidos por la ley entonces vigente, con doce años de presidio.

III- Si esos homicidios fueron ejecutados además con las agravantes de prevalerse del carácter público que tenía el culpable, ejecutarlos de noche, buscada de propósito, en despoblado y con arma prohibida, procede elevar la pena correspondiente a cada delito en una tercera parte; pero si de esto resulta una pena total mayor de veinte años de presidio, debe limitarse a ésta la pena imponible.

IV- Si el veredicto del Jurado declara que el jefe de la escolta ordenó la ejecución de los hechos punibles, y al mismo tiempo declaró que los individuos procesados como miembros de la referida escolta no fueron los que formaban ésta, ni ejecutaron ellos los referidos delitos, no existe contradicción en las contestaciones del veredicto, y debe absolverse a esos reos de los hechos que se les imputa." (63)

SENTENCIA No. 64.- "I- Hay asesinato en la ejecución de un homicidio, cuando los autores de éste, que son dos, lo verifican por promesa de pago, concertándose para ello previamente. También debe considerarse que concurre en ese hecho la agravante de alevosía, si ambos reos ya concertados llegan a la casa del ofendido, quien estando ocupado con su esposa colocando un perol en un horno, -

(62) Revista Judicial, Tomo XLVI, 27 enero 1941, Pág. 457.

(63) Revista Judicial, Tomo XLVI, 11 febrero 1941, Págs. 467-468

desprevenido de todo ataque, fue acometido rápidamente por uno de ellos, después de decirle breves palabras, disparándole tres balazos que no acertaron, pero a continuación el otro individuo lo atacó con un corvo causándole varias lesiones que le produjeron la muerte.

II- Hay asimismo asesinato frustrado en la persona de la esposa del matado, en el caso anterior, de parte de los dos procesados, aunque sólo uno de ellos la haya atacado y lesionado con uno de los disparos de su revólver, y después la sigue arrojándole machetazos, creyendo el agresor que la había matado, y constando de autos que ambos reos se habían concertado antes para matar a los dos cónyuges." (64)

SENTENCIA No. 65.- "I- Concorre la circunstancia agravante de alevosía cuando se da muerte a una persona estando ésta dormida.

II- Cuando un solo hecho constituye los delitos de agresión y lesiones menos graves, debe imponerse la pena que corresponde a la agresión aumentada en una tercera parte.

III- Existe abuso de superioridad cuando aparece que la ofendida tenía trece años de edad al cometerse el delito; y por esta circunstancia y la de desprecio al sexo, debe aumentarse la pena señalada por la ley en una tercera parte."(65)

SENTENCIA No. 66.- "I- Hay alevosía en la ejecución de un homicidio cuando estando el ofendido dormido en el suelo del corredor de su casa, llegan dos individuos armados de machetes corvos y le ejecutan machetazos produciéndole la muerte.

II- Si un reo confiesa judicialmente que mató en unión de otro una persona, mediando promesa remuneratoria y empleando alevosía, es responsable del delito de asesinato; pero si no hay más prueba de su delincuencia en el proceso que su confesión clara, espontánea y terminante, no procede aplicársele la pena de muerte sino la de veinticinco años de presidio.

III- En el caso expuesto, las agravantes que concurrieron de haberse cometido el delito en la morada del ofendido y con armas prohibidas, no se toman en consideración para la aplicación de la pena legal, porque se trata de una pena fija."(66)

(64) Revista Judicial, Tomo XLVI, 13 agosto 1941, Pág. 537.

(65) Revista Judicial, Tomo LI, 21 enero 1946, Pág. 468.

(66) Revista Judicial, Tomo LII, 3 febrero 1947, Pág. 407.

e) Ataque súbito y repentino:

SENTENCIA No. 67.- "Hay alevosía en la ejecución de un homicidio si - dos individuos que portan cada uno de ellos un arma de fuego y un corvo, llegan cautelosamente a la casa del ofendido, por el patio, y disparan repentinamente - sobre él sin hablarle, en ocasión de hallarse dicho ofendido sentado en una hama ca, de donde cayó lesionado al suelo, y continuaron allí ejecutándole machetazos hasta ultimarlos." (67)

SENTENCIA No. 68.- I- No hay alevosía en la ejecución de un delito de homicidio, cuando la persona responsable sale inopinadamente de su casa, con un revólver en la mano, se dirige al cerco que rodea dicha casa frente a un camino pú blico, y al pasar un individuo frente a ella, en ese momento, por el camino, le dis para un balazo, sin hablarle, produciéndole instantáneamente la muerte.

II- La condición de ser mujer la procesada, produce el efecto de disminuir en una tercera parte la pena señalada por la ley al delito referido." (68)

SENTENCIA No. 69.- "I- Hay alevosía en la ejecución de un delito de ho micidio, cuando dos personas, sin aparecer antecedente alguno, se encuentran en un camino y uno de ellos, sin dirigir ninguna palabra al otro, saca su revólver y en el momento le dispara un balazo hiriéndolo de muerte, y continúa su camino con el revólver en la mano.

II- No procede nuevo reconocimiento de un reo, cuyo defensor alega locu- ra de éste, si por reconocimiento anterior se ha dictaminado que dicho reo no ado lece de enajenación mental y posteriormente no se ha presentado en el mismo reo ningún signo de locura que actualmente exija nuevo dictamen pericial." (69)

SENTENCIA No. 70.- "Hay alevosía en la ejecución de dos delitos de ho micidio en dos mujeres enemigas, si el reo, yendo acompañado de estas en un cami- no, requiere de amor a una de ellas, y porque lo rechaza, velozmente le tira de puñaladas hiriéndola mortalmente; y después, porque la otra mujer le dijera "qué es

(67) Revista Judicial, Tomo XXXVIII, 24 junio, 1938, Pág. 228

(68) Revista Judicial, Tomo XLIV, 10 julio 1939, Pág. 631.

(69) Revista Judicial, Tomo XLVI, 19 abril 1941, Págs. 500-501.

eso déjala", le contestó "y qué quieres, lo mejor es que te mate", y acto continuo, ligeramente, le arroja una puñalada, produciéndole la muerte." (70)

SENTENCIA No. 71.- "I- Hay asesinato en la ejecución de un homicidio, cuando los autores de éste, que son dos, lo verifican por promesa de pago, concertándose para ello previamente. También debe considerarse que concurre en ese hecho la agravante de alevosía, si ambos reos ya concertados llegan a la casa del ofendido, quien estando ocupado con su esposa colocando un perol en un horno, - desprevenido de todo ataque, fue acometido rápidamente por uno de ellos, después de decirle breves palabras, disparándole tres balazos que no acertaron, pero a continuación el otro individuo lo atacó con un corvo causándole varias lesiones que le produjeron la muerte.

II- Hay asimismo asesinato frustrado en la persona de la esposa del matado en el caso anterior, de parte de los dos procesados, aunque sólo uno de ellos la haya atacado y lesionado con uno de los disparos de su revólver, y después la sigue arrojándole machetazos, creyendo el agresor que la había matado, y constando de autos que ambos reos se habían concertado antes para matar a los dos cónyuges." (71)

SENTENCIA No. 72.- "I- El ataque a mano armada que una persona hace a otra, en forma súbita y repentina, causándole con el disparo de un revólver la muerte instantánea, constituye la circunstancia de alevosía, aunque el agresor y su víctima hayan estado el uno frente al otro, y aquél haya dicho a éste "ahora me vas a pagar todas tus ingratitudes".

II- El homicidio perpetrado en las circunstancias expuestas, constituye el delito de asesinato; pero siendo menor de dieciocho años el reo, debe aplicarse a éste, en sustitución de la pena de muerte, la de dieciséis años de presidio y accesorias." (72)

SENTENCIA No. 73.- "I- Hay alevosía en la ejecución de un delito de lesiones graves, si el ofendido cuando fue atacado por el reo con un machete cor-

(70) Revista Judicial, Tomo XLVI, 22 abril 1941, Pág. 503

(71) Revista Judicial, Tomo XLVI, 13 agosto 1941, Pág. 537.

(72) Revista Judicial, Tomo XLVIII, 20 octubre 1943, Pág. 694.

vo, se hallaba conversando con otra persona, desarmado, momentos en que el ofensor de manera repentina, sin decir palabra, le descargó un machetazo en la nuca, y habiéndose corrido el herido lo siguió el atacante, y como se cayera - aquél éste continuó lesionándolo en esa situación desventajosa.

II- En esta caso singular procede aplicar al reo la pena especial señalada en el Art. 372 Pn, desestimándose la agravante de abuso de superioridad, por estar excluída de la alevosía que la comprende intrínsecamente." (73)

SENTENCIA No. 74.- "Concurren unicamente las agravantes de arma prohibida y abuso de superioridad y no las de alevosía, premeditación y nocturnidad en la ejecución de un delito de homicidio, si de autos resulta que los homicidas, que eran dos, de noche, no buscada de propósito, esperaron escondidos la llegada de su víctima al lugar de los hechos, momentos antes de su consumación, y al llegar el ofendido, uno de los delincuentes le gritó que lo estaban esperando para matarlo, atacándolo incontinenti con sus con sus corvos, uno de frente y - otro por la espalda." (74)

SENTENCIA No. 75.- "Si una persona ejecuta un homicidio a mansalva, - empleando medios, modos y formas en la ejecución tendientes directa y especialmente a asegurarla sin riesgo para su persona, que procediera de la defensa que pudo haber hecho el ofendido, por ser el ataque a la víctima repentino sin que ésta se percatara, concurre en ese delito la agravante de alevosía, la que lo convierte en asesinato." (75)

f) La alevosía debe ser plenamente probada en el proceso:

SENTENCIA No. 76.- "I- No debe tomarse en consideración como circunstancia agravante, la alevosía, si ésta no se halla plenamente probada; y si sólo existe en la causa presunción de ella no procede ampliar el veredicto del Jurado, porque la naturaleza de la alevosía rechaza la prueba de presunciones.

II- Para desestimar la atenuante de buena conducta de un reo por homicidio, no basta que haya prueba de que antes fue procesado por otro delito, es preciso -

(73) Revista Judicial, Tomo XLIX, 18 febrero 1944, Págs. 853-854.

(74) Revista Judicial, Tomo LVI, 26 septiembre 1951, Pág. 865.

(75) Revista Judicial, Tomo LVI, 4 diciembre 1951, Pág. 921.

que se justifique con la prueba pertinente que en realidad lo ha cometido, debiendo considerarsele inocente de ese delito si ha sido absuelto por el Jurado." (76)

SENTENCIA No. 77.- "No resulta justificada la agravante de alevosía, ni la de abuso de superioridad, en un delito de homicidio, si sólo hay prueba de que el reo, sin mediar palabra con el ofendido, que no se hallaba completamente ebrio, dispara a éste el primer balazo botándolo al suelo, y cuando quiso levantarse le ejecuta el segundo disparo consumando el homicidio." (77)

SENTENCIA No. 78.- "I- El marido que mató a su esposa, antes de la reforma al Art. 355 Pn, está castigado con diez años de presidio, conforme el No. 3o. de este artículo, si no han concurrido las circunstancias que expresan los Nos. 1o. y 2o. de la misma disposición; y si existe la agravante de arma prohibida, sin ninguna atenuante, debe aumentarse aquella pena en una sexta parte.

II- La agravante de alevosía no ha podido concurrir en el parricidio mencionado si se ignora cómo dió principio y se consumó el delito, habiéndose elevado la causa a plenario solamente con presunciones deducidas de la prueba testimonial.

III- La circunstancia de haberse ejecutado el parricidio referido en despoblado, no constituye agravante, por no haber buscado de propósito el despoblado. (78)

SENTENCIA No. 79,- "La presunción de la circunstancia de alevosía en la ejecución de un homicidio, no puede tomarse en consideración para calificar el delito como de asesinato, aunque los hechos que constituyen aquella presunción estén declarados por el Jurado en su veredicto: pero esos mismos hechos probados, si pueden servir de fundamento a la agravante de abusos de superioridad." (79)

SENTENCIA No. 80.- "La circunstancia de alevosía como elemento esencial del delito de asesinato, no es necesario justificarla plenamente para elevar

(76) Revista Judicial, Tomo XXXV, 20 septiembre 1930, Pág. 263.

(77) Revista Judicial, Tomo XXXV, 24 octubre 1930, Pág. 360.

(78) Revista Judicial, Tomo XLIII, 26 julio 1938, Pág. 426.

(79) Revista Judicial, Tomo XLVI, 15 julio 1941, Pág. 526.

la causa a plenario por ese delito; basta una semi plena prueba y que el Jurado declare estar probados los hechos que establecen dicha circunstancia, para calificar el hecho de asesinato." (80)

SENTENCIA No. 81.- "I- Es delito de asesinato la muerte violenta de una persona con la concurrencia de la circunstancia cualificativa de alevosía.

II- Hay alevosía cuando, encontrándose de pie una persona, es atacada por detrás por otra, con un machete-colins y sin pronunciar palabras, no obstante que de los autos no aparezcan probadas la indefensión e imprevisión del agredido, pero si que no pudo manifestar ninguna defensa que pudiera hacer correr riesgo al agresor en su persona, dado lo sorpresivo del ataque, la gravedad de las lesiones y el lugar del cuerpo en donde fueron inferidas.

III- Para que la circunstancia de alevosía sea cualificativa del delito de asesinato, es preciso que se encuentre plenamente probada en el proceso." (81)

SENTENCIA No. 82.- "I- No existe alevosía en la ejecución de un delito de homicidio, por el sólo hecho de que el reo entró en la casa de la ofendida, y sin hablarle ejecutó a ésta con un revólver las lesiones que le fueron reconocidas, si por otra parte no hay prueba de la situación, actitud y posición de la ofendida cuando fue atacada por el reo.

II- Las agravantes de haberse ejecutado el delito en la morada de la ofendida y con desprecio del respeto que por su sexo merecía ésta, son enteramente diferentes entre sí aunque estén bajo el mismo No. 18 del Art. 10 Pn, y juntas hacen subir la pena en una tercera parte." (82)

SENTENCIA No. 83.- "I- Si en el juicio hay plena prueba de que el reo dió muerte a la víctima atacándola a machetazos por detrás, de sorpresa y sin darle tiempo para que se defendiera, en momentos en que el occiso tomaba impulso para

(80) Revista Judicial, Tomo XLVIII, 24 septiembre 1943, Pág. 689.

(81) Revista Judicial, Tomo LV, 11 noviembre 1950, Págs. 525-526.

(82) Revista Judicial, Tomo XXXVI, marzo 21 de 1931, Pág. 75.

ponerse de pie, debe de calificarse el hecho como asesinato por concurrir en su comisión la circunstancia de ALEVOSIA reconocida por el Jurado.

II- La Pena de muerte que merece el reo, de acuerdo con el Art. 357 Pn, no es susceptible, por su naturaleza, de modificación, ni está en los casos que contempla el Art. 56 Pn, de ser sustituida esa pena por la de presidio aumentada en una tercera parte de su duración máxima, porque en el proceso unicamente existen las circunstancias modificativas, reconocidas por el Jurado, de haberse ejecutado el hecho haciendo uso de arma prohibida y la de ser el primer delito y haber observado buena conducta anterior el procesado." (83)

SENTENCIA No. 84.- "I- Para que la muerte violenta de una persona pueda calificarse de asesinato por la concurrencia de alevosía, es necesario que los elementos que caracterizan esa circunstancia se encuentren plenamente justificados, porque en este caso, la alevosía no opera como una agravante genérica, sino que viene a definir y a calificar una figura delictiva especial, integrando el cuerpo del delito.

II- El asesinato alevoso se caracteriza por el propósito intencional, doloso, de privar de la vida a una persona, empleando medios, modos, o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla sin riesgo para la persona del culpable que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido. Consecuentemente, si el delincuente no busca o se aprovecha de esos medios de ejecución, el hecho resultante no puede calificarse de asesinato, sino de homicidio que puede ser intencional o culposo.

III- Para destruir la presunción de voluntariedad que establece el inciso segundo del Artículo 1 Pn, es preciso que la falta de intención del agente se encuentre establecida en los autos con declaraciones de testigos o por otro medio legal de prueba.

IV- De acuerdo con el Artículo 318 Pr., no hace fe el testigo de oídas, excepto en los hechos cuyo conocimiento sólo puede adquirirse por ese sentido." (84)

(83) Revista Judicial, Tomo LVI, 20 febrero 1951, Pág. 763.

(84) Revista Judicial, Tomo LVI, 24 noviembre 1951, Pág. 917.

g) Diversos casos de indefensión:

SENTENCIA No. 85.- "I- Hay alevosía en la ejecución de un delito de homicidio, si el reo dispara un arma de fuego contra el ofendido, lesionándolo en el momento preciso en que éste, desprevenido, estaba agachado quitándole llave a un cajón y después continúa golpeándolo con la misma arma.

II- Compensando la atenuante de la confesión sincera de un reo, con la agravante de arma prohibida empleada en la ejecución del delito, y tomando en cuenta la desigual entidad de dichas circunstancias, siendo de mayor valor la primera, procede aumentar la pena por aquella atenuante en una doceava parte".
(85)

SENTENCIA No. 86.- "I- Hay alevosía en la ejecución de un delito de homicidio, cuando el reo llega a una cantina donde se hallaba el ofendido abraza a éste amigablemente y sin hablarle palabra lo ataca con un arma corto-punzante causándole las lesiones que le produjeron la muerte.

II- Habiendo muerto el ofendido, en el caso anterior, después de sesenta días de ser lesionado, procede rebajar la pena del homicidio calificado en una tercera parte, conforme al inciso 2o. del Art. 360 Pn.

III- No existe la agravante de arma prohibida si no hay prueba alguna de la clase de arma con que se cometió el delito, no obstante que el Jurado haya resuelto, de acuerdo con el dictamen pericial, que las lesiones se produjeron con arma corto-punzante, pues ha podido ser esta arma un cortaplumas cuya hoja no llega a cuatro pulgadas, la cual no está prohibida por la ley de policía." (86)

SENTENCIA No. 87. "I- Hay alevosía y no abuso de superioridad en un delito de homicidio, cuando el reo ha cometido este delito dentro de una cantina estando el ofendido "tirado en el suelo a causa de su ebriedad". La riña que aisladamente tuvieron dichos individuos antes del hecho, independientemente de éste, no desvirtúa la agravante de alevosía expresada.

(85) Revista Judicial, Tomo XXXV, 20 enero 1930, Págs. 110-111.

(86) Revista Judicial, Tomo XXXV, 13 noviembre 1930, Pág. 370.

II- La presentación voluntaria del reo ante la autoridad, después de haber cometido el delito, es una atenuante que hace disminuir la pena en una cuarta parte." (87)

SENTENCIA No. 88.- "Hay alevosía en la ejecución de un delito de homicidio, cuando éste lo comete el reo estando el ofendido AGACHADO componiendo una puerta de golpe, sin que entre ambos mediara palabra alguna". (88)

SENTENCIA No. 89.- "No hay alevosía en la ejecución de un delito de homicidio, cuando pocas horas antes del hecho entre ellos hubo un incidente de disgusto, dirigiendo el reo y otra persona indirectas al ofendido a quién llamaban "pelón cobarde" y continuó después entre éste y a quién llamaban "pelón cobarde" y continuó después entre éste y el ofensor cierta hostilidad no disimulada -que - hace suponer disputa- por falta de acuerdo en la ejecución de un acto particular, hasta que, llegado el momento del suceso, el reo se dirige resueltamente a un banco donde se hallaba sentado y solo el ofendido, y de frente a un metro de distancia, saca su revólver de la bolsa trasera del pantalón, y sin hablar palabra le dispara un balazo, causándole una lesión que le produjo la muerte, y huyó después el agresor, pero la víctima al recibir el balazo se paró, sacó su revólver y disparó contra el reo lesionándolo". (89)

SENTENCIA No. 90.- "Hay alevosía en la ejecución de un delito de homicidio, si el reo armado de una escopeta se coloca, poco antes del hecho, en la cima del bordo de un callejón, en un camino público, a esperar que pasara por allí el ofendido y cuando éste pasó por el referido punto desprevenido, le dispara un balazo dicho reo lesionándolo; y esa circunstancia de alevosía siempre existirá, aunque el occiso hubiese visto a su ofensor en el momento del hecho, pues dada la posición en que se hallaba el reo, era imposible toda defensa, considerando además la altura desde donde se verificó el disparo, demostrada con la descripción de la herida que sufrió el interfecto. (90)

(87) Revista Judicial, Tomo XXXVII, 19 agosto 1932, Pág. 538.

(88) Revista Judicial, Tomo XXXVII, 19 noviembre 1932, Pág. 557.

(89) Revista Judicial, Tomo XXXVII, 24 noviembre 1932, Pág. 559.

(90) Revista Judicial, Tomo XXXVIII, 10 agosto 1933, Pág. 246.

SENTENCIA No. 91.- "I- Comete una madre el delito de parricidio, si con la intención de matar a su hijo de dos meses de edad, trata primero de estrangularlo con una pita y después lo arroja al fondo de un excusado, de donde fue extraído por otras personas sin la voluntad de la madre.

II- El delito fue cometido con alevosía, porque el niño ofendido era absolutamente incapaz de defenderse. En este caso la pena que corresponde al parricidio frustrado es de diez años de presidio, de donde procede rebajar la cuarta parte por la atenuante de confesión sincera de la procesada." (91)

SENTENCIA No. 92.- "I- No existe la agravante de alevosía en la ejecución de un delito de homicidio, si el ofendido, cuando recibió el primer machetazo, se hallaba acurrucado llenando un candil de alumbrado público, pero portando un revólver en la mano, el cual botó cuando recibió en ésta la última lesión.

II- Compensada la atenuante de buena conducta anterior del reo con la agravante de arma prohibida, y existiendo además en favor de dicho reo la atenuante de haberse presentado voluntariamente a la autoridad, procede rebajar la pena, por esta circunstancia, en una cuarta parte." (92)

SENTENCIA No. 93.- "I- Hay alevosía en la ejecución de un delito de homicidio, cuando después de una breve lucha a las manos, el reo derriba en el suelo a su contrario, quién quedó allí tendido en completo estado de ebriedad, sin poder levantarse; y después, transcurrido algún intervalo de tiempo, decide el mismo reo ultimar a su contrincante, para lo cual le arroja una pedrada a la cabeza, en la situación en que se hallaba en el suelo, produciéndole la muerte.

II- Siendo un homicidio calificado el cometido por el reo, y no habiendo más circunstancia apreciable que la atenuante de buena conducta anterior de dicho reo, procede aplicarle la pena de doce años de presidio disminuida en una sexta parte". (93)

(91) Revista Judicial, Tomo XXXVIII, 20 octubre 1933, Pág. 174.

(92) Revista Judicial, Tomo XXXIX, 17 mayo 1934, Pág. 218.

(93) Revista Judicial, Tomo XXXX, 26 julio 1935, Pág. 449.

SENTENCIA No. 94.- "Hay alevosía en la ejecución de un delito de homicidio, debiendo considerarse éste como calificado cuando estando el ofendido acurrucado bajo un árbol haciendo sus necesidades corporales, en una finca ajena, se aproxima a ese lugar el mandador de ésta, con una escopeta en la mano y al ver a dicho individuo en aquella posición, le dispara con la escopeta, sin previo aviso, causándole una lesión de la cual murió." (94)

SENTENCIA No. 95.- "I- El dictamen pericial con vista de autos debe fundarse en hechos plenamente probados en la causa y no en la opinión de testigos, Si los peritos han procedido de aquella manera, su dictamen constituye plena prueba del cuerpo del delito de homicidio cometido.

II- Si un agente de la guardia nacional, teniendo ya capturado y amarrado a un individuo, por una falta cometida en la conducción de una carreta por un camino, lo golpea gravemente con su fusil, produciéndole estos golpes una neumonía, que le causó la muerte, constituye tal hecho un homicidio calificado, por haber concurrido la agravante de alevosía.

III- Concorre también en el hecho la agravante de haberse prevalido el reo de su carácter de agente de la Guardia Nacional, circunstancia que hace elevar la pena legal en una cuarta parte." (95)

SENTENCIA No. 96.- "Hay delito de asesinato cuando el reo se presenta en casa del ofendido y, después de informarse con su esposa de que éste todavía seguía enfermo, se introduce a la casa, dirigiéndose al lecho donde se hallaba postrado por grave enfermedad el expresado ofendido y con un machete-corvo, le ejecuta la lesión que le produjo la muerte, y después lesiona gravemente a la esposa mencionada al acudir en defensa de su marido." (96)

SENTENCIA No. 97.- "I- En la ejecución de un homicidio perpetrado por dos individuos, no se caracterizan las agravantes de alevosía y premeditación - "conocida" por la sola circunstancia de que el Jurado, con apoyo en la prueba de

(94) Revista Judicial, Tomo XLI, 26 noviembre 1936, Pág. 443.

(95) Revista Judicial, Tomo XLII, 21 mayo 1937, Pág. 205.

(96) Revista Judicial, Tomo XLIII, 29 octubre 1938, Pág. 466.

autos, declaró que dichos individuos, momentos antes del suceso, estuvieron en acecho esperando al ofendido detrás de un cerco de piñas grandes, de donde se ve la calle por donde pasaría la víctima; máxime si el mismo Jurado declaró que no está probado que el balazo que mató al ofendido fue disparado por los reos desde el punto donde estaban apostados y ocultos a la vera del camino.

II- En el caso expuesto existen las agravantes de abuso de superioridad, haberse cometido el delito en lugar despoblado de propósito y haciendo uso de arma prohibida; circunstancias que obligan a elevar la pena legal en una tercera parte." (97)

SENTENCIA No. 98.- "I- Hay alevosía en la ejecución de un homicidio, cuando el reo llega a la casa de la víctima y desde la puerta inmediatamente sin hablar palabra, arroja un disparo de revólver contra el ofendido, quién en ese momento se encontraba cenando, sentado en una cama dentro de su casa de habitación, causándole con el disparo una lesión que le produjo la muerte.

II- En el caso expuesto, el hecho cometido debe calificarse de asesinato y procede imponer al reo la pena de muerte por fusilación." (98)

SENTENCIA No. 99.- "I- Un hombre, armado de un revólver, dispara un balazo a otro, y después dos más hiriéndolo gravemente, y luego sale huyendo; entonces el herido lo sigue, recoge un corvo del suelo, botado por la fuga, y con él, al darle alcanza, le causa unas lesiones y acto continuo cae al suelo desfallecido a consecuencia de los balazos que recibió. Otro individuo que estaba armado de un machete, cerca del que disparó, contemplando mudo la escena realizada, sin ejecutar hasta allí ningún acto agresivo, al ver en el suelo al que sufrió los balazos, se dirige a él y, sin hablar palabra, le ejecuta algunas lesiones con el arma que portaba, resultando muerto el agredido. En este caso, el último agresor debe califi

(97) Revista Judicial, Tomo XLV, 13 septiembre 1940, Pág. 564.

(98) Revista Judicial, Tomo XLVI, 29 enero 1941, Pág. 465.

carse cómplice del delito de homicidio cometido y no como autor, por no estar comprendido en ninguno de los casos que, como tal, establece la ley.

II- En el caso expuesto, no existe contra el cómplice la circunstancia agravante de haber cometido el delito con alevosía, porque sus actos no se consideran aislados o independientes de los verificados por el autor, debiendo mirarse la participación de aquél como un incidente en el echo perpetrado." (99)

SENTENCIA No. 100. "I- Si dos hombres se agarran a la lucha y en esos momentos llega una mujer al lugar del suceso, armada de un cuchillo, y sin hablar palabra ataca a uno de ellos causándole unas lesiones que le producen la muerte, esa mujer es responsable del delito de asesinato, por haber cometido el homicidio con alevosía, y merece la pena de muerte; pero por la circunstancia de ser mujer debe sustituirse esa pena por la de dieciséis años de presidio, atendiendo a la ley vigente a la época del suceso.

II- En el caso expuesto, por tratarse de una pena fija, no se toma en consideración atenuante o agravante que concurran." (100)

SENTENCIA No. 101.- "Hay alevosía en la ejecución de un delito de homicidio, cuando hallándose el ofendido sentado en el suelo platicando con otras personas, haciendo rayitas en el mismo suelo con un palito, desprevenido completamente, llega un individuo armado de un machete corvo, y en el mismo momento que le dice aquél "aquí me vas a pagar la pescosada que me diste", le descarga repentinamente un machetazo en la cabeza botándolo al suelo, y en esa situación continúa ejecutándole otros machetazos hasta darle muerte. Este hecho constituye el delito de asesinato castigado por la ley con la pena de muerte." (101)

(99) Revista Judicial, Tomo XLVI, 20 febrero 1941, Pág. 472.
(100) Revista Judicial, Tomo XLVI, 11 marzo 1941, Pág. 487.
(101) Revista Judicial, Tomo XLVI, 16 abril 1941, Pág. 492.

SENTENCIA No. 102.- "Hay alevosía en la ejecución de un homicidio, cuando el ofendido, riñendo en el suelo con otra persona, quién lo tenía agarrado del pelo, llega un tercero y con un machete-corvo que portaba le da de machetazos hasta dejarlo exánime, y después el que reñía con él le causa el último machetazo, yéndose juntos rápidamente ambos agresores. El hecho cometido en la forma dicha constituye asesinato y debe imponerse a los dos reos la pena de muerte, pero sólo la sufrirá el más culpable." (102)

SENTENCIA No. 103. "I- Hay alevosía en la ejecución de un homicidio, cuando teniendo un individuo agarrado de la mano derecha al ofendido, llega otro y le ejecuta un machetazo en dicha mano que casi se la amputa, y a continuación, sin dar lugar a la defensa, le descarga dos machetazos más, uno en la nuca y -- otro en el hombro, por lo que sale huyendo y el que lo tenía agarrado de la mano lo persigue, lo mismo que el otro, y al ver el primero que el agredido cae al suelo baldado, le descarga una serie de machetazos hasta matarlo.

II- En el caso expuesto, ambos reos, aunque no haya prueba de concierto entre ellos, son responsables del delito de asesinato y deben ser condenados a la pena de muerte pero sólo aquél que imposibilitó al agredido para la defensa y que se le prueba haber cometido antes otro homicidio, debe sufrirla." (103)

SENTENCIA No. 104.- "I- Hay asesinato en la ejecución de un homicidio cometido con alevosía, consistente ésta en haberse ejecutado el hecho a machetazos en momentos que el ofendido se hallaba, en despoblado, escarbando agachado la cueva de un animal bravío, estando desprevenido y sin esperar el ataque.

II- Son responsables igualmente del hecho expresado, dos individuos uno que lo ejecuta materialmente y el otro que induce al primero con intimidación a --

(102) Revista Judicial, Tomo XLVI, 21 agosto 1941, Pág. 544.

(103) Revista Judicial, Tomo XLVI, 22 agosto 1941, Pág. 548.

cometerlo. Si ambos reos confiesan judicialmente el delito, no habiendo otra clase de prueba en el proceso y fuere además uno de ellos mayor de quince años y menor de dieciocho años de edad, no se les impondrá la pena de muerte, debiendo aplicarse al último, dieciséis años de presidio y al otro veinticinco años de la misma pena, consideradas ambas como penas fijas." (104)

SENTENCIA No. 105.- "I- Hay delito de asesinato en el homicidio cometido por cuatro individuos en una persona, con alevosía consistiendo ésta en que dos de esos individuos se apostaron detrás de una parra de almendro, armados de escopetas, y los otros dos individuos se colocaron a cierta distancia de dicha persona, a su vista como para llamarle la atención, y en esos momentos aquellos que estaban apostados dispararon sus armas contra la referida persona lesionándola y al verla caer se precipitaron los cuatro individuos sobre ella arrojándole de machetazos, dándole muerte.

II- Si momentos antes de cometerse el hecho mencionado, hubo un tercero que dijo a uno de los ejecutores "hoy es punto de que le vayas a avisar a N.... que X. (el occiso) va a sabanear", ese tercero es responsable como cómplice del delito de homicidio no de asesinato, por ignorar la forma en que se iba a ejecutar el hecho." (105)

SENTENCIA No. 106.- "Hay alevosía en la ejecución de un homicidio, si el reo acercándose al ofendido que se hallaba desprevenido desamarrando unas alforjas para sacar provisiones, el primero, sin hablar palabra alguna, le descarga un machetazo produciéndole una lesión al lado izquierdo de la región mastoidea que le causó la muerte; constituyendo este hecho el delito de asesinato, penado con la pena de muerte por fusilación." (106)

SENTENCIA No. 107.- I- Conforme la ley salvadoreña la condición de madre o de hijo ilegítimo, sólo puede comprobarse con la certificación de la respec

(104) Revista Judicial, Tomo XLVI, 9 de diciembre 1941, Pág. 585.

(105) Revista Judicial, Tomo XLVII, 7 febrero 1942, Pág. 330.

(106) Revista Judicial, Tomo XLIX, 26 febrero 1944, Pág. 855.

tiva partida de nacimiento.- Art. 323 C., inciso 3.-

II- Concorre la circunstancia agravante de alevosía al dar muerte a un niño recién nacido; y aunque este hecho merece la pena de muerte, por ser mujer la autora, dicha pena debe sustituirse por la de 16 años de presidio, pena que debe rebajarse en una sexta parte cuando concurre la atenuante 8a. del Art. 9 Pn." (107)

SENTENCIA No. 108.- "I- Hay alevosía en la ejecución de un homicidio - cometido por dos individuos, si uno de éstos se coloca en lo alto de un paredón a la orilla de un camino, y aprovechando el momento en que el ofendido pasa por este camino al pie del paredón, aquél sin ser visto por dicho ofendido, le dispara un balazo con una escopeta produciéndole la muerte. Dicho reo es responsable - del delito de asesinato y merece la pena de muerte. Esa alevosía no queda desvirtuada por el hecho de que un tercero, advierte al ofendido del peligro que corre, si esa advertencia se hace cuando ya la agresión ha comenzado." (108)

(107) Revista Judicial, Tomo LI, 12 agosto 1946, Pág. 485

(108) Revista Judicial, Tomo LII, 3 de marzo 1947, Pág. 414.

CAPITULO VI

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

Nos aproximamos al final del trabajo que nos habíamos propuesto y se ha llegado el momento de que expongamos, a manera de conclusiones, nuestros puntos de vista:

PRIMERO.- En el Capítulo Primero, desarrollamos el proceso formativo del concepto de la alevosía que se sintetiza en el de su separación del delito de traición, hasta lograr su propia delimitación y adquirir su verdadero significado. El delito de traición pasa a ocupar su lugar en la nomenclatura del derecho penal y la alevosía aparece como circunstancia de agravación separándose totalmente del delito de traición.

En este estado lo toma nuestro Código Penal de 1826, al igual que el español de 1822, en el que la alevosía aparece como circunstancia cualificativa del asesinato y el delito de traición propiamente dicho, entre los delitos contra la sociedad.

En el de 1859, igual que el español de 1948, se le colocó en la parte general como agravante genérica absoluta y circunstancia agravante específica del Homicidio; hasta que en el Código de 1881 se reduce su aplicación a los delitos contra las personas y apareciendo en éste, con su triple carácter de agravante genérica, específica y cualificativa.

SEGUNDO.- Cuando hablamos de la naturaleza jurídica de la alevosía, en el Capítulo II, número 6, señalamos tres criterios diferentes: a) criterio objetivo, b) criterio subjetivo y c) criterio objetivo-subjetivo.

Para nosotros, la naturaleza jurídica de la alevosía es subjetiva; tal carácter resulta del mismo Art. 10 circunstancia segunda de nuestro Código Penal, en relación con el Art. 55 Inc. 2º. del mismo código. (Ver parte final del No. 6, - Capítulo II, Págs. 36-37).

TERCERO.- Siguiendo nuestra posición subjetivista, encontramos el fundamento de la alevosía, en el mayor grado de culpabilidad del delincuente, que se aprovecha o busca los medios alevosos en la ejecución del delito.

CUARTO.- Para apreciar la alevosía, es necesario: a) Que los medios modos o formas de ejecución del hecho, sean buscados de propósito o aprovechados en el momento de realizarse la infracción; b) que esos medios modos o formas, revelen el propósito del culpable de asegurar la ejecución del delito evitando o poniendo a cubierto de todo riesgo que pueda proceder de la defensa del que se ve agredido; y c) Que se halle plenamente probada y no se derive para su estimación, de simples presunciones.

QUINTO.- Creemos que la circunstancia 2a. del Art. 10, la alevosía como agravante genérica, que nuestro legislador se olvidó de reformar al hacerlo con el título VIII del Libro II, no es aplicable a los delitos comprendidos en el título antes mencionado; pues en unos aparece como agravante cualificativa, en otros como circunstancia agravante específica y como inherente a los delitos, en algunos casos.

Consideramos necesaria la supresión de la agravante de alevosía en el Art. 10, pues, hoy por hoy no tiene aplicación.

SEXTO.- Cuando nos referimos en el Capítulo V a la Jurisprudencia Salvadoreña -Doctrina sustentada por los Tribunales de la República-, transcribimos 108 fallos de nuestros Tribunales Superiores sobre la alevosía, notando en todos ellos, la ausencia de contenido doctrinario que caracteriza la referida circunstancia. Las sentencias se concretan a señalar determinados hechos como ataques a la víctima por la espalda, ataques a éstas cuando están dormidas, ataques cuando la víctima está desprevenida, ataques súbitos y repentinos y aprovechándose el culpable de los medios, modos o formas, sin entrar a los principios doctrinarios generales, para delimitar y establecer las características de la circunstancia.

Sin embargo, en el fallo que aparece en la Revista Judicial, Tomo XXXVI, de 15 de diciembre de 1931, a página 495, (1) encontramos un pequeño esfuerzo por -

(1) I- Para que la premeditación y la alevosía concurren como elementos de asesinato, es preciso: respecto de la primera que exista prueba de hechos que demuestren que el reo meditó con la anticipación necesaria, reflexiva y persistentemente en la realización del delito; y respecto de la segunda, que el reo en la ejecución del hecho haya obrado sobreeseguro, a mansalva, sin riesgo para su persona por la defensa que pudiera hacer el ofendido.

parte de nuestros Magistrados, al tratar en esa sentencia de darnos las características que configuran la premeditación y la alevosía. Notamos que a esa fecha no se había superado la fórmula "sobre seguro" del Código de 1859, desterrada por el de 1881, y que en forma habilidosa la combinan con la parte final de la actual, (sin riesgo para su persona por la defensa que pudiera hacer el ofendido).

Por otra parte, observamos que en algunas de las sentencias que aparecen en el Capítulo V, la alevosía agrava al delito de homicidio, sin llegar al asesinato, y esto, tiene su razón de ser por cuanto que: para que la agravante operara como circunstancia cualificativa del asesinato era necesario la concurrencia de la premeditación acompañada de otra circunstancia, de acuerdo al Art. 360 del Código de 1881 y Art. 355 del Código de 1904 que establecían la fórmula siguiente: "Es asesino el homicidio ejecutado con premeditación y con alguna de las circunstancias siguientes", entre ellas se encontraba la alevosía. (Ver sentencias Nos. 1, 2, 4, 5, 7, 8, letra a); 31, 32, del 34 al 37 letra b); 67 letra c); del 85 al 88, 90, 93, 94 letra g).)

Por Decreto Legislativo No. 164 de 20 de diciembre de 1935, publicado en el Diario Oficial No. 287, Tomo 119 del día 30 de ese mismo mes y año, se reformó la fórmula anterior por la actual que conceptúa el asesinato como "el homicidio ejecutado con cualquiera de las circunstancias siguientes." Nuestros Tribunales acataron el concepto anterior, destacándose algunos fallos que establecen la configuración de la alevosía como circunstancia cualificativa del asesinato. (Ver sentencias Nos. del 11 al 22, 25 letra a); 39, 42, 43 y 44 letra b); 46, 47, 48, 49, 50 y 53 letra c); 72 letra e); 98, 101, 106 y 108 letra g).)

Los ataques por la espalda, dormida la víctima y el acometimiento de frente pero súbito y repentino, han sido considerados por nuestra Jurisprudencia como alevosos, precisamente porque en estos ataques el agente no oculta su ánimo aleve. (Ver sentencias No. 1 al 29 letra a); 46 al 56 letra c); del 67 al 75 letra o).)

Para estimar como alevosas las situaciones anteriores, debe tomarse en cuenta: 1o.) que el sujeto pasivo de la agresión no pueda darse cuenta de ella; 2a.) que no exista la menor sospecha de la víctima del ataque alevoso; 3a.) que el ataque ponga a la víctima en una imposibilidad absoluta de reaccionar defensivamente y 4a.) que las circunstancias anteriores sean buscadas de propósito o aprovechadas por el agente.

El criterio de aprovechamiento de los medios, modos o formas ha sido sostenido por nuestros tribunales desde 1893. (Ver sentencias Nos. del 30 al 45 letra d); y para una feliz apreciación, nuestros tribunales, deben tomar en cuenta: a) el elemento subjetivo o esencial, que consiste en el aprovechamiento o utilización de los medios, modos o formas que aseguren la ejecución sin riesgo personal para el culpable y b) el elemento objetivo o material, que consiste en el estado o situación de indefensión de la víctima.

La indefensión de la víctima debe ser advertida por el culpable en el momento de la agresión, no es necesario que con anterioridad se busquen los medios alevosos, basta que agente se aproveche de la ocasión que se le presenta para consumar su acción delictiva.

En lo tocante a la prueba de la concurrencia de la alevosía, nuestra Jurisprudencia invariablemente se ha pronunciado por que ésta para tomarse en consideración como circunstancia agravante, debe estar plenamente probada. Apreciación - que consideramos correcta.

B I B L I O G R A F I A

ALEMANY Y BOLUFER, D. JOSE:

Nuevo Diccionario de la Lengua Española, Editora Ramón Sopena, S. A. Provenza, 95 Barcelona - 1961.

ARRIETA GALLEGOS, MANUEL:

Obra inédita - Lecciones de Derecho Penal Lección Decimoquinta.

CAMARGO HERNANDEZ, CESAR:

La Alevosía. Editorial Urgel 51 bis, Barcelona. Imprenta Carrasco Villarroel, 17. Barcelona - 1953.

CASTRO RAMIREZ h., MANUEL:

Derecho Penal Salvadoreño - Exegesis y Crítica del Título VIII del Libro Segundo del Código Penal Salvadoreño. Universidad Autónoma de El Salvador -1947.

CASTRO RAMIREZ h., MANUEL:

Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal (Atenuantes y Agravantes) San Salvador - 1946.

CUELLO CALON, EUGENIO:

Derecho Penal - Editora Urgel 51 bis, Barcelona - 1960 - Décimo Tercera edición - Tomo I.

CUELLO CALON, EUGENIO:

Derecho Penal (Parte Especial) Barcelona, Bosch - 1946 - Tomo II.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA:

XVIIa. edición 1956.

FERRER SAMA, ANTONIO:

Comentario al Código Penal, Sucesores de Nogues, Murcia 1946 - Tomo I.

JIMENEZ ASENJO, E.:

El Elemento Psicológico en la Alevosía. Revista -- "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales". - Artes Gráficas y Ediciones, S. A. Rolquez, San Pedro, 32 Madrid - Tomo VII - Fascícula III - Septiembre-Diciembre MCMLIV.

JIMENEZ DE ASUA, LUIS:

La Ley y El Delito - Principio de Derecho Penal. Editora Hermes - México - Buenos Aires - 2a. Edición - Marzo de 1954.

LABATUT GLENA, GUSTAVO:

Derecho Penal - Editora Jurídica de Chile - 1965 - Tomo I Parte General.

NOVOA MONREAL, EDUARDO:

Curso de Derecho Penal Chileno. Editora Jurídica de Chile 1966 - Tomo II.

PUIG PEÑA, FEDERICO:

Derecho Penal - Parte General - Tomo II Editorial Revista de Derecho Privado Madrid 1955.

QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO:

Compendio de Derecho Penal. Editora Revista de Derecho Privado - Madrid 1958 - Vol. 1.

QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO:

Comentario al Código Penal - Editorial Revista de Derecho Privado - Madrid 1946 - Vol. 1.

RODRIGUEZ NAVARRO, MANUEL:

Doctrina Penal del Tribunal Supremo. Editora Aguilar, S. A. - Madrid 1959 Vol. 1.

RODRIGUEZ RUIZ p. NAPOLEON:

Bibliografía Jurídica Salvadoreña - Revista Trimestral de la Universidad de El Salvador - año 74 - Enero-Junio No. 1 y 2 - 1959.

SILVA, JOSE ENRIQUE:

Código Penal Anotado - Introducción al Estudio del Derecho Penal Salvadoreño. Editora Universitaria - San Salvador, El Salvador, C. A. - Revista de Derecho No. 1 Enero-Junio 1965.

SILVA JOSE ENRIQUE:

Código Penal Anotado - Introducción al Estudio del Derecho Penal Salvadoreño. Editora Universitaria - San Salvador, El Salvador, C. A. - Revista de Derecho No. 2 Julio-Diciembre 1965.

ZAPATA MEDINA, JORGE:

Jurisprudencia Sobre la Alevosía. Editorial Jurídica - de Chile 1966.

CODIGOS PENALES DE EL SALVADOR:

Código de 1826 - Recopilación de Leyes Patrias del Presbítero Dr. Isidro Menéndez - 2a. edición - - Imprenta Nacional, San Salvador 1956.

Código de 1859 - Impreso en Nueva York - Imprenta de Esteban Hallet, No. 107 Calle de Fulton - 1960.

Código de 1881 - Edición de 1893 - Tipografía - La Luz - Calle de Morazán, 31 San Salvador.

Código de 1904 - Imprenta Nacional - 10a. Ave. Sur - 1904 - San Salvador.

DECRETO LEGISLATIVO No. 1714 de 21 de Diciembre de 1954:

Diario Oficial No. 235 - Tomo 165 del 22 del mismo mes y año.

DECRETO LEGISLATIVO No. 164 de 20 de Diciembre de 1935:

Diario Oficial No. 287 - Tomo 119 del 30 de Diciembre de 1935.

DECRETO LEY No. 439 de 4 de Diciembre de 1961:

Diario Oficial No. 227 - Tomo 193 del 11 de Diciembre de 1961

REVISTA JUDICIAL: Organo de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador.

Tomo XXXIII	- año.....	1928
Tomo XXXV	- año.....	1930
Tomo XXXVI	- año.....	1931
Tomo XXXVII	- año.....	1932
Tomo XXXVIII	- año.....	1933
Tomo XXXIX	- año.....	1934
Tomo XXXX	- año.....	1935
Tomo XLI	- año.....	1936
Tomo XLII	- año.....	1937
Tomo XLIII	- año.....	1938
Tomo XLIV	- año.....	1939
Tomo XLV	- año.....	1940
Tomo XLVI	- año.....	1941
Tomo XLVII	- año.....	1942
Tomo XLVIII	- año.....	1943
Tomo XLIX	- año.....	1944
Tomo L	- año.....	1945
Tomo LI	- año.....	1946
Tomo LII	- año.....	1947
Tomo LIII	- año.....	1948
Tomo LV	- año.....	1950
Tomo LVI	- año.....	1951