

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES



Universidad de El Salvador
Hacia la libertad por la cultura

TRABAJO DE GRADO:

**“EL DELITO DE VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ EN LA ZONA
ORIENTAL DE EL SALVADOR”**

PRESENTADO POR:

ESMERALDA ZULEYMA AMAYA SALMERÓN
EDNA LORENA RUIZ RIVERA

PARA OPTAR AL GRADO DE:

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS

DOCENTE DIRECTOR

MSC. CARLOS SOLÓRZANO TREJO GÓMEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA ORIENTAL, NOVIEMBRE DE 2016

SAN MIGUEL

EL SALVADOR

CENTRO AMÉRICA

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

AUTORIDADES

LIC. JOSÉ LUIS ARGUETA ANTILLÓN

RECTOR INTERINO

MTRO. ROGER ARMANDO ARIAS

VICE-RECTOR ACADEMICO INTERINO

ING. CARLOS ARMANDO VILLALTA

VICERECTOR ADMINISTRATIVO INTERNO

DRA. ANA LETICIA ZA VALETA DE AMAYA

SECRETARIA GENERAL INTERINA

LICDA. NORA BEATRIZ MELENDEZ

FISCAL GENERAL INTERINA

FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL

AUTORIDADES

ING. JOAQUIN ORLANDO MACHUCA GÓMEZ

DECANO

LIC. CARLOS ALEXANDER DÍAZ

VICE-DECANO

LIC. JORGE ALBERTO ORTEZ HERNÁNDEZ

SECRETARIO GENERAL

MTRO. JORGE PASTOR FUENTES CABRERA

**DIRECTOR GENERAL DE PROCESOS DE GRADUACIÓN
DE LA FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL**

DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

AUTORIDADES

LIC. CARLOS ARMANDO SARAVIA SEGOVIA

JEFE DEL DEPARTAMENTO

LIC. MIGUEL ANTONIO GUEVARA QUINTANILLA

COORDINADOR GENERAL DE PROCESO DE GRADUACIÓN 2016

MSC. CARLOS SOLÓRZANO TREJO GÓMEZ

DIRECTOR DE CONTENIDO

LIC. CARLOS ARMANDO SARAVIA SEGOVIA

ASESOR DE METODOLOGÍA

TRIBUNAL CALIFICADOR

MSC. CARLOS SOLÓRZANO TREJO GÓMEZ

DIRECTOR DE CONTENIDO

LIC. WILLIAM ROY MARTÍNEZ CHAVARRÍA

TRIBUNAL CALIFICADOR

LIC. ROBERTO JOSÉ ZELAYA

TRIBUNAL CALIFICADOR

AGRADECIMIENTOS

A DIOS.

Por ser mí guía y protegerme en cada etapa de mi vida, por darme fuerza y sabiduría para concluir mis estudios universitarios y por sus infinitas bendiciones.

A MIS PADRES.

José Amaya y Reyna Salmerón por sus consejos, paciencia, responsabilidad, comprensión y por darme motivación para seguir adelante y enseñarme a luchar por cumplir mis propósitos. Reconozco y agradezco el sacrificio que han hecho para que pudiera culminar esta etapa de mi vida. Soy muy afortunada de tenerlos y agradezco a Dios y la Virgen que estén conmigo y sean parte de éste logro.

A MIS HERMANOS, HERMANA Y DEMAS FAMILIA.

A Víctor, Nelson, Cristian y Kelly por su apoyo y comprensión, por haberme dado palabras de aliento a lo largo de mi carrera y darme fuerzas para seguir adelante; a mis abuelas Carmen y Mirtala, por darme la inspiración e infundir en mí el deseo de superación; a mis tías por aconsejarme y brindar su ayuda cuando necesite de ellas.

A MI COMPAÑERA DE EQUIPO DE SEMINARIO.

Edna Ruiz por su amistad, apoyo, lealtad y el compromiso con que asumió este proyecto. Por la paciencia y comprensión con que resolvió cada dificultad que se nos presentó; a su familia especialmente a su madre por sus atenciones y su hospitalidad.

A MIS AMIGOS Y AMIGAS.

Por su comprensión y cariño, sus palabras de aliento y apoyo en muchas ocasiones.

A LOS ASESORES DE CONTENIDO Y METODOLOGÍA.

Msc. Carlos Solórzano Trejo Gómez, por la dedicación, compromiso y la paciencia con que nos instruyó, por compartir su sabiduría, contagiarnos de su entusiasmo y enseñarnos a ser positivas para enfrentar la vida.

Lic. Carlos Armando Saravia Segovia. Por su dedicación, amabilidad y paciencia para explicar y corregir los avances que le presentábamos.

Y a todos aquellos que directa o indirectamente fueron parte de éste logro, muchas gracias.

Esmeralda Amaya

AGRADECIMIENTOS

A DIOS

Por darme sabiduría y fortaleza para continuar y superar cada uno de los obstáculos que se presentaron, por concederme la Bendición de culminar esta ciclo importante en mi vida.

A MIS PADRES

Adolfo Ruiz y Lorena Rivera, a quienes agradezco por alentar cada instante mis anhelos de superación, gracias por apoyarme en cada decisión y proyecto, por confiar en mí y en mis expectativas, son mi fuente de motivación. GRACIAS POR SU APOYO INCONDICIONAL.

A MIS HERMANOS

Carlos Ruiz y Cristian Ruiz, mis agradecimientos por el apoyo que me brindaron, a pesar de la distancia siempre estuvieron motivándome a seguir adelante y no debilitarme ante las adversidades, los he tenido presente siempre. Gracias por su comprensión en mis decisiones.

A MI NOVIO

Maklyn V., por el amor recibido, su dedicación, gracias por estar presente no solo en esta etapa tan importante en mi vida, sino en todo momento, por ser mi apoyo y motivación para cada día continuar.

A MI COMPAÑERA DE EQUIPO DE SEMINARIO

Esmeralda Amaya, por el compromiso de asumir éste desafío y en cada una de las dificultades que se presentaron mostró su fortaleza que me impulsaba a seguir y tener la certeza que podíamos lograrlo.

A MI DIRECTOR DE CONTENIDO

Msc. Carlos Solórzano, Deseo expresarle mis agradecimientos por haber orientado mi trabajo de graduación con sus conocimientos y profesionalismo, brindando el tiempo necesario, su persistencia y motivación, seriedad, responsabilidad y rigor académico sin el cual no podría tener una formación completa.

A MI ASESOR DE METODOLOGÍA

Lic. Carlos Saravia, por su compromiso y dedicación para dar los lineamientos en cada avance presentado.

Gracias a la vida por este nuevo triunfo, gracias a las personas que me apoyaron y creyeron en la realización de este proyecto.

Edna Ruiz-.

INDICE

PARTE I

“PROYECTO DE INVESTIGACIÓN”

1.0 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	2
1.1 SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.....	2
1.2 ANTECEDENTES DEL PROBLEMA	5
1.3 ENUNCIADO DEL PROBLEMA.....	8
1.3.1 PROBLEMA FUNDAMENTAL	8
1.3.2 PROBLEMAS ESPECÍFICOS.....	8
1.4 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	9
2.0 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	11
2.1 OBJETIVO GENERAL.....	11
2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	11
3.0 ALCANCES DE LA INVESTIGACIÓN	11
3.1 ALCANCE DOCTRINARIO.....	11
3.2 ALCANCE JURÍDICO	13
3.3 ALCANCE TEÓRICO.....	14
3.4 ALCANCE TEMPORAL.....	17
3.5 ALCANCE ESPACIAL	17
4.0 SISTEMA DE HIPÓTESIS	18
5.0 PROPUESTA CAPITULAR	23
6.0 DISEÑO METODOLÓGICO	25
6.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	25
6.2 POBLACIÓN.....	25
6.3 MUESTRA	25
6.4 MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.....	26
6.4.1 MÉTODOS	26
6.4.2 TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN	26
6.4.3 INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.....	27
7.0 PRESUPUESTO	28

PARTE II
“INFORME FINAL DE LA INVESTIGACIÓN”

CAPÍTULO I

1.0 SINTESIS DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	31
1.1 ENUNCIADO DEL PROBLEMA.....	31
1.1.1 ANALISIS DEL PROBLEMA FUNDAMENTAL	31
1.1.2 ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS ESPECÍFICOS	32

CAPÍTULO II

2.0 MARCO TEÓRICO	42
2.1 ANTECEDENTES DEL DELITO DE VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ ..	42
2.1.1 ÉPOCA PRIMITIVA.....	43
2.1.2 EDAD ANTIGUA.....	44
2.1.3 EDAD MEDIA.....	48
2.1.4 EDAD MODERNA	51
2.1.5 EDAD CONTEMPORÁNEA.....	58
2.2 GENESIS DEL DELITO DE VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ EN LA LEGISLACIÓN PENAL SALVADOREÑA.....	60
2.2.1 CÓDIGO PENAL 1826	61
2.2.2 CÓDIGO PENAL 1859	62
2.2.3 CÓDIGO PENAL 1881	64
2.2.4 CÓDIGO PENAL 1904	65
2.2.5 CÓDIGO PENAL 1973	66
2.2.6 CÓDIGO PENAL 1998	68
2.3 FUNDAMENTO JURÍDICO DEL DELITO DE VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ	70
2.3.1 NACIONAL	70
2.3.2 INTERNACIONAL	74
2.4 CLASIFICACION DEL TIPO PENAL DE VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ	76
2.4.1 SEGÚN SU ESTRUCTURA	77
2.4.2 SEGÚN LA MODALIDAD DE LA ACCION	80

2.4.3 DE ACUERDO A SU FORMULACIÓN LEGAL	86
2.4.4 POR LA RELACION DE LA PARTE SUBJETIVA CON LA OBJETIVA	88
2.4.5 SEGÚN LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN	90
2.4.6 POR LA RELACIÓN ENTRE SUJETO PASIVO Y ACTIVO	93
2.4.7 POR LA CUALIFICACIÓN DEL SUJETO PASIVO	94
2.4.8 ESFERA DE SUJETOS IDÓNEOS.....	95
2.4.9 SEGÚN LA FORMA DE INTERVENCIÓN DEL SUJETO	95
2.4.10 SEGÚN LA RELACION CON EL BIEN JURIDICO	96
2.4.11 SEGÚN EL NÚMERO DE BIENES JURIDICOS AFECTADOS.....	98
2.5 ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ	99
2.5.1 ELEMENTOS OBJETIVOS	99
2.5.2 ELEMENTOS SUBJETIVOS.....	114
2.5.3 ERROR DE TIPO	120
2.6 ANTIJURIDICIDAD	123
2.7 CULPABILIDAD	125
2.7.1 ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD	126
2.8 AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN	134
2.8.1 CLASES DE AUTORIA	135
2.8.2 PARTICIPACIÓN.....	137
2.9 CONCURSO DE DELITOS.....	141
2.9.1 CONCURSO IDEAL.....	141
2.9.2 CONCURSO REAL.....	142
2.10 DERECHO COMPARADO	143
2.11 ANÁLISIS DEL CASO	159
2.11.1 SENTENCIA	159
2.11.2 RESUMEN DE LA SENTENCIA.....	161
2.11.3 COMENTARIOS SOBRE LA SENTENCIA.....	174

CAPÍTULO III

3.0 PRESENTACIÓN, DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS.....	178
3.1 ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA.....	178
3.2 INTERPRETACION DE ENTREVISTA SEMIESTRUCTURADA	191

3.3 ANÁLISIS GENERAL DE RESULTADOS	207
3.3.1 VALORACION DE LOS PROBLEMAS DE INVESTIGACIÓN.....	207
3.3.2 VERIFICACION Y COMPROBACION DE HIPOTESIS	209
3.3.3 VERIFICACION Y CUMPLIMIENTO DE OBJETIVOS.....	211

CAPÍTULO IV

4.0 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	214
4.1 CONCLUSIONES GENERALES	214
4.2 CONCLUSIONES ESPECÍFICAS	216
4.3 RECOMENDACIONES.....	217

INTRODUCCIÓN

El delito de Violación en Menor o Incapaz se encuentra en el ámbito de la sexualidad; a través de la historia se ha regulado según la cultura y la moral que ha imperado en la sociedad. En el ejercicio de la libertad sexual se requiere expresión de voluntad, de no ser así y forzar a la víctima, la tipificación del delito resulta indudable, pero este consentimiento, aunque aparezca formalizado, no será válido cuando se trate de menores o incapaces; por su condición no poseen razonamiento o madurez para decidir su comportamiento sexual, por ello es que, en última instancia, son una presunción legal de la ausencia de discernimiento para ejercer la libertad sexual.

Se realiza la investigación, partiendo de lo establecido en el Título IV Delitos Contra la Libertad Sexual, Capítulo I de la Violación y Otras Agresiones Sexuales, específicamente el precepto legal Violación en Menor o Incapaz Art. 159 del Código Penal, con el fin de solventar las dificultades que enfrenta el Operador de Justicia en la Zona Oriental de El Salvador y de esta manera pueda realizar una adecuada y eficaz aplicación del tipo.

Se desarrolla el Proyecto de Investigación como primera parte, integrado por el planteamiento del problema, objetivos general y específicos, alcances: doctrinario, jurídico, teórico, temporal y espacial, además se presenta el sistema de hipótesis, propuesta capitular, y el diseño metodológico que define los métodos, técnicas e instrumentos utilizados en el delito en indagación.

La segunda parte se compone por cuatro capítulos:

Capítulo I se desarrolla la síntesis del problema de investigación analizando las dificultades fundamentales y específicas.

El Capítulo II contiene la evolución histórica y jurídica que ha presentado la Violación en Menor o Incapaz, se clasifica y estructura el tipo conforme a la Teoría Jurídica del Delito, consultando además Derecho Comparado y se

analiza una sentencia sobre el ilícito en estudio para verificar su correcta aplicación.

El Capítulo III: Comprende presentación, descripción y análisis de las entrevistas no estructuradas y semiestructuradas dirigida a Operadores de Justicia de la Zona Oriental de El Salvador, de la misma manera se valoran los resultados de los problemas fundamental y específicos de la investigación, se realiza la Verificación y Comprobación de Hipótesis y, Verificación y Cumplimiento de Objetivos.

El Capítulo IV comprende Conclusiones Generales: doctrinarias, jurídicas, socio-económicas y culturales, Conclusiones Específicas y Recomendaciones Realizadas al Órgano Ejecutivo, Legislativo y Judicial, Fiscalía General de la República, Procuraduría General de la República, Defensores privados, Universidad de El Salvador y la Sociedad. Se presenta propuesta de reforma al Art. 159 del Código Penal.

La tercera parte: consta de anexos utilizados en la investigación.

PARTE I

**“PROYECTO DE
INVESTIGACIÓN”**

1.0 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

Etimológicamente el vocablo “Violación” proviene del latín “violare”, con la misma raíz “vis” que significa fuerza, al igual que la palabra violencia. La violación se refiere al quebrantamiento o trasgresión que vulnera o socava los derechos de otra persona reconocidos por un precepto legal no presupone, necesariamente, violencia física y real. *“El violator es el sujeto de la acción – violare- que da lugar a la violación”¹.*

Conforme la sociedad ha evolucionado, el tipo penal de violación se realizaba desde tiempos remotos. De acuerdo a los antecedentes en diferentes regiones y lugares se comenzó a regular esta clase de delitos, teniendo como objetivo conocer las más importantes leyes que sirvieron de base para la legislación salvadoreña vigente.

Para Espinoza Vásquez (1983), el delito de violación consiste en *“el acceso carnal con una mujer extraña y sin vinculo de matrimonio con el agente activo, mediante el empleo de violencia física o intimidación psicológica, inminente, cierta y actual, con el objeto de doblegar la resistencia de la víctima”²* (Pág. 7).

Según el criterio de Tieghi (1983) *“La violación puede conceptuarse como el acceso carnal obtenido o procurado mediante violencia o sin el consentimiento de la víctima”³* (Pág. 170).

¹ Tieghi, Osvaldo N., (1983), *Delitos Sexuales*, Tomo 1, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma: Buenos Aires, p. 161.

² Espinoza Vásquez, Manuel A., (1983), *Delitos Sexuales: Cuestiones Médico-Legales y Criminológicas*, Editorial Libertad: Trujillo, p. 7.

³ Tieghi, Óp. Cit., p. 170. Cuando se refiere “sin consentimiento de la víctima” según la doctrina se comprenden todas las hipótesis conductuales en las cuales la Ley Penal presume la incapacidad absoluta de consentir -los menores de quince años- y también para aquellas personas incapacitadas por su estado mental de expresar su consentimiento razonablemente o físicamente con imposibilidad de resistir.

Núñez (2008) es del criterio “*cometía violación el varón que, sin derecho a exigirlo accedía carnalmente a otra persona de uno y otro sexo, abusando de su inmadurez, estado mental o indefensión o usando violencia*”⁴ (Pág. 122)

La violación para ser considerada un delito se debía perpetrar mediante la desfloración y ruptura del himen fuera del vínculo matrimonial, y dentro de él, no se concebía su existencia.

Las definiciones anteriores, han tenido su propia evolución. A nivel doctrinario y jurisprudencial se ha tratado de adecuar esta conducta delictiva, que comprenda tanto el bien jurídico que se tutela, así como los sujetos intervinientes.

El delito de violación se encuentra en el ámbito de la sexualidad; a través de la historia se ha regulado según la cultura y la moral que ha imperado en la sociedad, por consiguiente el Código Penal ha estado cargado de un alto contenido de moralidad a la hora de penalizar esta conducta.

Las disciplinas conductuales - psicología, psicopatología y psicología social -, han considerado que el fin de la conducta constituye una desviación o perversión sexual. “*En la legislación penal, se tiende a la actividad sexual en general, normal o desviada, con subordinación a la tutela de diversos bienes; uno de ellos, la libertad consensual o la libre voluntad, explica la incriminación de toda violencia sexual*”⁵. De esta manera, solo parcial y casualmente puede existir algún acercamiento entre el derecho y las ciencias conductuales.

Corresponde a quien accede carnalmente asumir su parte de responsabilidad, en el caso que sea un menor es indudablemente una responsabilidad de

⁴ Núñez, Ricardo C., (2008), *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, 3ª Ed., Editorial Lerner: Córdoba, p. 122.

⁵ Tieghi, Óp. Cit., p. 182. La violencia carnal, a su vez, se subclasifica, según ocurra el acceso carnal (violación) o simples actos libidinosos sin llegar a la cópula (atentado violento al pudor, abuso deshonesto), sin atender al carácter normal o desviado del fin y del objeto sexual obtenidos por este medio.

mayor trascendencia, -en relación a la edad no puede argumentarse manifestación de voluntad-, en un menor de quince años existe violación aún con su consentimiento, incluso si tiene una apariencia física desarrollada, por su condición no poseen razonamiento o madurez para decidir su comportamiento sexual, por ello es que, en última instancia, son una presunción legal de la ausencia de discernimiento para ejercer la libertad sexual. *Es entonces la situación del menor en el caso de violación, una figura victimológica con sus características propias y por consiguiente problemas medico legales y sexológicos propios.* ⁶

En el supuesto de violación ejecutada sobre un Incapaz se encuentra que no está alterada la capacidad de resistir pero sí la de comprender, presupuesto necesario para poder ejercer la resistencia y evitar el peligro.

Para comprender la importancia de la violación sobre un Incapaz, es necesario saber que no siempre el estado de enajenación mental ha sido considerado como integrante del conjunto de cuadros en los cuales el acceso carnal es violación. En efecto: *“en algunos códigos del siglo pasado de algunos países, se sostenía que en la minoría de edad y ausencia de pubertad, en la demencia y en la embriaguez, al carecer las víctimas de posibilidad de disponer de su voluntad mediante un consentimiento, no había violación”*⁷.

La libertad sexual en el coito requiere su expresión de voluntad de no ser así y forzar a la víctima la tipificación del delito resulta indudable, pero este consentimiento, aunque parezca formalizado, no será válido cuando se trate de menores o incapaces con impedimento para el acto, caso en el cual el discernimiento es requerido como exigencia excluyente. Si la relación sexual

⁶ Achaval, Alfredo., (1979), *Delito de Violación: Estudio sexológico, médico legal y jurídico*, 1ª Ed, Editorial Abeledo Perrot: Ciudad de Buenos Aires, p. 37. Si entendemos como daño moral el perjuicio inferido a la seguridad personal, el goce de los bienes y afectos legítimos, debemos tener presente que puede ser muy intenso en los menores y que también aquí la estimación debe tener en cuenta no solo las condiciones personales, sino también las circunstancias del caso.

⁷ *Ibíd.*, p. 41.

se produce con las deficiencias antes mencionadas, resulta ajustado a derecho la consumación del delito de violación y bajo este aspecto deberá ser juzgado el autor; si bien no utilizo violencia⁸, existió aún con conocimiento de la víctima, imposibilidad para la comprensión del acto, causando además una lesión al bien jurídico que el precepto legal protege.

Para ello resulta también rigurosamente necesario que la legislación se pronuncie, condenando transgresiones de este orden, concretamente, imponiendo al autor o autores de la violación penas ejemplificadoras.

1.2 ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

Históricamente las leyes que regulaban el matrimonio y la violación se vincularon a partir de la figura del hombre, dueño y jefe de familia. En ese contexto, era permitido capturar y violar a las mujeres de otras tribus mientras que esa acción no se permitía con las mujeres de la misma tribu.

En el gran imperio romano, se reglamentaron principios de derecho; conjunto de normas que castigaban los actos de violación, dichos principios a través de los años perduraron y formaron las legislaciones que actualmente nos rigen, con una complementación especial en cada país, de acuerdo a sus costumbres, realidad y la época en que se vive.

La sociedad ha venido evolucionando, en sus inicios, solo se establecía el delito de estupro, que consistía en tener una relación sexual con mujer casada u honesta, luego fueron agregando otros elementos para determinar el delito; que en la conducta típica se diera el coito y la eyaculación, que la víctima fuera mujer virgen, este requisito dejaba fuera a las prostitutas como sujetos

⁸ Sproviero, Juan H., (1996), *Delito de Violación*, 1ª Ed., Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma: Buenos Aires, p. 7. En el supuesto de violación, la libertad de la víctima se ve minorada no solamente por la violencia, sino por amenazas, sea mediante palabras, señales o actos, de manera que afecten la capacidad de elección, coartando la libertad de la víctima.

pasivos, requería que hubiera desfloración de la víctima. El delito se consumaba cuando la agredida tenía una de estas cualidades.

En el Código Penal Salvadoreño de 1826 se tipificaba el estupro en los delitos relativos a la honestidad Art. 703⁹, no se regulaba la violación en menor o incapaz. Fue en el Código Penal de 1973 en el Título III, Capítulo II, Art. 193¹⁰ donde se estableció este ilícito, que la víctima fuere menor o incapaz; y se mantuvo este requisito en el vigente Código Penal, promulgado en el año de 1998 en el Título IV, Capítulo I, Art. 159¹¹.

El 25 de noviembre de 2003 el artículo 159 fue reformado¹². El supuesto de hecho, los sujetos, al igual que el bien jurídico objeto de protección del delito no cambian en lo sustancial, en relación a dicha reforma. Las variaciones se realizaron en cuanto al aumento de la sanción penal, y la edad del menor.

⁹ Código Penal, 1826, El Salvador, Delitos relativos a la Honestidad, Art. 703 El que abuse deshonestamente de una mujer casada o desposada haciéndole creer sinceramente, por medio de algún engaño o ficción bastante para ello que es su marido o esposo legítimo, sufrirá la pena de cuatro a ocho años de obras públicas, y después la de destierro del pueblo, y veinte leguas en contorno, por el tiempo que vivan en el su marido o esposo.

¹⁰ Código Penal, 1973, D. L. N° 270, El Salvador, Delitos contra el Pudor y la Libertad Sexual, Art. 193. Violación presunta. Se considera violación al acceso carnal con mujer en los siguientes casos: 1° cuando la víctima fuere menor de doce años, aunque esta diere su consentimiento; 2° Cuando la víctima adoleciere de enajenación mental, o estuviere en estado de inconsciencia, o no pudiere resistir por enfermedad o por cualquier otra causa ajena a la voluntad del agente, siempre que tales estados sean conocidos por este. En estos casos la sanción correspondiente será la pena máxima señalada en el artículo anterior (Artículo 192 Violación propia, prisión de cinco a diez años) aumentada hasta una tercera parte.

¹¹ Código Penal, 1998, D. L. N° 1030, El Salvador, Delitos Contra la Libertad Sexual, Art. 159. Violación en menor ó incapaz. El que tuviere acceso carnal por vía vaginal y anal con menor de doce años de edad o con otra persona aprovechándose de su enajenación mental, de su estado de inconciencia o de su incapacidad de resistir será sancionado con prisión de diez a catorce años. Quien mediante engaño coloque en estado de inconsciencia a la víctima o la incapacite para resistir, incurrirá en la misma pena, si realiza la misma conducta descrita en el inciso primero de este artículo.

¹² D. L. N° 210, de fecha 25 de noviembre de 2003, Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. "A fin de realizar acciones específicas dirigidas a la erradicación de la explotación sexual comercial de los menores, es pertinente incrementar las penas a todo tipo de abuso en contra de la niñez y la adolescencia; especialmente de abusos de tipo sexual; que en atención a los planteamientos expuestos y a la demanda social de mayor protección para la niñez y la adolescencia, se hace necesario incorporar las reformas legales correspondientes al Código Penal.

Esta modificación se realizó con la finalidad de disminuir la comisión de este ilícito penal, la cual no se logra, cada año se evidencia un incremento porcentual a nivel nacional. Dicho precepto establece:

Inc. 1° “El que tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con menor de quince años de edad o con otra persona aprovechándose de su enajenación mental, de su estado de inconsciencia o de su incapacidad de resistir, será sancionado con pena de prisión de catorce a veinte años”.

Inc. 2° “Quien mediante engaño coloque en estado de inconsciencia a la víctima o la incapacite para resistir, incurrirá en la misma pena, si realiza la conducta descrita en el inciso primero de este artículo”, Con base a este inciso, en la comisión del hecho punible es imprescindible el engaño, que trae un carácter de agravante de la conducta, debido que el agresor, además de realizar el comportamiento del inciso primero, se vale de un medio para lograr su finalidad. En referencia a la pena, se establece un marco entre catorce y veinte años, la sanción responde al desvalor del hecho y a la culpabilidad del autor.

Este delito regulado bajo el Título “Delitos Contra la Libertad Sexual” presenta problema para determinar el bien jurídico vulnerado, puesto que las personas menores de quince años o los incapaces carecen de libertad sexual; por su condición no poseen la suficiente madurez, experiencia, ni capacidad para decidir, su desarrollo personal o la situación de sus capacidades físicas o intelectuales no les permite conocer el significado de los actos sexuales por lo que carecen de autonomía para determinar su comportamiento sexual.

Algunos autores como Muñoz Conde (1991) consideran que *“la intangibilidad o la indemnidad es el bien jurídico que se protege respecto de los menores para asegurar su libertad sexual en el futuro, ya que la realización de actos de esta naturaleza puede afectar su equilibrio psíquico y al correcto desarrollo de su personalidad, la misma razón se considera en los casos de enajenación*

*mental*¹³ (Pág. 271); con ello se hace referencia a varios aspectos, como tutelar el derecho de las personas que poseen una cualidad de las mencionadas en el artículo. En contrario los casos de personas en estado de inconsciencia o incapacidad de resistir, pueden obedecer a sujetos que tienen libertad sexual, pero se encuentran en una situación que les impide ejercerla.

1.3 ENUNCIADO DEL PROBLEMA

1.3.1 PROBLEMA FUNDAMENTAL

- ¿Cuáles son las dificultades que enfrenta el operador de justicia al momento de interpretar el tipo penal de Violación en Menor o Incapaz?

1.3.2 PROBLEMAS ESPECÍFICOS

- ¿Quiénes son los sujetos intervinientes en el tipo penal de Violación en Menor o Incapaz?
- ¿Qué bienes jurídicos protege el delito de Violación en Menor o Incapaz?
- ¿Es proporcional la Pena establecida en el delito de violación en menor o incapaz?

¹³ Muñoz Conde, Francisco., (1991), *Los Delitos Contra la Libertad Sexual (Título IX, Libro II del Código Penal), Estudios Penales y Criminológicos XIII*, Universidad de Santiago de Compostela, España, p. 271. Una problemática especial presentan estos delitos cuando recaen sobre menores o deficientes mentales. Mantener que en estos casos es la “libertad sexual” el bien jurídico protegido no deja de ser un eufemismo o una forma como otra cualquiera de alterar el significado de las palabras, sin tener para nada en cuenta la realidad. Si algo caracteriza a las personas que se encuentran en esa situación es carecer de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual. Sin entrar ahora en polémicas sobre el derecho a la sexualidad de menores y deficientes mentales y sobre los límites del mismo, actualmente en nuestro ámbito de cultura existe una especie de consenso no escrito sobre la “intangibilidad” o “indemnidad” que frente a la sexualidad de terceros debe otorgarse a estas personas.

- ¿Cómo se clasifica y estructura el delito de Violación en Menor o Incapaz?

1.4 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El delito de violación ha sido una conducta reprochable por la sociedad a lo largo de la historia, por el daño a los bienes jurídicos que este tipo penal protege, pero puede afirmarse que este ilícito ha venido desnaturalizándose, ha mudado su esencia, por medio de un proceso paulatino que discurre por dos causas: La ampliación de los sujetos sobre los que se produce el acceso carnal y la modalidad. La violación entendida como el forzamiento de una mujer por un varón, sigue una concepción más laxa que va englobando la relación sexual realizada con una menor de edad, con una privada de razón, hasta alcanzar en la actualidad el coito en iguales circunstancias con un hombre¹⁴.

En la actualidad el Código Penal regula específicamente los casos en los que se comete este delito contra los menores o incapaces, Art. 159 CP. En razón de lo anterior, es necesario realizar un análisis integral sobre este precepto legal y fijar las variables que en la práctica causan debate e interpretar este tipo penal, por ser un hecho repudiado y que causa gran conmoción. En nuestra sociedad es un ilícito que se ha venido presentando con frecuencia, de ahí, que surge la necesidad de realizar una investigación que ofrezca solución a la problemática que presenta a los operadores de justicia.

Es de conocimiento general que toda conducta tiene consecuencias positivas o negativas; al realizar el hecho punible de Violación en Menor o Incapaz esta acción obtiene resultados negativos ya que implica un daño psíquico y un desequilibrio al correcto desarrollo de la personalidad de la víctima, debido a

¹⁴ Berenger, Enrique Orts, (1995), *Delitos contra la Libertad Sexual*, 1ª Ed., Editorial Tirant Lo Blanch: Ciudad de Valencia, p. 60. Correlativamente un delito que basculaba sobre el coito vaginal heterosexual ha pasado a asentarse, además, sobre el anal y bucal, hetero y homosexual.

que el acto sexual puede ser devastador porque las repercusiones se expanden a todos los niveles emocionales, impactando su salud física y su salud mental.

Con esta investigación se beneficiará a:

Magistrados y Jueces: Para que realicen una interpretación integral del tipo penal de Violación en Menor o Incapaz y adecuar correctamente la conducta.

Auxiliares del Fiscal General de la Republica y Querellantes: Para que se les facilite realizar el juicio de tipicidad, fundamenten de manera precisa los requerimientos, acusaciones y alegatos en las vistas públicas.

Defensores Públicos y Privados: Para que postulen su estrategia de defensa a favor de los intereses del inculcado en el hecho punible de Violación en Menor o Incapaz.

Profesores Universitarios: Con el objetivo que en el proceso de enseñanza-aprendizaje contribuyan a la construcción de conocimientos jurídicos penales, así como la comprensión de los elementos objetivos y subjetivos del delito de Violación en Menor o Incapaz.

Estudiantes de Licenciatura en Ciencias Jurídicas: Con el objeto de fomentar el conocimiento jurídico penal sobre contenido, clasificación y estructura del delito de Violación en Menor o Incapaz

Y la Sociedad: Para que adquiera conocimientos sobre el delito de Violación en Menor o Incapaz y no se conviertan en sujetos¹⁵ activos o pasivos de la conducta prohibida y así prevenir este problema que afecta la sociedad.

¹⁵ Álvarez Álvarez, Gregorio., (1997), *Delitos Contra la Libertad Sexual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p. 42. Los Sujetos: Con carácter general, y como consecuencia ineludible de las exigencias del bien jurídico protegido, cualquiera con independencia del sexo, -hombre o mujer- puede ser sujeto activo o pasivo de una agresión sexual. Desde el punto de vista del feminismo, se subraya "que la violación es un delito que comete un género contra otro", el género masculino contra el femenino; señalando que es un comportamiento aprendido por los hombres como medio de ejercer el poder a través de la sexualidad.

2.0 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

2.1 OBJETIVO GENERAL

- Analizar las dificultades que enfrenta el Operador de Justicia al momento de interpretar el delito de Violación en Menor o Incapaz, con el fin de realizar una adecuada y eficaz aplicación del tipo penal.

2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Mostrar la Evolución Histórica del delito de Violación en Menor o Incapaz.
- Desarrollar la estructura y clasificación del Precepto Legal de Violación en Menor o Incapaz.
- Determinar el grado de Autoría y Participación en el tipo penal de Violación en Menor o Incapaz.
- Identificar si en el delito de Violación en Menor o Incapaz existe Tentativa.
- Verificar si la Pena regulada en el ilícito de Violación en Menor o Incapaz es proporcional al hecho cometido.
- Comparar la regulación del delito de Violación en Menor o Incapaz con otros Ordenamientos Jurídicos.
- Examinar los criterios Jurisprudenciales sobre el ilícito de Violación en Menor o Incapaz.

3.0 ALCANCES DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 ALCANCE DOCTRINARIO

Actualmente existe contraste en los aspectos esenciales y propios del delito de violación en Menor o Incapaz, estos han sido motivo de discusión en la

historia, pero se pretenden clarificarlos para el logro de un mejor desarrollo, aplicación y entendimiento del tipo penal.

Para precisar esos aspectos, se mostraran los cambios presentados por el delito de violación, que ha sido regulado en los textos legales más remotos promulgados por la humanidad, siendo castigado con la pena de muerte en la mayoría de ellos; entre esas legislaciones se encuentra el Código de Hammurabi, el Antiguo Derecho Hebreo, La ley Julia, Derecho Canónico Penal y Derecho Incaico, aunque cada legislación contenía variantes¹⁶.

Debido a las diferentes construcciones jurídico penales que ha mostrado este ilícito es que surge la discusión sobre los aspectos que conforman la Violación en Menor o Incapaz.

Se ha tratado de describir en forma precisa la conducta delictiva para que se comprenda el bien jurídico que se tutela e identificar los sujetos intervinientes; este hecho punible está regulado bajo el Título “Delitos Contra la Libertad Sexual” en el Código Penal Vigente Salvadoreño, y una de las discusiones versa en los problemas que se presentan para la determinación del bien jurídico que se considera vulnerado¹⁷, algunos autores aducen que los menores de quince años o los incapaces carecen de libertad sexual; por su

¹⁶ Espinoza Vázquez, óp. Cit., p. 8. De acuerdo al código de Hammurabi el delito de violación fue sancionado drásticamente, imponiéndose la pena de muerte al ofensor, sin tener en cuenta la condición de la víctima, quien podía ser doncella o virgen, o mujer con experiencia sexual, en el Antiguo Derecho Hebreo la sanción era la misma, pero la víctima era repudiada por la comunidad, hasta que se sacrificaba en el altar, mediante una ofrenda de sacrificio animal; pues se le consideraba impura hasta su purificación.(mediante la ofrenda), en la Ley Julia y en Derecho Canónico la violación era sancionada con la misma pena capital, con la diferencia que en el derecho Canónico exigía como requisito fundamental que el acceso carnal fuera desflorador y contra o sin la voluntad de la agraviada. Cuando el acto sexual recaía sobre una mujer desflorada ya no constituía violación, y solo se penaba con sanciones menores, el derecho penal incaico punía la violación con una sanción según arbitrio del Inca, que podía ser: tormentos, flagelación y extrañamientos de la comunidad; si el agente reincidía en el delito, se imponía pena de muerte como medida ejemplarizadora.

¹⁷ Muñoz Conde, Delitos Contra la Libertad Sexual, óp. cit., p .271. la intangibilidad o la indemnidad es el bien jurídico que se protege respecto de los menores para asegurar su libertad sexual en el futuro, ya que la realización de actos de esta naturaleza puede afectar su equilibrio psíquico y al correcto desarrollo de su personalidad, la misma razón se considera en los casos de enajenación mental.

condición no poseen la suficiente madurez, experiencia, ni capacidad para decidir, en contrario los casos de personas en estado de inconsciencia o incapacidad de resistir, pueden obedecer a sujetos que tienen libertad sexual, pero se encuentran en una situación que les impide ejercerla.

En el caso de la determinación de los sujetos intervinientes en el ilícito, consideran otros autores que solo el hombre puede ser sujeto activo, como Juan Sproviero (1996) *“creemos conscientemente que sujeto activo solo puede ser el hombre, sin poder conceptuarse como tal al homosexual o la mujer”* (pág. 119).

3.2 ALCANCE JURÍDICO

El ilícito de Violación en Menor o Incapaz se analizará en la investigación, partiendo de la regulación del Código Penal Salvadoreño en el Título IV Capítulo I, delitos contra la Libertad Sexual, sancionado en el Art. 159: “El que tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con menor de quince años de edad o con otra persona aprovechándose de su enajenación mental, de su estado de inconsciencia o de su incapacidad de resistir, será sancionado con prisión de catorce a veinte años. Quien mediante engaño coloque en estado de inconsciencia a la víctima o la incapacite para resistir, incurrirá en la misma pena, si realiza la conducta descrita en el inciso primero de este artículo”.

La Constitución de la República de El Salvador, tutela los derechos fundamentales e inherentes a la persona por su calidad de tal, el Art. 2 que disciplina: *“Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos”*; la libertad como uno de ellos; pero enunciar estos derechos no es suficiente, se necesita que se realice una correcta y eficaz aplicación.

Para garantizar la protección del derecho de libertad que se otorga a las personas, se han creado distintos Tratados Internacionales¹⁸ ratificados por la Republica de El Salvador, comprometiéndose a darles cumplimiento, entre ellos se encuentran: Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 3 que garantiza que “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 1 en el que se reconoce que “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”

3.3 ALCANCE TEÓRICO

En el presente estudio se utilizará la Teoría Jurídica del Delito¹⁹, elaboración sistemática de las características generales que el Derecho Positivo permite atribuir a todo delito o grupo de delitos.

Para analizar la estructura del tipo objeto de esta investigación y lograr una mejor comprensión del precepto legal de Violación en Menor o Incapaz se examinará cada una de las categorías del delito, debido a que éstas se desarrollan en diferentes direcciones teóricas desde la dogmática jurídico penal. Haciendo uso de la Teoría Clásica, Neoclásica, Finalista y Post-Finalista.

¹⁸ Calderón Carrero, José Manuel., (2008), *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, 1ª Ed., Editorial Fiscal: España, p. 41. Tratados Internacionales: Constituyen una fuente del Derecho Clásica o Tradicional que se ha venido empleando para encauzar las relaciones entre los diferentes Estados integrantes de la Comunidad Internacional.

¹⁹ Muñoz Conde, Francisco., y García Arán, Mercedes., (2004), *Derecho Penal Parte General*, 6ª Ed., Editorial Tirant Lo Blanch: Valencia, p. 205. La Teoría del Delito es un Sistema categorial clasificatorio y secuencial, en el que, peldaño a peldaño, se va elaborando a partir del concepto básico de la acción, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito.

Teoría Clásica²⁰ Fran Von Liszt²¹ define por primera vez el concepto de acción como la producción reconducible a una voluntad humana, de un cambio del mundo exterior. En este concepto, para la modificación causal del mundo exterior debía bastar cualquier efecto en el mismo, por mínimo que sea. Correlativamente Ernest Von Beling²², sostiene que existe acción si objetivamente ha de añadirse la comprobación que en ese movimiento corporal o en esa falta de movimiento animaba una voluntad; la acción en esta teoría debía afirmarse siempre que concurra una conducta humana llevada por la voluntad, con independencia del contenido de esa voluntad.

Teoría Neoclásica²³, existió una reforma al sistema anterior; la corriente del Neokantismo tuvo varios autores: Stammler, Rickert, Lask, abandonan el enfoque naturalista, aduciendo que no es posible estudiar el delito con el método de las ciencias naturales. El método de las valoraciones se hace necesario en el ámbito de la ciencia jurídica de tal manera que la corriente Neoclásica se caracteriza porque aplica a cada uno de los elementos valoraciones y enfoques normativos.

²⁰ Jescheck, Hans-Heinrich., (s.f.), *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, 3ª Ed., Casa Editorial: Barcelona, p. 274 La base de este Sistema fue el concepto de Acción, concebido por Frank Von Liszt y Ernest Von Beling, en términos totalmente naturalísticos, como movimiento corporal (Acción en sentido estricto) y modificación del mundo exterior (Resultado), Unidos ambos extremos por el vínculo de causalidad. Sustentando que el delito es: La acción típica, antijurídica y culpable sometida a una conminación penal adecuada y ajustada a las condiciones de dicha penalidad.

²¹ Velásquez V., Fernando, (2004), *Manual de Derecho Penal: Parte General*, 2ª Ed., Editorial Temis: Bogotá, p. 217. Concibe la Acción como la voluntad humana encaminada a realizar una modificación en el mundo exterior.

²² Novoa Monreal, Eduardo., (1980), *Causalismo y Finalismo en Derecho Penal*, Editorial Juricentro: San José, p. 22. En el año de 1906 Introdujo la Tipicidad. Crea este concepto de tipicidad para aplicarlo a la acción punible y concluir que no puede haber delito sin tipo. Su propósito fue mejorar la definición de delito hasta entonces imperante, que lo tenía como "Acto culpable, contrario al Derecho y sancionado con una pena" (Von Liszt), con el fin de eliminar de ella un elemento que consideraba tautológico – estar sancionado con una pena- reemplazándolo por otro que expresara el conjunto de manifestaciones objetivas que un hecho debe reunir para acarrear la aplicación de pena.

²³ Velásquez V., óp. cit., p. 219. Las elaboraciones precedentes fueron sometidas a profunda revisión y se le dio un nuevo contenido al esquema gracias a la crítica adelantada contra el positivismo, que había pretendido erradicar el pensar filosófico; ello fue posible con el auge del neokantismo, corriente que, hacia los años veinte del siglo XX postuló la necesidad de erigir un método adecuado para las ciencias del espíritu, acorde al comprender y al valorar.

Teoría Finalista, surge de acuerdo a la limitación y como una reforma a estas teorías Causalistas desde finales del siglo XIX, tiene su origen en Alemania a inicios de la década de los años treinta -siglo XX-, fue expuesta por el jurista Hans Welzel²⁴ quien sostenía que toda la vida comunitaria del hombre se estructura sobre la actividad final²⁵ de este. Los miembros en sociedad pueden actuar conscientes, proponerse fines, elegir medios requeridos para su obtención y ponerlos en movimiento. Esta actividad final se llama acción. El delito surge de la acción humana, pero esa acción debe perseguir un fin. Con ésta teoría se facilita el análisis de los elementos objetivos y subjetivos del tipo.

Por su parte la corriente Post-Finalista sustituyó las anteriores concepciones²⁶ de la teoría del delito, -causalista y finalista- siendo el precursor Claus Roxin, éste hacía referencia al carácter ontológico de la acción, que se convierte en “manifestación de la personalidad humana”, en expresión de todo lo atribuible al hombre -centro de actos anímicos-espirituales-, lo que permite incluir en su seno indistintamente comportamientos dolosos, culposos y omisivos, todo lo contrario del finalismo que prácticamente requería de una teoría para cada tipo de injusto. Esto significa que el sistema funcionalista mantiene estructuralmente las categorías del delito, conservándolas como herramientas teóricas, pero valoradas con una finalidad político criminal.

²⁴ Jescheck., óp. cit., p. 282. El concepto de delito del finalismo, elaborado principalmente por Welzel en varias etapas desde principios de los años treinta, respondió en lo metodológico al abandono del pensamiento logicista y abstracto propio de la época precedente.

²⁵ Velásquez V. óp. cit., p. 223. La Acción se concibe como “Ejercicio de Actividad final” y no solamente causal, y se entiende que esa finalidad se basa en la capacidad de previsión del hombre de las consecuencias posibles de su obrar, que le permite, por tanto, proyectar fines diversos y dividir su actividad conforme a un plan, a la consecución de estos.

²⁶ Trejo Escobar, Miguel Alberto., (1999), *Introducción a la Teoría General del Delito*, 1ª Ed., Servicios Editoriales Triple “D”: San Salvador, p. 273. Tal avance, consiste sobre todo en sustituir la vaga orientación neokantiana a los valores culturales por un criterio rector de sistematización concretamente jurídico penal, ese criterio rector está constituido por las bases político criminal de la moderna teoría de los fines de la pena.

3.4 ALCANCE TEMPORAL

La Investigación comprenderá como espacio temporal un periodo entre junio del año dos mil doce a junio del año dos mil dieciséis. Considerado oportuno para investigar sobre el delito de Violación en Menor o Incapaz, analizando antecedentes y la reciente reforma del Código Penal que constituye la no prescripción del delito regulado en el Art. 159 del Código Penal.

3.5 ALCANCE ESPACIAL

Se ha considerado realizar la investigación del delito de Violación en Menor o Incapaz específicamente en la Zona Oriental de El Salvador. Debido a que se tiene mayor acceso a la información ya que el alcance de este ilícito es muy amplio, lo encontramos a nivel Internacional, Regional y Nacional.

4.0 SISTEMA DE HIPÓTESIS

<p>Objetivo General: Analizar las dificultades que enfrenta el Operador de Justicia al momento de interpretar el delito de Violación en Menor o Incapaz, con el fin de realizar una adecuada y eficaz aplicación del tipo penal.</p>					
<p>Hipótesis General: La dificultad que enfrenta el Operador de Justicia en el precepto legal de Violación en Menor o Incapaz se debe a la limitada comprensión de los elementos del tipo para determinar su contenido y alcance.</p>					
Definición Conceptual	Definición Operacional	Variable Independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
<p>Violación en Menor o Incapaz: consiste en el acceso carnal con un menor de quince años o con persona con enajenación mental, en estado de inconsciencia o incapacidad de resistir que supone carecer de discernimiento para consentir dicho comportamiento.</p>	<p>VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ. Art. 159.- Código Penal. “El que tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con menor de quince años de edad o con otra persona aprovechándose de su enajenación mental, de su estado de inconsciencia o de su incapacidad de resistir...”</p>	<p>La dificultad que enfrenta el operador de justicia en el precepto legal de Violación en Menor o Incapaz.</p>	<p>Interpretación -Delito -Violación -Menor -Incapaz -Acceso carnal</p>	<p>Se debe a la limitada comprensión de los elementos del tipo para determinar su contenido y alcance.</p>	<p>-Aplicación -Elementos del Tipo -Contenido -Alcance</p>

Objetivo Específico 2: Desarrollar la estructura y clasificación del Precepto Legal de Violación en Menor o Incapaz.					
Hi 1: En el tipo penal de Violación en Menor o Incapaz intervienen, como sujeto activo hombre o mujer, y sujeto pasivo hombre o mujer sea menor de quince años o incapaz.					
Definición Conceptual	Definición Operacional	Variable Independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
<p>Sujeto Activo: Es quien realiza la conducta prohibida descrita en una norma penal.</p> <p>Sujeto Pasivo: Es el titular del Bien Jurídico protegido en una norma penal.</p>	<p>VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ.</p> <p>Art. 159.- Código Penal. “El que tuviere acceso carnal...con menor de quince años de edad o con otra persona aprovechándose de su enajenación mental de su estado de inconciencia o incapacidad de resistir.</p>	<p>En el tipo penal de Violación en Menor o Incapaz intervienen, como sujeto activo hombre o mujer, y sujeto pasivo hombre o mujer.</p>	<p>-Sujeto Activo</p> <p>-Sujeto Pasivo</p> <p>-Hombre</p> <p>-Mujer</p>	<p>Sea menor de quince años o incapaz.</p>	<p>-Menores</p> <p>-Incapaces</p> <p>-Enajenado mental</p> <p>-Estado de inconciencia</p> <p>-Incapaz de resistir.</p>

Objetivo Específico 2: Desarrollar la estructura y clasificación del Precepto Legal de Violación en Menor o Incapaz.					
Hi 2: El bien jurídico protegido en el delito de Violación en Menor o Incapaz respecto de los menores y en los casos de enajenación mental es la intangibilidad o la indemnidad sexual y en las personas en estado de inconsciencia o incapacidad de resistir es la libertad sexual.					
Definición Conceptual	Definición Operacional	Variable Independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
Bien Jurídico: son los bienes materiales e inmateriales efectivamente protegidos por el Derecho, es decir, valores legalizados.	PRINCIPIO DE LESIVIDAD DEL BIEN JURÍDICO Art. 3 CP.- "No podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley penal.	El bien jurídico protegido en el delito de Violación en Menor o Incapaz	-Bien Jurídico -Delito -Violación	Respecto de los menores y en los casos de enajenación mental es la intangibilidad o la indemnidad sexual y en las personas en estado de inconsciencia o incapacidad de resistir es la libertad sexual.	-Enajenación mental -Intangibilidad -Indemnidad -Estado de Inconsciencia -Incapacidad de Resistir -Libertad Sexual

Objetivo Específico 5: Verificar si la Pena regulada en el ilícito de Violación en Menor o Incapaz es proporcional al hecho cometido.					
Hi 3: La pena en el ilícito de Violación en Menor o Incapaz es desproporcional al hecho cometido y a los efectos producidos.					
Definición Conceptual	Definición Operacional	Variable Independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
Pena: Es una privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la Ley e impuesta por el Órgano Jurisdiccional Competente al que ha cometido un delito.	PRINCIPIO DE NEC. Art. 5 CP.- “Las penas y medidas de seguridad solo se impondrán cuando sean necesarias y en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado...”	La pena en el ilícito de Violación en menor o incapaz.	-Pena -Ilícito -Gravedad -Daño	Es desproporcional al hecho cometido y a los efectos producidos.	Proporcional Desproporcional -Hecho -Efectos

Objetivo Específico 2: Desarrollar la estructura y clasificación del Precepto Legal de Violación en Menor o Incapaz.					
Hi 4: El delito de Violación en Menor o Incapaz se clasifica y estructura conforme a la Teoría Finalista y Post Finalista.					
Definición Conceptual	Definición Operacional	Variable Independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
<p>Teoría Finalista: Se basa en la capacidad de previsión del hombre de las consecuencias posibles de su obrar, que le permite proyectar fines diversos y dirigir su actividad conforme a un plan, a la consecución de estos.</p>	<p>PRINCIPIO DE RESP. Art. 4 CP.- “La pena o medida de seguridad no se impondrá si la acción u omisión no se realiza con dolo o culpa..”</p>	<p>El delito de Violación en menor o incapaz se Clasifica o Estructura.</p>	<p>-Delito -Violación -Clasificación -Estructura</p>	<p>Conforme a la Teoría Finalista y Post Finalista.</p>	<p>-Teoría -Finalista -Post Finalista -Actividad final -Previsión</p>

5.0 PROPUESTA CAPITULAR

Se especifica el contenido de los capítulos a desarrollar durante la investigación del tema “El Delito de Violación en Menor o Incapaz en la Zona Oriental de El Salvador”. Descritos a continuación:

CAPITULO I: SINTESIS DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Código de pregunta	Tema Central	Interpretación de significado
01	Dificultades que enfrenta el operador de justicia al interpretar el precepto legal de Violación en Menor o Incapaz.	Interpretar Alcance Contenido Elementos del Tipo
02	Sujetos intervinientes en el tipo penal de Violación en Menor o Incapaz.	Sujeto Activo Sujeto Pasivo
03	Bienes Jurídicos protegidos en el delito de Violación en Menor o Incapaz.	Intangibilidad Indemnidad Libertad Sexual
04	Proporcionalidad de la pena establecida en el ilícito de Violación en Menor o Incapaz.	Proporcionalidad Desproporcionalidad Hecho cometido Efectos producidos
05	Clasificación y Estructura del delito de Violación en Menor o Incapaz.	Clasificación Estructura

En éste capítulo se plantean temas considerando las dificultades que enfrenta el Operador de Justicia al momento de interpretar el precepto legal de Violación en Menor o Incapaz, regulado en el Art. 159 Código Penal; tomando

en cuenta la limitada comprensión de los elementos del tipo que determinan su contenido y alcance.

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

En ésta etapa se desarrolla la evolución histórica y jurídica que ha presentado la Violación en Menor o Incapaz, se clasifica y estructura el tipo conforme a la Teoría Jurídica del Delito, consultando además Derecho Comparado y se analiza una sentencia sobre el ilícito en estudio para verificar la correcta aplicación tipo.

CAPITULO III: SISTEMA DE HIPÓTESIS

Ver código 4.0 del Sistema de Hipótesis.

CAPITULO IV. PRESENTACIÓN, DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS

Consiste en la investigación de campo, por medio de entrevistas no estructuradas y semiestructuradas realizadas a especialistas para la recopilación de datos que se presentan en cuadros estadísticos y en consecuencia los resultados son interpretados en atención a la situación problemática, objetivos e hipótesis; de esta manera se funda en síntesis el propósito de la investigación.

CAPITULO V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

Se efectúan Conclusiones Generales según estimaciones doctrinarias, jurídicas, socioeconómicas y culturales, de acuerdo al tema investigado y los elementos aportados; de igual forma se elaboraran Conclusiones Específicas, y Recomendaciones para el Operador de Justicia con la finalidad que realice una mejor interpretación del delito de Violación en Menor o Incapaz.

6.0 DISEÑO METODOLÓGICO

6.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN

La investigación cualitativa es aquella donde se estudia la calidad de las actividades, relaciones, asuntos, medios, materiales o instrumentos en una determinada situación o problema. La misma procura lograr una descripción holística, esto es, que intenta analizar exhaustivamente, con sumo detalle, un asunto o actividad en particular. Este tipo de investigación relaciona la teoría con la práctica de donde surgen nuevos enfoques conceptuales y categoriales.

6.2 POBLACIÓN

- a)** Dos magistrados de la Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Oriente, San Miguel, El Salvador.
- b)** Quince Jueces de Sentencia, de la Zona Oriental, El Salvador.
- c)** Cuatro oficinas Fiscales, de la Zona Oriental, El Salvador.
- d)** Cuatro Procuradurías Auxiliares, de la Zona Oriental, El Salvador.
- c)** Abogados en Libre Ejercicio, de la Zona Oriental, El Salvador.

6.3 MUESTRA

- a)** 1 Magistrado de la Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Oriente, San Miguel, El Salvador.
- b)** 4 Jueces de Sentencia, de la Zona Oriental, El Salvador.
- c)** 2 Agentes Auxiliares del Fiscal General de la Republica, de la Zona Oriental, El Salvador.
- d)** 2 Defensores Públicos, Procuraduría General de la República, de la Zona Oriental, El Salvador.
- e)** 2 Defensores Privados, de la Zona Oriental, El Salvador.

6.4 MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

6.4.1 MÉTODOS

Método Analítico: Es el método de investigación que consiste en descomponer un todo en sus partes para estudiar en forma intensiva cada uno de sus elementos, así como las relaciones entre sí y con el todo. La importancia del análisis reside en que para comprender la esencia de un todo hay que conocer la naturaleza de sus partes.

Método Sintético: Es reducir a términos breves y precisos lo esencial de un tema por medio de un proceso de razonamiento que tiende a reconstruir un todo. La síntesis es un procedimiento mental que tiene como meta la comprensión cabal de la esencia de lo que ya se conoce en todas sus partes y particularidades.

Método Comparativo: Procedimiento de la comparación sistemática de casos de análisis que en su mayoría se aplica con fines de generalización empírica y de la verificación de hipótesis.

6.4.2 TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

a) DOCUMENTALES

Son las que permiten recopilación de datos en la investigación, se puede auxiliar de fichas de trabajo, guías de observación, fichas resumen, elaborar esquemas, mapas conceptuales, entre otros.

b) DE CAMPO

Entrevista no Estructurada: Es destinada para especialistas en el tema de investigación. Esta técnica consiste en realizar preguntas que vayan surgiendo

de acuerdo a las respuestas del entrevistado. -Se trabaja con preguntas abiertas-.

Entrevista Semiestructurada: Es aquella en la que el entrevistador despliega una estrategia mixta, alternando preguntas estructuradas con preguntas espontáneas.

Entrevista Estructurada: Esta técnica se basa en una serie de preguntas predeterminadas e invariables.

6.4.3 INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

Entrevista no Estructurada

- **Dirigidas a:** Operadores del Derecho –Magistrado de Cámara, Jueces de Sentencia, Jefe de Unidad Fiscal Especializada de Atención para las mujeres y Jefe Unidad de Defensoría Pública-.

Entrevista Semiestructurada

- **Dirigidas a:** Operadores del Derecho –Auxiliar Fiscal, Defensor Público y Defensores Privados-.

7.0 PRESUPUESTO

RECURSOS MATERIALES	PROPIEDADES	VALOR	VARIABLES
2 Computadoras	Hp	\$ 900.00	Compradas
1 Impresora	Canon	\$ 90.00	Comprada
5 Resmas de papel bond tamaño carta	Facela	\$ 25.00	Compradas
1 paquete de folder tamaño carta		\$ 10.00	Comprado
1 caja de fastener		\$ 5.00	Comprada
6 cartuchos de tintas para impresora	Hp	\$ 150.00	Comprados
2 Memorias USB	Kingston	\$30.00	Compradas
Fotocopias		\$ 40.00	Compradas
Imprevistos		\$ 400.00	
Gastos Varios		\$ 500	
TOTAL		\$ 2,150	

RECURSOS HUMANOS	RESPONSABILIDAD	PROCEDENCIA
Director de Contenido	Orientación de la investigación	UES
Asesor Metodológico		UES
Coordinador de proceso de grado		UES
Dos investigadores	Desarrollo la investigación	UES
RECURSOS INSTITUCIONALES		PROCEDENCIA
Biblioteca Judicial "Dr. David Rosales"		San Miguel
Biblioteca Judicial "Dr. Ricardo Gallardo"		San Salvador
Cámara de Segunda Instancia de la Tercera Sección de Oriente		San Miguel

PARTE II

**"INFORME FINAL DE
LA INVESTIGACIÓN"**

CAPÍTULO I

"SINTESIS DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN"

1.0 SÍNTESIS DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 ENUNCIADO DEL PROBLEMA

1.1.1 ANÁLISIS DEL PROBLEMA FUNDAMENTAL

DIFICULTADES QUE ENFRENTA EL OPERADOR DE JUSTICIA AL INTERPRETAR EL PRECEPTO LEGAL DE VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ

El tipo penal Violación en Menor o Incapaz presenta dificultades al operador de justicia por la escasa comprensión de los elementos objetivos que sirven para determinar su contenido y alcance.

Uno de esos inconvenientes surge al determinar los sujetos que actúan en la comisión del ilícito, entre ellos el Sujeto Activo²⁷: sostienen algunos dispensadores de justicia que solamente los hombres pueden ser realizadores de esta conducta, sin embargo otros consideran posible que una mujer puede cometer el ilícito Violación en Menor o Incapaz, aunque se da en muy pocos casos.

Así mismo, emerge otro obstáculo, en el momento de conocer cuál es el bien jurídico tutelado²⁸, porque la conducta se encuentra regulada bajo el Título IV Delitos Contra la Libertad Sexual, Capítulo I De la Violación y Otras Agresiones Sexuales, artículo 159 del Código Penal. Sostienen los aplicadores de justicia

²⁷ Muñoz Conde, Francisco., (2002). *Derecho Penal Parte General*, 5ª Ed., Editorial Tirant lo Blanch: Valencia, p. 261. El delito como obra humana siempre tiene un autor, aquel que precisamente realiza la acción prohibida u omite la acción esperada. Normalmente en el tipo se alude a dicho sujeto con las expresiones impersonales como “el que” o “quién”.

²⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl., (2005), *Manual de Derecho Penal Parte General*, 1ª Edición, Ediar: Buenos Aires, p. 367. Los Bienes Jurídicos están tutelados por otras ramas del derecho: la vida, el honor, la libertad, la salud, el estado, etc. Son bienes jurídicos conforme al derecho constitucional, internacional, administrativo, etc. La ley penal se limita a seleccionar algunas conductas que los lesionan y a tipificarla. En modo alguno con ello los protege o tutela.

que los sujetos pasivos de este delito, en el caso de los menores o incapaces, no gozan de libertad sexual, por lo que resulta necesario determinar el bien jurídico tutelado.

También es necesario definir si la pena²⁹ establecida en este tipo penal es proporcional o desproporcional conforme al hecho cometido, efectos producidos y la culpabilidad del autor; el problema al que se enfrentan los juzgadores es que la pena mínima es superior a otros delitos más graves.

Todas estas dificultades serán desarrolladas en el Marco Teórico.

1.1.2 ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS ESPECÍFICOS

SUJETOS INTERVINIENTES EN LA COMISIÓN DE LA VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ

➤ Sujeto Activo

Entre los sujetos intervinientes³⁰ en esta conducta se encuentra el sujeto activo que puede ser cualquier persona, no exige una cualidad especial; pero existe controversia respecto de la mujer según algunos operadores de justicia, si está debe o no considerarse como autor.

En el Código Penal se distingue el sujeto activo con la expresión “*el que*”, excepto cuando se trata de un delito propio de funcionarios públicos. Esto lleva a la afirmación usual que la expresión comprende tanto al hombre como a la mujer. Muchos cultores del Derecho consideran solo al hombre como sujeto

²⁹ Código Penal 1998. Principio de Necesidad Art. 5. “Las penas y medidas de seguridad sólo se impondrán cuando sean necesarias y en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado...”

³⁰ Plascencia Villanueva, Raúl., (2004), *Teoría del Delito*, 3ª Ed., México, p. 70. La doctrina hace referencia a las personas participantes en su consumación y es acorde en considerar que ante la presencia de un delito, generalmente encontraremos a un sujeto activo desplegando un comportamiento dañino o peligroso para los intereses de la sociedad, y un sujeto pasivo, entendido como la persona receptora del daño dirigido por el sujeto activo.

activo y dinámico del delito de Violación en Menor o Incapaz y en todo caso, las mujeres recaen en una agresión sexual; de modo que, el acceso carnal se realiza mediante la intromisión del órgano sexual masculino en el femenino - consideran que contar con el dominio de la acción solo es posible para aquel que cuenta con el medio idóneo para realizarlo; el hombre-.

Por el contrario no faltan autores que pretenden incluir a la mujer como sujeto activo cuando la víctima es un menor de quince años, realizando el hecho punible mediante inducción psicológica, fuerza, intimidación o halagos para lograr la relación³¹.

➤ **Sujeto Pasivo**

Es la persona física titular del bien jurídico³², debe reunir condiciones especiales: ser un menor de 15 años, enajenado mental, en estado de inconsciencia o incapacidad de resistir.

Respecto de los menores de 15 años, el legislador sanciona de modo absoluto, las conductas sexuales incluidas en el tipo penal, realizadas con uno de estos. Anteriormente la edad límite era de 12 años, ha sido incrementada a 15, a partir de la reforma vigente desde enero del año 2004. Se ha considerado, que una persona por debajo de esa edad no posee la madurez necesaria para comprender adecuadamente el sentido y carácter de comportamientos con contenido sexual, por esta razón debe ser considerado indemne.

³¹ Espinoza V., óp. cit., p. 15. El profesor Ricardo C. Núñez, cree en la posibilidad que una mujer pueda cometer el delito, en agravio de otra mujer, si la que hace el papel de agente activo tiene bien desarrollado el clítoris, de tal manera que pueda ponerlo en estado de erección, imitando al pene masculino, y sea capaz de realizar el acceso carnal. Este sería el caso de las pseudohermafroditas femeninas, que no tienen pene masculino, sino que el clítoris lo tienen tan desarrollado que se parece y hasta se podría confundir con el pene del hombre y son capaces de introducir o rozarlo en el órgano sexual femenino; puesto que, es un órgano sensible, de erotismo y voluptuosidad. Tal hipótesis no es aceptable en su totalidad, aunque otros autores admiten esta posibilidad.

³² Mir Puig, Santiago., (1998), *Derecho Penal Parte General*, 5ta. Ed., Barcelona, p. 198. Es el titular o portador del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito.

En cuanto a la enajenación mental³³ incapacita totalmente a la persona, de modo que, no le permite entender correctamente lo que sucede en el mundo externo ni conducirse conforme a las normas convencionales de su medio social.

Esta actividad mental llega a convertirse en una segunda naturaleza del individuo, que piensa y actúa constantemente de modo irracional. Los procesos de su pensamiento quedan dominados por ideas delirantes, emociones, complejos y alucinaciones.- Conforme a estas circunstancias, el sujeto activo realiza fácilmente el acceso carnal sin la oposición evidente de la víctima; por ello, la norma penal prohibitiva equipara y presupone el coito como acto de violación.

Médica o psiquiátricamente enajenación mental es diferenciable de deficiencia mental, la primera se vincula con enfermedades mentales; el deficiente mental etimológicamente –también denominado retrasado mental- es aquel “que tiene algún defecto que no alcanza el nivel considerado normal”. Es decir, es aquella persona que no ha podido llegar al desarrollo completo de su capacidad intelectual, situándola por debajo del límite inferior normal. Esto significa que no todas las enfermedades psíquicas son enajenantes.

La enajenación mental es la deficiencia que ubica –al que la padece- en una situación de inferioridad para la defensa por sí mismo de sus derechos. Es a su vez, la incapacidad para una persona de representarse en situaciones debido a su carencia imaginativa de realidades y a su déficit de experiencia. Sin embargo en el Código Penal en diferentes tipos relativos a la libertad sexual, se emplean categorías diferenciables; incapaz o incapaces utilizado en los delitos del Art. 159 y 161, enajenación mental como parte del tipo.

³³ Espinoza V., óp. cit., p. 62. Estado crónico de enajenación mental –se presenta en individuos que de modo habitual piensan, razonan y se comportan de una manera que difiere gravemente de los que se consideran como normales de pensamiento y de conducta.

Deficiente mental, introducido con la reforma que entró en vigencia en el año 2004³⁴ al Art. 167.

Al realizar una interpretación sistemática de todas estas categorías es necesario considerar capaz o incapaces como un término genérico, que hace referencia a la imposibilidad, natural o legal, de contar con la capacidad de comprensión de la realidad, total o parcialmente y temporal o permanentemente, por lo que comprendería las restantes categorías de enajenación mental, deficiencia mental, estado de inconsciencia o incapacidad de resistir.

En virtud de la utilización de dichos términos por el legislador salvadoreño, en los tipos contra la libertad sexual resulta necesario considerar que se están utilizando como sinónimos, de lo contrario habría que entender que en el Art. 159 CP, no se están protegiendo a los enfermos mentales, que también se encuentran en una situación de inferioridad psíquica.

Por otra parte la consumación del acto sexual con una persona en estado de inconsciencia. Es un estado donde el individuo no se da cuenta del alcance de sus palabras o acciones; y ha perdido momentáneamente el conocimiento. El estado de inconsciencia puede ser producto de un trastorno mental permanente o transitorio y/o pasajero, como el producido por una embriaguez aguda, por administración de narcóticos e inducido por hipnosis o por golpes aplicados en la cabeza o en la base del cráneo, que imposibilita al sujeto pasivo a defenderse del acto sexual indeseado, situación de la que aprovecha el sujeto activo para cometer el ilícito.

Es necesario mencionar que también el estado de inconsciencia puede aparecer en una enfermedad mental que evoluciona progresivamente,

³⁴ D. L. N° 210, de fecha 25 de noviembre de 2003, Asamblea Legislativa de la República de El Salvador.

conocido como estados demenciales. Esta característica es la que diferencia a la demencia³⁵ de la enajenación, aunque ambos, son producto enfermedades mentales.

Por ello, se hace necesario que el operador de justicia conozca todos los antecedentes psiquiátricos de la víctima, para poder hacer una mejor valoración y determinar el alcance de la conducta prohibida del autor.

Así también la incapacidad de resistir, que puede proceder de enfermedades físicas como parálisis, anemias agudas, extrema debilidad, entre otras. La ley presupone que el sujeto activo conoce el estado de indefensión de la víctima, del cual se aprovecha para accederla carnalmente, -puede imposibilitarse inclusive para pedir auxilio-. *“En estos casos el sujeto pasivo se da cuenta del acto lúbrico que en su cuerpo y contra su voluntad se realiza, discierne, pero no puede reaccionar por la imposibilidad de defensa que implica su estado; su victimario ni siquiera necesita emplear coacción física o moral”*³⁶.

BIENES JURÍDICOS TUTELADOS EN EL DELITO VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ

Son valores legalizados de mayor trascendencia social; algunos de los operadores de justicia consideran que el bien jurídico tutelado en el delito de Violación en Menor o Incapaz es la libertad sexual, porque el legislador lo ha regulado de esa manera en el Título IV del Código Penal que lleva por nombre: Delitos Contra la Libertad Sexual, en este sentido lo que se protege es la libertad de escoger una relación deseada.

³⁵ Espinoza V., óp. cit., p. 66. El demente es conocido por su forma torpe de conducirse. No reacciona a situaciones críticas: es víctima de accidentes y de actos delictuosos. Una persona demente puede ser fácil víctima de una violación sexual, ya que este fenómeno produce *inconciencia o pérdida de juicio transitorio*.

³⁶ Mendoza Durán, José O., (1962), *El Delito de Violación*, Colección Nereo: Barcelona, p. 98.

Otro sector afirma que en el Art. 159 CP, el bien jurídico que se tutela es la indemnidad o intangibilidad sexual, de modo que, los sujetos pasivos del delito en indagación no tienen la capacidad de decidir y disponer de su sexualidad.

PROPORCIONALIDAD DE LA PENA ESTABLECIDA EN EL ILÍCITO VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ

La pena³⁷ establecida en el precepto legal Violación en Menor o Incapaz del Art. 159 CP. Es de 14 a 20 años de prisión; sanción considerada por algunos juzgadores desproporcional, en razón de ello, muchos adolescentes, conforman uniones no matrimoniales principalmente en las zonas rurales, por esta razón consideran que la lesión al bien jurídico con base a sus tradiciones no se concreta; es ahí donde se debe cambiar el mínimo establecido en la pena, para dejar un parámetro proporcional, quedando a discrecionalidad del Juez.

Caso contrario, la utilización de menores por parte de adultos en prácticas sexuales. Cuando un adulto se vale de la edad del menor, de una persona con enajenación mental, en estado de inconciencia o incapacidad de resistir para realizar la conducta prohibida debe castigarse conforme la culpabilidad y el daño producido.

De acuerdo a la proporcionalidad³⁸ de la pena, se deben distinguir dos aspectos esenciales; primero, la necesidad que la pena sea proporcional al delito. Por otra parte, la exigencia que la medida de la proporcionalidad se establezca con base a la importancia social del hecho. La necesidad misma de la proporción se funda en la conveniencia de una prevención general no

³⁷ Muñoz Conde., Parte General (2002), óp. cit., p. 47. La pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una comunidad.

³⁸ Mir Puig., óp. cit., p. 99. No solo es preciso que pueda culpase al autor de aquello que motiva la pena, sino también que la gravedad de esta resulte proporcionada a la del hecho cometido.

solo intimidatoria, sino capaz de afirmar positivamente la vigencia de la norma en la conciencia colectiva.

La mayor o menor gravedad de la lesión del bien jurídico, o peligrosidad de su ataque, influyen decisivamente en la gravedad del hecho. Dentro del margen de arbitrio judicial que la ley concede, puede servir de base a la concreta determinación de la pena. Finalmente consideramos que toda represión debe ser proporcional, y no constituir una sobre criminalización.

CLASIFICACIÓN Y ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL

➤ CLASIFICACIÓN DEL DELITO VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ

▪ SEGÚN SU ESTRUCTURA

Es un Tipo Básico o Fundamental

Se especifica como una conducta independiente, es una forma de comportamiento humano descrita de manera autónoma, el cual se aplica sin estar sujeto a otro tipo penal.

▪ SEGÚN LA MODALIDAD DE LA CONDUCTA

PARTE OBJETIVA

Es un Tipo De Mera Actividad

No es necesario que la acción descrita vaya seguida de la producción de un resultado separable espacio temporalmente de la conducta. El desvalor del acto no exige resultado fáctico, se agota en una acción que no requiere de un resultado.

Es un Tipo de Acción

De modo que, la ley prohíbe la realización de una conducta que se estima nociva.

PARTE SUBJETIVA

Delito de Tendencia Interna Intensificada

En la Violación en Menor o Incapaz la acción típica se realiza con un sentido subjetivo específico, como el ánimo, en los delitos sexuales es necesario el ánimo lascivo del autor.

- **SEGÚN LOS SUJETOS INTERVINIENTES**

POR LA CUALIFICACIÓN DEL SUJETO ACTIVO

Tipo Común

Describe una conducta que puede ser realizada por cualquier persona, es un sujeto activo indeterminado, sin ninguna consideración especial para realizarla –“El que” Art. 159 Código Penal-.

- **SEGÚN LA RELACIÓN CON EL BIEN JURÍDICO**

Tipos de Lesión

En el ilícito Violación en Menor o Incapaz se daña o lesiona el bien jurídico tutelado.

➤ **ESTRUCTURA DEL DELITO DE VIOLACION EN MENOR O INCAPAZ**

Elementos objetivos

Sujetos Intervinientes: este ilícito se constituye de una Acción por parte del sujeto activo que puede ser cualquier persona. El sujeto pasivo debe reunir condiciones especiales: ser menor de 15 años, enajenado mental, en estado de inconsciencia o incapacidad de resistir.

Elementos subjetivos del tipo

Dolo: consiste en conocer y querer realizar los elementos objetivos descritos en el tipo penal.

CAPÍTULO II

“MARCO TEÓRICO”

2.0 MARCO TEÓRICO

2.1 ANTECEDENTES DEL DELITO DE VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ

A través de la historia³⁹ el precepto legal de violación⁴⁰ ha estado presente en la mayoría de las sociedades, los antiguos pueblos utilizaban castigos muy severos para todos aquellos autores de delitos contra la moral y dignidad de una persona; en los casos de incesto, estupro y violación. Posteriormente, se fueron agregando elementos⁴¹ para determinar la conducta típica.

Se reglamentaron principios de derecho, que a través de los años han perdurado, formando las legislaciones que actualmente nos rigen, en torno a la realidad de cada país y sus costumbres. Los castigos como la pena de muerte al ofensor eran una medida de prevención para la sociedad, ya que se inculcaba la no realización de dichas infracciones, tomando en cuenta la condición de la víctima quien podía ser doncella o virgen, o mujer con experiencia sexual.

Para conocer la evolución de este hecho punible, haremos referencia a las etapas que comprende: La Prehistoria, y la Historia⁴² que se divide en Edad Antigua, Media, Moderna y Contemporánea.

³⁹ Espinoza Vásquez, óp. cit., p. 8 Para rastrear certeramente el hecho punible de violación sexual, necesariamente tenemos que referirnos a los textos legales más antiguos que conoce la humanidad.

⁴⁰ Tieghi, óp. cit., p. 166. Puede definirse como la conducta consistente en tener acceso carnal violento o con víctima a la que la ley penal considera incapacitada para consentir sexualmente o con quien de hecho se encontrara psicofísicamente imposibilitada para resistir.

⁴¹ Espinoza Vásquez., óp. cit. p. 27, Los elementos constitutivos del delito de violación, son aquellos requisitos y presupuestos fundamentales que la ley penal exige de una conducta humana, para que el hecho ilícito adquiera una configuración delictiva. Faltando uno de los elementos esenciales, pierde el hecho punible su ilicitud.

⁴² Almagro Basch, Martín., (1953), *La Dimensión Universalista de la Prehistoria*, versión digital: España, p. 1. La palabra griega *Historia* se refiere a todo cuanto en el mundo ha sucedido. Para los griegos el devenir histórico tenía una unidad, y jamás pensaron los griegos, ni tampoco los romanos y sus discípulos los historiadores de la Edad Media y del Renacimiento, en dividir el desarrollo histórico de la Humanidad en dos periodos: Prehistoria e Historia.

2.1.1 ÉPOCA PRIMITIVA

Desde la existencia del hombre sobre la tierra hasta la presencia de documentos escritos en torno al 3300 a.C., la Prehistoria abarca el desarrollo de las primeras sociedades humanas, se caracteriza por el primitivismo, en ella no se conocían los pueblos individualizadamente con sus nombres; es la etapa más larga de la vida humana, cubre aproximadamente 4.5 millones de años del pasado de la humanidad hasta la invención y difusión de la escritura.

Las primeras formas sociales como factor de reglamentación en la Etapa Primitiva⁴³, residían en las Creencias Religiosas Totémicas, derivadas de estas, surgieron las principales prohibiciones en el grupo, denominadas tabú:

Incesto: La mujer por medio de su sangre transmitía el tótem a sus hijos, por lo que se consideraba que era sagrada; periódicamente, la mujer pierde parte de esta sangre, exponiéndose así a los peligros del contacto. Se consideraban hermanos los miembros del clan, por tanto, el acto sexual con una mujer del mismo, estaba absolutamente prohibido; regla que llegó a constituir la exogamia o prohibición de incesto, tan grave, que su infracción era castigada con la muerte.

Los hechos sexuales de seducción y violación no se sancionaban, la mujer a partir de ese momento pertenecía a la comunidad del ofensor, de manera que la unión sexual más frecuente consistía en el robo de mujeres⁴⁴.

⁴³ González Díaz, Lombardo., (2004), *Compendio de Historia del Derecho y del Estado*, Editorial Limusa: México, p. 121. El ideal era un Estado Universal en el que todos los hombres convivieran armónicamente guiados por la razón divina que en una época primitiva había existido en lo que llamamos la "Edad de Oro", en que reinaba una absoluta armonía entre los hombres, en donde no existía propiedad, ni familia, ni división de clases, ni esclavitud, teniendo como guía a la razón de su acción. Pero todo fue destruido al aparecer por el egoísmo y la ambición, la pasión y el ansia de poder.

⁴⁴ Sproviero, óp. cit., p. 62. El proceso evolutivo de la violación como institución se nutre de marcadas diferencias a través de todas las épocas, y nunca se vislumbró la posibilidad de unanimidad en la manera y forma de considerar al hecho.

Traición: La vida primitiva de los clanes era una continua guerra contra otros grupos, y el guerrero que se negase a combatir, instigase o ayudara al enemigo, atentaba contra la seguridad y permanencia de la colectividad, era sancionado por traición. Estos hechos fueron equivalentes a delitos, porque estos grupos no tenían concepto definido, se sancionaba más bien la acción de dañar.

Venganza Privada: Esta fue la primera reacción contra los hechos equivalentes a delitos: la venganza de la sangre. El ofendido tomaba venganza por su propia mano, y todos los miembros del clan se consideraban ofendidos, porque entre ellos existía un sentimiento de obligación y responsabilidad común, y cada cual estaba dispuesto a vengar la ofensa inferida a otro, como hecha a él. La venganza privada era siempre exagerada, no existía el principio de proporcionalidad, clanes enteros vivían en perpetua guerra.

2.1.2 EDAD ANTIGUA

Época que inicia desde la aparición de la escritura que marca el final de la prehistoria y el comienzo de la historia; donde se desarrollaron las Primeras Civilizaciones entre ellas Babilonia, la Cultura Hebrea, Egipto, Cultura Romana, Grecia; conocidas como civilizaciones antiguas, hasta la caída o derrumbe del Imperio Romano de Occidente en el siglo V⁴⁵.

2.1.2.1 BABILONIA

Históricamente se ha tipificado el delito de violación, según los textos legales más antiguos se conoce como uno de los primeros el Código de Hammurabi⁴⁶, creado por

⁴⁵ De Castro, Fernando., (1850), *Historia Antigua*, 2ª Ed., Madrid, p. 2. Historia Antigua desde la creación del mundo hasta el año 476 de la era cristiana, con la caída del Imperio Romano.

⁴⁶ González Díaz., óp. cit., p. 50. Se considera como el principal monumento de escritura cuneiforme en lengua akkadia, constituyendo una verdadera pieza literaria y un importante documento jurídico. Es una compilación de 282 leyes o artículos esculpidos en un bloque de diorita, entre los años 40 a 43 del reinado de Hammurabi y hacia el año de 1690 a. J. C. El largo prologo y el epilogo escritos en verso, parecen propios del estilo jurídico del Código, cuyas leyes están redactadas en estilo muy cuidadoso.

el Rey de Babilonia, a. C., aproximadamente en el año de 1760; este, diferenciaba únicamente cuando la mujer era una virgen prometida o una esposa legalmente casada, mas no reconocía su independencia⁴⁷.

Según esta clasificación si el acto ilícito era cometido en contra de una mujer casada, ésta debía compartir la pena con su agresor sin tomar en cuenta como se había desarrollado el incidente y en qué circunstancias se cometió, se juzgaba como adulterio, siendo condenados a muerte. Eran atados y los tiraban al río, del cual si el marido de la agraviada así lo deseaba podía sacarla del agua, y el Rey perdonaba a su ofensor⁴⁸. Sin embargo un hombre que violaba a una mujer virgen prometida debía ser cogido y ajusticiado, es decir su castigo era la muerte, pero a la joven víctima se le consideraba inocente⁴⁹.

El Código de Hammurabi asimilaba también el incesto, un hombre que conocía a su hija se sancionaba con su expulsión, fuera de las murallas de la ciudad, era simplemente desterrado⁵⁰.

Este cuerpo legal se identificaba por el rigor autoritario de las reglas penales contra el autor del delito, quien se consideraba no solo como un agresor contra la víctima y la sociedad sino también hacia los dioses; por ello, la pena de muerte se aplicaba para la mayoría de los delitos.

⁴⁷ Espinoza Vásquez. óp. cit., p. 8. "El delito de Violación fue sancionado drásticamente, imponiéndose la pena de muerte al ofensor, sin tener en cuenta la condición de la víctima, quien podría ser doncella o virgen, o mujer con experiencia sexual".

⁴⁸ Lara Peinado, Federico., (1997), *Código de Hammurabi: Estudio Preliminar, traducción y notas*, 3ª Ed., Colección Clásicos del Pensamiento: Madrid, p. 23. Art. 129 Si la esposa de un señor es sorprendida acostada con otro hombre, los ligarán uno a otro y los arrojaran al agua. Si el marido de la mujer desea perdonar a su mujer, entonces el Rey puede a su vez perdonar a su súbdito.

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 23. Art. 130 Si un señor ha dominado a la esposa de otro señor, que no había conocido varón y que vivía aun en la casa de su padre, y yació en su seno y le han sorprendido, ese señor recibirá la muerte; la mujer quedara en libertad.

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 26. Art. 154 Si un señor cohabita con su hija, se le hará salir a ese señor de la ciudad.

2.1.2.2 CULTURA HEBREA

Entre los hebreos⁵¹ en la edad antigua, la violación era sancionada con pena de muerte para el agresor. La víctima era repudiada, se consideraba irremediabilmente corrompida e impura hasta su santificación mediante ofrenda⁵².

En el Antiguo Testamento se citan muchos pasajes respecto de los delitos sexuales, como infracciones contra la castidad, sancionados en su mayoría con pena capital⁵³.

Se han encontrado registros de actos de violación en la Biblia⁵⁴, donde Amnón viola a su hermana Tamar, y posteriormente es muerto por su hermano Absalón.

⁵¹ Ayala, Roberto J., (2013), *Origen de los Hebreos*, El Mundo Bíblico Digital: Valencia, p. 2. Según la narración bíblica, la historia de los judíos comienza en Abraham, un hombre que ha sido considerado como el padre de todos los hebreos y el fundador del pueblo de Israel y por ende padre de todos los judíos. En principio el término hebreo deriva del verbo ! לָבַי (lbrí) que se traduce “el que viene de más allá, que proviene de la otra margen” (sic).

⁵² Espinoza., óp. cit., p. 9. En el antiguo Derecho Hebreo, la violación fue sancionada severamente con la pena de muerte para el violador, alcanzando la sanción inclusive a los familiares más allegados del delincuente. Primaba la venganza privada, a la cual llamaban los romanos “Vendetta Traverza”. La víctima era repudiada por la comunidad, hasta que se santificara ante el altar, mediante una ofrenda de sacrificio animal; pues se le consideraba impura hasta su purificación (mediante la ofrenda).

⁵³ Chiappini, Julio O., (1983), *Problemas de Derecho Penal*, Editores Rubinzal-Culzoni: Santa Fe, p. 137. Más si un hombre hallare en el campo a la joven desposada, y la forzare aquel hombre, acostándose con ella, morirá solamente el hombre que se acostó con ella; mas a la joven no le harás nada”. Si un hombre hallare a una doncella virgen que no está desposada, forzándola la desflora y es sorprendido, dará el agresor al padre de la doncella cincuenta siclos de plata, y tomara por mujer, porque la desfloró; y no podrá repudiarla en todos los días de su vida. Vemos así que el delito de violación contra la mujer virgen soltera era de sanción sensible más leve: pecuniaria y matrimonial (sic).

⁵⁴ Valera, Reina., (1960), *Santa Biblia*, Sociedades Bíblicas Unidas: Colombia, p. 419. Segunda de Samuel, Capítulo 13, versículo 10 al 29 “Entonces Amnón dijo a Tamar: trae comida a la alcoba, para que yo coma de tu mano. Y tomando Tamar las hojuelas que había preparado, las llevo a su hermano Amnón a la alcoba. Y cuando ella se las puso delante para que comiese, así de ella, y le dijo: ven, hermana mía, acuéstate conmigo. Ella respondió: no hermano mío, no me hagas violencia; porque no se debe hacer así en Israel. No hagas tal vileza. Mas él no la quiso oír, sino que pudiendo más que ella la forzó y se acostó con ella”.

2.1.2.3 EGIPTO

El que tomaba por fuerza a otra persona para realizar acceso carnal, en el antiguo Egipto⁵⁵, la sanción que se le imponía era la de ser castrado; y la víctima, en el caso de pertenecer a distinta clase social se incluía en la Ley de Manú⁵⁶ la pena corporal.

2.1.2.4 CULTURA ROMANA

Durante la monarquía Romana el delito de violación fue considerado bajo la Lex Julia también sancionado con pena de muerte⁵⁷, este castigo únicamente se evitaba con el exilio del ofensor y la confiscación de todos sus bienes. El bien jurídico protegido era la castidad⁵⁸ de la mujer, el honor de su padre si era virgen y el honor de su esposo si era casada; en este período no se tutelaba la libertad sexual⁵⁹, porque las mujeres no podían decidir con quién mantener relaciones instintivas, no tenían el derecho personal de elegir o de aceptar. El placer femenino era totalmente ignorado.

El modelo de la sexualidad romana era la relación del amo con sus subordinados (esposa, pajes, esclavos), es decir, el sometimiento. Las leyes

⁵⁵ Chiappini., óp. cit., p. 137 Entre los egipcios, el delito de violación se castigaba con la castración del autor. Tal pena fue incluso aplicada por Guillermo el conquistador, Duque de Norlandia, quien además de la castración –un caso de pena conjunta- imponía se cegara el violador-.

⁵⁶ González Díaz., óp. cit., p. 62. Las Leyes de Manú son un compendio de ideas teogónicas y cosmogónicas, preceptos religiosos y ceremoniales, máximas éticas, principios de políticas y de justicia procesal y penal, e incluso de arte bélico. Se dividen en doce libros. Entre los más importantes, el II se refiere al matrimonio y familia, el VII al Rey y la casta militar, el VIII y IX a los jueces, leyes civiles y penales, y deberes respectivos de las castas. El XI a las penas y expiaciones.

⁵⁷ Espinoza, óp. cit., p. 9. Se consideraba a la sociedad como la ofendida, por el “Delicta Pública”; aunque la víctima tenía facultad de denunciar, amparándose en el “Delicta Privada”. Generalmente la pena aplicada fue el suplicio o crucifixión en un matadero.

⁵⁸ Chiappini., óp. cit. p. 144, Etimológicamente, la palabra Castidad, sabemos proviene de “castigo”, de la razón hacia la concupiscencia; la castidad se ha definido como “la virtud sobrenatural moderadora del apetito genésico”, considerándose la virtud opuesta al vicio de la injuria.

⁵⁹ Sproviero. óp. cit., p. 4. La libertad sexual es interpretada como el derecho a la disposición del cuerpo de la manera más convincente para la mujer, mediante una elección que ella practica y no sujeta a imposición o condicionamiento.

romanas también sancionan la sodomía⁶⁰ bajo la figura del estupro, el cual se refiere al trato heterosexual extramatrimonial con mujeres honestas, y al trato de la homosexualidad masculina. El concubinato se daba con mujeres de mala reputación y las esclavas.

2.1.2.5 GRECIA

En la antigua Grecia, la violación era castigada con una obligación impuesta al autor del delito, con la finalidad que éste contrajera matrimonio con su víctima, en el caso de ser aceptado, el violador tenía que entregarle la mitad de sus bienes y posesiones si era rico y potentado. Bajo pena de muerte⁶¹ en el caso de ser rechazado por la ofendida.

2.1.3 EDAD MEDIA

La Edad Media⁶², Período de la Civilización Occidental desde el siglo V hasta el XV, que marca su inicio con el derrumbe del Imperio Romano de Occidente (476), finalizando con la caída del Imperio Bizantino o Romano de Oriente (1453), coincidiendo con la invención de la imprenta, el fin de la Guerra de los Cien Años y el descubrimiento de América (1492). Esta etapa dispone de dos períodos: la Temprana o Alta Edad Media y la Baja Edad Media.

⁶⁰ Tieghi, óp. cit. p. 191. Acceso carnal violento con persona de uno u otro sexo, con lo cual aprehenden el coito anal, homo y heterosexual forzado.

⁶¹ Chiappini., óp. cit., p. 138. En Grecia, la violación se castigaba en un principio con pena de multa, pero con el transcurso del tiempo ya se imponía la pena capital al autor del hecho.

⁶² Pastor, A., Escobar, D., Mayoral, E., y Ruiz, F., (2011), *Cultura General: Ámbito Ligústico y Social*, 1ª Ed., Ediciones Paraninfa: Madrid, p. 166. La Edad Media comienza en el siglo V, cuando la Edad Antigua finaliza con la caída del Imperio Romano de Occidente, siendo esta una fecha orientativa, ya que existe un periodo de transición que dura desde el siglo V hasta el siglo VIII, en el que van cambiando las características. Se dejan atrás los modelos de gobierno centrados en las ciudades de la Edad Antigua y se pasa a modelos similares a estados.

2.1.3.1 ALTA EDAD MEDIA

Comprende desde el siglo V hasta el siglo X. En la Alta Edad Media⁶³ la violación y otra clase de trasgresiones de carácter sexual fueron penadas drásticamente, la víctima podía seguir un procedimiento para denunciar el hecho, tenía que presentar la denuncia ante los Tribunales de Justicia en el lapso de tres días desde que el delito había sido cometido, pero debía arañarse la cara en señal de su dolor y declarar el hecho a cuantas personas se encontrara a su paso, posteriormente era sometida al peritaje de las matronas o parteras para probar su caso.

2.1.3.2 BAJA EDAD MEDIA

Plena edad media o etapa feudal inicia en el siglo X y finaliza en el siglo XV. En el periodo de la Baja Edad Media⁶⁴, el bien jurídico tutelado era la honorabilidad, por esta razón, las violaciones que se cometían en contra de mujeres que tenían una vida en común con un hombre sin estar casadas, prostitutas o criadas quedaban impunes; eran muy frecuentes estos actos por personas de estatus privilegiado en contra de jóvenes de clases sociales bajas, porque se encontraban desamparadas de la justicia, en un estado de sometimiento a los patronos.

Los castigos por actos de violación, variaban de acuerdo a las circunstancias en que se cometía el delito, como el allanamiento de morada, la existencia de engaños que sería considerado como un estupro violento y el acto mediante el empleo de violencia física. Uno de los castigos de la violación y considerado

⁶³ Ibid. p. 166., La Edad Media se divide en dos partes: la Alta Edad Media, que abarca desde el siglo V al X, se caracteriza por la instalación de los pueblos nórdicos, su institucionalización en reinos y la aparición del sistema del gobierno feudal y los califatos.

⁶⁴ Ibid. p. 162 La Baja edad Media, que va desde el siglo X al siglo XV, es una época en la que continúa la expansión del sistema feudal, se producen guerras entre los reinos europeos y los musulmanes (principalmente en Hispania) y destaca el avance de la cultura y el arraigo de la religión.

el mal menor para la víctima era que el violador contrajera matrimonio con ella, si ésta se negaba a casarse con él, era obligado a encontrarle un marido.

Esta forma de castigo no era tan desproporcional como pudiera parecer, pero traía consigo que los violadores que tenían grandes fortunas tuvieran que compartirlas con sus víctimas, lo cual presentaba gran pérdida en sus bienes.

Surge una figura jurídica conocida como el derecho de pernada (en latín vulgar medieval, *lus primae noctis*), en castellano significa “El derecho de la primera noche”. Tácitamente establecía la potestad feudal de tener relaciones sexuales con toda doncella, sierva, en la primera noche cuando se fuera a casar con uno de sus siervos, a partir de ese momento este tenía la facultad de cazar en los campos del señor feudal. Supone, por tanto, la posibilidad de una violación legal de cualquier mujer del vasallaje.

2.1.3.2.1 DERECHO CANONICO

En la edad media, el Derecho Canónico⁶⁵ consideraba consumada la violación en mujer virgen, porque solamente se tomaba en cuenta la desfloración de la víctima; o en mujer casada cuando era forzada por otro hombre que no era su marido, este delito fue castigado con pena de muerte. En mujer impura no se constituía violación porque no existía la desfloración, se sancionaba con castigos respecto de la fornicación o el adulterio con mujer libre que en ningún aspecto se podían casar con ella.

⁶⁵ Espinoza., óp. cit., p. 9 El Derecho Canónico continuando con los preceptos Romanos, castigaba el delito de violación, llamado “STUPRUM VIOLENTUM”, con la pena capital; exigía como requisitos fundamental que el acto carnal fuera desflorador y contra o sin la voluntad de la agraviada. Cuando el acto sexual se recaía en una mujer desflorada ya no constituía violación, y solo se penaba con sanciones menores para la fornicación.

2.1.3.2.2 LAS PARTIDAS

Las partidas⁶⁶ constituyen un sistema íntegro de delitos⁶⁷, penas y medios de prueba, establecieron importantes documentos históricos. Los actos ilícitos principales fueron, la traición, homicidio, deshonor, daños, engaño, adulterio, incesto, estupro, violación, lujuria contra natura. Parte de los castigos como una consecuencia jurídica era la Muerte, el destierro, la mutilación, los trabajos forzados y la vergüenza pública.

En la partidas VII, se establece el título "*de los que fazen pecado de lujuria contra natura*", se pena con la muerte la sodomía⁶⁸, "*sodomítico dizen al pecado en que caen los omes yaciendo unos con otros contra natura o costumbre natural...*" En la Ley II contempla, asimismo, la bestialidad⁶⁹: "*esa misma pena dece aver todo ome, o toda mujer, que guyuiere con bestia...*" que significa todo hombre o toda mujer que yaciere con bestia.

2.1.4 EDAD MODERNA

Al tercer periodo de la Historia Universal se le conoce como Edad Moderna⁷⁰ que comprende del siglo XV al XVIII. Marcó los hechos acaecidos desde 1453

⁶⁶ Chiappini., óp. cit., p. 139. Imponían la pena de muerte conforme a esta disposición: robando algund ome alguna muger biuda de buena fama, o virgen, o casada, o religiosa, o yaciendo con algunas dellas por fuerza, si le fuere prouado en juzzio, due morir por ende; además deuen ser todos sus bienes de la muger que assi ouesse robada o forzada. (sic.)

⁶⁷ Trejo Escobar, Miguel Alberto., (1995), *El Derecho Penal Salvadoreño Vigente. Antecedentes y Movimientos de Reforma*, 1ª. Ed., Talleres Gráficos UCA: El Salvador, p. 15. Este Código introduce novedades en materia de Derecho Penal: Establece la impunidad de las simples intenciones, y el arbitrio judicial para imponer la pena; señalando en este caso las circunstancias que el juzgador debe entender para ejercer su libre albedrío.

⁶⁸ Pastor, A., Escobar, D., Mayoral, E., Ruiz, F., óp. cit., p. 118. Pedro Damián a mediados del siglo XI distinguió cuatro formas distintas de practicar la sodomía, refiriéndose únicamente a las prácticas homosexuales.

⁶⁹ Tieghi., op. cit., p. 193. Se incluye la sodomía como delito contra el orden natural, (conocimiento carnal de un animal o de un pájaro, de un hombre o de una mujer, por la boca o por el ano.

⁷⁰ Floristán, Alfredo., (2005), *Historia Moderna Universal*, 1ª Ed., Editorial Ariel: España, p. 25. Las fechas convencionales de inicio y fin del periodo son respectivamente la conquista de Constantinopla por los turcos (1453) y la Revolución Francesa (1789).

año en que ocurrió la Toma de Constantinopla por los turcos. La decadencia del Feudalismo⁷¹, la inestabilidad económica y los problemas sociales de la época, fueron los intereses comunes que le dieron unidad a todas las clases sociales, para apoyar la monarquía, como un posible remedio para todos sus males. Esta fase, a pesar de su poca duración fue la más sorprendente y favorable, referente al desarrollo material e intelectual. Hay una concepción antropocéntrica de la vida, que signó al hombre moderno un comportamiento individualista, hasta 1789, fecha en que estallo la Revolución Francesa.

Para conocer el tratamiento modernista referente a los delitos sexuales, desarrollaremos la Época Precolombina –antes del descubrimiento de América- y la Época Colonial.

2.1.4.1 ÉPOCA PRECOLOMBINA

Etapa histórica del Continente Americano⁷² que comprende desde la llegada de los primeros seres humanos hasta el establecimiento del domicilio político y cultural de los europeos sobre pueblos indígenas americanos, época anterior, al arribo de Colón a América en 1492.

En español suele usarse como sinónimo de **América prehispanica**, en esta época se toma en cuenta la civilización Azteca, Inca y Maya⁷³.

⁷¹ *Ibíd.* p. 26. En el orden político se considera que el feudalismo propio de la Edad Media es sustituido por el nacimiento del estado moderno.

⁷² Miguel Ángel, (2006), *Revista de la Consejería de la Educación en Reino Unido e Irlanda: Las Culturas Precolombinas de América*, Embajada de España en Reino Unido. p. 1. Los pueblos que habitaban América antes de la conquista europea tenían diversas formas de organización política, social y económica: algunos habían desarrollado sociedades urbanas complejas, y otros, con una agricultura muy rudimentaria, seguían viviendo de la caza y la recolección. Los aztecas y los mayas, en América Central, y los incas, en la región andina, se encuadran dentro del primer grupo.

⁷³ *Ibíd.* p. 1. Estas tres civilizaciones contaban con una organización social fuertemente jerarquizada: los guerreros y los sacerdotes, una minoría, conformaban el grupo privilegiado y ejercían el gobierno; el resto de la población, formado por campesino y trabajadores urbanos, estaba obligado a pagar cuantiosos tributos. En lo que respecta a la organización política, estas sociedades estaban gobernadas por fuertes estados teocráticos, llamados así porque toda la autoridad residía en los sacerdotes y porque el jefe del Estado era considerado un dios.

2.1.4.1.1 CULTURA AZTECA

La civilización Azteca⁷⁴ a inicio del siglo XVI contaba con leyes muy rígidas, como en algunas culturas antiguas, los castigos dependían de la gravedad del delito y del estatus social de quien lo cometiera, iban desde el rapado de cabeza (si era primera vez que alguien cometía el acto ilícito), hasta la existencia de la pena de muerte.

Se castigaba el adulterio bajo la sentencia de morir en la horca, – permitido con ciertas causales cuando se tenía un trámite de divorcio-, esa misma sanción se aplicaba a las personas que cometían incesto, violación o estupro. La sodomía era reprimida con brutalidad finalizando con la muerte. Existía un estricto rigor en la sexualidad.

2.1.4.1.2 CULTURA INCA

El estado de la cultura Inca⁷⁵ fomentaba los valores y el buen comportamiento, al cometer un hecho ilícito se utilizaban torturas drásticas para mantener el orden social. La violación, incesto, adulterio, entre otros delitos, eran castigados con la pena de muerte, y esta podía ser de diferentes maneras, entre ellas: morir quemado, enterramiento vivo, desollamiento, el horca, el apedreamiento (este era aplicado a los que forzaban doncellas, incesto con tíos, sobrinos o con primos de segundo grado) y el descuartizamiento.

La mayoría de leyes que reglamentaron el periodo incaico eran penales aunque, estas se encontraban mezcladas con la moral y la religión, por más

⁷⁴ Araya Pochet, Carlos., (1995), *Historia de América: En Perspectiva Latinoamericana*, 2ª Ed., Editorial EUNED: Costa Rica. p. 31 Los aztecas constituyeron otras de las grandes culturas americanas, la cual se expandió y floreció en el siglo XV de nuestra era. Los aztecas habían emigrado desde el norte a principios del siglo XVIII d.C. al Valle Central de México, donde encontraron y conquistaron algunas prosperas y avanzadas ciudades-Estado.

⁷⁵ *Ibíd.* p. 32 Es la Cultura más extendida, la más antigua y la mejor organizada. A través de la conquista, el imperio se había extendido en todas las direcciones desde el Cuzco, que era el centro del universo inca.

que el delito fuera leve la sanción era cruel, porque se castigaba el haber quebrantado la palabra del Inca ya que debía respetarse.

2.1.4.1.3 CULTURA MAYA

En el periodo de la Cultura Maya⁷⁶ se produjo un colapso político en la región central, originando guerras internas, el abandono de las ciudades, desplazándose la población hacia el norte.

En esta cultura también era común la pena de muerte, que consistía en el despeñamiento del ofensor desde grandes alturas, entre otras formas drásticas de quitarle la vida; se aplicaba en los casos, de adulterio –porque el matrimonio se consideraba para toda la vida-, la seducción de las mujeres vírgenes con voto de castidad, la embriaguez de los sacerdotes, la homosexualidad, el homicidio y la traición.

2.1.4.1.3.1 EL SALVADOR

En el periodo Mesoamericano⁷⁷ era conocido con el nombre de Cuscatlán⁷⁸, y se caracterizó por la llegada de grupos descendientes de los Mayas y los Toltecas, denominados Pipiles, que habitaron en tres cuartas partes de lo que hoy es el territorio salvadoreño, extendiendo sus dominios desde Chalchuapa hasta el río Lempa. En la zona norte del país existió asentamientos de la tribu

⁷⁶ *Ibíd.* p. 30 La Cultura Maya se extendía por todo el territorio de la Península de Yucatán, en México, y por gran parte del territorio de Centroamérica (Guatemala, Honduras y porciones de El Salvador y Nicaragua).

⁷⁷ Consejo Coordinador Nacional Indígena Salvadoreño, (1999), *Pueblos Indígenas, Salud y Calidad de Vida en El Salvador*, San Salvador, p. 6. Cultural llamada Mesoamérica, que abarcaba desde el centro y sur de México, el territorio actual de Guatemala, Belice y El Salvador, poniente y sur de Honduras, costa del Pacífico de Nicaragua y la Península de Nicoya, en Costa Rica.

⁷⁸ Browning, David., (1998), *El Salvador, la tierra y el hombre*, 4ª Ed., Dirección de Publicaciones e Impresos: San Salvador, p. 195. Nuestra tierra, la actual tierra salvadoreña donde vivieron los primitivos habitantes, era parte de su ser: el origen y el fin de la existencia, el misterio de donde procedían, el lugar de vida que les permitiría subsistir y el último refugio donde volverían.

Pocomán, que era descendiente de los Mayas. En la zona oriental desde el río Lempa hasta La Unión se encontraban radicadas la tribu Lenca, situada principalmente en la zona de Quelepa, y la tribu Ulúa en lo que actualmente es Uluazapa, Departamento de San Miguel.

Estos grupos, particularmente los pipiles y los lencas tenían su propio sistema jurídico de carácter primitivo, rigiéndose por los mismos criterios que aplicaban los Mayas. Se sancionaba con pena de muerte⁷⁹ el delito de asesinato, traición, aborto, incesto, y violación por vía vaginal -pero si esta se realizaba por vía anal el ofensor era apedreado-. El que abusaba de mujer esclava ajena era condenado a esclavitud, y el adulterio cometido por un guerrero se castigaba con destierro.

En el siglo XVI el Imperio Español colonizó la región mesoamericana, y tras una larga serie de campañas militares la última ciudad maya cayó en 1697.

2.1.4.2 ÉPOCA COLONIAL

Se afirma que el derecho castellano rigió en América desde el momento del descubrimiento en 1492⁸⁰, y a lo largo de tiempo que duró el período colonial. Haciendo énfasis en El Salvador.

América surgió para el mundo occidental, estos territorios descubiertos eran sometidos a leyes como el régimen jurídico español, el cual comprendía, el conjunto de las culturas jurídicas desarrolladas en España y sus dominios extra-peninsulares, desde los tiempos más remotos, hasta la promulgación del derecho español contemporáneo. Y el hispanoamericano, que comprende la

⁷⁹ Dalton Roque. (1993), *El Salvador Monografía*, Vol. 8, Talleres Gráficos UCA: San Salvador, p. 15. Los violadores, los reos de hurto grave, también sufrirán la pena de muerte.

⁸⁰ Rescatado de <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/1/412/6.pdf>, Cristóbal Colón, descubrió América el 12 de octubre de 1492. Tomó posesión en nombre de los Reyes Católicos de las tierras descubiertas, como se anuncia en la carta del 5 de marzo de 1493, creyendo que había llegado a la India y a la Provincia de Catayo (China).

historia del derecho Castellano –es decir, el de castilla-; Las Indias⁸¹ también quedaron incorporadas, políticamente, a la Corona de Castilla.

En esta etapa se explica el primer periodo de la colonización española, donde se incluyen sucesos como: la fundación de la ciudad, su forma y diseño y el reparto de solares entre los conquistadores. En la segunda etapa de este periodo se exponen las características más notables de la ciudad una vez que ésta consigue su consolidación entre los siglos XVII y XVIII. Los conquistadores pudieron imponer su ideología patriarcal porque existía un terreno abonado por las formas de dominación impuestas en las sociedades inca y azteca.

Con la llegada de los españoles y portugueses se impuso por primera vez en América un criterio particularmente europeo de la virginidad. De acuerdo a Fernández de Oviedo observó importantes costumbres relativas a la honestidad: *“El padre o la madre de la novia o aquel que la da, si viene virgen; e si dicen que sí y el marido no la haya tal, se la torna, y el marido queda libre y ella por mala mujer conocida; pero si no es virgen y ellos son contentos, pasa el matrimonio, cuando: antes de consumir la cópula avisaron que no era virgen, porque muchos hay que quieren más las corrompidas que no las vírgenes”*⁸². (Pág. 71)

⁸¹ Trejo Escobar, Derecho Penal Salvadoreño Vigente, óp. cit., p. 16 Las Leyes de Indias constituyó el principal ordenamiento jurídico aplicado por la época de la Colonia; se integraba este cuerpo normativo por nueve libros que contenían todos ellos varios títulos relativos a los delitos y a las penas. En el Libro Séptimo aparece el mayor número de artículos referente al Derecho Penal. En el contexto de legislación de Indias se estableció que los indios eran hombres libres y vasallos de la Corona; pero en la práctica y en la realidad resultaron ser todo lo contrario, una clase dirigente era dueña del poder político y económico. El derecho concedido a los indígenas para disfrutar toda clase de bienes en igualdad de estado con los españoles fue violado por los intereses de los gobernantes; así mismo, se tornó irrealizable la libertad de los indios contenidas en las mismas leyes.

⁸² Suess, Paulo., *La Conquista Espiritual de la América Española: 200 documentos del Siglo XVI*, 1ª Ed., Editorial ABYA YALA: Quito, p. 71, (sic).

Según Laurette Sejourné, “*la causa del repudio sería la falta de rectitud; la falta moral no era la pérdida de la virginidad, sino la mentira (...).La violación era castigada en Nicaragua con la reducción a esclavitud del culpable, a beneficio de los padres de la víctima*”⁸³ (Pág. 128).

2.1.4.2.1 EL SALVADOR

El derecho penal salvadoreño⁸⁴ es en medida historia del derecho hispano. Durante la época de la conquista y la colonia, este ordenamiento jurídico fue una codificación represiva y cruel. En lo que se pueden mencionar el delito de violación cometido por los nativos en contra de mujeres y niños, eran penados con esclavitud, esta podía ser perpetua o temporal; se conmutaba la pena de muerte, otros castigos que se aplicaron fueron las mutilaciones corporales, los azotes, las marcas con hierro candente, los trabajos forzados.

El Progreso artístico, literario y científico, impulsado por los renacentistas⁸⁵, los grandes descubrimientos geográficos y el auge económico de las monarquías, desarrollaron notables transformaciones, pero fueron los siglos XVII y XVIII, los que experimentaron un progreso intelectual asombroso, especialmente en las ciencias y la Filosofía. Como ejemplo de este progreso están los filósofos y enciclopedistas franceses, que con sus ideas avanzadas de libertad, Igualdad y fraternidad, prepararon el advenimiento de la Edad Contemporánea, previa a la Revolución Francesa.

⁸³ Laurette Sejourné., (1971), *Antiguas Culturas Precolombinas, Historia Universal Siglo Veintiuno*, Madrid, p. 128.

⁸⁴ Trejo Escobar, Derecho Penal Salvadoreño Vigente, óp. cit., p. 17 En la época colonial nuestro país, junto a Guatemala, Honduras, Nicaragua y Costa Rica conformaba un territorio español, bajo el dominio político de la capitanía general de Guatemala, cuya capital se ubicaba en Antigua Guatemala. La Real Audiencia allí establecida tenía jurisdicción sobre toda Centroamérica.

⁸⁵ Delgado de Cantú, Gloria M., (2005), *El Mundo Moderno y Contemporáneo I: de la Era Moderna al siglo Imperialista*, 5ª Ed., Pearson Educación de Mexico: México, p. 43. El Renacimiento es un periodo comprendido entre los siglos XV y XVI, durante ocurrieron profundas transformaciones en la vida intelectual, artística y literaria de Europa, sobre todo en Italia, donde se inició ese fenómeno histórico y tuvo su más importante desarrollo.

2.1.5 EDAD CONTEMPORÁNEA

Es la cuarta época de la Historia⁸⁶; finalizando el siglo XVIII extendiéndose a la actualidad y dispone de dos etapas: Alta Edad Contemporánea⁸⁷ y Baja Edad Contemporánea⁸⁸.

Inicia con la Revolución Francesa en 1789, marcó el final de las monarquías absolutas y el comienzo de una nueva forma de pensar dando lugar a importantes transformaciones en: economía, sociedad y tecnología; evolución en las formas de gobierno, los sistemas autoritarios permitieron el paso a la democracia y el reconocimiento a los derechos humanos.

En esta época de revolución se han presenciado los mayores conflictos bélicos conocidos por la humanidad, que dieron origen a delitos graves como genocidios, y violaciones masivas en contra de mujeres y niños que ha sido considerado un delito de guerra, no obstante dichos actos han quedado impune. Acontecimientos que se presentaron como consecuencia de interés propios entre naciones, racismo y luchas de clases.

El delito de violación llegó a su máximo nivel de expresión en la Segunda Guerra Mundial, cometido por las tropas nazis, se dieron casos en Holanda,

⁸⁶ Pareja Ortiz, Francisco., y Pareja Ortiz, Manuel., (1998), *Apuntes de Historia Contemporánea*, Universidad de la Sabana, Colombia, p. 15. Período de la Historia que va desde finales del siglo XVIII a nuestros días, tiende a ser considerado como una continuación de la Edad Moderna, ya que la Revolución Francesa o la Independencia de las colonias británicas de Norteamérica, son considerados como hechos históricos importantes, pero simple reflejo de las características de la Modernidad.

⁸⁷ *Ibíd.*, p. 18 Desde el punto de vista de las relaciones internacionales, la Alta Edad Contemporánea podríamos subdividirla en dos períodos. El primero se caracterizaría por cobijar algunas de las más importantes revoluciones de la Edad Contemporánea; podríamos denominarlo período de las Grandes Revoluciones, y situarlo cronológicamente de 1776 a 1815. El segundo periodo se caracterizaría por ser una época de relativa paz en las relaciones internacionales; podríamos llamarlo, por tanto, periodo de la Paz Relativa, y situarlo cronológicamente de 1815 a 1870

⁸⁸ *Ibíd.* p. 20. Desde el punto de vista de las relaciones internacionales, la Baja Edad Contemporánea podríamos subdividirla también en dos períodos. El primero se suele denominar la Paz Armada, y cronológicamente podríamos enmarcarlo de 1870 a 1914. El segundo periodo podríamos titularlo etapa de las Grandes Guerras, y situarlo cronológicamente de 1914 a nuestros días.

Francia y Bélgica. Los soldados soviéticos agredieron sexualmente a muchas mujeres alemanas, se llegó a abusar de la misma mujer hasta 70 veces, la mayoría de estas eran asesinadas.

Así mismo, En Asia las tropas japonesas, forzaban sexualmente a las mujeres coreanas, chinas y filipinas convertidas en muchos casos en esclavas sexuales o mujeres de confort⁸⁹. En guerras posteriores estos hechos ilícitos fueron efectuados por los soldados de Estados Unidos en Vietnam durante la guerra de 1958 a 1975.

2.1.5.1 EPOCA DE LA REPUBLICA

Previo al movimiento independentista de Centroamérica, la organización política en El Salvador, inicia de acuerdo a las Leyes promulgadas por la Corona de España⁹⁰.

El Salvador firmo el acta de independencia, en el Palacio Nacional de Guatemala, El 15 de septiembre de 1821. Al desaparecer la Federación Centroamericana se instaló en San Salvador la primera Asamblea Nacional Constituyente, la cual promulgó el 12 de junio de 1824 la Constitución de la

⁸⁹ Mayumi Yasunaga, Miriam E., (2016), *Las Mujeres de Confort: Un Acuerdo Histórico*, Instituto Español de Estudios Estratégico, p. 1. La violencia sexual contra las mujeres como arma de guerra ha sido un hecho continuo en casi todos los conflictos armados. Uno de estos episodios tuvo lugar durante la Segunda Guerra Mundial, las víctimas fueron denominadas como "mujeres de confort" y el sistema se expandió por todos los territorios dominados por el Imperio de Japón.

⁹⁰ Vidal, Manuel., (1970), *Nociones de la Historia de Centro América*, 9ª Ed., Dirección de Publicaciones: San Salvador, p. 95. Las Nuevas Leyes u Ordenanzas de Barcelona fueron promulgadas en el año de 1542. Se trataba de un organismo legal pleno de humanidad que, hasta los mismos enemigos de España, no pueden sino admirarlo y respetarlo. De acuerdo con sus Estatutos quedo prohibido: someter a la esclavitud a los indios; valerse de los mismos contra su voluntad; que pudiesen los funcionarios de la corona encomendar indios y que, al morir un encomendero pasase la encomienda a mano de sus sucesores; que los indios fuesen castigados con crueldad.

República estableciendo la autonomía respecto de España y de México⁹¹; reconociendo además el principio de igualdad y legalidad.

El ordenamiento jurídico penal de la Colonia continuaba vigente, no obstante la Constitución de la República exigía que se regularan leyes secundarias. Una de las primeras leyes en promulgarse fue el Código Penal, dictado el 13 de abril de 1826, ordenamiento jurídico basado en el código penal de España.

Así es como históricamente el delito de violación ha ido evolucionando hasta que cada país creó sus propias leyes, y en el Derecho Penal Salvadoreño este hecho punible, ha presentado severos cambios, se han derogado varios tipos penales y creado nuevas figuras normativas.

2.2 GENESIS DEL DELITO DE VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ EN LA LEGISLACIÓN PENAL SALVADOREÑA

El delito de violación ha sido regulado desde el primer Código Penal de El Salvador, que según la historia ha presentado diversas modificaciones y actualmente se encuentra bajo el Título IV Delitos Contra la Libertad Sexual, Capítulo I De la Violación y Otras Agresiones Sexuales.

Para conocer los cambios de este hecho punible, haremos referencia a los Códigos Penales promulgados según el avance y evolución de la sociedad, comprendidos en los años de: 1826, 1859, 1881, 1904, 1973, y 1998 hasta la última reforma aprobada el día 10 de diciembre de 2015 que declara la

⁹¹ *Ibíd.* p. 140. El artículo 1 establecía “El Estado es y será siempre libre e independiente de España y de México y de cualquier otra potencia o gobierno extranjero, y no será jamás el patrimonio de ninguna familia ni persona”. Con ello se aseguraba cualquier intento de anexión como el de Agustín Iturbide que se había proclamado emperador de México el 19 de mayo de 1822 y con anterioridad había mandado un oficio a la Capitanía General de Guatemala, donde manifestaba que Guatemala y demás provincias del Istmo deberían unirse a México para formar un gran imperio.

imprescriptibilidad de los delitos cometidos contra la Libertad Sexual de Menor o Incapaz.

2.2.1 CÓDIGO PENAL 1826

Decretado el 13 de abril de 1826 cuando El Salvador formaba parte integrante de la Federación Centroamericana; estaba constituido por 793 artículos, como una adopción del Código Español de 1822⁹² careciendo de información que fundamentara su origen. Estructurado en tres segmentos: Título preliminar, parte primera de delitos contra la sociedad y parte segunda de delitos contra los particulares. El precepto legal de violación se encontraba regulado en el Capítulo IV De los raptos, fuerzas, y violencias contra las personas, y de la violación de los enterramientos, desde el Art: 640 al 652 CP.

En ese momento histórico el legislador regulo la conducta de violación en los menores, que consistía según el Art. 647 CP⁹³. En el abuso deshonesto de niño o niña que no había alcanzado la pubertad, este hecho podía ser realizado por cualquier persona, agravando la pena si se producía una lesión o enfermedad dependiendo si esta duraba más de treinta días o era de por vida. En el Art. 648 CP⁹⁴. El sujeto activo era cualificado porque tenía que ser

⁹² Menéndez, Isidro. (1855), *Recopilación de Leyes de El Salvador en Centroamérica*, Imprenta de L. Luna: Guatemala, p. 399. El primer Código Penal Salvadoreño es una adopción al Código de las Cortes Españolas del 9 de julio de 1822.

⁹³ CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR 1826. Escolán y Balibrera, Joaquín (Presidente); Castro, Miguel José (Diputado Secretario); Cuellar, Pedro José (Diputado Seretario), Dado en San Salvador á trece de Abril de mil ochocientos veintiséis (sic). Biblioteca Nacional Francisco Gavidia, El Salvador. Art. 647.- El que abusare deshonestamente de niño ó niña, que no haya cumplido la edad de la pubertad, será tenido por forzador en cualquier caso, y sufrirá la pena de diez á veinte años de obras públicas, con destierro perpetuo del pueblo en que more el ofendido y veinte leguas en contorno. Si del abuso resultare al niño ó niña una lesión ó enfermedad que pase de treinta días, se impondrán al reo cuatro años más de obras públicas. Si la enfermedad ó lesión fuere de por vida, sufrirá el reo diez años de obras públicas y después será deportado. (sic).

⁹⁴ *Ibíd.* Art. 648.- Si abusare del niño ó niña que no haya llegado á la pubertad un funcionario público, ó un ministro de la religion, aprovechándose de sus funciones, ó el tutor, y o, maestro, director, criado, ó cualquiera otro á quien esté encargada la guarda, asistencia, ó educación de la persona forzada, será deportado el reo después de sufrir diez años de obras públicas. Si del delito resultare al niño ó niña una enfermedad ó lesión de por vida, será condenado el reo á trabajos perpetuos. (sic.).

cometido por un funcionario público, ministro de una religión, el tutor, maestro, director, criado o cualquier otra persona quien tuviera la custodia del menor.

Este fue el inicio de la reglamentación del delito de Violación en Menor o Incapaz -como es normado actualmente-; Ordenamiento Jurídico que estuvo en vigencia 33 años hasta la promulgación del segundo Código Penal en 1859.

2.2.2 CÓDIGO PENAL 1859

Siendo El Salvador un Estado independiente y al disolverse la República Federal de Centroamérica, entro en vigencia el segundo Sistema Jurídico Penal⁹⁵ el 20 de septiembre de 1859, basado en el Código Penal de España de 1848⁹⁶. Metodológicamente no presenta cambios relevantes en su estructura, estaba compuesto por 486 artículos y se dividía en tres partes principales: Libro I: Disposiciones Generales. Libro II: Delitos. Libro III: Faltas.

Este sistema normativo tipificaba la violación en el Título 9: Delitos Contra la Honestidad, Capítulo 2: que hacía referencia exclusivamente a la “Violación”. Es importante señalar que en este apartado el bien jurídico tutelado era la honestidad⁹⁷, considerada sobre persona a la que la sociedad atribuía tal cualidad.

⁹⁵ Trejo Escobar, Derecho Penal Salvadoreño Vigente, óp. cit., p. 34. En este código se hizo necesario poner al día los principios de la legislación penal, depurarla de los resabios de las leyes coloniales y abolir el sistema de penas infamantes.

⁹⁶ Silva, José Enrique., (s.f.), *Introducción al Estudio de Derecho Penal Salvadoreño*, 1ª. Ed., Ediciones la Universidad: San Salvador, p. 8. Nuestro Código de 1859, es una adaptación, bastante más progresiva y humanitaria, por cierto, del Español de 1848.

⁹⁷ Ruiz Pulido, Guillermo., (1995), *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia*, 2ª ed., Chile, p. 24. Se consideraba que una mujer era honesta cuando en el comportamiento observa las normas de corrección en materia sexual e impone las buenas costumbres, también considerado como el derecho que la persona tiene que los demás observan en ella, esas normas de corrección y respeto.

Con base al Art. 353 CP⁹⁸ la violación se realizaba solo en mujer, la conducta ejecutada por el sujeto activo era exclusividad del hombre, consumada con la introducción del órgano sexual masculino en la vagina y para ello era necesario ejercer fuerza física o intimidación en el sujeto pasivo, además se consideraba violación cuando esta se encontraba privada de razón o de sentido por cualquier causa y el ofensor se aprovechara de su estado para cometer el ilícito. Algunas circunstancias se mantienen en el código penal actual, no obstante se generaliza con el término “con otra persona” pudiendo ser víctima tanto el hombre como la mujer.

Así mismo configuraba delito cuando la mujer era menor de doce años; este requisito ha sido parte de la reforma del último y actual ordenamiento jurídico penal estableciendo el límite de quince años edad.

En el caso de cometer sodomía⁹⁹ según el Art. 354 CP¹⁰⁰ se considera que la sanción era para el hombre que tenía relaciones sexuales con otra persona del mismo sexo –homosexualidad- y el abuso deshonesto podía ser realizado en hombre o en mujer.

También ostentaba una desigualdad en la penalidad en ambos artículos, de acuerdo a la forma en que se realizaba la conducta: si el delito se ejecutaba en mujer adulta o menor de doce años por vía vaginal, se establecía la pena

⁹⁸ CÓDIGO PENAL DE EL SALVADOR 1859. Corte Suprema de Justicia, Biblioteca Judicial, El Salvador. Art. 353 La violación de una mujer será castigada con la pena de cadena temporal. Se comete violación yaciendo con la mujer en cualquiera de los casos siguientes: 1° cuando se usa fuerza o intimidación; 2° cuando la mujer se halle privada de razón o de sentido por cualquiera causa; 3° cuando sea menor de doce años cumplidos, aunque no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.

⁹⁹ Silva Silva Hernán., (1995), *Medicina Legal y Psiquiatría Forense*, Tomo II, Editorial Jurídica: Chile, p. 396. La sodomía es un delito contra las buenas costumbres, honestidad y moralidad pública. La doctrina generalizada define este delito como el concúbiteo realizado entre hombre por vía rectal. Es sinónimo de pederastia (homosexualidad masculina). También es sodomía, para algunos, la introducción del miembro viril en cualquier orificio rectal o bucal.

¹⁰⁰ Código Penal de El Salvador 1859. óp. cit. Art. 354 El que cometiere sodomía o abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión correccional.

de Cadena Temporal, según, Art. 27 CP¹⁰¹- Inc. 1. “*Las penas de cadena, reclusión, relegación y extrañamiento temporales duran de ocho a doce años...*”; y la sodomía o abuso por vía anal en hombre o mujer con Prisión Correccional, Art. 27- Inc. 5 CP. “*Las de presidio y prisión correccionales y destierro duran de seis a veinte meses*”.

2.2.3 CÓDIGO PENAL 1881

Legislación¹⁰² que entró en vigencia el 19 de diciembre de 1881, veintidós años después del segundo Código Penal; constaba de 541 artículos y tenía una distinguida característica en su proceso de creación, puesto que la Asamblea Constituyente de 1880 dio al Poder Ejecutivo la potestad de reformar, y nombrar a una Comisión para crear los proyectos de ley correspondientes a este Sistema Legal.

Regulaba la violación en el Título: 8 Delitos contra la honestidad, Capítulo 2: Violación y Abusos Deshonestos. Respecto al Código de 1859, no difiere en gran medida su normativa.

Los cambios realizados son los siguientes: Primero: en el Capítulo de Violación, se complementó con el enunciado “Abusos Deshonestos”. Segunda modificación: fue en el Art. 395 CP¹⁰³ de la violación en una mujer, el Código anterior denominaba la pena como Cadena Temporal y el Código en análisis

¹⁰¹ *Ibíd.* Art. 27.- Título 3 de las penas, Capítulo 3 de la duración y efecto de las penas, Sección 1ra. Duración de las penas.

¹⁰² Fernández, Julio Fausto., (1974), *Sueños y Reflexiones al Atardecer*, Ministerio de Educación, Dirección de Publicaciones: San Salvador, p. 77. Tanto en su estructura como en su contenido, el Código Penal de 1881 difiere poco del Español de 1870.

¹⁰³ CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR 1881. Imprenta de El Cometa: San Salvador. Art. 395 La violación de una mujer será castigada con la pena de prisión superior. Se comete violación yaciendo con una mujer en cualquiera de los casos siguientes: 1° cuando se usare de fuerza o intimidación; 2° cuando la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa; 3° cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.

como Prisión Superior. La última reforma se dio en el Art. 396 CP¹⁰⁴ donde se omitió el término sodomía como una conducta, tipificando solamente el abuso deshonesto en hombre o mujer con la misma Prisión Correccional de la legislación anterior.

2.2.4 CÓDIGO PENAL 1904

Sistema legal¹⁰⁵ aprobado en 1904 y promulgado el 14 de octubre del mismo año, se conformaba por 554 artículos. Fue objeto de múltiples reformas hasta en 1947¹⁰⁶ que se integró una Comisión para crear el proyecto del quinto Código Penal.

Estableció el delito de Violación en el Título IX: Delitos Contra la Honestidad, Capítulo II: Violación y Abusos Deshonestos; llevando una secuencia en su regulación con el Código Penal derogado de 1859 y 1881.

En el Art. 391 CP¹⁰⁷ Existió un cambio en la sanción, referente a la violación de una mujer, el castigo fue nueve años de Presidio, anteriormente se castigaba con Prisión Superior -de ocho a doce años-. En el Art. 392 CP¹⁰⁸ el

¹⁰⁴ Ibíd. Art. 396 El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión correccional.

¹⁰⁵ Arrieta Gallegos, Manuel., (1960), *Estado Actual del Derecho Penal en El Salvador y Breve Examen Crítico del mismo*, Vol. I, San Salvador, p. 67. Este código contenía principios fundamentales basados en la doctrina de la escuela penal clásica.

¹⁰⁶ Trejo Escobar, Derecho Penal Salvadoreño Vigente, óp. cit. p. 26. Sin embargo, es conveniente acotar que antes de la formación de la comisión de 1947, ya se habían elaborado otros proyectos de Código Penal, entre los que figura el de 1943 fecha en que se presentó el proyecto elaborado por los Doctores Reyes Arrieta Rossi, Juan Benjamín Escobar y Carlos Azúcar Chávez. Posteriormente, aparecería el proyecto hecho por el Dr. Mariano Ruiz Funes.

¹⁰⁷ CÓDIGO PENAL DE EL SALVADOR 1904. Corte Suprema de Justicia, Biblioteca Judicial, El Salvador. Art. 391.- La violación de una mujer será castigada con nueve años de presidio. Se comete violación yaciendo con una mujer en cualquiera de los casos siguientes: 1° Cuando se usare de fuerza o intimidación: 2° Cuando la mujer se hallare privada de razón o sentido por cualquiera causa: 3° Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.

¹⁰⁸ Ibíd. Art. 392.- El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo precedente, será castigado con tres años de presidio.

abuso deshonesto en persona de uno u otro sexo –podemos entender que puede ser hombre o mujer- la pena se modificó dejando de ser una prisión correccional de seis a veinte meses, a tres años de Presidio. Art. 16 CP¹⁰⁹ “*La pena de presidio se cumplirá en los establecimientos penitenciarios..*”

A través de profundos cambios esta codificación se ha convertido en un documento del pasado, es un indicio para poder llegar a la reglamentación que ahora conocemos. Desapareció el Título “Delitos contra la Honestidad” y se adoptó el Epígrafe “Delitos Contra la Libertad Sexual”.

2.2.5 CÓDIGO PENAL 1973

Fue promulgado el 13 de febrero de 1973¹¹⁰, entro en vigencia setenta años después del Código Penal de 1904, el 15 de junio de 1974. Constituido por 530 artículos, dividido en tres libros: El primero comprende las disposiciones generales, el libro segundo y el tercero los delitos y faltas. Presenta un nuevo ordenamiento legal atendiendo al bien jurídico tutelado por el Estado, regulando la violación en el Título III denominado "Delitos contra el Pudor y la Libertad Sexual" del Capítulo I: Violación, Estupro, Abusos Deshonestos y Rapto. Este apartado por primera vez expresamente regula la Libertad Sexual¹¹¹ y el pudor¹¹².

¹⁰⁹ *Ibíd.* Art. 16. Título III de las penas, Capítulo I: Clasificación, cumplimiento, duración y efecto de las penas.

¹¹⁰ Trejo Escobar. Derecho Penal Salvadoreño Vigente, *óp. cit.* p. 50. En la elaboración de este código, se tomaron en cuenta los principios, preceptos y propósitos contenidos en nuestra constitución (1962), desarrollando los principios fundamentales de legalidad, responsabilidad, culpabilidad y otros, con base a los postulados constitucionales.

¹¹¹ Muñoz Conde, *Los Delitos Contra la Libertad Sexual*, *óp. cit.*, p. 269. Libertad Sexual, entendida como aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y, en cierto modo, a la disposición del propio cuerpo, es un bien jurídico merecedor de protección y necesitado también de tutela penal.

¹¹² Santamaría, Mihel Gotzon., (1996), *Saber Amar con el Cuerpo: Colección Mundo y Cristianismo*, 9ª. Ed., Ediciones Palabra: Madrid, p. 95. El pudor es el aspecto de la educación corporal que nos lleva a presentarnos siempre como personas con alma y cuerpo. Es la defensa del aspecto personal del cuerpo, es evitar que aparezca ante los demás como simple objeto sexual.

Con base al Art. 192 CP¹¹³; la Violación Propia solo consideraba como sujeto pasivo la mujer –no incluía a los hombres-, era castigada de 5 a 10 años de prisión. La Violación Presunta del Art. 193 CP¹¹⁴, se presumía el acto ilícito en una mujer por el hecho de ser menor de doce años o incapaz, aunque esta manifestara su consentimiento; era responsabilizada con el máximo de la sanción establecida en el artículo precedente aumentada hasta en una tercera parte.

La Violación Impropia fijada en el Art. 194 CP¹¹⁵, el hombre podía ser sujeto pasivo cuando era accesado por otro hombre, o la mujer por vaso indebido – se deduce acceso carnal por vía anal-; esta conducta se sancionaba de cuatro a ocho años de prisión, se agravaba en una tercera parte del máximo si la víctima era menor de doce años.

Respecto a los menores es importante mencionar que se regulaba en dos disposiciones variando la pena si el acceso carnal era realizado por vía vaginal –violación presunta-, o anal –violación impropia-. Se substituyó el término “yaciendo” que se utilizaba con anterioridad por el de “Acceso Carnal”; también se protegen a los enajenados mentales y los que se encontraren en estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir.

¹¹³ CÓDIGO PENAL DE EL SALVADOR 1973. Corte Suprema de Justicia, Biblioteca Judicial, El Salvador. Aprobado por D. L. N° 507 de 13 febrero del corriente año, publicado en el D. O. N° 63 Tomo 238 de fecha 30 de marzo de este mismo año. Art. 192.- Violación Propia. El que tuviere acceso carnal con mujer ejerciendo sobre ella la violencia física o moral necesaria y suficiente, para lograr tal propósito, será penado con prisión de cinco a diez años.

¹¹⁴ *Ibíd.* . Art. 193.- Violación presunta. Se considera violación al acceso carnal con mujer en los siguientes casos: 1° cuando la víctima fuere menor de doce años, aunque esta diere su consentimiento; 2° Cuando la víctima adoleciere de enajenación mental, o estuviere en estado de inconsciencia, o no pudiese resistir por enfermedad o por cualquier otra causa ajena a la voluntad del agente, siempre que tales estados sean conocidos por este. En estos casos la sanción correspondiente será la pena máxima señalada en el artículo anterior aumentada hasta una tercera parte.

¹¹⁵ *Ibíd.* Art. 194. Violación Impropia. Es violación impropia el acceso carnal realizado por varón en otro varón o con mujer por vaso indebido, si concurriere cualquiera de las circunstancias de la violación. En estos casos la pena será de cuatro a ocho años de prisión. Cuando la víctima fuere menor de doce años la pena se agravara hasta una tercera parte del máximo aunque aquella diere su consentimiento.

Las sanciones impuestas por este ordenamiento jurídico a la violación en menores, son inferiores a las reguladas en el Código Penal de 1998 que se promulgo veinticuatro años después.

2.2.6 CÓDIGO PENAL 1998

Fue aprobado el 26 de abril de 1997, entró en vigencia el 20 de abril de 1998, pese a diversas reformas sigue siendo el Sistema Jurídico Penal actual en la legislación salvadoreña. Conformado por 409 artículos, de acuerdo a su estructura se divide en: Libro Primero Parte General. Libro Segundo: Parte Especial de los Delitos y sus Penas. Libro Tercero: Parte Especial Las Faltas y sus Penas. Y Parte Final: Disposiciones Transitorias.

Tipifica la Violación bajo el Título IV: Delitos Contra la Libertad Sexual, Capítulo I: De la Violación y Otras Agresiones Sexuales. Presenta cambios en las conductas normadas en relación a los Códigos Penales anteriores como el de 1826, 1859, 1881,1904 y mucha similitud con el ordenamiento de 1973. Se han derogado varios tipos penales y creados otros adecuándose a la realidad social y actual del país.

En el Art. 158 CP¹¹⁶. La conducta típica es el acceso carnal por vía vaginal o anal, pudiendo ser realizado por cualquier persona, mediante violencia; considerando como sujeto pasivo tanto hombre como mujer. Con una pena de seis a diez años de prisión. El bien jurídico tutelado es la libertad sexual haciendo referencia a aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad.

¹¹⁶ CÓDIGO PENAL DE EL SALVADOR 1998, D. L. N° 1030, del 26 de abril de 1997, D. O. No.105, Tomo No. 335 del 10 de junio de 1997. VIOLACION Art. 158.- El que mediante violencia tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con otra persona, será sancionado con prisión de seis a diez años.

De acuerdo al Art. 159 CP¹¹⁷ Violación en Menor o Incapaz. El bien jurídico protegido de los menores y personas con enajenación mental es la Indemnidad o intangibilidad sexual para asegurar su libertad sexual en el futuro, afirmando que carecen de esta, de modo que su desarrollo personal no les permite conocer el significado de dichos actos, por lo que no gozan de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito de la sexualidad. Por el contrario las personas en estado de inconsciencia o incapacidad de resistir, gozan de libertad sexual pero se encuentran en una circunstancia que les impide ejercerla.

El 25 de noviembre de 2003 el artículo precedente fue reformado¹¹⁸. El supuesto de hecho, los sujetos, al igual que el bien jurídico objeto de protección del delito no cambian en lo sustancial, en relación a dicha reforma. Las variaciones se realizaron en cuanto al aumento de la sanción penal –de catorce a veinte años de prisión-, y la edad del menor -se aumentó el límite a quince años de edad.

¹¹⁷ *Ibíd.* Violación en Menor o Incapaz Art. 159.- El que tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con menor de quince años de edad o con otra persona aprovechándose de su enajenación mental, de su estado de inconsciencia o de su incapacidad de resistir será sancionado con prisión de catorce a veinte años. Quien mediante engaño coloque en estado de inconsciencia a la víctima o la incapacite para resistir, incurrirá en la misma pena, si realiza la conducta descrita en el inciso primero de este artículo.

¹¹⁸ D. L. N° 210, de fecha 25 de noviembre de 2003, Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. “A fin de realizar acciones específicas dirigidas a la erradicación de la explotación sexual comercial de los menores, es pertinente incrementar las penas a todo tipo de abuso en contra de la niñez y la adolescencia; especialmente de abusos de tipo sexual; que en atención a los planteamientos expuestos y a la demanda social de mayor protección para la niñez y la adolescencia, se hace necesario incorporar las reformas legales correspondientes al Código Penal. En D. L. No. 217 Publicado en el D. O. Tomo No. 409, de fecha 23 de diciembre de 2015 se reformó el Art. 99 Código Penal y Art. 32 Código Procesal Penal, para volver IMPRESCRIPTIBLE los delitos cometidos contra la libertad sexual de menor o incapaz.

2.3 FUNDAMENTO JURÍDICO DEL DELITO DE VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ

El legislador estableció esta conducta en el capítulo genérico denominado “De la Violación y otras agresiones sexuales” en el Título IV llamado “Delitos contra la Libertad Sexual”, del libro Segundo del Código Penal; en el cual el bien jurídico tutelado es la Indemnidad o intangibilidad sexual de un menor de 15 años de edad o un enajenado mental, esto es el derecho de estar exento o libre de cualquier acceso carnal u otra opción de índole sexual, aún con su propio consentimiento, por no tener la madurez emocional y psíquica para tomar decisiones de este tipo.

Las personas en estado de inconciencia o incapacidad de resistir tienen libertad sexual pero la situación en la que se encuentran no les permite disponer de ella, de tal forma que la realización de dicha conducta trae como consecuencia el sufrimiento de lesiones físicas y psíquicas.

Bienes jurídicos que se encuentran protegidos en el ámbito nacional: Constitución de la República y Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; así también en los Ordenamientos Jurídicos Internacionales vigentes y ratificados por El Salvador.

2.3.1 NACIONAL

2.3.1.1 CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR

Entró en vigencia el 20 de diciembre de 1983, En la que fija *“Los fundamentos de la convivencia nacional con base en el respeto a la dignidad de la persona humana, en la construcción de una sociedad más justa, esencia de la democracia y al espíritu de libertad y justicia...”*¹¹⁹

¹¹⁹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, aprobada según D. L. No. 38 y publicado en el D. O. No. 234, Tomo 281, el 16 de diciembre de 1983.

El Estado debe garantizar a la sociedad la protección sobre cualquier fenómeno que implique perjuicio a sus derechos fundamentales, que sólo puede lograrse con la creación de políticas públicas enfocadas en el respeto de los mismos. Este sistema normativo en el Título I, Capítulo Único: de La Persona Humana y los Fines del Estado; Art. 1¹²⁰: Instaure que el Estado tiene la obligaciones de velar por el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social de sus habitantes.

Cabe destacar el goce de la libertad como un Derecho sagrado e imprescriptible que todos los seres humanos poseen, es la facultad de obrar según su voluntad respetando la ley y el derecho ajeno.

Existen dos tipos de libertades: individuales y colectivas, haciendo énfasis en la primera de la que desglosa la Libertad Sexual. *“Los términos libertad y sexualidad aparecen vinculados desde su origen, el vocablo latino liber del que deriva libre significa que el espíritu de procreación de una persona se hallaba activo. Se llamó liber al joven cuando alcanzaba la madurez sexual y se incorporaba a la comunidad como hombre capaz de asumir sus responsabilidades”¹²¹*

Generalmente se ha aceptado por la doctrina, que debe protegerse la libertad sexual porque en ella se hacen las más íntimas y esenciales dignidades humanas, de manera tal que las relaciones sexuales no sean realizadas frente al propio discernimiento, es decir, en contra de la voluntad, o con un consentimiento viciado.

¹²⁰ *Ibíd.* **Art. 1** El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común. Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción. En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.

¹²¹ Álvarez Álvarez, óp. cit., p. 17.

Según el criterio de Lisandro Martínez¹²² al hablar de los actos sexuales, hace referencia a los que atacan la libertad de una persona de disponer de su propio cuerpo, tales ofensas a la libertad constituyen los clásicos ilícitos sexuales que se encuentran estructurados en la mayor parte de legislaciones.

El Art. 2 Cn¹²³, regula que toda persona tiene derecho a la libertad, de la que deriva la Libertad Sexual¹²⁴; determinando la obligación del Estado de garantizar su protección, conservación y defensa; puesto que, a mujeres y niños históricamente les ha sido vulnerado, por conductas delictivas a las que han sido sometidas por parte de los hombres.

Los Arts. 34 Y 35 Cn¹²⁵, describen el derecho de los menores de vivir en condiciones que le permitan un desarrollo integral, protegiendo su salud física, mental y moral; de modo que, existe una serie de actos que pueden afectar su equilibrio psíquico y el correcto desarrollo de la personalidad, tal como la violación en menor o incapaz, -sea esta con consentimiento o no-.

¹²² Z. Martínez, Lisandro., (1972), *Derecho Penal Sexual*, Editorial Temis: Colombia, p. 100.

¹²³ Constitución de la República de El Salvador, Art. 2.- Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral.

¹²⁴ Muñoz Conde, Francisco. (1996), *Derecho Penal Parte Especial*, Editorial Tirant Lo Blanch: Valencia, p. 175. Establece que la Libertad Sexual, es entendida como aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y en cierto modo a la disposición del propio cuerpo, bien jurídico merecedor de protección y necesitado de tutela penal.

¹²⁵ Constitución de la República de El Salvador. Art. 34.- Todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, para lo cual tendrá la protección del Estado. La ley determinará los deberes del Estado y creará las instituciones para la protección de la maternidad y de la infancia. Art. 35.- El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores, y garantizará el derecho de éstos a la educación y a la asistencia. La conducta antisocial de los menores que constituya delito o falta estará sujeta a un régimen jurídico especial.

Con base al Art. 144 Cn¹²⁶, constituyen leyes de la República los Tratados Internacionales¹²⁷ celebrados por El Salvador, siendo acuerdos legales entre naciones para promover el progreso social y elevar el nivel de vida en igualdad de derechos de hombres y mujeres dentro de un concepto más amplio la libertad.

2.3.1.2 LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Normativa especial que protege los derechos de niños, niñas y adolescentes, entró en vigencia el dieciséis de marzo de dos mil diez. Su finalidad es asegurar el ejercicio pleno de los derechos y facilitar el cumplimiento de sus deberes, con la participación de la familia, el Estado y la sociedad, fundamentado en la Constitución de la República y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en El Salvador, esencialmente en la Convención sobre los Derechos del Niño.

La LEPINA visualiza a niños, niñas y adolescentes como Sujetos de Derecho; en lo referente al Art. 37¹²⁸, garantiza el respeto a su integridad personal: física, psicológica y sexual, para que no sean sometidos a ningún tipo de abuso.

¹²⁶ Ibíd. Art. 144.- Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley prevalecerá el tratado

¹²⁷ CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS 1969. Art. 2. 1.- Se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

¹²⁸ LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA (LEPINA), D. L. No. 839, D. O. No. 68, Tomo No. 383, Publicado el 16 de abril de 2009. Art. 37 Derecho a la integridad personal: Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete su integridad personal, la cual comprende la integridad física, psicológica, cultural, moral, emocional y sexual. En consecuencia, no podrán someterse a ninguna modalidad de violencia, tales como abuso, explotación, maltrato, tortura, penas o tratos inhumanos, crueles y degradantes. La familia, el Estado y la sociedad deben proteger a las niñas, niños y adolescentes de cualquier forma de explotación, maltrato, tortura, abuso o negligencia que afecte su derecho a la integridad personal.

2.3.2 INTERNACIONAL

2.3.2.1 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

El ideal común se basa en que los Estados deben esforzarse, para que todos los individuos, así como las instituciones, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a los derechos y libertades, y se asegure su reconocimiento y aplicación efectiva. Según sus Arts. 1, 3, 22 y 29¹²⁹, la libertad, la justicia y la paz tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los seres humanos. Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso.

2.3.2.2 CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, “CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ”

Se afirma que la violencia contra la mujer constituye una transgresión a sus derechos fundamentales, limitando el goce y ejercicio de sus libertades. Históricamente ha existido desigualdad entre hombre y mujer, para su

¹²⁹ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. Adoptada y proclamada por la resolución de la Asamblea General 217 A (iii) el 10 de Diciembre de 1948. Art. 1.- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Art. 3- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. Art. 22.- Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. Art. 29.- Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

desarrollo individual y social la eliminación de esta es una condición indispensable.

En los Arts. 1, 2 y 3¹³⁰ de la Convención en comento, en lo esencial establece que la mujer por su condición debe estar excluida de maltratos, enfatizando que tiene derecho a una vida libre de violencia, definiendo esta: como cualquier conducta basada en su género que cause la muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como privado.

2.3.2.3 CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

En el caso de los niños y adolescentes, respecto del delito de violación, la protección a sus derechos en relación a la indemnidad o intangibilidad sexual, con base al Art. 19¹³¹ de esta convención, disciplina que los Estados adoptarán las medidas necesarias para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o

¹³⁰ CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, "CONVENCION DE BELÉM DO PARÁ". Ratificado por El Salvador el día 26 de enero de 1996. Art. 1.- Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado. Art. 2.- Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: A- que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; B- que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y C- que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra. Art. 3.- Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.

¹³¹ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Ratificado por El Salvador, por medio del D. L. No. 487 del día 27 de abril de 1990. Art. 19.- 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

abuso físico o mental, así también el Art. 34¹³² incluyendo el abuso sexual, en ese sentido, la legislación penal fija un rango de edad que es de 15 años en su artículo 159.

Siendo obligación del Estado y la sociedad velar por el cumplimiento de sus Derechos a fin de impedir la transgresión y evitar su impunidad.

2.3.2.4 DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

El niño, al estar en proceso de crecimiento, no cuenta con los medios ni las herramientas necesarias para protegerse a sí mismo, en consideración a ello, para promover el progreso social y mejorar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad, se considera que este, por su falta de madurez, necesita protección legal y una atención especial que garanticen su equilibrio psíquico y un correcto desarrollo, que según el principio 2¹³³ de la declaración en comento debe ser físico, mental, moral y de forma normal.

2.4 CLASIFICACION DEL TIPO PENAL DE VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ

El tipo penal es la fórmula legal necesaria al poder punitivo para habilitar su ejercicio formal, y al derecho penal para reducir las hipótesis de hechos

¹³² *Ibíd.* Art.- 34 Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

¹³³ DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959. Principio 2 El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

conflictivos y para valorar limitativamente la prohibición penal de las acciones sometidas a decisión jurídica¹³⁴.

Existen diferentes criterios que permiten clasificarlos: Según su Estructura, la Modalidad de la Acción, de acuerdo a su Formulación Legal, por la Relación de la parte Subjetiva con la Objetiva, los Sujetos que Intervienen, Relación entre el Sujeto Pasivo y Activo, Cualificación del Sujeto Pasivo, Esfera de Sujetos Idóneos, Forma de Intervención del Sujeto, Relación con el Bien Jurídico y, Número de Bienes Jurídicos Afectados.

2.4.1 SEGÚN SU ESTRUCTURA

El aspecto formal de las descripciones típicas, se clasifican en:

2.4.1.1 Tipos básicos o fundamentales:

Son aquellos en que se describen de manera independiente, uno o varios modelos de comportamiento humano, razón por la cual se aplican sin sujeción a ningún otro¹³⁵. Ejemplo delito de Violación Art. 158 CP.

El delito de Violación en Menor o Incapaz tipificado en el Art. 159 CP. No es un tipo básico o fundamental como la violación descrita en el Art. 158 CP. Porque contiene elementos nuevos o modificatorios.

¹³⁴ ZAFFARONI, óp. cit. p. 337. Es una formulación legal porque pertenece a la ley, esta expresada en un texto legal. Es necesaria al poder punitivo formal para habilitarse, porque nunca se puede averiguar el carácter delictivo de una conducta sin fijarla antes mediante una prohibición: no tiene sentido preguntarse si actuó justificada o inculpablemente quién aún no sabemos si hizo algo prohibido. Por ello el tipo penal es lógicamente necesario. Su formulación legal es necesaria al derecho penal, porque sin ella este no puede llevar a cabo una interpretación reductora del ámbito de lo prohibido, que debe partir de una limitación semántica.

¹³⁵ VELÁSQUEZ V., óp. cit., p. 289. Regularmente encabezan los títulos de Código Penal, ejemplos, Homicidio y Hurto.

2.4.1.2 Tipos Autónomos

Aquellos que además de los elementos del tipo básico y fundamental, contiene otros que pueden ser nuevos o modificatorios de aquel cuya aplicación excluyen¹³⁶.

En esta clasificación¹³⁷, se incorpora el tipo penal Violación en Menor o Incapaz, porque comprende elementos modificatorios como la edad o incapacidad de la víctima, que la violación del Art. 158 CP¹³⁸ no incluye por ser un tipo básico o fundamental.

2.4.1.3 Tipos Subordinados o complementados

También llamados modificatorios, son los que refiriéndose a un tipo básico y autónomo, señalan determinados elementos o aspectos que califican la conducta, los sujetos o el objeto descrita en estos¹³⁹; el supuesto de hecho o tipo se conforma con dos o más disposiciones de la ley penal que debe armonizar el intérprete o aplicador de justicia y dependiendo de la clase de elementos que se trate se puede agravar o atenuar la pena¹⁴⁰.

Ejemplo: Violación y Agresión Sexual Agravada. Art. 162 CP. Que tiene una agravante pero necesita otra disposición de la ley penal para poder completar el supuesto de hecho.

¹³⁶ Ibíd. p. 289. Por ejemplo el homicidio piadoso regulado en el Art.130 C.P., incluye el elemento de piedad y lo diferencia del Homicidio Simple.

¹³⁷ Daza, Mario., (s.f.), *Manual de Derecho Penal Parte General*, 5ª Ed., Las treas: Argentina, p. 358. El tipo fundamental es parte de ella pero bajo ciertas características especiales. Si la modificación al supuesto no le otorga autonomía se estaría ante un tipo dependiente o subordinado. Un ejemplo sería el Hurto de Uso, regulado en el artículo 210, porque al no requerir para su consumación el ánimo de lucro se constituye en un tipo diferente.

¹³⁸ Código Penal 1998, Violación Art. 158.- El que mediante violencia tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con otra persona, será sancionado con prisión de seis a diez años

¹³⁹ Daza, óp. cit., p. 359. Carecen de independencia y no se pueden aplicar sin referencia a un tipo básico o uno especial, es una simple proyección del tipo básico o especial. Dejando en claro que en estos eventos aun no en todos pueden ocurrir las circunstancias de agravación o atenuación.

¹⁴⁰ Velásquez V. óp. cit., p. 289.

El delito de Violación en Menor o Incapaz no es un tipo subordinado o complementario, porque se aplica de manera independiente y no necesita armonizarse con otra disposición.

2.4.1.4 Tipos elementales o simples

Solo describen un modelo de comportamiento que es concretado por medio de un verbo rector, por ejemplo, el homicidio Art. 128 CP, la Injuria Art. 179 CP.

La Violación en Menor o Incapaz es un tipo elemental o simple porque se concluye con la realización de un verbo rector, “acceso carnal” descrito en el supuesto de hecho del Art. 159 CP¹⁴¹.

2.4.1.5 Tipos Compuestos

Son los que describen una pluralidad de conductas, cada una en la capacidad de conformar por sí misma una descripción típica distinta. Se subclasifican en:

- **Complejos:** suponen la concurrencia de dos o más conductas, cada una constitutiva de un tipo autónomo, pero de cuya unión nace un complejo típico distinto dotado de independencia.
- **Mixtos:** pese a contemplar diversas modalidades de conducta, se conforma con la realización de una cualquiera de ellas.

La Violación en Menor o Incapaz, no es un tipo compuesto, ni mixto porque para su configuración requiere de una sola acción, “tener acceso carnal” lo cual no permite su inclusión en ésta modalidad.

¹⁴¹ Código Penal 1998. Art. 159 “El que tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con...”

2.4.1.6 Tipos en blanco

Indican aquellos casos en los que el supuesto de hecho se encuentra consignado total o parcialmente en una norma de carácter extrapenal¹⁴².

Ejemplo Contaminación Ambiental Art. 255 CP. Para la determinación de las formas en que las conductas descritas alcanzan relevancia penal es decisiva la referencia a las leyes y reglamentos respectivos, a las que se remite dicho artículo, por lo que se convierte así en una norma penal en blanco¹⁴³.

El delito de Violación en Menor o Incapaz no es un tipo penal en blanco porque éste determina en sí mismo según Art. 159 CP. El supuesto de hecho “*..El que tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con menor de quince años de edad o con otra persona aprovechándose de su enajenación mental, de su estado de inconciencia o de su incapacidad de resistir...*”, y la consecuencia jurídica “*...será sancionado con prisión de catorce a veinte años...*”.

2.4.2 SEGÚN LA MODALIDAD DE LA ACCION

2.4.2.1 POR LAS MODALIDADES DE LA PARTE OBJETIVA

2.4.2.1.1 Delitos de mera actividad y resultado

Aquí importa si el tipo requiere o no que la acción vaya seguida de la causación de un resultado separable espacio-temporalmente de la conducta¹⁴⁴.

¹⁴² Daza, óp. cit. p. 359. En estos casos, la norma penal regula la sanción y hace una remisión explícita o implícita a otra norma -no penal- que completa a la norma penal. Esa otra norma es el complemento de la norma penal. En favor de este criterio podría aducirse un fundamento de índole práctica para justificar la admisión de las normas penales 360 en blanco. La conducta que constituye el "tipo" se halla relacionada con otras ramas del ordenamiento jurídico.

¹⁴³ Muñoz Conde, Parte Especial, óp. cit., p. 561. La reglamentación administrativa es, decisiva para la delimitación del supuesto de hecho, hasta el punto que si la conducta no está prohibida o prevista por dicha ley o reglamento o se produce dentro de los límites de esta, no tendrá aplicación este artículo.

¹⁴⁴ Mir Puig, óp. cit., p. 200. Esta distinción tiene importancia para 1º) La exigencia o no de la relación de causalidad entre conducta y resultado; 2º) La determinación del tiempo y lugar del delito (esto en los delitos de resultado).

Delitos de mera actividad

No es necesario la producción o causación de un resultado separable espacio-temporalmente, en este sentido no será resultado ni la sola exteriorización de la conducta ni la lesión del bien jurídico¹⁴⁵, por ejemplo, Allanamiento de morada¹⁴⁶ art. 188 CP.

El ilícito penal de Violación en Menor o Incapaz es de mera actividad ya que la acción descrita no es necesaria que vaya seguida de la producción de un resultado.

Delitos de resultado

Aquellos tipos¹⁴⁷ en los cuales el codificador describe una determinada acción, a la que le sigue la producción de un cierto resultado en el mundo exterior¹⁴⁸. El aspecto objetivo del tipo se caracteriza exclusivamente por la obtención de un resultado¹⁴⁹. Requieren la producción de un daño material. Ejemplo Lesiones Art. 142 CP. Debido que debe verificarse un deterioro en la integridad física de la persona que recibe la agresión, determinándose como efecto el daño físico que recibe el sujeto pasivo.

¹⁴⁵ Daza, óp. cit., p. 361. En este tipo de delitos el legislador penal redacta una acción sin resultado físico, material, hecho que no significa que no haya un desvalor de resultado. El delito se consuma cuando se produce la actividad. Se trata de proteger los bienes jurídicos inmateriales -el honor, la imagen, entre otros- Son esencialmente dolosos y resulta fundamental el propósito, el ánimo, el móvil del sujeto para poder determinar si hay responsabilidad penal.

¹⁴⁶ Mir Puig. óp. cit. p. 200. Lesiona el bien jurídico de inviolabilidad de la morada pero no es necesario que produzca ningún resultado separable espacio-temporalmente, por eso es de mera actividad.

¹⁴⁷ Daza, óp. cit. p. 361. En estos delitos el legislador penal redacta un resultado al que puede llegarse vía acción o vía omisión. Tiene que haber una relación de acción-resultado. Son tipos penales donde no es suficiente la exteriorización de la voluntad sino que la conducta incluye la producción de un resultado como consecuencia.

¹⁴⁸ Velásquez V, óp. cit., p. 291. No se entiende la expresión resultado en sentido jurídico, si así fuese, tipos de resultado serian aquellos en los que se produce una efectiva lesión al bien jurídico.

¹⁴⁹ Ibíd. p. 266.

La Violación en Menor o Incapaz no se incluye en esta clasificación, porque el desvalor del acto se agota con la simple realización de la conducta descrita por la norma y no exige un resultado fáctico.

Tanto los delitos de mera actividad y de resultado pueden dividirse según que la actividad o el resultado determinen la aparición de un estado antijurídico de cierta duración (delitos permanentes y delitos de estado) o no (delitos instantáneos)¹⁵⁰:

- **Delitos instantáneos**

Se consuma en el instante en que se produce el resultado sin que este determine la creación de una situación antijurídica duradera¹⁵¹. Ejemplo de este es el Homicidio Art. 128 C.P.

La Violación en Menor o Incapaz es un delito instantáneo, porque se consuma solamente con la realización de la acción descrita “acceso carnal”.

- **Delitos permanentes**

Supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor, dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica¹⁵². Ejemplo, Detención por Particular, Art 152 CP.

¹⁵⁰ Mir Puig. óp. cit. p. 203. Esta distinción importa siempre que la ley asigna efectos al momento de la consumación del delito (prescripción, deslinde de complicidad y encubrimiento, actualidad de la legítima defensa, tiempo del delito). En particular por lo que se refiere a la prescripción, solo en el delito permanente empieza a correr el plazo al cesar el mantenimiento del estado antijurídico, a diferencia de los delitos de estado.

¹⁵¹ Daza, p. cit. p. 363. Son aquellos que se consuman en un solo acto, es decir, que la acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento. En ese sentido la vulneración jurídica realizada en el momento de consumación se extingue con esta. La acción coincide con la consumación.

¹⁵² Ibíd. p. 363. Por tanto un delito es permanente – continuo- cuando el sujeto activo realiza acciones activas u omisivas que hacen que los efectos antijurídicos se prolonguen el tiempo.

El ilícito penal de Violación en Menor o Incapaz no es un delito permanente, porque la realización de la conducta prohibida no puede realizarse por un tiempo prolongado, de modo que si se ejecuta de forma consecutiva, será Delito Continuado¹⁵³.

- **Delitos de estado**

Aunque crea también un estado antijurídico duradero, la consumación cesa desde la aparición de este, porque el tipo solo describe la producción del estado y no su mantenimiento¹⁵⁴. Ejemplo, Falsedad material Art. 283 CP.

El ilícito penal de Violación en Menor o Incapaz no es de estado por ser un delito instantáneo.

2.4.2.1.2 Delitos de acción y omisión

Delitos de acción

Describen modelos de comportamientos o conductas de carácter comisivo¹⁵⁵. Son aquellos en que la ley prohíbe la realización de una conducta que se estima nociva.

La Violación en Menor o Incapaz en el Art.159 CP, es de acción porque el legislador prohíbe la conducta “tuviera acceso carnal por vía vaginal o anal con...”.

¹⁵³ Arango Durling, Virginia. (2003), *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, 2ª Ed., Ediciones Panamá Viejo: Panamá, p. 55. Se da cuando se realizan varios actos cada uno de los cuales aisladamente, reúne todas las características de un delito consumado, o intentado, pero que se califican globalmente como si constituyen un solo delito.

¹⁵⁴ Daza, óp. cit., p. 363. Son aquellos que provocan la aparición de una situación antijurídica de cierta duración, sin requerir su mantenimiento para la consumación del mismo, puesto que aquel se configura con la mera aparición de dicho estado.

¹⁵⁵ Velásquez V., óp. cit., p. 291.

Delitos de omisión

Son aquellos en que se ordena actuar en determinado sentido que se reputa beneficioso y se castiga el no hacerlo.

En ambos casos concurre una conducta positiva: en el delito de omisión la conducta que se realiza en lugar de la ordenada¹⁵⁶.

Hay dos tipos de delitos de omisión:

Omisión pura o propia

En ellos se describe solo un no hacer, con independencia si del mismo se sigue o no un resultado y están vertidas de manera expresa en la ley¹⁵⁷.

Ejemplo Omisión del Deber de Socorro Art. 175 CP¹⁵⁸.

- **Omisión impropia o de comisión por omisión**

Son los delitos en los que se ordena evitar un determinado resultado. No basta entonces el no hacer, si no es posible la producción del resultado típico: son delitos de resultado. No aparecen de manera explícita en el texto legal, aunque se deducen de los tipos comisivos¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Mir Puig, óp. cit., pag. 203. Como se ve, la diferencia entre delitos de acción y omisión no reside, en el plano del comportamiento sino en el normativo de la clase y contenido de la norma jurídica infringida: si es prohibitiva de una conducta nociva origina un delito de acción y si es preceptiva de una conducta beneficiosa uno de omisión.

¹⁵⁷ Zaffaroni. óp. cit. p. 443. Se trata de tipos en los que cualquiera que se encuentre en una situación típica puede ser autor, pues la obligación de actuar en esa situación deviene de la mera condición de habitante y no por particulares relaciones jurídicas.

¹⁵⁸ Código Penal 1998, Omisión del Deber de Socorro Art. 175.- El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de tercero, será sancionado con multa de cincuenta a cien días multa. En la misma pena incurrirá quien impedido de prestar socorro, no solicitare con urgencia auxilio ajeno. Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a un año y multa de cincuenta a cien días multa.

¹⁵⁹ Zaffaroni, óp. cit., p. 443. Denominados por la doctrina así a los que tienen una estructura que corresponde con otra activa con la que se equiparan, es decir que la estructura omisiva se equipara a una activa, se requiere que el bien jurídico se afecte de la misma forma que en el caso de la estructura activa.

Ejemplo El Homicidio Art. 128 CP. La acción consiste en matar a otra persona y es posible la comisión por omisión, siempre que el sujeto activo tenga una posición de garante¹⁶⁰.

El ilícito de Violación en Menor o Incapaz puede darse por ejemplo cuando la madre de un menor de quince años o un incapaz teniendo el deber legal de velar por ellos no impida que se realice la conducta prohibida.

2.4.2.1.3 Delitos de Medios Determinados y Resultativos

Delitos de Medios Determinados

La descripción legal acota expresamente las modalidades que pueden revestir la manifestación de voluntad. La adecuación de la conducta a un tipo penal depende de que el autor emplee ciertos medios o instrumentos para la comisión del hecho¹⁶¹. Ejemplo: Homicidio Agravado Art. 129 CP.

Delitos Resultativos

Basta cualquier conducta que cause un resultado típico sin limitación de las modalidades de acción. Ejemplo: El delito de Lesiones Art. 142 CP. La acción puede llevarse a cabo, como se dice expresamente, por cualquier medio¹⁶².

En la clasificación de Medios Determinados y Resultativos, el delito de Violación en Menor o Incapaz del Art. 159 CP. Es mixto: El inciso primero es indeterminado o resultativo porque no exige ninguna modalidad para realizar

¹⁶⁰ Muñoz Conde, óp. cit., p. 38. La posición de garante—respecto a la muerte del sujeto pasivo—, fundada en un deber legal o contractual, o en la creación de un riesgo para la vida mediante una acción u omisión precedente, que son las fuentes de la posición de garante, es decir, del deber de evitar el resultado que reconoce la ley o el contrato (asunción de deberes) determinan en cada caso quien es la persona jurídicamente obligada a actuar para impedir la muerte a alguien.

¹⁶¹ Mir Puig, óp. cit., p. 204.

¹⁶² Muñoz Conde, Parte Especial, óp. cit., p. 111. Tanto por acción en sentido estricto, como en los casos en que haya posición de garante, en comisión por omisión.

la conducta. El Inciso segundo es Determinado, de modo que, establece: “*Quién mediante engaño...*”.

2.4.2.1.4 Delitos de un acto, pluralidad de actos y alternativos

Según que el tipo describa una sola acción, varias a realizar, o varias alternativas, concurrirá en un delito de acto, de pluralidad de actos o alternativos, respectivamente¹⁶³.

La Violación en Menor o Incapaz se considera como delito de un acto porque el tipo penal solo describe una acción –acceso carnal–.

2.4.3 DE ACUERDO A SU FORMULACIÓN LEGAL

2.4.3.1 Tipos abiertos y tipos cerrados

Tipos abiertos

Son los tipos que necesitan una norma de cuidado que los complemente o cierre, según Velásquez Velásquez:¹⁶⁴ se refieren a los que han sido redactados acudiendo a pautas generales, sin precisar las circunstancias de la conducta ni indicar la modalidad del comportamiento que ha de producir el resultado¹⁶⁵.

¹⁶³ Mir Puig, óp. cit., p. 205. Ejemplos: Delitos de un acto, el Hurto Art. 207; Delitos de pluralidad de actos, La Agresión Sexual Art. 160 (requiere atentar contra la Libertad Sexual de una persona mediante fuerza o intimidación); Delito alternativo, Allanamiento de Morada Art. 188 (prevé dos modalidades posibles, la entrada en morada ajena o el mantenerse en ella contra la voluntad del morador).

¹⁶⁴ Velásquez V., óp. cit., p. 292. Por ejemplo en los delitos culposos en los que debe individualizarse previamente el deber de cuidado.

¹⁶⁵ Daza, óp. cit., p. 370. También llamados indeterminados, por no aplicarse en ellos el principio de taxatividad. En estos delitos el juzgador debe remitirse a reglas generales, propias de la actividad en la que se desarrolló el hecho que provocó el resultado típico, así como recurrir a un médico, electricista, comerciante, entre otros.

Tipos Cerrados

Cuando los supuestos de hecho determinan con precisión las diversas circunstancias típicas, es decir que las conductas mandadas o prohibidas se desprenden con toda claridad de la ley¹⁶⁶; por eso se les puede llamar también cerrados¹⁶⁷.

2.4.3.2 Tipos Independientes y subordinados o complementarios

Según Zaffaroni: Estos, según que el concepto se agote en el tipo o deba acudir a otro.

2.4.3.3 Tipos de formulación libre o casuística

Según el grado o intensidad individualizadora¹⁶⁸.

El delito de Violación en Menor o Incapaz es un tipo cerrado, contiene en su descripción la totalidad de las condiciones requeridas y las circunstancias típicas de prohibición, para la consumación de la conducta ilícita, describiendo con precisión el comportamiento, no siendo necesario acudir a otras normas ni reglas extra penales. Es cerrado porque el supuesto de hecho y consecuencia jurídica se encuentran específicamente reguladas en el Art.159 CP.

¹⁶⁶ *Ibíd.* p. 369. Los tipos cerrados o determinados son aquellos que en su redacción se encuentran la totalidad de las condiciones exigidas para que se efectúe el delito, las conductas se describen taxativamente, por tanto, no es necesario acudir a otras normas ni reglas extra penales para precisar circunstancias de la conducta típica.

¹⁶⁷ Velásquez, *óp. cit.*, p. 292. Ejemplo: Revelación del Secreto Profesional Art. 187 CP.

¹⁶⁸ Zaffaroni, *óp. cit.*, p. 363.

2.4.4 POR LA RELACION DE LA PARTE SUBJETIVA CON LA OBJETIVA

2.4.4.1 Tipos congruentes e incongruentes

Tipos congruentes

Si la parte subjetiva de la acción corresponde con la parte objetiva, concurre un tipo congruente. Es el caso normal de los delitos dolosos, en los que la voluntad alcanza la realización objetiva del tipo.

En la Violación en Menor o Incapaz descrita en el Art. 159 CP, el autor conoce que está accedando carnalmente a un menor o un incapaz y quiere realizar los elementos objetivos del tipo; esta parte subjetiva se encuentra en relación además con el inc. 2 del mismo artículo cuando por medio de engaño coloca a la víctima en estado de inconciencia o la incapacita para resistir aprovechándose de esto realiza la conducta prohibida.

Tipos incongruentes

Cuando la parte subjetiva de la acción no se corresponde con la objetiva nos hayamos en presencia de un tipo incongruente. Ello puede suceder en dos sentidos opuestos: por exceso subjetivo y por exceso objetivo¹⁶⁹.

- **Por exceso subjetivo**

Los tipos portadores de elementos subjetivos pueden ser:

¹⁶⁹ Mir Puig, óp. cit., p. 205-206. Por exceso subjetivo, los tipos pueden ser portadores de elementos subjetivos (distintos del dolo) o constituir una forma de imperfecta ejecución. Y suponen un exceso objetivo los tipos imprudentes (o culposos). En ellos se producen un resultado no querido por el autor por falta de cuidado.

Mutilados de dos actos

Se distinguen según que la intención del autor al ejecutar la acción típica debe dirigirse a realizar otra actividad posterior del mismo sujeto¹⁷⁰.

Resultado cortado

La intención del autor al ejecutar la acción va dirigida a un resultado independiente del delito, las consecuencias serán posteriores.

Tendencia interna intensificada

No suponen que el autor busque algo que está más allá de la acción típica, sino que realiza ésta confiriéndole un sentido subjetivo específico¹⁷¹.

Tipos de imperfecta realización

El autor persigue la consumación de delito y sin embargo no lo consigue, logrando solo realizar determinados actos preparatorios que la ley castiga, bien llegando a efectuar todos o parte de los actos de ejecución sin que el delito se produzca –tentativa- siempre que la falta de consumación no se deba a desistimiento voluntario del autor ni se trate de faltas contra las personas o el patrimonio¹⁷².

¹⁷⁰ *Ibíd.* p. 205, Ejemplo: falsificación, tenencia o alteración de moneda Art. 279 CP constituyen un delito de dos actos, porque el sujeto que falsifica moneda lo hace con la intención de ponerla en circulación y obtener lucro.

¹⁷¹ Daza. *óp. cit.*, p. 373. Como en la Injuria Art. 179, porque con la ofensa se pretende perjudicar el honor y la dignidad de la persona que la recibe.

¹⁷² *Ibíd.* p. 374. Son tipos incongruentes por exceso subjetivo porque el autor quería llegar más lejos (la consumación) de lo que ha conseguido objetivamente.

- **Por Exceso Objetivo**

Tipos Imprudentes o Culposos

En ellos se produce un resultado no querido por el autor por falta de cuidado.

La Violación en Menor o Incapaz disciplinada en el Art. 159 CP., no puede adecuarse a los tipos incongruentes por exceso objetivo; sólo puede realizarse por exceso subjetivo, en el caso de los tipos de imperfecta realización o delito tentado en relación al Art. 24 CP. En cuanto a la tentativa¹⁷³, estamos en presencia de esta cuando los hechos vinculados con el forzamiento, intimidación o el convencimiento se impiden por medios ajenos a su voluntad, no obstante el sujeto manifestó su propósito de acceder carnalmente a un menor o un incapaz.

2.4.5 SEGÚN LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN

2.4.5.1 Se dividen en: Tipos monosubjetivos y plurisubjetivos

Tipos Monosubjetivos

De acuerdo a Velásquez V. (2004): Hace referencia a aquellos que describe la conducta realizada por un sujeto. (292). Ejemplo: Estupro Art. 163 CP.

El delito de Violación en Menor o Incapaz es un tipo mono-subjetivo porque la conducta descrita en la norma puede ser realizado por una persona.

¹⁷³ Nuñez, óp. cit., p. 270. La tentativa existe desde que el autor, con el fin de cometer el delito, comienza a ejecutar su propósito delictivo, y puede prolongarse mientras el delito no se haya consumado.

Tipos Plurisubjetivos

Exigen la presencia de por lo menos dos autores para realizar la conducta descrita en la ley.

Este se subclasifica en tipos de convergencia y de encuentro¹⁷⁴.

- **De convergencia:**

También llamado de conducta unilateral, cuando concurren varios sujetos activos de manera uniforme para conseguir un mismo objeto, por ejemplo Conspiración¹⁷⁵ Art. 23 inc. 2 CP., Rebelión¹⁷⁶ Art. 340 CP, y Sedición¹⁷⁷ Art. 341 CP.

- **De encuentro:**

O de conducta bilateral, en la que también concurren varias personas pero de manera autónoma, por ejemplo en el Cohecho Art. 330, 331 CP¹⁷⁸ concurre la persona que da la dádiva y el servidor público que la recibe; la

¹⁷⁴ Mir Puig., óp. cit., p. 206.

¹⁷⁵ Castro Olaechea, Nelly Aurora., (2011). *Ensayo sobre la Conspiración en el Código Penal Peruano*, Lima, p. 3. La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.

¹⁷⁶ Quintero Olivares, Gonzalo., (2002), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 3ª Edición, Editorial Aranzadi: Navarra. p. 1933. El delito de Rebelión ha sido definido habitualmente como delito plurisubjetivo de convergencia, puesto que requiere la unión de voluntades para la consecución de un propósito común.

¹⁷⁷ *Ibíd.* p. 2121. El delito de Sedición se configura como infracción plurisubjetiva de convergencia, presidida por las notas de alzamiento colectivo y tumultuario. Por alzamiento cabe entender todo levantamiento, sublevación o insurrección dirigido a la consecución de los mencionados fines. Alzamiento que exige el precepto sea público y tumultuario. Por publico, ha de entenderse aquel que sea abierto, exteriorizado, anárquico, inorgánico y desordenado o en tropel. Tumulto equivale a alboroto producido por una muchedumbre.

¹⁷⁸ Código Penal 1998. Cohecho Propio Art. 330 e Impropio 331 - El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que por sí o por persona interpuesta, solicitare o recibiere una dádiva..."

conducta del particular es castigada en el art. 335 CP¹⁷⁹. El Aborto Consentido Art. 133 CP. Son casos donde participan dos o más personas.

El delito de Violación en Menor o Incapaz no es un tipo pluri-subjetivo: porque en su descripción no exige la participación de dos o más autores para realizar la acción –ya sea de convergencia: conducta unilateral o de encuentro: conducta bilateral-.

2.4.5.2 Delitos comunes y delitos especiales

Delitos comunes

La ley no limita normalmente el ámbito de posibles sujetos activos, sino que hace referencia a todo el que ejecute la acción típica. Por regla general las prohibiciones jurídico penales se dirigen indistintamente a todos los ciudadanos, sin ninguna diferencia, como se desprende por la locución utilizada por ley “el que” aunque algunas veces se emplean otras como “quien”¹⁸⁰. Ejemplo Inducción o Ayuda al Suicidio Art. 131 CP¹⁸¹.

El ilícito penal Violación en Menor o Incapaz, sancionado en el Art. 159 CP, “*El que tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con menor...*”, es un tipo común, también denominado indeterminado, porque no describe de una forma precisa quien realiza la acción, de modo que no exige ninguna condición especial para ejecutarla.

Delitos especiales

Estos delitos no pueden ser realizados por cualquiera, solo pueden ser sujetos quienes posean ciertas condiciones o cualidades especiales que

¹⁷⁹ Ibíd. Cohecho Activo Art. 335.- El que por sí o por interpuesta persona, prometiére, ofreciere o entregare a un funcionario o empleado público una dádiva o cualquiera otra ventaja indebida...”

¹⁸⁰ Velásquez V., óp. cit., p. 263.

¹⁸¹ Código Penal 1998. Inducción o Ayuda al Suicidio art. 131.- “El que” indujere a otro al suicidio o le prestare ayuda para cometerlo, si ocurriere la muerte, será sancionado con prisión de dos a cinco años.

requiere la ley. Pues existen ciertos supuestos de hecho que solo encajan aquellos comportamientos realizados por personas investidas de un deber especial o una cualidad¹⁸².

Los delitos especiales según Mir Puig se dividen en:

- **Delitos especiales propios:** los que describen una conducta que solo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos, de modo que los demás que la ejecuten no pueden ser autores ni de este ni de ningún otro delito común que castigue para ellos la misma conducta¹⁸³.
- **Delitos especiales impropios:** guardan, en cambio, correspondencia con un delito común, del que puede ser autor el sujeto no cualificado que realiza la acción¹⁸⁴.

El precepto legal de Violación en Menor o Incapaz no exige que el sujeto activo cuente con una condición o cualidad, por lo tanto no podría ubicarse en los tipos especiales.

2.4.6 POR LA RELACIÓN ENTRE SUJETO PASIVO Y ACTIVO

2.4.6.1 Delitos de Participación Necesaria

Participación necesaria

Según Daza: No se refieren a las reglas de participación, si no que plantean el tratamiento jurídico penal que corresponde al sujeto pasivo,

¹⁸² Velásquez V., óp. cit., p. 263.

¹⁸³ Ejemplo: el delito de Prevaricato Art. 310 C.P. La sentencia injusta dictada por quien carece de la condición de juez es impune en cuanto tal.

¹⁸⁴ Ejemplo: el delito de Malversación de fondos públicos por parte de autoridad o funcionario público, Art. 332 C.P. el que realice la sustracción sin ser autoridad o funcionario competente cometerá el delito de Hurto.

cuando interviene en la realización de la acción, pero permaneciendo impune por ser el titular del bien jurídico adscrito al tipo¹⁸⁵.

En el delito de Violación en Menor o Incapaz Art. 159 CP., donde es necesaria la intervención del menor, a quien se accesa carnalmente, aunque este manifieste su consentimiento, permanecerá impune su participación, por ser precisamente el objeto de protección de la norma y a quien se le violenta el bien jurídico tutelado.

2.4.7 POR LA CUALIFICACIÓN DEL SUJETO PASIVO

2.4.7.1 Tipos Lesivos Generales y Lesivos Cualificados

Lesivos generales

Son los que pueden ser concretados en cualquier persona, la norma no exige que el sujeto pasivo ostente características especiales para que se consume el delito, así por ejemplo, en la Falsedad Ideológica regulada en el artículo 284 CP., los sujetos pasivos son dos el primero de ellos es la comunidad y el segundo es el particular sobre el cual opera la intención de perjuicio, no exigiéndose cualidades especiales a dichos sujetos¹⁸⁶.

Lesivos cualificados

Se configuran únicamente con sujetos pasivos de los que se exigen determinadas características, por ejemplo, el delito de Estupro artículo 163 CP., es un tipo cualificado porque el sujeto pasivo necesariamente debe ser mayor de quince y menor de dieciocho años de edad¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Daza, óp. cit. p. 379.

¹⁸⁶ Ibíd. p. 379.

¹⁸⁷ Ibíd. p. 379

En la Violación en Menor o Incapaz el sujeto pasivo es un tipo lesivo cualificado de modo que la conducta prohibida solamente puede ser realizada en sujetos que poseen condiciones o cualidades especiales según lo describe la ley. Art. 159 CP: “...con menor de 15 años de edad¹⁸⁸, o con otra persona aprovechándose de su enajenación mental¹⁸⁹, estado de inconciencia¹⁹⁰ o de su incapacidad de resistir...”

2.4.8 ESFERA DE SUJETOS IDÓNEOS

2.4.8.1 Delitos de Propia Mano

Con base a lo que expresa Mir Puig: Exigen contacto corporal o la realización personal del tipo. En ambos casos se cierra el paso a la posibilidad de comisión del delito utilizando a otro como instrumento.

El delito de Violación en Menor o Incapaz según la doctrina se continua considerando como delito de propia mano, solo puede ser autor el que realiza la acción corporal descrita en el tipo penal, es decir, la persona que tiene el acceso carnal.

2.4.9 SEGÚN LA FORMA DE INTERVENCIÓN DEL SUJETO

2.4.9.1 Tipo de Autoría o Participación

Tipos de autoría

Requiere la realización de un delito ya sea consumado o no, directamente o de otra persona que actúa como mero instrumentos en el caso de la autoría

¹⁸⁸ Ort. Berenger, óp. cit., p. 117. Contiene una presunción no superable de que, por debajo de esa edad, el menor no puede consentir válidamente. Que consienta o no es irrelevante, el delito se ha verificado.

¹⁸⁹ Ibíd. p. 109. Abusar de la enajenación es usar mal, aprovecharse de que alguien sufre una enfermedad que la incapacita para captar el significado y los alcances de índole sexual que con él se ejecuta.

¹⁹⁰ Sproviero, óp. cit., p. 138. Falta de total aptitud para comprender las consecuencias del acto que le tiene por sujeto pasivo, no puede hablarse de voluntad, pues su falta de existencia impide consecuentemente su exteriorización.

mediata¹⁹¹, por si solo o junto a otras personas denominado como coautoría^{192, 193}.

Tipos de participación

Suponen la inducción de o la cooperación con el autor de un delito consumado o no.

El tipo en consideración no excluye ésta clasificación, solo puede ser ejecutado por una persona, no obstante, no impide que para lograr su finalidad, el autor se auxilie de la ayuda prestada por otros sujetos, es decir, esta puede quedar en grados de participación¹⁹⁴.

2.4.10 SEGÚN LA RELACIÓN CON EL BIEN JURÍDICO

2.4.10.1 Delitos de lesión y de peligro

Delito de lesión

Según Mir Puig. Es cuando el tipo requiere la lesión al bien jurídico protegido. Ejemplo Homicidio Art. 129 CP.

La Violación en Menor o Incapaz Art 159 CP., es un tipo de lesión porque se daña el bien jurídico “Libertad Sexual”.

¹⁹¹ Mir Puig. óp. cit., p. 373. Es autor mediato quien realiza el hecho utilizando a otro como instrumento lo decisivo es aquí la relación existente entre el autor mediato y la persona de que se sirve: la relación ha de ser tal que invierta los papeles que normalmente corresponden al realizador material y a la persona de atrás.

¹⁹² Ibíd. p. 386. Son Coautores los que realizan conjuntamente y de mutuo acuerdo un hecho. Los coautores son autores porque cometen el delito entre todos.

¹⁹³ Ibíd. p. 207

¹⁹⁴ Ibíd. p. 393. Participación es intervención en un hecho ajeno. El partícipe se haya en una posición secundaria respecto del autor. El hecho principalmente pertenece al autor, no al partícipe. Este no realiza el tipo principal, sino un tipo dependiente de aquel.

Delito de peligro

De acuerdo a Velásquez V. Solo es necesario la puesta en peligro de un bien jurídico, se describen conductas que apenas alcanzan a potenciar una lesión para el objeto de la acción¹⁹⁵.

Los delitos de peligro se subdividen en:

- **Delitos de peligro concreto o efectivo:**

El tipo requiere como resultado de la acción la proximidad de una concreta lesión, requiere la creación de una efectiva situación de peligro. Por ejemplo el Incendio Art. 265 CP¹⁹⁶.

- **Delitos de peligro abstracto o presunto:**

No se requiere de ningún peligro efectivo, no se exige que haya un resultado de proximidad de la lesión a un bien jurídico concreto, en el sentido que la razón de su castigo es que normalmente suponen un peligro. Por ejemplo Allanamiento de Morada Art. 188¹⁹⁷.

En los delitos de peligro concreto el tipo requiere como resultado de la acción la posibilidad de una concreta lesión, mientras que en los delitos de peligro abstracto no se exige tal resultado de posibilidad de la lesión de un concreto

¹⁹⁵ Velásquez V., óp. cit., p. 294.

¹⁹⁶ Código Penal 1998, Capítulo Único: *De los Delitos de Peligro Común* Incendio Art. 265.- El que mediante incendio creare un peligro común EFFECTIVO para las personas o los bienes, será sancionado con prisión de tres a seis años.

¹⁹⁷ *Ibíd.*, Allanamiento de Morada Art. 188.- El particular que, sin habitar en ella, se introdujere en morada ajena o en sus dependencias, sin el consentimiento de quien la habitare, de manera clandestina o con engaño o permaneciere en la misma contra la voluntad del morador, pese a la intimación para que la abandonare, será sancionado con prisión de dos a cuatro años y multa de treinta a cincuenta días multa. Si el ingreso o permanencia se hiciere concurriendo una o más de las siguientes circunstancias: con violencia en las personas, aprovechando la nocturnidad, portando armas de cualquier tipo, simulando ser agente de autoridad o por dos o más personas, la sanción será de tres a seis años de prisión y multa de cincuenta a cien días multa.

bien jurídico, sino que basta la peligrosidad de la conducta, peligrosidad que se supone inherente a la acción salvo que se pruebe que en el caso concreto quedo excluida de ante mano. Los delitos de peligro concreto son delitos de resultado; mientras que los delitos de peligro abstracto son de mera actividad¹⁹⁸.

El ilícito de Violación en Menor o incapaz no se adecúa a ésta clasificación porque es un delito de lesión al bien jurídico protegido.

2.4.11 SEGÚN EL NÚMERO DE BIENES JURIDICOS AFECTADOS

2.4.11.1 Se dividen en: Monoofensivos y Pluriofensivos

Monoofensivos

El legislador por medio de ellos ampara un solo bien jurídico¹⁹⁹; Ejemplo El Homicidio Art. 128 CP²⁰⁰ delito relativo a la Vida y, el Hurto Art. 207 CP²⁰¹ en relación al Patrimonio.

Pluriofensivos

Se amparan al mismo tiempo varios bienes jurídicos²⁰². Como sucede por ejemplo el Incendio Art. 265 CP. Que afecta tanto la Seguridad Colectiva como el Patrimonio.

En el precepto legal Violación en Menor e Incapaz regulado en el Art.159 CP. Se tutela la Libertad Sexual tanto de la mujer como del hombre; es un delito

¹⁹⁸ *Ibíd.* p. 210. Ambos son verdaderos delitos de peligros porque exigen que no se excluya previamente todo peligro.

¹⁹⁹ Velásquez V., *óp. cit.*, p. 293

²⁰⁰ Código Penal 1998. Homicidio Simple Art. 128.- El que matare a otro será sancionado con prisión de diez a veinte años.

²⁰¹ *Ibíd.* Hurto Art. 207.- El que con ánimo de lucro para sí o para un tercero, se apoderare de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, sustrayéndola de quien la tuviere en su poder, será sancionado con prisión de dos a cinco años, si el valor de la cosa hurtada fuere mayor de doscientos colones.

²⁰² Velásquez, V., *óp. cit.* p. 294.

pluriofensivo porque junto a este concurren otros, en caso de los menores de 15 años no gozan de libertad sexual –tienen una libertad sexual en potencia– que por medio de la Indemnidad e Intangibilidad, se garantiza su protección para el futuro, su equilibrio psíquico y el correcto desarrollo de su personalidad. Así mismo en los incapaces que no tienen conocimiento pleno de sus actos.

2.5 ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ

El tipo penal²⁰³ es la descripción de la conducta prohibida. Los elementos típicos conforman su estructura y contribuyen a concretar técnicamente su función de garantía.

La estructura de toda norma jurídico penal se haya constituida por dos elementos: un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica²⁰⁴; y tiene la forma de una proposición en la que el supuesto va enlazado a la sanción. A diferencia de otras reglas jurídicas, el supuesto de hecho de la norma penal aparece integrado por un tipo a veces denominado impropriamente “hecho punible”, “conducta punible” o “delito”; entretanto, la consecuencia jurídica está conformada por una pena o por una medida de seguridad²⁰⁵.

Los elementos del tipo se clasifican en: Elementos Objetivos y Elementos Subjetivos. Su finalidad es definir el ámbito situacional punible.

2.5.1 ELEMENTOS OBJETIVOS

Pueden clasificarse, a su vez, en elementos descriptivos objetivos esenciales y no esenciales, y elementos normativos o valorativos.

²⁰³ Jescheck, óp. cit., p. 333. El tipo: materia de prohibición de las disposiciones jurídico penales, descripción objetiva del comportamiento prohibido.

²⁰⁴ Mir Puig, óp. cit., p. 31

²⁰⁵ Velásquez V., óp. cit., p. 107

2.5.1.1 ELEMENTOS OBJETIVOS ESENCIALES

Son elementos descriptivos los que pueden ser aprehendidos o comprendidos sólo con su percepción sensorial. Entre ellos Acción, Sujetos, Bien Jurídico, Nexos de Causalidad y Resultado los cuales se analizarán a continuación.

2.5.1.1.1 ACCIÓN

Presupuesto común de todas las formas de aparición del delito²⁰⁶ (dolosas o culposas, de comisión o de omisión).

Según Velásquez V. Acción es “ejercicio de actividad final” humana, y no solo causal²⁰⁷. La finalidad o el carácter final se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever dentro de ciertos límites las consecuencias posibles de su obrar, ponerse -por tanto- fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de esos cometidos²⁰⁸.

- La dirección final de una acción se lleva a cabo en dos etapas²⁰⁹:

²⁰⁶ Mir Puig. óp. cit., p. 166. Todo delito requiere el comportamiento de un hombre, por lo que el sujeto de la acción y, por tanto, del delito solo podría serlo el hombre individual.

²⁰⁷ Zaffaroni. óp. cit., p. 307. No todo hecho que causa un resultado es una conducta humana, aunque sea una persona la que origine la causalidad que desemboca en ese resultado. Hay hechos naturales, como la caída de un rayo; hay otros humanos, pero entre los hechos humanos solo los voluntarios son conductas. Por ende, conducta es, en su definición más sintética, un hecho humano voluntario. Son hechos humanos no voluntarios los movimientos reflejos con los que apartamos la mano de algo que nos quema, la respiración o toda la fisiología que no controlamos, aunque desencadenen causalidades que produzcan muertes, lesiones, daños en propiedad ajena, etc.

²⁰⁸ Velásquez V. óp. cit., p. 237.

²⁰⁹ Terán Lomas, Roberto A. M. (1980), *Derecho Penal Parte General*, Tomo II, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma: Buenos Aires, p. 108. Faz Interna. Comienza con el nacimiento de la idea, su concepción e ideación, y se extiende a través de la deliberación hasta la resolución. Faz Externa. Está constituida por la preparación, que como regla general no atrapa el Derecho Penal; la ejecución, cuyo comienzo significa el punto de partida de la punibilidad del hecho; la consumación, que consiste en la producción del resultado; el agotamiento, cuando el autor ha satisfecho la finalidad que perseguía con su acción delictiva.

Fase Interna o esfera del pensamiento:

1. Proposición de un fin: El cual comprende la anticipación del fin que el autor quiere realizar.
2. Selección de Medios: sería el proceso mental denominado “de retroceso”, de modo que se seleccionan los medios para el logro del fin ya propuesto.
3. Valoración de los Efectos Concomitantes: proceso mental hacia delante, desde los medios elegidos se avanza hasta los efectos.

Fase Externa o Esfera del Mundo Real:

El autor lleva a cabo su plan en la vida fenoménica, lo que se supone un proceso causal en la realidad, dominado por la determinación de la esfera del pensamiento.

En la esfera interna aparece la finalidad, y en la externa la causalidad²¹⁰.

En el ilícito de Violación en Menor o Incapaz previsto y sancionado en el Art. 159 del Código Penal, los actos deben estar dirigidos en función del plan propuesto. –Tener acceso carnal por vía vaginal o anal con menor de quince años de edad o con otra persona aprovechándose de su enajenación mental, estado de inconsciencia o incapacidad de resistir-. O que mediante engaño

²¹⁰ *Ibíd.* p. 238. De esta manera, cuando una persona decide matar a otra (proposición del fin) utilizando una carga de Dinamita (selección de los medios), y a pesar de prever que puede destruir la propiedad ajena y darle muerte a algunos transeúntes desprevenidos (efectos concomitantes), lleva a cabo su propósito y logra la muerte de aquel conforme al plan trazado (esfera del mundo real); se está en presencia de una acción final de darle muerte a otro. Con esta formulación finalista acaba la escisión entre la voluntad y el contenido de la voluntad, propia de la concepción causalista, lo que determina la diversa ubicación de los componentes de cada uno de los elementos del hecho punible y de esta forma se ponen fin al sistema objetivo-subjetivo que, por aquellos días predominan en el ámbito jurídico. Esta noción, según los finalistas, permite explicar no sólo los hechos comisivos, sino además los omisivos, sean dolosos o culposos, pues tan ontológica es una forma de conducta como la otra; ahora bien, en la omisión la causalidad y la finalidad no son actuales, sino potenciales, pues ella es lo inverso de la acción, y todos los problemas dogmáticos que plantea deben resolverse en forma inversa.

coloque en estado de inconciencia a la víctima o la incapacite para resistir y realice la conducta prohibida.

Para Gonzalo Quintero Olivares El acceso carnal se refiere, indistintamente, al coito vaginal o anal sea heterosexual u homosexual, y con independencia del rol que asuman agresor y víctima, exigiéndose en todo caso la presencia del órgano sexual masculino (con exclusión, por tanto de las relaciones lésbicas)²¹¹.

El principal elemento “Acción” es el ACCESO CARNAL que se realiza sobre menor de quince años²¹² o un incapaz²¹³, aunque estos manifiesten o no su consentimiento, no están en condiciones de comprender el alcance de sus actos.

2.5.1.1.2 SUJETOS

El tipo penal supone la presencia de determinados sujetos que se encuentran en una relación recíproca: el sujeto activo (quién realiza el tipo) y es sujeto pasivo (el titular del bien jurídico-penal atacado por el sujeto activo)²¹⁴.

²¹¹ Olivares, óp. cit., p. 316. La necesidad de limitar la expresión acceso carnal al solo coito, y por tanto excluir otro tipo de accesos realizados por partes distintas del cuerpo humano (dedos, lengua) no deriva propiamente de la interpretación textual del término, aunque si puede convincentemente apoyarse en argumentos lógicos y sistemáticos de peso.

²¹² Sproviero, óp. cit., p. 134. El menor carece de capacidad jurídica para que pueda alegarse consentimiento por parte del agente. Aun cuando la evidencia de la violencia fuera acogida restrictivamente, haciendo jugar la posibilidad de un consentimiento posterior que purgaría los vicios de aquella violencia, la falta de capacidad tornaría sin significación el alegado consentimiento, aun cuando este fuera exteriorizado por el menor.

²¹³ Muñoz Conde, Penal Parte Especial, óp. cit., p. 202. Una importante diferencia con respecto a los menores se da en que aquí no hay muchos límites rígidos marcados por la edad, sino unas situaciones graduables, diferentes en cada caso y persona, que permiten una cierta matización. Desde luego, si la libertad sexual se caracteriza por la existencia de una cierta capacidad intelectual para comprender el alcance del acto sexual y la facultad volitiva necesaria para consentir en él, esta libertad puede existir en mayor o menor grado y ser objeto de discusión y prueba en un proceso penal por este delito.

²¹⁴ Mir Puig. óp. cit., p. 197. La conexión existente entre ellos como un conjunto de expectativas recíprocas: cada uno de ellos espera de los otros no sólo determinados comportamientos, sino también la existencia de expectativas frente a él. Así, el sujeto activo puede esperar que el Estado le persiga y castigue, el sujeto pasivo confía en que la punición del hecho haga desistir a los posibles delincuentes ejecutar el delito, y el Estado espera que la amenaza de la pena impida la actuación del sujeto activo.

SUJETO ACTIVO

También conocido como el sujeto agente, el actor o el autor, es la persona que lleva a cabo la conducta tipificada en la ley –solo pueden ser las personas naturales-. Las prohibiciones jurídico-penales se dirigen indistintamente a todos los ciudadanos²¹⁵ -mayores de 18 años²¹⁶ incluidos adultos mayores²¹⁷-, como se desprende de la locución utilizada por la ley: “el que²¹⁸”, aunque algunas veces se emplean otras como “quien”, o “el responsable”.

Hay supuestos de hecho en los que se exige la presencia de dos o más sujetos activos, como se desprende del uso de expresiones “los que²¹⁹”, “cuando varias personas”.

Tratándose de los delitos cometidos por una sola persona, también pueden participar o concurrir a la comisión del hecho punible varios agentes, aunque el tipo de la parte especial prevea solamente uno. Esto sucede en virtud de la norma de amplificación del tipo complementario o extensivo señalado en la

²¹⁵ Constitución de la República de El Salvador. Art. 71. Son ciudadanos todos los salvadoreños mayores de dieciocho años.

²¹⁶ Código Penal, 1998. Artículo 17.- La ley penal se le aplicara con igualdad a todas las personas que en el momento del hecho tuvieren más de dieciocho años. Los menores de esta edad estarán sujetos a un régimen especial.

²¹⁷ LEY DE ATENCIÓN INTEGRAL PARA LA PERSONA ADULTA MAYOR, D. L. N° 717, dado a los 23 días del mes de enero del año 2002. Art. 2. Para los efectos de la presente ley se considera persona adulta mayor a todo hombre o mujer que haya cumplido sesenta años de edad.

²¹⁸ Ruiz, Servio Tulio., (1983), *La Concepción del Delito en el Código Penal*, Editorial Temis: Bogotá, p. 104. En los tipos penales de la parte especial de los códigos, cuando se describe el sujeto activo del delito, la mayoría de las veces se habla de un sujeto pasivo singular utilizando la expresión “el que” (delito monosubjetivo).

²¹⁹ *Ibíd.* p. 104. En ocasiones, dicho agente o sujeto activo es requerido en el tipo penal en forma plural o colectiva (delito plurisubjetivo), en cuanto a que la conducta descrita solo pueden realizarla varios sujetos, quienes deben participar indispensablemente. El legislador por lo general utiliza la expresión “los que” para señalar que han de ser varias personas las que deben concurrir a la comisión del hecho delictuoso.

parte general del Código Penal²²⁰ y, por tanto, referido a todos los tipos de la parte especial²²¹.

Hay conductas típicas²²² que no pueden ser realizadas por cualquiera, sino por quienes reúnan ciertas calidades especiales²²³.

El precepto legal Violación en Menor o Incapaz, previsto y sancionado en el Art. 159 CP, “...*El que* *tuviere acceso carnal...*, “...*Quién* *mediante engaño coloque...*” la conducta descrita puede ser realizada por una persona, asimismo dicha prohibición se dirige a cualquier sujeto pudiendo ser hombre o mujer²²⁴, no necesita una cualidad especial para ejecutar la acción.

²²⁰ Código Penal 1998. Responsables Penalmente Art. 32. Incurrir en responsabilidad penal por el delito cometido, los autores, los instigadores y los cómplices.

²²¹ Ruiz, Servio., óp. cit. P. 104. Cuando concurren varios sujetos en el delito monosubjetivo o en plurisubjetivo, se habla de participación o concurso de personas en el hecho punible, pero en el primero esta participación es eventual y en el segundo es necesaria. Eventual porque, según el tipo penal, el hecho punible puede ser realizado por una o varias personas, siendo indispensable aquí partir del tipo básico y sumarle al tipo amplificador, para poder cargar a la cuenta el hecho delictuoso a los concurrentes o partícipes; y es necesario el otro, porque el tipo describe en su conducta y requiere en su estructura la presencia de varios sujetos en la realización del hecho, pues no podría ser cometido por un solo sujeto, ya que el tipo lo impide y, en este caso, para imputarles el delito a los agentes no es indispensable recurrir al tipo amplificador o complementario, como si sucede en los hechos punibles monosubjetivos.

²²² Zaffaroni, óp. cit., p. 335. Una conducta pasa a ser considerada como delito cuando una ley la criminaliza. Para eso las leyes se basan de fórmulas legales que señalan pragmas conflictivos (conductas, circunstancias, y resultados) que amenazan con una pena y se llaman tipos.

²²³ Velásquez V., óp. cit. p. 263 Como sucede en ciertos supuestos de hecho en los que solo encajan aquellos comportamientos realizados por personas investidas de un deber especial, como acontece, por ejemplo, con los que requieren la calidad de “servidor público”. En otras oportunidades, la calidad de autor dimana de una determinada relación interpersonal, es indispensable, a veces, poseer un determinado estado o situación jurídica.

²²⁴ Quintero Olivares. óp. cit., p. 315. Acceso carnal: la doctrina mayoritaria ha entendido que en tal precepto tenía cabida toda clase de coito con independencia de que el sujeto activo del delito fuera hombre o mujer, con la única excepción de las relaciones lésbicas. Pues en efecto, tanto accedía carnalmente –por vía vaginal o anal- la mujer que obligaba con violencia o intimidación al hombre al coito vaginal o anal, como el varón que verificaba dicha conducta sobre el sujeto pasivo mujer. En definitiva, la doctrina venía sosteniendo que el termino acceso implicaba conceptualmente la presencia del órgano sexual masculino, pero no necesariamente que dicho órgano fuera aportado por el sujeto activo del delito.

SUJETO PASIVO

Es el titular o portador del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito²²⁵. Además de la persona física normal, puede ser sujeto pasivo los inimputables, la sociedad, la persona jurídica y el Estado. Esto posee una trascendencia práctica: de quién sea el sujeto pasivo puede depender 1) la imputabilidad o no del autor, 2) la posibilidad de atenuar o agravar la pena y, 3) otros efectos legales.

En el tipo penal en mención la conducta prohibida se configura cuando se realiza en un sujeto pasivo –hombre o mujer- con determinadas condiciones o cualidades especiales según Art. 159 CP: *“...con menor de 15 años de edad, o con otra persona aprovechándose de su enajenación mental, estado de inconciencia o de su incapacidad de resistir...”*

2.5.1.1.3 BIEN JURÍDICO

La función de la norma penal es la protección de bienes jurídicos²²⁶, exigencia según la cual todo tipo penal contiene un determinado objeto de protección²²⁷ denominado “bien jurídico” o “bien jurídicamente tutelado”.

²²⁵ Mir Puig, óp. cit., p. 198. Algunas veces, el sujeto pasivo no coincide necesariamente con el sujeto sobre el que recae físicamente la acción, ni con el perjudicado. Deben distinguirse los conceptos pasivo y de personas sobre la que cae físicamente la acción típica. En los delitos contra las personas ambos sujetos coinciden, porque en ellos el titular del bien jurídico protegido es precisamente la persona sobre la que recae materialmente la acción típica. Pero ello no sucede en otros delitos, como el de estafa, en el cual el engaño típico puede recaer sobre una persona distinta de la que sufre el perjuicio patrimonial (sólo está constituido el sujeto pasivo, porque sólo está el titular del bien jurídico protegido). Sujeto pasivo y perjudicado tampoco coinciden. Este segundo concepto es más amplio, porque abarca no sólo al titular del interés lesionado de modo central (esencial) por el delito, sino a todos quienes soportan consecuencias perjudiciales más o menos directas. Así, en el homicidio la víctima es el sujeto pasivo, y sus familiares, los perjudicados.

²²⁶ Zaffaroni, óp. cit., p. 367. Aunque los bienes jurídicos están tutelados por otras ramas del derecho: la vida, el honor, la libertad, la salud, el estado, etc., son bienes jurídicos conforme al derecho constitucional, internacional, civil, administrativo, etc. La ley penal se limita a seleccionar algunas conductas que los lesiona y a tipificarlos.

²²⁷ Velásquez, óp. cit., p. 278. Así, por ejemplo, no es concebible tipo de homicidio sin la “vida” como interés protegido, o el hurto sin “el patrimonio económico”, o el de contaminación ambiental sin “el ambiente” etc.

Los bienes jurídicos son conceptos abstractos que en ningún caso puede ser confundido con el objeto sobre el que recae la acción del agente, cómo se verifica, en el hurto Art. 207 CP, en que el objeto es la “cosa mueble” y el bien jurídico consiste en “el patrimonio”.

En el delito de Violación en Menor o Incapaz Art. 159 CP regulado bajo el Título IV se tutela la Libertad Sexual²²⁸ de hombre y mujer que se entiende como aquella libertad que se refiere al ejercicio de la propia sexualidad y disposición del propio cuerpo. Los menores de quince años y los incapaces carecen de Libertad Sexual; por su condición no gozan de autonomía para determinar su comportamiento sexual por la situación de sus capacidades físicas o intelectuales.

Respecto de los menores de quince años²²⁹ que no poseen ninguna discapacidad mental ni física, para asegurar su libertad sexual en el futuro el bien jurídico que se tutela es *la intangibilidad o la indemnidad sexual*, la misma razón se considera en los casos de personas con enajenación mental²³⁰ con independencia si estos son menores o mayores de quince años, ya que la realización de dichos actos afecta su equilibrio psíquico y el correcto desarrollo de su personalidad.

²²⁸ Quintero Olivares, óp. cit., p. 309. La Libertad Sexual, como Bien Jurídico protegido, se nutre de dos aspectos, tradicionalmente señalados por la doctrina. Por un lado, un aspecto dinámico-positivo que se concreta en el libre ejercicio de la sexualidad sin más limitaciones que las que derivan –entre otras– del respeto hacia la libertad ajena. Por otro lado, una vertiente negativa –aspecto estático pasivo– concretada en el derecho a no verse involucrado, activa o pasivamente, en conductas de contenido sexual y, con mayor motivo, a repeler las agresiones sexuales de terceros.

²²⁹ Muñoz Conde, Parte Especial, óp. cit., p. 201. La referencia a la indemnidad sexual en pie de igualdad con la libertad sexual en el caso de los menores, el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida en que puede afectar a la evolución y desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o en su equilibrio psíquico en el futuro.

²³⁰ Ibíd. p. 203. No es la libertad sexual del enajenado mental o del privado de sentido el bien jurídico protegido, sino su falta de libertad sexual, es decir, la consideración que merece la persona que no está en condiciones de decidir libremente sobre su sexualidad con terceros. Y de nuevo surge ahí la idea de intangibilidad o indemnidad como criterio que da sentido a la prohibición penal en esos casos.

No obstante las personas mayores de quince años que se encuentren en estado de inconsciencia o incapacidad de resistir por alguna circunstancia ajena al autor, o que este les haya colocado mediante engaño en dicho estado, tienen libertad sexual, pero se encuentran imposibilitados de ejercerla.

2.5.1.1.4 NEXO DE CAUSALIDAD

Para poder atribuirle un resultado a una persona como producto de su acción, es necesario determinar si aquel aparece ligado a esta por una relación de causalidad, de tal manera que se pueda predicar la existencia de un vínculo de causalidad a efecto entre uno y otro; y que el resultado se le pueda atribuir, o imputar al actuar del agente²³¹.

Ahora bien, pese a las discusiones que la causalidad ha generado en ciencia contemporánea, esta exigencia sigue siendo trascendental en el estado actual del conocimiento humano, como, incluso, lo reconoce el mismo legislador²³²: “La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”.

Un sector doctrinal entiende que los juicios normativos de desvalor de acción y de desvalor de resultado tienen como referentes los conceptos naturales de acción y de resultado²³³.

²³¹ Velásquez, V., óp. cit., p. 268. Ello es de vital importancia para el derecho penal, pues se discuten ante los tribunales diversos casos en los cuales los que el administrador de justicia debe acreditar, valiéndose de los medios probatorios ordinarios, si este elemento se configura o no, cosa poco sencilla si se tiene en cuenta que el problema planteado por este elemento de las figuras típicas en muy discutido tanto por la filosofía como por la ciencias naturales.

²³² *Ibíd.*, p. 268. Cuando redacta las diversas descripciones típicas, incluye tal elemento valiéndose de inflexiones verbales como “mataré” “cause” “causare” “ocasioné” etc. De ello se deduce, entonces, qué cuándo el jurista emite un juicio de tipicidad, debe precisar si la acción causante del resultado le es atribuible a la gente.

²³³ Alcalá, Sánchez M., (2002), *Los Delitos de Mera Actividad*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, Universidad de Cádiz, p. 21.

En este sentido, se afirma que, si no existe un resultado natural, no habrá desvalor de resultado y por tanto los delitos de mera actividad²³⁴ al ser calificados como delitos sin resultado natural carecerían de desvalor de resultado, lo que daría lugar a tipos penales sostenidos en el mero desvalor de acción o, como afirma Huerta Tocildo²³⁵, siguiendo a Maurach, tendrían un desvalor de resultado neutro²³⁶.

La relación de causalidad se encuentra en los delitos de resultado, por tanto, la Violación en Menor o Incapaz por ser de mera actividad²³⁷ no cuenta con un nexo causal, de modo que, con la realización de la acción –Acceso carnal por vía vaginal o anal- se lesiona el bien jurídico tutelado y se da por consumado el ilícito –pasando el portal hímenal o los esfínteres anales- .

2.5.1.1.5 EL RESULTADO

Se entiende por resultado el efecto y la consecuencia de la acción que se manifiestan en el mundo exterior, y que inciden tanto en el plano físico como en el psíquico. No todas las consecuencias producidas por la acción son tenidas en cuenta por el codificador, que se limita a valorar negativamente a

²³⁴ *Ibíd.* p. 22. Se entiende que los delitos de mera actividad serían tipos con desvalor real de acción y con un desvalor potencial de resultado y que sólo podría admitirse su presencia en aquellos casos en los que por la importancia del bien jurídico sea imprescindible la intervención del Derecho Penal en un estado anterior a la efectiva afección al bien jurídico.

²³⁵ Huerta Tocildo, Susana., (1984), *Sobre el Contenido de la Antijuridicidad*, Editorial Tecnos: España, p. 21

²³⁶ *Ibíd.* p. 24. Este desvalor de resultado no debe identificarse con desaprobación del resultado externo sino con desaprobación de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico derivada de la conducta típica. Desde este punto de vista, puede decirse que dicho desvalor está presente en todas y cada una de las modalidades delictivas, pues todas suponen la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. La cuestión, entonces, no es tanto que no se dé un desvalor de resultado en algunos delitos, sino si dicho desvalor tiene o no un rol fundamentante del injusto.

²³⁷ Mir Puig. *óp. cit.*, p. 200. Delitos de Mera Actividad no es necesario que la acción vaya seguida de la causación de un resultado separable espacio-temporalmente de la conducta.

la producción de un determinado resultado sólo en parte de la gran variedad de tipos penales²³⁸.

Hay tipos que exigen la producción de un determinado resultado (como el homicidio) y otros que no lo hacen, no precisan un resultado típico (como la injuria). Cuando no se exige la producción de un resultado determinado en el tipo objetivo, este puede ser cualquier mutación del mundo, con tal que resulte lesiva al bien jurídico²³⁹.

Existe la posibilidad que la mera ejecución de un acto específicamente determinado como tal, sea ya constitutivo de la realización del supuesto de hecho típico. En estos casos se habla de un delito de pura actividad. A estos hechos punibles no les corresponde la producción de un resultado exterior que vaya más allá de la ejecución de la acción del hecho. Ejemplos de estos delitos se encuentran ante todo en el ámbito de los delitos sexuales²⁴⁰.

En el tipo penal de Violación en Menor o Incapaz no se exige producción de un resultado, con la realización de la acción se da la consumación y el daño al bien jurídico. No obstante, de ser un delito de mera actividad, este admite tentativa; con base al Art. 24 CP. Delito Imperfecto o Tentado: “...*Hay delito imperfecto o tentado, cuando el agente, con el fin de perpetrar un delito, da*

²³⁸ Velásquez V., óp. cit. P. 267. Ahora bien, como se deduce de la noción formulada, este elemento de la descripción legal puede ser de diversos clases: físico: la destrucción de la cosa en el tipo de daño en el bien ajeno, “los dolores” o “sufrimientos físicos” en la tortura, los “experimentos biológicos” en los tratos inhumanos o el “daño en el cuerpo o en la salud” en las lesiones personales, y en el “embarazo forzado” en qué en el genocidio; psicológico; psiquiátrico “la perturbación psíquica” en las lesiones personales, las “lesiones psíquicas” causadas en el desaparecido, o en “la lesión grave a la integridad mental” en el genocidio; ético social: las prácticas de “segregación racial” los actos de discriminación; y, para terminar, de índole económica: la “sustracción del comercio” de los bienes de acaparamiento, o el daño en la materia prima, producto agropecuario o maquinaria”.

²³⁹ Zaffaroni, óp. cit., p. 356.

²⁴⁰ Stratenwerth, Gunter., (1982), *Derecho Penal Parte General I: El Hecho Punible*, Edersa Editoriales de Derecho Reunidas: Madrid, p. 77 Dado que no se requiere un resultado exterior separable de la acción, en estos casos, lo ilícito del suceso típico se fundamenta exclusivamente en las modalidades de la acción y en las circunstancias concomitantes.

comienzo o practica todos los actos tendientes a su ejecución por actos directos o apropiados para lograr su consumación y esta no se produce por causas extrañas al agente”.

Debe constatarse, primero, la voluntad del agente tendiente a la realización de una infracción²⁴¹; segundo, la exteriorización de esa voluntad en actos materiales que deben consistir, al menos, en el comienzo de la ejecución²⁴² de los "actos directos o apropiados" y, por último, que no se consuma por causas ajenas a su voluntad.

La distinción entre tentativa y consumación evoca rápidamente una diferenciación de grado puramente objetiva²⁴³ en la fase de ejecución del delito.

Esta diferenciación repercute después en la determinación de la pena aplicable, y tiene su razón de ser en que la consumación es más grave que la tentativa porque en ella el desvalor del resultado no solo es mayor, sino que, a veces implica la lesión irreversible del bien jurídico que generalmente no se da en la tentativa²⁴⁴.

²⁴¹ Hurtado Pozo, José., (2000), *Nociones Básicas de Derecho Penal Parte General*, Guatemala, p. 154. En razón de que, justamente, el agente debe proponerse como fin la producción de un tipo legal, sólo puede darse la tentativa en los delitos dolosos; lo que es imposible en el caso de delitos culposos.

²⁴² *Ibíd.* p. 154. Desde un punto de vista objetivo, se ha afirmado, primero, que existe comienzo de la ejecución del delito cuando el agente realiza actos que caen dentro del tipo legal; es decir, que inicia la actividad mencionada por el verbo rector del tipo legal. En el delito de hurto (art. 207 CP), por ejemplo, se daría tentativa cuando el agente comienza a "tomar" la cosa mueble ajena, pero no logra disponer de ella (apoderarse); en el delito de estafa (art. 215 CP), cuando el agente ejecuta el ardid o engaño, sin lograr inducir a error a la víctima o que se desprenda en su favor de parte de su patrimonio; en el delito de violación (art. 158 CP), cuando el delincuente ejerce violencia o amenaza sobre la víctima, sin lograr yacer con ella.

²⁴³ Muñoz Conde, Parte General, *óp. cit.*, Pág. 435. La propia configuración objetiva de la distinción entre tentativa acabada e inacabada impide apreciar la tentativa acabada en algunos delitos, ya que es difícil en ellos admitir que se realicen todos los actos ejecutivos sin que el resultado se produzca. Así sucede, por ejemplo, en las agresiones sexuales y en los delitos de simple actividad.

²⁴⁴ *Ibíd.* p. 427.

2.5.1.2 ELEMENTOS OBJETIVOS NO ESENCIALES

2.5.1.2.1 MEDIOS

En algunos casos, la adecuación de la conducta a un determinado tipo penal depende de que el autor haya empleado ciertos modos o instrumentos para la comisión del hecho, de los contemplados en la correspondiente descripción legal²⁴⁵. Por ejemplo el delito de Robo Art. 212 CP. “...*mediante violencia en la persona...*”

Sin embargo, no todos los tipos penales exigen medios determinados²⁴⁶: En el ilícito penal Violación en Menor o Incapaz Art. 159 CP., inciso primero, no se requiere la concurrencia de ningún medio para la realización de la acción descrita; no obstante en el inciso segundo es necesario que “...mediante engaño coloque en estado de inconsciencia a la víctima o la incapacite para resistir...”, y realice la conducta descrita del inciso primero.

2.5.1.2.2 TIEMPO

Algunos tipos prevén determinadas circunstancias de carácter temporal, consistentes en momentos o límites pasajeros durante los que se debe realizar la acción prohibida²⁴⁷. Ejemplo: Robo Agravado Art. 213 n° 1 “...*Aprovechando estrago o calamidad pública o una situación de desgracia particular del ofendido...*”

²⁴⁵ Velásquez V., óp. cit., p. 279. Así, por ejemplo, el hurto puede verse calificado cuando el agente emplea el “escalamiento”, “llave sustraída o falsa”, “ganzúa”; del mismo modo, la calumnia o la injuria se agravan cuando se utiliza “cualquier medio de comunicación social u otro de divulgación colectiva”, etc.

²⁴⁶ Ibíd. p. 279 En principio, se puede matar a otro utilizando cualquier procedimiento, aunque si se emplean medios catastróficos se configura un tipo penal distinto; el tipo de lesiones graves Art. 143 con incapacidad de un periodo mayor de 20 días tampoco indica cómo se puede afectar integridad personal; y, para citar otro ejemplo, la moneda se puede falsificar acudiendo a cualquier proceder.

²⁴⁷ Velásquez, óp. cit., p. 279. Así, por ejemplo, el hurto de uso supone que la cosa se utiliza durante un lapso “no mayor de 24 horas”. Otros tipos penales no indica en ningún momento: se puede matar a alguien a cualquier hora, o realizar acceso carnal mediante violencia en cualquier instante del día o de la noche, etc.

El tipo penal Violación en Menor o Incapaz no establece un momento o límite de tiempo en que se debe realizar la conducta descrita.

2.5.1.2.3 LUGAR

Algunas descripciones típicas exigen la realización de la conducta en determinados lugares, ya sean ámbitos delimitados o no; puede operar en las tipificaciones de diversas maneras: agravando alguna figura o figuras, integrando la tipificación básica o atenuándolas²⁴⁸.

Ejemplo: Disparo de Arma de Fuego Art. 147-A CP. *“...Quién de forma injustificada alguna, disparare arma de fuego en lugar habitado, en su vecindad, en la vía pública o en sitio público frecuentado...”*

En la descripción del delito Violación en Menor o Incapaz no se determina un lugar en que deba realizarse la acción.

2.5.1.2.4 OBJETO

Por tal se entiende la persona o cosa material o inmaterial sobre la que recae la acción del agente²⁴⁹, es decir, aquello sobre lo que se concreta la trasgresión del bien jurídico tutelado y hacia lo cual se dirige el comportamiento del agente. Debe distinguirse entre objeto material (u objeto de la acción) y objeto

²⁴⁸ *Ibíd.*, p. 280. Así, la violación de domicilio se configura solo si se produce “en habitación ajena o en sus dependencias inmediatas”. Desde luego muchas figuras típicas pueden realizarse en cualquier lugar, como sucede con el homicidio, la violencia carnal.

²⁴⁹ *Ibíd.*, p. 280. Puede tratarse de un hombre vivo o muerto, consciente o inconsciente, de una persona jurídica o entidad colectiva, de una colectividad de personas, del organismo estatal mismo, toda cosa animada o inanimada de carácter material o no. Sin embargo, parece más preciso entender por tal todo aquello sobre lo que se concreta la transgresión del bien jurídico tutelado y hacia lo cual sería el comportamiento de la gente.

jurídico²⁵⁰. En la Violación en Menor o Incapaz el objeto de la acción coincide con el sujeto pasivo descrito en el precepto legal.

2.5.1.3 ELEMENTOS NORMATIVOS

Son los que aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social²⁵¹ y cuya concurrencia presupone una valoración²⁵². Según esta definición cabe distinguir entre elementos normativos jurídicos y elementos normativos sociales o culturales²⁵³. El conocimiento de los elementos normativos presenta dificultades mayores que el de los elementos descriptivos²⁵⁴.

Con base al Art. 159 CP: incapaz, enajenación mental, estado de inconciencia, incapacidad de resistir, son elementos normativos, de modo que debe hacerse un examen médico para determinar dicho estado, además de un juicio de valoración. Según el Código de Familia: Art. 292 “...*Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial...*” Es necesario considerar incapaz o

²⁵⁰ Ibíd. p. 280. El primero se halla constituido por la persona o cosa sobre la que ha de recaer físicamente la acción, por lo que también se conoce como objeto de la acción. Puede coincidir con el sujeto pasivo (por ejemplo, en el homicidio o en las lesiones). El objeto jurídico equivale al bien jurídico, es decir el bien objeto de protección de la ley. No equivale al objeto material. Ejemplo: en el delito de hurto del objeto jurídico es la propiedad de una cosa, en tanto que el objeto material es la cosa hurtada.

²⁵¹ Zaffaroni, óp. cit., p. 361. Los llamados elementos normativos, aparecen cuando los tipos acuden a valoraciones jurídicas o éticas.

²⁵² Ibíd. p. 361. Todos los conceptos contenidos en una ley penal requieren una valoración para su comprensión, debe entenderse que el tipo penal comprende solo elementos normativos. Así, se ejemplifica en el homicidio con el caso del nasciturus (si la vida comienza con el inicio, durante o al finalizar el parto); se afirma que el error al respecto sería un error de subsunción.

²⁵³ Claus Roxin, (1997), Derecho Penal Parte General, Tomo I, Editorial Civitas: Madrid, p. 307. Es recomendable calificar como normativos, aquellos elementos "que sólo pueden ser representados y concebidos bajo el presupuesto lógico de una norma". Entonces términos como "ajeno", "buenas costumbres", "reprobable", "documento", "injuria", etc., serán elementos normativos porque presuponen sistemas de normas jurídicas o sociales.

²⁵⁴ Mir Puig, óp. cit., p. 242. Generalmente es sencillo decidir en qué consiste saber que se mata otro, no lo es tanto determinar con precisión cuando se conoce que un acto es de exhibición obscena. La comprensión de un elemento normativo como el de exhibición obscena varía según las apreciaciones de cada grupo social e, incluso, de cada individuo.

incapaces²⁵⁵ como un término genérico que hace referencia a la imposibilidad, natural o legal²⁵⁶, de contar con la capacidad de comprensión de la realidad, total o parcialmente y temporal o permanentemente, por lo que comprendería las restantes categorías de enajenación mental²⁵⁷, deficiencia mental, estado de inconsciencia²⁵⁸, o incapacidad de resistir^{259, 260}.

2.5.2 ELEMENTOS SUBJETIVOS

En el tipo subjetivo está el contenido de la voluntad que rige la acción y tiene como núcleo central al dolo²⁶¹. Sus componentes fundamentales son: el dolo y los elementos subjetivos distintos del dolo²⁶².

²⁵⁵ Espinoza V., óp. cit., p. 61. Lo que interesa a la ley penal son los efectos de las enfermedades mentales en su expresión jurídica, es decir, si realmente afecta a la conciencia y priva de la capacidad de comprensión y de reacción ante situaciones críticas, que permita enfrentarse con decisión favorable a los intereses de la persona humana.

²⁵⁶ Hernández de Espinoza, Matilde Guadalupe., (2009)., Guia de Actuación Fiscal Para la Investigación de los Delitos de Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes y Delitos Contra la Libertad Sexual Relacionados, Talleres Gráficos UCA: El Salvador, p. 61. A efectos penales, en relación con la declaración de enajenación o deficiencia mental, caben dos posibilidades: A) exista sentencia judicial declaradora de la incapacidad del sujeto en cuyo caso no existirán dudas sobre su consideración de sujeto pasivo de esta tipología delictual; B) no concurriendo sentencia judicial el sujeto presente una enfermedad de carácter persistente y que le impida gobernar a su persona o bienes por sí mismo. En este supuesto será necesaria una determinación pericial que verifique tales hechos, procediendo a estimarse o no el estado de incapacidad a efectos penales.

²⁵⁷ Espinoza V. óp. cit., p. 61. Esta dolencia mental incapacita totalmente a la persona, pues no le permite entender cabalmente lo que sucede en el mundo externo ni conducirse conforme a las normas convencionales de su medio social.

²⁵⁸ Ibíd. p. 64. El estado de inconsciencia puede ser producto de un trastorno mental permanente o transitorio y/o pasajero, como el producido por una embriaguez aguda, por administración de narcóticos e inducido por hipnosis y tal vez por golpes aplicados en la cabeza o en la base del cráneo, que imposibilita defenderse de la agresión sexual, situación de la que aprovecha el sujeto activo para copular ilícitamente.

²⁵⁹ Ibíd. p. 73. Enfermedades como parálisis generalizada, anemias agudas, estados de extrema debilidad provenientes de enfermedades graves, agónicos lúcidos, estado de caquexia sin pérdida de conciencia, pueden imposibilitar inclusive para pedir auxilio. En estos casos el enfermo se da cuenta del acto lúbrico que en su cuerpo y contra su voluntad se realiza, discierne, pero no puede reaccionar por la imposibilidad de defensa que implica su estado. Su victimario ni siquiera necesita emplear la coacción física o moral.

²⁶⁰ Hernández de Espinoza, óp. cit., p. 60.

²⁶¹ Zaffaroni, óp. cit., p. 399. Dolo es la voluntad realizadora del tipo, guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo necesarios para su configuración.

²⁶² Velásquez, óp. cit., p. 282.

2.5.2.1 DOLO

Según el finalismo, el dolo típico²⁶³ incluye únicamente el conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo del injusto –conciencia y voluntad-, y no requiere que se advierta que dicha realización es antijurídica (no incluye la conciencia de la antijuridicidad).

El dolo tiene un aspecto cognoscitivo y un aspecto volitivo²⁶⁴, en la parte cognoscitiva, el sujeto debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como típica; y además, debe querer realizar o efectuar esa acción, este es el aspecto volitivo.

Es evidente que el hecho doloso presupone un comportamiento humano que requiere voluntariedad, pero esta no es suficiente para el dolo, porque se necesita también el conocimiento²⁶⁵. Puesto que, la imprudencia también presupone un comportamiento humano voluntario. El objeto del dolo que integra la situación típica puede hallarse representados por elementos descriptivos o por elementos normativos²⁶⁶.

²⁶³ Mir Puig, *óp. cit.*, p 240. Es conveniente distinguir tres grados o niveles de dolo: el dolo típico, que solo exige el conocimiento y voluntad del hecho típico, el dolo referido al hecho típico sin los presupuestos típicos de una causa de justificación, y el dolo completo, que además supone el conocimiento de la antijuridicidad (*dolus malus*).

²⁶⁴ Zaffaroni, *óp. cit.* p. 400. Caracterización del dolo como saber y querer, es decir, que el dolo tiene un aspecto de conocimiento (o intelectual) y otro de voluntad (volitivo o conativo), toda vez que para querer realizar algo siempre es necesario poseer ciertos conocimientos. Los actos de conocimiento y resolución son anteriores a los actos de acción, pues estos presuponen un conocimiento que permitan tomar una resolución determinada.

²⁶⁵ Muñoz Conde Francisco, (2002), *Derecho Penal Parte General*, 5ª Ed., Tirant lo Blanch: Valencia, p. 269. Dolo: se entiende simplemente como conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito.

²⁶⁶ Mir Puig, *óp. cit.*, p. 243. Los elementos de tipo que abarcar el dolo pueden ser esenciales o accidentales. Utiliza esta distinción no en el sentido de que los elementos accidentales no deban ser necesariamente abrazados por el dolo, sino para expresar la diferencia que existe entre aquellos elementos de los cuales depende la presencia del delito de que se trate (esenciales) y aquellos otros cuya concurrencia determina sólo la agravación o la atenuación del delito base, por lo que su ausencia no lleva consigo este (accidentales). Los elementos accidentales pueden hallarse previstos de forma específica para el tipo de qué se trate, o bien en forma genérica, como circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (atenuante o agravante).

Clases:

a) Dolo directo de primer grado (o intención en sentido estricto)

En el dolo directo de primer grado²⁶⁷ el autor persigue la realización del delito, es decir, quiere realizar el resultado o la acción típica. Por eso se designa también esta clase de dolo como intención.

Es indiferente en él: que el autor sepa seguro o estime solo como posible que se va a producir el delito y que ello sea el único fin que mueve su actuación²⁶⁸.

b) Dolo directo de segundo grado

El autor no busca la realización del tipo, pero sabe y advierte como seguro (o casi seguro) que su actuación dará lugar al delito²⁶⁹, también conocido como mediato.

El resultado típico es una consecuencia necesaria de los medios elegidos, que deben ser abarcados tanto por la voluntad como el fin mismo²⁷⁰. No quiere las consecuencias que se van a producir, pero las admite como necesariamente unida al resultado.

²⁶⁷Zaffaroni, óp. cit., p. 401. La voluntad abarca la voluntad la producción del resultado típico como fin en sí, también es denominado dolo inmediato.

²⁶⁸ Mir Puig, óp. cit., p. 244. Es delito puede perseguirse sólo como medio para otros fines, y seguirá habiendo dolo directo de primer grado.

²⁶⁹ Ibíd. p. 244. Aquí el autor no llega a perseguir la comisión del delito, sino que ésta se le presenta como consecuencia necesaria. Pero no bastaría un saber no actualizado en la consecuencia del sujeto: no bastaría un saber olvidado o del que no fuera consiente el sujeto al actuar. Aunque las consecuencias no son seguras, puesto que dependen de una meta incierta, cómo el autor persigue esta meta o conciencia de que conlleva aquellas consecuencias, estas han de considerarse de sin duda abarcada por la voluntad.

²⁷⁰ Zaffaroni, óp. cit., p. 402. Ejemplo clásico es la bomba colocada en un avión para matar a un pasajero y cobrar su seguro, respecto de las muertes de los otros pasajeros y la tripulación. También se ha llamado dolo de consecuencias necesarias.

c) Dolo eventual.

Si en el dolo directo de segundo grado el autor se representa el delito como consecuencia inevitable, en el dolo eventual²⁷¹ el autor pese a querer los medios, el resultado solo lo toma en cuenta como posible²⁷².

Se trata de una resolución en la que se acepta seriamente la posibilidad de producción de un resultado.

La violación en menor o incapaz es un delito doloso, el autor debe conocer que está realizando el acceso carnal y tener la voluntad de ejecutarlo. El tipo de dolo que se presenta en este ilícito es el directo de primer grado porque la finalidad que el autor persigue es la realización del delito, es decir, accesar carnalmente a la víctima, ya sea este un menor de quince años o incapaz.

2.5.2.2 LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO DISTINTOS DEL DOLO

En los delitos dolosos solo se requiere, el conocer y querer la realización del tipo -el dolo-, esto integra necesariamente la parte subjetiva del mismo, que normalmente no precisa más²⁷³. Pero en ocasiones la ley requiere que,

²⁷¹ Velásquez V., óp. cit., p. 286. Hay dolo eventual cuando el agente ha aprobado interiormente la posible realización del tipo, lo acepte conscientemente, este de acuerdo con el (elemento volitivo), aunque también debe considerarse como posible la realización de la descripción típica (elemento cognoscitivo).

²⁷² Zaffaroni óp. cit., p. 403. Habrá dolo eventual cuando, según el plan concreto del agente, la realización de un tipo es reconocida como posible, sin que esa conclusión sea tomada como referencia para la renuncia del proyecto de acción, esta posibilidad considerada por el agente como parte de un plan, distingue el dolo eventual de la imprudencia consciente.

²⁷³ Muñoz Conde. Parte General (2002), óp. cit., p. 280. En los delitos dolosos solo requiere, en el ámbito subjetivo, el dolo, es decir, la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo. Cuando coincide el tipo objetivo y el tipo subjetivo se da la congruencia perfecta, que normalmente existe en el delito doloso consumado. Sin embargo, en algunos delitos específicos se requiere, para constituir el tipo de injusto, además, la presencia de especiales elementos de carácter subjetivo.

además, concurra en el autor otros elementos subjetivos²⁷⁴ para la realización del tipo que no coinciden con el dolo²⁷⁵.

Según Santiago Mir Puig, puede decirse que los elementos subjetivos del tipo (o del injusto) son todos aquellos requisitos de carácter subjetivo distinto al dolo que el tipo exige, además de este, para su realización.

Clases de elementos subjetivos distintos del dolo:

Autoría

Elemento subjetivo²⁷⁶ que consiste en ultrafinalidades²⁷⁷, es decir, constituido por motivos que van más allá de la realización del hecho típico. Implica haber obrado con una intención especial o finalidad ulterior. Por ejemplo el Hurto²⁷⁸

²⁷⁴ Velásquez V., óp. cit. p. 288. A pesar de que el dolo es el núcleo central del aspecto subjetivo del tipo, es posible encontrar en la ley distintas figuras que requieren determinados contenidos de índole subjetiva diferentes a él. Así las cosas, solo pueden afirmar la existencia de dos clases de elementos subjetivos del tipo distinto del dolo: en primer lugar, los especiales elementos subjetivos, esto es, los que suponen que el autor un determinado propósito o intención, una motivación o un impulso, que se suman al conocimiento y voluntad de la realización del tipo (dolo). Así sucede, por ejemplo, en los propósitos consignados en estas disposiciones: "...con el propósito de cometer delito de rebelión o de sedición..."; "...con el fin de cometer delitos..."; "...con el fin de obtener para sí o para otro medio de prueba de hecho verdadero..."; "...con propósito distinto...". También consagra la ley motivos de autor: "motivo abyecto, fútil"; "para satisfacer los deseos de otros"; "con el fin de obtener un provecho"; y "motivo abyecto o fútil". En segundo lugar, aparece en algunos tipos penales los llamados elementos de ánimo o de la actitud, denominación contrarias a una concepción liberal y propia de un derecho penal de ánimo, consagra la ley impulsos afectivos: "ánimo de lucrarse", "ánimo de lucro", etc.

²⁷⁵ Mir Puig, óp. cit., p. 263. Un ejemplo lo ofrece el artículo 234, que para la presidencia del tipo de hurto exige que el autor tome una cosa ajena -con ánimo de lucro.- En este caso, el solo tomar una cosa mueble ajena intencionalmente no da lugar todavía al tipo de hurto. Es preciso para ello, que además de conocer y querer tomar la cosa (dolo), el autor lo haga con ánimo de lucro.

²⁷⁶ Trejo, Miguel Alberto y Otros. (1992), *Manual de Derecho Penal Parte General*, 1ª Ed., Talleres Gráficos UCA: San Salvador, p. 277. Elementos de la autoría. Algunas veces, los tipos penales requieren de otros elementos además del dolo. Por ejemplo el hecho de que el autor haya perseguido otra finalidad trascendente. Se conoce también a estos elementos con el nombre de "elementos subjetivos especiales de autoría", porque implican el haber obrado con una intención especial o finalidad ulterior. Por ejemplo: matar a otro para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito.

²⁷⁷ Zaffaroni óp. cit. p. 420. Tipos en los que se exige que la finalidad tenga una particular dirección que exceda el tipo objetivo. Son los tipos que exigen un para, con el fin de, con el propósito de, etc.

²⁷⁸ Mir Puig, óp. cit., p. Ejemplo: el ánimo de lucro con que ha de tomarse la cosa ajena de hurto. Esta clase de elementos subjetivos da lugar, según los casos, a delitos de resultado cortado o mutilados en dos actos.

Art. 207 CP. La acción de apoderarse de cosa mueble ajena es cometida con el ánimo de lucrarse posteriormente.

Animo

No exige la ley que se persiga un resultado ulterior al previsto por el tipo, sino que el sujeto confiera a la misma acción típica un determinado sentido subjetivo²⁷⁹.

Se trata de la actitud del autor que determina un especial desvalor ético de la acción. Ejemplo: en el caso de Alevosía (Art. 129 N° 3 CP.), la indefensión de la víctima es necesaria para que la haya, pero sin el ánimo de aprovecharse de la indefensión esta no existe; en contrario, el homicidio piadoso (Art. 130 CP.), no es un homicidio alevoso, pese a la situación de la víctima, quien realiza la acción no tiene el fin de aprovecharse de ello.

En caso de ausencia de elementos subjetivos en el tipo²⁸⁰, es decir, cuando un tipo requiere la presencia de elementos subjetivos (distintos al dolo), y no se cumplen, se plantea la cuestión del tratamiento jurídico-penal que merece el hecho realizado sin que concurren, para cada caso²⁸¹.

²⁷⁹ Zaffaroni, op. cit., p. 421. Caracterizados porque la voluntad de la acción asume una modalidad particular, que no se exterioriza en forma completa. Con la pura exteriorización de la voluntad no puede saberse si asume o no esa modalidad, sino que únicamente, en algunos casos, puede descartarse esta.

²⁸⁰ Mir Puig, óp. cit., p. 264. Deben distinguirse los supuestos siguientes: A) Procederá la impunidad si la conducta sin los elementos subjetivos correspondientes no integran ningún otro tipo. Ejemplo: el tomar un libro ajeno solo con el objeto de usarlo, esto es, sin el ánimo de apropiación que requiere para el hurto. Puesto que el hurto de uso sólo se castiga cuando recae sobre vehículos de motor, la conducta será impune. B) Corresponderá la aplicación de otro tipo penal si la conducta realizada sin los elementos subjetivos de que trate integra otra figura del delito. Ejemplo: tomar un vehículo a motor sin ánimo de apropiación, sino sólo de utilizarlo por plazo inferior a 48 horas, no constituye hurto, pero sí otro delito: el de utilización indebida de vehículo a motor o ciclomotor.

²⁸¹ Ibíd. p. 264. Procederá la impunidad si la conducta sin los elementos subjetivos correspondientes no integran otro tipo; y corresponderá la aplicación de otro tipo penal si la conducta realizada sin los elementos subjetivos de que se trate integran otra figura de delito.

En el tipo penal de Violación en Menor o Incapaz se encuentra el ánimo lúbrico²⁸² o lascivo²⁸³ como elemento subjetivo distinto del dolo. La adición de este elemento hace depender la calificación sexual de una actitud subjetiva interna de difícil prueba, lo que conduce también a admitir la subjetividad del juzgador como elemento a tener en cuenta en la determinación del carácter sexual de un determinado acto²⁸⁴.

2.5.3 ERROR DE TIPO

El desconocimiento de alguno o todos los elementos del tipo de injusto se conoce como error de tipo²⁸⁵, puesto que, el dolo típico requiere saber que se realiza la situación prevista; el error determinará su ausencia²⁸⁶.

Pueden suceder dos cosas: que el error de tipo²⁸⁷ sea vencible o invencible²⁸⁸.

²⁸² Diccionario Manual de la Lengua Española Vox, (2007) Larousse, Editorial, S.L. Propenso a la lujuria o que provoca este deseo sexual.

²⁸³ *Ibíd.* Se aplica al gesto o la palabra que manifiesta una inclinación exagerada al deseo sexual.

²⁸⁴ Muñoz Conde, Parte Especial, *óp. cit.*, p. 206

²⁸⁵ Mir Puig. *óp. cit.*, p. 254. La terminología “error de tipo” ha sustituido en la doctrina actual la anteriormente empleada de “error de hecho”, del mismo modo que la expresión “error de prohibición” ha desplazado al anterior de “error de derecho”. La razón es que el tipo puede contener tantos elementos de hecho como de derecho (elementos normativos jurídicos) y el error sobre todos ellos merece el mismo tratamiento con independencia de si son de hechos o de derechos.

²⁸⁶ *Ibíd.* p. 253. La esencia del error de tipo, que se distingue del error de prohibición en que este último no supone el desconocimiento de un elemento de la situación descrita por el tipo, sino (sólo) del hecho de estar prohibida su realización. En cambio, referido al dolo solamente a los elementos del supuesto de hecho (dolo natural), el error sobre el estar prohibido del mismo no excluye el dolo, sino que, sólo disminuye o excluye la culpabilidad.

²⁸⁷ Zaffaroni, *óp. cit.*, p. 409. El error de tipo recae sobre los elementos del tipo objetivo, en todos los casos elimina el dolo, restando solo la posibilidad de considerar una eventual tipicidad culposa si se trata de un error vencible –y siempre que se encuentre prevista la estructura típica para el delito de que se trate–.

²⁸⁸ Código Penal 1998. Error Invencible y Error Vencible Art. 28 Inc. 1: El error invencible sobre el hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad penal. Si el error fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será sancionada en su caso como culposa.

Error de tipo vencible²⁸⁹ es aquel que podría evitarse el resultado si se hubiera observado el debido cuidado, por lo que puede considerarse error “imprudente”. Excluye el dolo pero subsiste una responsabilidad -a título de imprudencia²⁹⁰- por lo que procederá, de ser punible, según sea el delito de que se trate.

Error de tipo vencible en el ilícito Violación en Menor o Incapaz:

A) En cuanto a la edad de la víctima:

Muchas veces el acceso carnal se produce por la convicción del autor de tener la mujer más de quince años²⁹¹.

B) En cuanto a la incapacidad de la víctima:

Resulta exculpatario también el error e ignorancia no indiferentes sobre una víctima cuya incapacidad no fuera conocida por el autor²⁹².

En el ilícito en comento no puede concurrir el error de tipo vencible²⁹³ - desaparece el dolo y subsiste la culpa-, de modo que no puede ser realizado con imprudencia, la violación no está regulada como delito culposo; el Código

²⁸⁹ Muñoz, Parte General, óp. cit., p. 278. El error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye el dolo y, todo lo demás, cuando sea vencible, deja subsistente una posible responsabilidad a título de imprudencia, cuando éste especialmente prevista esta forma de realización del tipo.

²⁹⁰ Zaffaroni, óp. cit., p. 409. Será vencible cuando el sujeto, aplicando el cuidado debido, pueda salir del error en que se hallaba y por ende no realizar el tipo objetivo. En tal supuesto, si existe tipo culposo y se dan los demás requisitos de esa tipicidad, la conducta será típica por imprudencia, pero nunca por dolo.

²⁹¹ Sproviero, óp. cit., p. 66.

²⁹² Ibíd. p. 66.

²⁹³ El error del tipo en los supuestos en que pudiese concurrir (sobre el consentimiento del sujeto pasivo,... la edad en supuestos de abuso...), conduce a la irrelevancia penal; si es vencible la infracción solo puede castigarse como imprudente; lo que conlleva al no estar prevista la modalidad imprudente, la irrelevancia penal.

Penal de El Salvador posee el sistema de *numerus clausus*²⁹⁴ que, según el Art. 18 inc. Final “...*Los hechos culposos sólo serán sancionados cuando la ley penal lo establezca de manera expresa*”. Estaríamos en presencia de un caso atípico.

Error invencible²⁹⁵ es, por el contrario, el que no se hubiese logrado evitar ni aplicando la diligencia debida (error no imprudente). Excluye tanto el dolo como la imprudencia²⁹⁶, por lo que en principio dará lugar a la impunidad, en el derecho positivo general sólo se prevén tipos dolosos o tipos culposos según Art. 4 CP²⁹⁷, es decir, la acusación de un resultado lesivo sin dolo ni imprudencia resulta atípica.

En el delito Violación en Menor o Incapaz, puede existir el error de tipo invencible en el supuesto de la edad de la víctima –falsa apreciación de la edad- si el sujeto activo empleando el cuidado debido trata de cerciorarse que sea mayor de quince años, y esta le presenta una partida de nacimiento alterada, -aplicando el debido cuidado no pudo salir del error en que se encontraba-, se excluye la responsabilidad a título de dolo y culpa.

²⁹⁴ Consejo Nacional de la Judicatura, (2003), *Manual de Teoría Jurídica del Delito*, Escuela de Capacitación Jurídica, San Salvador, p. 84. El sistema de *numerus clausus*. Como regla general, los delitos vienen castigados en su forma dolosa. La punición de las conductas imprudentes sólo cabe “cuando la ley penal lo establezca de manera expresa” (art. 18 del CP). El CP ha abandonado así el tradicional sistema de *numerus apertus* y ha preferido seguir una opción que viene abrumadoramente avalada por el Derecho comparado.

²⁹⁵ Muñoz Conde, Parte General, óp. cit., p. 278. El error invencible, aquel que el autor no hubiera podido superar ni aun empleando una gran diligencia, excluye la responsabilidad tanto a título de dolo como de imprudencia.

²⁹⁶ Zaffaroni, óp. cit., p. 409. Cuando el agente aplicando el cuidado debido, tampoco hubiese podido salir del error en que se hallaba, la acción no solo será atípica del tipo doloso sino también de su eventual tipicidad culposa.

²⁹⁷ Código Penal 1998. Art. 4.- La pena o medida de seguridad no se impondrá si la acción u omisión no ha sido realizada con dolo o culpa. Por consiguiente, queda prohibida toda forma de responsabilidad objetiva. La responsabilidad objetiva es aquella que se atribuye a una persona sin considerar la dirección de su voluntad, sino únicamente el resultado material a la que está unido causal o normativamente el hecho realizado por el sujeto. La culpabilidad solo se determinara por la realización de la acción u omisión.

2.6 ANTIJURIDICIDAD

Según Santiago Mir Puig, esta tiene como primer requisito la tipicidad penal y como segundo la ausencia de causas de justificación²⁹⁸. La antijuridicidad expresa la contradicción entre la acción realizada y el Ordenamiento jurídico, es decir, que el hecho producido es contrario a Derecho.

Una vez comprobado que un caso de la realidad es subsumible en el tipo de delito previsto en la norma penal, el siguiente avance es la determinación de la antijuridicidad. Normalmente la realización de un hecho típico genera la sospecha que es antijurídico; pero esta presunción puede ser desvirtuada por la concurrencia de una causa de justificación excluyente de la antijuridicidad. Si no concurre ninguna de estas se afirma la antijuridicidad²⁹⁹.

Hay antijuridicidad formal y material³⁰⁰, a la simple contradicción entre una acción y el Ordenamiento jurídico se le llama antijuridicidad formal. Y cuando no se agota en esta oposición entre acción y norma, sino que tiene un contenido material reflejado en la ofensa al bien jurídico que la norma protege, se habla de antijuridicidad material³⁰¹.

²⁹⁸ Mir Puig. óp. cit., p. 120. La antijuridicidad penal requiere la realización de un tipo penal sin causas de justificación.

²⁹⁹ Muñoz Conde, Parte General. óp. cit., p. 303.

³⁰⁰ Mir Puig. óp. cit., p. 122. En sentido formal antijuridicidad penal significa la relación de contradicción de un hecho con el derecho penal. Pero este concepto no responde a la cuestión de que contenido ha de tener un hecho para ser penalmente antijurídico o, que es lo mismo, de ¿Por qué un hecho es contrario al derecho penal? A dar respuesta a esta cuestión viene el concepto de antijuridicidad penal material. No se trata de limitarse a constatar que son penalmente antijurídicos los hechos que el Derecho penal define como tales –los comportamientos humanos típicamente antijurídicos-, sino analizar qué es lo que tienen estos hechos para que el derecho penal haya decidido desvalorarlos.

³⁰¹ Muñoz Conde, Parte General. óp. cit., p. 305. Una contradicción puramente formal entre la acción y la norma no puede ser calificada de antijurídica, como tampoco puede ser calificada como tal la lesión de un bien que no esté protegido jurídicamente.

La antijuridicidad debe ser entendida como un juicio negativo de valor mediante el que se determina si la conducta típica y anti normativa pugna³⁰² con el ordenamiento jurídico en su conjunto, y si amenaza³⁰³, o lesiona al bien jurídico tutelado³⁰⁴.

En la Violación en Menor o Incapaz la conducta ejecutada por el sujeto activo es antijurídica -se da la antijuridicidad material y formal-; puesto que, es contraria al Ordenamiento Jurídico Penal en su Art. 159 que manda a no realizar acceso carnal en menor de quince años o en un incapaz. También con esta acción se daña el bien jurídico tutelado, sin que le asistan las causas de justificación reguladas en el Art. 27 N° 1, 2 y 3 CP³⁰⁵.

³⁰² Velázquez V. óp. cit., p. 343. No basta con la verificación de la ausencia de una norma permisiva o causal de justificación –aspecto formal-, sino que es indispensable determinar si la conducta en estudio representa una amenaza o un daño para el bien jurídico –aspecto material-.

³⁰³ Muñoz Conde, Parte General. óp. cit. p. 305. En la medida en que no sé de esa ofensa el bien jurídico no podría hablarse de antijuridicidad, por más que aparente o formalmente exista una contradicción entre la norma y la acción.

³⁰⁴ Ibíd. p. 305. La lesión del bien jurídico es un concepto normativo. Por tal no solo debe entenderse la destrucción o daño de un objeto material, sino también las ofensas inferidas a bienes jurídicos de tipo ideal que no tienen un sustrato material. Tal lesión es la destrucción de la vida o de una cosa ajena en los delitos de homicidio y de daños, como la ofensa al honor en el delito de injurias. Normalmente, la forma consumada de los tipos delictivos contiene una lesión del bien jurídico protegido en dicho tipo. El peligro es un concepto también normativo en la medida en que descansa en un juicio de probabilidad que un determinado bien pueda ser lesionado por el comportamiento realizado, aunque después esa lesión de hecho no se produzca. Para establecer si la acción realizada era peligrosa para un bien jurídico, es decir, si era probable que se produjera la lesión, es preciso que el juzgador conozca la situación de hecho en la que se realiza la acción que está enjuiciando y que conozca, además, las leyes de la naturaleza y las reglas de experiencia por lo que pueden deducir qué esa acción, realizada en esa forma y circunstancia puede producir generalmente la lesión al bien jurídico.

³⁰⁵ Código Penal. EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD Art. 27.- No es responsable penalmente: 1) Quien actúa u omite en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo de un derecho o de una actividad lícita; 2) Quien actúa u omite en defensa de su persona o de sus derechos o en defensa de otra persona o de sus derechos, siempre que concurren los requisitos siguientes: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad razonable de la defensa empleada para impedirla o repelerla; y, c) No haber sido provocada la agresión, de modo suficiente, por quien ejerce la defensa; 3) Quien actúa u omite por necesidad de salvaguardar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que la conducta sea proporcional al peligro y que no se tenga el deber jurídico de afrontarlo..”

2.7 CULPABILIDAD

Según la Teoría General del Delito, junto a la tipicidad y a la antijuridicidad, debe darse una tercera categoría, “Culpabilidad³⁰⁶”, cuya función consiste, en acoger aquellos elementos referidos al autor del delito³⁰⁷, que sin pertenecer al tipo ni a la antijuridicidad, son también necesarios para la imposición de una pena³⁰⁸.

En el finalismo todo el objeto del reproche se encuentra en el injusto³⁰⁹. La culpabilidad se limita a reunir aquellas circunstancias que condicionan la reprochabilidad del hecho antijurídico; quedan solo las condiciones que permiten atribuirlo a su autor, esta, no es comprendida como una cualidad de la acción, sino una característica que se le atribuye para poder imputársele y hacerle responder por ella³¹⁰.

Actúa culpablemente quién comete un acto antijurídico tipificado en la ley penal como delito³¹¹, pudiendo actuar de un modo distinto, conforme a

³⁰⁶ Roxin Claus. (1997), Derecho Penal Parte General Fundamentos de la estructura de la Teoría del Delito, 1ª Ed., Editorial Civitas: Madrid, p. 799. La culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio de desvalor de la culpabilidad se le reprocha al sujeto que no se haya comportado conforme a Derecho, que se haya decidido por el injusto aunque habría podido comportarse conforme a Derecho, decidirse por el Derecho. La base interna del reproche de culpabilidad radica en que el ser humano está revestido de autodeterminación moral libre, responsable y es capaz por ello de decidirse por el Derecho y contra el injusto...”

³⁰⁷ Muñoz Conde. Parte General. óp. cit., p. 357. En Derecho Penal se emplea la expresión culpabilidad como el conjunto de condiciones que permiten declarar a alguien como culpable o responsable de un delito.

³⁰⁸ *Ibíd.* p. 357. Para la imposición de una pena, principal consecuencia jurídico-penal del delito, no es suficiente con la comisión de un hecho típico y antijurídico. Cómo se deduce de algunos preceptos del derecho penal, la comisión de un hecho delictivo, en el sentido de un hecho típico y antijurídico, no acarrea automáticamente la imposición de una pena al autor de ese hecho. Existen determinados casos en los que el autor del hecho típico y antijurídico queda exento de responsabilidad penal.

³⁰⁹ Mir Puig. Pág. 543. El finalismo de Welzel sustrajo el dolo, así como la infracción del deber objetivo del cuidado base de la imprudencia, de su tradicional sede de la culpabilidad. Todo el hecho, concebido como unidad definida por lo subjetivo, y no solo su parte objetiva, se constituye en contenido del injusto

³¹⁰ Muñoz Conde. Parte General. óp. cit., p. 361

³¹¹ *Ibíd.* p. 358. El llamado principio de “culpabilidad”, es decir, que no puede haber pena “sin dolo ni imprudencia”, no es más que una parte o presupuesto del concepto de culpabilidad que desarrolla su labor en otras categorías del delito, principalmente en la tipicidad, constituyendo el tipo subjetivo del delito doloso o delito imprudente.

Derecho. Quien realiza acceso carnal en menor de quince años o incapaz, con base a lo establecido en el Art. 159 CP; Es sometido a un juicio de responsabilidad, porque pudiendo evitarlo, no se motivó por la norma prohibitiva ni por la consecuencia jurídica que sanciona su transgresión.

2.7.1 ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD

Para poder afirmar que una persona ha cometido un hecho típico y antijurídico, es necesario, que se den una serie de requisitos, puesto que la culpabilidad, cuenta con elementos específicos³¹², sin cuya presencia no podría formularse el juicio de atribución que implica³¹³.

- ✓ Estos elementos son:

2.7.1.1 IMPUTABILIDAD O CAPACIDAD DE CULPABILIDAD

Esta categoría es condición central de la reprochabilidad, se incluyen aquellos supuestos que se refieren a la madurez psíquica y capacidad del sujeto para motivarse; orientar libremente sus actos de acuerdo con el conocimiento de su significación, es decir, a los capaces de culpabilidad, a los imputables de modo

³¹² Claus, óp. cit. p. 796. El concepto normativo de culpabilidad experimentó una modificación a través de la doctrina finalista de la acción, al ubicar sistemáticamente ésta ya en el tipo el dolo y la infracción objetiva del deber de cuidado en los delitos imprudentes y eliminar así de la culpabilidad en lo esencial los elementos que habían constituido su único contenido para el concepto psicológico de culpabilidad. Como los tres "elementos" de la reprochabilidad aparecían entonces ya sólo la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad de una conducta conforme a la norma.

³¹³ Muñoz Conde. Parte General, óp. cit. p. 366. La comunicación entre el individuo y los mandatos de la norma sólo puede darse si el individuo tiene la capacidad para sentirse motivado por la norma, conoce su contenido y se encuentra en una situación en la que puede regirse, sin grandes esfuerzos, por ella. Si por el contrario, el individuo, por falta de madurez, por defecto psíquico, por desconocer el contenido de la prohibición normativa o por encontrarse en una situación en la que no le era exigible un comportamiento distinto, no puede ser motivado por la norma o la motivación se altera gravemente, faltara la culpabilidad, es decir, el hecho típico y antijurídico no podría atribuirse a su autor y, por tanto, este tampoco podrá ser sancionado con una pena.

que, si no se tienen facultades suficientes para poder ser motivado racionalmente, no puede haber culpabilidad³¹⁴.

En la Violación en Menor o Incapaz, el sujeto activo para que pueda responder penalmente por este ilícito, debe tener capacidad de culpabilidad, porque podría actuar conforme a derecho y no realizar la conducta prohibida por el Art. 159 CP.

INIMPUTABILIDAD

Las causas de inimputabilidad³¹⁵ según el Art. 27.4 CP. *“...Quien en el momento de ejecutar el hecho, no estuviere en situación de comprender lo ilícito de su acción u omisión o de determinarse de acuerdo a esa comprensión, por cualquiera de los motivos siguientes...”*

A) Enajenación Mental

Está exento de responsabilidad quien, con los efectos comunes a todos los supuestos de inimputabilidad, actúa por enajenación mental. El efecto psicológico radica en la imposibilidad para el sujeto de comprender lo ilícito de su acción u omisión o de determinarse de acuerdo a esa comprensión.

³¹⁴ Mir Puig. óp. cit. p. 544. La imputabilidad, sin la cual se entiende que el sujeto carece de libertad para comportarse de otro modo a como lo hace (poder actuar de otro modo). De presupuesto previo de la culpabilidad, esta categoría pasa a erigirse en condición central de la reprochabilidad, puesto que el núcleo de la culpabilidad ya no se ve en la voluntad defectuosa –de la que la imputabilidad sería un presupuesto-, sino en las condiciones de atribuibilidad del injusto, y estas condiciones giran en torno a la idea del poder actuar de otro modo, esencia que Welzel confiere a la imputabilidad.

³¹⁵ Consejo Nacional de la Judicatura óp. cit. p. 111 Al Derecho penal interesa no tanto definir la imputabilidad, sino concretar los supuestos en que no va a exigir responsabilidad penal. Por eso el Derecho acude a la formulación negativa “Inimputabilidad”.

B) Grave Perturbación de la Conciencia

Es una alteración psíquica, que puede tener cualquier origen, pero de carácter transitorio³¹⁶. No obstante, lo relevante es entender que para ser eficaz como eximente, debe ser grave, y que esta ha de medirse y constatarse en relación con su idoneidad para producir el efecto psicológico en el momento de ejecutar el hecho.

C) Desarrollo Psíquico Retardado o Incompleto

Cuando el grado de desarrollo personal, (en el que ha de apreciarse también el grado de socialización) es tan deficiente que no existe esa capacidad de captar lo valioso y lo que no lo es, ni la capacidad de adecuar el propio comportamiento al mensaje prescriptivo implícito en aquella valoración, el sujeto no puede ser culpable³¹⁷. La base biológica que se requiere puede consistir en deficiencias físicas (sordomudez, ceguera) o de socialización (autismo), sufridas en los momentos clave del aprendizaje social. En efecto, los déficits en el desarrollo psíquico pueden tener un origen biológico o psicopatológico pero también social, incidiendo negativamente en los procesos de socialización³¹⁸.

³¹⁶ Código 1998. Circunstancias Atenuantes: Art. 29.1 Son circunstancias que atenúan la responsabilidad penal: Inferioridad Psíquica por Intoxicación. 1) Estar el culpable en estado de intoxicación alcohólica o de otra índole que, sin ser pre ordenada al hecho, no llegue a tener plenitud de efectos sobre el sujeto.

³¹⁷ Consejo Nacional de la Judicatura. óp. cit. p. 113.

³¹⁸ Muñoz Conde. Parte General. óp. cit., p. 377. Este defecto debe de haber sido sufrido por el sujeto desde el nacimiento o la infancia, es decir, en los momentos clave del aprendizaje social. Si por el contrario el sujeto ha adquirido conocimientos y experiencia suficiente para saber si sus acciones contradicen o no las normas y después sufre la alteración en esta percepción, no será aplicable esta eximente. Y ello porque el presupuesto biológico no es por si solo suficiente para declarar la inimputabilidad: lo que importa es el defecto psicológico que produce (alterar gravemente la conciencia de la realidad). Lo que el sujeto debe tener alterada es su capacidad para conocer las pautas de comportamiento y los valores dominantes en su entorno social.

En estos casos, el tribunal deberá imponer al autor medidas de seguridad³¹⁹ a las que se refiere el Código Penal.

El delito en comento puede ser realizado por un inimputable, sin embargo, se excluye de responsabilidad penal³²⁰, pero por la peligrosidad³²¹ social que representa se le imponen medidas de seguridad³²² de conformidad al Art. 94 CP. “...Las medidas de seguridad podrán imponerse a las personas exentas de responsabilidad penal con base en el número 4) del artículo 27 de este Código”.

2.7.1.2 CONOCIMIENTO DE LA ILICITUD

La norma penal sólo puede motivar al individuo en la medida en que este pueda conocer el contenido de sus prohibiciones³²³. Si el sujeto no sabe que

³¹⁹ *Ibíd.* p. 380. Un coherente Derecho Penal de culpabilidad debe, por tanto, dar relevancia eximente o atenuante a cualquier trastorno relevante en la capacidad de motivación del sujeto, si bien procurando al mismo tiempo, por la vía de las medidas de seguridad, que dicho trastorno sea controlado o tratado de forma adecuada.

³²⁰ Velásquez V, *óp. cit.*, p. 536. Se precisó que la medida de seguridad era la consecuencia jurídica asignada de lege lata –según la ley-, a la mayoría de los inimputables que realizan injusto culpables (por ausencia de culpabilidad o responsabilidad penal), según la gravedad del hecho cometido y la necesidad de su imposición, en armonía con los derroteros impuestos por los principios de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad.

³²¹ Donna, Edgardo Alberto, (2001), *Teoría del Delito y de la Pena*, 2ª Ed., Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma: Buenos Aires, p. 19. Fundamentos de las sanciones jurídico penales. Para la aplicación de las sanciones y de las medidas son dos los fundamentos a tener en cuenta: el delito, por una parte, y la peligrosidad, por otra.

³²² *Ibíd.* p. 21. A pesar de que una lectura no muy profunda puede llevar a decir que la peligrosidad es el fundamento de la medida de aseguramiento, no hay duda que es el delito el fundamento real. Es decir, la peligrosidad es un fundamento secundario de la medida de seguridad, ya que es necesario que exista el hecho típico y antijurídico. Por lo tanto, de ninguna manera, la peligrosidad es el fundamento independiente de la medida. De modo que la peligrosidad va necesariamente unida al hecho delictivo. Un análisis más detallado de la cuestión lleva a la afirmación de que la peligrosidad del sujeto solo sirve para la medida de aseguramiento una vez que se estableció el delito y no independientemente de éste. Por más peligrosa que aparezca una persona, es obvio que, en nuestro sistema legal, nada se podrá hacer con ella, por lo menos en el ámbito penal, si no comete una acción que esté tipificada en el Código Penal. El delito es, pues, la puerta por donde entra la peligrosidad como fundamento conjunto para las medidas.

³²³ Mir Puig. *óp. cit.*, p. 544. El examen de este aspecto queda para la culpabilidad, pero no ya como un contenido psicológico de conocimiento efectivo, sino como posibilidad, normativamente determinable, de dicho conocimiento. Del mismo modo que en la imputabilidad se pregunta si el sujeto podría actuar de otro modo, en este punto se comprueba si podría conocer la prohibición del hecho, en cuanto condición del poder adecuar la conducta a la norma.

su hacer está prohibido, no tiene razón para abstenerse de realizarlo³²⁴; y su infracción –pese a ser típica y antijurídica- no puede atribuírsele a título de culpabilidad³²⁵.

En la Violación en Menor o Incapaz el autor debe saber que la norma penal prohíbe realizar acceso carnal con menor de quince años o incapaz, aunque no tenga un conocimiento sistemático de lo establecido en el Art. 159 CP. Es preciso que tenga la capacidad de comprender que un menor de edad o un incapaz no tienen la suficiente madurez para consentir dicho acto. Por consiguiente conduce a una consecuencia jurídica por ser un comportamiento contrario a derecho.

2.7.1.2.1 ERROR DE PROHIBICIÓN

Recae sobre la comprensión de lo injusto de la conducta, puede ser vencible o invencible³²⁶. Se da cuando el autor cree que actúa lícitamente -error de prohibición directo- o cuando se plantea la licitud de su hecho –error de prohibición indirecto-³²⁷.

³²⁴ *Ibíd.* p. 544. Pues el dolo pasa al injusto solo como dolo natural –conocer y querer-, por lo que no incluye el conocimiento de la prohibición.

³²⁵ *Ibíd.* p. 544. La falta de conocimiento de la ilicitud, no excluye, el dolo (natural), sino que excluye la culpabilidad (error de prohibición invencible). Si concurre un error de prohibición vencible, puede atenuarse la culpabilidad –lo que no sucederá cuando se trate de un error burdo.

³²⁶ Velásquez V., *óp. cit.*, p. 408. Dicho error puede ser vencible, evitable o relativo cuando se le puede exigir al autor que lo supere, atendidas las circunstancias concretas en las que actúa, esto es, cuando el yerro pudo ser evitado por el agente, si se hubiese informado debidamente en torno a las circunstancias que rodeaban su actuar y la significación del hecho; e invencible, inevitable o absoluto cuando el autor, obrando con la diligencia debida, no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto, esto es, se trata de un yerro que cualquier persona en la situación del autor hubiera padecido.

³²⁷ Muñoz Conde, Parte General. *óp. cit.*, p. 396. El error de prohibición puede referirse a la existencia de la norma prohibitiva como tal (error de prohibición directo), el autor desconoce de la norma que prohíbe su hacer; o la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación que autorice la acción (error de prohibición indirecto o error sobre las causas de justificación), el autor sabe que su hacer está prohibido en general, pero cree erróneamente que en el caso concreto se da una causa de justificación que lo permite, que actúa dentro de los límites de la misma o que se dan sus presupuestos objetivos.

Pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida. Por ejemplo, alguien seduce a una persona menor de quince años; conoce su edad, pero considera permitido su hecho³²⁸. El error de prohibición directo³²⁹ o indirecto³³⁰, no incide en la configuración típica, dolosa o imprudente, del delito, sino en la culpabilidad del autor.

El legislador ha configurado que el error de prohibición vencible, no excluye la culpabilidad, si no que conduce sólo a una atenuación facultativa de la pena³³¹. Art. 28 Inc.2 CP. *“...Si el error fuere vencible, se atenuará la pena en los términos expuestos en el artículo 69³³² de este Código”*.

Por el contrario, el error de prohibición invencible como causa de exclusión de la culpabilidad. Si el sujeto no puede vencer o evitar su error, entonces actúa de modo típico y antijurídico, pero no culpable, y ha de ser absuelto. Art. 28 Inc. 2 CP. *“...El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la*

³²⁸ Roxin, óp. cit., p. 861.

³²⁹ Velásquez V., óp. cit., p. 408. Error directo es el que se presenta cuando el autor no conoce, en cuanto tal, la norma prohibitiva referida directamente al hecho y toma por lícita la acción; ello puede suceder si se presenta una de las siguientes tres situaciones: primero, el agente no conoce la norma prohibitiva, segundo, el autor conozca la norma prohibitiva, pero la considera no vigente y tercero el autor interprete equivocadamente la norma y la reputa no aplicable.

³³⁰ Ibíd. p. 409. Error indirecto, es el que recae sobre una causa de justificación del hecho, que a su vez puede ser de tres clases; primero, que el agente se equivoque acerca de la existencia de una justificante suponiendo la presencia, segundo, que el agente erre sobre los límites de una justificante y desborde las exigencias legales para que concurra una excluyente de antijuridicidad, lo que se traduce a un exceso motivada por un error y tercero, error sobre la concurrencia de circunstancias que de darse justificarían el hecho.

³³¹ Roxin. óp. cit., p. 892. El error de prohibición, cuando es invencible en sentido jurídico, conduce a la impunidad. El legislador habla de que el sujeto actúa "sin culpabilidad" en tal caso. Sin embargo, también en el supuesto de que exista escasa culpabilidad, la responsabilidad está ya excluida cuando ello es tolerable desde puntos de vista preventivos. El concepto de "culpabilidad" empleado por el legislador ha de entenderse por tanto en un sentido amplio, de modo que abarque todo el ámbito de la responsabilidad jurídico-penal. Si el error de prohibición fue vencible, tiene lugar conforme a una reducción facultativa del marco penal correspondiente al dolo.

³³² Código 1998. Penalidad en Caso de Error Vencible Art. 69 En los casos de error vencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal o de una causa de exclusión de responsabilidad penal el juez o tribunal fijará la pena entre la tercera parte del mínimo y la tercera parte del máximo de la pena señalada para el delito. De igual manera se fijará la pena en los casos de error vencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal o de una causa de justificación.

infracción penal o de una causa de exclusión de la responsabilidad penal, exime de ésta”.

En el delito de Violación en Menor o Incapaz, puede concurrir error de prohibición directo en el supuesto que, el sujeto activo por vivir en una zona rural del país y muy aislada de la realidad social, manifieste desconocimiento de la norma, recaer en un error vencible de prohibición, -porque pudo evitarlo al informarse-. Caso contrario, el extranjero que proviene de un país donde esta conducta no está penada, visita por primera vez El salvador y desconoce su regulación jurídica, recae sobre error de prohibición invencible.

En el ilícito en análisis, no concurre el error de prohibición indirecto, porque esta conducta no podría admitirse bajo error dentro de lo establecido en el Art. 27 n° 3 y 5 CP³³³. Aunque el autor del hecho suponga que le asisten causas de exculpación.

2.7.1.3 EXIGIBILIDAD DE UN COMPORTAMIENTO DISTINTO

El Derecho exige la realización de comportamientos más o menos incómodos o difíciles, pero no de actos imposibles, como los heroicos; toda norma jurídica tiene un ámbito de exigencia³³⁴, fuera del cual no puede reclamar responsabilidad alguna³³⁵. Cuando la obediencia de la norma pone al sujeto

³³³ *Ibíd.* Excluyentes de Responsabilidad Art. 27 No es responsable penalmente... N° 3 Quién actúa u omite por necesidad de salvaguardar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente, lesionando otro bien de menor o igual valor de él salvaguardado, siempre que la conducta sea proporcional al peligro y que no se tenga el deber jurídico de afrontarlo. N° 5 Quién actúa u omite bajo la no exigibilidad de otra conducta, es decir, en circunstancias tales que no sea racionalmente posible exigirle una conducta diversa a la que realizó.

³³⁴ Muñoz Conde, Parte General, *óp. cit.*, p. 367. Esta exigibilidad, aunque se rija por patrones objetivos, es, en última instancia, un problema individual: es el autor concreto, en el caso concreto, quién tiene que comportarse de un modo u otro.

³³⁵ Mir Puig, *óp. cit.*, p. 545. Las causas de exculpación (o de disculpa). Si bien se reconoce que estas causas no excluyen por completo la posibilidad de actuar de otro modo ni, por tanto, la culpabilidad, se entiende que la disminuyen de forma suficiente como para disculpar (en el sentido de perdonarle su culpabilidad) al sujeto y eximirle del reproche de su culpabilidad.

fuera de los límites de la exigibilidad³³⁶ faltará ese elemento y, con él, la culpabilidad³³⁷.

En la Violación en Menor o Incapaz, el sujeto activo, tiene capacidad de elegir si realiza o no acceso carnal con menor de quince años o incapaz; y no se puede sostener que haya actuado bajo las causas exculpantes afirmando un Estado de Necesidad Disculpante³³⁸, Miedo Insuperable³³⁹ o Coacción o Vis Compulsiva³⁴⁰. Por esta razón, al autor se le exige un comportamiento conforme a derecho.

³³⁶ Claus, *óp. cit.*, p. 960. Los casos que aquí interesan se refieren al problema de bajo qué presupuestos se puede conceder indulgencia, al sujeto que ha cometido un hecho injusto que habría podido omitir sin peligro propio. No se trata de una cuestión de culpabilidad, sino de responsabilidad. No se debate si el sujeto podía actuar de otro modo, sino si su actuación antijurídica y de modo evitable culpable precisa de pena.

³³⁷ *Ibíd.* p. 898. Es verdad que no podría excluir por completo la culpabilidad en el sentido de capacidad de actuación conforme a la norma. Pero que la renuncia a la pena en tal caso no tiene por qué deberse necesariamente a una justificación, sino que también puede tener su causa en que el legislador no considere indispensable la punición de la conducta por él desaprobada.

³³⁸ Muñoz Conde, *Parte General*, *óp. cit.*, p. 404. El estado de necesidad es, una causa de justificación que se encuentra informada primariamente por el principio de ponderación de bienes, es decir, por el principio de que es lícito sacrificar un bien jurídico cuando con dicho sacrificio se quiere salvar otro de mayor valor. Existe, sin embargo, un supuesto de estado de necesidad en el que los bienes en colisión son de igual valor. La doctrina dominante considera que este supuesto debe ser tratado como estado de necesidad disculpante, dejando el estado de necesidad como causa de justificación sólo para el caso de conflicto de bienes de desigual valor. Igualmente, algún sector doctrinal y jurisprudencial aplica al error sobre los presupuestos de la exigencia de un estado de necesidad (disculpante) las mismas reglas que al error sobre los presupuestos de las causas de justificación, lo que para la concepción aquí defendida significa que si el error es razonable, el estado de necesidad es justificante, mientras que si no lo es, el problema de se traslada al ámbito de la culpabilidad bien como error de prohibición, bien como miedo insuperable.

³³⁹ *Ibíd.* p. 406. En principio, esta eximente recuerda a una causa de inimputabilidad o incluso de ausencia de acción, por cuando el miedo es un estado psíquico que puede llevar, incluso, a la paralización total del que lo sufre. Sin embargo, el miedo al que aquí se alude es aquel que, aun afectado psíquicamente al que lo sufre, le deja una opción o posibilidad de actuación (amenazas, situación de peligro para la vida etc.); insuperable quiere decir aquí superior a la exigencia media de soportar males y peligros. La insuperabilidad del miedo es un requisito objetivo y, por lo tanto, en la medida en que el sujeto muestre una gran cobardía, no podrá apreciarse esta eximente.

³⁴⁰ Consejo Nacional de la Judicatura, *óp. cit.*, p. 117 Se entiende que quien actúa en una situación de presión motivacional excepcional ha obrado en situación de no exigibilidad, porque se entiende igualmente que el Derecho no puede exigir a nadie sobreponerse a una situación que el hombre medio no podría soportar. Por lo demás, igual que el estado de necesidad, el mal que produce el miedo ha de ser serio, real e inminente.

2.8 AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Entre las formas de autoría³⁴¹, además del autor ejecutivo individual, el Código Penal regula³⁴², la coautoría y la autoría mediata. Junto a estas, existen otras de intervención en el delito, conceptualmente distintas, y que solo en virtud de tal previsión se asimilan a aquella: la inducción y determinadas formas de participación.

La participación es accesoria, la autoría principal, ello independientemente de la pena que merezca el partícipe o el autor en el caso concreto³⁴³. La distinción entre estas tiene que buscarse en un criterio objetivo-material³⁴⁴. Este puede ser el del dominio final del acto, desarrollado a partir de la teoría final de la acción. Es autor quien domina finalmente la realización del delito³⁴⁵, es decir, quien decide en líneas generales el sí y el cómo de su realización.

³⁴¹ Muñoz Conde. Parte General, óp. cit., p.445. Este diverso tratamiento penal de las distintas personas responsables y las importantes particularidades de cada una de ellas obliga a estudiarlas separadamente, pero dentro de unas categorías dogmáticas básicas, como son los conceptos de autoría y participación.

³⁴² Código Penal 1998. Responsables Penalmente Art. 32. Incurrir en responsabilidad penal por el delito cometido, los autores, los instigadores y los cómplices. Los autores pueden ser directos o pueden ser mediatos. En los delitos culposos cada uno responde de su propio hecho”.

³⁴³ Muñoz Conde, Parte General óp. cit., p. 447. La diferenciación entre la autoría y las formas de participación accesoria responde a los llamados sistemas diferenciadores, frente a los sistemas unitarios que, renunciando al principio de accesoriidad, afirman la responsabilidad autónoma, como autores, de todos los intervinientes en el hecho punible. Aunque los sistemas unitarios podrían simplificar el tratamiento de la codelinuencia, es preferible, sin embargo, acoger un sistema diferenciador porque se adapta mejor a la regulación vigente y a los principios de legalidad e intervención mínima y porque conduce a consecuencias más justas.

³⁴⁴ *Ibíd.* p. 449. En definitiva, el criterio objetivo-material viene a precisar con mayor nitidez el concepto de realización del tipo como elemento determinante de la autoría, llevándola más allá de la simple ejecución del hecho a otras formas de realización del mismo, bien directamente, bien por medio de otro sirviéndose de él como instrumento. Este concepto, con ser ambiguo, es el más apto para delimitar quien es autor y quien es partícipe, porque, por más que sea a veces difícil precisar en cada caso quien domina realmente el acontecimiento delictivo, está claro que solo quien tenga la última palabra y decida si el delito se comete o no, debe ser considerado autor.

³⁴⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl., (1986), Manual de Derecho Penal Parte General, 5ª Ed., Ediar Sociedad Anónima Editora: Buenos Aires, p. 571. Consecuentemente, deben establecer la diferencia en meras disposiciones internas del autor, es decir en lo subjetivo. Conforme a esto, sería autor el que quiere el hecho como propio (animus auctoris). Como criterio para saber cuándo se quiere el hecho como propio se suele echar mano del interés que el autor tiene para obtener el resultado o de la voluntad que tiene en dominar el hecho.

2.8.1 CLASES DE AUTORIA

A) Autoría Directa Individual

Autor directo es el que realiza personalmente el delito. Esta forma de autoría, expresamente enunciada en el Art. 33 CP. Es la que sirve como punto de referencia a la descripción que del sujeto activo se hace en cada tipo delictivo de la parte especial. Ejemplo, Homicidio Simple Art. 128 *“El que matare a otro...”*

En el delito Violación en Menor o Incapaz como lo establece el Art. 159 CP. *“El que tuviere acceso carnal...”*, es autor directo el que realiza la acción. *Las conductas consistentes en acceso carnal son delitos de propia mano³⁴⁶ en los que solo puede ser autor en sentido estricto el que realiza la acción corporal descrita en el tipo, es decir, el acceso carnal³⁴⁷.*

B) Autoría Mediata

Se presenta cuando el agente realiza el tipo penal valiéndose de otra persona que actúa como instrumento³⁴⁸, para la ejecución de la conducta regulada en la ley; en esta forma de autoría, el dominio del hecho³⁴⁹ requiere que todo el

³⁴⁶ Mir Puig. óp. cit., p. 207. También implican una restricción de la esfera de sujetos idóneos los delitos de propia mano, que exigen contacto corporal (como lo suele afirmar respecto a los delitos sexuales).

³⁴⁷ Muñoz Conde. Parte Especial. Óp. Cit. Pág. 212. Pero nada impide que rijan aquí las reglas generales de la participación y que quepan la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad.

³⁴⁸ Velásquez V., óp. cit., p. 454. Las hipótesis más comunes son las del instrumento que actúa sin dolo, instrumento que no obra típicamente, el instrumento que actúa coaccionado. Así mismo, el instrumento que realiza su actuar conforme a derecho, y el instrumento que no posee capacidad de motivación de acuerdo con la norma.

³⁴⁹ Muñoz Conde, Parte General óp. cit., p. 450. Con un criterio objetivo-formal es difícil fundamentar este tipo de autoría y, sin embargo, es evidente que cuando alguien se sirve, como instrumento de realización del delito, de otra persona que, generalmente sin saberlo, lo ejecuta, hay que buscar un criterio que permita castigar al autor real y no a su instrumento. Este criterio no puede ser otro que el del dominio del hecho, está claro que el autor mediato es quién domina la realización del delito. Ejemplo, si el hipnotizador que obliga al hipnotizado a cometer un delito, o el que fuerza a otro con violencia o con engaño a suscribir un documento falso, realizan directamente el delito y dominan su acción.

proceso se desarrolle como obra de la voluntad rectora del “HOMBRE DE ATRÁS”, que por medio de su influencia *domina la voluntad del intermediario*. Este debe actuar en una causal de atipicidad o de justificación y, excepcionalmente, de inculpabilidad.

La Violación en Menor o Incapaz como se ha establecido, es un delito de propia mano. Por esta razón no puede realizarse la conducta típica por medio de un instrumento. Como lo establecen algunos autores³⁵⁰ como Mir Puig (1998), *en los delitos de propia mano –que requieren una realización personal- no cabe en ningún caso la autoría mediata: aquí no es posible la realización del hecho mediante un instrumento (Pág. 381)*.

C) Coautoría

Es la realización conjunta³⁵¹ de un delito por varias personas³⁵² que colaboran consciente y voluntariamente. Dentro de la coautoría puede diferenciarse entre coautoría ejecutiva y coautoría no ejecutiva³⁵³.

³⁵⁰ Zaffaroni, 5ª Ed., óp. cit., p. 579 En estos delitos, en que surge claramente del tipo que no puede ser otro el autor que el que realiza personalmente la conducta que en él se describe, es inadmisibles la autoría mediata y también el valerse de otro que no realiza conducta.

³⁵¹ Muñoz Conde, Parte General óp. cit., p. 452. Así, por ejemplo en la agresión sexual intimidatoria o mediante empleo de fuerza tan autor es el que realiza directamente el acceso carnal, como el que encañona o inmoviliza al sujeto pasivo durante el acceso. Igual en el robo tan autor es que toma el dinero, como el que mientras tanto está apuntando con su arma a la víctima. En ambos casos, al tipo del delito en cuestión (agresión sexual, robo) pertenece no solo la realización de la acción principal (acceso carnal, tomar el dinero), sino también el empleo de fuerza o intimidación.

³⁵² Velásquez V., óp. cit., p. 456. Se presenta esta forma de autoría cuando varias personas, tras la celebración de un acuerdo común, llevan a cabo un hecho de manera mancomunada, mediante una contribución objetiva a su realización; dicha figura se basa también en el dominio del hecho que aquí es colectivo y de carácter funcional.

³⁵³ Muñoz Conde, Parte General, óp. cit., p. 452. Además de las formas de coautoría ejecutiva es posible apreciar también la coautoría en los casos en que se produce un reparto de papeles entre los diversos intervinientes en la realización de un delito, de tal modo que alguno o algunos de los coautores ni siquiera están presentes en el momento de su ejecución. Por eso se hace necesario recurrir a un criterio material que supere una visión estrictamente formal de la coautoría. Y este criterio material es también aquí el del dominio funcional del hecho.

En la primera cabe distinguir, a su vez, coautoría ejecutiva directa, en la que todos los autores realizan todos los actos ejecutivos, y la coautoría ejecutiva parcial, en la que se produce un reparto de las tareas ejecutivas. Lo decisivo es que el dominio del hecho lo tienen varias personas que, en virtud del principio del reparto funcional de roles, asumen por igual la responsabilidad de su realización. Las distintas contribuciones deben considerarse, por tanto, como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente de la entidad material de su intervención³⁵⁴.

En la Violación en Menor o Incapaz Art. 159 CP. No se admite la coautoría³⁵⁵ por la naturaleza del delito; en caso que el acceso carnal lo realicen dos o más sujetos, cada uno responde individualmente por su propio hecho.

2.8.2 PARTICIPACIÓN

Es la cooperación dolosa³⁵⁶ en un delito doloso ajeno a cuya realización el partícipe contribuye³⁵⁷.

³⁵⁴ *Ibíd.* p. 452. Esto no debe entenderse, en el sentido de que basta un acuerdo previo en la realización del delito para que todos los que contraigan ese acuerdo sean ya por eso coautores del delito. El simple acuerdo de voluntades no basta. Es necesario, además, que se contribuya de algún modo a la realización del delito (no necesariamente con actos ejecutivos), de tal modo que dicha contribución pueda estimarse como un eslabón importante de todo el acontecer delictivo. A esta forma de coautoría se estaría refiriendo el Art. 33 CP. al tomar como punto de referencia de la ejecución conjunta no ya la acción de ejecutar, sino la de “realizar” el hecho.

³⁵⁵ Zaffaroni, 5ª Ed., *óp. cit.*, p. 578. Se llaman delitos de propia mano a los que solo puede cometer el autor realizando personalmente la conducta típica. El más claro de estos delitos es la Violación: Solo puede ser cometida por el que tiene acceso carnal.

³⁵⁶ Muñoz Conde. Parte General *óp. cit.* p. 455. Participación por imprudencia. La participación sólo es punible en su forma dolosa, es decir, el partícipe debe conocer y querer su participación en la realización del hecho típico y antijurídico de otra persona, que es el autor.

³⁵⁷ *Ibíd.* p. 456. Una problemática plantean los casos en los que se coopera en la realización de un delito con acciones neutrales, corrientes en la vida cotidiana, con intervenciones en un intercambio de bienes o servicios, que simultáneamente pueden incrementar las posibilidades de comisión de un delito. Por ejemplo, vender un producto tóxico a quien luego lo emplea para envenenar a otro, arrendar un piso a un grupo terrorista que planea un atentado. Si se realizan de forma dolosa, puede constituir complicidad o cooperación necesaria, punibles, como formas de participación en el delito. Algunas de ellas constituyen ya un delito en sí mismas tipificado autónomamente, como la tenencia de productos que van a utilizarse en el cultivo o producción de drogas, fabricación de instrumentos para falsificar moneda o documentos. La punibilidad de estas conductas requiere demostrar el dolo del cooperador, es decir, el conocimiento de que se presta ayuda al autor principal de un hecho delictivo.

La participación³⁵⁸ no es un concepto autónomo, sino dependiente del concepto de autor, y solo con base a este puede enjuiciarse la conducta del partícipe³⁵⁹.

2.8.2.1 FORMAS DE PARTICIPACIÓN

A) Inducción o Instigación

Es en realidad, una típica forma de participación, aunque por su entidad cualitativa el legislador a efectos de pena, cita expresamente entre las formas que también se consideran de autoría. La inducción³⁶⁰ se caracteriza porque el inductor hace surgir en otra persona (inducido) la idea de cometer un delito; pero quien decide y domina la realización del mismo es el inducido³⁶¹, de lo contrario, el inductor sería verdadero autor mediato.

En el delito Violación en Menor o Incapaz se admite la instigación. Por ejemplo, sucede el caso, en una fiesta, una joven bajo los efectos de bebidas

³⁵⁸ Velásquez V., óp. cit., p. 460. Partícipe es el que efectúa un aporte doloso en el injusto doloso de otro, trátase de una instigación o de una complicidad.

³⁵⁹ Muñoz Conde, Parte General, óp. Cit., p. 455. El delito por el que pueden ser enjuiciados los distintos intervinientes en su realización es el mismo para todos (unidad del título de imputación), pero la responsabilidad del partícipe viene subordinada al hecho cometido por el autor (accesoriedad de la participación). Si no existe un hecho por lo menos típico y antijurídico, cometido por alguien como autor, no puede hablarse de participación (accesoriedad limitada), ya que no hay porque castigar a alguien que se limita a participar en un hecho penalmente irrelevante o lícito para su autor.

³⁶⁰ Velásquez V., óp. cit., p. 462. Por "Instigación" o "Inducción", se entiende la figura en cuya virtud una persona incita, impulsa, apremia a otra a realizar el injusto doloso; de allí que el instigador sea quien se limita a provocar en el autor la resolución delictiva sin tener el dominio del hecho, lo que lo distingue del coautor. Se puede instigar mediante regalos, promesas, amenazas, violencia, coacción, provocación de error en el instigado o abusando del ascendiente o autoridad que se detenta, emitiendo consejos al agente, manifestando deseos, valiéndose de apuestas. Lo importante es que cualquiera de los medios utilizados sea idóneo y eficaz para la realización de la conducta perseguida.

³⁶¹ Muñoz Conde, Parte General, óp. cit., p. 461. La realización del acto depende del autor principal (inducido) es que si este no comienza la ejecución del delito (no hay ni siquiera acto típico), no puede castigarse al inductor salvo que su comportamiento encaje dentro de una de las formas de participación intentada especialmente punible, la proposición. No cabe la inducción por omisión ni tampoco por imprudencia. Especial interés tiene el tema del exceso del inducido. Así, por ejemplo, quien induce a alguien a matar a su enemigo, responde de la muerte de éste, pero no de la de otras personas que el inducido haya podido matar por su cuenta.

embriagantes se acerca a un grupo de amigos, y estos, aprovechándose de su estado, comienzan a “inducir” a otro para que la acceda carnalmente sin la manifestación de su voluntad.

B) Complicidad Necesaria

La punibilidad del cooperador necesario vendría determinada por la posesión de un cierto dominio del hecho (insuficiente para determinar coautoría pero suficiente para justificar la equiparación de pena con el autor), es un dominio esencialmente negativo: posibilita la comisión del delito por el autor de modo que, sin su contribución, el plan se detiene³⁶²; pero no domina positivamente el hecho; al no actualizarse su contribución en fase ejecutiva, no decide el sí y el cómo de la realización del hecho punible³⁶³.

En el delito en comento puede existir la cooperación necesaria. Por ejemplo, una menor de quince años, que los padres no suelen darle permiso de salir de su residencia, excepto cuando es acompañada de su mejor amigo –persona de confianza de la familia. Siendo tal situación del conocimiento del presunto autor que quiere accederla carnalmente, este, le solicita al amigo de confianza de la menor que la conduzca hasta donde habita para cometer el ilícito.

³⁶² *Ibíd.* p. 463. Para distinguir la cooperación necesaria de la complicidad, desde la teoría de la imputación objetiva, con base a la medida del incremento del riesgo que sus aportaciones suponen. Así sería cooperación necesaria la conducta que incrementa sustancialmente el riesgo de realización del delito por el autor por consistir en una aportación que, de ser retirada, podría desbastar el plan delictivo. En última instancia la distinción se fundamenta en criterios político-criminales de merecimiento de pena; a mayor incremento de riesgo, mayor gravedad de la conducta y mayor pena.

³⁶³ *Ibíd.* p. 462. Hay casos en los que la contribución aun siendo necesaria, al no estar integrada en el acuerdo o plan de realización, no puede entenderse como una verdadera autoría. No existe un dominio funcional del hecho, ni un reparto de papeles para la realización de las diversas tareas que condicionan la ejecución del delito, ni un plan o acuerdo previo.

C) Complicidad No Necesaria

Es una forma de participación, se deduce la caracterización negativa de la complicidad, en el sentido que es cómplice aquel cuya contribución al delito no pueda calificarse ni de autoría, ni de inducción, ni de cooperación necesaria³⁶⁴. Pero ello no significa que cualquier acto de favorecimiento de un delito sea merecedor de la pena prevista para la complicidad: la conducta habrá de tener alguna eficacia causal, aunque sea mínima en el comportamiento del autor, y reunir, además, una cierta peligrosidad³⁶⁵.

En el ilícito en mención, existe complicidad no necesaria cuando un sujeto colabora, siendo esto, que la comisión del delito podría facilitarse. Como sucede con la persona que presta su vehículo para transportar a la víctima o la casa donde se cometerá el hecho punible.

Para diferenciar las formas de complicidad antes mencionadas, podemos hacer uso de la Teoría de Los Bienes Escasos³⁶⁶. Según esta, se es cómplice necesario, cuando se aporta en la comisión del hecho del autor un bien escaso.

³⁶⁴ Trejo, Miguel Alberto, Derecho Penal Parte General, óp. cit., p. 487. La complicidad es aquella conducta que tiene alguna relación con el delito y no consiste ni en tomar parte directa en su ejecución ni en forzar o inducir a otro a ejecutarlo ni en cooperar necesariamente en la producción del resultado.

³⁶⁵ Muñoz Conde, Parte General, óp. cit., p. 464. La conducta del cómplice ha de ser peligrosa de manera que, represente un incremento relevante de las posibilidades de éxito del autor y, con ello, las de puesta en peligro o lesión de un bien jurídico. Ello incurrirá cuando, en el momento previo a la acción del cómplice, sea previsible que, con su aportación, la comisión del delito sea más rápida, más segura, o más fácil, o el resultado lesivo más intenso que sin ella.

³⁶⁶ Trejo, Derecho Penal Parte General, óp. cit., p. 487. Según esta teoría, se es autor, comprendiendo en el término al partícipe necesario, cuando el agente del delito aporta en su comisión un bien escaso. Sí así sucede, el partícipe debe calificarse como cómplice simple. Gimbernat no se interesa mayormente por deslindar qué conductas quedan comprendidas en el delito y cuáles fuera, toda vez que con las teorías antes analizadas ello es determinable. Lo que interesa preferentemente es fijar criterios rectores, lo más aprehensibles y seguros posibles, que permitan al juez diferenciar la autoría de la complicidad, terreno en el cual, a su juicio, las demás doctrinas no han tenido éxito. Este criterio sería el siguiente: si el partícipe coopera el delito con un objeto difícil de obtener, con uno con que el autor material no dispone (bien escaso), es coautor prescindiendo de sí, por un azar o realizando un serio esfuerzo, el autor material habría podido o no obtener después el bien que el cooperador necesario le proporciona. En cambio, si lo que entrega es algo que abunda, algo que cualquiera puede conseguir, entonces la conducta es de complicidad.

Por consiguiente, el partícipe que aporte un bien que está al alcance o es fácil de obtener, debe calificarse como cómplice no necesario.

2.9 CONCURSO DE DELITOS

En ocasiones uno o varios comportamientos humanos, acciones u omisiones, pueden dar lugar a la comisión de diversos delitos, esto se denomina concurso de delitos³⁶⁷, que tradicionalmente se estructura en concurso ideal y concurso real³⁶⁸.

Con la realización de la acción descrita en el tipo penal Violación en Menor o Incapaz se puede presentar un problema concursal, sea real o ideal.

2.9.1 CONCURSO IDEAL

Unidad de acción y pluralidad de delitos.

Cuando una sola acción infringe varias disposiciones legales o varias veces la misma disposición, es decir, con una sola acción se cometen varios tipos delictivos homogéneos o heterogéneos surge el llamado concurso ideal o

³⁶⁷ Plasencia V., óp. cit., p. 226. Es conveniente señalar que existe una gran diferencia entre la acción y el movimiento corporal, es decir, la acción no implica necesariamente un solo movimiento corporal, sino que puede estar compuesta por una multiplicidad de éstos, por lo que será necesario delimitar los factores que sirven de base para fijar el concepto de unidad de acción. La dogmática imperante considera los factores inicial y normativo como parámetros para efectuar dicha distinción, el primero se refiere a la dirección de la voluntad y a los efectos que ésta produce, es decir, determinar si se pretende un movimiento o varios movimientos corporales. En tanto el factor normativo alude a la estructura del tipo delictivo, en tal virtud aun cuando el factor final sea el mismo, alguno de los movimientos corporales puede dar lugar a la realización de diversos tipos penales.

³⁶⁸ Muñoz Conde, Parte General, óp. cit., p. 485. Sin embargo, en las reglas especiales para la determinación de la pena se incluyen distintos supuestos que van más allá de la tradicional división entre concurso real y concurso ideal, que, prácticamente, solo se refieren a los casos, de unidad de acción y pluralidad de delitos (concurso ideal) y de pluralidad de acciones y de delitos (concurso real). Junto a ellos existen otros de pluralidad de acciones y unidad de delitos (delito continuado y delito en masa) y de pluralidad de acciones y de delitos, pero tratada como si de un concurso ideal se tratase (concurso ideal impropio).

formal³⁶⁹. Evidentemente no puede valorarse igual una acción que produce un solo delito con otra que realiza varios, porque en este caso, la aplicación de uno solo de los tipos delictivos no agotaría la valoración plena de la actuación delictiva, solo la aplicación de todos³⁷⁰.

Al realizar acceso carnal en menor de quince años o Incapaz se configura el ilícito regulado en el art. 159 CP, pero con la realización de esa misma acción también es posible que se produzcan lesiones, como el contagio de alguna enfermedad de transmisión sexual según lo establecido en el Art. 142 CP.

2.9.2 CONCURSO REAL

Pluralidad de acciones y de delitos. También se le denomina concurso material, sustancial, efectivo o concurrencia de una pluralidad de hechos. Se da cuando existen varias acciones o hechos, cada uno constitutivo de un delito autónomo, separados espacio y temporalmente³⁷¹.

³⁶⁹ Plasencia V., óp. cit., p. 229. La teoría considera los elementos del concurso ideal (o concurso formal) mediante la identificación de “una conducta con la que se infringen varias disposiciones legales o varias veces la misma disposición”. Al respecto, Porte-Petit, adoptando la denominación de concurso formal retoma la distinción entre homogéneo y heterogéneo, y señala como elementos distintivos de cada uno de ellos, en el caso del primero: una conducta, varias lesiones jurídicas iguales y que éstas sean compatibles entre sí, respecto del segundo: una conducta, varias lesiones jurídicas distintas y que sean compatibles entre sí. Por otra parte, la doctrina identifica respecto del concurso ideal el llamado heterogéneo y el homogéneo, el primero se produce cuando el hecho o acto realizado produce delitos distintos, es decir, una misma acción vulnera dos o más preceptos legales, mientras que el segundo se presenta cuando los delitos cometidos son iguales, es decir una acción infringe varias veces el mismo precepto legal.

³⁷⁰ *Ibíd.* p. 230. El concurso ideal surge cuando el autor vulnera mediante una misma acción varias leyes penales o varias veces la misma ley penal, definición que retoma los dos elementos básicos del concurso ideal, la unidad de acción o de conducta, y la pluralidad de infracciones a la ley.

³⁷¹ *Ibíd.* p. 232. Nos parece que una idea de concurso real, debe retomar los elementos siguientes: a) Una pluralidad de acciones. Es decir diversos comportamientos humanos penalmente relevantes, que resulten típicos, por lo que no basta un simple actuar, sino un actuar acorde con lo previsto en un tipo penal. b) Que las acciones provengan de un mismo sujeto. Es necesario que los diversos comportamientos típicos provengan del mismo sujeto, en caso contrario estaríamos ante una pluralidad de autores y no ante el concurso ideal. c) Que resulten comisivas de varios delitos. Los comportamientos típicos realizados por el mismo sujeto, deben resultar congruentes con lo dispuesto en varios tipos penales y en consecuencia concretar su contenido.

Para el caso del tipo penal en estudio que no se requiere violencia para que sea constitutivo de delito, podría suceder que una persona, para neutralizar a la víctima la golpee en la cabeza causándole graves lesiones y posteriormente proceda a realizar el acceso carnal; el sujeto activo ejecuto dos conductas ilícitas separadas en espacio y tiempo.

La Distinción entre el concurso ideal y real deriva de acciones desplegadas por el sujeto: el primero se refiere a una sola acción a partir de la cual se cometen varios delitos, mientras el segundo implica la presencia de pluralidad de acciones a partir de las cuales se cometen varios delitos.

2.10 DERECHO COMPARADO

Es una disciplina³⁷² que verifica semejanzas y diferencias de diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo, con el propósito de comprender y mejorar el sistema jurídico de un determinado Estado. La comparación consiste en una operación lógica³⁷³ que supone el estudio analítico de los ordenamientos de la que emerge una valoración crítica que contiene un juicio.

El Derecho Comparado facilita la comprensión de la naturaleza del derecho, como la de su desenvolvimiento. Utilizando el método comparativo, se pueden identificar los factores que realmente han dado lugar a una verdadera

³⁷² Diccionario Jurídico Enciclopédico. Edición 2005. El derecho comparado consiste en el estudio de las diversas instituciones jurídicas a través de las legislaciones positivas vigentes en distintos países.

³⁷³ Morineau Marta., *Evolución de la Familia Jurídica Romano-Canónica: El Derecho Comparado*, p. 21 Para los profesores alemanes Konrad Zweigert y Hein Kotz, el nombre derecho comparado hace alusión a una actividad intelectual que tiene por objeto al derecho y por método a la comparación. Agregan que se pueden comparar diferentes reglas o normas de un sistema legal específico, pero que el alcance del derecho comparado es más amplio, y uno debe tener en mente, además de la comparación de instituciones de un determinado derecho nacional, el aspecto internacional de la disciplina, en otras palabras, el derecho comparado implica también la comparación entre los diferentes sistemas jurídicos del mundo.

Innovación jurídica en el interior de un grupo social determinado. También se podrá apreciar cuando una norma jurídica, se adopta de un sistema a otro³⁷⁴.

Para tener una mejor comprensión de la regulación del delito Violación en Menor o Incapaz, nos remitiremos a legislaciones jurídico penales que tipifican dicha conducta y así desarrollar una comparación –semejanzas y diferencias– en los siguientes países:

³⁷⁴ *Ibíd.* p. 25. De tal forma, es posible distinguir, con mayor precisión, los factores que favorecen el desarrollo jurídico, que aquellos que lo obstaculizan. Aun cuando no se amplíe nuestro conocimiento de las fuentes formales del derecho, mejorará la percepción que tenemos de los hechos que incidieron en su creación. A través del conocimiento de la historia de esos hechos, el derecho comparado ayudará al legislador en su quehacer, lo que le permitirá discernir hasta qué punto son, y cuáles deben ser los elementos susceptibles de ser trasplantados de otro sistema u otros sistemas y prever si es razonable adoptar las soluciones extranjeras, con o sin modificaciones.

DERECHO COMPARADO	
TIPOLOGÍA EL SALVADOR	ESTRUCTURA DEL TIPO
<p><u>ART. 159 VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ</u> El que tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con menor de quince años de edad o con otra persona aprovechándose de su enajenación mental, de su estado de inconsciencia o de su incapacidad de resistir, será sancionado con prisión de catorce a veinte años.</p> <p>Quien mediante engaño coloque en estado de inconsciencia a la víctima o la incapacite para resistir, incurrirá en la misma pena, si realiza la conducta descrita en el inciso primero de este artículo³⁷⁵.</p>	<p>ELEMENTOS OBJETIVOS</p> <p><u>-Acción:</u> Realizar acceso carnal por vía vaginal o anal. <u>-Sujeto Activo:</u> Indeterminado <u>-Sujeto Pasivo:</u> debe reunir determinadas características especiales “menor de 15 años, persona con enajenación mental, estado de inconsciencia o incapacidad de resistir” <u>-Bien Jurídico:</u> Libertad sexual, intangibilidad o indemnidad sexual. <u>-Nexo Causal:</u> No cuenta con un nexo causal porque con la realización de la acción se da por consumado el ilícito. <u>-Resultado:</u> Es un delito de Mera Actividad, no existe producción de un resultado material. <u>-Medio:</u> Engaño. <u>-Tiempo:</u> Indeterminado. <u>-Lugar:</u> Indeterminado. <u>-Objeto:</u> menor de 15 años, persona con enajenación mental, estado de inconsciencia o incapacidad de resistir.</p> <p>Pena de prisión: de 14 a 20 años</p> <p>ELEMENTO SUBJETIVO Dolo Directo de Primer Grado</p> <p>ELEMENTO SUBJETIVO DISTINTO DEL DOLO Animo lúbrico o lascivo</p> <p>ELEMENTOS NORMATIVOS Incapaz, enajenación mental, estado de inconsciencia, incapacidad de resistir.</p>

³⁷⁵ CÓDIGO PENAL DE EL SALVADOR, Decreto N° 1030 dado en el Salón Azul del Palacio Legislativo, San Salvador, a los 26 días del mes de abril de 1997. Reformado por D. L. N° 210, de fecha 25 de noviembre de 2003, Asamblea Legislativa de la República de El Salvador.

PAIS	TIPOLOGIA	SEMEJANZAS	DIFERENCIAS
M E X I C O	<p>Artículo 266.- Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena: I.- Al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad; II.- Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; y III.- Al que sin violencia y con fines lascivos introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo, sea cual fuere el sexo de la víctima. Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentará hasta en una mitad³⁷⁶.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Es un delito de acción ▪ Sujeto activo: Cualquier persona ▪ Bien Jurídico: Libertad e Indemnidad Sexual ▪ Delito de mera actividad ▪ Es un tipo doloso ▪ La conducta puede ser realizada por vía vaginal o anal ▪ Animo lubrico o lascivo ▪ Se regula a los menores e Incapaces, en tipos independientes de la violación. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Sujeto Pasivo: menores de 12 años. Personas sin capacidad de comprender y que no puedan resistir el hecho ▪ Si se ejerce violencia se agrava la pena. ▪ Acceso carnal vía bucal. ▪ Pena de prisión de ocho a catorce años. ▪ Elemento Normativo: capacidad de comprender. ▪ Sin epígrafe.

³⁷⁶ CÓDIGO PENAL FEDERAL, Publicado en el D. O. de la Federación el 14 de agosto de 1931. Texto Vigente Última Reforma Publicada DOF23-01-09.

PAIS	TIPOLOGIA	SEMEJANZAS	DIFERENCIAS
<p style="text-align: center;">G U A T E M A L A</p>	<p>Art. 173 Violación. Quien, con violencia física o psicológica, tenga acceso carnal vía vaginal, anal o bucal con otra persona, o le introduzca cualquier parte del cuerpo u objetos, por cualquiera de las vías señaladas, u obligue a otra persona a introducirse a sí misma, será sancionado con pena de prisión de ocho a doce años.</p> <p>Siempre se comete este delito cuando la víctima sea una persona menor de catorce años de edad, o cuando sea una persona con incapacidad volitiva o cognitiva, aun cuando no medie violencia física o psicológica.</p> <p>La pena se impondrá sin perjuicio de las penas que puedan corresponder por la comisión de otros delitos³⁷⁷.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Es un delito de acción ▪ Sujeto activo: Cualquier persona ▪ Es un tipo doloso ▪ La conducta puede ser realizada por vía vaginal o anal ▪ Bien Jurídico: Libertad e Indemnidad Sexual ▪ Delito de mera actividad ▪ Animo lubrico o lascivo 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Se regula dentro del delito de violación simple. ▪ Sujeto Pasivo: menores de 14 años y personas con incapacidad volitiva o cognitiva. ▪ Acceso carnal vía bucal y la introducción de cualquier parte del cuerpo u objetos. ▪ Pena de prisión de ocho a doce años. ▪ Medio indeterminado ▪ Elemento Normativo: incapacidad volitiva o cognitiva.

³⁷⁷ CÓDIGO PENAL DE GUATEMALA, Decreto N° 17-73 dado en el Palacio del Organismo Legislativo, en la Ciudad de Guatemala, a los 5 días del mes de julio de 1973. Reformado el Título III y Capítulo I por los artículos 26 y 27 del Decreto 9-2009 del Congreso de la República de fecha 18-02-2009.

PAIS	TIPOLOGIA	SEMEJANZAS	DIFERENCIAS
H O N D U R A S	<p>Art. 140. Constituye delito de violación: El acceso carnal con persona de uno u otro sexo mediante violencia o amenaza de ocasionarle al sujeto pasivo, (...).</p> <p>Para efectos de este artículo se entenderá por acceso carnal, el que se tenga por vía vaginal, anal o bucal (...).</p> <p>Son casos especiales de violación el acceso carnal con persona de uno u otro sexo cuando sin mediar violencia o amenaza, concurra cualquiera de las circunstancias siguientes. Tales casos serán sancionados con pena de quince (15) a veinte (20) años de reclusión y son los siguientes:</p> <p>1) Cuando la víctima sea menor de catorce (14) años de edad;</p> <p>2) Cuando la víctima se halle privada de razón o de voluntad o cuando por cualquier causa no pueda oponer resistencia;</p> <p>3) Cuando el sujeto activo para cometer el delito de violación intencionalmente disminuya o anule la voluntad de la víctima utilizando para ello sustancias psicotrópicas o estupefacientes, incluyendo alcohol o cometió la violación encontrando al sujeto pasivo en la situación anterior (...)³⁷⁸.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Es un delito de acción ▪ Sujeto activo: Cualquier persona. Este puede intencionalmente disminuir o anular la voluntad de la víctima. ▪ Bien Jurídico: Libertad e Integridad Sexual ▪ Delito de mera actividad ▪ La conducta puede ser realizada por vía vaginal o anal ▪ Es un tipo doloso ▪ Animo lubrico o lascivo 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Se regula en el delito de violación como un caso especial. ▪ Sujeto Pasivo: menores de 14 años, persona privada de razón o de voluntad o no pueda oponer resistencia. ▪ Medio determinado: sustancias psicotrópicas y alcohol ▪ Acceso carnal vía bucal. ▪ Pena de reclusión de quince a veinte años. ▪ Elemento Normativo: privada de razón o de voluntad.

³⁷⁸ CÓDIGO PENAL DE HONDURAS, Decreto 144-83, dado en la Ciudad de Tegucigalpa, Distrito Central, en el Salón de Sesiones del Congreso Nacional, a los 23 días del mes de agosto de 1983. Título II, Delitos contra la Libertad e Integridad Física, Psicológica y Sexual de las Personas. Capítulo I, Artículos 140, 141, 142, 143, 144, Capítulo II, Delitos de Explotación Sexual Comercial, 145, 148, 149, 149-A, 149-B, 149-C, 149-D, 149-E, 150, 151, 152, 153, 154, 154-A y 154-B, Violación, Estupro, Ultraje al Pudor, Rapto. Reformados, Derogados y Adicionados por Decreto 234-2005 de fecha 1 de septiembre de 2005, publicado en el D. O. La Gaceta No.30,920 de fecha 4 de febrero de 2006 .

PAIS	TIPOLOGIA	SEMEJANZAS	DIFERENCIAS
N I C A R A G U A	<p>Art. 168 Violación a menores de catorce años Quien tenga acceso carnal o se haga acceder con o por persona menor de catorce años o quien con fines sexuales le introduzca o la obligue a que se introduzca dedo, objeto o instrumento por vía vaginal, anal o bucal, con o sin su consentimiento, será sancionado con pena de doce a quince años de prisión.</p> <p>Art. 169 Violación agravada Se impondrá la pena de doce a quince años de prisión cuando:</p> <p>c) Cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad o discapacidad física o psíquica para resistir, o se trate de una persona embarazada o mayor de sesenta y cinco años de edad³⁷⁹.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Es un delito de acción ▪ Sujeto activo: Cualquier persona ▪ Es un tipo doloso ▪ La conducta puede ser realizada por vía vaginal o anal ▪ Bien Jurídico: Libertad e Indemnidad Sexual ▪ Delito de mera actividad ▪ Animo lubrico o lascivo ▪ El delito de violación en menores se regula en un tipo autónomo. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Sujeto Pasivo: menores de 14 años, Persona especialmente vulnerable en razón de enfermedad o discapacidad física o psíquica para resistir, embarazada y mayor de 65 años - en un tipo agravado- ▪ Acceso carnal vía bucal y la introducción de dedos u objetos. ▪ Pena de prisión de doce a quince años. ▪ Medio indeterminado ▪ Elemento Normativo: enfermedad o discapacidad física o psíquica para resistir. ▪ La norma hace referencia a "Quien..." ▪ Incluye la conducta "hacerse acceder"

³⁷⁹ CÓDIGO PENAL DE NICARAGUA. Ley N° 641, dado en la ciudad de Managua, en la SALA DE SESIONES DE LA ASAMBLEA NACIONAL, a los 13 días del mes de noviembre del año 2007.

PAIS	TIPOLOGIA	SEMEJANZAS	DIFERENCIAS
C O S T A R I C A	<p>Violación Art. 156.- Será sancionado con pena de prisión de diez a dieciséis años, quien se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona de uno u otro sexo, en los siguientes casos:</p> <p>1) Cuando la víctima sea menor de trece años.</p> <p>2) Cuando se aproveche de la vulnerabilidad de la víctima o esta se encuentre incapacitada para resistir.</p> <p>3) Cuando se use la violencia corporal o intimidación.</p> <p>La misma pena se impondrá si la acción consiste en introducirle a la víctima uno o varios dedos, objetos o animales, por la vía vaginal o anal, o en obligarla a que se los introduzca ella misma.</p> <p>³⁸⁰</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Es un delito de acción ▪ Sujeto activo: Cualquier persona ▪ Es un tipo doloso ▪ La conducta puede ser realizada por vía vaginal o anal ▪ Bien Jurídico: Libertad e Indemnidad Sexual ▪ Delito de mera actividad ▪ Animo lubrico o lascivo 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Sujeto Pasivo: menor de trece años, persona vulnerable o incapacitada para resistir. ▪ Se realiza vía oral. ▪ El sujeto activo es descrito por "Quien". ▪ La conducta incluye a quien se haga acceder. ▪ Con persona de uno u otro sexo ▪ Pena de prisión de diez a dieciséis años. ▪ Medio indeterminado ▪ Elemento Normativo: vulnerable o incapacitada de resistir.

³⁸⁰ CÓDIGO PENAL DE COSTA RICA, Artículo 156, Así reformado mediante el artículo 1° de la Ley "Fortalecimiento de la Lucha Contra La Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad mediante la reforma y adición de varios artículos al Código Penal, Ley N° 4573, y reforma de varios artículos del Código Procesal Penal, Ley N° 7594"; ley N° 8590 del 18 de julio del 2007.

PAIS	TIPOLOGIA	SEMEJANZAS	DIFERENCIAS
P A N A M Á	<p>Artículo 175. Las conductas descritas en el artículo anterior, aun cuando no medie violencia o intimidación, serán sancionadas con prisión de diez a quince años si el hecho se ejecuta:</p> <p>1. Con persona que tenga menos de catorce años de edad.</p> <p>2. Con persona privada de razón o de sentido o que padece enfermedad o tenga discapacidad física o mental que le impida consentir o que, por cualquier otra causa, no pueda resistir el acto.</p> <p>3. Abusando de su posición, con una persona que se encuentre detenida o confiada al autor para que la custodie o conduzca de un lugar a otro.</p> <p>4. En una persona que por su edad no pueda consentir o resistir el acto³⁸¹.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Es un delito de acción ▪ Sujeto activo: Cualquier persona ▪ Es un tipo doloso ▪ La conducta puede ser realizada por vía vaginal o anal ▪ Bien Jurídico: Libertad e Indemnidad Sexual ▪ Delito de mera actividad ▪ Animo lubrico o lascivo ▪ Es un tipo autónomo, se regula fuera del delito de violación simple 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Sujeto Pasivo: menor de catorce años de edad, privado de razón o de sentido con enfermedad, discapacidad física, mental, sin consentir o resistir el acto. ▪ Pena de prisión de diez a quince años. ▪ Medio indeterminado ▪ Elemento Normativo: privada de razón, sentido, discapacidad física o mental. ▪ Sin epígrafe.

³⁸¹ CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ, adoptado por la Ley 14 de 2007, con las modificaciones y adiciones introducidas por la Ley 26 de 2008, la Ley 5 de 2009, la Ley 68 de 2009 y la Ley 14 de 2010.

PAIS	TIPOLOGIA	SEMEJANZAS	DIFERENCIAS
C O L O M B I A	<p>Art. 207. Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir. El que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.</p> <p>Si se ejecuta acto sexual diverso del acceso carnal, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años.</p> <p>Art. 208. Acceso carnal abusivo con menor de catorce años. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.</p> <p>Art. 210. Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir. El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.</p> <p>Si no se realizare el acceso, sino actos sexuales diversos de él, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años.³⁸²</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Es un delito de acción ▪ Sujeto activo: Cualquier persona ▪ Sujeto pasivo: persona con incapacidad de resistir, estado de inconsciencia -ya sea que la encuentre o la coloque en ese estado-. ▪ Bien Jurídico: Libertad e Indemnidad Sexual ▪ Delito de mera actividad ▪ Es un tipo doloso ▪ La conducta puede ser realizada por vía vaginal o anal ▪ Animo lubrico o lascivo ▪ El delito de violación en menor se regula en un tipo autónomo. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Sujeto Pasivo: menores de 14 años. Con incapacidad de resistir o estado de inconsciencia y en condiciones de inferioridad psíquica – reguladas en el tipo de violación simple-trastornado mentalmente -tipo autónomo-. ▪ Acceso carnal vía bucal y ejecutar actos sexuales diversos al acceso carnal. ▪ Pena de prisión de doce a veinte años. ▪ Medio indeterminado ▪ Elemento Normativo: Incapacidad de resistir, estado de inconsciencia, inferioridad psíquica, trastorno mental.

³⁸² CÓDIGO PENAL COLOMBIANO, Ley 599 de 2000. Publicada en el D. O. N° 44.097 del 24 de Julio de 2000. Art. 207 Modificado por el Art. 3 de la Ley 1236 de 2008. Art. 208 Modificado mediante el Art. 4 de la Ley 1236 de 2008.

PAIS	TIPOLOGIA	SEMEJANZAS	DIFERENCIAS
C H I L E	<p>Art. 361. La violación será castigada con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio. Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de catorce años, en alguno de los casos siguientes:</p> <p>1º Cuando se usa de fuerza o intimidación.</p> <p>2º Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponerse.</p> <p>3º Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.</p> <p>Art. 362. El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concorra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior³⁸³.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Es un delito de acción ▪ Sujeto activo: Cualquier persona ▪ Sujeto Pasivo: enajenado mental ▪ Es un tipo doloso ▪ La conducta puede ser realizada por vía vaginal o anal ▪ Bien Jurídico: Libertad e Indemnidad Sexual ▪ Delito de mera actividad ▪ Animo lubrico o lascivo ▪ El delito de violación en menor se regula en un tipo autónomo. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Sujetos pasivos: Persona privada de sentido, o con incapacidad para oponerse, trastorno mental –regulación dentro del delito de violación simple- y menores de 14 años ▪ Acceso carnal bucal. ▪ Medio indeterminado ▪ Elemento Normativo: privada de sentido, o con incapacidad para oponerse, enajenación, trastorno mental ▪ Pena³⁸⁴: Pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio, en caso de los incapaces y pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados, para los menores de 14 años. ▪ Sin epígrafe

³⁸³ CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE, 12 de noviembre de 1874, Imprenta la República, Santiago de Chile. Última modificación 05 de julio de 2016 Ley 20931.

³⁸⁴ Código Penal, Noviembre 12 de 1874. Santiago Chile. Art. 21.

PAIS	TIPOLOGIA	SEMEJANZAS	DIFERENCIAS
P U E R T O R I C O	<p>Artículo 130.- Agresión sexual. Será sancionada con pena de reclusión por un término fijo de cincuenta (50) años, más la pena de restitución, salvo que la víctima renuncie a ello, toda persona que a propósito, con conocimiento o temerariamente lleve a cabo, o que provoque que otra persona lleve a cabo, un acto orogenital o una penetración sexual vaginal o anal ya sea ésta genital, digital, o instrumental, en cualquiera de las circunstancias que se exponen a continuación:</p> <p>(a) Si la víctima al momento del hecho no ha cumplido dieciséis (16) años de edad, salvo cuando la víctima es mayor de catorce (14) años y la diferencia de edad entre la víctima y el acusado es de cuatro (4) años o menos.</p> <p>(b) Si por enfermedad o incapacidad mental, temporal o permanentemente, la víctima está incapacitada para comprender la naturaleza del acto en el momento de su relación.</p> <p>(c) Si la víctima fue compelida al acto mediante el empleo de fuerza física, violencia, intimidación o amenaza de grave o inmediato daño corporal.</p> <p>(d) Si a la víctima se le ha anulado o disminuido sustancialmente, sin su conocimiento, su capacidad de consentir a través medios hipnóticos, narcóticos, deprimentes o estimulantes o de sustancias o medios similares.</p> <p>(e) Si a la víctima se le obliga o induce mediante maltrato, violencia física o psicológica a participar o involucrarse en una relación sexual no deseada con terceras personas. Será sancionada con pena de reclusión por un término fijo de veinticinco (25) años, más la pena de restitución (...)</p> <p>(f) Si al tiempo de cometerse el acto, la víctima no tuviera conciencia de su naturaleza y esa circunstancia fuera conocida por el acusado.³⁸⁵ (...)</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Es un delito de acción ▪ Sujeto activo: Cualquier persona ▪ Es un tipo doloso ▪ La conducta puede ser realizada por vía vaginal o anal ▪ Bien Jurídico: Libertad e Indemnidad Sexual ▪ Delito de mera actividad ▪ Animo lubrico o lascivo ▪ medio determinado 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Se regula dentro del delito de violación simple y agravada. ▪ Sujeto Pasivo: menores de 16, con enfermedad o incapacidad mental, temporal o permanentemente, incapacitada para comprender, sin conciencia la naturaleza del acto. ▪ Acto orogenital. ▪ Medios: hipnóticos, deprimentes, o sustancias similares. ▪ Elemento Normativo: Enfermedad o incapacidad mental, temporal o permanentemente. Estado de inconsciencia. ▪ Pena: de cincuenta años para menores de 16 y personas con incapacidad mental. Pena de veinticinco años para personas en estado de inconsciencia.

³⁸⁵ CÓDIGO PENAL DE PUERTO RICO, Ley 146-2012, aprobado el 30 de julio de 2012. Enmendado por la ley 246-2014, aprobado el 26 de diciembre de 2014.

PAIS	TIPOLOGIA	SEMEJANZAS	DIFERENCIAS
<p style="text-align: center;">R E P Ú B L I C A D O M I N I C A N A</p>	<p>Artículo 130. Violación. Constituye violación todo hecho de penetración sexual perpetrado por una persona contra otra por la vagina, el ano o la boca, mediante violencia, constreñimiento, amenaza, sorpresa, engaño o por cualquier otro medio que invalide o anule la voluntad de la víctima.</p> <p>Artículo 133. Sanción por violación. La violación será sancionada con veinte a treinta años de prisión mayor y multa de veinte a treinta salarios mínimos del sector público en los casos siguientes: 1) Si causa mutilación, lesión o incapacidad permanente de la víctima; 2) Si la víctima es un niño, niña o adolescente; 3) Si la víctima es una persona vulnerable en razón de su avanzada edad, enfermedad, incapacidad, deficiencia física o psíquica o estado de embarazo, siempre que esta situación sea aparente o conocida por el autor; 4) Si el autor es una persona que abusa de la autoridad que le confieren sus funciones; 5) Si hay pluralidad de personas en calidad de autor o de cómplice; 6) Si se usa o amenaza usar de un arma; 7) Si la víctima ha sido puesta en contacto con el autor por la difusión de mensajes destinados a un público no determinado o a través del ciberespacio o de una red de telecomunicación.³⁸⁶</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Es un delito de acción ▪ Sujeto activo: Cualquier persona ▪ Bien Jurídico: Libertad e Indemnidad Sexual ▪ Delito de mera actividad ▪ Es un tipo doloso ▪ La conducta puede ser realizada por vía vaginal o anal ▪ Animo lubrico o lascivo ▪ Medio determinado 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Sujeto Pasivo: niño, niña o adolescente y persona vulnerable por avanzada edad, enfermedad, incapacidad, deficiencia física o síquica o estado de embarazo. ▪ Acceso carnal vía bucal. ▪ Si la víctima es contactada por la difusión de mensajes a público indeterminado o del ciber espacio o red de telecomunicaciones. ▪ Pena: de veinte a treinta años de prisión mayor y multa de veinte a treinta salarios mínimos del sector público ▪ Medio: violencia, constreñimiento, amenaza, sorpresa, engaño u otro que invalide o anule la voluntad de la víctima. ▪ Elemento Normativo: adolescente, incapacidad, deficiencia física o psíquica.

³⁸⁶ CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA. Ley No. 550-14. Dada en la Sala de Sesiones de la Cámara de Diputados, Palacio del Congreso Nacional, en Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, capital de la República Dominicana, a los dieciséis días del mes de diciembre del año dos mil catorce.

PAIS	TIPOLOGIA	SEMEJANZAS	DIFERENCIAS
E S P A Ñ A	<p>Artículo 181. De los abusos sexuales. 1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses. 2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto. 3. (...). 4. En todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.</p> <p>Artículo 183. 1. El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años. 2. Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación, el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión. Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo. 3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1, y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2³⁸⁷.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Es un delito de acción ▪ Sujeto activo: Cualquier persona ▪ Bien Jurídico: Libertad e Indemnidad Sexual ▪ Delito de mera actividad ▪ Es un tipo doloso ▪ La conducta puede ser realizada por vía vaginal o anal ▪ Animo lubrico o lascivo ▪ Se regula a los menores e Incapaces, en tipos independientes de la violación simple. ▪ Medio determinado 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Sujeto Pasivo: menores de 16 años. Personas privadas de sentido o trastorno mental, los que les anulan la voluntad por el uso de fármacos, etc. ▪ Acceso carnal vía bucal y abusos sexuales. ▪ Pena de prisión de cuatro a diez años en personas que se hallen privada de sentido o trastorno mental. Y de ocho a doce años de prisión en menores de 16 años. ▪ Medio: fármacos o drogas o sustancias natural o química. ▪ Elemento Normativo: privadas de sentido, trastorno mental. ▪ Sin epígrafe.

³⁸⁷ CÓDIGO PENAL Y LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA. Coedición del Ministerio de Justicia y la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid.

PAIS	TIPOLOGIA	SEMEJANZAS	DIFERENCIAS
A L E M A N I A	<p>176. Abuso sexual de niños Quien practique acciones sexuales en una persona menor de 14 años (niño) o permita que se practiquen en él por el niño, será castigado con pena privativa de la libertad de seis meses hasta diez años. Será castigado con pena privativa de la libertad de hasta de cinco años o con multa, quien 1. Practique acciones sexuales ante un niño 2. Determine a un niño a que practique acciones sexuales consigo mismo, o, 3. Influya sobre un niño por medio de la presentación de ilustraciones o representaciones pornográficas o por dispositivos sonoros de contenido pornográfico o por conversaciones en el mismo sentido.</p> <p>179. Abuso sexual de personas incapaces de resistir Quien abuse de otra persona que a causa de una enfermedad o discapacidad mental o psíquico, inclusive una enfermedad de adicción o a causa de una profunda perturbación en la conciencia, o, físicamente es incapaz para la resistencia, practicando actos sexuales en ella, o permitiendo que se practiquen en él bajo el aprovechamiento de la incapacidad de resistencia, será castigada con pena privativa de la libertad de seis meses hasta diez años. (...) Se impondrá pena privativa de la libertad no inferior a un año, cuando: 1. el autor consume el acceso carnal con la víctima o practique o se deje practicar acciones sexuales similares que están asociadas con una penetración en el cuerpo, En casos menos graves de los incisos 1, 2 y 4 se impondrá una pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años.³⁸⁸</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Es un delito de acción ▪ Sujeto activo: Cualquier persona ▪ Es un tipo doloso ▪ Bien Jurídico: Libertad e Indemnidad Sexual ▪ Delito de mera actividad ▪ Animo lubrico o lascivo 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Sujeto Pasivo: menor de catorce años, persona con enfermedad o discapacidad mental o psíquico, enfermedad de adicción, perturbación en la conciencia, o, físicamente incapaz de resistencia. ▪ El sujeto activo es descrito por "Quien". ▪ Pena privativa de libertad de seis meses hasta diez años. ▪ Medio indeterminado ▪ Elemento Normativo: enfermedad o discapacidad mental o psíquico, enfermedad de adicción, perturbación en la conciencia, incapaz de resistencia. ▪ El abuso sexual de niños e incapaces, se regulan de forma autónoma.

³⁸⁸ CÓDIGO PENAL ALEMÁN, del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 4 de marzo de 2015.

PAIS	TIPOLOGIA	SEMEJANZAS	DIFERENCIAS
I T A L I A	<p>Art. 609 bis de la violencia sexual El que, por fuerza, amenaza o abuso de autoridad obliga a alguien a realizar actos sexuales o someterse, será castigado con prisión de cinco a diez años. La misma pena los que inducen a alguien a realizar actos sexuales o someterse a:</p> <p>1) abusar de las condiciones de inferioridad física o psíquica de la víctima en el momento del hecho; 2) engañar a la víctima por ser el culpable reemplazado por otra persona. En los casos de menor gravedad la pena es disminuida por no más de dos tercios.</p> <p>Art. 609 ter Circunstancias agravantes La pena de prisión será de seis a doce años si los actos mencionados en el artículo 609-bis son cometidos:</p> <p>1) contra una persona que no haya cumplido los catorce años; 2) con uso de armas, alcohol, estupefacientes o drogas u otros instrumentos o sustancias que dañan seriamente la salud de la víctima; 3) por persona tergiversada que simula la calidad de un funcionario público o un cargo de servicio público; 4) de la persona sujeta a limitaciones de libertad personal; 5) contra una persona que no haya cumplido dieciséis años de los que el autor sea ascendiente, el padre natural o adoptivo, tutor legal. La pena de prisión será de siete a catorce años si el acto es cometido contra una persona que no haya cumplido diez años.³⁸⁹</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Es un delito de acción ▪ Sujeto activo: Cualquier persona ▪ Es un tipo doloso ▪ Bien Jurídico: Libertad e Indemnidad Sexual ▪ Delito de mera actividad ▪ Animo lubrico o lascivo 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Sujeto Pasivo: persona con inferioridad física o psíquica, menor de catorce años, persona bajo alcohol o estupefacientes y menores de 10 años. ▪ Delitos tipificados en la violación simple y violación agravada. ▪ Conducta: obligar a alguien a realizar actos sexuales o someterse. ▪ Pena: Personas con inferioridad física o psíquica de cinco a diez años de prisión. Menores de 14 años, bajo efectos de alcohol o estupefacientes de seis a doce años de prisión. Menores de 10 años de siete a catorce años de prisión. ▪ Medio: Armas, alcohol, estupefacientes, droga, u otros. ▪ Elemento Normativo: inferioridad física o psíquica.

³⁸⁹ CÓDIGO PENAL ITALIANO, actualizado el 20 de diciembre de 2014

2.11 ANÁLISIS DEL CASO

2.11.1 SENTENCIA

Deriva del latín, *sententia*, máxima, pensamiento corto, decisión; es la resolución que pronuncia el juez o tribunal para resolver el fondo del litigio, conflicto o controversia, lo que significa la terminación normal del proceso³⁹⁰.

En nuestra cultura jurídica se requiere, como condición para el ejercicio de la función de administrar justicia³⁹¹, que las decisiones de los jueces sean fundadas en derecho, es decir, debe constituir una “derivación razonada del derecho vigente³⁹²”. La ausencia de tal requisito, puede determinar que la sentencia sea declarada nula por carecer de un elemento esencial para que pueda ser reconocida como acto jurisdiccional.

La motivación³⁹³ constituye un requisito esencial de la sentencia y su contenido debe ser expreso, claro, legítimo y lógico, para que vuelva legal la fundamentación, de modo que, guarde la validez del fallo. Es la ley, la que exige al Juzgador la descripción de los elementos constitutivos del delito, la participación atribuida al agente y las circunstancias de modo, tiempo, lugar y persona que lo ejecutó, pues de ese marco fáctico debe extraer las

³⁹⁰ Fix Zamudio, Héctor., (1992), *Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 5ª Ed., Editorial Porrúa, UNAM, México, p. 2891.

³⁹¹ Villamil Portilla, Eduardo., (2004), *Estructura de la Sentencia Judicial*, Imprenta Nacional de Colombia, p. 30. Un ordenamiento jurídico evolucionado sólo considera admisibles aquellas decisiones fundamentadas en juicios, criterios o parámetros claramente identificables que puedan ser examinados desde una perspectiva externa a la decisión misma.

³⁹² Seminario Judicial de la Federación, 6ª Época, Vol. Segundo Parte XLIX, p. 58. Interpretar la ley es desentrañar su sentido y por ello la jurisprudencia es una forma de interpretación judicial, la mayor importancia, que tiene fuerza obligatoria. En síntesis: la jurisprudencia es la obligatoria interpretación y determinación del sentido de la ley, debiendo acatarse, la que se encuentra vigente en el momento de aplicar aquella a los casos concretos.

³⁹³ Villamil P., óp. cit., p. 32. La motivación de las sentencias debe entenderse también en el sentido de justificación de las mismas, con el convencimiento de que tal justificación es la garantía de justicia o la garantía de la justicia de una decisión.

conclusiones que lo llevan a adecuar o no la conducta del imputado en un determinado tipo penal³⁹⁴.

De lo anterior se deriva que la fundamentación básicamente debe comprender: Una fundamentación probatoria descriptiva e intelectual, que plasme los elementos de prueba en que se sustenta el fallo y el valor que se les asigna a los mismos; la determinación precisa del hecho que el Tribunal considera probado, a lo que la doctrina denomina fundamentación fáctica; y las razones que explican el criterio jurídico en que se basa la subsunción de los hechos probados, al derecho que se selecciona y aplica³⁹⁵.

Por consiguiente se analizara una sentencia referente al delito Violación en Menor o Incapaz, pronunciada por el Tribunal de Sentencia del Departamento de La Unión, El Salvador.

³⁹⁴ Código Penal 1998, Requisitos de la Sentencia. Art. 395.- La sentencia se pronunciará en nombre de la República de El Salvador y contendrá: 1) La mención del tribunal, lugar y fecha en que se ha dictado, el nombre de los jueces y las partes, las generales del imputado, de la víctima y la enunciación del hecho que ha sido objeto del juicio. 2) El voto de los jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición precisa de los motivos de hecho y de derecho en que se funda. 3) La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estima acreditado. 4) La parte dispositiva con mención de las normas aplicables. 5)..."

³⁹⁵ LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA SALA DE LO PENAL 2006. SENTENCIA DEL DÍA 28/08/2006, DE LAS 10:30, SALA DE LO PENAL, DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, EL SALVADOR, p. 62. ELEMENTOS DE LA ESTRUCTURA DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LA SENTENCIA Los elementos de la estructura de la fundamentación de la sentencia son: Fundamentación Descriptiva: aquel en que se expresan resumidamente los elementos de juicio con los que se cuenta, siendo indispensable la descripción de cada elemento probatorio, mediante una referencia explícita a los aspectos más sobresalientes de su contenido, de manera que el lector pueda comprender de dónde se extrae la información que hace posible determinadas apreciaciones y conclusiones. Fundamentación Fáctica: cuando se procede a determinar la plataforma fáctica (hechos probados); conformado con el establecimiento de los hechos que positivamente se tengan como demostrados de conformidad con los elementos probatorios, que han sido legalmente introducidos al debate. Fundamentación Analítica o Intelectiva: momento en el que se analizan los elementos de juicio con que se cuenta, dejando constancia de los aspectos en que consistió la coherencia o incoherencia, la consistencia o inconsistencia, la veracidad o la falsedad del oponente, así como también deben quedar claramente expresados los criterios de valoración que se han utilizado para definir la prueba que se acoge o se rechaza. Fundamentación Jurídica: aquel en que se realiza la tarea de adecuar o no el presupuesto de hecho al presupuesto normativo.

2.11.2 RESUMEN DE LA SENTENCIA

00-2016 **TRIBUNAL DE SENTENCIA**, La Unión, a las quince horas y cuarenta minutos del día seis de abril de dos mil dieciséis.

Habiendo sido designada para conocer de la vista pública en la causa identificada con el numero 00-2016, la suscrita Juez suplente licenciada LA; en contra del imputado EZ; a quien se le atribuye la comisión del delito de VIOLACION EN MENOR O INCAPAZ, previsto y sancionado en el Art. 159 del Código Penal, en perjuicio de la menor CR, quien actualmente es de catorce años de edad; quien es representada por su padre.

Han intervenido en la vista pública de la presente causa en representación de la Fiscalía General de la Republica, las licenciadas JA, JB, mayores de edad, Abogadas, del domicilio de San Miguel; y como defensor particular el licenciado SC, mayor de edad, Abogado del domicilio de Usulután.

CONSIDERANDO

I-) La Fiscalía General de la Republica presento acusación en contra del imputado EZ, por el siguiente hecho:

Que según acusación fiscal, cuando la menor víctima, tenía once años de edad, y se encontraba sola en su casa de habitación, pasaba por el lugar el ahora imputado, quien aprovechaba las ocasiones en que no estaban los padres de la víctima para hablarle; luego se hicieron amigos por Facebook iniciando una relación de noviazgo y fue así que en el mes de mayo del dos mil catorce, como a eso de las once de la mañana, llego en dos ocasiones a la casa, aprovechándose que la víctima se encontraba sola y en esas dos ocasiones sostuvieron relaciones sexuales vía vaginal con la víctima, manifestando la victima que en un principio sintió miedo y se oponía, pero el imputado se hacia el enojado y le insistía y le decía que se dejara que no la iba a penetrar, y de esa manera consiguió convencer a la menor victima para

que tuvieran relaciones sexuales; sostiene la víctima que cuando el imputado le introdujo el pene la primera vez, ella sintió dolor, pero en la segunda ocasión el dolor disminuyó.

CALIFICACION JURIDICA DEL HECHO:

JUICIO DE TIPICIDAD:

Sobre el delito atribuido al imputado EZ, el legislador estableció para este tipo de delitos, un capítulo genérico denominado “DE LA VIOLACION Y OTRAS AGRESIONES SEXUALES” en el Título cuarto llamado “DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL” del Libro Segundo del Código Penal; del cual se desprende que el bien jurídico protegido de la Indemnidad o Intangibilidad sexual de una menor de dieciocho años de edad, esto es el derecho de estar exenta o libre de cualquier acceso carnal u otra acción de índole sexual, aún con su propio consentimiento, por no tener la madurez emocional y psíquica para tomar decisiones de ese tipo ya que ello trae como consecuencia el sufrimiento de lesiones físicas como psíquicas.

Perjuicio protegido en nuestra Constitución de la República en su Artículo 2 inciso 1; así como también en los ordenamientos jurídicos internacionales vigentes y ratificados en nuestro país.

En este sentido existe obligación tanto del estado como de la sociedad de velar por el cumplimiento y restablecimiento de algunos derechos transgredidos con el cometimiento de un ilícito penal y evitar la impunidad en caso de establecerle tanto la existencia del delito como la autoría del mismo.

En el presente caso, aunque no se haya producido violencia previa a la comisión del hecho, esta no es necesaria ya que por la edad de la víctima, su consentimiento es irrelevante a efecto de considerar alguna exclusión de responsabilidad penal.

El juicio de tipicidad, implica la labor de subsunción de la conducta probada a la descripción típica realizada por el legislador, para lo cual se hace necesario analizar el tipo penal atribuido al acusado EZ; y luego determinar si es posible vincular las acciones realizadas por el acusado a la descripción de la norma penal. Para la configuración de este delito se requiere la acreditación de los elementos objetivos y elementos subjetivos del tipo penal.

Como elementos objetivos se requiere: a) que haya un acceso carnal vía anal o vaginal con otra persona; b) que la persona accesada carnalmente sea una persona menor de 15 años; o realizado en otra persona aprovechándose de su enajenación mental, su estado de inconsciencia o de su incapacidad para resistir; c) que asimismo se coloca a la víctima en estado de inconsciencia o incapacidad para resistir el acceso carnal; e) para la ejecución de tal acto carnal no se exige una violencia física, pues la minoridad de edad o estado de incapacidad de la víctima, ya sea por enajenación mental, inconsciencia o imposibilidad de resistir; son condiciones o barreras que les convierten en indemes.

Como elemento subjetivo, se requiere: que el sujeto activo conozca que está accesando carnalmente a un o una menor de quince años de edad, o a otra persona, aprovechándose de su estado de enajenación mental, de su inconsciencia o de su incapacidad para resistir, y en forma voluntaria, decide realizar dicho acto sexual, que es lo que constituye el dolo natural.

Y es así que en el presente delito debe ser calificado como VIOLACION EN MENOR O INCAPAZ, previsto y sancionado en el Art. 159 del Código Penal, por cumplirse con los requisitos de tipo penal establecidos para este delito, como son: Comportamientos de objetivo contenido sexual como lo es el acceso carnal por vía vaginal, debiendo tener cierta gravedad y trascendencia y ser potencialmente idóneos para afectar de modo relevante la sexualidad ajena.

SOBRE LA EXISTENCIA DEL DELITO:

FUNDAMENTACION DESCRIPTIVA:

En cuanto a la existencia material del delito de VIOLACION EN MENOR O INCAPAZ, para acreditar este extremo procesal se presentó en vista pública prueba documental y pericial, la cual se incorporó por medio de su lectura de conformidad al Art. 372 del Código Procesal Penal. La suscrita juez tiene por establecido, que efectivamente se cometió un daño en la humanidad de la menor CR, especialmente con la prueba pericial consistente en:

PRUEBA PERICIAL:

1) Reconocimiento Médico Forense de genitales de fs. 20; practicado en la adolescente por el doctor YE. Dicha pericia se realizó el día doce de agosto de dos mil quince, determina que en el área genital, el himen es de tipo semilunar, y presenta laceraciones antiguos a las cuatro y ocho según la caratula del reloj. Con este peritaje realizado por la persona idónea acreditada por el Instituto de Medicina Legal, la parte fiscal establece la existencia material del delito.

2) Resultado del peritaje psicológico practicado a la víctima CR, de fs. 40; practicado por la psicóloga forense. En dicho peritaje se establece que la víctima presenta evasión, culpa, tensión, sexualidad femenina y ambiente restrictivo.

PRUEBA DOCUMENTADA:

3) Acta de denuncia interpuesta por la representante de la menor victima señora DA. agregada a fs. 9. Acta de denuncia y ampliación de la misma, interpuesta por la menor victima CR de fs. 11 y 14. Este elemento ilustra al juzgador sobre la existencia del ilícito y la forma en que fue iniciada la acción penal.

4) como prueba documental se cuenta con la certificación de la partida de nacimiento de la víctima de fs. 13. Extendida por el jefe de Registro del Estado Familiar de La Unión, con el cual se establece el elemento del tipo penal, porque se acredita que la menor víctima tenía once años de edad al momento de suceder los hechos, ya que su fecha de nacimiento es el día veintiocho de octubre del año dos mil dos.

5) Acta de inspección ocular del lugar de los hechos agregados a fs. 16; elaborada en el Barrio Concepción de esta ciudad, en la vivienda donde reside la menor víctima y su grupo familiar.

6) Acta policial de individualización del imputado EZ de fs. 17, suscrita por el agente investigador LM, con la cual se logra obtener las generales que permiten identificar al imputado.

7) Copia certificada de DUI del imputado EZ, DE fs. 77. Con el cual se acredita la identidad y datos personales del acusado.

8) Acta de fecha 16 de diciembre de dos mil quince, a fs. 68; donde consta que se realizó en esa fecha la diligencia del anticipo de prueba, consistente en la toma de la declaración en cámara Gessel.

PRUEBA TESTIMONIAL DE DESCARGO

TH quién se identifica por medio de su madre. A preguntas de la parte manifestó: “Vengo a declarar sobre la relación de EZ y CR. EZ, lo conozco desde el 2014, a la novia la conozco desde 2012; en el tiempo que CR era novia de EZ, vivía cerca de mi casa una casa distancia; le dijo en abril del 2014, no recuerda la fecha, a mediados de abril CR me comentaba muchas cosas que estaba perdidamente enamorada de EZ, ella le dijo que eran novios, a mediados de abril de 2014.

CR cumpliría 17, me mostró una partida de nacimiento fuera de su casa, yo le creía porque era una niña bien desarrollada; esa partida, a finales de abril CR

me dijo que fuera al súper selectos con ella, a dejarle a su novio la partida, se la fue a dejar al súper selectos. Sólo vi que se la entregó, él empezó a leerla y se la guardo. Íbamos al súper en unas ocasiones a comprar y en otras veces a ver a EZ. A preguntas de la fiscal manifestó: que ella estudia noveno grado en Centro Escolar Club de Leones de esta ciudad y vive con su mamá. Yo sola me voy a la escuela, no acostumbra a salir sola donde quiera, cuando quiere salir le pido permiso a su mamá. En esa oportunidad anda con su mamá, está afuera”.

NC, a preguntas de las partes manifestó: “Que se encuentra presente, porque tuve relación con una joven, CR; fuimos novios en 2014, esa relación era seria. Porque ella me pidió que fuera a pedir permiso de los padres para que no anduviéramos a escondidas y fui a pedir permiso; llegué a la casa y me recibió el padre de ella, le dije que yo andaba con ella a escondidas y le dije que si me dan permiso, él me dijo que estaba muy pequeña que tenía 13 años, el me negó el permiso y que debía seguir con sus estudios; ella me había dicho que tenía 16 años. Yo le dije a ella que me había mentido. Ella me dijo que era mentira, ella me mostró una partida de nacimiento, en el parque de la familia con una amiga. Después ya no anduvimos porque él ya no la dejó salir”.

Asimismo se incorporará, la prueba documental admitida, consistente en una certificación de partida de nacimiento de la menor CR, agregada a fs. 118, con lo cual la defensa pretendía establecer que la víctima tenía 16 años de edad y no 13, al momento de suceder los hechos, certificación que fue extendida para Registro del Estado familiar de La Unión, dónde consta que CR nació el día 28 de septiembre de 1998.

En vista de estar incorporadas en el expediente dos certificaciones con fechas de nacimiento distinta de la misma persona, la suscrita jueza solicitó como prueba para mejor proveer una nueva certificación con las explicaciones del caso al Registro del Estado Familiar, quien remitió la certificación correcta tal

como consta en el libro de partida de nacimiento, por lo que esa es la que considera válida para los efectos del presente proceso.

Con dichas pruebas documentales y periciales que fueron incorporadas por medio de lectura y que merece fe porque fueron obtenidas e incorporadas a la vista pública con respeto de la garantía de debido proceso. En este sentido, con esos elementos probatorios, se estableció la existencia material del delito de VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ.

SOBRE LA CULPABILIDAD DEL IMPUTADO

FUNDAMENTACION INTELECTIVA

En esta vista pública instalada para resolver la inculpación contra el señor EZ, procesado por el delito de VIOLACION EN MENOR O INCAPAZ, tipificado y sancionado en el Art. 159 del Código Penal, en perjuicio de la menor víctima CR, representada por su padre. La existencia material del delito de VIOLACION EN MENOR O INCAPAZ ha sido establecida por medio de pruebas documentales y periciales introducidas por medio de su lectura a la vista pública de conformidad al Art. 372 del Código Procesal Penal, las cuales han sido detalladas en el acápite anterior de la presente.

Aplicamos en la valoración de la prueba el método de la sana crítica que establecen los Arts. 174, 175, 176 y 179 del Código Procesal Penal, el principio de legalidad de la prueba que establece el Art. 15 de la Constitución de la Republica, en relación con el Art. 175 y 179 del Código Procesal Penal.

Con las pruebas que se han incorporado en la vista pública, se logró acreditar, que la menor víctima fue accesada carnalmente por el imputado EZ, cuando la menor tenía unos once años de edad. Esta circunstancia, la edad de la menor, se probó por medio de la certificación de partida de nacimiento de fs. 13 y 127, en la cual consta que la menor víctima nació el día veintiocho de octubre del año dos mil dos, con lo cual se establece uno de los elementos del tipo penal previsto en el Art. 159 C. Pn.

El presente caso da inicio su investigación a través de denuncia interpuesta por la representante de la menor, la cual corre agregada fs. 9; y también el acta de denuncia y ampliación interpuesta por la menor víctima agregada a fs. 11 y 14 respectivamente; en la cual la víctima manifestó, que conoció al imputado por medio de Facebook y se mandaba mensajes por esa red social, y de esa forma se hacen novios.

Expresó también, que el imputado llegaba a la casa de la menor cuando los padres de ella no se encontraban en la casa, y en el mes de mayo de dos mil catorce, el imputado llegó a su casa y en esa ocasión sostuvieron relaciones sexuales. La víctima manifiesta que accedió a sostener relaciones con EZ, porque le decía que si no la aceptaba se iba a ir de su casa y ella no quería que se fuera, y por eso accedió voluntariamente a tener relaciones; eso ocurrió en dos ocasiones.

La denuncia y ampliación interpuesta por la menor víctima, es concordante con lo manifestado por ella, en la declaración rendida en la Cámara Gessel como anticipo de prueba. Con esta denuncia de la declaración de la menor, no existe hasta el momento ninguna otra persona involucrada o mencionada como probable autor del delito, sino que desde sus inicios se individualizo a la persona imputada.

La menor en su declaración, manifestó que todo esto surgió, porque una amiga suya de nombre TA, le mandó un mensaje por Facebook a su papá, diciéndole que CR les había contado a sus amigas que había tenido relaciones sexuales con EZ. Esto fue ratificado por el padre de la menor víctima en la declaración, luego de ello habló con su esposa y acordaron interponer la denuncia.

El agente investigador, manifestó que fue él quien realizó las diligencias de investigación en el presente caso, y con los datos proporcionados por la menor víctima, le permitieron individualizar al imputado, tal como lo hace

constar en el acta de fs. 17. El investigador expresó que se apersono al lugar de trabajo del imputado en Súper Selectos de esta ciudad, y constató los datos del acusado con su DUI, pero cuando lo fue a buscar la segunda vez, ya no lo encontró. En términos generales, estos son los medios de prueba en los cuales se logra acreditar la participación del imputado en el delito atribuido.

Merece credibilidad al Tribunal, considerando el testimonio del adolescente víctima como fehaciente, ya que es evidente que su objetivo al rendir testimonio no era inculpar al imputado del presente caso, ya que gran parte de su declaración ante la psicóloga, hizo referencia a otro novio siendo a preguntas que se trajo a su memoria la relación sostenida con el imputado EZ.

El testimonio de la víctima, es imprescindible en la investigación de la fiscalía, y la misma ha sido valorada por este tribunal en su conjunto con las pruebas, documental, pericial y otras testimoniales presentadas ya detalladas anteriormente, se confirma y corrobora el dicho de la menor, tales como el testimonio de su padre. De igual forma es concordante con el reconocimiento médico forense de genitales de fs. 24; practicado en el adolescente por el doctor YE.

Dicha pericia se realizó el día doce de agosto del dos mil quince, determina que en el área genital, el himen es de tipo semilunar, y presenta laceraciones antiguas a las cuatro y ocho según la carátula del reloj, lo cual es concordante con el haber mantenido relaciones sexuales. Así mismo, es concordante con lo establecido en el peritaje psicológico practicado a la víctima, de fs. 49; por la psicóloga forense. En dicho peritaje se establece que la víctima presenta evasión, culpa, tensión, sexualidad femenina y ambiente restrictivo.

En tal razón se ha logrado acreditar que se ha puesto en peligro el bien jurídico protegido por la norma, siendo que las personas de muy corta edad carecen de libertad sexual, pues su desarrollo personal o las situaciones de sus capacidades físicas no le permiten conocer el significado de actos sexuales,

por lo que carecen de la necesaria autonomía para determinar su comportamiento sexual, con el cual se interrumpe el normal desarrollo psicológico y físico de los niños, niñas y adolescentes, por eso el legislador sanciona estas conductas en defensa de los derechos de la niñez. Ya que al respecto de los menores se afirma que la realización de actos de esta naturaleza puede afectar a su equilibrio psíquico y el correcto desarrollo de su personalidad, por lo que, en estos casos, el bien jurídico protegido es la indemnidad o intangibilidad sexual.

Por su parte en su tesis de defensa, se adujo que el imputado creía que la víctima tenía 16 años de edad, y que debido a su desarrollo físico, le fue posible creerlo, dado que la menor víctima presenta un desarrollo físico avanzado y maduro, es decir que aparenta tener más edad de la que realmente tiene, y agregó que el imputado creyó que eso era cierto porque la menor víctima, llegó a dejarle la partida de nacimiento a su trabajo en el súper selectos.

En este punto, se tendrían dos partidas de nacimiento de la misma persona, pero justificando diferentes fechas de nacimiento. Por ese motivo, al momento de recibir el expediente judicial procedente del Juzgado Primero de Instrucción de esta ciudad, este Tribunal estimo procedente, como prueba para mejor proveer, solicitar al jefe del Registro del Estado Familiar de la Alcaldía Municipal de esta ciudad, remitiera a la mayor brevedad posible la certificación correcta conforme al libro, en el cual se encuentra asentada dicha partida de nacimiento; todo ello fue de conformidad al artículo 390 del Código Procesal Penal; remitiendo la información requerida el jefe de Registro de Estado Familiar.

La importancia de terminar esta circunstancia, es para adecuar el hecho a la figura penal que se acomode o esté más acorde a la acción atribuida al procesado, pues eso haría variar tanto la calificación del delito, como también la pena a imponerse. Según la defensa del imputado, actuó creyendo que la

menor tenía 16 años de edad, lo cual lo hizo incurrir en un error de prohibición de tipo vencible, según lo regulado en los Art. 28 inciso 2 y Art. 69 inciso 2 de Código Penal; y en consecuencia si bien es cierto, siempre es punible sería sancionado con una pena mucho menor a la señalada en el artículo 159 C.P.

La anterior situación a criterio de este tribunal, permite suponer que el señor EZ tenía conocimiento de la minoría de edad de la menor víctima, pues siendo su novio, resultaría obvio que debió saber que está asistía a un grado bajo de la escuela, pero, de ese extremo al afirmar que supuso que la víctima tenía 16 años de edad, por una partida de nacimiento y por lo que la misma menor le manifestó, no parece creíble para este Tribunal, pues considera la suscrita Juez, que no sólo el posible desarrollo físico puede ser un elemento distractor o de plausible confusión, pues se tuvo a la vista a la menor víctima en la reproducción del video, y al observar las facciones físicas de la víctima, no es está una circunstancia que pueda hacer creer al acusado en un error de prohibición, no obstante que desde la fecha de sucedido el hecho han transcurrido dos años aproximadamente, por lo que por lógica el desarrollo físico en la actualidad es mayor que en el de esa fecha.

Además la tesis de defensa consiste en que la adolescente le entregó una certificación de partida de nacimiento para demostrar mayoría de edad, la cual presentaron en este tribunal es poco sustentable, ya que a los 11 años de edad, es poco creíble que una niña, pretenda demostrar a un novio que tiene más edad de la que realmente es, con la finalidad de sostener relaciones sexuales. Es por ello que, a consideración de este Tribunal, los hechos no se ajustarían a los postulados del error de prohibición, según lo regulado en los artículos 28 inciso 2 del Código Penal.

Por otra parte, el imputado, tenía aproximadamente 23 años de edad, al momento de los hechos, lo cual lo convierte una persona consiente y sabedora de las prohibiciones legales para sostener relaciones sexuales con una menor de edad, y por ello no es justificable alegar ignorancia por parte de la defensa

de la prohibición que establece la normativa penal. Respecto de la conciencia de la ilicitud, consiste en determinar si el referido acusado, cuando pretendía acceder carnalmente a la menor víctima, sabía que su conducta era contraria al ordenamiento jurídico (dolo natural: conocer y querer), no siendo admisible el alegar ignorancia de la ley por lo tanto, a juicio de este Tribunal, el acusado sabía que su conducta era al margen de la ley y en forma consciente decidió realizarla.

En cuanto al juicio de la posibilidad de actuar de otra forma, de decir, si el ordenamiento jurídico le podía exigir al acusado comportarse una manera distinta de cómo lo hizo. Al respecto el ser humano en su entorno está condicionado por factores externos, dentro de los cuales es capaz, en cierta medida, de conocer la significación de sus actos y de orientar su voluntad según esos juicios de apreciación.

En este orden la capacidad de autodeterminación del hombre le permite controlar, su impulso a realizar ciertos actos. Cuando se determina que tiene la capacidad de hacerlo, se justifica el reproche al autor por su comportamiento y vuelve legítima la imposición de la pena que contiene el precepto penal infringido, porque pudiendo reprimir su impulso para evitar realizar ciertos actos, no lo hace y no se comporta conforme a los márgenes que el ordenamiento jurídico le faculta, lesionando con su comportamiento bienes jurídicos tutelados.

Conforme el anterior, este Tribunal considera que el joven EZ, es responsable de sus actos, no se ha demostrado que sea inimputable, porque tuvo la opción de no afectar la indemnidad sexual de la menor. Por todo lo anterior este tribunal, tiene por acreditada la participación delictiva del imputado EZ en el delito de Violación en Menor o Incapaz; por el cual se le impondrá una pena proporcional al daño causado.

DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA A IMPONER AL IMPUTADO JAIRO EFRAÍN MÉNDEZ VILLATORO

Estando probada la existencia del delito de VIOLACION EN MENOR O INCAPAZ y establecida la participación del imputado EZ, en calidad de AUTOR DIRECTO, según lo establece el artículo 33 del Código Penal. Sobre la “finalidad de la pena: La referencia del artículo 27 de la Constitución, en el sentido de que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social”, no contiene un derecho fundamental, “sino un mandato del Constituyente a legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se deriven derechos subjetivos”.

Por otra parte el principio de proporcionalidad de la pena no está explícito en la constitución, aunque forma parte de la idea misma de Justicia, que es en definitiva, equilibrio, armonía y proporción, y por ello ha de ser manejado con especial atención, exquisitez y rigor.

Por lo cual, considerando que haya una lesión efectiva al Bien Jurídico Libertad Sexual de una menor de edad, de conformidad a lo establecido en el Art. 159 del Código Penal, se le impone al señor EZ, la pena de CATORCE AÑOS DE PRISION, por el delito de VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ; en perjuicio de la menor CR. Por lo anteriormente expuesto, se considera adecuado y proporcional a la culpabilidad del acusado imponerle dicha pena.

DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En cuanto a la Acción Civil, el suscrito considera, que se ha ejercido conforme a la ley, y que en consecuencia se ha establecido en el presente caso, que el imputado EZ, es el responsable de haber abusado sexualmente a la menor CR. En consecuencia se ha establecido en el presente caso se ha causado un agravio a la parte ofendida, y considerando que la Acción Civil tiene como objetivo la reparación del daño, la indemnización de perjuicios y siendo que en

el presente concurren las situaciones apuntadas, es procedente declarar como titular de la acción civil al señor HE como representante de la joven CR. Por ello, se declara al imputado EZ, RESPONSABLE CIVILMENTE, en consecuencia, se le condena a pagar la cantidad de DOSCIENTOS 00/100 DOLARES, en concepto de acción civil, los cuales deberán pagar a la representante de la víctima, como titular de la acción civil, para que la menor víctima reciba atención psicológica.

2.11.3 COMENTARIOS SOBRE LA SENTENCIA

- El juzgador del Tribunal de Sentencia de La Unión, dictó un fallo condenatorio contra el imputado EZ, en perjuicio de CR, de fecha seis de abril de dos mil dieciséis, en referencia al delito Violación en Menor o Incapaz, previsto y sancionado en el Art. 159 CP.
- En el fallo se establece un orden cronológico de los hechos, argumentos de las partes técnicas y la fundamentación del aplicador de justicia.
- Con base a los elementos de la teoría del delito, analiza las fases o filtros inteligentes pero no de una manera clara a la que fue sometida la conducta prohibida, que finalmente concluyó en la imposición de una consecuencia jurídica para el autor del delito.
- El aplicador de justicia analizo y adecuo los elementos objetivos del tipo Violación en Menor o Incapaz:
 - En la acción, dejo por acreditada la existencia de la conducta típica de “Acceso Carnal”, pero no definió dicho termino.
 - Identificó los sujetos estableciendo la participación del sujeto activo EZ, quien acceso carnalmente al sujeto pasivo CR.

- El aplicador de Justicia al pronunciarse respecto del bien jurídico³⁹⁶: argumenta que se da por acreditada la “puesta en peligro” de este, sin embargo al referirnos a la doctrina, se establece que con la realización de la acción descrita en el tipo penal se “lesiona” el bien jurídico. Por otra parte, adujo que el bien jurídico protegido es la Indemnidad o Intangibilidad sexual, fundamentando de manera amplia y conceptualizándolo. No obstante lo anterior, al motivar la imposición de la pena manifestó que la lesión efectiva es realizada a la “libertad sexual”. Confundiendo dichos términos.
- El dispensador de justicia no hace alusión a la clasificación del tipo penal, siendo este de mera o simple actividad.
- El juzgador hace mención y define los conceptos que requieren una valorización para la comprensión del precepto legal Violación en Menor o Incapaz, no obstante, no los identifica como Elementos Normativos del tipo.
- En los elementos subjetivos del tipo Violación en Menor o Incapaz el impartidor de justicia estableció que era necesario que el sujeto activo conociera que estaba accedando carnalmente a una menor de quince años y en forma voluntaria decidiera realizar dicho acto sexual, lo que constituye el dolo natural.
- La Juez no hace mención del elemento subjetivo distinto del dolo que el tipo requiere para su configuración –animo lubrico o lascivo-.

³⁹⁶ Código Penal 1998. Principio de Lesividad del Bien Jurídico. Art. 3.- No podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna, si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley penal.

- En cuanto al error que alega la defensa, el juzgador lo determino equívocamente como ERROR DE PROHIBICION vencible, aludiendo que la víctima de 11 años le hizo pensar y creer que efectivamente tenía 16 años, no obstante, la falsa apreciación de la edad recae sobre uno de los elementos objetivos del tipo por lo que se denomina ERROR DE TIPO.
- Respecto a la conciencia de la ilicitud, la administradora de justicia argumenta que hay que determinar si el acusado cuando accedió carnalmente a la víctima sabía que su conducta era contraria al ordenamiento jurídico, denominando este como DOLO NATURAL (conocer y querer). Sin embargo, para la teoría finalista conocer que la conducta es contraria a la norma es CONCIENCIA DE LA ILICITUD.
- Al momento de determinar la responsabilidad civil, manifestó que el imputado era responsable de haber “abusado” sexualmente de la menor. Confundiendo dicho término de modo que ha quedado establecido que la conducta es constitutiva de Violación en Menor o Incapaz y no abuso.
- El equipo investigador concluye que el criterio de valoración que utilizó el Juzgador fue eficaz para atribuirle al imputado el hecho punible, sin embargo difiere sobre el análisis antes realizado. Conforme a los elementos que requiere el tipo penal Violación en Menor o Incapaz del Art. 159 CP, el imputado es responsable³⁹⁷ de haber realizado la conducta prohibida, lesionando el bien jurídico tutelado: Indemnidad o Intangibilidad Sexual.

³⁹⁷ Código Penal 1998. Principio de Responsabilidad Art. 4.- La pena o medida de seguridad no se impondrá si la acción u omisión no ha sido realizada con dolo o culpa. Por consiguiente, queda prohibida toda forma de responsabilidad objetiva...”

CAPÍTULO III

**“PRESENTACIÓN,
DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS
DE RESULTADOS”**

3.0 PRESENTACIÓN, DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS

En este capítulo se presentarán los resultados del instrumento de investigación científica seleccionado, con el cual se recopiló información por medio de la entrevista no estructurada y semi-estructurada dirigida a Operadores de Justicia de la Zona Oriental de El Salvador.

3.1 ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA

3.1.1 ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA DIRIGIDA A: MAGISTRADO CAMARA DE LO PENAL DE LA PRIMERA SECCIÓN DE ORIENTE

1 ¿Qué opina en relación al precepto legal Violación en Menor o Incapaz?

En primer lugar debería de llamarse violación en menor y violación en incapaz, porque cuando los casos se tipifican es un menor o un incapaz, debería de ponerlo separado. La violación siempre ha existido pero antes no se presumía la violencia en cambio ahora hasta los quince años se presume la violencia, aunque dé el consentimiento. Antes el matrimonio era un consentimiento tácito, había un perdón presunto, ponía en libertad al reo y ahora no lo pone en libertad, la persona siempre quedara detenida.

2 ¿Quiénes son los sujetos activos de este ilícito?

Normalmente son los hombres, la regla general son los hombres, porque la ley habla de acceso carnal, y esto al buscar la definición, es la introducción del pene en la vagina o ano, y que pasa cuando la mujer por medio de violencia se hace acceder, entonces para mi si se podría dar la violación, cuando una mujer tiene relaciones con un menor de quince años, incluso se puede dar la violación en un hombre por una mujer cuando se hace

el acto bajo amenazas, dice sino te metes conmigo mato a tu familia o que sucede si un hombre es incapaz.

3 ¿Cuál es el Bien Jurídico tutelado del delito en consideración?

La libertad sexual, esta abarca la indemnidad o intangibilidad sexual, hasta en el código está regulado bajo el titulo delitos contra la libertad sexual.

4 ¿Considera proporcional la pena establecida conforme al hecho cometido, efectos producidos y la culpabilidad del autor?

Sí, porque es de 14 a 20 hay que analizar qué tipo de víctima es, por ejemplo si se trata de una persona virgen le hace un daño para toda la vida y el daño es mucho, entonces queda a discrecionalidad del juez según el daño la pena a aplicar.

5 ¿La Violación en Menor o Incapaz es un tipo de mera actividad o de resultado?

Es de mera actividad, no se puede esperar un resultado. Y se consuma con la introducción del pene en vagina o ano de otra persona aunque sea mínimo.

6 ¿Se admite la tentativa en este ilícito?

Si admite tentativa. Si el acto se detuvo por una causa ajena a la voluntad del autor. Por eso el Derecho sustantivo se complementa por el Derecho de prueba.

7 ¿La Violación en Menor o Incapaz admite la coautoría o participación?

Podría haber coautoría, por ejemplo si se agarra a una menor para que otro la viole, entraría esa acción como un cómplice y sería de evaluar que tan necesaria es la conducta.

8 ¿En este hecho punible existe Concurso Real o Ideal de delitos?

Puede haber un concurso real e ideal, siempre se procesarían por dos delitos, porque son dos tipos los infringidos.

9 ¿Concorre el Error de Tipo y de Prohibición en la realización de este ilícito?

No concurre ninguno. Porque nadie puede alegar ignorancia de ley, tal vez se podría dar el error de tipo por falsa apreciación de la edad de la víctima, pero es muy difícil probarlo.

10 ¿Cree usted que puede realizarse un comportamiento justificado en la Violación en Menor o Incapaz?

No se podría dar un comportamiento justificado.

11 ¿Conoce cuáles fueron las valoraciones para declarar imprescriptible los delitos cometidos contra la Libertad Sexual de Menor o Incapaz?

Porque los legisladores regulan de acuerdo a su realidad, pero el problema es que hay casos que la gente no denuncia en el momento y por eso es que lo realizaron.

12 ¿Cómo inciden los criterios jurisprudenciales en la aplicación del tipo?

Se tiene que respetar, el problema que se da en la realidad es que algunas salas cambian de criterios. La jurisprudencia debe servir como una orientación más en caso de dudas.

3.1.1.1 INTERPRETACIÓN DE LA ENTREVISTA

El juzgador contestó la entrevista de acuerdo a su criterio, el cual es necesario para determinar el grado de conocimiento que posee sobre el delito Violación en Menor o Incapaz al momento de aplicarlo a un caso en concreto.

Considera que la violación en menores o incapaces, debe tipificarse como un delito autónomo; criterio compartido por el equipo investigador porque muchas veces dichos términos tienden a confundirse cuando la víctima es menor pero no posee incapacidad.

Los demás aportes realizados denotan conocimiento respecto del tipo penal en comento por parte de aplicador de justicia, existe congruencia entre la pregunta realizada y su respuesta.

Según su criterio, es proporcional la pena establecida, porque manifiesta que es un daño grave que se le causa a la víctima para toda la vida. Como equipo no compartimos dicho criterio, -si bien es cierto produce un daño en la víctima-, se debe tomar en cuenta los casos de jóvenes que tienen una relación de noviazgo y el acceso no se realiza por ningún tipo de violencia o intimidación en la víctima que le produzca un daño psicológico. Consideramos apropiado hacer una revisión en la pena, principalmente en el mínimo establecido para

que el juzgador tenga un parámetro proporcional³⁹⁸ quedando a su discrecionalidad cada caso en concreto.

Según Velásquez Velásquez (2004) “La pena tiene su razón de ser en aquellos casos en los que el comportamiento prohibido perjudica de manera insoportable la coexistencia libre y pacífica de los ciudadanos y no resultan adecuadas para impedirlo otras medidas jurídico criminales menos radicales, según el sistema socioeconómico y la forma de Estado imperante” (Pag. 112).

No así cuando un adulto se vale de la indefensión de un menor, de una persona con enajenación mental, en estado de inconciencia o incapacidad de resistir, ya que conlleva un daño físico y psicológico, este debe castigarse de acuerdo a la culpabilidad y el daño producido al bien jurídico.

Así mismo manifiesta que a su criterio en este hecho punible no podría concurrir ninguno error, porque nadie puede alegar ignorancia de ley –en caso del error de prohibición, y, por falsa apreciación de la edad de la víctima es muy difícil probarlo –error de tipo-. Este razonamiento difiere de nuestro criterio como equipo porque consideramos que en el delito Violación en Menor o Incapaz pueden concurrir ambos errores.

3.1.2 INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

Tabla de entrevistas no estructuradas realizadas a Jueces de Sentencia de la zona Oriental de El Salvador, reflejando la casilla *Frecuencia Absoluta* la cantidad de operadores de justicia que coinciden con el criterio del equipo

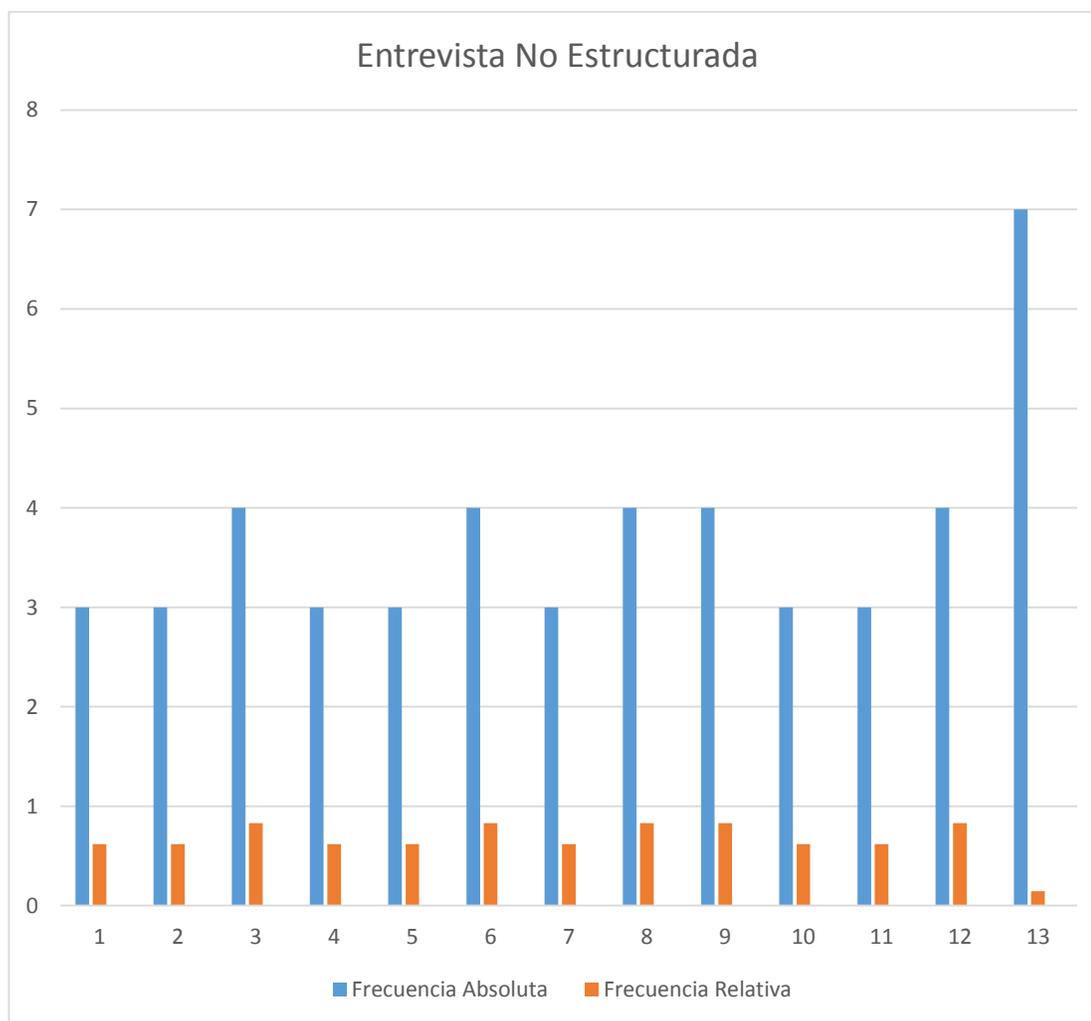
³⁹⁸ Velásquez V., óp. cit., p. 37. La proporcionalidad se mide en función de su necesidad, que se concreta –principalmente- en las penas privativas de libertad, las cuales deben constituir la *última ratio* de la política criminal dado que solo se debe acudir a ellas cuando se haya descartado la posibilidad de obtener el fin legítimo perseguido con la conminación penal, acudiendo a medios menos dañinos y graves.

investigador y el Código número 13 la cantidad de opiniones contrarias a lo sostenido por éste equipo y el resto de entrevistados.

INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS			
CÓDIGO	TEMA FUNDAMENTAL	FRECUENCIA ABSOLUTA	FRECUENCIA RELATIVA %
01	Precepto Legal	3	0.062
02	Sujetos Activos	3	0.062
03	Bien Jurídico	4	0.083
04	Proporcionalidad de la pena	3	0.062
05	Mera Actividad o Resultado	3	0.062
06	Tentativa	4	0.083
07	Coautoría o Participación	3	0.062
08	Concurso Real o Ideal	4	0.083
09	Error de Tipo y Prohibición	4	0.083
10	Comportamiento Justificado	3	0.062
11	Valoraciones de Imprescriptibilidad	3	0.062
12	Criterios Jurisprudenciales	4	0.083
13	Otros	7	0.145
TOTAL		48	0.99

3.1.2.1 GRÁFICA DE CIERRE

Se realizará conforme a los datos obtenidos de la tabla de entrevistas no estructuradas, que a continuación se analizarán.



Consideramos que la mayoría de juzgadores coincidieron con nuestro criterio, referente a la posibilidad que una mujer puede ser sujeto activo en el ilícito en indagación, el bien jurídico tutelado indemnidad o intangibilidad sexual en menores o incapaces, también es un delito de mera actividad y admite

tentativa; no obstante que un juzgador difiere al afirmar que es un delito de resultado.

Tres de los aplicadores de justicia manifiestan que no puede darse la coautoría en la comisión del delito, sin embargo, los cuatro coincidieron que si admite grados de participación, además puede concurrir el Concurso Real e Ideal de delitos, y el error de prohibición y de tipo. Criterio que coincide con el equipo investigador.

Por otra parte, de los cuatro juzgadores entrevistados, tres no están de acuerdo con la pena establecida en el ilícito Violación en Menor o Incapaz, expresando que existe vulneración al principio de proporcionalidad.

Así mismo, tres dispensadores de justicia valoran las causas de justificación en este hecho punible.

Referente a la imprescriptibilidad del delito en estudio, manifestaron diferentes criterios aludiendo uno de ellos que esta decisión se inclina a factores políticos, otro sostiene que nuestro país es impulsado por corrientes legales internacionales y son imposiciones; por el contrario uno de ellos expresó desconocer la imprescriptibilidad.

Los cuatro aplicadores de justicia, consideran que la jurisprudencia es importante, manifestando que los Jueces deben tomarla en consideración porque es una incidencia y además permite construir una interpretación del tipo penal.

3.1.3 ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA DIRIGIDA A: FISCAL Y DEFENSOR PÚBLICO

JEFE DE UNIDAD ESPECIALIZADA DE ATENCIÓN PARA LAS MUJERES,
FISCALIA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

1 ¿Qué opina en relación al precepto legal Violación en Menor o Incapaz?

Considero que ese precepto legal está debidamente tipificado ya que este delito toma en cuenta varios bienes jurídicos protegidos como la indemnidad e intangibilidad sexual. La indemnidad es algo que no debe ser tocado ni violentado y en la intangibilidad sexual están aquellas víctimas que no pueden valerse por sí mismas y no pueden resistir.

2 ¿Quiénes son los sujetos activos de este ilícito?

Hay casos en que se pueden dar por hombre o mujer, ambos pueden.

3 ¿Cuál es el Bien Jurídico tutelado del delito en consideración?

En primer lugar es la libertad sexual, pero si es en menores de quince o incapaces es la indemnidad o intangibilidad sexual porque no tienen la libertad sexual de decidir si sostener o no un acceso carnal, y la persona es libre de sostener la relación con quien quiera, pero los menores no tienen esa libertad sexual de decidir, por eso es que se les daña este bien jurídico, no importa que este bajo el título de libertad sexual.

4 ¿Considera proporcional la pena establecida conforme al hecho cometido, efectos producidos y la culpabilidad del autor?

Si es proporcional.

5 ¿La Violación en Menor o Incapaz es un tipo de mera actividad o de resultado?

Es de resultado porque para que se consuma el delito de Violación en Menor o Incapaz tiene que traspasar el portal himeneal o esfínteres anales, es decir al realizar el acceso carnal.

6 ¿Se admite la tentativa en este ilícito?

Si admite tentativa, se deben tomar en cuenta los actos tendientes al delito.

7 ¿La Violación en Menor o Incapaz admite la coautoría o participación?

Si se admite la coautoría y participación.

8 ¿En este hecho punible existe Concurso Real o Ideal de delitos?

Si se puede los dos, concurso real, en el ánimo de cometer el delito comete privación de libertad y un ideal en el caso de agresión y violación.

9 ¿Concorre el Error de Tipo y de Prohibición en la realización de este ilícito?

Si los dos. El de tipo, es como el culposo, que el imputado puede pensar que está teniendo relaciones con una persona de diecisiete años y la niña tenga doce años y piensa que es legal. Y el de prohibición que piense que el imputado tenga algún tipo de enajenación mental y no pueda responder por sus actos.

10 ¿Cree usted que puede realizarse un comportamiento justificado en la Violación en Menor o Incapaz?

No.

11 ¿Conoce cuáles fueron las valoraciones para declarar imprescriptible los delitos cometidos contra la Libertad Sexual de Menor o Incapaz?

Si y si estoy de acuerdo, porque este delito el sujeto pasivo protegido no tiene capacidad de decidir sobre su libertad sexual, no tienen las capacidades físicas o psíquicas para decidir sobre su cuerpo.

12 ¿Cómo inciden los criterios jurisprudenciales en la aplicación del tipo?

Si inciden, son importantes porque de ahí surge la doctrina legal

COORDINADOR LOCAL: UNIDAD DE DEFENSORIA PÚBLICA

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA AXULIAR SAN MIGUEL

1 ¿Qué opina en relación al precepto legal Violación en Menor o Incapaz?

Que es un precepto especial para una determinada condición de sujetos pasivos.

2 ¿Quiénes son los sujetos activos de este ilícito?

Cualquier persona física independientemente del sexo.

3 ¿Cuál es el Bien Jurídico tutelado del delito en consideración?

La libertad sexual de menores.

4 ¿Considera proporcional la pena establecida conforme al hecho cometido, efectos producidos y la culpabilidad del autor?

La pena mayor es de veinte años y por ser el delito más grave contra la libertad sexual, personalmente no lo considero proporcional al daño.

5 ¿La Violación en Menor o Incapaz es un tipo de mera actividad o de resultado?

Es un delito de resultado pues conlleva un reconocimiento de genitales para determinar su actividad o ejecución.

6 ¿Se admite la tentativa en este ilícito?

Si en la actualidad existen promociones de requerimientos fiscales que son orientadas a los elementos que rodean un hecho determinado.

7 ¿La Violación en Menor o Incapaz admite la coautoría o participación?

Pudiera ser; porque el sujeto activo podría en algún caso necesitar de otra persona para su ejecución.

8 ¿En este hecho punible existe Concurso Real o Ideal de delitos?

No, pues en un delito de violación es de realización instantánea en el mismo momento de su ejecución se consuma el acto delictivo o sea que se comete mediante la realización de una sola acción.

9¿Concorre el Error de Tipo y de Prohibición en la realización de este ilícito?

En algunos casos esporádicos que se desconozca la ley por parte del sujeto activo del hecho.

10¿Cree usted que puede realizarse un comportamiento justificado en la Violación en Menor o Incapaz?

Considero que no hay comportamiento justificado; a diferencia de trastorno mental del sujeto activo para comprender lo lícito o ilícito de su conducta.

11¿Conoce cuáles fueron las valoraciones para declarar imprescriptible los delitos cometidos contra la Libertad Sexual de Menor o Incapaz?

No, pero considero que el solo hecho de ejecutar en contra su voluntad e incapacidad física de su enfermedad en un acto, sería la violación el delito más grave contra la libertad sexual.

12¿Cómo inciden los criterios jurisprudenciales en la aplicación del tipo?

En base al juicio de razón, lógica y experiencia común.

3.1.3.1 INTERPRETACIÓN DE LA ENTREVISTA

Los dos entrevistados manifestaron que en el hecho punible Violación en Menor o Incapaz puede ser sujeto Activo hombre o mujer, criterio compartido por el equipo investigativo. Referente al bien jurídico tutelado un profesional manifiesta que es la indemnidad o intangibilidad sexual tal como lo hemos planteado, mientras que el otro aduce que es la libertad sexual en menores.

Al preguntar sobre la proporcionalidad de la pena en el ilícito en indagación expusieron diferentes criterios. Por otra parte ambos afirman que es un delito de resultado, sin embargo, los aportes no tienen fundamento jurídico, existe incongruencia entre la pregunta realizada y su respuesta, exponiendo falta de conocimiento.

Ambos profesionales son del criterio que la conducta punible admite tentativa, error de tipo, error de prohibición, coautoría y participación. No obstante, difieren referente a los concursos de delitos, para un entrevistado admite concurso real e ideal, el otro considera que ninguno.

Así mismo, los entrevistados consideran que no existen causas de justificación en este hecho punible.

En cuanto a la imprescriptibilidad del delito en estudio, uno de los indagados manifestó conocer y estar de acuerdo, mientras que la parte defensora no conoce de dicho instituto penal que fue regulado en diciembre del año 2015.

Referente a la incidencia de los criterios jurisprudenciales en el presente hecho punible, poseen muy poco conocimiento.

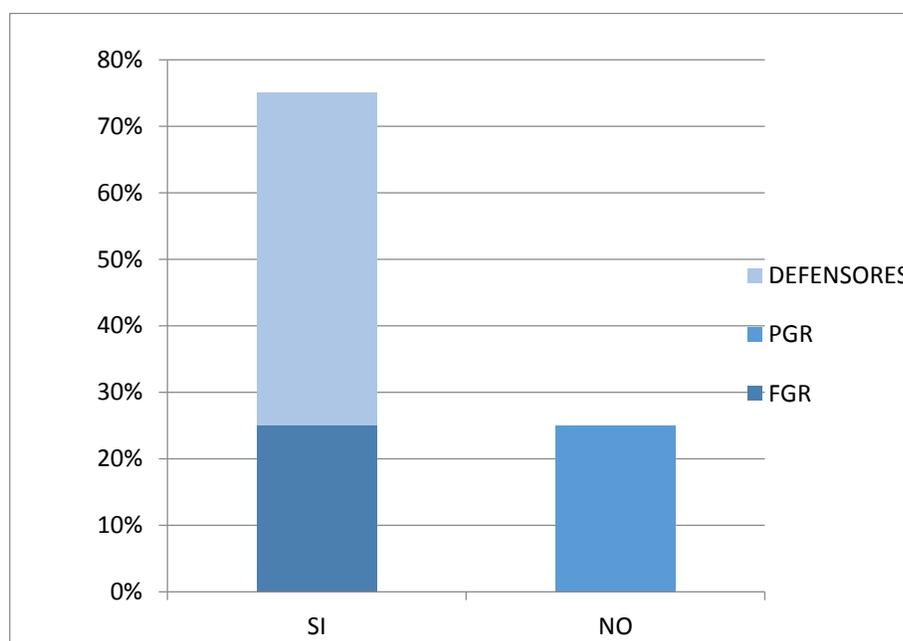
3.2 INTERPRETACIÓN DE ENTREVISTA SEMIESTRUCTURADA

Se realizó entrevista semi-estructurada dirigida a: Auxiliar Fiscalía General de la República sede San Miguel, Defensor Público Procuraduría General de la República del mismo departamento y Defensores Privados seleccionados, para conocer sus criterios y conocimientos sobre el ilícito en comento.

PREGUNTA 1

¿Puede una mujer ser sujeto activo del delito Violación en Menor o Incapaz?

UNIDAD DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SI		NO		
	Fa	Fr%	Fa	Fr%	
FGR	1	25%	0	0%	1
PGR	0	0%	1	25%	1
Defensores	2	50%	0	0%	2
TOTAL	3	75%	1	25%	4



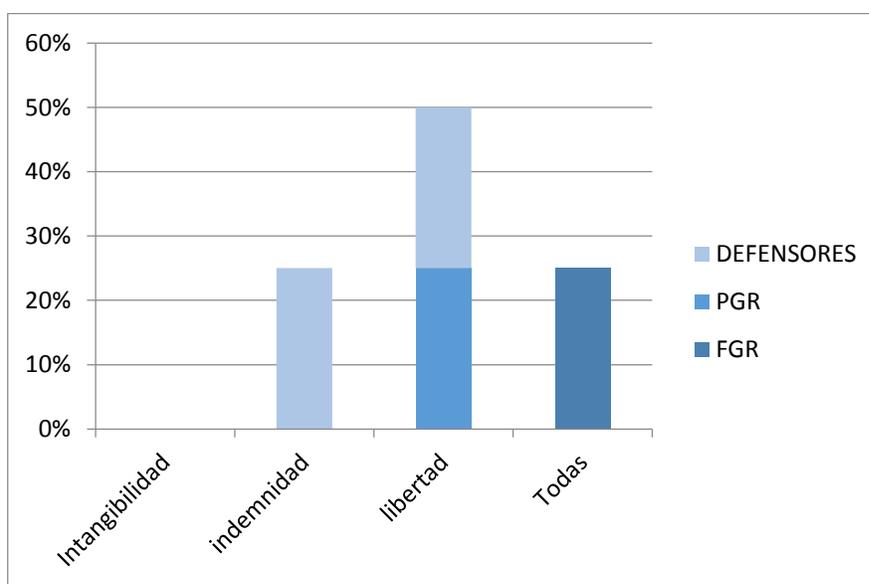
Análisis de Resultados

De los cuatro entrevistados, el 75% correspondiente a Auxiliar Fiscal y defensores privados consideran que la mujer puede ser sujeto activo del ilícito en investigación y un 25% perteneciente al criterio del Defensor Público considera que no puede ser autor.

PREGUNTA 2

¿Qué bien jurídico considera usted que se tutela?

UNIDAD DE ANÁLISIS	OPCIONES								TOTAL
	Intangibilidad		Indemnidad		Libertad		Todas		
	Fa	Fr%	Fa	Fr%	Fa	Fr%	Fa	Fr%	
FGR	0	0%	0	0%	0	0%	1	0.25	1
PGR	0	0%	0	0%	1	0.25	0	0%	1
Defensores	0	0%	1	0.25	1	0.25	0	0%	2
TOTAL			1		2		1		4



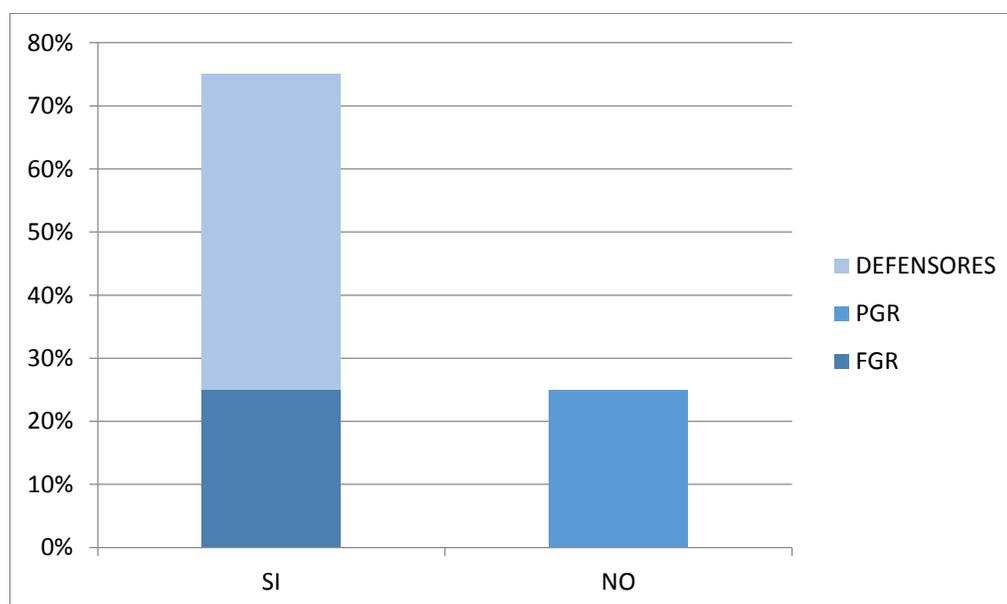
Análisis de Resultados

Se observa que de las personas entrevistadas el 25% que corresponde al auxiliar de la Fiscalía General de la República considera que se tutelan los tres bienes jurídicos, el 50% perteneciente al Defensor Público y un defensor privado sostiene que el bien jurídico es la Libertad Sexual y el otro defensor privado que representa el 25% manifiesta que es la Indemnidad Sexual.

PREGUNTA 3

¿Está de acuerdo con la pena establecida en este hecho punible?

UNIDAD DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SI		NO		
	Fa	Fr%	Fa	Fr%	
FGR	1	25%	0	0%	1
PGR	0	0%	1	25%	1
Defensores	2	50%	0	0%	2
TOTAL	3		1		4



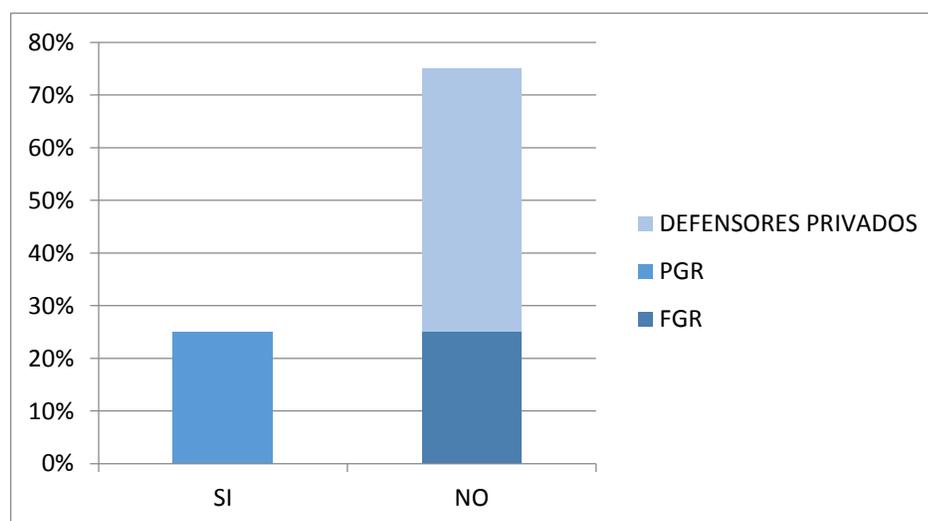
Análisis de Resultados

Se determinó de las cuatro personas entrevistadas, que el 75% que corresponde al auxiliar de la Fiscalía General de la República y defensores privados, están de acuerdo con la pena establecida en este ilícito, y el 25% que representa el Defensor Público manifiesta que no.

PREGUNTA 4

¿Considera que se vulnera el principio de proporcionalidad cuando existen delitos más graves con penas inferiores?

UNIDAD DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SI		NO		
	Fa	Fr%	Fa	Fr%	
FGR	0	0%	1	25%	1
PGR	1	25%	0	0%	1
Defensores	0	0%	2	50%	2
TOTAL	1		3		4



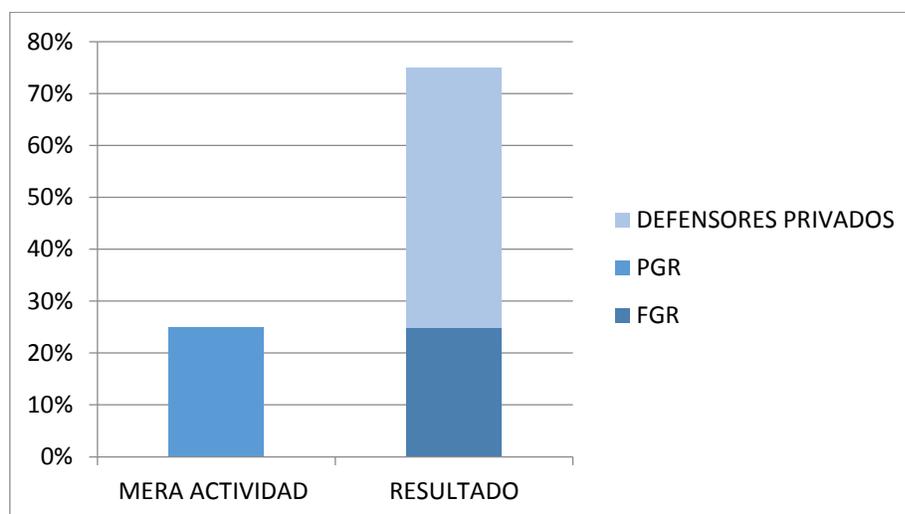
Análisis de Resultados

De las personas entrevistadas, el 75% correspondiente al auxiliar de la Fiscalía General de la República y defensores privados sostienen que la pena no infringe el principio de proporcionalidad, considerando el 25% que pertenece al Defensor Público que si es vulnerado dicho principio con la pena establecida en la Violación en Menor o Incapaz.

PREGUNTA 6

¿La violación en Menor o Incapaz es un tipo de mera actividad o resultado?

UNIDAD DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	Mera Actividad		Resultado		
	Fa	Fr%	Fa	Fr%	
FGR	0	0%	1	25%	1
PGR	1	25%	0	0%	1
Defensores	0	0%	2	50%	2
TOTAL	1		3		4



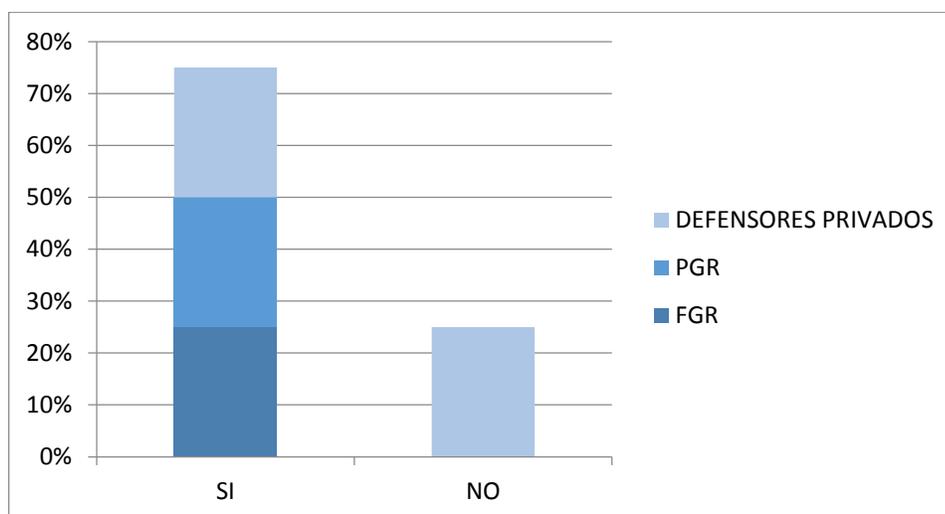
Análisis de Resultados

Se concluye que de las personas entrevistadas, el 75% entre ellos el auxiliar de la Fiscalía General de la República y los defensores privados consideran este como delito de Resultado y el 25% que pertenece al Defensor Público sustenta que es de Mera o Simple Actividad.

PREGUNTA 7

¿Considera que admite tentativa?

UNIDAD DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SI		NO		
	Fa	Fr%	Fa	Fr%	
FGR	1	25%	0	0%	1
PGR	1	25%	0	0%	1
Defensores	1	25%	1	25%	2
TOTAL	3		1		4



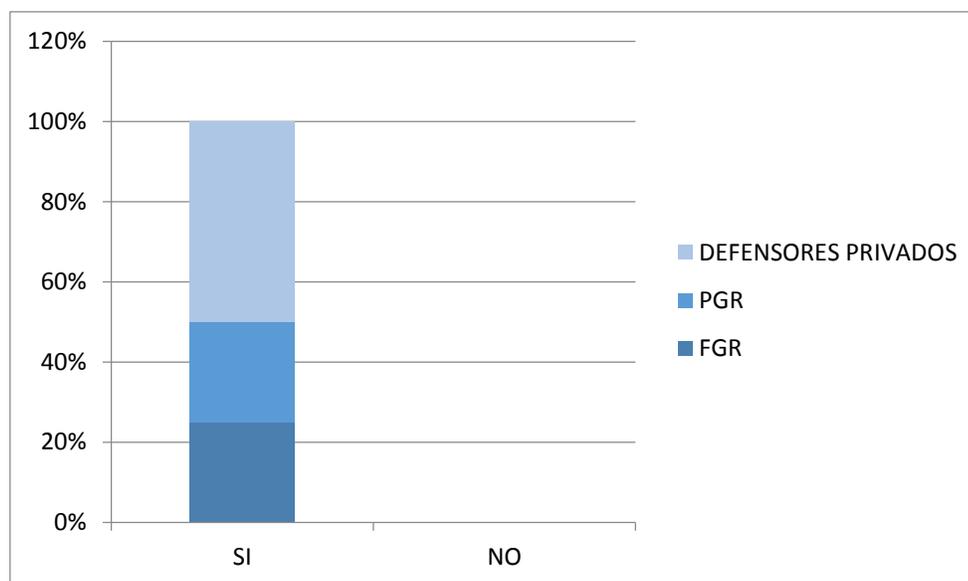
Análisis de Resultados

Se analiza de las cuatro personas entrevistadas, el 75% que corresponde al auxiliar de la Fiscalía General de la República, al Defensor Público y un defensor privado mantienen la postura que este delito si admite tentativa, manifestando el 25% un defensor privado que no se aplica esta como dispositivo amplificador del tipo.

PREGUNTA 10

¿La violación en Menor o Incapaz admite Coautoría o Participación?

UNIDAD DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SI		NO		
	Fa	Fr%	Fa	Fr%	
FGR	1	25%	0	0%	1
PGR	1	25%	0	0%	1
Defensores	2	50%	0	0%	2
TOTAL	4				4



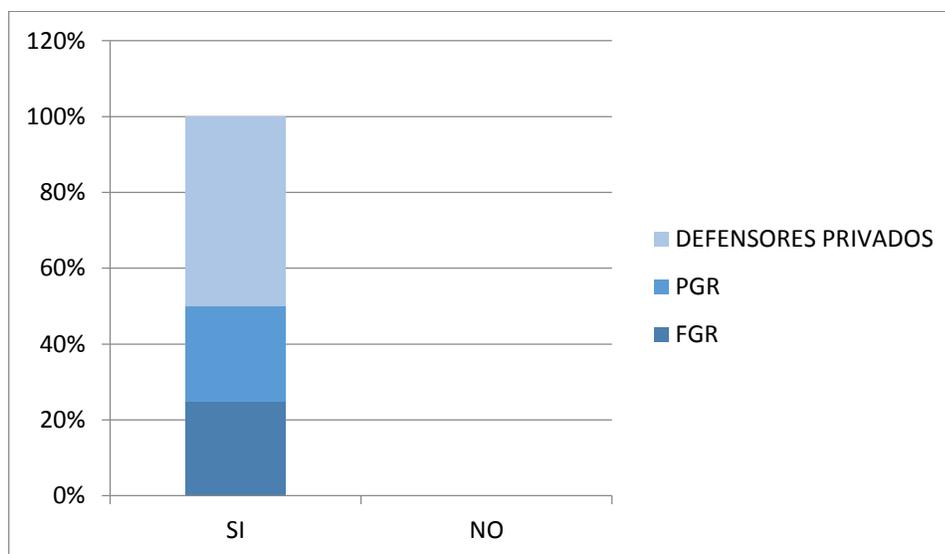
Análisis de Resultados

Se interpreta que de las cuatro personas entrevistadas, el 100% sostienen que el delito Violación en Menor o Incapaz si admiten Coautoría o Participación.

PREGUNTA 11

¿Puede presentarse Concurso Ideal en este Ilícito?

UNIDAD DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SI		NO		
	Fa	Fr%	Fa	Fr%	
FGR	1	25%	0	0%	1
PGR	1	25%	0	0%	1
Defensores	2	50%	0	0%	2
TOTAL	4				4



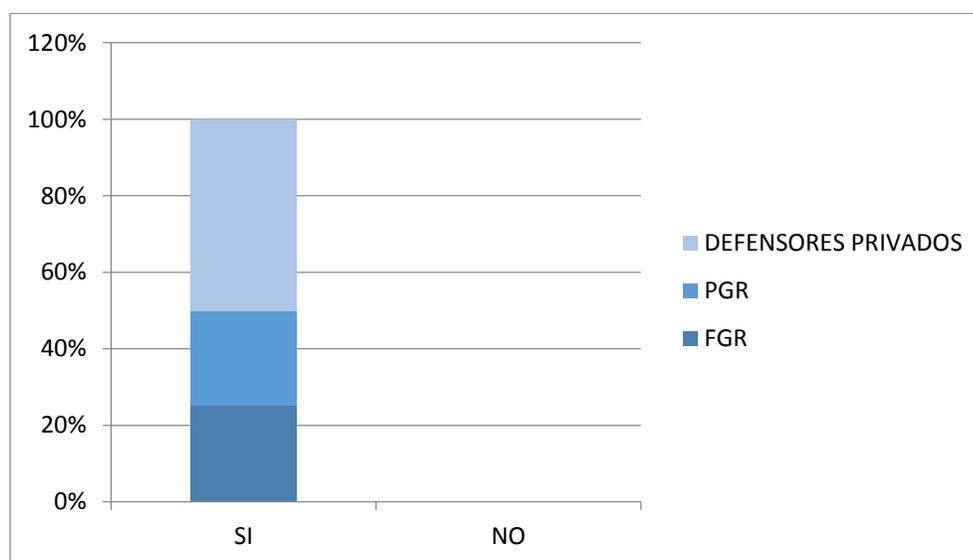
Análisis de Resultados

De las personas entrevistadas, el 100% sostienen que en el ilícito en análisis si Concorre el Concurso Ideal.

PREGUNTA 12

¿Podría existir Concurso Real en este hecho punible?

UNIDAD DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SI		NO		
	Fa	Fr%	FA	FR	
FGR	1	25%	0	0%	1
PGR	1	25%	0	0%	1
Defensores	2	50%	0	0%	2
TOTAL	4				4



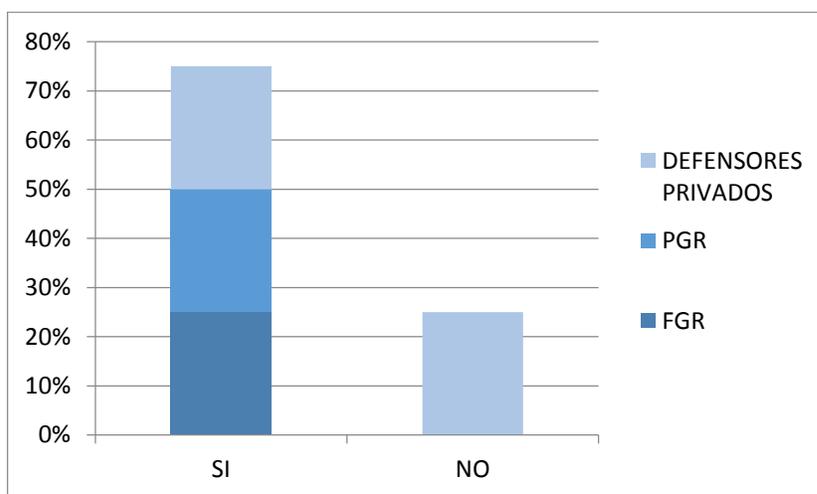
Análisis de Resultados

Se interpreta de las cuatro personas entrevistadas, el 100% sostienen que el ilícito Violación en Menor o Incapaz si puede concurrir el Concurso Real.

PREGUNTA 13

¿Considera usted que puede concurrir el Error de Tipo en el delito Violación en Menor o Incapaz?

UNIDAD DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SI		NO		
	Fa	Fr%	Fa	Fr%	
FGR	1	25%	0	0%	1
PGR	1	25%	0	0%	1
Defensores	1	25%	1	25%	2
TOTAL	3		1		4



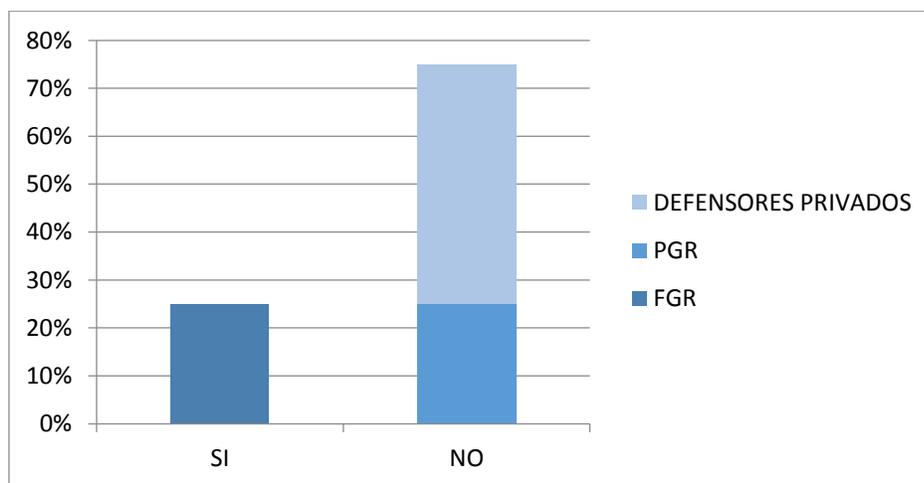
Análisis de Resultados

Se concluye que de las cuatro personas entrevistadas, el 75% que pertenece al auxiliar Fiscal, Defensor Público y un Defensor Privado mantienen el criterio que en la Violación en Menor o Incapaz puede darse un Error de Tipo, en caso de falsa apreciación de la edad de la víctima o que desconozca que esta adolece de una incapacidad, mientras que el otro Defensor Privado que representa el 25% no lo considera posible.

PREGUNTA 14

¿Se puede admitir el error de prohibición en esta conducta?

UNIDAD DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SI		NO		
	FA	FR	FA	FR	
FGR	1	25%	0	0%	1
PGR	0	0%	1	25%	1
Defensores	0	0%	2	50%	2
TOTAL	1		3		4



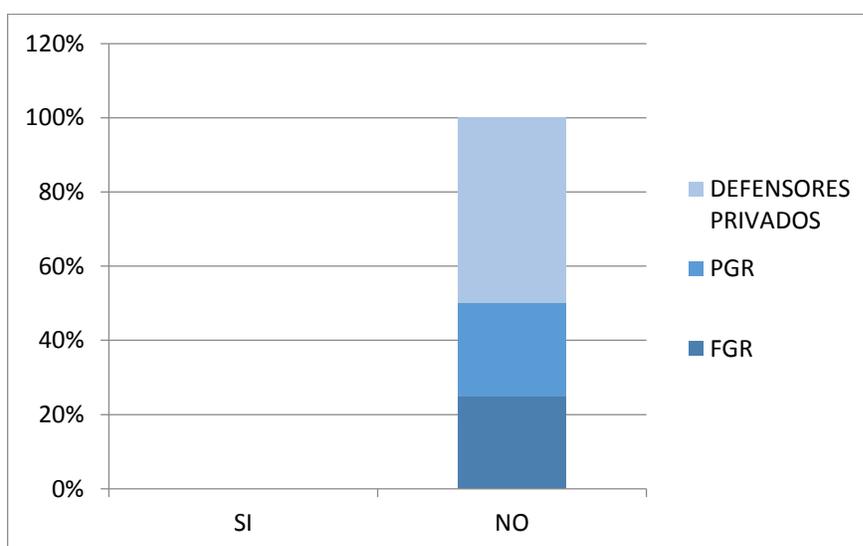
Análisis de Resultados

De las personas entrevistadas, el 25% que representa el auxiliar Fiscal sostiene que en la Violación en Menor o Incapaz puede darse un Error de Prohibición, mientras que el 75% perteneciente al Defensor Público y Defensores Privados no lo tienen a este como posible.

PREGUNTA 15

¿Cree usted que puede realizarse un comportamiento justificado en el delito de Violación en Menor o Incapaz?

UNIDAD DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SI		NO		
	Fa	Fr%	Fa	Fr%	
FGR	0	0%	1	25%	1
PGR	0	0%	1	25%	1
Defensores	0	0%	2	50%	2
TOTAL			4		4



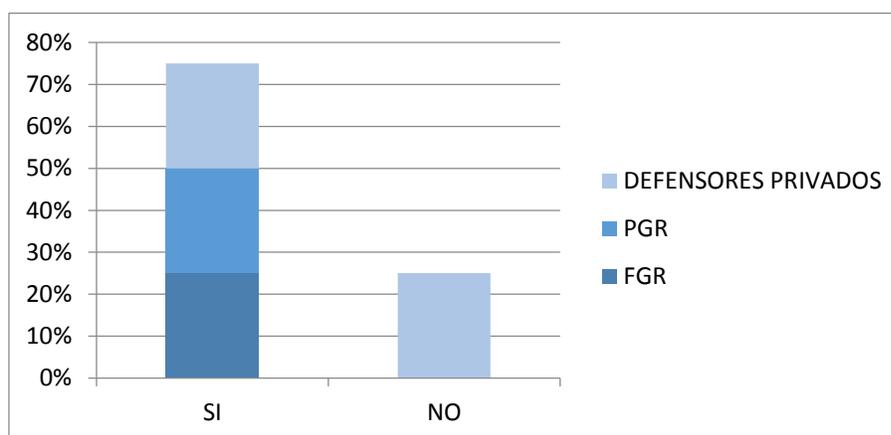
Análisis de Resultados

Se interpreta de las cuatro personas entrevistadas, que el 100% manifiestan que no puede darse un comportamiento justificado en el ilícito en comento.

PREGUNTA 16

¿Fue apropiado declarar imprescriptibles los delitos cometidos contra la Libertad Sexual de Menor o Incapaz?

UNIDAD DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SI		NO		
	Fa	Fr%	Fa	Fr%	
FGR	1	25%	0	0%	1
PGR	1	25%	0	0%	1
Defensores	1	25%	1	25%	2
TOTAL	3		1		4



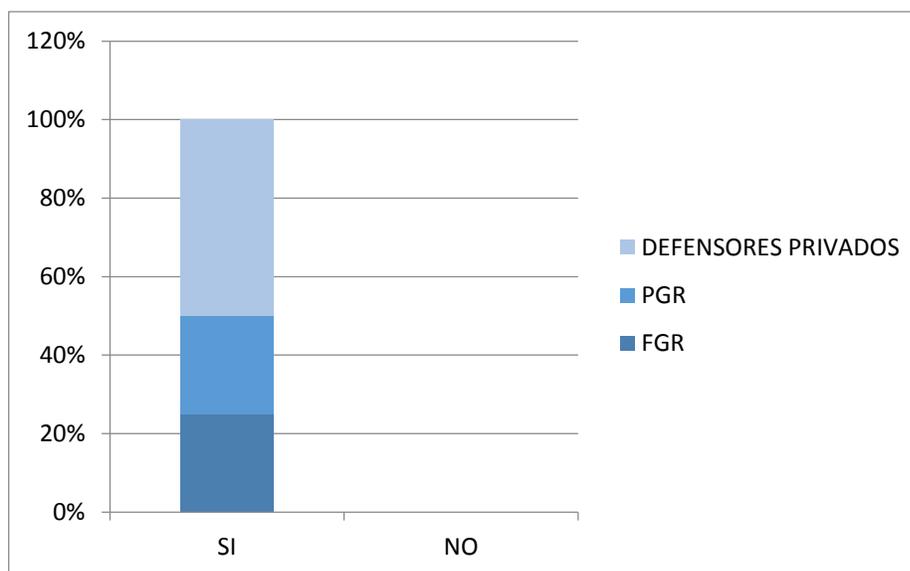
Análisis de Resultados

Se concluye de personas entrevistadas, que el 75% auxiliar Fiscal, Defensor Público y un Defensor Privado manifiestan que si fue correcto declarar imprescriptibles estos delitos, mientras que el otro Defensor Privado 25% no considera apropiado dicha acción.

PREGUNTA 18

¿Cree usted que los criterios jurisprudenciales inciden en la aplicación del tipo?

UNIDAD DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SI		NO		
	Fa	Fr%	Fa	Fr%	
FGR	1	25%	0	0%	1
PGR	1	25%	0	0%	1
Defensores	2	50%	0	0%	2
TOTAL	4				4



Análisis de Resultados

Se concluye que el 100% de los entrevistados están de acuerdo que los criterios jurisprudenciales si influyen en la aplicación del tipo.

CIERRE DE PREGUNTA NUMERO 5

¿Cuál sería la pena apropiada según su criterio?

De los entrevistados, el auxiliar de la Fiscalía General de la República y los defensores privados, sostienen que la pena es oportuna de acuerdo a la finalidad que esta tiene, y que se establece tomando en consideración el daño que se causa, la edad y la persona, mientras que el Defensor Público no está de acuerdo y consideran oportuno establecer una pena menor para castigar esta conducta.

CIERRE DE PREGUNTA NUMERO 8

¿Hasta qué momento se considera tentativa?

El auxiliar Fiscal, el Defensor Público y un Defensor Privado consideraron que existe tentativa hasta el momento que la penetración no se produce, la acción no se consuma, solo hay acercamientos, mientras otro de los Defensores privados sostiene que no hay tentativa porque si no existe penetración pasaría a ser otras agresiones sexuales.

CIERRE DE PREGUNTA NUMERO 9

¿En qué etapa de la ejecución del acto se considera consumado el delito?

La opinión de los entrevistados es unánime al decir que se da la consumación del ilícito cuando se inicia la penetración.

CIERRE DE PREGUNTA NUMERO 17

¿Cuáles fueron las valoraciones aducidas?

Sostienen los entrevistados que el hecho se comete contra una persona vulnerable y es parte de la tutela de los Derechos Humanos.

3.3 ANÁLISIS GENERAL DE RESULTADOS

Los datos obtenidos de los entrevistados contribuyen al desarrollo de la investigación acerca del delito Violación en Menor o Incapaz en la zona Oriental de El Salvador. Esta indagación necesita ser comprobada, por ello, en este apartado se desarrollará la valoración del problema de investigación, la verificación y comprobación de hipótesis y, la verificación y cumplimiento de objetivos, relacionando esta con el desarrollo investigativo.

3.3.1 VALORACIÓN DE LOS PROBLEMAS DE INVESTIGACIÓN PROBLEMA FUNDAMENTAL

¿Cuáles son las dificultades que enfrenta el operador de justicia al momento de interpretar el tipo penal de Violación en Menor o Incapaz?

La principal problemática, consistía en identificar los sujetos intervinientes del hecho punible, en cuanto al bien jurídico se determinó quien posee libertad sexual y a quienes se les protege la indemnidad o intangibilidad sexual. También se determinó la desproporcionalidad de la pena en el mínimo establecido. Para mejorar la interpretación del tipo penal en investigación se clasifico y estructuro-; Ver Capítulo II y III.

PROBLEMAS ESPECÍFICOS

PROBLEMA 1

¿Quiénes son los sujetos intervinientes en el tipo penal de Violación en Menor o Incapaz?

El sujeto activo en este delito puede ser cualquier persona, el tipo es común, puede realizar la conducta prohibida hombre o mujer. Referente al sujeto pasivo, el art. 159 CP describe que debe ser un menor de quince años, persona con enajenación mental, estado de inconsciencia o incapacidad de

resistir. Véase Capítulo II Estructura del Tipo Penal (2.5.1.1.2 SUJETOS), y Capítulo III.

PROBLEMA 2

¿Qué bienes jurídicos protege el delito de Violación en Menor o Incapaz?

Respecto de los menores de quince años y personas con enajenación mental, el bien jurídico que se tutela es *la intangibilidad o la indemnidad sexual*. No obstante las personas mayores de quince años que se encuentren en estado de inconsciencia o incapacidad de resistir, poseen libertad sexual, pero se encuentran imposibilitados de ejercerla. Remítase al Capítulo II (2.5.1.1.3 BIEN JURÍDICO)

PROBLEMA 3

¿Es proporcional la Pena establecida en el delito Violación en Menor o Incapaz?

No lo es, de modo que, el mínimo establecido no le permite al juzgador un parámetro proporcional -según el caso en concreto-. Ver Capítulo III, p. 181.

PROBLEMA 4

¿Cómo se clasifica y estructura el delito de Violación en Menor o Incapaz?

Se clasificó el tipo penal Violación en Menor o Incapaz: Según su Estructura, la Modalidad de la Acción, de acuerdo a su Formulación Legal, por la Relación de la parte Subjetiva con la Objetiva, los Sujetos que Intervienen, Relación entre el Sujeto Pasivo y Activo, Cualificación del Sujeto Pasivo, Esfera de Sujetos Idóneos, Forma de Intervención del Sujeto, Relación con el Bien Jurídico y, Número de Bienes Jurídicos Afectados. – Véase Capítulo II, Clasificación del tipo penal, p. 76.

De igual manera, fue desarrollada la estructura del tipo descrito y regulado en el Art. 159 CP, definiéndolo como una conducta típica, antijurídica y culpable. Ver Capítulo II, Estructura del tipo penal Violación en Menor o Incapaz, p. 99.

3.3.2 VERIFICACIÓN Y COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

HIPÓTESIS GENERAL

La dificultad que enfrenta el Operador de Justicia en el precepto legal de Violación en Menor o Incapaz se debe a la limitada comprensión de los elementos del tipo para determinar su contenido y alcance.

VERIFICACIÓN

Esta hipótesis fue comprobada en el Capítulo II donde se consignó la clasificación y estructura, con la finalidad de mejorar la interpretación del tipo penal en investigación.

HIPÓTESIS 1

En el tipo penal de Violación en Menor o Incapaz intervienen, como sujeto activo hombre o mujer, y sujeto pasivo hombre o mujer sea menor de quince años o incapaz.

VERIFICACIÓN

Fue necesario analizar la clasificación y estructura, al ser un tipo común, puede ser realizado por cualquier persona, no excluye que el sujeto activo sea una mujer. Ampliando la investigación con entrevistas dirigidas a jueces, fiscales, defensores públicos y privados de la zona oriental de El Salvador. Véase Capítulo II y III.

HIPÓTESIS 2

El bien jurídico protegido en el delito Violación en Menor o Incapaz respecto de los menores y en los casos de enajenación mental es la intangibilidad o la indemnidad sexual y en las personas en estado de inconciencia o incapacidad de resistir es la libertad sexual.

VERIFICACIÓN

Esta hipótesis se comprobó mediante el desarrollo de la estructura del tipo concluyendo que los menores de quince años y personas con enajenación mental el bien jurídico protegido es *la intangibilidad o la indemnidad sexual*. Por el contrario las personas mayores de quince años que se encuentren en estado de inconciencia o incapacidad de resistir, poseen libertad sexual. Remítase al Capítulo II (2.5.1.1.3 BIEN JURÍDICO)

HIPÓTESIS 3

La pena en el ilícito de Violación en Menor o Incapaz es desproporcional al hecho cometido y a los efectos producidos.

VERIFICACIÓN

Hipótesis comprobada mediante las entrevistas realizadas a los operadores de justicia, determinando la desproporcionalidad de la pena establecida en el ilícito Violación en Menor o Incapaz, de acuerdo al hecho cometido y efectos producidos. Ver Capítulo III.

HIPÓTESIS 4

El delito Violación en Menor o Incapaz se clasifica y estructura conforme a la Teoría Finalista y Post Finalista.

VERIFICACIÓN

Esta hipótesis se comprueba en el capítulo II, en la clasificación y estructura del tipo Violación en Menor o Incapaz a través de la Teoría Finalista del Delito, que permite una correcta interpretación y adecuación del tipo.

3.3.3 VERIFICACIÓN Y CUMPLIMIENTO DE OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

- Analizar las dificultades que enfrenta el Operador de Justicia al momento de interpretar el delito de Violación en Menor o Incapaz, con el fin de realizar una adecuada y eficaz aplicación del tipo penal.

VERIFICACIÓN

Se clasificó y estructuró el delito Violación en Menor o Incapaz para una mejor comprensión de los elementos del tipo y determinar su contenido y alcance. Véase Capítulo II y III.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Mostrar la Evolución Histórica del delito Violación en Menor o Incapaz.

Se estudiaron los antecedentes históricos de este hecho punible en referencia a las etapas que comprende: La Prehistoria, y la Historia que se divide en Edad Antigua, Media, Moderna y Contemporánea.; Véase Capítulo II, p. 42.-

- Desarrollar la estructura y clasificación del Precepto Legal de Violación en Menor o Incapaz.

Se desarrolló la estructura y clasificación del tipo penal Violación en Menor o Incapaz que establece el Art. 159 CP. Facilitando la comprensión de los

elementos objetivos y subjetivos del tipo. Véase Capítulo II –Clasificación y Estructura-.

- Determinar el grado de Autoría y Participación en el tipo penal Violación en Menor o Incapaz.

Se logró desarrollar la autoría y grados de participación a través de los cuales puede ser perpetrado el hecho punible. Remítase al Capítulo II, p. 134.

- Identificar si en el delito Violación en Menor o Incapaz existe Tentativa.

Se determinó que en dicho delito se puede aplicar el dispositivo amplificador del tipo. Ver Capítulo II, p. 109.

- Verificar si la Pena regulada en el ilícito Violación en Menor o Incapaz es proporcional al hecho cometido.

Se logró el objetivo determinando la desproporcionalidad de la pena mediante el análisis de entrevistas realizadas a operadores de justicia. Ver Capítulo III.

- Comparar la regulación del delito de Violación en Menor o Incapaz con otros Ordenamientos Jurídicos.

Se analizaron legislaciones de diferentes países para identificar similitudes y diferencias que presenta el tipo penal Violación en Menor o Incapaz. Ver Capítulo II, p. 143.

- Examinar los criterios Jurisprudenciales sobre el ilícito Violación en Menor o Incapaz.

Se determinó a través de las entrevistas realizadas a los aplicadores de justicia que los criterios jurisprudenciales inciden en la aplicación del ilícito penal Violación en Menor o Incapaz. Verificar Capítulo III.

CAPÍTULO IV

“CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES”

4.0 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 CONCLUSIONES GENERALES

4.1.1 CONCLUSIONES DOCTRINARIAS

- El delito Violación en Menor o Incapaz describe un modelo de comportamiento humano, “Acceso carnal”, según la doctrina en dicho concepto incluye toda clase de coito con independencia que el sujeto activo del delito sea hombre o mujer. En efecto, tanto accede carnalmente el varón que realiza la conducta sobre el sujeto pasivo mujer, como la mujer que obliga al hombre al coito vaginal o anal. En definitiva, se sostiene que el termino acceso implica conceptualmente la presencia del órgano sexual masculino, pero no necesariamente es aportado por el sujeto activo del delito.
- Según diversos autores la teoría del delito es un sistema de elementos utilizado para analizar las características comunes a todo hecho punible. El tipo penal Violación en Menor o Incapaz, según su estructura con base a la Teoría Finalista es una conducta típica, antijurídica y culpable; y se clasifica como un tipo autónomo, elemental o simple, de mera o simple actividad, instantáneo, de acción, de medios mixtos –inc, 1 resultativo, inc. 2 medio determinado-, de un acto, cerrado, congruente; en referencia al sujeto activo es común, monosubjetivo, de propia mano y acepta grados de participación; en relación al sujeto pasivo es lesivo cualificado; y según el bien jurídico tutelado es de lesión y pluriofensivo.

4.1.2 CONCLUSIONES JURÍDICAS

- En los delitos regulados bajo el Título IV del Código Penal se tutela la Libertad Sexual, no obstante, los sujetos pasivos del precepto legal Violación en Menor o Incapaz del Art. 159 CP. carecen de dicha

Libertad Sexual. Respecto de los menores de quince años que no poseen ninguna discapacidad mental ni física, el bien jurídico que se tutela es la Indemnidad o Intangibilidad Sexual, también en los casos de personas con enajenación mental independientemente de su edad. Las personas mayores de quince años en estado de inconsciencia o incapacidad de resistir tienen libertad sexual, pero se encuentran imposibilitados de ejercerla.

- En la Violación en Menor o Incapaz no basta el dolo, también se requiere de un elemento necesario para realizar la acción. El ánimo lubrico o lascivo, como elemento subjetivo distinto del dolo no busca un resultado posterior al previsto por el tipo, pero hace depender el carácter sexual de un determinado acto. Aunque dicho precepto no lo determina expresamente.

4.1.3 CONCLUSIONES SOCIO-ECONÓMICAS

- El delito Violación en Menor o Incapaz produce inseguridad jurídica, es una conducta ilícita desaprobada por la población, y el Estado no ejecuta las medidas de prevención necesarias para poder frenar su cometimiento por parte del sujeto activo.
- La conducta prohibida del Art. 159 CP. es el resultado de la manifestación de un comportamiento sexual de un sujeto activo que sobrepasa los límites de convivencia social establecidos, produciendo lesiones al bien jurídico tutelado de otra persona, además efectos secundarios de carácter económico en la familia, instituciones de estado, -como tratamientos psicológicos, asistencia médica, entre otros-, a pesar que la conducta lesiva está regulada en diversos sistemas jurídicos penales a nivel internacional, causa daño a la sociedad.

4.1.4 CONCLUSIONES CULTURALES

- El ilícito Violación en Menor o Incapaz a través de la historia se ha regulado según la cultura y la moral que ha imperado en la sociedad; para su desarrollo, la eliminación de la conducta punible es condición indispensable. Por ello se van implementando nuevas reformas y se ha declarado la imprescriptibilidad de delitos que lesionan la Intangibilidad o Indemnidad Sexual de menores o incapaces para evitar su impunidad.
- La comisión del ilícito Violación en Menor o Incapaz se produce por factores internos y externos del individuo, además por la crisis de valores morales y éticos.

4.2 CONCLUSIONES ESPECÍFICAS

- El hecho punible Violación en Menor o Incapaz previsto y sancionado en el Art. 159 CP es un tipo común y puede ser realizado por cualquier persona -hombre o mujer-, tal como se infiere de la locución utilizada por ley "*El que...*". El sujeto pasivo debe reunir cualidades especiales: ser menor de quince años de edad, persona con enajenación mental, en estado de inconsciencia o incapacidad de resistir.
- La Violación en Menor o Incapaz es un delito de Mera o Simple Actividad, no cuenta con un nexo causal, no le corresponde la producción de un resultado exterior que vaya más allá de la ejecución de la acción, de modo que, con la realización de esta se lesiona el bien jurídico y se da por consumado el ilícito.
- La conducta típica en Indagación no obstante de ser un delito de mera actividad, admite tentativa, se configura cuando el autor, con el fin de realizar el acceso carnal en menor o incapaz, inicia los actos tendientes

a su ejecución, pero no logra la consumación por causas ajenas a su voluntad.

- La Violación en Menor o Incapaz admite Error de Tipo entendiendo este como el desconocimiento de alguno o todos los elementos del tipo de injusto, y Error de Prohibición que puede referirse a desconocimiento de la norma prohibitiva, vigencia o errónea interpretación, y el agente toma por lícita su acción.

4.3 RECOMENDACIONES

➤ ORGANO EJECUTIVO

MINISTERIO DE EDUCACIÓN

Que en el plan de estudio se incluyan foros, conferencias y debates de educación, salud sexual y reproductiva, que afirmen valores, respeto a la indemnidad humana e inclusión social.

➤ ORGANO LEGISLATIVO

Realizar una reforma al Art. 159 CP, tomando en cuenta la evolución jurídica, social y cultura del país, regulando de manera precisa el tipo penal, así mismo considerar la disminución de la pena mínima establecida a efecto de dosificar su aplicación concreta de acuerdo a la culpabilidad.

Que en la facultad que le confiere la Constitución de la República cree políticas de prevención del delito Violación en Menor o Incapaz.

➤ **ORGANO JUDICIAL**

A la Corte Suprema de Justicia que realice foros para que los ciudadanos se informen respecto a los delitos descritos bajo el Título IV del Código Penal, específicamente la Violación en Menor o Incapaz.

Que la Biblioteca Judicial adquiera bibliografía actualizada relativa al delito Violación en Menor o Incapaz.

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

A través de la Escuela de Capacitación Judicial se realicen diplomados, cursos, conferencias, capacitaciones sobre el delito Violación en Menor o Incapaz; dirigido a Jueces, para ampliar sus conocimientos ya que estos, son dispersos, es decir, no son sistematizados. Hay decidía de ellos para no seguir ampliando sus conocimientos y para no aplicar la Teoría Jurídica del Delito.

FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Que la Escuela de Capacitación Fiscal permanezca realizando talleres para fortalecer el conocimiento de los agentes auxiliares. Se comprobó que cuentan con un amplio entendimiento respecto a la Teoría Jurídica del delito y el precepto legal Violación en Menor o Incapaz pero es necesario que sea incesante.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

A los Defensores Públicos, a recibir capacitación continua para que conozcan sobre la Teoría Jurídica del Delito y el hecho punible Violación en Menor o Incapaz a través de diplomados, cursos y foros, a fin de realizar una labor eficiente en beneficio de los ciudadanos. Puesto que, en la investigación de campo se identificó falta de conocimiento, sus aportes no tienen fundamento jurídico, -existió incongruencia entre la pregunta realizada y su respuesta-.

DEFENSORES PRIVADOS

Que tomen iniciativa de optar por diplomados, asistir a conferencias y capacitaciones, para actualizar sus conocimientos sobre el ilícito Violación en Menor o Incapaz porque denotan deficiencia.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Que a través del Departamento de Ciencias Jurídicas implementen capacitación continua a los docentes para que contribuyan a la formación de futuros profesionales.

Que los docentes promuevan foros y conferencias a estudiantes sobre la Teoría Jurídica del Delito y el tipo penal Violación en Menor o Incapaz.

A la Biblioteca de la Facultad Multidisciplinaria Oriental que actualicen la bibliografía en los delitos relativos a la Libertad Sexual específicamente en la Violación en menor o incapaz, para que los estudiantes profundicen con futuras investigaciones.

LA SOCIEDAD

Para que adquiera el conocimiento necesario sobre el delito Violación en Menor o Incapaz y evitar ser sujeto activo o pasivo del mismo.

Contribuir a la eficacia de la administración de justicia adoptando la cultura denuncia cuando se ha consumado la conducta prohibida, con la finalidad de evitar su impunidad.

REFERENCIAS

BIBLIOGRAFIA

- 1- ACHAVAL, Alfredo, (1979), *Delito de Violación: Estudio sexológico, médico legal y jurídico*, 1ª Ed., Editorial Abeledo Perrot: Ciudad de Buenos Aires.
- 2- ALCALÉ, SÁNCHEZ M. (2002), *Los Delitos de Mera Actividad*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, Universidad de Cádiz.
- 3- ALMAGRO BASCH, Martín, (1953), *La Dimensión Universalista de la Prehistoria*, versión digital, España.
- 4- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Gregorio, (1997), *Delitos Contra la Libertad Sexual*, Consejo General del Poder Judicial., Madrid.
- 5- ARANGO DURLING, Virginia, (2003), *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, 2ª Ed., Ediciones Panamá Viejo: Panamá.
- 6- ARAYA POCHET, Carlos, (1995), *Historia de América: En Perspectiva Latinoamericana*, 2ª Ed., Editorial EUNED: Costa Rica.
- 7- ARRIETA GALLEGOS, Manuel. (1960), *Estado Actual del Derecho Penal en El Salvador y Breve Examen Crítico del mismo*, Vol. I, San Salvador.
- 8- AYALA, Roberto J. (2013), *Origen de los Hebreos*, El Mundo Bíblico Digital, Valencia.
- 9- BERENGER, Enrique Orts, (1995), *Delitos contra la Libertad Sexual*, 1ª Ed., Editorial Tirant Lo Blanch: Ciudad de Valencia.

- 10- BROWNING, David. (1998), *El Salvador, la tierra y el hombre*, 4ª Ed., Dirección de Publicaciones e Impresos: San Salvador.
- 11- CALDERÓN CARRERO, José Manuel, (2008), *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, 1ª Ed., Editorial Fiscal: España.
- 12- CHIAPPINI, Julio O., (1983), *Problemas de Derecho Penal*, Editores Rubinzal-Culzoni: Santa Fe.
- 13- CLAUS Roxin, (1997), *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Editorial Civitas: Madrid.
- 14- DALTON Roque. (1993), *El Salvador Monografía*, Vol. 8, Talleres Gráficos UCA: San Salvador.
- 15- DAZA, Mario, *Manual de Derecho Penal Parte General*, 5ª Ed., Las treas: Argentina.
- 16- DE CASTRO, Fernando, (1850), *Historia Antigua*, 2ª Ed., Madrid.
- 17- DELGADO DE CANTÚ, Gloria M., (2005), *El Mundo Moderno y Contemporáneo I: de la Era Moderna al siglo Imperialista*, 5ª Ed., Pearson Educación de México: México.
- 18- DONNA, Edgardo Alberto, (2001), *Teoría del Delito y de la Pena*, 2º Ed., Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma: Buenos Aires.

- 19- ESPINOZA VÁSQUEZ, Manuel A. (1983), *Delitos Sexuales: Cuestiones Médico-Legales y Criminológicas*, Editorial Libertad: Trujillo.
- 20- FERNÁNDEZ, Julio Fausto, (1974), *Sueños y Reflexiones al Atardecer*, Ministerio de Educación, Dirección de Publicaciones: San Salvador.
- 21- FLORISTÁN, Alfredo, (2005), *Historia Moderna Universal*, 1ª Ed., Editorial Ariel: España.
- 22- GONZÁLEZ DÍAZ, Lombardo, (2004), *Compendio de Historia del Derecho y del Estado*, Editorial Limusa: México.
- 23- HUERTA TOCILDO, Susana, (1984), *Sobre el Contenido de la Antijuridicidad*, Editorial Tecnos: España.
- 24- HURTADO POZO, José, (2000), *Nociones Básicas de Derecho Penal Parte General*, Guatemala.
- 25- JESCHECK, Hans-Heinrich, (s.f), *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, 3ª Ed., Casa Editorial: Barcelona.
- 26- LARA PEINADO, Federico, (1997), *Código de Hammurabi: Estudio Preliminar, traducción y notas*, 3ª Ed., Colección Clásicos del Pensamiento: Madrid.
- 27- LAURETTE Sejourné, (1971), *Antiguas culturas precolombinas, historia universal Siglo veintiuno*, Madrid.
- 28- MENDOZA DURÁN, José O., (1962), *El Delito de Violación*, Colección Nereo: Barcelona.

- 29- MENÉNDEZ, Isidro, (1855), *Recopilación de Leyes de El Salvador en Centroamérica*, Imprenta de L. Luna: Guatemala.
- 30- MIR PUIG, Santiago, (1998), *Derecho Penal Parte General*, 5ª Edición, editorial CORREGRAFIC: Barcelona.
- 31- MUÑOZ CONDE, Francisco, (1991) *Los Delitos Contra la Libertad Sexual*, (Título IX, Libro II del Código Penal), Estudios Penales y Criminológicos XIII, Universidad de Santiago de Compostela: España.
- 32- MUÑOZ CONDE, Francisco, (1996), *Derecho Penal Parte Especial*, Editorial Tirant Lo Blanch: Valencia.
- 33- MUÑOZ CONDE, Francisco, (2002), *Derecho Penal Parte Especial*, 14ª Ed., Editorial Tiran Lo Blanch: Valencia.
- 34- MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARÁN, Mercedes, (2004), *Derecho Penal Parte General*, 6ª Ed., Editorial Tirant Lo Blanch: Valencia.
- 35- NOVOA MONREAL, Eduardo, (1980), *Causalismo y Finalismo en Derecho Penal*, Editorial Juricentro: San José.
- 36- NÚÑEZ, Ricardo C., (2008), *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, 3ª Ed., Editorial Lerner, Córdoba.
- 37- PAREJA ORTIZ, Francisco & PAREJA ORTIZ, Manuel., (1998), *Apuntes de Historia Contemporánea*, Universidad de la Sabana: Colombia.

- 38- PASTOR, A., ESCOBAR, D., MAYORAL, E., Ruiz, F., (2011), *Cultura General: Ámbito Lingüístico y Social* ,1ª Ed., Ediciones Paraninfa, Madrid.
- 39- PLASENCIA VILLANUEVA, Raúl, (s.f), *Teoría del Delito*, 1ª Ed., Universidad Nacional Autónoma de México: México.
- 40- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, (2002), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 3ª Ed., Editorial Aranzadi: Navarra.
- 41- RUIZ PULIDO, Guillermo, (1995), *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia*, 2ª Ed., Chile.
- 42- RUIZ SERVIO Tulio, (1983), *La Concepción del Delito en el Código Penal*, Editorial Temis: Bogotá.
- 43- SANTAMARÍA, Mihel Gotzon, (1996), *Saber Amar con el Cuerpo: Colección Mundo y Cristianismo*, 9ª Ed., Ediciones Palabra: Madrid.
- 44- SILVA, José Enrique, (s.f), *Introducción al Estudio de Derecho Penal Salvadoreño*, 1ª Ed., Ediciones la Universidad: San Salvador.
- 45- SILVA SILVA Hernán., (1995), *Medicina Legal y Psiquiatría Forense*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile: Chile.
- 46- SPROVIERO, Juan H., (1996), *Delito de Violación*, 1ª Ed., Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma: Buenos Aires.
- 47- STRATENWERTH, Gunter, (1982), *Derecho Penal Parte General I: El Hecho Punible*, Edersa Editoriales de Derecho Reunidas: Madrid.

- 48- SUESS, Paulo., (s.f), *La Conquista Espiritual de la América Española: 200 documentos del Siglo XVI*, 1ª Ed., Editorial ABYA YALA: Quito.
- 49- TERÁN LOMAS, Roberto A. M. (1980), *Derecho Penal Parte General*, Tomo II, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma: Buenos Aires.
- 50- TIEGHI, Osvaldo N., (1983), *Delitos Sexuales*, Tomo 1, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires.
- 51- TREJO ESCOBAR, Miguel Alberto y Otros. (1992), *Manual de Derecho Penal Parte General*, 1ª Ed., Talleres Gráficos UCA: San Salvador.
- 52- TREJO ESCOBAR, Miguel Alberto., (1995), *El Derecho Penal Salvadoreño Vigente. Antecedentes y Movimientos de Reforma*, 1ª Ed., Talleres Gráficos UCA: El Salvador.
- 53- TREJO ESCOBAR, Miguel Alberto., (1999), *Introducción a la Teoría General del Delito*, 1ª Ed., Servicios Editoriales Triple "D": San Salvador.
- 54- VALERA, Reina., (1960), *Santa Biblia*, Sociedades Bíblicas Unidas: Colombia.
- 55- VELÁSQUEZ, V. Fernando, (2004), *Manual de Derecho Penal: Parte General*, 2ª Ed., Editorial Temis: Bogotá.
- 56- VIDAL Manuel, (1970), *Nociones de la Historia de Centro América*, 9ª Ed., Dirección de Publicaciones: San Salvador.
- 57- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, (1986), *Manual de Derecho Penal Parte General*, 5ª Ed., Ediar Sociedad Anónima Editora: Buenos Aires.

58- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, (2005), *Manual de Derecho penal Parte General*, 1ª Ed., Sociedad Anónima Editora: Buenos Aires.

59- Z. MARTÍNEZ, Lisandro., (1972), *Derecho Penal Sexual*, Editorial Temis: Colombia.

LEGISLACION NACIONAL

60- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, aprobada según DECRETO LEGISLATIVO No. 38 y publicado en el Diario Oficial No. 234, Tomo 281, el 16 de diciembre de 1983.

61- CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR 1826 .Escolán y Balibrera, Joaquín (Presidente); Castro, Miguel José (Diputado Secretario); Cuellar, Pedro José (Diputado Seretario).

62- CÓDIGO PENAL DE EL SALVADOR 1859. Corte Suprema de Justicia, Biblioteca Judicial, El Salvador.

63- CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR 1881. Imprenta de “El Cometa”, San Salvador, El Salvador.

64- CÓDIGO PENAL DE EL SALVADOR 1904. Corte Suprema de Justicia, Biblioteca Judicial, El Salvador.

65- CÓDIGO PENAL DE EL SALVADOR 1973. Corte Suprema de Justicia, Biblioteca Judicial, El Salvador.

66- CÓDIGO PENAL DE EL SALVADOR 1998. DECRETO LEGISLATIVO N° 1030, del 26 de abril de 1997, Diario Oficial No.105, tomo No. 335 del 10 de junio de 1997.

67- LEY DE ATENCIÓN INTEGRAL PARA LA PERSONA ADULTA MAYOR.

68- LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA (LEPINA), DECRETO LEGISLATIVO No. 839, Diario Oficial No. 68, Tomo No. 383, Publicado el 16 de abril de 2009.

LEGISLACION INTERNACIONAL

69- CÓDIGO PENAL ALEMÁN, del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 4 de marzo de 2015.

70- CÓDIGO PENAL COLOMBIANO, Ley 599 de 2000. Publicada en el Diario Oficial N° 44.097 del 24 de Julio de 2000.

71- CÓDIGO PENAL DE COSTA RICA, Ley N° 7594"; ley N° 8590 del 18 de julio del 2007.

72- CÓDIGO PENAL DE GUATEMALA, Decreto N° 17-73 dado en el Palacio del Organismo Legislativo, en la Ciudad de Guatemala, a los 5 días del mes de julio de 1973.

73- CÓDIGO PENAL DE HONDURAS, Decreto 144-83, dado en la Ciudad de Tegucigalpa, Distrito Central, en el Salón de Sesiones del Congreso Nacional, a los 23 días del mes de agosto de 1983.

- 74- CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE, 12 de noviembre de 1874, Imprenta la República, Santiago de Chile. Última modificación 05 de julio de 2016 Ley 20931.
- 75- CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA. Ley No. 550-14. Dada en la Sala de Sesiones de la Cámara de Diputados, Palacio del Congreso Nacional, en Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, capital de la República Dominicana, a los dieciséis días del mes de diciembre del año dos mil catorce.
- 76- CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ, adoptado por la Ley 14 de 2007, con las modificaciones y adiciones introducidas por la Ley 26 de 2008, la Ley 5 de 2009, la Ley 68 de 2009 y la Ley 14 de 2010.
- 77- CÓDIGO PENAL DE NICARAGUA. Ley N° 641, dado en la ciudad de Managua, en la SALA DE SESIONES DE LA ASAMBLEA NACIONAL, a los 13 días del mes de noviembre del año 2007.
- 78- CÓDIGO PENAL DE PUERTO RICO, Ley 146-2012, aprobado el 30 de julio de 2012. Enmendado por la ley 246-2014, aprobado el 26 de diciembre de 2014.
- 79- CÓDIGO PENAL FEDERAL, Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931. Texto Vigente Última Reforma Publicada DOF23-01-09.
- 80- CÓDIGO PENAL ITALIANO, actualizado el 20 de diciembre de 2014.

- 81- CÓDIGO PENAL Y LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA. Coedición del Ministerio de Justicia y la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- 82- CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS 1969.
- 83- CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, “CONVENCION DE BELÉM DO PARÁ”. Ratificado por El Salvador el día 26 de enero de 1996.
- 84- CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Ratificado por El Salvador, por medio del Decreto Legislativo No. 487 del día 27 de abril de 1990.
- 85- DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. Adoptada y proclamada por la resolución de la Asamblea General 217 A (iii) el 10 de Diciembre de 1948.
- 86- DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959.

DICCIONARIOS

- 87- *Diccionario Jurídico Enciclopédico*. Edición 2005.
- 88- *Diccionario Manual de la Lengua Española Vox*. 2007 Larousse. Editorial, S.L.
- 89- FIX ZAMUDIO, Héctor. (1992), “*Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas*”, 5ª Ed., Editorial Porrúa, UNAM, México.

REVISTAS

- 90- ASTRO OLAECHEA, Nelly Aurora. (2011), “Ensayo sobre la Conspiración en el Código Penal Peruano”, Lima Perú.
- 91- Consejo Coordinador Nacional Indígena Salvadoreño, (1999), “Pueblos Indígenas. Salud y Calidad de Vida en El Salvador”, San Salvador.
- 92- Consejo Nacional de la Judicatura, (2003), “Manual de Teoría Jurídica del Delito”, Escuela de Capacitación Jurídica, San Salvador.
- 93- HERNÁNDEZ DE ESPINOZA, Matilde Guadalupe. (2009), “Guía de Actuación Fiscal Para la Investigación de los Delitos de Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes y Delitos Contra la Libertad Sexual Relacionados”, Talleres Gráficos UCA: El Salvador.
- 94- MAYUMI YASUNAGA, Miriam E., (2016), “Las Mujeres de Confort: Un Acuerdo Histórico”, Instituto Español de Estudios Estratégicos.
- 95- Miguel Ángel, (2006), “Revista de la Consejería de la Educación en Reino Unido e Irlanda: Las Culturas Precolombinas de América”, Embajada de España en Reino Unido.
- 96- MORINEAU Marta. “Evolución de la Familia Jurídica Romano-Canónica: El Derecho Comparado”.
- 97- Seminario Judicial de la Federación, “Sexta Época”, Volumen Segundo Parte XLIX.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

98- LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA SALA DE LO PENAL

2006. SENTENCIA DEL DÍA 28/08/2006, DE LAS 10:30, SALA DE LO PENAL, DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, EL SALVADOR.

99- Sentencia # 82/2016, del Delito Violación en Menor o Incapaz, dictada por la juez del Tribunal de Sentencia, La Unión, El Salvador, a las quince horas y cuarenta minutos del día seis de abril de dos mil dieciséis.

SITIOS WEB

100- <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/1/412/6.pdf>.

PARTE III

“ANEXOS”

ANEXO N° 1

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS
SOCIALES

PROCESO DE GRADUACIÓN DE LICENCIATURA EN CIENCIAS
JURIDICAS AÑO 2016

DIRECTOR DE CONTENIDO: MSC CARLOS SOLÓRZANO TREJO GÓMEZ

**TEMA: “EL DELITO DE VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ EN LA ZONA
ORIENTAL DE EL SALVADOR”**

ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA

Dirigida a: _____

Objetivo: Conocer las alternativas de solución de las dificultades que presenta el delito Violación en Menor o Incapaz, con el propósito de realizar una adecuada y eficaz aplicación del tipo objeto de indagación.

1. ¿Qué opina en relación al precepto legal Violación en Menor o Incapaz?
2. ¿Quiénes son los sujetos activos de este ilícito?

3. ¿Cuál es el Bien Jurídico tutelado del delito en consideración?
4. ¿Considera proporcional la pena establecida conforme al hecho cometido, efectos producidos y la culpabilidad del autor?
5. ¿La Violación en Menor o Incapaz es un tipo de mera actividad o de resultado?
6. ¿Se admite la tentativa en este hecho ilícito?
7. ¿La Violación en Menor o Incapaz comprende la coautoría o participación?
8. ¿En este hecho punible existe Concurso Real o Ideal de delitos?
9. ¿Concorre el Error de Tipo y de Prohibición en la realización de este ilícito?
10. ¿Cree usted que puede realizarse un comportamiento justificado en la Violación en Menor o Incapaz?
11. ¿Conoce cuáles fueron las valoraciones para declarar imprescriptible los delitos cometidos contra la Libertad Sexual de Menor o Incapaz?
12. ¿Cómo inciden los criterios jurisprudenciales en la aplicación del tipo?

ANEXO N° 2

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS
SOCIALES

PROCESO DE GRADUACIÓN DE LICENCIATURA EN CIENCIAS
JURIDICAS AÑO 2016

DIRECTOR DE CONTENIDO: MSC CARLOS SOLÓRZANO TREJO GÓMEZ

**TEMA: “EL DELITO DE VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ EN LA ZONA
ORIENTAL DE EL SALVADOR”**

ENTREVISTA SEMI-ESTRUCTURADA

Dirigida a: _____

Objetivo: Conocer las alternativas de solución de las dificultades que presenta el delito Violación en Menor o Incapaz, con el propósito de realizar una adecuada y eficaz aplicación del tipo objeto de indagación.

1. ¿Puede una mujer ser sujeto activo del delito Violación en Menor o Incapaz?

SI _____

NO _____

2. Qué bien jurídico considera usted que se tutela?

Intangibilidad sexual _____

Indemnidad sexual _____

Libertad sexual _____

3. ¿Está de acuerdo con la pena establecida en este hecho punible?

SI _____

NO _____

4. ¿Considera que se vulnera el principio de proporcionalidad cuando existen delitos más graves con penas inferiores?

SI _____

NO _____

5. ¿Cuál sería la pena apropiada según su criterio?

6. La Violación en Menor o Incapaz es un tipo:

De mera actividad _____

De resultado _____

7. ¿Considera que admite tentativa?

SI _____

NO _____

8. ¿Hasta qué momento se considera tentativa?

9. ¿En qué etapa de la ejecución del acto se considera consumado el delito?

10. ¿La Violación en Menor o Incapaz admite Coautoría o Participación?

SI _____

NO _____

11. ¿Puede presentarse Concurso Ideal en este ilícito?

SI _____

NO _____

12. ¿Podría existir Concurso Real en este hecho punible?

SI _____

NO _____

13. ¿Considera usted que puede concurrir el Error de Tipo en el delito Violación en Menor o Incapaz?

SI _____ NO _____

¿En qué casos?

14. ¿Se puede admitir el error de prohibición en esta conducta?

SI _____ NO _____

¿En qué casos?

15. ¿Cree usted que puede realizarse un comportamiento justificado en el delito de Violación en Menor o Incapaz?

SI _____ NO _____

16. ¿Fue apropiado declarar imprescriptible los delitos cometidos contra la Libertad Sexual de Menor o Incapaz?

SI _____ NO _____

17. ¿Cuáles fueron las valoraciones aducidas?

18. ¿Cree usted que los criterios jurisprudenciales inciden en la aplicación del tipo?

SI _____

NO _____

ANEXO N° 3**PROPUESTA DE REFORMA****Decreto N° _____****LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR****CONSIDERANDO:**

I. Que el actual Código Penal fue aprobado por Decreto Legislativo N° 1030, de fecha 26 de abril de 1997, publicado en el Diario Oficial N° 105, Tomo 335, del 10 de junio del mismo año, vigente desde el día 20 de abril de 1998.

II. Que por Decreto Legislativo N° 210, de fecha 25 de noviembre de 2003, Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. “A fin de realizar acciones específicas dirigidas a la erradicación de la explotación sexual comercial de los menores, todo tipo de abuso en contra de la niñez y la adolescencia; especialmente de abusos de tipo sexual; en atención a los planteamientos expuestos y a la demanda social de mayor protección para la niñez y la adolescencia, se hizo necesario incorporar las reformas legales correspondientes al Código Penal.

III. Que con el fin de contribuir a una mejor aplicación de la norma para el combate de los delitos cometidos contra la libertad sexual de menores o incapaces y cumplir con una verdadera justicia para ellos, se hace necesario reformar el Art. 159 del Código Penal para que se regule de forma autónoma la Violación en Menor y Violación en Incapaz.

IV. Que debido a la realidad jurídica, social y cultural del país es necesario regular de manera precisa el tipo penal y considerar la disminución de la pena mínima establecida a efecto de dosificar su aplicación concreta de acuerdo a la culpabilidad del autor.

POR TANTO:

En uso de sus facultades Constitucionales y a iniciativa de los Diputados **DECRETA**, la siguiente:

REFORMAS AL CÓDIGO PENAL

Art. I.- Reformase el artículo 159 que literalmente regula “El que tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con menor de quince años de edad o con otra persona aprovechándose de su enajenación mental, de su estado de inconsciencia o de su incapacidad de resistir, será sancionado con prisión de catorce a veinte años.

Quien mediante engaño coloque en estado de inconsciencia a la víctima o la incapacite para resistir, incurrirá en la misma pena, si realiza la conducta descrita en el inciso primero de este artículo” de la siguiente manera:

“Art. 159 Violación en Menor

El que realice acceso carnal con menor de quince años o se haga acceder por este vía vaginal o anal, será sancionado con prisión de ocho a veinte años.

El consentimiento del menor de quince años excluirá la responsabilidad penal por este delito, cuando el autor tenga la edad y grado de desarrollo o madurez próximo al menor.

Art. 159–A Violación en Incapaz

El que realice acceso carnal o se haga acceder por vía vaginal o anal aprovechándose de la enajenación mental de otra persona, de su estado de inconsciencia o de su incapacidad de resistir, será sancionado con prisión de diez a veinte años.

Quien mediante engaño coloque en estado de inconsciencia a la víctima o la incapacite para resistir, incurrirá en la misma pena, si realiza la conducta descrita en el inciso primero de este artículo”.

Art. 2. - El presente decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el diario oficial.

DADO EN EL PALACIO LEGISLATIVO: San Salvador, a los____ del mes____ del año dos mil _____.

ANEXO N° 4**CRONOGRAMA**

Meses	MARZO/2016				ABRIL/2016				MAYO/2016				JUNIO/2016				JULIO/2016				AGOSTO/2016				SEPTIEMBRE/2016							
Semanas	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4				
Actividades																																
Reuniones con el coordinador del proceso de graduación	■	■					■				■				■				■				■				■				■	
Inscripción del proceso de graduación	■																															
Elaboración del perfil de investigación	■	■																														
Elaboración del protocolo de investigación		■	■	■	■	■	■																									
Entrega del protocolo de investigación							■																									
Elaboración del Síntesis del problema de investigación							■	■																								
Elaboración del Marco Teórico							■	■	■	■																						
Elaboración de Presentación descripción y análisis de resultados											■	■																				
Elaboración de Conclusiones y recomendaciones															■	■																
Tabulación, Análisis e interpretación de datos																			■	■												
Redacción del informe final																				■	■											
Entrega del informe final																								■								
Exposición de resultados y defensa del informe final																									■	■	■					