

T
345.0253
B275d
1977
F.S. y C.S.

Ej. 2 090039

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

EL DELITO DE VIOLACION

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

CARLOS ARTURO BARRIENTOS ZEPEDA

PARA OPTAR AL TITULO DE

DOCTOR

EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

1977



UES BIBLIOTECA CENTRAL



INVENTARIO: 10121687

AUTORIDADES CENTRALES

CONSEJO DE ADMINISTRACION PROVISIONAL
DE LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

=====

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO: Dr. Francisco Vega Gómez, hijo.

SECRETARIO: Dr. Edmundo José Adalberto Ayala Moreno

TRIBUNALES EXAMINADORES

SOBRE: MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES:

PRESIDENTE: Dr. FRANCISCO VEGA GOMEZ, hijo.
1er. VOCAL: Dr. MANUEL ARRIETA GALLEGOS
2do. VOCAL: Dr. JOSE NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ.

SOBRE: MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS:

PRESIDENTE: Dr. RODOLFO ANTONIO GOMEZ, hijo.
1er. VOCAL: Dr. FRANCISCO CALLEJAS PEREZ
2do. VOCAL: Dr. JOSE LUIS AYALA GARCIA

SOBRE: CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL:

PRESIDENTE: Dr. MARIO SAMAYOA
1er. VOCAL: Dr. CARLOS RODRIGUEZ
2do. VOCAL: Dr. JOSE EDUARDO TOMASINO

TRIBUNAL EXAMINADOR DE TESIS

PRESIDENTE: Dr. ROLANDO CALDERON RAMOS
1er. VOCAL: Dr. ATILIO RAMIREZ AMAYA, hijo.
2do. VOCAL: Dr. DANIEL QUINTEROS VELASCO

ESTA TESIS LA DEDICO:

A mi madre; MARTHA BEATRIZ ZEPEDA,
con el mas sincero de mis agradecimientos.

A mi esposa; MARIA RUTH MARTINEZ DE BARRIENTOS,
con todo mi cariño.

A mis hijitos: KARLA MARICELLA y CARLOS ARTURITO
que son toda mi esperanza.

Con mucho aprecio a mis hermanos:

EUER ENRIQUE, NELLY MABEL y MANUEL ANTONIO

A mi amigo:

FRANCISCO VEGA GOMEZ, hijo.

I N D I C E:

Pág.

CAPITULO I

Generalidades	1
Sistema de Clasificación	1
Aspecto Histórico	2
Bien Jurídico Tutelado	5

CAPITULO II

Concepto General	6
Elementos Constitutivos	7
Sujeto Activo y Pasivo	8

CAPITULO III

ANALISIS DE LAS DISTINTAS CLASES DE VIOLACION	
Violación Propia	9
Violación Presunta	10
Violación Impropia	14
Violación Agravada	16
Violación de Prostituta	29

CAPITULO IV

PROBLEMAS QUE PRESENTAN LAS DISTINTAS FIGURAS	
Concurso de delitos entre la Violación y el Incesto	32

	<u>Pág.</u>
Violación entre Cónyuges	<u>33</u>
+La mujer como Sujeto Activo del Delito de Violación	<u>35</u>
Tentativa de Violación	<u>38</u>
Diferencia entre la Violación y el Estupro	39
Régimen de la Acción	43
Extinción de la Acción Penal	45
JURISPRUDENCIA	47
CONCLUSIONES	51
BIBLIOGRAFIA	54

CAPITULO I

A) GENERALIDADES.

Uno de los problemas con que se enfrenta el legislador, es y ha sido lo referente al derecho penal sexual, ya que desde el punto de vista ético es reprochable esta clase de delitos. Es tal, que en algunos países se piensa regular la conducta de la homosexualidad entre adultos. Estos problemas de los delitos sexuales, no es de nuestros tiempos; ya que San Pablo consideraba al falo como una espina clavada en la carne; también se consideraba a la mujer como "puerta del infierno" siendo uno de los pecados más abominables la lujuria. Humberto Barrera Domínguez en su estudio sobre los delitos sexuales nos afirma que "solo después de varios siglos empezó a restringirse el concepto de delito sexual a aquellos actos de lubricidad que el agente cumple en el cuerpo de otras personas, o que a ésta le hace realizar, con ofensa de aquellos intereses como la libertad, el honor y la seguridad sexual, necesarias a la convivencia social"-(1).

Nuestro legislador no puede incluir en la ley penal todos los actos que deban ser proclamados por la ética; como ejemplo, tenemos, el homosexualismo, el cual no está tipificado en nuestro Código Penal, a menos que se le considere dentro de la esfera de los delitos de exhibiciones obscenas o corrupción de menores.

SISTEMA DE CLASIFICACION:

Varios países le dan primacía a los delitos contra el Estado, así tenemos a Chile, Ecuador, México, Perú, Venezuela, que comienzan su clasificación con estos delitos; en cambio El Sal-

(1) Humberto Barrera Domínguez, "Delitos Sexuales", Editorial Temis, Bogotá D.E., 1963, Pág. 15

vador, da gran importancia al individuo como elemento personal del Estado, y por tal motivo inicia su clasificación con los delitos contra las personas, entre los cuales se encuentran los delitos "Contra el pudor y la libertad sexual", ya que el individuo en conjunto forma, tal como lo manifesté, uno de los elementos del Estado.

① 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20

↓ B) ASPECTO HISTORICO.

EPOCA PRIMITIVA:

Las relaciones en esta época obedecían únicamente a los impulsos o propagar la especie, llegando el sujeto a tales relaciones en una forma obligada si era necesario.

Eran notables los afectos de amistad, los cuales para comprobación del amigo se consumaban con el préstamo de la mujer.

El Código de MANU, permitía al cuñado tener relaciones sexuales con la mujer que no había podido ser fecundada por su marido. Licurgo para el caso permitía o mejor dicho ordenaba ceder la mujer a otros que fueran más robustos o varoniles (2).-

El desenfreno de la lujuria en Grecia y Roma era tal, que se permitía atribuir a sus dioses cualquier acto libidinoso. - La explotación de las esclavas era completamente lícita.

Sin embargo, Roma siempre castigó cruelmente las formas coactivas del trato sexual.

El que cometía violentamente estupro en hombre o mujer era castigado con la pena capital. En la época de la república, el estupro se castigaba con más severidad.

En la antigua Roma, el rapto fue una de las primeras conquistas de la mujer y se confundía con el matrimonio, caso muy

(2) Humberto Barrera Domínguez, "Delitos Sexuales", Editorial Temis, Bogotá, D.E., 1963, Pág. 41

conocido fue el rapto de las sabinas, llevado a cabo por los fundadores de Roma (3).

Según el Digesto Ley V título VI se castigaba con la pena de muerte a quienes ejercían violencia sobre personas casadas o solteras. Lo mismo en la edad media, esta clase de delitos se castigaba con severidad.

Según el Fuero Jusgo, al hombre libre y al siervo se le castigaba con cien azotes y con la pena de muerte respectivamente (4).

segundo

† LAS PARTIDAS:

Castigaba con la pena de muerte al hombre que robara a una mujer viuda de buena fama, religiosa, casada o virgen. A este hecho se le llamó: robo, pero modernamente, se le dá el nombre de: rapto, que tiene como fin cualquier acto libidinoso, que incluye la cópula o cualquier tocamiento impúdico, y la palabra robo no se adapta al caso, ya que se refiere a las cosas y no a las personas.(5).

Tercero

† LEGISLACION SALVADOREÑA:

Nuestro Código de 1859, en lo que se refiere a los delitos contra el pudor y la libertad sexuales, los contemplaba dentro del capítulo de los delitos contra "la honestidad", tal como lo contemplaba el Código Español de 1822, habiéndose mantenido tal nombre hasta el Código de 1904.

(3) Ibidem, Pág. 41

(4) Carlos Fontán Balestra, "Tratado de Derecho Penal", Tomo V Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Pág. 59

(5) Ibidem, Pág. 59

El Código de 1904, Art. 391 decía: "La violación de una mujer será castigada con nueve años de presidio".

Se comete violación yaciendo con una mujer en cualquiera de los casos siguientes:

- 1) Cuando se usare de fuerza o intimidación;
- 2) Cuando la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa;
- 3) Cuando fuere menor de doce años cumplidos aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.

Como se ve el sujeto pasivo era únicamente la mujer y no se especificaba si el acceso carnal era por vía normal o anormal.

Lo mismo estaba contenido en los Códigos de 1881 y 1890, -- hasta que en diciembre de 1961 fueron reformados por Decreto Ley Nº 439, publicado en el Diario Oficial con fecha 11 de ese mismo mes de diciembre, que el Art. 392 del Código Penal ya incluía al varón como sujeto pasivo de la violación y en el inciso final -- del numeral tercero, comprendía lo que ahora es homicidio agravado, o sea cuando la víctima falleciera a consecuencia de violación, en este caso siempre que la víctima fuera mayor de doce -- años ya, que si era menor de doce se tipificaba como asesinato, así lo dice el Art. 356 numeral octavo "cuando la muerte sobre-- venga a consecuencia o con ocasión de violación siempre que la -- víctima fuere menor de doce años" , esta reforma se llevo a cabo en vista de la gran publicidad que le dieron a una serie de delitos sexuales que se cometieron en esa fecha, tal es el caso del hombre del esparadrapo, que violó a una menor de edad, debajo -- del Puente de San Miguelito de esta ciudad y a consecuencia de -- tal acción la criatura murio.

Este delito era castigado con la pena de muerte, pero al autor de semejante acción, no se le pudo aplicar en vista de que cuando se perpetró el hecho criminal no estaba en vigencia el numeral aludido y en base al principio de legalidad le favoreció la ley.

La comisión revisadora del Código de 1904, creada por el acuerdo número 150 que el Poder Ejecutivo en el ramo de justicia emitió el día ocho de julio de 1957, modificado por los acuerdos números 246 del día veintinueve de noviembre del mismo año, manifiesta en su exposición de motivos "La razón de abandonar la vieja terminología española y salvadoreña, Delitos contra la Honestidad, porque esta palabra peca en algunos aspectos por exceso y en otros por defecto.

Es evidente que desde el punto de vista jurídico, no todos los actos que tengan como fuente el instinto sexual, deben ser considerados como delitos. El derecho penal tienen un campo mucho más restringido que la moral en ese aspecto; y aunque la sexualidad sea un vicio reprochable moralmente, la ley sólo actúa en presencia de hechos que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicamente protegidos, sean individuales o sociales. De lo anterior se colige, que si la ley penal califica como delitos ciertos hechos que proceden de la incontinencia, no solo porque tales hechos sean inmorales en si, sino porque vulneran algún bien jurídicamente protegido", agrega la comisión, que tal término peca de exceso, porque la ley penal no ha querido referirse a conceptos morales o religiosos, ya que si fuera así, serían delitos los excesos que culminan con la lujuria, o para el caso el homosexualismo; tan es así que nuestro Código actual, sanciona la violación de prostituta, y no se podría decir que una prostituta es honesta.

C) EL BIEN JURIDICO TUTELADO.

El bien jurídico tutelado es la libertad sexual, entendien-

do ésta como la libertad que tiene cada persona de elegir voluntariamente con quien tendrá relaciones, por supuesto dentro de los marcos de la moralidad y no se vulnera otro bien jurídico tutelado por este capítulo, como podría ser para el caso el que una niña de trece años acceda a tener relaciones sexuales con un sujeto que la pretende; ya que en este hecho tendríamos una seducción presunta que es una característica del estupro; ahora bien, está entendido que en el caso concreto de la violación -- presunta, específicamente cuando la víctima es menor de doce -- años, ya la ley establece lo que se llama ope legis que significa presunta por la ley, ya que por la escases de años de la víctima se sabe que no tiene conciencia plena de lo que son las relaciones sexuales y se estaría vulnerando su voluntad.

CAPITULO II

A) CONCEPTO GENERAL.

Sebastian Soler, en su derecho penal argentino, tomo III nos da un concepto de violación así: "es el acceso carnal con persona de uno y otro sexo ejecutado mediante violencia real o presunta (6).

El Código chileno lo define, como el hecho de yacer con mujer en alguno de los casos siguientes: 1) cuando se usa de fuerza ó intimidación; 2) cuando la mujer se haya privada de razón o de sentido por cualquier causa; 3) cuando sea menor de doce años cumplidos, sin que sea necesario que concurren las dos circunstancias expresadas.(7).

(6) Sebastian Soler, "Derecho Penal Argentino", Tomo III , Tipografía Editora Buenos Aires, 1973, Pág. 282

(7) Gustavo Labatut Glenda, "Derecho Penal ", Tomo II, Editorial Jurídica de Chile , 1959, Pág. 227

Ahora tratando un concepto más general se puede decir que violación consiste en el acceso carnal cometido en persona de uno y otro sexo realizado mediante fuerza física, intimidación o violencia presunta, por vía normal o anormal.

B) ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.

1) Acceso carnal. Según Sebastian Soler, sería cuando el órgano genital entra en el cuerpo, ya sea por vía normal o anormal. Esta expresión descarta que pueda ser confundido con los abusos deshonestos ya que estos se consuman con los simples tocamientos impúdicos sin que haya acceso carnal. Es conveniente aclarar que no es necesario para que este delito se consuma, -- que la penetración sea completa, como tampoco es necesario la desfloración (8).

2) Intención del ayuntamiento carnal.

3) La existencia de una violencia real o presunta. La violencia real puede ser tanto material o física, como mediante intimidación o lo que también se llama violencia moral o amenaza y esta violencia debe ser tal, como dice Sebastian Soler, que se debe lograr vencer la resistencia empleando fuerza o haciendo uso de una amenaza con causar un mal grave para lograr el consentimiento de la víctima.

El autor chileno Gustavo Labatut Glena dice: "que esta --- fuerza debe dirigirse directamente contra la víctima, ya que es el medio empleado para dominar su voluntad; en consecuencia no configura este delito el que se emplee contra terceros o se ejerza contra las cosas" (9).

(8) Sebastian Soler, "Derecho Penal Argentino", Tomo III Editorial Jurídica de Chile, Pág. 281

(9) Gustavo Labatut Glena, "Derecho Penal", Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1959, Pág. 228

4) Resistencia de parte de la víctima. Debe de ser seria y constante o sea, no ser abandonada al comenzar la violencia, pero tampoco es necesario que la víctima llegue hasta el heroísmo es decir no se requiere que esté a punto de morir, sino una resistencia razonable.

Con respecto a la violencia moral, Labatut Glenna nos cita una sentencia del 14 de junio de 1954 de la Corte de Santiago - la cual considera que para que se tome como elementos del delito debe ser grave y seria, capaz de reducir por si sola la resistencia de la ofendida (10).

Carrara, nos dice que la resistencia de la mujer debe ser seria y constante. Seria, en el sentido de no fingida para simular honestidad, sino que efectivamente exprese lo contrario; constante, es decir, mantenida hasta el último momento, no comenzada al principio y luego abandonada para dar lugar a conurso en el goce mutuo (11).

El Artículo 192 se refiere a que la violencia física o moral debe ser necesaria y suficiente. Necesaria, que efectivamente venza la resistencia de la víctima; suficiente, que no se extralimite, que la violencia no llegue al exceso de dejar moribunda a la víctima, para lograr su propósito.

C) SUJETO ACTIVO Y PASIVO
DE LA VIOLACION.

SUJETO ACTIVO:

El sujeto activo en este delito, es únicamente el hombre deducido de la expresión "acceso carnal", que significa, penetra-

(10) Ibidem

(11) Francesco Carrara, "Programa de Derecho Criminal", Parte Especial, Volumen II- Editorial Temis, Bogotá, 1958, Pág. 254.

ción del miembro viril, en cualquier orificio natural, por lo tanto solo el hombre puede lograr penetración; aunque es irrelevante mencionarlo, la mujer puede ser sujeto activo, como autora mediata, Sebastian Soler al respecto dice: "esta solución está impuesta a nuestro criterio, por el sentido de la expresión" tener acceso carnal, ya que acceso quiere decir entrada o penetración y no compenetración, quien tiene acceso es el que penetra(12) como se ve el renombrado autor, sostiene categoricamente que solo el hombre es sujeto activo.

SUJETO PASIVO:

Aquí es indiferente el sexo, o sea que puede ser tanto el hombre como la mujer, el acceso carnal puede ser por vía normal o anormal y es indudable que el hombre sea por vía rectal.

Es indiferente para la ley la condición moral, estado civil de la víctima, virgen o no.

Es así que nuestro Código Penal en el Art. 196 nos contempla la violación de prostituta, ya que no es necesario que la víctima sea honesta.

Lo que sí es inconcebible, es creer que un animal pueda, ser sujeto pasivo, lo que podría darse con las exhibiciones obscenas.

CAPITULO III

ANALISIS DE LAS DISTINTAS CLASES DE VIOLACION.

VIOLACION PROPIA:

El Art. 192 Pn., nos tipifica la violación propia, siendo -

(12) Sebastian Soler, "Derecho Penal Argentino", Tipografía Editora Argentina, 1973, Pág. 284.

el sujeto pasivo, la mujer y el acceso carnal se da por vía normal, con el concepto general de violación y los elementos que configuran este delito ya estudiados ha quedado prácticamente explicado el aludido artículo.

VIOLACION PRESUNTA:

Art. 193

"También se considera violación el acceso carnal con mujer, en los siguientes casos:

- 1) Cuando la víctima fuere menor de doce años, aunque esta diere su consentimiento". La violación presunta -- llamada ope legis, porque significa presupuesta por la ley, y consiste en la incapacidad de la víctima de conocer las relaciones sexuales, en vista de su inmadurez; aquí lo que la ley penal presume es la incapacidad para comprender el significado social y fisiológico del acto en los menores de doce años (13).

Jamás en este caso el sujeto activo puede alegar inocencia, basándose en el consentimiento de la víctima, ya que no se admite prueba en contrario; si el sujeto activo, dudando sobre la edad de la víctima, tiene relaciones sexuales con ella, y esta resultare tener menos de doce años, siempre responde de tal delito, ya que se -- configura el dolo eventual.

Aunque la víctima preste su consentimiento, la voluntad esta siempre viciada.

(13) Fontan Balestra, "Derecho Penal", Tomo V, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Pág. 76

La edad de la víctima debe probarse con la respectiva certificación de la partida de nacimiento y en su defecto, con el medio supletorio respectivo.

- 2) Cuando la víctima adoleciera de enajenación mental, o estuviere en estado de inconsciencia, o no pudiere resistir por enfermedad o por cualquier otra causa ajena a la voluntad del agente; siempre que tales estados -- sean conocidos por éste.

En el primer caso, cuando la víctima adoleciera de enajenación mental, la ley se refiere a que la víctima carezca de razón y por lo tanto no comprende la naturaleza del acto sexual, no se refiere a la capacidad de resistir sino de comprensión.

Aunque la víctima manifieste su deseo de realizar el acto por el mismo hecho de estar privada de razón, carece de validez jurídica.

Fontan Balestra dice: "no basta la comprobación de una anomalía psíquica; es preciso que ella incapacite para comprender el acto que se realiza"(14).

Por lo tanto, caben todas las causas de enfermedades mentales.

Sebastian Soler nos manifiesta:" que el significado de esta figura no es el de que el autor haya puesto a la víctima en situación de inconsciencia, por el uso de hipnóticos o narcóticos,

(14) Ibidem, Pág. 77

ya que eso equivale al empleo de violencia (15).

Lo importante es, tal como lo dice el referido autor, que ese estado de la víctima sea aprovechado por el hechor.

Ejemplos de inconsciencia, serían: el sueño, el hipnótismo, el narcotizado, la ebriedad plena. Curiosa nota, hecha por Carrara, en su programa de Derecho Criminal, volumen II, parte especial; una decisión del Tribunal criminal de Var, relatada en el periódico "L'Italie", del trece de agosto de 1865, condenó a un tal Castellán como culpable de estupro efectuado por ese medio, asegurándose que el culpable mediante actos de magnetismo, había reducido a la imposibilidad a su víctima; ésta declaró -- que en aquel estado de sueño se había dado cuenta de todo lo que se le hacía, pero sin tener fuerzas para oponerse (16). Esta situación se enmarcaría en nuestra legislación actual en la figura en estudio.

El maestro de la escuela clásica afirma: " que cuando consta en un proceso que la mujer de quien se abusó mientras se encontraba en estado de embriaguez o de sueño, habría consentido al encontrarse en el libre ejercicio de su entendimiento o de su voluntad, no hay delito punible, y esto lo afirmó, porque tal es la deducción lógica de la noción de la violencia y de los elemen

(15) Sebastian Soler, "Derecho Penal Argentino", Tomo III Editorial Argentina, 1973, Pág. 287

(16) Francesco Carrara, "Programa de Derecho Criminal".Vol. II, Editorial Temis, Bogotá, 1958, Pág. 241.

tos constitutivos de ésta, pero cuál es la condición esencial de la violencia? Aquí esta el principio cardinal de este punto. Para mi, no hay violencia, sino cuando hay una voluntad contraria subyugada por alguna fuerza moral o física; y como la esencia de la violencia no es sólo subjetiva, por ser radicalmente objetiva, el uso de la fuerza la constituye subjetivamente, mas para ser violencia necesita la objetividad de una voluntad contraria (17). Por lo tanto no sería delito el hecho de que una mujer a efectos de influir en los ánimos de su novio, se emborracha, o se duerme aprovechándose el novio de tal circunstancia para yacer con ella.

Nota esencial en esta agravante es que la víctima está incapacitada para poder resistir, aunque razonablemente comprenda la naturaleza del acto. Con respecto al sueño soy de opinión, que únicamente se da con el sueño artificial, ejemplo, una persona, es dormida con éter, porque se le practicara una operación, y el enfermero al verla en un estado, tal que no se puede resistir y se aprovecha de la situación; pero en el sueño natural es muy difícil que se pueda dar la violación presunta.

Por enfermedad o por cualquiera otra causa ajena a su voluntad. Por enfermedad, podría citar co-

(17) Ibídem. Pág. 242

mo ejemplo el caso de una persona paralítica o que padezca de una fiebre que no le permita defenderse - por debilidad; por causa ajena, podríamos citar el caso de una persona que se encuentra atada a un árbol y otro se aprovecha de esta situación.

Violación Impropia.

Art. 194.

"Es violación impropia el acceso carnal realizado por varón en otro varón o en mujer por vaso indebido, si concurriere cualquiera de las circunstan--cias de la violación. En estos casos la pena será de - cuatro a ocho años de prisión".

"Cuando la víctima fuere menor de doce años, la pena se agravará hasta en una tercera parte del máximo, aunque aquella diere su consentimiento".

Cuando vimos el concepto de violación, decíamos que el acceso carnal podría ser con persona de uno u otro sexo, comprendiendo por lo tanto, los actos por vía normal o anormal, o como dicen algunos autores actos contra natura; y esto es así, porque el sujeto pasivo de este delito puede ser cualquier persona, y en el varón, lo usual, es por vía rectal. Así lo dice Fontán Balestra, "puesto que pudiendo ser ambos sujetos del - delito del sexo masculino, la penetración sexual no -

puede realizarse de otro modo". (18)

La primera parte del Art. en mención dice: "por varón en otro varón", entendiéndose tal como se ha mencionado, por vía rectal, ya que es lo usual - siendo mi opinión, que no solo se diga lo usual, sino que es la única vía, porque es inconcebible que se dé por vía oral, ya que en este último caso se configuraría los abusos deshonestos, por ser tocamientos - impúdicos y jamás podría sostenerse que tal relación sea un acceso carnal.

Tomando como base lo anterior, con respecto a la mujer, debe entenderse en la misma forma. O sea sólo por vía rectal, ya que los mismos razonamientos con respecto al hombre son válidos para sostener que no hay acceso carnal en la mujer por vía oral .

..."Si concurriere cualquiera de las circunstancias de la violación" continúa manifestando - el artículo, o sea que la violencia debe ser física o moral y la resistencia por parte de la víctima debe ser real y seria. Cuando la víctima fuere menor - de doce años", debe entenderse este inciso que se refiere únicamente al varón como sujeto Activo y Pasi-

(18) Carlos Fontán Balestra. Tratado de Derecho Penal, Tomo V. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Pág. 62.

vo, ya que si fuere una mujer menor de doce años el - sujeto pasivo, aunque diere su consentimiento, ya no estaríamos en esta figura, sino en la violación presunta. Art. 193 Nº 1 Pn.

VIOLACION AGRAVADA

Las agravantes se clasifican en generales - que son las contempladas en el Art. 42 y las específicas que las encontramos en la parte especial o sea en los delitos en especie, formando tales agravantes, - uno de los elementos que configuran algunos de los delitos.

Nuestro Código Penal en el Art. 67 contem--pla los criterios de individualiza--ción de la pena, que nos da la pauta para aplicar la sanción, tomando en cuenta la mayor o menor peligrosidad del delincuente o la intensidad del daño causado, poniendo la pena entre un mínimo y un máximo.

Veamos la violación Agravada. (Art.195).

"Los delitos a que se refieren los tres ar-tículos anteriores serán sancionados hasta con una - tercera parte más de la pena máxima respectiva, cuando fueren ejecutados:

- 1º) Por autoridad pública que tuviere bajo su custodia a la víctima, o con cualquie

- ra otra forma de abuso de autoridad;
- 2º) Con abuso de confianza o de relaciones domésticas, si la víctima fuere menor - de quince años;
 - 3º) Por adoptante o adoptado;
 - 4º) Por persona encargada de la educación o guarda de la víctima;
 - 5º) Cuando se ejecutare con el concurso de dos o más personas; y
 - 6º) Cuando se hubiere transmitido a la víctima una enfermedad venérea.

Nº 1 "Por autoridad pública que tuviere bajo su custodia a la víctima, o con cualquier otra forma de abuso de autoridad".

Generalmente, el término autoridad, es conocido como calificativo que le dan a una persona, donde se acude cuando falta la razón y la experiencia, y también como carácter o representación de una persona por su empleo, mérito o nacimiento"; y además como potestad, facultad. Poder que tiene una persona sobre otra que le está subordinada. Ejemplos: las personas, que hacen observar el cumplimiento de las leyes, tales como directores de los distintos cuerpos de seguridad, - personas que administran justicia, tales como los Jue-

ces.

Es el Art. 459 N^o 4 Pn., que nos dice, qué es autoridad pública "los funcionarios del Estado que por sí solos o por virtud de su función o - cargo o como miembro de un tribunal, ejercen jurisdicción propia".

Dos situaciones comprende el numeral primero del Art. 195:

a-) Por autoridad pública que tuviere bajo su custodia a la víctima; aquí tenemos los que velan porque se cumpla la ley como los directores de los - distintos cuerpos de seguridad y los que administran justicia, como los Jueces.

b-) O cualquiera otra forma de abuso de autoridad, pero que la víctima no estuviere bajo su custodia.

Es necesario aclarar que tal inciso no debe confundirse con la figura "Abusos contra la Honestidad" Art. 449; en primer lugar el bien jurídico tutelado es distinto, en éste se atenta contra la administración pública y en aquél contra la libertad sexual, el sujeto activo es distinto, en los abusos contra la honestidad son los funcionarios o empleados públicos; y en este la autoridad pública, que si bien es cierto pueden ser funcionarios, ya están concretamente deter

minados en el Art. 459 N° 4 Pn.

N° 2 "Con abuso de confianza o de relaciones domésticas si la víctima fuere menor de quince años".

Dos supuestos nos contempla tal inciso:

a-) Con abuso de confianza;

b-) Con abuso de relaciones domésticas.

En el primer supuesto la gravedad se fundamenta en esa relación de confianza que existe entre el autor y la víctima, nacida tal confianza precisamente en la calidad de la persona; no por la calidad en sí, sino por la confianza que nace de esa; calidad tal, sería el aire de confianza que podría despertar un pastor evangélico o la aureola de pureza de un sacerdote.

En esta figura es necesario, no confundirla con el respeto cuando la persona es sumisa y por ese temor reverencial, cuando el sujeto activo le pide tener acceso carnal, la víctima accede dando su consentimiento.

Para que se dé el delito, el consentimiento debe estar viciado, y la situación se da cuando se vence la voluntad, o sea cuando hay fuerza física o moral y causando una impresión en una persona de sa

no juicio.

Aclaro que para que se dé la figura en mención, es indispensable, que la calidad del autor sea conocida por la víctima, ya que si se desconoce esta circunstancia, únicamente se tipifica como violación y puede ser propia e impropia.

Aquí no se da la agravante. Como se decía al principio, estas agravantes son específicas y forman parte de los elementos que configura el delito - aludido y son llamados elementos personales objetivos ya que son exigidos como dice Fontán Balestra "con - prescindencia del hecho delictuoso en sí mismo" (19).

2º Supuesto.

Con abuso de relaciones domésticas.

Las personas dedicadas al servicio doméstico establecen su relación laboral con el patrono mediante un contrato individual de trabajo, en la cual, éste se obliga a pagar al doméstico una cantidad determinada de dinero, y aquélla a prestar sus servicios, quedando bajo la dependencia u subordinación del patro

(19) Carlos Fontán Balestra. Tratado de Derecho Penal, Tomo V. Abeledo-Perrot, Buenos Aires. Pág. 95.

no; los trabajadores domésticos están en un apartado especial en el Código de Trabajo y es que son diferentes a las otras clases de trabajadores; y una nota esencial es que generalmente duermen en casa de los patronos, cuidan de la casa, de los menores; y esa situación facilita su inclinación a los delitos sexuales, especialmente a los hombres, ya que sólo éstos pueden ser sujeto activo en este delito.

Nº 3 POR ADOPTANTE O ADOPTADO.

El legislador ha pretendido con esta agravante especial proteger ese vínculo familiar de la adopción, si vemos el Art. 2 de la Ley de Adopción, dice que el adoptado es considerado como hijo y por supuesto el adoptante como padre; con la adopción se forma un verdadero vínculo familiar, y el adoptado tiene deberes para con el adoptante, lo mismo que éste para aquél. Como ejemplo citamos el Art. 22 de la referida Ley, en que la obligación alimenticia es recíproca entre el adoptante y el hijo adoptivo; además de eso, por supuesto, respeto mutuo. Jamás esta agravante puede ser confundida con el incesto ya que en este delito, el vínculo familiar es por consanguinidad, atentando contra el buen orden familiar, y trayendo como efectos graves en los hijos problemas here

ditarios; en la agravante citada esos problemas hereditarios no se dan pero sí atentan contra ese vínculo familiar y la ética.

Nº 4 POR PERSONA ENCARGADA DE LA EDUCACION
O GUARDA DE LA VICTIMA.

En esta agravante hay violación de los deberes elementales de respeto; y de aquellos deberes que la ley le impone a los guardadores como los tutores, curadores.

Esta agravante contempla dos situaciones:

- 1º.) Por persona encargada de la educación.
- 2º.) Por persona encargada de la guarda de la víctima.

Sebastián Soler, afirma: "Estos deberes no son deberes legales exclusivamente, sino también sociales, de hecho, determinables por el Juez en cada caso, porque pueden asumir variadas formas".

Citándonos un ejemplo: el concubino, en caso de convivencia sostenida, puede hallarse en esa situación con respecto a los hijos de su concubina.

En el supuesto primero tenemos como sujeto activo al maestro, al inspector encargado de velar el orden en un colegio, el maestro de canto o de pintura

que da sus clases a domicilio; estas personas al cometer el delito de violación no acatan el deber de respeto que se le debe a la víctima y por esa calidad - que revisten estas personas es que nace la confianza por parte de la víctima.

SUPUESTO SEGUNDO.

Persona encargada de la guarda de la víctima.

El Código Civil señala como guardadores al tutor y curador; pero aparte de éstos existen otros - que en un momento dado pueden colocarse en esa situación, pudiendo ser estas circunstancias de hecho, aun cuando existan padres o curadores; tal sería el caso de un menor que se hubiere extraviado y encontrado - por una persona, ésta lo cuida mientras se localiza a sus guardadores legales; pero un día, aprovechándose del respeto que ha inspirado al menor, realiza el - ayuntamiento carnal mediante violencia. Por esa razón, Fontán Balestra dice: "Las situaciones de hecho que - los Jueces deberán apreciar en cada caso, son las que indicarán si existen relaciones de las que nacen el - respeto e influencia moral que fundamenta la agravante", efectivamente pueden existir varias circunstan--

cias que el Juez las apreciara, tomando en cuenta - las directrices citadas (20).

CUANDO SE EJECUTARE CON EL CONCURSO DE
DOS O MAS PERSONAS.

La razón de ser de esta agravante, es por que la concurrencia de dos o más personas disminuye la posibilidad de defensa de la víctima.

No se necesita para que se configure esta agravante que todos los participantes realicen el acceso carnal, lo que requiere, es el conocimiento de parte de los coparticipes que el fin es el acceso carnal. Al respecto Sebastián Soler, dice: "cuando un delito es cometido por varios, todos concurren; - en consecuencia dentro de esos dos a que la ley se refiere, está también el autor", la disposición a que se refiere Soler es "cuando la violación se produce con el concurso de dos o más personas el hecho queda agravado".

Fontán Balestra manifiesta: "la razón de - la agravante radica en que el hecho es facilitado pa

(20) Carlos Fontán Balestra. Tratado de Derecho Penal, Tomo V. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Pág. 96

ra el autor, porque las posibilidades de resistencia o defensa de la víctima se reducen" (21).

El mismo autor nos cita una sentencia de la Suprema Corte de Tucumán del 5 de mayo de 1967, pronunciándose expresamente en el sentido de que - la inimputabilidad de algunos de los que concurren al hecho no excluya la agravante. Hay uniformidad en el sentido de no requerir el acceso carnal de todos los que intervienen en el hecho, porque el concurso de varios facilita al autor la perpetración del delito" (22).

El Art. 50 de nuestro Código Penal Inciso 1º, dice: "las causas de exclusión de responsabilidad para alguno de los que hubieren concertado de terminado delito o realizado un delito, tendrán efecto únicamente respecto a la persona a que se refieren", esto quiere decir que si alguno de los co-partícipes tiene una excluyente de responsabilidad penal, ésta no favorece al otro, que no goza de tal

(21) Carlos Fontán Balestra. Tratado de Derecho Penal, Tomo V, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina. Pág. 96.

(22) Suprema Corte de Tucumán, Jurisprudencia, Argentina, Tomo IV, 1964. Pág. 771.

excluyente.

X CUANDO SE HUBIERE TRANSMITIDO A LA VICTIMA UNA ENFERMEDAD VENEREA.

Esta agravante es una novedad en nuestro Código; la razón que tuvo el legislador para contemplar^{la} es por lo contagioso de dicha enfermedad lo que acarrea un grave peligro para la sociedad; el numeral no dice si el agente debe tener conciencia de que padece de una enfermedad de esa naturaleza. El Art. 292 Inciso último también contempla otra situación del contagio venéreo sólo que aquí no hay violación, sino que ambos protagonistas tienen relaciones voluntariamente, pero uno de ellos a sabiendas de estar enfermo, no le importa, y lo que pretende es satisfacer sus apetitos sexuales, y por ser un peligro contra la colectividad es tipificado como un delito contra la salud pública.

Con la agravante expresada la violada sale doblemente dañada; primero se ha vulnerado su libertad sexual y segundo, ha sido contagiada con una enfermedad despreciable.

AGRAVACION POR RAZON DEL PARENTESCO.

Esta agravante no está contemplada como - especial dentro de los numerales del Art. 195 Pn.; pero algunas legislaciones como la Argentina, la - tienen regulada cuando el hecho es cometido por ascendiente, descendiente, a fin en línea recta o hermano de la víctima.

En nuestro Código cuando el ayuntamiento carnal es realizado entre los parientes expresados, voluntariamente se comete incesto; pero si hay fuerza en el consentimiento, hay que aplicar el Art.43 o sea una circunstancia ambivalente.

AGRAVACION POR LOS RESULTADOS

Esta agravante se configura, cuando con ocasión de la violación resulte un grave daño en - la salud de la víctima, o cuando resulte la muerte de la persona ofendida.

Como agravante especial no existe esta - figura en nuestro Código; si la violencia fue física y resultaron lesiones, estas quedan subsumidas en el delito de violación; si son lesiones graves será el Juez tomando en cuenta los criterios de individuali

zación, el que impondrá la pena entre el mínimo y el máximo establecido; pero si resultare la muerte, entramos en la esfera del delito homicidio Agravado, sobre esta situación tengo mi opinión particular. En el Código Penal anterior, en su Art. 356 - Nº 8 contemplaba como asesinato cuando la muerte - sobrevenia a consecuencia o con ocasión de violación siempre que la víctima fuere menor de doce -- años, este numeral fue creado, porque en esa época de la reforma se dieron en el país varios delitos que fueron un escándalo publicitario, uno que mas revuelo ocasionó, fue la violación cometida por Alfaro Peralta, "el hombre del esparadrapo" contra - una niña menor de doce años, llevada a cabo bajo - el puente San Miguelito; la citada criatura murió a consecuencia de dicha acción", ya en el Código - actual, tal figura desa-pareció como asesinato y en las condiciones en que estaba, apareciendo ahora como homicidio agravado, Art. 153 Nº 8 parte final, así: "cuando el homicidio fuere a consecuencia de violación"; considero que si analizamos los elementos del homicidio, a-) hecho de matar; b-) intención de matar; c-) rela-ción de causalidad, el que nos interesa es el segundo, ya que en este caso no

hay intención de matar, y más que todo es un delito calificado por el resultado; y sería mas técnico jurídicamente, que estuviera en el Capítulo de la violación y que se llamara "violación de consecuencias mortales" y dejarlo con la misma sanción; ya hay un ejemplo, el aborto de consecuencias mortales, Art. 166 Pn.



VIOLACION DE PROSTITUTA

Al principio del presente trabajo, se mencionaba que el término Honestidad era amplio y vemos que en una prostituta no se vulnera la honestidad sino su libertad sexual; porque aún ella tiene derecho de escoger libremente sin coacción de ninguna naturaleza, la persona con la que quiere tener ayuntamiento carnal; lo que si es cierto, que la violencia carnal con una prostituta, es sancionada con menos severidad, el maestro Carrara al respecto dice: "indudablemente, la esencia del hecho de la violencia carnal es completa aunque recaiga sobre una mujer deshonestísima, siempre que su voluntad contraria haya sido esclavizada por la fuerza preponderante de su forzador, pero también es indudable que la cantidad natural del delito es mucho

menor cuando no concurre el hecho de la corrupción moral del cuerpo de la mujer; por lo tanto, es preciso admitir que en esta hipótesis la violencia carnal pesa mucho menos en la balanza de la justicia. Además, si también se disminuye directamente la -- cantidad política porque el hombre que se atrevió a tanto con una matrona o con una púdica donce-- lla" (23), considero que las mismas razones expuestas por Carrara, son las mismas que ha tenido nuestro legislador, para sancionar dicho delito -- con benignidad, y la diferencia que existe entre -- una prostituta y una mujer honesta es que a esta -- última además de vulnerar su libertad sexual, y -- por lo tanto su misma libertad personal, se ve dañada en su pudor al ser maltratado su cuerpo; en -- cambio en la meretriz únicamente se le dañaría su libertad personal que lleva imbibida la sexual tal como dice el clásico Carrara en una frase bien atinada "el pudor, ya irremediablemente perdido por -- esas pobres mujeres" y agrega "por lo tanto, para

(23) Francesco Carrara. Programa de Derecho Criminal, Vol. II. Editorial Temis, Bogotá, 1958. Pág. 268.

constituir la objetividad del delito, solo nos queda en este caso el derecho a la libertad personal" (24).

El problema con relación a la prostituta se complica, cuando habiendo aceptado ésta tener relaciones y habiendo recibido el pago respectivo, se negare al ayuntamiento y consecuentemente obligada a ello por medio de la fuerza; considero que en este caso si se tipifica la violación; y será el Juez, tomando en cuenta las circunstancias del hecho, sancionarlo con la pena máxima y más complicado sería, si a consecuencia de la violación muere; como en el N^o 8 del Art. 153, no hace distinciones, se tipifica el homicidio agravado.

(24) Francesco Carrara. Programa de Derecho Criminal, Vol. II. Editorial Temis, Bogotá, 1958. Pág. 268.

CAPITULO IV

PROBLEMATICA QUE PRESENTAN LAS DISTINTAS FIGURAS.CONCURSO DE DELITOS ENTRE LA VIOLACIONY EL INCESTO.

La violación, cuando es ejercida sobre ascendientes o hermanos, para algunos autores es considerada como concurso de delitos, concurriendo violación e incesto, para el caso Labatut Glena manifiesta: "que la violación acompañada de incesto es un ejemplo indiscutible de concurso ideal de -- delitos, pues se trata de una acción única que encuadra en dos tipos delictivos compatibles entre -- sí" (25) pero considero con el debido respeto del gran maestro, que en el caso planteado no hay concurso, mis razones son las siguientes: el delito de incesto, es de los conocidos como de codelicuencia necesaria o sea que es necesario que intervengan dos o más personas, en el cual los dos sujetos son personas activas del delito; y esto significa

(25) Gustavo Labatut Glena. Derecho Penal, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, 1959. Pág. 234.

que los dos intervienen conscientemente, y por esta misma razón cuando hay violación, únicamente - puede haber un sujeto activo, claro hay sus excepciones, cuando hay sujeto mediato e inmediato, pero entonces ya sería codelincuencia voluntaria.

* VIOLACIONES ENTRE CONYUGES

Muchos autores y estudiosos del Derecho, niegan que pueda existir violación, ya que es deber de la mujer llevar a cabo relaciones sexuales normales con su pareja, Francisco Carrara nos manifiesta: "aunque pueda reprochársele brutalidad; el marido nunca podrá ser declarado culpable en razón de cualquier acto, que exteriorice la consumación o la tentativa de la cópula carnal; pero, por otra parte, es también indudable que el marido puede ser castigado por un ultraje violento al pudor cometido sobre su mujer, cuando busque satisfacer sobre el cuerpo de esta, de manera ilícita, un indebido desahogo y haga uso de violencia para lograrlo"(26).

(26) Francesco Carrara. Tratado de Derecho Criminal, Vol. II. Editorial Temis, Bogotá, 1958.

Humberto Barrera Domínguez, cita cuatro - situaciones en las cuales efectivamente se admite - la violación entre cónyuges.

- 1-) Por vía contra natura;
- 2-) Entre cónyuges divorciados; opino que en este caso no es necesario mencionarlo; porque ya no son cónyuges.
- 3-) En los casos en que el esposo padece de alguna enfermedad venérea, o si el trato sexual resulta dañoso para su salud, puede dar lugar a una fecundación nefasta.
- 4-) Si implica un exhibicionismo obsceno (27).

Estoy de acuerdo con el referido autor a excepción del número dos y podría agregar una quinta.

- 5-) Cuando a la esposa le embarga un profundo pesar, ejemplo: que se le haya muerto un pariente cercano y ese mismo día, el esposo le pide -

(27) Humberto Barrera Domínguez. Delitos Sexuales. Editorial Temis, Bogotá, 1963. Pág. 145.

tener relaciones negándose a tal acto.

El Art. 183 del Código Civil Salvadoreño, dice: "el marido tiene derecho para obligar a su mujer a vivir con él y seguirle a donde quiera que traslade su residencia.

Este derecho no podrá hacerse valer coactivamente; pero el marido puede negarse a alimentar a la esposa que se niegue sin justa causa a vivir con él. La mujer, por su parte, tiene derecho a que el marido la reciba en su casa.

Como se vé, de la referida disposición - el legislador ha querido que uno de los deberes en el hogar por parte de la mujer sea el de vivir con su marido.

✦ LA MUJER COMO SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE VIOLACION.

- Es muy discutida esta situación, en la cual la mujer y aún el homosexual en forma pasiva sean sujetos activos de la violación, y tal circunstancia estriba en el hecho que únicamente al hombre se le considera como posible para llevar a

cabo la penetración, que es la nota esencial del -- acceso carnal; Fontán Balestra, sostiene: que tanto la mujer como el homosexual pueden ser sujetos activos del delito de violación y dice así: "creemos - que la mujer y el homosexual, de hecho, pueden ser sujetos activos de la violación y que la ley no -- los excluye. Ciertamente es que no resulta fácil de imaginar el hecho ejecutado mediante violencia física; pero si lo es cuando se trata de un varón menor de doce años y aún en los supuestos de intimidación. No admitimos, en cambio la violación de mujer a mujer (28).

Me parece acertada la opinión del trata-- dista Fontán Balestra, en lo que respecta al varón menor de doce años, y que por su corta edad no comprende la naturaleza del acto y se podría decir que existe violación presunta; pero esto sería doctrinariamente, lo cual no está conforme a nuestra legislación, ya que expresamente el N° 1 del Art. 193, - dice: "cuando la víctima fuere menor de doce años,

(28) Carlos Fontán Balestra. Tratado de Derecho Penal, Tomo V. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires. Pág. 87.

aunque esta diere su consentimiento" pero se refiere con mujer; por lo tanto nuestra legislación, - no admite que la mujer sea sujeto activo de la violación.

✦ En lo que respecta, a que la mujer y el - homosexual pueden ser sujetos activos, no estoy de acuerdo con Fontán Balestra, porque resulta difí- - cil que un hombre ante una coacción logre erección.

➤ Sebastián Soler sostiene: que el sujeto - activo del delito de violación es solamente el hom- bre, basando su afirmación en la expresión "tener - acceso carnal" ya que dice: "acceso quiere decir - entrada o penetración y no compenetración". Quien tiene acceso es el que penetra (29), por la misma razón expresada por el citado autor y por lo antes manifestado por mi persona, o sea que es imposible que el hombre logre erección ante una violencia fí sica o moral, es que sostengo que no puede ser sujeto activo de la violación, la mujer.

(29) Sebastián Soler. Derecho Penal Argentino, To- mo III. Editorial Argentina, Buenos Aires, 1973. Pág. 284.

Considero necesario aclarar, que la mujer en este caso, puede entrar a la esfera de la - corrupción de menores o abusos deshonestos cuando hay tocamiento impúdico, despertando prematuramente los instintos sexuales de un menor.

+ TENTATIVA DE VIOLACION

- Habiendo aclarado, que para consumarse - el delito de violación es irrelevante, que la penetración sea completa o incompleta, de que exista - eyaculación o no, para que se de la tentativa es - necesario que la intención sea el acceso carnal y que no sea como dice Sebastián Soler: "y no simplemente un torpe desahogo, cosa no infrecuente, y - que hace encuadrar el hecho como abuso deshonesto consumado" (30).

Con un ejemplo se aclara la tentativa, - un sujeto con la intención de tener acceso carnal con una mujer, y tratando de vencer su resistencia a golpes, es sorprendido, evitando tal acceso carnal, sin que éste hubiere dado comienzo.

(30) Sebastián Soler. Derecho Penal Argentino, Tomo III. Editora Argentina, Buenos Aires, 1973. Pág. 287.

Las lesiones que produce el sujeto activo al pasivo son parte de la violencia y nunca cabría el concurso de lesiones y violación, a menos que estas fueren innecesarios.

DIFERENCIAS ENTRE LA VIOLACION Y EL
ESTUPRO.

Antes de entrar en detalle sobre las diferencias, haré un pequeño esbozo, sobre el estupro - para luego con mayor claridad establecer las diferencias.

El pontífice de la escuela clásica, en su programa de Derecho Criminal, nos habla que el estupro es tomado en dos sentidos, figurado y en lenguaje jurídico; el primero es el preferido por oradores y poetas significando con ello todo acto torpe, y jurídicamente, en un sentido amplísimo, que expresa cualquier concúbito venéreo, abarcando inclusive el adulterio, que para muchos autores está comprendido en todos los delitos que atentan contra la honestidad, y en una forma restringida, expresa todo ayuntamiento con persona libre y de vida honesta. - Nos agrega el maestro, que algunos autores distinguen entre estupro propio e impropio, refiriéndose

el primero a la violación de vírgenes, trayendo tal afirmación grandes desacuerdos, por esa razón el -- clásico Carrara define el estupro haciendo uso de -- los caracteres positivos y negativos que son la -- esencia del hecho delictivo, definiéndolo así "conocimiento carnal de una mujer libre y honesta, procedido de seducción verdadera o presunta, y no acompañado de violencia".

Es notable que los mismos lineamientos -- que distingue el estupro actualmente y conforme a nuestro Código Penal son los mismos que Carrara -- hace notar en su definición, al emplear la fórmula del conocimiento carnal, o sea que no es necesaria la desfloración material, esto puede ser una circunstancia que agrava la pena y como dice el citado tratadista que aumenta la cantidad neutral -- del estupro, pero faltando siempre el estupro esta completo en su esencia, siendo esta el conocimiento carnal, consumándose tal delito con la cópula o acceso carnal. Dos fórmulas comprende tal figura, la honestidad de la persona agraviada y la seducción, siendo de la esencia de este delito la honestidad, sin confundir la simple fornicación.

Estos delitos que atentan contra la libertad sexual, entre los cuales tenemos al estupro, han sido tomados casi en su totalidad de la legislación argentina, Fontán Balestra, cita el Art. 120 del Código Penal Argentino, que tipifica el estupro, "como el acceso carnal con mujer honesta mayor de doce años y menor de quince, sin que medie ninguna circunstancia de la violación.

En base a tal artículo, Fontán Balestra -estructura los elementos constitutivos del estupro así:

- a-) acceso carnal;
- b-) la edad;
- c-) la honestidad.

Como se ve estos tres elementos son efectivamente los mismos que constituyen en nuestra legislación el estupro, tipificado en el artículo Nº 197 de nuestro Código Penal.

Primer elemento: entiéndese por acceso carnal, la penetración del órgano genital masculino en la vagina de la mujer.

Segundo elemento: la edad, es notable, -

que la escases de años de la víctima juega papel - importante en este delito, ya que esta es nota relevante, del conocimiento completo de las relaciones sexuales, o del casi desconocimiento de ello.

Tercer elemento: honestidad, es tomada - por inexperiencia sexual de la víctima, que es como dice el maestro argentino Fontán Balestra, la - que le resta validez a su consentimiento.

ART. 197. ESTUPRO Y ACCESO CARNAL POR SEDUCCION.

" El que tuviere acceso carnal con mujer de doce años y menor de quince aún con su consentimiento, será sancionado con prisión de uno a tres años.

El acceso carnal con mujer honesta, mayor de quince y menor de dieciocho, mediando promesa de matrimonio, simulación del mismo u otro engaño grave, será sancionado con prisión de seis meses a un año.

Diferencias.

- 1-) La violación puede hacerse por vía - normal o anormal; el estupro sólo - por vía normal.

- 2-) La violación, hay fuerza física, moral o presunta, en el estupro hay consentimiento de la víctima, en vista - que hay seducción, engaño o promesa de matrimonio.
- 3-) En el estupro es necesario, que la mujer sea honesta, en la violación, no.
- 4-) En la violación, puede ser sujeto pasivo, la mujer o el hombre, en el estupro solo la mujer.
- 5-) En la violación no importa la edad - del sujeto pasivo, en el estupro forma parte de sus elementos constitutivos.

REGIMEN DE LA ACCION

El delito de violación esta entre los - que conocemos como delitos privados, o de instancia privada, ya que únicamente se puede iniciar un proceso por este delito por denuncia o aviso en su caso, de la persona agraviada, de su representante legal o de la persona que por cualquier causa la - tenga bajo su custodia; y la razón de que la iniciación de tal delito se deja a las personas refe-

ridas, es como ya se dijo de índole privada, ya que a veces una denuncia de tal naturaleza perjudica -- más en el honor de la persona y que sean ellas, las que ponderen los inconvenientes o no de seguir un -- proceso, es por eso que los cuerpos de seguridad -- cuando tienen conocimiento que se ha perpetrado, una violación no intervienen a menos que tengan orden de captura escrita por autoridad competente.

Excepción: Art. 213 Pn.

a-) Si del delito resultare otro perseguible de oficio.

Esto se da cuando hay concurso real de -- delitos, y cuando con dos o mas acciones resultaren dos o más hechos delictuosos, un ejemplo sería: -- cuando aparte de la violación el agente le roba -- cualquier objeto; pero no hay que confundirlo, con la fuerza que ejerce el sujeto activo, para vencer a la víctima.

b-) Si la persona agraviada careciere -- por su edad o por cualquiera otra circunstancia -- de capacidad para acusar o denunciar y no tuviere representante legal ni estuviere bajo custodia de persona alguna; este numeral de su simple lectura

queda explicado.

EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Sólo la violación impropia, estupro, acceso carnal por seducción y rapto se extingue la acción por el perdón expreso de la persona ofendida o de su representante legal, según que aquella tenga o no capacidad legal para otorgarlo. Art. 88 Inciso 2º parte final Pr. Ph., este mismo artículo dice literalmente: "que el Juez a prudente arbitrio puede negar eficacia al perdón otorgado salvo que este se hubiere hecho de acuerdo con la Procuraduría General de Pobres", pero con la violación propia es completamente distinto y dice el Inciso Tercero del aludido artículo: "tratándose del delito de violación propia, sólo el perdón presunto extingue la acción penal. Ahora si el representante legal negare el consentimiento a un menor, el Juez de lo Penal puede calificar el disenso y otorgar el consentimiento para que se celebre".

La primera parte de este Inciso, se refiere a persona mayor de edad, y aunque la Ley no

lo diga se entiende que el perdón presunto es el -
matrimonio civil.

Cual ha sido el fundamento del legisla--
dor para diferenciar, la violación propia con la
impropia; en primer lugar, en este delito sólo se
da cuando la víctima es mujer, pero en vaso indebido,
o varón con varón, y aquí jamás puede haber embarazo
y por lo tanto no hay problema de prole, --
mientras que aquél, sí, el sujeto pasivo es la mu-
jer y por vía normal y sí puede resultar embarazo
y con el matrimonio se resuelve, la posibilidad de
un hijo.

Una nota importante es la violación en--
tre cónyuges, porque prácticamente la acción penal
esta extinguida, ya que existe matrimonio pre-existente.
Agrego que el delito de violación una vez -
denunciado el proceso se sigue de oficio.

JURISPRUDENCIA:

La Jurisprudencia viene a darle firmeza a los problemas que sobre interpretación se dan, - son luces para el litigante para una mayor comprensión de los delitos. A través de este trabajo, se - han mencionado Jurisprudencias extranjeras, toca - ahora, citar algunos casos de la salvadoreña.

a-) La fuerza empleada por el procesado es inherente al delito de violación y no puede en consecuencia, apreciarse como constitutiva de la - agravante de abuso de superioridad.

Revista Judicial de 1951, pág. 901.

b-) El solo hecho de yacer con una menor de doce años constituye el delito de violación, se gún lo establece el Art. 392 N^o 1 Pn., no siendo - necesario por consiguiente, comprobar que el acto se verificó a la fuerza.

El dictamen de matronas no admiten duda - en cuanto al hecho de haber ocurrido la desflora-- ción, aunque no pruebe la fecha en que ésta ocurrió.

Si aparece de autos comprobado, con la -- certificación de la partida de nacimiento que la -

ofendida era menor de doce años y según dictamen de las matronas que dicha menor esta desflorada, con esas dos circunstancias se ha comprobado plenamente el cuerpo del delito de violación.

Revista Judicial de 1963, pág. 495.

c-) Si hay prueba que el indiciado llegó a casa de habitación de la ofendida que es una niña de tres años de edad, quien se encontraba desnuda, la lleva a su cama, la acuesta, se le tira encima, le saca ~~sa~~ sangre de enmedio de las piernas, y al mismo tiempo le pone las manos en la boca, para que no grite, todo ello indica la comisión de un delito de violación y no de abusos deshonestos. Si para ello se agrega, que la ofendida sufrió la rotura del hímen y desgarramiento perineal que unió los conductos vaginal y rectal, obligadamente se concluye que el reo tuvo trato carnal con aquella.

Revista Judicial de 1965, pág. 492.

d-) Hay tentativa de violación, cuando se comienza la ejecución del delito por actos exteriores que demuestran el propósito de consumarlo, lo cual no se verificó por la sorpresa de haberse presentado en ese momento una persona en el lugar del

hecho.

Revista Judicial de 1944, pág. 338.

e-) Hay delito frustrado de violación, - cuando el agente ha ejecutado todos los actos que por su naturaleza han podido producir el delito con sumado, pero que por causas independientes de su - voluntad no se ha realizado.

Si con ocasión del delito frustrado de - que se ha hecho mérito se produce en la ofendida - una lesión por contagio de una enfermedad venérea, cuya penalidad es inferior a la que corresponde a aquél delito, no se aplicará pena especial a esa - lesión, debiendo castigarse únicamente la viola- ción frustrada.

Revista Judicial de 1941, pág. 459.

f-) En el delito de violación cometido - por un individuo en una menor, ayudado de otro, en campo despoblado buscado de propósito, concurren - esta última agravante y la de abuso de superioridad, las cuales compensadas racionalmente con la - atenuante de buena conducta anterior quedan toda- vía las mismas agravantes con mérito suficiente pa

ra elevar la pena legal en una tercera parte.

Revista Judicial de 1940, pág. 590.

N O T A: El hecho planteado actualmente es una gravante especial, cuando en la violación concurren dos o más personas.

g-) Para establecer plenamente el cuerpo del delito de violación en una menor de doce años, en la que no es indispensable la concurrencia de la violencia o la intimidación, basta la plena prueba del acto de yacer con ella; y uno de los medios de establecer tal acto, es el reconocimiento médico legal practicado en la ofendida del que aparece su reciente desfloración, del que puede deducirse una presunción constitutiva de semi-plena prueba de la confesión extrajudicial del reo plenamente comprobada en los autos.

Revista Judicial de 1959, pág. 773.

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

1º.) Con respecto al sujeto activo del delito de violación, opino que únicamente es el hombre, deducido de la expresión "acceso carnal" que significa penetración del miembro viril en cualquier orificio natural del sujeto pasivo, o sea pues por vía normal o anormal esta última expresión considero que se refiere por vía rectal, a pesar de que muchos autores cuando dicen en cualquier orificio natural incluyen la boca, pero concluyo que cuando es por vía oral, jamás puede haber penetración, considerando que se tipifica los abusos deshonestos; el argentino Fontán Balestra considera que la mujer de hecho puede ser sujeto activo del delito de violación, pero que es muy difícil que se dé y donde se puede ver más claro es cuando el sujeto pasivo es un varón menor de doce años. ya que aunque, de su consentimiento siempre hay violación presunta, pero esto es en doctrina, pero en nuestra legislación jamás puede darse, ya que la violación presunta se refiere a mujer menor de doce años, y tampoco podría caber dentro de la violación impropia, porque cuando se refiere a varón menor de doce años, el sujeto es otro varón.

2º.) Considero que jamás puede haber con curso de delitos entre violación e incesto, ya que este último delito atenta contra el buen orden familiar, y es uno de los delitos característicos de delincuencia necesaria o sea que tienen que intervenir dos personas, y por lo tanto los dos son responsables del delito, mientras que en la violación, por ser una de las características, que el ayunta-miento carnal es en contra de la voluntad del sujeto pasivo, solamente puede haber un sujeto pasivo, a menos que hayan varios copartícipes pero esto ya sería una agravante especial.

3º.) Opino que a la violación agravada - se le deberían de agregar otros dos numerales primero, la violación agravada por razón del parentesco, segundo, la violación agravada en razón de los resultados.

4º.) Concluyo que el homicidio con oca--sión de violación, que esta contemplado en la parte final del numeral octavo del Art. 153 como homicidio agravado, debería de estar en el Capítulo de la Violación con la denominación siguiente: -- "Violación de Consecuencias Mortales", por las razones siguientes uno de los elementos que configu-

ran el homicidio agravado, es su intención y cuando una persona muere con ocasión de violación, jamás puede tipificarse como homicidio, debería ser igual como esta contemplado el Aborto de Consecuencias Mortales, en el cuál no hay intención de matar, sino únicamente de producir un aborto. Lo planteado tiene su salvedad, cuando para el caso el agente va ha violar una criatura de escasos años, y se representa la idea de que pueda morir, y sin embargo no le importa y lleva a cabo su acción, aquí existe dolo eventual y si se responde de homicidio agravado.

5º.) Considero que sí puede haber violación entre cónyuges, pero únicamente en los casos siguientes:

- a-) cuando sea contra natura;
- b-) cuando el agente padezca de una enfermedad venérea; y
- c-) cuando la víctima adolezca de una enfermedad o tenga un sufrimiento profundo, para el caso se le hubiere muerto un pariente cercano.

B I B L I O G R A F I A:

- BARRERA DOMINGUEZ, Humberto. Delitos Sexuales.
- CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal, Vol. III. Pág. 175 y sigs.
- CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal Parte Especial.
- FONTAN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal, Tomo V. Págs. 59 a 194.
- GIMBERNAT, Enrique. Sexualidad y Crimen 3a. Edición Alemana.
- LARA GAVIDIA, Humberto. El Delito de Violación (tesis doctoral) Universidad de El Salvador.
- LABATUT GLENA, Gustavo. Derecho Penal Tomo II Parte Especial.
- PEREZ, Luis Carlos. Manual de Derecho Penal, Parte Especial.
- RUBIANES, Carlos J. Código Penal, su Interpretación, Jurisprudencia.
- SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Tomo III. Págs. 281 a 341.