



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES



**EL DELITO DE ESTUPRO EN LA LEGISLACION
PENAL SALVADOREÑA**

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

EDMUNDO ALFREDO CASTILLO

PREVIA LA OPCION DEL TITULO DE

Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales

NOVIEMBRE 1970

San Salvador,

El Salvador,

Centro América.

T
345.0253
C 352d
1970
F. J. YCS.
G. 3

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR:

Arquitecto Gonzalo Yanes Díaz

SECRETARIO GENERAL:

Doctor Joaquín Figueroa Villalta

=====

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y
CIENCIAS SOCIALES

DECANO:

Doctor Guillermo Chacón Castillo

SECRETARIO:

Doctor José Guillermo Orellana Osorio



EXAMEN PRIVADO SOBRE CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y
LEGISLACION LABORAL:

Presidente: Dr. José Antonio Morales Ehrlich
Primer Vocal: Dr. Roberto Lara Velado
Segundo Vocal: Dr. Javier Angel

EXAMEN PRIVADO SOBRE MATERIAS, CIVILES, PENALES Y MERCANTILES:

Presidente: Dr. Rafael Ignacio Funes
Primer Vocal: Dr. Manuel Antonio Ramírez
Segundo Vocal: Dr. Manuel Atilio Hasbún

EXAMEN PRIVADO SOBRE MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS:

Presidente: Dr. Napcleón Rodríguez Ruíz
Primer Vocal: Dr. Julio César Oliva
Segundo Vocal: Dr. Luis Alonso Posada
ASESOR DE TESIS: Dr. Homero Armando Sánchez Cerna

TRIBUNAL CALIFICADOR DE LA TESIS DOCTORAL:

Presidente: Dr. Rodolfo Antonio Gómez
Primer Vocal: Dr. Joaquín Figueroa Villalta
Segundo Vocal: Dr. Julio Mauricio Jiménez Gómez.

D/ el autor / 14-1-1971 / 3 8253



D E D I C A T O R I A

A MIS PADRES:

CARLOS GILBERTO CASTILLO Y
SARA RIVERA DE CASTILLO,
Con eterno agradecimiento.

A MI ESPOSA:

MIRIAN AGUILUZ,
Con todo mi amor.

A MIS HERMANOS:

GILBERTO, CARLOS, YOLANDA, SONIA
MANUEL, RUTH Y ESTELA,
Participantes de mis triunfos,
alegrías y tristezas.

A MIS AMIGOS:

Con todo cariño.

CAPITULO VII	PROCEDIMIENTO Y PENALIDADES EN EL DELITO DE ESTUPRO. EXTINGION DE LA ACCION PENAL	54
CAPITULO VIII	DIFERENCIAS Y SIMILITUDES DEL ESTUPRO CON LA VIOLACION	63
CAPITULO IX	LEGISLACION COMPARADA DEL DELITO DE ESTUPRO	65
CAPITULO X	JURISPRUDENCIA	71
CAPITULO XI	CONCLUSIONES	77



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

Antes de entrar de lleno al tema que me he propuesto desarrollar, es importante ubicar el delito de estupro.

Las legislaciones de los diversos países han empleado distintas denominaciones y clasificaciones para comprender los delitos que afectan la honestidad sexual.

El código Francés los denominan "atentados contra las costumbres"; el Italiano "delitos contra la moral pública y las buenas costumbres"; el Alemán "crímenes y delitos contra la moralidad"; el Belga "contra el orden de las familias y la moralidad pública"; el Brasileño "delitos contra las buenas costumbres"; el Colombiano "delitos contra la libertad y el honor sexuales"; el Cubano "delitos contra las buenas costumbres"; el Mejicano "delitos sexuales"; el Peruano "delitos -contra las buenas costumbres" y el Salvadoreño, Español y Argentino como "delitos contra la honestidad".

Los ejemplos expuestos, confirman lo ya manifestado de que no obstante ciertas variantes y diferentes denominaciones, el contenido es muy similar.

Ahora bien, los títulos indicados no son más que una volubilidad modernística. Determinan una preocupación por lo -sexual, que no todas las veces corresponde un verdadero contenido de la misma naturaleza. Los mencionados y similares títulos, reflejan una defectuosa técnica jurídica y una apreciación equivocada de la realidad social.

Nuestro código penal sigue al español y en el título IX del libro segundo, parte especial, se emplea "Delitos contra la honestidad". ~~La palabra honestidad se emplea aquí co~~
~~mo equivalente a moralidad sexual.~~ Los delitos comprendidos bajo este epígrafe son hechos, que violan la moralidad sexual. Pero no todos los actos que constituyen una transgresión de -
-la moral sexual hoy aceptadas están sancionadas por el Código Penal, no, el derecho penal tiene un campo menos reducido que el de la moral y en esta fase propia de la vida sexual no puede aspirar a obligar la obediencia de todos los deberes contenidos en la moral sexual, sino, solo aquellos cuyo cumplimiento sea necesario para la ordenada convivencia social.

En el terreno sexual le es imposible al derecho penal, ni es su fin, tender a la moralización del individuo, a alejarlo del vicio de la sensualidad, su operación se concreta al castigo de aquellos hechos que violan gravemente bienes jurídicos individuales o colectivos y ponen en peligro la vida social.

Los actores no se han puesto de acuerdo en cuanto a la denominación de estos delitos y entre los cuales se encuentra el estupro. En realidad el nombre de delitos contra la honestidad que adopta nuestro código ~~es deficiente~~, pues ciertos delitos como el adulterio, incluidos en tal denominación no afectan la honestidad, término por demás vago.

Carlos Fontán Balestra (1) y Francisco González de la Vega(2), usan el término "~~delitos sexuales~~", que nos parece acertado. Según González de la Vega, el delito sexual, para ser considerado como tal debe reunir dos condiciones: - a) que la acción típica del delito, sea directa e inmediatamente sexual, y b) que los bienes jurídicos lesionados sean relativos a la vida sexual del ofendido.

Porte Petit(3), crítica el término "delitos sexuales" y propone "delitos contra la libertad e inexperiencia sexuales".

El Código Penal Vigente, contempla el título IX del libro segundo, a los "delitos contra la honestidad", siguiendo la clasificación española. Dicha clasificación, es:

DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD

1) ADULTERIO.

- a) Adulterio de la mujer (Art. 388)
- b) Mancebía o adulterio del hombre (Art. 391)

2) VIOLACION.

- a) Violación presunta (Art. 392 No. 1)

-
- (1) Carlos Fontán Balestra. Delitos Sexuales. Ediciones Arayú. Buenos Aires. 1953.
 - (2) Francisco González de la Vega. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. Méjico. 1964.
 - (3) Celestino Porte Petit. Ensayo Dogmático Sobre el Delito de Violación. Editorial Jurídica Mexicana. Méjico. 1966.

- b) Violación propia (Art. 392 Nos. 2 y 3)
- c) Violación de prostituta (Art. 392 Inc. final)
- 3) ABUSOS DESHONESTOS
 - a) Abusos deshonestos violentos (Art. 393)
 - b) Abusos deshonestos sin violencia (Art. 396 Inc. 4)
- 4) DELITOS DE ESCANDALO PUBLICO
 - a) Hechos de grave escándalo y publicaciones obscenas (Art. 394)
 - b) Exposición o proclamación con escándalo de doctrinas - contrarias a la moral pública (Art. 395).
- 5) ESTUPRO
 - a) Estupro doméstico (Art. 396 Inc. 1o.)
 - b) Incesto (Art. 396 Inc. 2o.)
 - c) Estupro fraudulento (Art. 396 Inc. 3o.)
- 6) PROSTITUCION O CORRUPCION DE MENORES (Art. 397)
- 7) RAPTO.
 - a) Rapto propio o violento (Art. 398)
 - b) Rapto consensual (Art. 399)

El proyecto del Código Penal Salvadoreño, hace la clasificación siguiente:

- 1) Delitos contra el pudor y la libertad sexual; violación, ultraje violento al pudor, estupro, rapto propio e impropio, corrupción de menores y ultraje público al pudor;
- 2) Delitos contra la familia, el matrimonio y la moral familiar: adulterio, bigamia y matrimonios ilegales, incesto.-

CAPITULO I

GENERALIDADES Y ANTECEDENTES HISTORICOS

1.- GENERALIDADES. Las actuales disposiciones penales del estupro de nuestro país al igual que los otros códigos penales latinos, reflejan, en gran medida, una concepción histórica social de la intervención de la mujer en sociedad y una actitud frente a ciertas cuestiones sexuales, que difícilmente corresponde hoy en día a los hábitos, costumbres y valores imperantes. Las disposiciones que en los códigos penales contemplan el delito de estupro en sus variadas formas, aunque sin un contenido uniforme, parecen tener en común el cuidado no exclusivamente de proteger a la mujer y al núcleo familiar, sino también la de imponer a hombres y mujeres una moral sexual, determinada. En resumen con algunas variantes, la honestidad es comprendida en función de una moralidad sexual. Ese fin moralizador es perseguido bajo etiquetas diferentes. Unos hablan de honestidad, continencia y castidad y prevalece que su protección es la finalidad de la ley penal. En suma, al penar el delito de estupro se tienen en mente aumentar o al menos mantener esa honestidad en mujeres y hombres. En muchos casos esta tendencia confunde a la ley con la moral, aunque con diferentes nombres, en idéntica confusión se llega por aquellos que guiados a un afán morboso, hablan en vez de delitos contra la honestidad o buenas costumbres de delitos sexuales o de delitos contra la libertad

y el honor sexuales. Bajo estas denominaciones, la lista de delitos es prácticamente el mismo y jira la misma actitud -- respecto al sexo, a la honestidad o castidad de la mujer y -- el papel que ésta debe desempeñar en sociedad. Tal actitud, no obstante es artificial y pese a su pasado histórico, no corresponde a la realidad actual.

La mencionada realidad obliga una honestidad, en la que si bien lo sexual puede jugar un papel, dicho papel -- es poco comparado con la importancia adjudicado a lo sexual en la concepción dominante de los códigos penales de todos -- los países latinos sobre el delito de estupro. Esa diferencia entre realidad y precepto penal, convierte a éste en lo que graficamente pudieramos llamar, tipos penales vacíos, en contraposición a los rellenos, mientras éstos reflejan la realidad viva y dinámica de la sociedad imperante, los otros reflejan poco o nada de esta sociedad y si, mucho de otra que ya no existe.

2.- ANTECEDENTES HISTORICOS. Estupro viene de la -- voz latina stuprum la cual es de origen etimológico muy dudó--so. Según Commelerán(4), proviene de una palabra griega (sig--ma, tao, úpsilon y omega), que significa la erección viril. -- Es más seguro que tenga su origen en stupor, pasmo, stupor -- --sensuum, pasmo o entorpecimiento de los sentidos. Observan--do las diversas definiciones antiguas de estupro, nos hace --

(4) Commelerán. Diccionario Clásico Etimológico Latino Espa--ñol.

ver don Luis Cabrera, que el concepto general de concúbito - debía sumarse como indispensable el de ilicitud al extremo - de que antiguamente se confundían con el estupro al adulterio y al incesto.

La palabra estupro dice Carrara(5), ha tenido substancialmente diversas significaciones: En sentido figurado, preferido por los oradores y los poetas, servía para expresar cualquier acto torpe; en el lenguaje jurídico tuvo un sentido amplísimo destinado a significar cualquier concúbito venéreo abarcando así al adulterio; y, por último, la palabra se restringió para indicar el concúbito con persona libre de vida - honesta, siendo este el significado que más le atribuyó, sin - que hubieran algunos autores que la usasen en sentido muy -- restringido, para el caso, de desfloramiento de mujer vir-- gen, diferenciándose así entre el estupro propio y el estupro impropio, consistiendo el primero en la desfloración. Por - estas razones sigue diciendo Carrara, "y por el antagonismo de las escuelas y de las legislaciones acerca de su punibili-- dad surgió una infinita diversidad en las legislaciones que del estupro encontramos en los diversos escritores de asuntos - criminales". Más adelante hablaré ampliamente sobre las de-- finiciones de los diversos autores en el capítulo respectivo.

Analizaremos ahora las divisiones que los autores -

(5) Francisco Carrara. Programa de Derecho Criminal. Parte Es pecial. Tomo II, párrafo 1481.

antiguos hicieron del estupro, pues esto nos servirá de patrón para desarrollar el proceso de la actual doctrina.

La mayoría de los tratadistas del siglo XVIII destacaron dos clases de estupro; el voluntario y el violento, a los que algunos agregaron una tercera, que llamaron ni violento ni voluntario, al que se referían todos los hechos en que se careciera del consentimiento racional y jurídicamente eficaz de la mujer, pero se hubiere puesto de manifiesto su consentimiento animal o sea, que faltara su disentimiento manifiesto. Esta última clase fue la favorita en forma especial por los penalistas Alemanes. Por el contrario, otros autores clasificaron el estupro en simple y calificado, y a este último lo dividieron en calificado por seducción y calificado por violencia.

Tal fórmula presuponía la punibilidad del estupro simple; sin embargo al nacimiento de la desconfianza sobre dicha punibilidad, ya no eran aceptables esa fórmula y esa tecnología, pues no puede calificarse lo que en su estado simple no es delito, y lo que determina a un hecho la esencia de delito, no es calificante, sino elemento constitutivo de él. -- Por eso Francisco Carrara(6) distingue el estupro, considerado como hecho, en simple, con seducción y con violencia; y así se abre camino para expresar que el estupro simple no es punible y que el estupro con violencia da origen al delito de -

(6) Francisco Carrara. Programa de Derecho Criminal. Parte Especial, Tomo II. párrafo 1484.

violencia carnal.

Para el autor antes mencionado el estupro simple -- "es el que se comete sobre una mujer virgen u honesta, que -- siendo dueña de su cuerpo, con libre y válido consentimiento le da facultad sobre él a su amante". Este hecho nos demuestra que en la historia del derecho penal han habido tres períodos sucesivos, sustancialmente distintos y los cuales son: 1) El castigo de ambos copartícipes; 2) El castigo del varón, no de la mujer; 3) La impunidad de ambos.

En los tiempos pasados la idea del delito se confundían con la idea del pecado y había una inclinación exagerada de la moral en las normas de derecho, eso fue causa de que en algunas época se dictaran penas contra aquellos, que libres respecto a sus cuerpos, hubieran tenido relaciones carnales por voluntad espontánea de ambos. Esta regla pudo parecer buena mientras provenía del derecho canónico y mientras sus efectos se agotaban en simples penitencias expiatorias, sin embargo los legisladores civiles, en un exagerado celo, quisieron aumentarles a las penas canónicas los tormentos corporales con que sancionaban a los delincuentes, y así determinaron la simple fornicación en delito, pero siendo más benignos para con la mujer, por presumirse en todo caso, que la mujer era seducida.

El derecho natural considera que el estupro de la mujer que ha consentido no puede considerarse como delito, -- pues observamos que en muchos pueblos las mujeres adquirirían --

mérito, por la cantidad de sus regalos obtenidos en las paelas tras amorosas.

Los Romanos castigaron el estupro realizado con consentimiento de la mujer, pero no castigaban ni en la mujer ni en el hombre la fornificación, ya que para ellos la palabra - fornificación significaba promiscuamente, tanto la prostitución como el concubinato. Sin embargo en tiempos posteriores se sancionó también la fornificación, por disposiciones especiales de varios estatutos y tanto en la mujer como en el hombre.

Los Germanos también sancionaban a la mujer en el estupro y esto se deduce, por encontrarse el principio de que la mujer no debe ser castigada en caso de violencia, excepción que demuestra la existencia de la regla contraria.

En la antigua Francia no se acostumbraba castigar a la mujer, en tanto que el varón era severamente castigado, aún por el estupro simple; pero posteriormente cesó todo castigo para el varón.

Es obvio en realidad, que dos personas libres al entregarse recíprocamente al goce de sus cuerpos por mutuo consentimiento, no violan el derecho de nadie, y por lo tanto a excepción de aquellos casos en que su acción, por presentar ciertas formas de publicidad, degenera en ultraje contra el pudor público. Este hecho está fuera del control de la ley jurídica, la que por el contrario como proteger la libertad humana en todos aquellos casos que no infrinjan la liberdad

tad ajena, les prohíbe a las autoridades sociales imponer castigos que no estén legitimados por la necesidad tutelar del derecho. Por lo tanto, cuando el derecho penal por razón del progreso de la civilización llegó a reconstituirse sobre sus verdaderas bases, esos conceptos equivocados tuvieron que desaparecer y con ellos, el de que es delito el coito consumado con mutuo consentimiento entre dos personas libres. Así se cierra el primer período del castigo del estupro.

La idea de la supuesta seducción de la mujer, que en ese primer período se fue introduciendo en el derecho penal con el objeto de sancionar con más suavidad a la mujer que hubiere realizado voluntariamente el estupro, dió nacimiento a un segundo período, en que el objeto del estupro simple se situó en los derechos de la mujer, como si ésta al entregarse voluntariamente en manos del hombre, hubiera sido ofendida, por causa suya, en los inherentes derechos, de los que tenía libre derecho de disponer, y de los que buenamente dispuso. Así se originó el campo, en el castigo del delito de estupro, a un segundo período en que se sancionó al hombre por estupro simple, e impune, o sea premiada a la mujer que voluntariamente había participado, juntamente con el varón al delito de estupro.

Es criticable a todas luces este segundo período, ya que el resultado de un mismo hecho produzca baldón y castigo a uno de sus autores y compasión, defensa y premio al otro autor moralmente responsable de ese mismo hecho. No obstante

en esa forma se quería tomar la defensa de la moralidad de la sociedad y predominó la regla de que el hombre autor de estupro, inclusive el simple y el acompañado de desfloración justificada, tenía que escoger, según algunos autores, entre contraer nupcias con la doncella estuprada o dotarla según sus bienes; o también, según otros autores más estrictos, entre dotar a la doncella, casándose con ella, o ir a las galeras.

Pero la moralidad de las familias no consiguió nada en absoluto con ese sistema; y la presunción de haber sido seducida la mujer, que es una situación muy dudosa y comunmente desengañada por los hechos en la vida real, aun no contando con el estímulo de dicha legislación, se convirtió en una hípérbole, por causa de ella misma, ya que en la mujer por naturaleza es más irresistible el impulso a los placeres carnales, sin embargo la mujer se frena por el miedo al embarazo, el peligro a la deshonra, la dificultad de casarse a raíz de su traspiés, pero si se quita ese obstáculo, ya no se abstendrá de caer por miedo, sino que se verá estimulada a ello por ardentísima esperanza.

La práctica demostró en una forma evidente los efectos negativos de esa ley. En efecto los padres de escasos reursos quisieron hacer provecho de esa situación, dándole más libertad a sus hijas y por el contrario los padres acomodados vieron con dudosas perspectivas el porvenir de sus hijos. Por otro lado los jóvenes inexpertos encontraron la oportunidad para saciar sus instintos. El resultado de esa anómala situación

ción dió lugar a las bodas desiguales cuyas desuniones no se hacían esperar, contrariándose el fin de esa ley que era proteger la moralidad familiar.

La mencionada ley a pesar de ser impolítica podría haber sido aceptada, si algún supremo principio jurídico la hubiera hecho obligatoria; pero dicho principio jurídico jamás existió, pues la mujer sabedora de su propia deshonra no podía quejarse de que hayan sido transgredidos sus propios derechos. De esta manera, la sanción del estupro simple tenía que desaparecer, lo cual así aconteció ante las nuevas ideas del siglo XVIII, o de las luces. Fué Francia la que se anticipó en borrar como delito el estupro simple y más tarde lo hizo Italia y otros países. Así nació la esperanza de que las generaciones futuras traerían consigo un porcentaje mayor de honestidad en las doncellas y menos fracaso de matrimonios.

En consecuencia, llegamos al tercer período, en que existe la impunidad del estupro simple tanto en el hombre como en la mujer. A partir de ésta época la idea del estupro como delito queda reducida a sólo dos casos: el de la seducción y el de la violencia. Pero, el estupro violento ya había desaparecido en las escuelas en su primitiva figura, para ir a formar parte del título más amplio de violencia carnal, y este concepto debe permanecer, por estar acorde con los buenos principios, ya que generalmente aparece mayor gravedad en la violencia, que es medio, que en el abuso de la mujer, que

es fin de la manifestación delictiva. Por consiguiente este desarrollo nos llevan actualmente a deducir que al estudiar el título del estupro no debemos fijarnos sino en el estupro con seducción, tal como aparece en nuestra legislación.

Breve reseña histórica en relación con el delito de estupro en el Código Penal Salvadoreño.

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

En nuestro Código Penal de 1826 en el Título XVI, capítulo 5o. aparece tratado el delito de estupro con el siguiente nombre "Estupro Aleve".

Art. 705 El que abuse deshonestamente de una mujer no ramera, conocida como tal, engañándola real y efectivamente por medio de un matrimonio fingido y celebrado con las apariencias del verdadero sufrirá la pena de ocho a doce años de obras públicas, con igual destierro mientras viva la ofendida.

Si la engañada fuere mujer pública, conocida como tal, sufrirá el reo de matrimonio fingido tres a seis años de obras públicas y cuatro más de destierro del pueblo donde cometiere el delito.

Art. 706 El que abuse de una mujer engañándola por medio de casamiento, que celebre con ella mientras se halle casado con otra, sufrirá además de la pena de bigamo, según -

el capítulo 3o. título 7o. de la primera parte, el resarcimiento de perjuicio y dos años más de obras públicas, como estuprador alevoso, siempre que la mujer haya sido efectivamente engañado, y no sea ramera, conocida como tal.

Comparando el Código Penal Vigente con el código penal de 1826 encontramos las diferencias siguientes: 1o.) En cuanto al título, en nuestro código vigente dice simplemente Estupro y en el de 1826 Estupro Aleve:

2o.) Por la clase de pena, en el Código Vigente el estupro está sancionado con prisión mayor y en el de 1826 con trabajos de obras públicas y destierro, penas estas últimas, que en la época actual han sido abolidas.

3o.) En el Código Penal Vigente está bien diferenciados los delitos de estupro y los abusos deshonestos y en el Código de 1826 se identificaba el estupro con los abusos deshonestos.

4o.) En el Código Penal Vigente se limita la edad de la mujer y en el Código de 1826 no había límite.

5o.) En el Código Penal Vigente sólo se puede cometer delito de estupro en una mujer virgen y en el Código de 1826, no era necesario ese requisito, pues dicho delito se podía cometer hasta en una mujer ramera.

6o.) En nuestro Código Penal Vigente el bigamo no comete delito de estupro; ya que tiene una pena especial, siendo lo contrario en el Código Penal de 1826 o sea que el bigamo era también estuprador, y se le aplicaban dos penas.

7o.) En el Código Penal Vigente se contempla el estupro cometido por personas que ejerzan autoridad pública, o por sacerdote, criado doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estupro, sancionándose esta clase de estupro en una forma más severa que el estupro común. En el Código Penal de 1826 no hace ninguna distinción sobre la calidad o cargo que ostente el estuprador o sujeto activo del delito.

8o.) En el Código Vigente se contempla el delito de incesto o sea el cometido con su hermana o descendiente y en el Código Penal de 1826, no hay ninguna disposición respecto a ello.

9o.) En el Código Penal Vigente se define el delito de estupro, lo cual no se hace en el Código Penal de 1826.

Código Penal de 1859. El General Gerardo Barrios, Senador encargado de la Presidencia de la República, por decreto de veintitrés de agosto de mil ochocientos cincuenta y nueve, refrendado por el ministro M. Irungaray (7) el veintiocho de septiembre de 1859 se promulgó por el Presidente en ejercicio, General Gerardo Barrios, el Código mencionado diciendo el capítulo pertinente del estupro así:

CAPITULO 3

Del Estupro y Corrupción de Menores.

(7) Napoleón Rodríguez Ruíz p. Bibliografía Jurídica de la Revista Trimestral de la Universidad de El Salvador. Página 70.

A pesar que el Código de 1859 contempla en el mismo capítulo los delitos de estupro y corrupción de menores, solo trataremos el articulado del primero.

~~Art. 356~~ El estupro de una doncella mayor de doce años y menor de veintitrés, cometido por autoridad pública, sacerdote, criado doméstico, tutor, maestro, o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada, se castigará con la pena de prisión menor.

En la misma pena incurrirá el que cometiere estupro con su hermana o descendiente sea mayor de veintitrés años.

El estupro cometido por cualquier otra persona, interviniendo engaño, se castigará con la pena de prisión correccional.

Observando este código con el vigente notamos una diferencia en lo que respecta a la madurez sexual del sujeto pasivo, en el código penal de 1859 se requiere que la mujer sea mayor de doce años y menor de veintitrés y en el código penal vigente mayor de doce y menor de veintiuno.

También notamos que en el código penal de 1859 no se define el delito de estupro y las penas son distintas al código penal vigente.

Código Penal de 1881. Este Código fué decretado en tiempos en que era presidente de la República de El Salvador Rafael Zaldívar.

CAPITULO 4

Estupro.

Art. 399. El estupro de una doncella mayor de doce años y menor de veintiuno, cometido por autoridad pública, sacerdote, criado doméstico, tutor, maestro, o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada, se castigará con la pena de prisión menor.

En la misma pena incurrirá el que cometiere estupro con su hermana o descendiente, aunque sea mayor de veintiún años

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

En este Código tampoco se define el delito de estupro y las penas no coinciden con el código penal vigente.

Código Penal de 1904. Este código es el que tenemos en vigencia.

Pasaré a describir en que forma era visto el delito de estupro en la antigüedad y las variantes que tuvo en las diferentes legislaciones.

~~El Estupro es, entre los delitos comprendidos en la denominación de sexuales, el que mayor cantidad y calidad de variantes presenta en sus características y elementos, a través de las diferentes legislaciones.~~

Roma, en el Lenguaje común, adulterio y estupro, se identificaban. Pero, jurídicamente hablando, el adulterio sólo se cometía con mujer casada, y era por la razón de que se vulneraba la sociedad conyugal, los cimientos de la sociedad

en general, pues al cometerse el delito de adulterio se traía consigo la confusión de la sangre o sea en otras palabras, la mujer hacía llegar hijos no concebidos en su matrimonio.

La seducción era ya entonces el medio característico del delito, razón por la cual la mujer pública no podía ser considerada factible sujeto pasivo del estupro.

Lo anterior es tomado de una cita de Groizard, op. cit., tomo 5o. página 162, citando la ley 4a. párrafo 1o. título 5o. libro XLVIII del Digesto; y op. cit. T.V. página 162, citando la ley IV, De publis judiciis.

El fuero juzgo identificaba, en verdad, el estupro con las relaciones incestuosas, matrimoniales o libres, identificación ésta que se sigue manteniendo en las Leyes Españolas hasta el Código Penal de 1870, cuyo artículo 453 disponía:

"El estupro, de una doncella mayor de doce años y menor de veintitrés, cometido por autoridad pública, sacerdote, criado doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada se castigará con la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y -- medio".

"En la misma pena incurrirá el que cometiere estupro con su hermana o descendiente, aunque sea mayor de veintitrés años".

"El estupro, cometido por cualquier otra persona con una mujer de doce años y menor de veintitrés, interviniendo -- engaño, se castigará con la pena de arresto menor".

"Con la misma, pena se castigará cualquier otro abuso deshonesto cometido por las mismas razones y en iguales circunstancias".

La previsión del Fuero Juzgo, estaba concedida así:

Ley I, Título V, Libro III.

Nengum onne non ose casar ni ensuciar por adulterio - con la esposa de su padre, o con alguna que fue su mugier, de sus parientes, o con alguna que es del linaje de su padre o de su madre, o de su avuelo, o de su avuela, o con pariente de su mugier hasta VI grado, fueras ende aquellas personas - que eran ya ayuntadas por mandato del príncipe antes que esta ley fuese hecha, que non deven haver estos pena por esta ley. E otrosi mandamos esto fuardar a las mugieres. Et todo quel - que veniere contra esta constitución, el juez los departa luego, e los meta en algunos monestaerios o fagen siempre penitencia, é lo que a seer fecho de sus cosas, dícelo la ley de susc".

Ley III. "en la ley de susc havemos dicho qual pena deben haber los que casan con las parientas: mas todavía por que non deven haver menor pena aquellos que yazen con las mugieres de los padres o de los ermanos, ennadenos, en esta ley que ningun omme ose yacer con la barragana de su padre o de su ermano, o con la mugier que sopier que yogó so padre o so madre, o con la mugier que sopier que yogó so so padre o so ermano, si quier sea i libre, si quier sierva; ni el padre non yaga con la mugier que yogó el filo. Esi algunos fiziere tal

tal cosa sabiéndolo, su buena ayán toda los fijos legítimos si los ovier, ayánlo sus herederos mas propincuos, y él sea echado de la tierra por pena por siempre".

Las Partidas mantienen una orientación análoga:

Ley III, Título XVIII, Pat. VII. "Con parienta o con cuñada faziendo algun coome pecado de luxuria a sabiendas, -- non se auiendo ayuntado a ella por razón de casamiento si fue se prouado en juizio por testigos que de creer, o por conoci- miento, deve aver pena de adulterio. Esta mesma pena deve -- auer la mugier que a sabiendas fiziere ese pecado".

Ley II, Título XIX. "E si les fuere prouado (el deli- to de incósto) deven auer pena en esta manera, que si aquel -- que lo fiziere fuere omme honrrado, deve perder la meytad de todos sus bienes, e deuen ser de la cámara, del Rey. E si -- fuere omme vil, due ser auotado públicamente, e desterrado en alguna yala por cinco años. Pero si fuese sieruo, o siruien- te de cada, aquel que sosocarse o corrompuere alguna de las -- mugeres sobre dichas, deu ser quemado por ende: más sila mu- ger que algund ome corrompiesse non fuese religiosa, nin vir-- gen, nin vuida, nin de beuna fama, más fuese alguna muger vil, estonce dezimos, que le non deuen dar pena por ende, solamente que non le Saga fuerca".

Todo lo antes dicho, ha sido tomado del libro "Delitos Sexuales" de Fontán Balestra (8).

(8) Carlos Fontán Balestra. Libro "Delitos Sexuales". Segunda Edición. Página 87 frente a 89 frente.

El Código Penal Español de 1822 contenía una presunción, cuando mediaren circunstancias semejantes a las contempladas como agravantes en el artículo 122 del Código Penal Argentino (se refiere a delitos cometidos por funcionarios públicos, ministro de la religión, tutor, amestro, director, criado o cualquier otro a quien está encargada la guarda, asistencia o educación de un niño o niña que no haya llegado a la pubertad) y era castigado ese delito con la deportación del reo, después de sufrir diez años de obras públicas.

Esa disposición, está incluida en términos similares en el Art. 458 del Código Español de 1970, al decir:

El Estupro de una doncella mayor de doce y menor de veintitrés, cometido por autoridad pública, sacerdote, criado, doméstico, tutor, amestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada, se castigará con la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio.

Analizando esta parte histórica, se saca en conclusión, que el delito de estupro no presenta en las sucesivas legislaciones características definidas y análogas, pues unas veces aparece como similar al adulterio, en otras veces se ve una tendencia semejante con el incesto y abusos deshonestos o con ciertas formas de violación o corrupción.

Pero, ya en los tiempos modernos, donde las ciencias al igual que las legislaciones han alcanzado un cierto grado de desarrollo, es que se puede notar la uniformidad de criterios en las distintas legislaciones, de tal manera que actual

mente, al definir el delito de estupro, casi puede decirse - que hay uniformidad de pareceres con las lógicas diferencias en cuanto a la determinación del término inmadurez relativa, pues para algunos, como el Argentino, esa inmadurez relativa es de doce a quince años, el Costarricense de doce a diecio-- cho años, el Español de doce a veintitrés y el Salvadoreño de doce a veintiún años.-

CAPITULO II

DEFINICION DOCTRINARIA Y LEGAL. CRITICAS

1.- DEFINICION DOCTRINARIA Y CRITICAS. Francisco Carrara (9) define el estupro en la forma siguiente: "Conocimiento carnal de una mujer libre y honesta, precedido de seducción verdadera o presunta, y no acompañada de violencia". Según este autor esta definición no designa el estupro en su sentido más restringido, así como tampoco en el amplísimo -- que indiqué al principio de este trabajo. Cuando nos dice conocimiento carnal da a entender, que para la esencia de hecho de este delito no es elemento esencial la desfloración material; ésta puede ser una circunstancia que al concurrir aumente la cantidad natural del estupro, y por lo tanto su cantidad política, pero al faltar, deja siempre completo el estupro en su esencia de hecho.

Sigue diciendo Carrara "La esencia de hecho del estupro se designa con la fórmula de conocimiento carnal, con la cual se elimina la simple perversidad del ánimo, que por una parte puede haber sido excitada malignamente sin agotar los elementos del delito, y por otra parte puede preexistir sin -- que por esto desaparezca el delito. Más es preciso que la -- contaminación corporal se haya consumado mediante la unión -- sexual, con que el estupro se distingue de los actos lujurios-

(9) Francisco Carrara. Programa de Derecho Criminal. Parte especial. Volumen II, 1958.

sos y del simple ultraje al pudor".

De dicha definición se deduce, que la deslofración no es elemento necesario, para que exista el delito de estupro, - sino que es necesario la honestidad de la mujer, ya que es de su esencia, para que exista dicho delito y para no confundir la simple fornicación con el estupro.

Cuando Carrara habla en la ~~definición de seducción~~ - la entiende que está constituida por el hecho de lograr sexualmente una mujer honesta, fuera del matrimonio (libre) sin que en la decisión de su voluntad haya intervenido factor alguno que le quite la calidad de espontánea.

Al final de la definición el mencionado autor nos dice "no acompañada de violencia" y es para diferenciarla de la violencia carnal, en la que se incluía el estupro violento, - pero que las legislaciones modernas lo consideran como un título especial.

A esta definición de Carrara le haré la crítica siguiente: a) ~~ser inexacta~~, por demasiada extensa, ya que no limita en ninguna forma la edad de la ofendida, como generalmente lo hacen la mayoría de las legislaciones de los distintos países y b) porque Carrara considera ~~la seducción como hecho~~ y en la realidad ~~es el medio~~ para realizar el hecho.

Francisco González de la Vega(10) propone como definición doctrinaria del estupro la siguiente: "es la conjunción

(1) Francisco González de la Vega, Derecho Penal Mejicano, Sexta Edición. Editorial Porrúa, S.A.

sexual natural o de maliciosa seducción, con mujeres muy jóvenes no ligados por matrimonio y de conducta sexual honesta".

Esta definición es más aceptable que la anterior, y la única crítica que le haré, es que no limita la edad de la ofendida.

2.- DEFINICION LEGAL Y CRITICAS. En el título IX. Delitos contra la honestidad, encontramos el Art. 396 Inc. 5 de nuestro Código Penal Vigente, que se refiere al estupro y corrupción de menores:

Art. 396 Inc. 5: Se entiende por estupro la desfloración de una doncella.

Esta definición de nuestro código vigente ha sido copiada del Código Penal Español de 1822, la cual ~~y~~no se ajusta a la realidad, por ser incompleta, pues solo se refiere al elemento material, faltando los medios y la intención.

Ese requisito indispensable que exige nuestra ley de que la víctima sea mujer virgen, es anacrónica, por lo cual es censurable, ya que el requisito que debería imperar, para que se configure este delito es la honestidad o la castidad, que muy bien pueden darse en una mujer divorciada, en una viuda o en una soltera que hubiere sido violada, tal como aparece en las legislaciones más modernas.

Nuestro código penal al usar el término "desfloración", está determinando que el delito de estupro solo puede llevarse a cabo, en mujer virgen, y que la consumación se realiza al llegar a la desfloración, descartando que pueda ser -

cometido este delito en mujeres viudas, divorciadas o solteras que hubieren sido violadas.

Desde el punto de vista forense, es criticable el término "desfloración", pues la virginidad de la mujer se basa en el himen y la realidad es que cuando el himen es complaciente, la mujer muy bien puede tener relación sexual sin haber desfloración.

~~Por lo tanto es más aceptable la fórmula del acceso carnal con mujer honesta, cuyo objeto es más definido.~~

Más adelante, el capítulo referente a los elementos del estupro, hablaré con amplitud sobre la necesidad de que nuestro código recoja la fórmula de honestidad, como requisito esencial para que se de el delito de estupro.

3.- DEFINICION PERSONAL. Habiendo sacado en conclusión, que la definición más aceptable del delito de estupro es aquella que reúne todos los requisitos indispensables, para que se tipifique dicho delito y que además se diga en pocas palabras su contenido, intentaré de definirlo en la forma siguiente:

~~Llámase estupro~~ "la unión sexual con mujer casta y honesta, mayor de doce años y menor de dieciocho, con abuso de autoridad o confianza, o empleando la seducción o el engaño para lograr su consentimiento".

CAPITULO III

BIEN JURIDICO TUTELADO Y SUJETOS DEL DELITO DE ESTUPRO

BIEN JURIDICO TUTELADO. El Tratadista y Profesor de Derecho Penal Argentino, Carlos Fontán Balestra (11), en su obra "Delitos Sexuales", segunda Edición, al comentar los arts. 118 al 133 del Código Penal Argentino, se pronuncia categóricamente diciendo "Nosotros pensamos que el estupro debe ser castigado, y para ello nos fundamos en una consideración que nos resulta irrefragable: dejando de lado las consideraciones que se refieren a las circunstancias de la rigidez del límite de la edad, es indudable que la experiencia y el sentido de la defensa del sexo, devienen en la mujer honesta, de una manera progresiva. De tal suerte, si las leyes consideran violación el acceso carnal con persona de determinada edad, en todos los casos, y esa provisión está fundada en la absoluta inmadurez de la víctima, se impone negar la posibilidad de que de un día a otro por el hecho de cumplirse determinada edad los sujetos se tornen de absolutamente inexpertos en totalmente expertos".

"Dicho de otro modo, hay una época de la vida humana en la mujer, en que sin ignorarse totalmente los conocimien-

(11) Carlos Fontán Balestra. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Editorial Depalma. Buenos Aires 1951. Páginas 230 y 231.

tos referentes a la actividad sexual, siguen manteniéndose oscuros una serie de detalles a ese respecto, de los que el estuprador puede echar mano alevosamente, para despertar los instintos libidinosos de su víctima. Debe agregarse la posibilidad de engaños y promesas, aun la de matrimonio, de que el seductor puede valerse, y la misma curiosidad irresponsable de la víctima, de conocer lo que ignora, que puede llevar a una mujer aun no consciente del acto que realiza, a entregarse buenamente al estuprador".

Continúa diciendo Fontán Balestra: "Si las leyes civiles exigen una capacidad relativa para ciertos actos y sólo se alcanza el máximo de derechos y obligaciones al llegar a la mayoría de edad; si las leyes penales no consideran punible al menor de cierta edad que está casi siempre por encima de la fijada para la violación ope-legis por suponerse relativamente responsable a quienes están comprendidos dentro de esos límites: Como no ha de protegerse, por vía penal, a quienes poseen esa inmadurez relativa en el orden sexual?".

Escrita la anterior exposición, entraremos a referirnos al bien jurídico tutelado: El estupro, según Fontán Balestra(12) ataca dos bienes jurídicos: la moral y la libertad o voluntad sexual.

1.- LA MORAL SOCIAL. Se considera violada por la mayo

(12) Carlos Fontán Balestra. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1951. Página 229.

ría de delitos, pero lo es en mayor escala por el estupro, -- porque la actividad sexual ejercida con persona incapaz de -- comprender el acto y cuyo desarrollo biológico no ha llegado aún a la época propicia para esta clase de relaciones, repugna y es peligroso este último con criterio genésico a la sociedad toda.

2.- LA LIBERTAD O VOLUNTAD SEXUAL. Es también coartada, por motivos de que la víctima, si bien no obra violentada por fuerza o intimidación, lo hace bajo la influencia del estado de dependencia con relación al culpable o por medio de engaño, que es la consecuencia del fraude tramado por el sujeto activo.

La determinación de que es lo que se protege con la sanción del estupro, es de particular importancia, en cuanto al valor jurídico social protegido determinan la interpretación de los preceptos atinentes al estupro. Técnicamente el valor protegido debe hallar su expresión en los epígrafes de los Títulos o Capítulos correspondientes. Esta función rectora, de concreción y conocimiento de las mismas, es normalmente desapercibida, particularmente por aquellos códigos penales iberoamericanos, que guiados por un deseo falsamente innovador y literario-jurídico, han seguido la moda penal imperante. En realidad en dichos casos se trata de etiquetas nuevas y no de una concienzuda apreciación de la realidad nacional y de su sistema de valores.

Agréguese que es inútil multiplicar el número de li--

bertades especiales, como libertades por si mismas y no como expresiones de la verdadera libertad que se puede ejercitar frente a terceras personas. En realidad esas libertades son sólo manifestaciones de la libertad individual. Como manifestaciones que son, no todos tienen idéntico valor ni extensión. Por eso existe, una gran diferencia entre la libertad de pensamiento y la libertad sexual. Sin embargo ambas son expresiones de libertad individual, ahora bien, mientras ésta es una libertad plena y absoluta, las otras dos tienen, como manifestaciones que de ellas son, un ámbito mucho más limitado. El derecho a la libertad individual, se puede ejercer contra todos y cada uno, no así la llamada libertad sexual.

¿Hasta que grado se puede hablar de libertad sexual en una mujer que es una menor? ~~Lo que protege la ley penal no es pues una libertad sexual, sino una serie de hábitos y costumbres que si bien comprenden aspectos sexuales, se refieren a algo mucho más amplio, a una estructura social en que valores de muy diversa naturaleza se hallan mezclados.~~ Así al referirse las leyes penales de otros países "a la Honestidad" no se refieren a una determinada parte u órgano del cuerpo humano, sino ~~a la total posición que la mujer ocupa en una sociedad determinada.~~ En dicha posición, juegan un papel importante elementos culturales, morales, sociales, económicos, profesionales, familiares y otros. La ley penal no protege tampoco una inexperiencia sexual como se ha dicho. Si de inexperiencia se tratara, habría que considerarla como una

de tipo más amplio, de la inexperiencia en la vida. Una mujer puede ser muy experimentada en menesteres sexuales y no en -- aquellos requeridos por la vida en general. Se puede tener -- experiencia sexual y no obstante, poder ser víctima del delito de estupro.

El reducir el delito de estupro a una cuestión de experiencia o inexperiencia sexual, es reducir el concepto de -- honestidad o algo tan limitado orgánicamente que difícilmente es admisible.

SUJETOS DEL DELITO DE ESTUPRO

3.- SUJETO ACTIVO. El sujeto activo, en el delito de estupro, tiene que ser necesariamente un hombre.

Eso es lógico y se deduce de todo lo que se dirá más adelante del sujeto pasivo y al texto de nuestra ley: art. -- 396 Inc. 5o. "Se entiende por estupro la desfloración de una doncella". Si el sujeto pasivo debe ser una mujer, el sujeto activo tiene que ser un hombre, pues es requisito esencial para que exista el delito de estupro, que haya acceso carnal, penetración, desfloración, salvo el caso del himen complacien~~te~~ te.

4.- SUJETO PASIVO. En el delito de estupro el único -- posible sujeto pasivo de la infracción es la mujer; pero no -- cualquier mujer, sino que específicamente la mayor de doce -- años y menor de veintiuno y no solamente eso, sino que requiere que esa mujer sea doncella, condición normativa esta última que estudiaremos, cuando se llegue al capítulo de los ele-

mentos del estupro. De este modo se limita notablemente el campo de la protección penal, restringiéndola a la protección de la seguridad sexual de las mujeres menores de edad en estado de virginidad.

El legislador ha limitado la edad de la mujer hasta los veintiún años, porque considera que por su juventud, de la cual se deriva un escaso desarrollo psíquico y corporal, además de la falta de experiencia ante los problemas de la vida, no se encuentra preparada, para resistir moralmente, los actos maliciosos de los hombres, tendientes a procurar, su consentimiento, para realizar la cópula sexual. Se considera, por lo tanto, que el consentimiento concedido, está viciado de origen, tanto por la juventud de la mujer, que le imposibilita darse cuenta exacta de los posibles resultados dañosos de su aceptación, como por el dolo viciado del consentimiento que entrañan los maliciosos procedimientos empleados por el sujeto activo responsable. Por otro lado, es evidente la existencia de intereses individuales, familiares y colectivos en preservar a las jóvenes de los accesos sexuales ilícitos, por los peligros y daños que representan; corrupción de costumbres, desclasificación social de la mujer, favorecimiento del posible ejercicio de la prostitución, desunión de la familia, descendencia ilegítima, abortos e infanticidios como formas para ocultar la maternidad fuera de matrimonio, etc...

Esta protección penal a las mujeres menores de edad,

no puede concederse a las mayores de veintiún años, porque eso equivaldría a invadir peligrosamente problemas que, más bien, atañen a la pura esfera de la moral individual o de la libertad sexual.-

CAPITULO IV

ELEMENTOS DEL DELITO DE ESTUPRO

1.- ~~PRIMER ELEMENTO~~. Acceso carnal con mujer virgen, logrando su desfloración.

La cópula en el estupro se limita exclusivamente al coito normal, obra de varón a mujer por la vía natural. En consecuencia, se excluye las fornificaciones homosexuales masculinas de varón a varón, porque el estupro, para existir, ha de recaer taxativamente en mujer.

~~El estupro es delito instantáneo; se consuma en el momento de la intromisión sexual.~~

Nuestro Código al emplear la palabra "desfloración", quiere decir que sólo puede ser cometido, en mujer virgen y cuya consumación se realiza al llegar a la desfloración.

Por otra parte existen mujeres que presentan íntegros los signos anatómicos de la virginidad, no obstante haber realizado actos sexuales. En este caso, lo que ocurre es que el himen es distensible o sea que por su elasticidad permite varios coitos sin desgarrarse. Además se puede dar otro caso, en que la mujer aún por primera vez haya conocido obra de varón, no presenta signos de desfloramiento reciente por tener la membrana escotaduras congénitas o con desgarramientos anteriores a consecuencia de accidentes o traumatismos no originados por relaciones eróticas.

Nuestra ley es protectora de la virginidad, criterio -

muy anacrónico y que no revela siempre la verdadera conducta moral y corporal de la mujer. En efecto, si nos situamos en un absurdo punto de vista puramente anatómico, la virginidad femenina consiste en la integridad del himen, siendo este criterio defectuoso, pues como dijimos anteriormente, que existen mujeres que no presentan las características puramente morfológicas de la integridad por presentar su membrana con escotaduras congénitas o por haberla perdido en accidentes traumáticos, a pesar de no haber tenido acceso carnal con varón; -- por otro lado hay mujeres que conservan su himen intacto, aún después de varias fornificaciones, a causa de la elasticidad de su membrana.

Otro argumento que se puede mencionar, para no ser -- partidario de la virginidad, es que se pueden dar casos en que las mujeres a pesar de haber tenido un premature desliz o haber sufrido atropellos sexuales, posteriormente a ello se conservan castas y por lo tanto son acreedoras al respeto y a la tutela contra el estupro.

Por lo antes expuesto, es más aceptable la fórmula del acceso carnal con mujer honesta, la cual ha sido acogida por casi todas las legislaciones de los distintos países, siendo por lo tanto el criterio de nuestra ley bastante inadecuado, ya que no se acomoda a la realidad y el que es de imperiosa necesidad reformarla.

Para Francisco González de la Vega(13). La honesti-

(13) Francisco González de la Vega. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos, Sexta Edición. Pág.396. Edit.Porrúa, S.A.

dad consiste "n la correcta conducta sexual de la mujer tanto desde el punto de vista corporal como natural".

La honestidad debe ser la de carácter sexual, y consiste no solo en la abstinencia corporal de los placeres libidinosos ilícitos, sino también en su correcta actitud moral y material en lo que se relaciona con lo erótico. La honestidad consiste pues, en la correcta conducta sexual de la mujer tanto desde el punto de vista corporal como natural.

Una de las legislaciones que han modificado el criterio de virginidad por el de honestidad es la costarricense y en su art. 19 del Código Penal Vigente, en sus dos incisos, se exige que la mujer sea doncella, para que exista el delito de estupro. Y en el párrafo final, a manera de aclaración, dice dicho artículo.

"Se presumirá ser doncella toda mujer honesta, de buena fama y soltera, que no hubiere sido madre".

Lo cierto es que el legislador de ese país, no quiso equiparar "honestidad" con "virginidad", acogiendo el criterio puramente gramatical, en que puede ser honesta una mujer, sin ser virgen, tomando en cuenta sus condiciones de "recato, pudor o castidad".

El legislador costarricense exige que la mujer sea de buena fama, que sea soltera y que no haya sido madre, por la razón de que priva siempre el concepto de honestidad, aparte del de virginidad.

Fontán Balestra (14) dice "El concepto de honestidad - no debe identificarse con el físico de virginidad, debiéndose considerar aquella desde el punto de vista de recato, pudor o castidad".

Sigue manifestando Fontán Balestra: los fundamentos - contenidos en la ley de reformas eran claros y científicos, - pues declarar que la ley no trata de proteger el hecho material de la virginidad sino la condición moral que es la honestidad, importa colocarse en el más estricto terreno jurídico, al mismo tiempo que dentro de la orientación médico-legal, para la cual la virginidad y honestidad no pueden identificarse. Es honesta la mujer que no ha tenido relación sexual voluntaria. Dentro de este concepto, la mujer que ha sido víctima de una violación, no puede ser considerada deshonesta".

2.- **SEGUNDO ELEMENTO:** Que la mujer sea mayor de doce y menor de veintiún años.

~~La edad del sujeto pasivo es muy importante, puesto -~~ que se pueden presentar varias situaciones: (a) si la víctima es menor de doce años, se tipifica el delito de violación; (b) si la mujer es mayor de doce y menor de veintiuno puede darse el delito de estupro; (c) si la mujer es mayor de veintiún años, sólo puede ser víctima de incesto, o sea cuando es desflorada por hermano o ascendiente, pero no de estupro por otra persona.

(14) Carlos Fontán Balestra. Delitos Sexuales. Segunda Edición. Página III.

El Código Penal Vigente en su Art. 396 determina la edad del sujeto pasivo, para que se dé el delito de estupro.

Art. 396 Inc. 1o. El estupro de una mujer mayor de doce años y menor de veinte y uno, cometido por persona que ejerza autoridad pública, o.....,etc.

Art. 396 Inc. 3o. El estupro cometido por cualquier otra persona, con una mujer mayor de doce años y menor de veintiuno interviniendo engaño se castigará con la pena de un año de prisión mayor.

Los dos incisos antes mencionados del art. 396 del Código Penal Vigente, señalan como requisito esencial, que la mujer o sujeto pasivo debe ser mayor de doce años y menor de veintiuno, a excepción del delito de incesto.

No todas las legislaciones tienen el mismo límite de edad o inmadurez relativa del sujeto pasivo.

~~El límite de la inmadurez relativa está en relación con el medio donde debe aplicarse,~~ así: En los países que han alcanzado un máximo de desarrollo como Estados Unidos, Alemania, Suecia, etc. a los jóvenes se les imparten conocimientos de carácter sexual, en sus hogares, en las escuelas y colegios. Es lógico imaginarse que en esos países cualquier joven de la edad de quince años, que sea normal física y moralmente, ha madurado mentalmente y está en condiciones de defender su sexo y si en caso llega a aceptar por la seducción de un hombre, no lo hace engañada por las palabras amorosas o promesas. Es obvio que en esos casos, después de quince años,

esos jóvenes son absolutamente maduros mentalmente y no necesitan la tutela de las leyes del Estado.

Pero, por el contrario hay muchos países, donde las cosas sexuales para los jóvenes son tabú por consiguiente, ni en el hogar, ni en las escuelas o colegios, se les imparten enseñanzas, para que alcancen mayor madurez mental, que los prepare para defender su sexo, en especial a las mujeres, que puedan ser presa de engaño, por medio de palabras o promesas. En esos países es natural suponer que la inmadurez perdura -- por un período mayor que en los países donde se da esa enseñanza sexual. Por lo dicho anteriormente, es que en la mayoría de los países latinos, esa inmadurez se determina, hasta los dieciocho años. En España se señala como máximo, para la inmadurez, la edad de veintitrés años.

Nuestro Código, como ya dijimos, señala los veintiún años, como límite de inmadurez relativa, lo cual es criticable, pues nuestro país ya alcanzó cierto grado de desarrollo, de tal manera que a los alumnos de secundaria se les dan algunos conocimientos sexuales, así como también los jóvenes pueden obtener libros y revistas, que traen enseñanzas sexuales. De tal manera, que lo correcto sería que nuestra ley señalara como límite de inmadurez relativa, hasta la edad de dieciocho años.

3.- **TERCER ELEMENTO.** ~~Abuso de autoridad o confianza, o engaño.~~

A diferencia del delito de violación, en que la cópula sexual se efectúa sin la voluntad del ofendido y por medio

de la fuerza o de la intimidación, en el estupro la mujer proporciona consentimiento para el acto, salvo que sea obtenido por el engaño, o por la seducción.

~~Los medios para lograr el estupro pueden variar, ya sea que se trate del doméstico o del fraudulento.~~

En el primer caso, hay abuso de autoridad o confianza, como por ejemplo, cuando el sujeto activo es sacerdote, criado doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada.

El estupro fraudulento es necesario de la seducción o el engaño, y el ejemplo típico se da con la promesa de matrimonio que hace accesible el acto carnal con mujer virgen.

Ciertas legislaciones se limitan a señalar el engaño; en cambio otras, la seducción exclusivamente; a estas formas distintas en las leyes y a la dificultad de obtener la precisa connotación diferenciada de las acciones de seducción o engaño, se deben las contradicciones y confusiones que contemplamos en la doctrina y la jurisprudencia extranjera, cuando quieren concretar su significado y alcances específicos.

Carrara(15) funde la seducción en el engaño cuando -- afirma: "La verdadera seducción tiene en el lenguaje jurídico, por su indispensable substrato, al engaño. La mujer que, en vulgar lenguaje, se llama seducida es por que su pudor fue

(15) Francisco Carrara, Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Volúmen II. Párrafo 1503.

vencido por el precio, las lágrimas o las asiduas ternuras de un insistente amante, o por la avidez excitada o la exaltación de sus sentidos, no puede decirse que ha sido seducida en el sentido jurídico".

Las palabras Engaño y Seducción en el estupro no son iguales, pero si pueden coincidir en una sola actividad dolosa, ya que es común la existencia de "engaños seductores" o de seducciones engañadoras. En realidad tanto el engaño como la seducción tienen características propias, si no excluyentes - si diferenciales, que trataremos de explicar separadamente.

Según Francisco González de la Vega(16) el engaño en el estupro consiste: "en una tendenciosa actividad de mutación o alteración de la verdad, presentación como verdaderos de hechos falsos o promesas mentirosas que producen en la mujer un estado de error; confusión o equivocación, por el que accede a la pretensión erótica de su burlador. Entre la actividad falaz del varón y la aceptación del concubito venéreo - por la joven debe existir seria, estricta y directa relación de causalidad, o en otras palabras, el engaño ha de ser la causa eficiente y determinante de la aceptación de la cópula".

El caso más típico de engaño en el estupro es la falsa promesa de matrimonio con apariencias de formalidad y verosimilitud. No obstante, debe observarse que no toda promesa

(16) Francisco González de la Vega. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Sexta Edición. Página 371.

incumplida de matrimonio obligadamente integra engaño, pues - la no verificación de una/promesa real puede ser a motivos aje nos a la voluntad del hombre.

Nuestro Código Penal Vigente en su art. 396 Inc. 3o. dice "El estupro cometido por cualquier otra persona, con una mujer mayor de doce años y menor de veintiuno interviniendo - engaño, se castigará con la pena de un año de prisión mayor".

Como podemos observar el inciso anterior sólo nos habla de engaño, pero sin determinar cual sea éste, lo que queda a la libre apreciación de los tribunales. Sin embargo, para vía de ejemplo podemos citar los siguientes casos: a) El incumplimiento de la promesa de matrimonio; b) El casado que vence la resistencia de una menor persuadiéndola de que era - soltero; c) El que promete a la estuprada de que la dejará heredera de sus bienes y d) La simulación de un matrimonio.

Los autores no se ponen de acuerdo en cuanto al concepto jurídico de la seducción en el estupro. Algunos autores como Carrara, según cita ya antes vertida, consideran que la seducción supone el engaño como indispensable esencia. Jiménez de Asúa(17) aparece ser de la misma opinión cuando, al criticar la legislación Argentina vigente, manifiesta que la misma "sólo exige para que el acceso carnal sea incriminable, dos referencias al sujeto pasivo; que sea mayor de doce años y menor

(17) Luis Jiménez de Asúa. Artículo Titulado Bibliografía. "La Ley", Buenos Aires, 30 de Noviembre de 1943.

de quince" "y que se trate de mujer honesta". La seducción - que se manifiesta en engaño, y que es lo que en puridad califica al estupro, no se incluye entre los elementos del tipo".

Como ya dijimos en muchos casos la seducción y engaño, coinciden en una sola acción, pero no necesariamente la seducción es engañosa.

La seducción en su doble carácter ha sido precisado - por el Diccionario de la Academia(18) cuando define la acción de seducir como engañar con arte y maña, o como persuadir suavemente al mal o cautivar, acepciones aceptadas también por - Escriche (19) quien agrega que "se aplica más particularmente esta voz al que abusando de la inexperiencia y debilidad de - una mujer le arranca favores que sólo son lícitos en el matrimonio".

González de la Vega(20) en su estricto significado jurídico entiende por seducción "como la maliciosa conducta lasciva encaminada a sobreexcitar sexualmente a la mujer o bien los halagos a la misma destinados a vencer su resistencia psíquica o moral, a cuya virtud la mujer accede a la prestación sexual. Pero, para estimarla como integrante del estupro, nos parece menester que dicha seducción sea a tal punto importante

(18) Diccionario de la Lengua Española XVII Edición 1956.

(19) Diccionario de Legislación y Jurisprudencia. Voz "Seducción".

(20) Francisco González de la Vega. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Sexta Edición. Pág. 373.

que pueda estimarse como la causa directa, eficiente y determinante de la entrega sexual de la mujer".

4.- **CUARTO ELEMENTO. Dolo.** El dolo es una forma de culpabilidad, el cual es propio de esta clase de delitos, siendo por lo tanto imposible la figura del estupro culposo.

Dolo: significa voluntariedad, internencionalidad, Jiménez de Asúa (21) dá la siguiente, definición de Dolo: producción de un resultado antijurídico, con conciencia de quebrantar el deber, con conocimiento de las circunstancias del hecho y del curso esencial de la relación de causalidad".

Existe entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica".

Para la Jurisprudencia Española, para que se dé la figura del delito de estupro es necesario el dolo específico y el cual consiste en el propósito de tener acceso carnal con mujer virgen, usando abuso de confianza o engaño.

Otros autores consideran que no se requiere dolo específico, sino que basta el dolo genérico y consiste en aquel en que el agente quiere ocasionar un resultado dañoso, pero sin tener un fin especial.-

(21) Luis Jiménez de Asúa. La Ley y el Delito. Principio de Derecho Penal. Editora Hermes. México. Buenos Aires., Segunda Edición, Marzo de 1954.

CAPITULO V

CLASES DE ESTUPRO DOCTRINARIAS Y LEGALES

1.- La doctrina señala distintas clases de estupro, - las cuales son las siguientes: Estupro doméstico; estupro de - prevalimiento o estupro patronal; estupro incestuoso, estupro fraudulento; estupro cometido por autoridad y estupro cometido por sacerdote.

Por el momento sólo describiré en que consiste el estupro de prevalimiento o estupro patronal, ya que las demás -- clases de estupro los contempla nuestro código y las veremos - posteriormente.

Estupro de prevalimiento o estupro patronal consiste: en que el jefe o patrono prevalido de esta condición, tenga - acceso carnal con mujer menor de veintitrés años de acreditada honestidad que de él dependa.

De tal manera que son elementos de este delito: a) Que existe acceso carnal, b) Que tenga lugar con mujer mayor de doce años y menor de veintitrés años, c) Que se trate de mujer - de acreditada honestidad, aún cuando no sea doncella y d) Que por relación laboral o de otra índole dependa económicamente o jerárquicamente del culpable. Las mujeres dedicadas al servicio doméstico no están aquí comprendidas.

Para la existencia de esta figura, no es necesario que el acceso carnal se obtenga mediante engaño, basta cualquier - género de seducción o de solicitud.

En el Código Penal Vigente, bajo la denominación de estupro, se comprenden tres diferentes delitos de descripción y naturaleza distintos: a) Art. 396 Inc. 1o. El Estupro de una mujer mayor de doce años y menor de veintiuno, cometido por persona que ejerza autoridad pública o por sacerdote, criado doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada, o por cualquier otra persona con abuso de autoridad o confianza, se castigará con tres años de prisión mayor. Este delito, al que la doctrina española designa estupro doméstico, tiene como característica especial que lo separa de la noción del estupro generalmente aceptada la de que no es necesario que el sujeto activo haya empleado procedimientos fraudulentos, bastando, para la punibilidad del hecho, que se ejecute por personas que guarden, acerca de la víctima, determinadas condiciones de superioridad, dominio espiritual o confianza. Por otra parte, es requisito esencial que la mujer ofendida sea doncella, es decir virgen. Esta clase de delito se sanciona por nuestra ley, como una forma de garantía para las mujeres inexpertas, mayores de doce años y menores de veintiuno, contra los abusos de autoridad o de confianza en el aprovechamiento sexual.

De esta primera clasificación se pueden derivar las siguientes figuras del delito de estupro:

1c.) Estupro cometido por autoridad Pública. Las personas constituidas en autoridad pública son las que cometen esta clase de delitos y para su realización no es necesario que

se hallen en el ejercicio de sus funciones, pues la ley no exige este requisito. Aquí el sujeto pasivo debe ser una mujer mayor de doce años y menor de veintiuno y que sea virgen. Por el contrario el sujeto activo debe ser una persona investida del cargo de autoridad pública.

2o.) Estupro cometido por Sacerdote: Es aquel perpetrado por un ministro de un culto religioso. En este caso la agravación se funda en el hecho de que el delito aparece cometido por persona particularmente obligada a tutelar a la víctima, de manera que hay dos derechos vulnerados, el de la honestidad y el deber moral de protección asumido, aceptado o simplemente debido. La agravación no descansa en la calidad personal del sacerdote, sino en la relación de confianza y respeto que de tal calidad derive.

3o.) Estupro Doméstico. Recibe este nombre, debido a que el sujeto activo, vive habitualmente en el mismo lugar que la víctima, por lo general la misma casa formando parte de ella, aunque naturalmente no en todos los casos que fija el código.

El estupro doméstico tiende a disminuir al mejorar la condición de los sirvientes o empleados domésticos. Antes sometidos exclusivamente a la autoridad de los señores de la casa. En el pasado ya un tanto remoto, una forma de éste estupro doméstico era inversa, pues, las víctimas eran las señoritas de la casa que eran seducidas por los criados. Es posible que el número de criados masculinos que entonces se podía sostener, influyera en la frecuencia de dichos casos.

Esta forma de estupro no exige el engaño, pues se basa en la presunción de que la relación de guarda o custodia ha sido utilizada para lograr la relación sexual.

Sociológicamente, puede decirse que esta figura se basa en una relación de dependencia, guarda o custodia que, en gran parte, ya no existe.

4o.) Estupro cometido por tutor. Tutor es el cargo impuesto a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a si mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallen bajo la potestad de padre o madre que pueda darles la protección.

Aquí el delito se comete al igual que el sacerdote, por persona que estaba obligada a tutelar a la víctima, por lo cual se vulneran los derechos, el de honestidad y el deber moral de protección asumido.

5o.) Estupro cometido por maestro; es aquella persona que imparte cualquier género de enseñanza, tanto de artes y oficios manuales como los profesores de ciencias o encargados de educación moral.

El delito está constituido por la desfloración de una doncella, mayor de doce años y menor de veintiuno, que se encuentre respecto del culpable en una relación que ya mencionamos.

Hoy en día casi no sucede este caso, pues las muchachas con las nuevas actitudes individuales y colectivas respecto a la enseñanza han cambiado lo suficiente, para darles una independen

cia respecto al propio maestro o profesor que antes no tenía.

Todas las figuras descritas se les fija una penalidad de tres años, los cuales están agravados por la condición del culpable.

b) Art. 396 Inc. 2o. En la misma pena incurrirá el que cometiere estupro con su hermana o descendiente aunque sea mayor de veintiún años.

Este es el delito comunmente denominado incesto. La etiología de este desagradable delito, que constituye un hecho contra la misma naturaleza, hállase con frecuencia en estados degenerativos del agente, pero más que todo en causas sociales y específicamente en las condiciones infra humanas de habitación de las clases desposeídas, especialmente en las grandes ciudades, que hacinan a padres, hijos y hermanos en espantosa promiscuidad.

Las estadísticas han demostrado que los agentes que cometen este delito en su mayoría son defectuosos mentales, sobre todo de débiles mentales; idiotas, epilépticos, paranoicos y alcohólicos crónicos.

Los motivos que justifican el castigo del delito de incesto son, en primer lugar, la lesión del orden moral y jurídico familiar, cuya conservación requiere la abstención de relaciones sexuales entre las personas ligadas por íntimos vínculos de sangre. También se señalan razones eugénicas basadas en investigaciones biológicas, que demuestran que las uniones entre cercanos parientes, pueden dar lugar a nacimientos de seres anormales.

Propiamente es un estupro calificado por los vínculos parentales entre sujeto activo y pasivo. La ley ha limitado el parentesco en esta clase de delito, a hermano y descendiente, pudiendo ser el parentesco, aunque la ley no dice nada al respecto, en legítimo y natural.

Elementos de este delito.

a) Acceso carnal con mujer virgen, logrando su defloración.

Esta relación sexual ha de verificarse con el consentimiento de la estuprada. En caso contrario si tuviere lugar empleándose violencia o intimidación o si la estuprada no fuere capaz de consentir, por ser alienada, idiota o débil mental o si fuere menor de doce años, el hecho no tipificaría este delito, sino el delito de violación. El delito de incesto subsiste aún cuando la estuprada sea mayor de veintiún años.

b) Voluntad criminal. Está constituido por el conocimiento de la relación de parentesco con la persona con quien tiene lugar el acceso carnal y por voluntad de realizarlo.

El principal defecto de este delito es el de considerar en todo caso como víctimas de incesto, a las mujeres aun cuando ya sean plenamente adultas. Dichas mujeres son responsables de sus actos por lo cual más bien son partícipes de la infracción.

El estupro incesto es el de caracterización más objetiva de todas las clases de estupro, es un delito que no requiere una edad determinada de la víctima y tampoco es necesario el

engaño.

Nuestra ley en esta clase de delito al determinar la relación del parentesco, sin la menor razón para ello, deja -- por fuera a los ascendientes, tomando en cuenta de hermano o -- hermana y de ascendiente a descendiente.

c) Art. 396 Inc. 3o. El estupro cometido por cual--- quier otra persona, con una mujer mayor de doce años y menor -- de veintiuno, interviniendo engaño, se castigará con la pena -- de un año de prisión mayor.

Este delito es conocido con los nombres Estupro Fraudulento, Estupro Común o Estupro Propiamente Dicho.

Este elemento del engaño es una de las diferencias -- del estupro común con el delito de violación el cual requiere de violencia o intimidación.

Sujeto activo, de este delito puede ser cualquier hom bre, siempre que no sea de los mencionados en el Art. 396 Inc. 1o. y 2o. Es indiferente que sea soltero o casado.

Ejemplos típicos de este engaño son: a) la falsa pro- mesa de matrimonio. Dicha promesa debe ser anterior, pues si la víctima realiza la cópula y después logra la promesa del es tuprador, no hay estupro.

La doctrina dice que la promesa o engaño, concretamen- te la matrimonial no necesita ser expresa, pues la suple la rea- lidad de relaciones formales, públicas y constantes; b) la si- mulación de matrimonio, para lograr el acceso carnal; c) el ca sado que vence la resistencia de una menor persuadiéndola de --

que era soltero, emplea engaño equivalente a la promesa de matrimonio y d) el que promete a la estuprada de que la dejará heredera de sus bienes.

No me extenderé más sobre el elemento engaño, ya que con anterioridad se ha hablado con cierta amplitud.

=====

CAPITULO VI

CONSUMACION Y TENTATIVA DEL DELITO DE ESTUPRO

1.- CONSUMACION DEL DELITO DE ESTUPRO. En nuestro Código Penal, el delito de estupro se consuma con la desfloración de una doncella. En otras legislaciones donde se exige la honestidad y no la virginidad de la víctima, la consumación exige la penetración o acceso carnal, aunque éste sea breve o se realice una sola vez y aunque no se dé lugar a la preñez.

2.- TENTATIVA. El Derecho Romano ha considerado como una forma de injuria y por ende punible.

En el estupro las más de las veces, los llamados actos de principio de ejecución, serán actos preparatorios o no serán nada, a lo más, los normales y corrientes en todo galanteo o relaciones más que amigables, entre muchacho y muchacha. En este respecto téngase en cuenta que el galanteo de nuestros tiempos es diferente al de antaño, y que la mayor libertad y desenvoltura actuales, permite como parte integrante del galanteo, cosas que antes no se habían permitido y que quizá hubieran sido considerados como un principio de ejecución. Es cierto, que una tal desenvoltura no se da en todos los países por igual y dentro de cada país en todos los sectores sociales. Si esto es así, la punibilidad de tentativa vendrá en parte determinada por lo que los usos y costumbres, más o menos aceptadas, consideraran como permisible o no, dentro del galanteo. Habrá que ir al examen del caso concreto y no construir un tipo de galanteo

medio que no existe, como tampoco la mujer o el hombre medio. Aquí vemos la íntima conexión entre Sociología y Derecho Penal.

Lo dicho lleva a la conclusión de que, aunque difícil de delinear y sobre todo de probar, no cabe excluir la tentativa de éste delito. La mayor dificultad en acreditar que se está desarrollando un engaño, cuya finalidad es el yacimiento y por ende la desfloración. En cierto modo, el engaño, el proceso de estar engañando, es impalpable. Puede haber si, alagos, promesas, descripciones mas o menos seductoras e incluso caricias, pero aún admitiendo que todo esto pudiera ser probado, sería más extremadamente difícil probar que existe tentativa de estupro. Aunque cargado de contenido sexual y sensual, y en tal sentido inequívocas, serán sin embargo, equívocas en cuanto a una tentativa de estupro. Esta no sería fácil tampoco de acreditar, aún siendo sorprendida la pareja en una habitación o lugar más o menos listo para el coito, pues lo que se tiene que probar no es el acceso carnal solo, sino que el mismo ha tenido lugar mediante engaño. La mujer puede yacer, sencillamente porque así lo desea. Queda aún la posibilidad de negar en tales casos de sorpresa, casi infragante, la existencia de estupro y aun del yacimiento, alegando que lo que se iba a practicar era un coito intra fémora. Ello daría lugar a un delito de abusos deshonestos o de corrupción, según el caso, cuya finalidad es, por lo común, menos que la establecida para el estupro. En suma, la determinación del propósito: yacer mediante engaño, es difícil de establecer en su comienzo de ejecución.

Al analizar la tentativa el autor Manzini(22) dice al respecto: "~~que la tentativa no es posible~~, por cuanto la seducción que se emplea como medio para lograr la conjunción carnal, excluye jurídicamente la posibilidad de la tentativa, porque - tratar de seducir sin conseguirlo es un hecho de simple instigación".

Fontán Balestra(23) manifiesta: "Nosotros pensamos, que cuando el sujeto activo realiza actos que importan el comienzo de la ejecución de la cópula, y se vé obligado a desistir de ella, por circunstancias ajenas a su voluntad, ha realizado actos de tentativa. Y pensamos así, porque si bien es cierto que la seducción es el medio de lograr el coito en este delito, no lo es menos que todos los actos que se realizan antes de llegar a la consumación, son actos de ejecución que pueden constituir la tentativa, cuando el actor no va más allá de ellos por causas ajenas a su voluntad".

De tal manera que Manzini rechaza la posibilidad de la tentativa, pues la simple instigación al acceso carnal, sin resultado alguno a causa de la oposición de la mujer, no es punible, según su opinión.

En cambio el autor Fontán Balestra si cree que es factible la tentativa, cuando comienzan los actos sexuales, no lle-

(22)Vicenzo Manzini. Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Editorial Buenos Aires. 1957.

(23)Carlos Fontán Balestra, Libro Delitos Sexuales. Segunda Edición. Páginas 107 y 108.

gándose a la cópula por motivos ajenos a la voluntad del sujeto activo.

El suscrito es de opinión, que la tentativa es posible; pero es menester no confundir los principios de ejecución con los actos de enajoramiento, conversación, etc., porque el sentido de éstos es en absoluto equívoco, con relación al hecho que configura el estupro, o sea el acceso carnal. Unicamente los actos inmediatos a ese hecho podrían ser considerados como tentativa.-

CAPITULO VII

PROCEDIMIENTOS Y PENALIDADES DEL DELITO DE ESTUPRO. EXTINCION DE LA ACCION PENAL.

1.- PROCEDIMIENTO. Los delitos contra la honestidad - son considerados en nuestra ley como privados; de tal manera - que solo pueden perseguirse a instancia de parte agraviada.

Sin embargo, algunos delitos privados como el estupro, la violación y el rapto se les ve cierta tendencia de inclinación a lo público y es por la razón de los bienes jurídicos que afectan.

Lo anteriormente dicho, puede observarse en el Art. - 401, que si bien reconoce que "no pueda procederse por los delitos de estupro, violación y rapto, sino en virtud de acusación o denuncia de la persona agraviada o de su representante legal", faculta al Juez para proceder de oficio, cuando la persona agraviada "careciere por su edad o por cualquier circunstancia de capacidad para denunciar".

Ejemplos de lo anterior sería el caso de los alienados mentales, enfermos o en general de todas aquellas personas que tuvieren imposibilidad para denunciar. El interés público que debe prevalecer sobre el privado, justifica que los mencionados delitos sean perseguibles de oficio.

En el delito público el titular de la acción es el Estado. En el delito privado es la persona ofendida.

Los procesos criminales se inician: de oficio, por de-

nuncia o acusación.

El Art. 28 I. nos dice: "que procedimiento de oficio es la averiguación de los delitos y faltas, que hace el respectivo funcionario por noticias judiciales o extrajudiciales, por queja del ofendido o por denuncia de cualquiera persona, sin -- mostrarse parte el quejoso o denunciante.

En nuestro medio, por lo general se procede en los delitos privados por acusación o denuncia y la excepción es el - procedimiento de oficio.

Acusación. El art. 30 I. define la acusación así: "es la acción con que uno pide al Juez que castigue al delincuente, comprometiéndose expresamente a probar el delito o falta. Hay un error en esta definición, si consideramos que la acción en lo penal es la acción pública, siendo por lo tanto el medio de ejercitar dicha acción, la acusación.

En la acusación es obligación de parte del acusador - del delito de estupro así como de los demás delitos privados, probar el delito en todo su integridad o sea el cuerpo del delito y la delincuencia.

El acusador es parte en el proceso penal y ejercita por consiguiente la acción penal.

Requisitos que debe llenar la acusación. Art. 37 I. La acusación por delito se hará por escrito, debiendo expresar en ella:

1o. El nombre, apellido, profesión y domicilio del acusador.

- 2o. Las mismas designaciones respecto del acusado y del ofendido.
- 3o. El delito de que se acusa.
- 4o. La designación del lugar, hora, día, mes y año o al menos la época en que se cometió el delito.
- 5o. La relación de todas las circunstancias esenciales del hecho.
- 6o. La obligación de probarlo.

La acusación se presentará en papel sellado de cuarenta centavos.

Algunas veces las generales del acusado tienen que omitirse, porque se ignora quien es el autor entonces se tiene que presentar la acusación indeterminadamente. El Juez como acto inmediato le nombra un defensor de oficio al acusado.

Puede darse el caso, que el acusador se equivocara al calificar el delito, por ejemplo: dijera que es estupro, siendo realmente violación, no por eso dejará de admitírsele su acusación.

Si el acusador no prueba el hecho, hay una consecuencia jurídica, como es la que se le condena en costas.

Denuncia. El art. 49 I. n. s dice al respecto "que denuncia es manifestación que uno hace al Juez de la falta o delito cometido, nombrando o no al delincuente, pero sin obligarse a la prueba".

Si la acusación es el ejercicio de la acción penal la denuncia es una excitativa al Juez, para que ejerza la acción penal.

Art. 51 I. La denuncia podrá hacerse de palabra o por escrito, personalmente o por medio de mandatario especialmente autorizado.

Si se hiciere de palabra, el Juez recibirá declaración jurada al denunciante, debiendo expresar su nombre, apellido, edad, residencia, ocupación, relaciones con el agraviado y el conocimiento que tenga del hecho y de los culpables.

Si la denuncia se presentare por escrito y fuere procedente, el Juez proveerá el auto cabeza del proceso, continuándose la causa de oficio en este caso, tanto como en el anterior.

El denunciante no será parte en el juicio, y si quiere intervenir habrá de formular acusación en la forma legal, bastando el poder general con cláusula especial para acusar.

De todo lo anteriormente dicho, se puede determinar las diferencias de la acusación con la denuncia:

- a) El acusador es parte en el proceso, el denunciante no lo es;
- b) En la acusación es obligación dar el nombre, apellido, profesión y domicilio del acusado, excepto en los casos de que no se sepa quien es la persona acusada, en cambio en la denuncia no es necesario;
- c) El acusador debe obligarse expresamente a la prueba, porque si no lo hace, se le rechaza el escrito de la acusación, en cambio el denunciante, no se le exige tal requisito;
- d) Si el acusador no prueba el delito se le condena en las costas Art. 586 I.; por el contrario el denunciante no es -

sancionado con esa pena.

El cuerpo del delito se establecerá por medio de reconocimiento legal o sea que se haga por facultativos y, a falta de ellos, por matronas o enfermeras de honradez y probidad.

2.- PENALIDADES. El Art. 396 de nuestro Código Penal Vigente señala las penas así:

Inc. 1o. El estupro de una mujer mayor de doce años - menor de veintiuno, cometido por persona que ejerza autoridad pública, o por sacerdote, criado doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada, o por cualquiera otra persona con abuso de autoridad o confianza, se castigará con tres años de prisión mayor.

Inc. 2o. En la misma pena incurrirá el que cometiere estupro con su hermana o descendiente, aunque sea mayor de veintiún años.

Estas dos clases de estupro, nuestra ley las pena más severamente. En el primer caso o sea el señalado en el primer inciso, la razón de esa penalidad es por que el sujeto activo se vale de determinadas condiciones de superioridad, dominio espiritual o confianza.

En el delito de estupro incestuoso contemplado en el 2o. inciso, su severidad se justifica por la lesión del orden moral y jurídico familiar, asimismo por razones eugénicas, que demuestran que las uniones entre cercanos parientes, pueden dar lugar a nacimientos de seres anormales.

Inc. 3o. El estupro cometido por cualquier otra perso-

na, con una mujer mayor de doce años y menor de veintiuno, interviniendo engaño, se castigará con la pena de un año de prisión mayor.

Este es el estupro conocido como común, fraudulento o estupro propiamente dicho y es el más levemente castigado, ya que el sujeto activo sólo utiliza el engaño y no se vale de condiciones de superioridad, dominio espiritual, confianza o lazos de parentesco.

De acuerdo con el Art. 402 Pn. los reos por el delito de estupro serán condenados por vía de indemnización, a lo siguiente: 1) "Dotar a la ofendida si fuere soltera o viuda. La cantidad de la dote deberá regularse según la clase de la ofendida y los bienes del ofensor, pero no podrá bajar de cien colones; 2) a reconocer a la prole como natural; 3) en todo caso a alimentar a la prole conforme al Código Civil". De modo que el victimario está obligado a indemnizar económicamente a la víctima: a reconocer a los hijos como naturales, especialmente cuando a la fecha del delito coincide con la de la concepción (art. 283 C. No. 2); y a dar a los hijos, las prestaciones alimenticias fijadas por la misma ley civil (Art. 338 C. No. 4).

El Art. 403 pena con más rigor a los ascendientes, tutores, curadores, maestros y cualquiera persona que con abuso de autoridad o encargo, cooperaren como cómplices a la perpetración del delito de estupro, se castigarán como autores. Esta disposición es una excepción del Art. 45.

3. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. Art. 83. La responsa-

bilidad penal se extingue: 1o. por la muerte del reo.

La muerte del reo, extingue la acción penal y la pena. La comprobación de la muerte está sujeta a la prueba en materia civil, estableciéndose por tanto con la certificación de la partida de defunción u otros medios determinados por el Código Civil. Al morir el reo hay que dictar sobreseimiento definitivo.

2o. Por el cumplimiento de la condena.

Así como el pago o solución es causa de extinción de obligaciones (Art. 1438 C.), en el campo civil, así se ha estimado también que el cumplimiento efectivo de la condena, extingue la responsabilidad penal. La razón es lógica.

3o. Indulto. El Art. 86 define el indulto como "La remisión de la pena impuesta por sentencia ejecutoriada. El Código Penal Mexicano comprende cuatro clases de indultos: a) el necesario, cuando aparece que el condenado es inocente; b) cuando el reo ha prestado servicios importantes al Estado; c) cuando la ley quita un hecho el carácter delictuoso que la ley anterior le daba, y d) cuando se trata de delitos políticos.

Muchos han considerado el indulto, como el instrumento legal más eficaz para reparar errores judiciales.

4o. Renuncia o Perdón del Ofendido. Entendemos que el perdón, como medio de extinguir la responsabilidad penal (Art. 83 No. 5) puede ser: a) absoluto; b) presunto; c) tácito.

El perdón expreso tiene que reunir los requisitos siguientes: 1o.) absoluto; 2o.) legal. Lo absoluto, quiere decir que no puede operar la condición o la duda; legal porque tiene

que realizarse como lo señala el Código Penal (art. 401 Inc.5).

El perdón expreso debe comunicarse al Juez, por la víctima, o por su representante legal, caso de ser menor o incapacitado, pudiendo entonces tener intervención el Ministerio Público.

El perdón expreso es ineficaz, cuando la sentencia condenatoria ha quedado ejecutoriada.

El perdón presunto se contrae al matrimonio civil entre la víctima y el victimario, extinguiendo por consiguiente la responsabilidad penal.

Sus efectos predominan sobre la sentencia ejecutoriada, siendo la única excepción al art. 83 Fn. no. 5.

El matrimonio entre hechor y víctima debe ser autorizado por el Alcalde Municipal o el Gobernador Departamental competente.

El disenso será calificado por el Juez de lo Civil también competente.

En este caso, tienen aplicación sobre el matrimonio, las siguientes disposiciones del Código Civil Salvadoreño: Arts. 97, 101, 102, 103, 104, 107, 132, 162, 163, 169, 170, 179 y 180.

5o. El perdón tácito o prescripción, es igual a la renuncia tácita de la acción penal, dejando transcurrir el tiempo para que tal acción prescriba. En este sentido el delito de estupro lo mismo que todos los delitos contra la honestidad, con excepción de la violación, prescriban en un año.

6o. Sobreseimiento Definitivo. Art. 181 I. El Juez de

Primera Instancia decretará el sobreseimiento en los casos siguientes:

1o. Cuando el hecho que hubiere dado motivo al sumario no tuviere pena señalada en las leyes.

2o. Cuando no se haya podido comprobar plenamente el cuerpo del delito.

3o. Cuando no haya por lo menos prueba semiplena de la delincuencia del reo.

4o. Cuando resulte exento de responsabilidad el procesado, sea por comprobada cualquiera de las circunstancias que eximen de responsabilidad, o sea porque aparezca que está extinguida la acción penal. Arts. 8 y 83 Pn.

El sobreseimiento es definitivo en el 1o. y 4o. caso de art. 181 I. cuando lo ratifica la Cámara de Segunda Instancia respectiva.

En los casos 2o. y 3o. el sobreseimiento no será definitivo y se podrá continuar la causa, pero si transcurrido el término de un año, de pronunciado ejecutoriamente, por ser delito menos grave, se considera definitivo también. Aquí el sobreseimiento tiene que estar confirmado también por la Cámara de Segunda Instancia respectiva. Si se presentaren nuevas pruebas después del sobreseimiento definitivo, no se admitirán, pues el juicio será fenecido.-

CAPITULO VIII

DIFERENCIAS Y SIMILITUDES DEL ESTUPRO CON LA VIOLACION.

1.- DIFERENCIAS. a) En cuanto al acceso carnal. El estupro sólo puede ser cometido, en mujer virgen, logrando su desfloración, en cambio en el delito de violación basta el acceso carnal, sin necesidad de desfloración o sea que no es requisito esencial que la mujer sea virgen. Hay una excepción a lo dicho anteriormente y es en el caso, que el sujeto pasivo sea menor de doce años y que del acceso carnal sea desflorada, como ocurre casi siempre, su resultado no será estupro sino violación; b) En cuanto al segundo elemento o sea la edad del sujeto pasivo. En el estupro es necesario que la mujer sea mayor de doce años y menor de veintiuno, a excepción del incesto, que puede ser mayor de veintidós años; por el contrario en el delito de violación, nuestra ley no limita la edad de la víctima y se puede tipificar sea cual fuere la edad de la mujer siempre que se den los elementos que la ley estipula; c) con respecto a la voluntad y consentimiento. En el estupro de todas las modalidades existe (salvo la asimilada de menor de doce años), una voluntad o consentimiento, empero que se consideran viciados, bien por el engaño explícito, bien por supuestos que lo suplen con fuerza de presunción de iure, de edad, parentesco o dependencia; distinto es en la violación que se caracteriza por la violencia, la fuerza y la intimidación; d) por el sujeto pasivo. En el estupro es necesario que el sujeto pasivo sea mujer en todos los casos, en la violación es diferente, ----

ya que el sujeto pasivo, puede ser tanto la mujer como el hombre; e) en cuanto al sujeto activo. En el delito de estupro se exige que el sujeto activo sea hombre, en cambio en la violación dicho sujeto puede ser de los dos sexos; f) en cuanto a la clase de coito. En el estupro el coito tiene que ser normal, en la violación puede ser en vaso normal, por vaso indebido o, en general, en vaso no apropiado para la fornificación natural, tal es el caso de la boca, oídos, etc.; g) en las fases del delito. En el estupro en nuestro código penal vigente es sancionado tanto el delito consumado como la tentativa; en la violación es penado el delito consumado, la tentativa y la frustración; h) en cuanto a la pena. En el delito de estupro se castigará con prisión mayor; distinto es en la violación que generalmente se aplica la pena de presidio, a excepción de que la víctima sea prostituta que se penará con prisión mayor.

2.- SIMILITUDES. a) En cuanto a su clasificación. Tanto el delito de Estupro como la Violación, están comprendidas en nuestra legislación dentro de los delitos contra la Honestidad; b) Por el bien jurídico tutelado: En el delito de estupro como en la violación, el bien jurídico lesionado es la libertad sexual; c) Ambos delitos son privados y como tales, para procederse contra el culpable de éstos delitos, es necesario de acusación o denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, sin embargo se faculta al Juez para proceder de oficio, cuando la víctima careciere por su edad o por cualquier circunstancia de capacidad para denunciar.

CAPITULO IX

LA LEGISLACION COMPARADA DEL DELITO DE ESTUPRO

Trataré en forma breve el contenido de los Códigos Penales en vigencia de los países siguientes: España, Uruguay, Méjico y Argentina en relación con nuestro Código Penal Vigente.

1.- CODIGO ESPAÑOL. Ajustado a las reformas introducidas por el decreto del 10. de enero de 1871 y la Ley de 17 de julio de 1876. Editado en 1885.

Capítulo III. Del estupro y la corrupción de menores.

ARTICULO 458. "El estupro de una doncella mayor de doce años y menor de veintitrés, cometido por autoridad pública, sacerdote criado, doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada, se castigará con la pena de prisión menor".

El legislador Español, exige tres condiciones, para que pueda existir este delito, llamado "doméstico", a saber:

- 1o.) Doncellez de la Víctima, este estado se presume en todo caso, salvo prueba en contrario.
- 2o.) Que se encuentre la víctima, dentro de la edad que exige el relacionado artículo 434 del Código Penal, sea, entre los doce y los veintitrés años; y
- 3o.) Convivencia bajo el mismo techo, de los protagonistas.

La calidad de doncella, debe reconocerse en la mujer soltera, de vida honesta anterior al hecho; y no es condición esencial la prueba de "virginidad", pero puede hacerse prueba en contrario.

De lo antes dicho, puede observarse, que el término de inmadurez relativo de la víctima, ha sido fijado desde los doce años hasta los veintitrés.

En dicha legislación Española el delito de estupro, es conocido como "doméstico", por las circunstancias de que se refiere a personas que viven bajo el mismo techo. Vemos así:

Que por criado, se define al hombre que por un salario sirve a otro.

Que por doméstico, se entiende a "personas que habitualmente viven bajo el mismo techo, pertenecen a una misma casa y forman en este concepto habitualmente, parte de ella".

Que por maestro, se comprende "tanto a los de educación e instrucción, como a los de artes y oficios".

No puede tener carácter de doméstico, el huésped que, mediante remuneración, esté en una casa de esta índole sin hacer trato común con sus dueños.

Los Tribunales Españoles, han determinado, en caso de estupro doméstico y estupro corriente, para no citar más que tres casos, en la forma siguiente:

"Debe entenderse que hay estupro, cuando hay ayuntamiento carnal entre el padrastro y su hijastra, si ella es mayor de doce y menor de veintitrés años, aún cuando no intervenga engaño, esto es, aunque haya sido plenamente voluntario, por parte de aquella".

"En la misma pena incurrirá el que cometiere estupro con su hermana o descendiente, aunque sea mayor de veintitrés años".

"El estupro cometido por cualquiera otra persona, con una mujer mayor de doce y menor de veintitrés, interviniendo engaño, se castigará con la pena mayor".

"La promesa de matrimonio expresa, terminante y voluntaria, debe estimarse, como engaño a los efectos del párrafo anterior".

Vemos, pues, que en España, existe el llamado "estupro doméstico" y el "estupro corriente", caracterizado por en engaño, pero siempre, dentro de los mismos términos de edad; de doce a veintitrés años.

2.- CODIGO URUGUAYO. Promulgado el 4 de diciembre de 1933, Ley No. 9155. Edición Oficial de 1934.

Artículo 275. Estupro:

"Comete estupro el que, mediante promesa de matrimonio, efectuare la conjunción con mujer doncella menor de veinte años y mayor de quince. Comete estupro igualmente, el que, mediante simulación de matrimonio, efectuare dichos actos con mujer doncella mayor de veinte años". El estupro se castiga con pena que puede oscilar desde seis meses de prisión a tres años de penitenciaría.

De acuerdo al artículo anterior, la incapacidad o inmadurez relativa, en Uruguay, se fija entre los quince y los veinte años. Y como lógica consecuencia de ello, obligadamente, debe entenderse que la inmadurez absoluta, que tipifica la violación, se estima en toda mujer menor de los quince años de edad. Asimismo debe entenderse, que es requisito indispensable, den-

tro de esa legislación, que exista el engaño, la seducción, aún indistintamente de la promesa matrimonial.

En el Código Uruguayo, los delitos sexuales, como violación, atentado violento al pudor, corrupción y estupro, están comprendidos dentro de la clasificación de los delitos privados y como consecuencia de su carácter, solo puede procederse judicialmente, por medio de denuncia de la víctima, excepto en los casos en que se hubiere ocasionado la muerte de la ofendida o se acompañare de otro delito perseguible de oficio o que fuera cometido por los padres, tutores o curadores (artículo 279 del código Penal Uruguayo).

3.- CODIGO MEJICANO: Tomo I.

Artículo 793.

Llámase estupro: "La cópula con mujer casta y honesta, empleando la seducción o el engaño para alcanzar su consentimiento".

Artículo 794.

El estupro sólo se castigará en los casos y con las penas siguientes:

- I.- Con cuatro años de prisión y multa de segunda clase si la edad de la estuprada pase de diez años, pero no de catorce.
- II.- Con ocho años de prisión y multa de cien a mil quinientos p.sos, si aquélla no llegare a los diez años de edad.
- III.- Con arresto de cinco a once meses y multa de cien

a mil quinientos pesos, cuando la estuproada pase de catorce años, el estuproador sea mayor de edad, haya dado a aquella por escrito palabra de casamiento y se negare a cumplirla, sin causa justa posterior a la cópula, o anterior a ella pero ignorada por aquél.

Como se puede notar, el Código Penal Mejicano, exige como condiciones necesarias, para que se configure el delito de estupro, la seducción y el engaño en la mujer, para lograr su consentimiento. Asimismo, exige que la mujer sea casta y honesta o sea de buenas costumbres y recatada. El Código Penal Mejicano al contrario del Salvadoreño, no exige expresamente la virginidad de la mujer.

En el Código Penal Mejicano, en lo que respecta a las penas en esta clase de delito, lo sanciona, además del arresto o prisión con la imposición de multa. En nuestro Código en las faltas de policía, es que se sanciona con arresto o multa.

Otra característica típica del Código Mejicano, es que el acceso carnal habido por medio de la seducción o engaño, se castiga como estupro, sea cual fuere la edad de la mujer.

La inmadurez relativa, está determinada en este Código de los catorce a los veintiún años.

4.- CODIGO ARGENTINO. Sancionado el 30 de septiembre de 1921.

Tomo I. DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD.

Adulterio, violación, estupro, corrupción y ultrajes al pudor y rapto.

-Artículo 120.

"Se impondrá reclusión o prisión de tres a seis años, cuando la víctima fuere mujer honesta, mayor de doce años y menor de quince y no se encontrare en las circunstancias de los números 2 y 3 del artículo anterior (119), que se refiere al delito de violación, en que el sujeto pasivo, se encuentra carente de razón o sentido e imposibilitado para resistir y cuando el acceso carnal se ha logrado mediante fuerza o intimidación".

Es muy importante observar, que el Código Penal Argentino, omite el requisito de la seducción, por estimar, que a la ley no le importa el medio empleado, sino que le es suficiente el hecho en sí mismo. Esa omisión de la seducción se comprueba, diciendo: "que la ley no necesita sancionar estos medios (seducción), porque el hecho no puede ejecutarse por otros".

De acuerdo al Código Argentino, se comete el delito de estupro, en todos aquellos casos en que la ofendida del acceso carnal llene los requisitos del artículo 120, o sea que fuere mujer honesta, mayor de doce y menor de quince años y no medien las circunstancias que caracterizan el delito de la violación.

En el Código Penal Argentino, no puede tipificarse el delito de estupro, cuando la mujer sea mayor de quince años, ni aún existiendo promesa matrimonial o engaño grave.-

CAPITULO X

JURISPRUDENCIA

Nuestra Jurisprudencia en materia de estupro es escasísima, de tal manera que sólo existe una sentencia, la cual en forma extractada dice así:

Cámara de Segunda Instancia de la Segunda Sección del Centro.

1.- "Aún reconocidos los hechos inductivos de una tentativa de violación, si de autos no aparecen establecidos los requisitos en todo o en parte, a que se refieren los números 1o., 2o. y 3o. del art. 392 Pn., en relación con el artículo 3o. inciso penúltimo del mismo código, procede sobreseer en el procedimiento, si el informativo está depurado".

II. "Tampoco procede reconocer tentativa de estupro, si falta el requisito previo de la conciliación a que se refiere el artículo 346 I."

Revista Judicial, Tomo XXXVII, 10 de agosto de 1932, - página 588.

Por escasez de Jurisprudencia en nuestra legislación, voy a hacer una exposición, aunque sea en forma somera, en cuanto a la jurisprudencia sustentada por el Tribunal Supremo Español.

La Jurisprudencia Española, es aquí transcrita o comentada, del tomo segundo Doctrina Penal del Tribunal Supremo de

Manuel Rodríguez Navarro. Contiene resoluciones recopiladas en los Recursos de Casación por infracción de ley, del 30 de septiembre de 1870, hasta el 31 de octubre de 1946, sistematizadas y articuladas, conforme al Código Penal Vigente.

Para poder entender mejor la Jurisprudencia que citaré, comenzaré a copiar a continuación los artículos del Código Español que tienen relación con el delito de estupro.

CAPITULO III. ESTUPRO Y CORRUPCION DE MENORES.

ARTICULO 434.

"El estupro de una doncella mayor de doce años y menor de veintitrés, cometido por autoridad pública, sacerdote, criado, doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada, se castigará con pena de prisión menor".

ARTICULO 435.

"En la pena señalada en el artículo anterior incurrirá el que cometiere estupro con su hermana o descendiente, aunque sea mayor de veintitrés años".

ARTICULO 436.

"Estupro cometido por cualquier otra persona con mujer mayor de dieciséis años y menor de veintitrés, interviniendo engaño, se castiga con arresto mayor; con igual pena se castiga al que tuviere acceso carnal con una mujer mayor de doce y menor de veintitrés, de acreditada honestidad, abusando de su situación de angustiosa necesidad; la misma pena se impondrá al que tuviere acceso carnal con una mujer honesta, de doce años

o más y menor de dieciséis. Si mediare engaño, se impondrá la pena en su grado máximo. Se impondrá la pena de multa de mil a cinco mil pesetas en cualquier caso de abuso deshonesto cometido por las mismas personas y en iguales circunstancias que las establecidas en este artículo y en los dos precedentes.

Pasaré ahora, a copiar un extracto de las sentencias del Tribunal Supremo Español, en casos diferentes de estupro, conforme a su Código Penal Vigente así:

Sentencia del 23 de enero de 1941. Resolución No.102:
ENGAÑO GRAVE CON PROMESA FORMA DE MATRIMONIO.

"El delito de estupro definido en este artículo(436), exige como requisito esencial la concurrencia de "engaño grave empleado por el culpable para conseguir la entrega de la estuprada, menor de edad; probado que el procesado tenía relaciones amorosas públicamente sostenidas con la estuprada, joven de dieciocho años, de vida honesta, seria y formal, a la que reiteradamente prometió un próximo y formal matrimonio, consiguiendo con tales promesas en pública actitud, accediera a las constantes solicitudes y vehementes deseos que le hacía de cohabitar con ella y se le entregare carnalmente varias veces, quedando embarazada, dando a luz un niño, evidencia la existencia del engaño grave que este artículo exige para quedar integrado el delito de estupro".

Sentencia del 6 de Julio de 1931 G. 9-12-1932; Tomo -
125, Página 26. Engaño con promesa matrimonial, Art.
436.

"Si existen todos los presupuestos de este artículo (436): edad, honestidad de la víctima y engaño cierto y positivo, MEDIANTE PROMESA DE MATRIMONIO, que la indujeran a yacer con su prometido, está rectamente aplicado este artículo".

Sentencia del 26 de abril de 1943, Resol. No. 473.

Se alegó error de derecho, por no aplicación del artículo 436, referente al engaño grave con promesa matrimonial.

"Por exigencia lógica el concepto de honestidad, se presupone una oposición al acto carnal, por parte de la mujer, mayor de doce y menor de veintitrés años que el seductor logra vencer mediante un engaño, que ha de ser precisamente grave, en consonancia con la resistencia de la víctima, para que tenga vida este delito, sin que baste, para la comisión del mismo, la mera seducción y el estímulo poderoso del apetito sexual, sino que exige el dolo que envuelva la magna perfidia necesaria para arrollar la defensa de su honra por parte de la mujer honesta; y aclarado por la Sala, que no se ha probado que el procesado hiciera promesa de matrimonio a su novia, no que emplease daño alguno grave para seducirla, es evidente que no se cometió error de derecho al dejar de aplicar este artículo".

Sentencia del 10 de abril de 1946: Resol. No. 472. Se alegó infracción del artículo 439 del Código Penal de 1932.

"Falta del elemento primordial del delito de estupro, cual es el acceso carnal que la querellante imputa al querella

do, y sin el cual no es válido invocar infracción del artículo 439 del Código Penal de 1932, por cuanto no se cometió dicho delito".

Sentencia del 26 de junio de 1929. G. 22 y 23 de Set. de 1930; Tomo 120 página 536.

Engaño grave con promesa de no dejar embarazada a la víctima y de dejarla como única heredera de todos sus bienes, por parte del sujeto activo.

"La promesa hecha formalmente y en forma reiterada, por el reo, de no dejar en estado de embarazo a la víctima y de dejarla como única heredera de todos sus bienes, es natural que indujeran a la víctima a ceder carnalmente. Esas promesas constituyen engaño grave".

Sentencia del 23 de febrero de 1912, G.-27 de Set. 1912. Tomo 88; Página 248.

Prueba fisiológica de virginidad.

"La doncellez no requiere la prueba fisiológica de virginidad, toda vez que, salvo demostración contraria, se supone doncella la mujer soltera, de vida honesta y de buenas costumbres sexuales".

Copiaré a continuación, dos resoluciones del Tribunal Supremo, muy interesantes, pues se refieren al engaño grave, por noviazgo prolongado, que ha dado lugar a la entrega de la novia, envolviendo esa circunstancia promesa matrimonial.

"Sentencia del 24 de diciembre de 1887; G-20-4-18888; Tomo 39, PAGINA 10002".

"El delito de estupro, cometido después de cinco años de relaciones amorosas del culpable con la ofendida, autorizada por la madre de la misma y siendo ésta de buena posición y excelentes costumbres, precediendo promesa de matrimonio - del primero a la segunda, es evidente que fue aquella promesa un modo engañoso para vencer la resistencia de la víctima".

"Sentencia del 31 de diciembre de 1945; Resol.No.1441.

El prolongado noviazgo de dos personas de igual condición, el consentimiento de la familia en esas relaciones de noviazgo y el hecho de que ese noviazgo formal era de conocimiento público, constituye engaño grave, pues es lógico suponer que la víctima cedió carnalmente, creída de que contraerían matrimonio, aunque no se haya probado plenamente esa promesa".

RESUMEN:

En términos generales, la doctrina Española señala:
"que el delito de estupro se caracteriza por el engaño grave, la seducción mediante promesas y medios fraudulentos de que se vale el reo, con eficacia suficiente para sugestionar a su víctima, limitando por su influjo la libre determinación de ésta. Y que la promesa de matrimonio es engaño grave, si es el motivo determinante de la unión carnal con la novia honesta".

CAPITULO XI

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

Siendo éste el último capítulo del trabajo que me he propuesto desarrollar, haré una serie de conclusiones, a manera de crítica de nuestro Código Penal Vigente.

Primero.- Cuando nuestro Código define el estupro como "la desfloración de una doncella".

Esta definición ha sido copiada del Código Penal Español de 1822, la cual ya no se ajusta a la vida real, pues en la misma España, en su Código Penal Vigente la definición antes mencionada ha sido derogada por otra más completa.

Nuestra definición es incompleta, pues solo se refiere al elemento material, faltando los medios y la intención.

Cuando se usa el término "desfloración", nos está indicando, que el delito de estupro sólo puede llevarse a cabo, en mujer virgen, y que la consumación se efectúa al llegar a la desfloración.

Desde el punto de vista forense, es criticable el término "desfloración", pues la virginidad de la mujer descansa en el himen y la realidad es que en algunos casos, el himen puede ser complaciente y por lo tanto, la mujer puede tener relación sexual sin haber desfloración no consumándose el delito de estupro.

La presencia o ausencia de la noción meramente física de la virginidad, nada dice de las calidades morales de la víc-

tima, por lo cual soy de opinión que el término correcto es la "honestidad", que hace necesaria referencia a una virtud positiva, a la conciencia del propio pudor.

Es necesario cambiar en nuestra ley, para que exista el delito de estupro, el término honestidad por el de defloración, pues con esta reforma, no se trataría de proteger el hecho material de la virginidad, sino la condición moral que es la honestidad, en esa forma nos colocaríamos en el más estricto terreno jurídico, al mismo tiempo dentro de la orientación médico-legal, para la cual virginidad y honestidad jamás pueden identificarse. Es honesta la mujer que no ha tenido relación voluntaria. Dentro de este concepto, la mujer que ha sido víctima de una violación, ya sea ésta viuda, divorciada o soltera, no puede ser considerada deshonesta.

Por lo tanto es más aceptable la fórmula del acceso carnal con mujer honesta, cuyo objeto es más definido.

Segundo. En cuanto al sujeto pasivo del delito de estupro. Nuestro Código requiere que el sujeto pasivo del delito de estupro, sea mujer mayor de doce años y menor de veintiún.

De manera que nuestra ley considera hasta la edad de veintiún años la inmadurez relativa de la mujer.

Como ya dijimos anteriormente, el límite de la inmadurez relativa está en relación con el medio donde debe aplicarse, así: en los países más desarrollados como Alemania, Estados Unidos, etc., a los jóvenes se les orienta en las cuestiones sexuales, tanto en sus hogares como en los centros de cultura.

Es natural que en esos lugares cualquier joven de quince años, es difícilmente engañado, ya que está preparado física y moralmente, para defender su sexo.

Pero en nuestro país ya las cuestiones sexuales no son un tabú, sino que se empieza a impartir enseñanza, pero en menor escala a la de los países que he mencionado anteriormente.

Como nuestro país se encuentra en estos momentos en una etapa de subdesarrollo, es que no estoy de acuerdo, que se considere al sujeto pasivo su inmadurez relativa hasta los veintinueve años.

Soy de opinión que la edad máxima del sujeto pasivo debería ser hasta los dieciocho años, pues al joven de secundaria en su respectivo centro de enseñanza y en otros casos en su hogar, se le imparten conocimientos sexuales elementales y por otro lado, tienen a la mano revistas y libros que lo ilustran sobre esos problemas.

La edad de inmadurez relativa hasta los veintinueve años, era correcta para las juventudes del siglo pasado y las de los primeros años de este siglo, porque en esas épocas, las cosas sexuales para los menores de edad eran tabú por consiguiente, ni en el hogar, ni en las escuelas o colegios, se les impartían enseñanzas en ese sentido.

Tercera. Por los elementos que nuestro Código exige para que se tipifique el delito de estupro. Al haber hecho las dos críticas anteriores, soy de opinión que los elementos que debería exigir nuestra ley son los siguientes:

- a) Acceso carnal con mujer honesta;
- b) Que la mujer sea mayor de doce y menor de dieciocho años;
- c) Abuso de autoridad o confianza, o engaño;
- d) Dolo.

Cuarta. Nuestra ley vigente contempla al delito de incesto, el cual es una clase de estupro y que está determinado por aquel que se cometiere con su hermana o descendiente, aunque sea mayor de veintiún años.

La ley en este caso ha limitado el parentesco, de tal manera que sólo puede ser cometido en hermana y descendiente.

Soy de opinión que nuestro Código debería ampliar el parentesco en el sentido, de que el delito de incesto, podría cometerse también con los ascendientes y es por la misma razón que señalamos en el parentesco de hermana y descendiente o sea, que esas relaciones sexuales van contra la misma naturaleza y que de tal unión, pueden nacer seres anormales, como los débiles mentales, idiotas, epilécticos, paranoicos y alcohólicos crónicos.

Por lo antes expuesto, el art. 396 Inc. 2o. debería estar redactado en esta forma:

"En la misma pena incurrirá el que cometiere estupro con su hermana, ascendiente o descendiente, aunque sea mayor de dieciocho años".

Por otro lado la ley no ha dicho expresamente que clase de parentesco debe haber entre el sujeto activo y pasivo.

Soy de opinión, que el parentesco puede ser legítimo o natural, ya que en el natural se pueden derivar los mismos problemas que en el legítimo.

Quinta. Para la consumación del delito de estupro, - nuestra ley exige la desfloración de una doncella. Como ya dije anteriormente, se debería reformar el elemento desfloración por la honestidad del sujeto pasivo. De tal modo que la consumación de este delito se tipificaría con la penetración - o acceso carnal, aunque éste sea breve o se realice una sola vez y aunque no de lugar a la preñez.-

BIBLIOGRAFIA

- I.- CARRARA, Francisco.....Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, volumen II Editorial Temis, Bogotá, 1958.
- II.- CUELLO CALON, Eugenio..... Derecho Penal, Parte Especial, Volumen II, Edición Bosh, Casa Editorial-Urgel 51 bis-Barcelona, 1957.
- III.- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA.
- IV.- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEGA TOMO XI.
- V.- FONTAN BALESTRA, Carlos..... Derecho Penal, Parte Especial
- VI.- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco Derecho Penal Mexicano. Los Delitos Sexta Edición.
- VII.- LABATUT GLENA, Gustavo..... Derecho Penal, Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile, 1964.
- VIII.- QUINTANO RIPOLES, Antonio... Compendio de Derecho Penal, Parte Especial, Volumen II.
- IX.- PEREZ, Luis Carlos..... Derecho Penal Colombiano, Volumen II.
- X.- DEL RIO, C.J. Raymundo..... Elementos del Derecho Penal. Editorial Nacimiento, Santiago de Chile, 1939.
- XI.- SILVA, José Enrique..... Código Penal, Anotada Introducción al Estudio del Derecho Penal Salvadoreño Editora Universitaria, San Salvador, El Salvador.

- C.A.Revista de Derecho No.
2 Julio-Diciembre, 1965.
- XII.- SOLER, Sebastián..... Derecho Penal Argentino. Tipografía Editorial Argentina, Buenos Aires, 1951, Tomo III.
- XIII.- CODIGO PENAL DE EL SALVADOR.. Código de 1826. Recopilación de Leyes Patrias del Presbítero Dr. Isidro Menéndez, 2a. Edición Imprenta Nacional, San Salvador, 1956.
- XIV.- CODIGO DE LO PENAL..... Código de 1859 en Nueva -- York Imprenta de Esteban - Hallet, No. 107, Calle Gul-ton, 1960.
- XV.- CODIGO PENAL DE EL SALVADOR.. Código de 1881, Edición de 1893, Tipografía La Luz-Calle Morazán, San Salvador.
- XVI.- CODIGO PENAL DE EL SALVADOR.. Código de 1904. Imprenta Nacional, 104 Sur, 1904,- San Salvador.
-