

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS
SEMINARIO DE GRADUACION EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2009
PLAN DE ESTUDIO 1993**



**EL DELITO DE VIOLACION EN MENOR E INCAPAZ EN EL CODIGO
PENAL SALVADOREÑO.**

**TRABAJO DE INVESTIGACION PARA OBTENER EL GRADO DE:
LICENCIADA EN CIENCIAS JURIDICAS**

PRESENTAN:

**MARTA CECILIA ESCALANTE JIMENEZ
MARIA MAGDALENA ORELLANA ORELLANA
FATIMA GUADALUPE MIRANDA LOPEZ**

**LIC. REINALDO GONZALEZ
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, SEPTIEMBRE 2009

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO RUFINO ANTONIO QUEZADA SANCHEZ
RECTOR

ARQUITECTO MIGUEL ANGEL PEREZ RAMOS
VICERRECTOR ACADEMICO

LICENCIADO OSCAR NOÉ NAVARRETE ROMERO
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

LICENCIADO DOUGLAS VLADIMIR ALFARO CHAVEZ
SECRETARIA GENERAL

DOCTOR RENÉ MADECADEL PERLA JIMENEZ
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JOSÉ HUMBERTO MORALES
DECANO

LICIENCIADO OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS
VICEDECANO

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS
SECRETARIO

LICIENCIADA BERTHA ALICIA HERNÁNDEZ ÁGUILA
COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACION

LICENCIADO REINALDO GONZÁLEZ
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

AGRADECIMIENTOS

- A Jesucristo Todopoderoso y la virgencita de Guadalupe, por haberme dado todo el amor y fortaleza en todo este tiempo ya que escucharon mis oraciones y concedieron los deseos de mi corazón.
- A mi Madre Angelica Jiménez por haberme dado todo el apoyo moral y económico en la finalización de mi carrera ya que me inculcó principios de responsabilidad y constancia en mi vida.
- A mi abuela Rosa Pérez por creer en mi y porque con sus oraciones, siempre estuve presente y por todas las demostraciones de amor y comprensión en momentos difíciles.
- A mis mejores amigos: Wilber y Jenny porque nunca se cansaron de escucharme, y por brindarme su apoyo, y celebrar juntos este triunfo.
- A mi novio Gustavo por creer en mi y por estar a mi lado cuando me sentía triste y decepcionada en momentos difíciles, en la realización de mi tesis.
- A mis amigas Wendy, Mirza y Taryn por todas sus palabras de aliento que alguna vez me brindaron.
- A mi amiga y compañera de Tesis Magda, por tenerme paciencia y demostrarme su amistad, y por el apoyo brindado en la redacción y finalización de mi tesis.
- A mi asesor: Licenciado Reinaldo González por brindarnos sabiduría y conocimiento en la realización de esta Tesis, por ser un hombre profesional a quien debo respeto y agradecimiento.

Marta Cecilia Escalante

AGRADECIMIENTOS

- A Dios Todopoderoso, por darme la vida, el conocimiento y la sabiduría.
- A mi padre y a mi madre: Alberto Orellana y Luz Orellana, por darme el apoyo moral y económico. Pero sobretodo a mi padre porque siempre ha estado junto a mí y ha estado pendiente en la realización de esta investigación.
- A mi novio Mario Ernesto Mirando Mejía, por proporcionarme apoyo técnico, afectivo y por comprenderme, asimismo por creer y confiar en mí, y sentirse orgulloso de que soy una profesional.
- A mis amigos, amigas, en especial Marta Cecilia, mi compañera de Tesis, por su comprensión solidaridad y apoyo, ya que su madre fue una mujer muy especial, atenta y comprensiva con mi persona.
- Licenciado Reinaldo González, a quien agradezco por su paciencia y comprensión, durante el desarrollo de este trabajo.

Maria Magdalena Orellana Orellana

AGRADECIMIENTOS

- A Dios por darme las herramientas para ser una profesional en ciencias jurídicas.
- A mi madre que en el cielo fue un ángel para mi y me brindó bases morales en mi vida.
- A mi esposo por darme su amor y apoyo.
- A mis hijos por comprenderme ya que no pude dedicarles el tiempo que ellos necesitan.
- A mi asesor Reinaldo González por su comprensión y paciencia en la realización de esta Tesis.

Fátima Miranda

ÍNDICE

	PAGINA
INTRODUCCIÓN.....	i
CAPITULO I.....	1
ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y NORMATIVOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL	
1.1. CONSIDERACIONES GENERALES	1
1.1.1. Antecedentes Históricos del Delito de Violación	6
1.1.1.1. El Código de Hammurabi (Babilonia)	9
1.1.1.2. El Derecho Hebreo.....	12
1.1.1.3. El derecho Incaico.....	13
1.1.1.3.1. Delitos contra el Honor Sexual en la era Incaica.....	14
1.1.1.4. El Derecho Español	16
1.1.1.4.1. Influencia de las Normas Españolas a través de la Conquista	19
1.1.1.5. El Derecho Canónico	21
1.1.1.6. El Derecho Romano.....	25
1.1.1.6.1. Concepción Romana de Violación, Stuprum e Incesto.....	28
1.2. ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL EN EL SALVADOR	34
1.2.1. Código Penal del año 1826.....	35
1.2.1.1. Diferencias con el Código Penal Actual	36
1.2.2. Código Penal del año 1859.....	36
1.2.2.1. Diferencias con el Código Penal Actual	41
1.2.3. Código Penal del año 1881.....	43

1.2.3.1. Diferencias con el Código Penal Actual	44
1.2.4. Código Penal del año 1904 y Anteproyectos de 1950 y 1960.....	45
1.2.4.1. Diferencias con el Código Penal Actual	46
1.2.5. Código penal del año 1974	47
1.2.5.1. Diferencias con el Código Penal Actual	50
1.2.6. Código Penal del año 1998.....	51
1.2.6.1. Reformas al Código Penal de 1998	53
1.3. ENFOQUE SOCIOLOGICO DE LA VIOLACIÓN SEXUAL EN	
MENOR E INCAPAZ.....	56
1.3.1. Formas de Violación y sus Efectos Sociales.....	60
1.3.1.1. Maltrato Infantil.....	61
1.3.1.2. Abuso Sexual.....	64
1.3.1.3. Problemática de la Violación Sexual en Menor e	
Incapaz en El Salvador.	65
CAPITULO II.....	70
EL SUJETO ACTIVO Y PASIVO DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL	
EN MENOR O INCAPAZ	
2.1. GENERALIDADES DEL SUJETO ACTIVO	70
2.1.1. Características del Sujeto Activo	72
2.1.2. La Mujer como Sujeto Activo	76
2.1.3. El Incesto Agravante Especial de Violación Sexual	84
2.1.3.1. Causas del Incesto.....	85
2.1.3.2. Consecuencias del Incesto	86
2.1.4. Uso de Fuerza o Intimidación	88
2.1.5. Inimputabilidad del Sujeto Activo	90
2.2. EL SUJETO PASIVO	98
2.2.1. Consentimiento del Sujeto Pasivo	98

CAPITULO III	104
LA CONFIGURACIÓN TÍPICA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ	
3.1. GENERALIDADES	104
3.1.1. Elementos del Delito	107
3.2. EL TIPO PENAL	109
3.2.1. Estructura del Tipo	111
3.2.2. Elementos del Tipo	115
3.3. TIPO PENAL DE VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ	118
3.3.1. Tipo Objetivo	119
3.3.1.1. Acceso Carnal.....	120
3.3.1.2. Minoría de Edad.....	123
3.3.1.3. Enajenación Mental.....	128
3.3.1.4. Estado de Inconsciencia	132
3.3.1.5. Incapacidad de Resistir	134
3.4. TIPO SUBJETIVO.....	139
3.4.1. El Dolo	140
3.4.1.1 Dolo Directo	145
3.4.1.2. Dolo Eventual.....	146
3.4.2. Error de Tipo y la Ausencia de Dolo	149
3.4.3. La Tentativa en el Delito de Violación.....	151
3.5. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	153
3.5.1. La Libertad Sexual	154
3.5.2. La Indemnidad o Intangibilidad Sexual	156
 CAPITULO IV.....	 165
EL DERECHO COMPARADO DEL DELITO DE VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ	
4.1. EL DELITO DE VIOLACIÓN EN MENOR E INCAPAZ EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CENTROAMERICANO	 165

4.1.1. Nicaragua.....	167
4.1.1.1. Diferencias y Semejanzas de la Regulación Penal de Nicaragua y El Salvador.....	170
4.1.2. Guatemala	172
4.1.2.1. Diferencias y Semejanzas de la Regulación Penal de Guatemala y El Salvador	175
4.1.3. Honduras	176
4.1.3.1. Diferencias y Semejanzas de la Regulación Penal de Honduras y El Salvador	179
4.1.4. Costa Rica	179
4.1.4.1. Diferencias y Semejanzas de la Regulación Penal de Costa Rica y El Salvador	183
4.2. EL DELITO DE VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ EN EL ORDENAMIENTO SUR AMERICANO.....	183
4.2.1. Chile.....	183
4.2.1.1. Diferencias y Semejanzas de la Regulación Penal de Chile y El Salvador.....	188
4.2.2. Perú	189
4.2.2.1. Diferencias y Semejanzas de la Regulación Penal de Perú y El Salvador	193
4.2.3. Argentina.....	194
4.2.3.1. Diferencias y Semejanzas de la Regulación Penal de Argentina y El Salvador.....	197
4.2.4. Colombia.....	198
4.2.4.1. Diferencias y Semejanzas de la Regulación Penal de Colombia y El Salvador.....	202
4.2.5. Ecuador.....	202
4.2.5.1. Diferencias y Semejanzas de la Regulación Penal de Ecuador y El Salvador.....	205

4.3. EL DELITO DE VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE MÉXICO.....	206
4.3.1. Diferencias y Semejanzas de la Regulación Penal de México y El Salvador.....	210
4.4.1. Diferencias y Semejanzas de la Regulación Penal de España y El Salvador.....	218
4.5. CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO	219
4.6. CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.....	221
4.7. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	222
CAPITULO V	
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	
5.1. CONCLUSIONES	224
5.2. RECOMENDACIONES	225
BIBLIOGRAFÍA.....	227

INTRODUCCIÓN

La presente investigación constituye un apartado de la realidad jurídica social que se vive en El Salvador ya que a diario se cometen números casos de violación sexual en la que son los menores de edad y las personas con diferentes capacidades las víctimas de un delito que deja huellas imborrables en la vida de estas individuos, aunque si bien es cierto existen casos en los que los menores consienten mantener relaciones sexuales con adultos, no se debe olvidar que estos no poseen una madurez psicológica y mucho menos la capacidad jurídica para facilitar libremente su consentimiento ya que la ley protege su indemnidad e intangibilidad sexual, con el objetivo de que exista una seguridad y desarrollo normal de los menores ya que la indemnidad o intangibilidad sexual, son las condiciones físicas y psíquicas para el ejercicio sexual en libertad en una vida futura como adulto, las que puede alcanzar el menor de edad, o como ocurre con los retardados mentales, que nunca lo obtendrán.

Es por ello que en el Capítulo uno denominado Antecedentes Históricos y Normativos del delito de Violación Sexual se observa que no solo en la actualidad existió esta problemática sino que también en la historia de la humanidad y en diferentes culturas se cometía el delito de violación sexual en menor e incapaz ya que según datos históricos se demostró que esta se encontraba presente en la antigüedad es así como en la época precolombina se castigaba severamente a quien atentaba contra la moralidad y dignidad de las personas como era el caso del incesto y violación sexual, mas sin embargo para los Aztecas y los Mayas algunas ocasiones se consideraba dicho acto como una orden divina tomado como un acto de gracia por parte de los sacerdotes, y no deja de lado las influencias españolas a través de la conquista ya que existían normas consuetudinarias que fueron restituidas por

un sistema legal relacionado con la moral utilizando la evangelización como una forma de conquista y colonización, moralidad que no correspondía con toda la realidad ya que muchos de los delitos sexuales realizados fueron por los españoles ya que los indígenas eran considerados personas inferiores por ellos, entre los nativos, el apoderarse de mujeres constituía un elemento esencial para el prestigio y el poder del hombre, si se utilizaba el evangelio como un instrumento legal para frenar la supuesta conducta caníbal de nuestros antepasados se necesita de una religión llamada católica, la cual posee un conjunto de normas y principios denominado Derecho Canónico el primer Código de Derecho Canónico se promulgó por Benedicto XV en 1917.

Este hecho es considerado el acontecimiento intraeclesial más importante de este pontificado, porque el Código se constituyó como un elemento básico de la organización de la Iglesia Católica, en donde se consideraba un estupro violento solo cuando existía una desfloración en una mujer en contra de su voluntad, mas sin embargo si esta ya había tenido relaciones sexuales este no era considerado delito, ya que se le da mucha importancia a la virginidad de una mujer también existe la prohibición de cometer actos impuro referidos a cualquier acto sexual externo, es así como es Roma se promulgaron una serie de leyes denominadas tablas El derecho romano sanciono el delito de violación considerándolo como una especie de delito de coacción, y algunas veces de injuria. Contenido en la Ley Julia, castigaba severamente la comisión de tal delito imponiendo la pena de muerte en los casos en que se cometía, los Romanos distinguieron entre violación, estupro e incesto En el mundo romano, desde tiempos inmemoriales, se llamaba incestus al acto ilícito cometido por quien contrae matrimonio sin atender a la prohibición legal por razón de próximo parentesco o de alianza y que supone la nulidad del matrimonio contraído y al propio tiempo sanciones penales para el autor de la infracción.

En el salvador han existido y aplicado varios códigos penales, que han regulado y sancionado las diferentes conductas delictivas del ser humano, estos ordenamientos Jurídicos han sido promulgados según el avance y evolución de la sociedad, esta normativa se ha reflejada en los siguientes ordenamientos jurídicos comprendidos en los años, de 1826, 1859, 1881, 1904, 1974 y 1998. El delito de violación en la legislación penal salvadoreña ha sido regulado desde el primer código penal, ya que el código que nació en el año de 1859, calificaba dicho delito como delito contra la honestidad, es por ello que se conocerán cada uno de estos códigos plasmando la importancia que estos tuvieron y la diferencia que existe entre cada uno de ellos y la legislación actual, conociendo conceptos como sodomía y sus diferentes clases, el abuso deshonestos y sus contrastes, sin dejar de lado el pudor público y privado figuras jurídicas que sirvieron de base en el ordenamiento jurídico actual, llegando a la conclusión que los legisladores pasados se quedaron cortos al crear la ley, al solo establecer, y no describir la conducta ilícita; al igual por no hacer la clasificación del delito de violación atendiendo las condiciones de la víctima y así determinar las circunstancias agravantes al hecho delictivo como en la actualidad.

Un tema tan importante como la violación sexual en menor e incapaz no puede dejar de ser visto desde un punto sociológico es por ello que se conocerá el enfoque social que existe en esta problemática ya que La evolución de la sociedad trajo consigo la aparición de la religión, la moral, la ética, la ciencia, los manuales de buenas costumbres que pretendían describir y explicar la manera correcta sobre cómo debían comportarse las personas ya que el mundo es cambiante la sociedad misma lo es y la forma en que este observa su realidad ya que lo que antes no era sancionado por la ley en la actualidad se plasma o viceversa, es por ello que se conocerán cual son los factores sociales que aumentan la cantidad de estos delitos, ya

que se están perdiendo los valores morales y la violencia en los hogares es algo común en los que se hace poco o nada por tratar de resolver dicha problemática , En El Salvador es a partir de la década de los setenta que se comienza una campaña de denuncia pública sobre lo que hoy conocemos como violencia doméstica o violencia intrafamiliar; las familias por su origen de sometimiento no podían hacer ciertas cosas, no estaban facultados a denunciar lo que ocurría en su intimidad del grupo familiar; los abusos de los padres hacia los hijos por el preconcebido concepto de quien tiene la autoridad, continúan hasta nuestros días, Nuestra sociedad es violenta, y la niñez es el objeto más vulnerable, debido al incipiente grado de desarrollo humano que ha alcanzado .Tal estado no le permite hacer uso de su libertad sexual y de allí que la doctrina penal hable que es estos casos lo que se busca proteger penalmente es la indemnidad sexual de los menores de catorce años.

No se puede hablar de delito en menor e incapaz sin tomar en cuenta los sujetos que intervienen esta infracción penal es por ello que en el capítulo dos denominado El Sujeto Activo y Pasivo del delito de Violación Sexual en Menor e Incapaz se conocerán los comportamientos y características del sujeto activo y pasivo de este delito estableciendo que comete el delito de violación sexual aquella persona que con violencia o grave amenaza, obliga a un menor a tener acceso carnal por vía vaginal, anal, conociendo de esta forma el perfil del sujeto activo que es difícil de definir, pero frecuentemente son hombres menores de 35 años, y contrario a lo que pueda pensarse, sin elementos negativos que predominen en el análisis social de su comportamiento, mas no solo el hombre comete el delito de violación sexual en menores si no que la mujer se perfila como un sujeto activo ya que esta puede acceder carnalmente y satisfacer sus impulsos sexuales con un menor es por ello que se conocerán las características de la mujeres como

sujeto activo de los delitos sexuales mientras que en las víctimas las edades de mayor riesgo entre los menores son las que definen al pre adolescente y adolescente en su primera etapa. Los expertos piensan que es más frecuente el abuso en niños y niñas entre los 10 y 13 años de edad, porque su desarrollo físico los empieza a asemejar a un adulto, y se ha comprobado que en la mayoría de casos es el padre quien comete este crimen por lo que se expondrá el incesto como agravante de violación sexual conociendo sus causas y efectos, delito para el cual se utiliza la fuerza e intimidación la cual es el elemento idóneo que coloca temor en la víctima.

Cuando se habla de sujetos activo en el delito es necesario conocer la figura jurídica de la inimputabilidad ya que la calidad de inimputable se deriva del hecho de que el sujeto activo no puede comprender la ilicitud de su actuar, o de que pudiendo comprenderla no es capaz de comportarse diversamente, por lo que se conocerá la forma en la que ley abarca esta problemática.

Así también se hace de importancia mencionar que si bien es cierto se habla del uso de la fuerza e intimidación en muchas ocasiones el menor presta su consentimiento ya que Cada país tiene legislada la edad en que el hombre y la mujer legalmente pueden dar el consentimiento para mantener relaciones sexuales. Unos son los criterios legales y otros los vinculados a aspectos sociales, culturales o religiosos que no siempre resultan claros y objetivos, y dependen del grupo social y de la costumbre. Ahora bien mencionados los sujetos activos y pasivos de este delito se expondrá en el Capítulo tres denominado La Configuración Típica del delito de Violación en Menor e Incapaz. Que al hablar de la configuración típica del delito de violación sexual en menor e incapaz, es necesario conocer el concepto del delito y los elementos de este, primeramente diremos que el delito es una conducta típica acción u omisión, antijurídica y culpable, conociendo conceptos

jurídicos como tipicidad, Antijuricidad y culpabilidad, estableciendo sus diferencias y la forma en que estos operan específicamente en el delito de violación en menor e incapaz, conociendo las principales funciones del tipo la cual es garantizar a los ciudadanos contra toda clase de persecución penal que no esté fundamentada en norma expresa dictada con anterioridad a la comisión del hecho, excluyendo de este modo de aplicar las leyes penales por analogía o en forma retroactiva, por eso mismo se conocerá la estructura del tipo, estableciendo su estructura penal y sus elementos subjetivos y objetivos, exponiendo los elementos que la ley pide para que este sea considerado como delito como lo es minoría de edad, persona incapaz, estado de inconsciencia y enajenación mental entre otras, por ello como en todo delito se necesita de un bien jurídico protegido el cual es llamado indemnidad sexual estableciendo la diferencia entre esta y libertad sexual .

Como se ha mencionado este delito no solo es una problemática de El Salvador si no de todo el mundo por ello mismo se ha denominado el capítulo cuatro El delito de violación sexual en menor e incapaz en el Derecho Comparado, con el fin de conocer el grupo más vulnerables del delito de violación en menor e incapaz; asimismo se efectuaran comparaciones entre diversas legislaciones, considerando además como parámetros legales para tener por concurrida la acción disvaliosa ya mencionada que es necesario además del acceso carnal ó cópula, que concurren otros requisitos como la edad, la que difiere de acuerdo a la legislación de cada país; asimismo verificaremos que hay distinción en cuanto a probables penas a imponer y las agravaciones del tipo penal ya enunciado, es por eso que se conocerán la forma en que los códigos de los diferentes países centroamericanos, suramericanos, americanos, y españoles regulan este delito y se conocerán la diferencia que existe entre ellos y nuestra legislación.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y NORMATIVOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL

1.1 Consideraciones Generales, 1.1.1 Antecedentes Históricos del Delito de Violación, 1.1.1.1. El Código de Hammurabi (Babilonia), 1.1.1.2. El Derecho Hebreo, 1.1.1.3. El Derecho Incaico, 1.1.1.4.1. Delitos Contra el Honor Sexual en la Era Incaica, 1.1.4. El Derecho Español, 1.1.1.4.1. Influencia de las Normas Españolas a través de la Conquista, 1.1.1.5. El Derecho Canónico, 1.1.1.6. El Derecho Romano, 1.1.1.6.1. Concepción Romana de Violación, Stuprum e Incesto, 1.2. Antecedentes Normativos del Delito de Violación Sexual en El salvador, 1.2.1. Código Penal del año 1826, 1.2.1.1. Diferencias con el Código Penal Actual, 1.2.2. Código Penal del año 1859, 1.2.2.1. Diferencias con el Código Penal Actual, Código Penal del año 1.2.3. Código Penal del año 1881, 1.2.3.1. Diferencias con el Código Penal Actual, 1.2.4. Código Penal del año 1904 y Anteproyecto de 1950 y 1960, 1.2.4.1. Diferencias con el Código Penal Actual, 1.4.5. Código Penal del año 1974, 1.4.5.1. Diferencias con el Código Penal Actual, 1.2.6. Código Penal del año 1998, 1.2.6.1. Los Cambios que trajo el Nuevo Código Penal Actual de 1998, 1.3. Enfoque Sociológico de la Violación Sexual en Menor o Incapaz, 1.3.1. Formas de Violación y sus Efectos Sociales, 1.3.1.1. Maltrato Infantil, 1.3.1.2. Abuso Sexual, 1.3.1.3. Problemática de la Violación Sexual en El Salvador.

1.1. CONSIDERACIONES GENERALES

Según datos históricos se dice que desde aproximadamente cuatro mil años antes de nuestra era, la violación estaba presente en las sociedades antiguas, sin embargo no constituía un delito como lo es en nuestros tiempos ni tampoco era considerado como un problema social al cual debía aplicarse ciertas medidas para su disminución o erradicación por lo que se puede observar que en un principio éste acto de violación sexual no se constituía como delito, ni como un problema social.

Más sin embargo en las diferentes épocas de nuestra civilización se desarrollaron en forma cotidiana y conforme a la adecuación de la realidad histórica, diferentes mecanismos normativos que contribuían a evitar estos hechos de la siguiente manera:

En la época Pre colonial, *“los antiguos pueblos indígenas tenían castigos muy severos para todas aquellas personas que cometían delitos contra la moral y dignidad de una persona, como es el caso de incesto, estupro y violación”*¹.

En la época Colonial, en la nueva España, la reglamentación jurídica fue básicamente europea, a pesar de que “en 1596 se llevó a cabo la recopilación de las Leyes de Indias, en lo jurídico reinaba la confusión y se aplicaba lo mismo el fuero real, las ordenanzas reales de Castillas que las partidas, los autos acordados o bien algunas ordenanzas eran dictadas por la colonia”².

Conforme las sociedades avanzaron se observó que el delito de violación ha estado presente en la mayoría de las sociedades del planeta considerándose así el primer delito sexual que se llevó a cabo desde tiempos remotos.

“Todo lo contrario en los pueblos de las culturas Aztecas y Mayas, en algunas sociedades este acto de violación se consideraba una orden de las

¹En la Época Precolombina, los que cometían incesto en primer grado de consanguinidad o afinidad morían ahorcados. En cuanto al estupro, en la cultura maya era castigada con la pena de muerte. En lo referente a la violación, entre el pueblo maya, el castigo consistía en la muerte al violador.

²Estos castigos tan severos eran una medida de prevención para la sociedad, ya que se inculcaba a la gente a no realizar infracciones contra la moral y el honor de una persona, pero en caso de llevarlos a cabo, se sometían a las penas severas que aplicaban. El progreso de la civilización, la rectificación de los principios fundamentales del derecho punitivo y el reconocimiento del deber de repartir las sanciones de un modo más justo, han hecho que en todas las legislaciones actuales se impongan penas más severas. Hay conductas y delitos sexuales que transcurrieron históricamente y sociológicamente sin penas, con pena corporal, con indemnización, con pago de precio en dote ya a los padres, ya al futuro esposo, cual una conducta incriminada, un delito grave, un daño o una pérdida de valores como propiedad virginal, respectivamente. A finales del siglo XX, la violación permanecía ligada a los antiguos conceptos patriarcales de propiedad, en la violación se define la legitimidad del ejercicio de la sexualidad de la mujer; extramatrimonial es ilegítima y matrimonial es legítima, sin tomar en cuenta el consentimiento y el derecho de la mujer a decidir sobre su cuerpo. Fuera del matrimonio hay violación, en ocasiones hasta dentro de la familia está autorizada o por lo menos socialmente consentida.

*divinidades de dichas culturas, en otras ocasiones era tomado como un acto de gracia por parte de los sacerdotes*³.

Sin embargo en Los antiguos pueblos de México tenían castigos muy severos para todas aquellas personas que cometían delitos contra la moral y dignidad de una persona, como son los casos de incesto, estupro y violación. En el imperio mexicano los que cometían incesto en primer grado de consanguinidad o afinidad moría ahorcados. En cuanto al estupro, en la cultura azteca era castigada con la pena de muerte. En lo referente a la violación, entre el pueblo maya, el castigo consistía en dar muerte al violador. Estos castigos tan severos eran una medida de prevención para la sociedad, ya que se inculcaba a la gente a no realizar infracciones contra la moral y el honor de una persona, pero en casos de llevarlos a cabo, se sometían las penas antes mencionadas.

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

En base a estos antecedentes en diferentes regiones y lugares se comenzó a normar esta clase de delitos, teniendo como objetivo conocer las más importantes normativas que sirvieron de base para la legislación actual en

³ACHAVAL, ALFREDO, *Delito de violación Estudio Sexológico Medico Legal y Jurídico*, 2ªed, Argentina, 1986, P. 356. En algunos pueblos o culturas de la sociedad, el acto de violación o yacer fue considerado una orden de las divinidades, esto, dependiendo de la cultura. En otras culturas el acto de violación era considerado como un acto de gracia por parte de los religiosos.

esta problemática ya que históricamente las leyes matrimoniales y las leyes de violación se entrelazaron a partir de la figura del hombre, dueño y jefe de familia. En ese contexto, era permitido capturar y violar a las mujeres de otras tribus mientras que esa acción no se permitía con las mujeres de la misma tribu. La violación para ser considerada un crimen se debería perpetrar mediante la desfloración y ruptura del himen fuera del contrato matrimonial, pues dentro de él, no se concebía su existencia.

Las jóvenes de la antigua cultura eran vestidas con los mejores ropajes y mediante ceremonias y desfiles eran conducidas del lugar donde sería ejecutada esta acción. Para las doncellas que no pertenecían a clases nobles y que no contaban con una belleza física, “a criterio de los sacerdotes eran encerradas en calabozos lejanos, o en los bosques, a los cuales acudían los sacerdotes y los iniciados con el objetivo de mera distracción encontrándose fuera de sus funciones de estos actos si eran conocidos por la sociedad, sin embargo, los ciudadanos se encontraban en la creencia de que era una orden divina”⁴.

La relación entre *“violación y matrimonio se refleja en la violación de los derechos de posesión del macho basada en las exigencias masculinas de virginidad, castidad y consentimiento al acceso sexual de las mujeres, entendidas y concebidas como las aportaciones de las mujeres al contrato de*

⁴Como se puede observar a través de la historia la mujer fue vista como un objeto sexual en donde solo importaba el complacer a los sacerdotes de las diferentes tribus, exponiendo a la mujer en forma totalmente denigrante, donde la mujer no se consideraba un ser pensante y racional sino más bien constituía un objeto con el único fin de procrear, estos hechos se realizaban en plazas por medio de rituales, el cual pretendía la adoración de algunos dioses indígenas, donde existía una subordinación a los superiores para el buen funcionamiento de la sociedad, la mujer era oprimida tanto por su pertenencia de clase como por su marido mismo, el cual por tener mayores recursos económicos podía llevar a cabo este tipo de ceremonias.

*matrimonio*⁵. Es por ello que existe, de manera generalizada un consentimiento social y la garantía de impunidad a los maridos que acceden sexualmente a sus cónyuges por la fuerza, garantía que es tan antigua como el origen de la violación.

El deseo del hombre por conservar y tener la certeza de contar con el acceso exclusivo, total y completo a la vagina de la mujer de acuerdo a las leyes matrimoniales que más tarde se convierten en códigos de familia o códigos civiles surge de la necesidad de certidumbre de la paternidad en la concepción, para garantizar así la certeza en el momento de heredar. El concepto de violación es masculino desde sus orígenes y también contemplaba la defensa de la virginidad de la hija, manteniendo la misma lógica de dueño; debía sancionarse porque dañaba la mercancía valiosa antes de llegar al mercado matrimonial.

La conducta antisocial no era la conducta sexual, sino la usurpación de la posesión y del derecho al control y al acceso sexual de las mujeres, a quienes se les consideraba como parte de las posesiones del hombre. El matrimonio se consumaba a través de la desfloración y de pruebas de la virginidad de la mujer que se hacían públicas mediante ceremonias.

En el desarrollo de la historia se considero que, sólo los hombres pueden ser agresores en este delito y sólo las mujeres pueden ser violadas. La violación

⁵ZIAURRIS ULLOA, TERESA, *Violencia Sexual en América Latina*, 1ªed, Puerto Rico, 2000, P.20. Se puede observar que a finales del siglo XX, la violación permanecía aún ligada a los antiguos conceptos patriarcales de propiedad. En efecto, en la violación se define la legitimidad del ejercicio de la sexualidad de la mujer: extramatrimonial es ilegítima y matrimonial es legítima, por supuesto, sin tomar para nada en cuenta el consentimiento y el derecho de la mujer a decidir sobre su cuerpo. Fuera del matrimonio hay violación pero dentro del matrimonio, inclusive, en ocasiones, hasta dentro de la familia está autorizada o por lo menos socialmente consentida.

presupone que el género masculino es el titular sobre el cuerpo de la mujer, de ahí que sea necesario regular este acceso para que sólo un hombre, el dueño, ejerza dicha titularidad. *“Cuando acceden sexualmente y a través de penetración vaginal por ende con riesgo de embarazo a una mujer que está casada con otro, y por lo tanto no es legítima propiedad del agresor. En estos casos, las mujeres son víctimas, pero también lo son sus dueños; sin embargo, estando la violación radicada en el ámbito de la mujer no es víctima y cumple con un deber entendido como el débito conyugal, el de la sumisión frente a su dueño”*⁶.

1.1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN

Las expresiones de las culturas respecto a la sexualidad a través de los tiempos son múltiples. Hacia el año 1300 a. C. se difundió el Decálogo de Moisés, con los mandamientos como no fornicarás, o no desearás a la mujer de tu prójimo, aunque el Rey Salomón, siglos después, tuviera 700 parejas estables además de innumerables amantes.

Claros ejemplos de cultura, religión y sexualidad aparecen en el Antiguo Testamento que partía de la tradición hebrea, con el sexo enmarcado en el matrimonio pero considerado tanto una obligación como una alegría; ya que en los textos antiguos del Siglo I en Nag Hammadi, Egipto, evidencian la

⁶Anteriormente la norma penal operaba bajo el supuesto de que la violación ocurre siempre en el ámbito público y por terceros desconocidos para la víctima. Mas sin embargo según datos históricos la estructuración que hacen distintos códigos de los delitos relacionados con la sexualidad, contraponen la violación al incesto, siendo éste último un delito que ocurre en el ámbito privado, de la familia, y que conlleva una pena menor por su menor valor. La violación entre cónyuges anteriormente no se tipifica, ya que se observa como un atributo de posesión del cónyuge acceder sexualmente a su mujer, donde se obligaba a la mujer a la obediencia y que presuponía el libre acceso carnal por parte de su marido ya que uno de los fines del matrimonio era la procreación, partiendo de que es la familia patriarcal y su proyección pública la que debe protegerse.

existencia de diferentes creencias y prácticas de los diferentes grupos cristianos, mas sin embargo existió una sola verdad, una ortodoxia que determinó una sola moral sexual y la intolerancia a versiones discrepantes. Esta moral sexual se vio fuertemente determinada por las creencias del Siglo IV mantenidas por San Agustín, el denominado padre de la Iglesia Católica, quien afirmaba que nada hacía descender la mente viril de las alturas a tal grado, como las caricias de una mujer, y se sentía culpable de su experiencia sexual pasada. Para él la sexualidad y la procreación eran inseparables y sostenía que *"el deseo sexual es una tendencia animal pero podría ser justificada y orientada hacia el bien, siempre y cuando el acto sexual tuviera como finalidad la procreación"*⁷.

En el Siglo XV, con la colonización, bajo los Reyes Católicos, España descubrió América y la colonización instauró un sistema de dominación social y sexual, de clases, razas y géneros. La colonización difundió el modelo del machismo, el uso y abuso de las mujeres sin ninguna responsabilidad por la prole.

Con la colonización del Nuevo Mundo se normó una adherencia estricta al sexo matrimonial; el sexo no era un resultado de la naturaleza malvada del hombre, sino un mandamiento divino. Con los conquistadores vino la evangelización; ya que los españoles con la Biblia en la mano se enfrentaron a un mundo cultural distinto, que no entendían ni respetaban, consideraron a

⁷Podemos afirmar que en la Biblia el sexo es un medio para expresar la realización humana. No encontramos en las escrituras afirmaciones que muestren la maldad del sexo. Por el contrario, es un don divino para expresar la humanidad. En la Biblia no hay alabanzas al celibato ni a la virginidad como medios para alcanzar la plenitud de la vida. En el Antiguo Testamento encontramos un caso patético: La hija de Jefe, una virgen, ha sido prometida como sacrificio, según la costumbre que han tenido casi todos los pueblos primitivos. La joven se resigna a morir, pero solicita a su padre dos meses de vida para llorar su virginidad. Es decir, para lamentarse de no haber podido realizarse como esposa y madre.

los indígenas como seres humanos sin alma, aunque algo más valorado que los negros a los cuales ni se trataba de adoctrinar.

Con la Inquisición la educación en sexualidad se volcaba hacia lo religioso y no era explícita y la vergüenza relacionada con el tema sigue presente, especialmente en el mundo adulto.

“Existieron los llamados inculpados medievales por delito de violación de mujeres son hombres que pertenecen a todas las clases sociales, desde nobles hasta siervos y maníacos sexuales. Con todo, hay que destacar un dato significativo en cuanto al origen social de muchos de los agresores: el abuso de autoridad y la violencia ética que entraña la existencia de una relación social y mental de subordinación entre violador y violada, esto es, parientes, soldados, oficiales públicos, señores”⁸.

Los nobles imponen el rito del acto sexual con las mujeres vasallas desde su doble poder de hombres y señores, lo cual obliga a distinguir el estudio de la violación en el feudalismo del estudio de la violación en otros tipos de sociedad. Sobre todo si consideramos que, en principio, era tradición admitida más o menos ampliamente este derecho feudal de que el señor se acostase con la novia en su primera noche de casada como gesto de vasallaje. Conforme esta costumbre pierde consenso social, y los señores siguen exigiendo y practicando la prestación corporal de las mujeres, deviene, ya en el siglo XV, causando revueltas anti señoriales.

Otro indicio de la existencia de la costumbre feudal que nos ocupa: el clérigo que cometa pecado de fornicio con una casada y virgen, " séale retirado el

⁸ANDERSON, ZINSSER, *Historia de las Mujeres: Una historia Proia*, 1ªed. Barcelona, 1991, P. 462. El derecho de pernada constituía un Uso y Costumbre en determinados lugares y momentos de la Edad Media, y realizando un forzamiento de mujeres de acceder sexualmente la primea noche de bodas con el señor feudal el derecho de pernada se presta a una cambiante representación social: institución feudal versus violación.

*oficio y el beneficio. No se hace aquí mención alguna al uso de la fuerza pero si a la condición del virtual poseedor de la recién casada como clérigo con cargo y beneficio cualquier pequeño, mediano o gran señor eclesiástico*⁹.

El forzamiento de mujeres es común por parte de los hombres del señor, especialmente los soldados de las fortalezas, será uno de los grandes tipos de agravios que desencadenan la ira justiciera y anti señorial de 1467. La propagación en los escalones inferiores del poder señorial de un derecho de pernada en decadencia, incrementa el número de violaciones y la violencia con que éstas se producen.

1.1.1.1. EL CÓDIGO DE HAMMURABI (Babilonia)

El Código de Hammurabi, fue creado en el año , según la cronología media, es uno de los primeros conjuntos de leyes que se han encontrado y uno de los ejemplos mejor conservados de este tipo de documento de la antigua Mesopotamia y en breves términos se refiere a la conocida frase ojo por ojo, diente por diente. “*Entre otras recopilaciones de leyes se encuentran el Códice de Ur-Nammu, rey de Ur (2050 a. C.), el Códice de Eshnunna (1930 a. C.) y el Códice de Lipit-Ishtar de Isín (1870 a. C.)*”¹⁰.

⁹AZEVEDO, FERREIRA, *Fuero Real*, 1ªed., Braga, 1982, p. 164. Prácticamente todas las noticias explícitas sobre el derecho de pernada corresponden, o tienen en ellas su origen último, a fuentes orales de tipo judiciales, relacionadas casi siempre con conflictos y cultura popular. Son los vasallos en la Baja Edad Media quienes desde la tradición popular, oral y de revuelta, plantean el problema del derecho de pernada como una violación encubierta. Si bien, letrados de Corte primero e historiadores eclesiásticos después, van a converger con la presión desde abajo, dando cabida en la cultura a una tradición oral anti señorial que se ha ido formando lentamente desde finales del siglo XIV. La importancia de este código radica en establecer la aplicación de sanciones por parte de un organismo estatal específico, reemplazando la venganza privada y compilando las costumbres. El Código de Hammurabi no contiene normas jurídicas acerca de temas religiosos. Las bases del Derecho penal derivan del principio, común entre los pueblos semitas, del “ojo por ojo”. La protección del Código se ofrece a todas las clases sociales babilónicas: el Derecho protege a débiles y menesterosos, mujeres, niños o esclavos contra la injusticia de ricos y poderosos.

¹⁰BLAVIA, ANTONIO, *Evolución del Pensamiento Político*, 1ªed, México, 1992, p. 200. El Código de Hammurabi, como documento jurídico contiene una serie de disposiciones

Estas leyes, al igual que sucede con casi todos los códigos en la Antigüedad, son consideradas de origen divino. De hecho, anteriormente la administración de justicia recaía en los sacerdotes, que a partir de Hammurabi pierden este poder. Y estableció que fueran funcionarios del rey quienes realizaran este trabajo, mermando así el poder de los sacerdotes y fortaleciendo el del propio monarca. Por otra parte, conseguía unificar criterios, evitando la excesiva subjetividad de cada juez.

Este código mencionaba que la mujer no tenía independencia, o bien la mujer era una virgen prometida o una esposa legalmente casada. De acuerdo con este Código un hombre que violaba a una virgen prometida debe ser cogido y ajusticiado, pero a la joven víctima se le consideraba inocente.

El artículo 1300 del Código de Hammurabi, exculpa a la ofendida, si había sido violentada por el agresor sexual, en cambio para el agente, no existía ninguna atenuante, *“quien pagaba con su vida mediante apedreamiento o linchamiento por los familiares de la víctima y por los ancianos de la comunidad; y si pertenecía a la alta clase era ahorcado públicamente por la autoridad”*¹¹.

referentes al ordenamiento legal que impero en el segundo milenio A.C. en el imperio Babilónico. Este código como los demás que rigieron otras naciones antiguas se caracteriza por la rigidez de sus sanciones para el delito de violación y este fue sancionado severamente, imponiéndose la pena de muerte al ofensor, sin tener en cuenta la condición de la víctima, quien podía ser doncella o virgen, o mujer con experiencia sexual.

¹¹LARA PEINADO, FEDERICO, *Código de Hammurabi*, 1ªed., Madrid, 2000, P. 120. Todas las sociedades parecen haber surgido de un fondo oscuro de violencia que a veces se asocia al patriarcado. En todo caso, la primera huella conocida de nuestra legislación sexual puede rastrearse hasta el Código de Hammurabi del 1692 a C, que aspiraba a ser permanente. Y ese código, que pretendía fijar equivalencias razonables ente castigos y delitos estableció que la mujer adúltera y su amante debían morir ahogados. Es decir, el Código de Hammurabi nos legó un curioso principio retributivo: ojo por ojo, diente por diente, y dos muertes por cada adulterio.

El Código de Hammurabi, decretó que un hombre que conocía a su hija es decir que cometía incesto, era simplemente desterrado fuera de los muros de la ciudad.

Una mujer casada que tenía la desdicha de ser violada en Babilonia, tenía que compartir la culpa con su atacante, sin tener en cuenta cómo se había desarrollado el incidente, el crimen era considerado adulterio, esta era tomada y se arrojaba al río juntamente con su violador .

Existía una posibilidad de apelación ya que se permitía al marido en caso de desearlo éste, que sacara a su mujer del agua, y si el rey así lo quería podía dejar libre a su súbdita.

En el Código de Hammurabi de los babilónicos y caldeos se sancionaba de una manera enérgica, la agraviada, la sociedad y todos los dioses eran las víctimas. La sanción que se aplicaba al violador era pena de muerte mediante ahorcamiento en público.

El Código de Hammurabi 1955-1912 A. J. C., contemplaba ejemplos elocuentes del Talión, entre los que se citan los siguientes:

- *“Artículo 196 si alguno saca a otro un ojo, pierde el ojo suyo.*

- *Artículo 197 si alguno rompe un hueso a otro, rómpasele el hueso suyo”¹².*

No obstante, el sistema del Talión no ejercía una influencia absoluta sobre el Código de Hammurabi, este documento se caracterizaba por su rigidez y drasticidad en las penas en las que sobresalía la pena de muerte en contra

¹²ESPINOZA, MANUEL, *Delitos Sexuales*, 2ªed., México, 1999, P. 66. Los castigos eran muy crueles, estableciéndose, por lo general la conocida Ley del Talión que significaba “ojo por ojo, diente por diente”, o sea que quien cometía un delito sería sancionado con un padecimiento similar al daño ocasionado. Por ejemplo si un hombre ha abusado de una virgen que vive con su padre, él será condenado a muerte y ella quedará libre, Si un hombre acusa sin pruebas a su mujer de haber dormido con otro hombre, ella puede justificar su inocencia con un juramento e irse a casa de su padre.

del ofensor, dado que no solamente se consideraba ofendido el individuo y la sociedad sino también los dioses.

1.1.1.2. EL DERECHO HEBREO

EL derecho hebreo, aunque es el resultado más desatendido del antiguo pensamiento hebreo, no es menos importante. De hecho, es en muchos aspectos el más sorprendente producto de la genialidad de este notable pueblo. Su característica más sorprendente es su universalidad el hecho de que contiene tantos elementos de valor permanente para el ordenamiento de las relaciones humanas. Sin duda de que la ley hebreo era un maravilloso grado adaptable a las condiciones totalmente diferentes de lo que fue originalmente diseñado para satisfacer, que se encuentra un vistazo atrás en nuestra historia colonial suficientemente convincente.

En el Derecho Hebreo, también se refleja el sistema talional, ya que se encuentran similares disposiciones: *“El que golpee a su prójimo de modo que lo deje con algún defecto o deformidad, sufrirá el mismo mal que haya ocasionado. Recibirá tortura, perderá ojo por ojo, diente por diente y será tratado como él trató al otro”*¹³.

El hebreo antiguo código de derecho esbozado en la Biblia, lamentablemente, carece de los detalles que se pueden encontrar en otros antiguos sistemas jurídicos como el babilónico y romano.

¹³TORANZO VILLORO, MIGUEL, *El Derecho Hebreo Según el Antiguo Testamento*, 1ªed., México, 1989, P. 239. Los hebreos optaron por matar a los amantes, pero a pedradas, estimulando así la participación popular y nuestra Biblia recoge uno de los castigos mortales contra los pecados de la carne. A pesar de que las tablas de Moisés ordenan no matar, en la Biblia se ordena matar con diversos procedimientos pestes, fuego, lapidación, etc.

“El derecho hebreo tiene técnicas, detalladas sobre la base de las leyes de propiedad y el castigo, pero también hay más leyes generales Los Diez Mandamientos y hay muchas más referencias a Dios que es la autoridad detrás de las leyes”¹⁴.

El derecho hebreo, por otra parte, está marcado por referencias a Dios en todo. Dios está en el centro hebreo de la ley.

La ley hebrea declaró que un hombre que violó una virgen fue así casado con ella y nunca podrá divorciarse de ella. (Deuteronomio 22: 28). Casi todos los novios insistían en una novia virgen y ser capaz de demostrarlo. Si el novio cree que había recibido "mercancía dañada" tenía el derecho a impugnar su familia para producir la prueba. Si las hojas de la cama marital no mostraron la necesaria sangre entonces los hombres de la aldea de piedra a su muerte en el frente de su casa del padre, si por otro lado los ancianos se mostraran satisfechos de que la novia había sido una virgen entonces el novio sería azotado, obligado a pagar 100 shekels de plata a su padre y perder para siempre el derecho a divorciarse de ella. (Deuteronomio 22: 13-21).

1.1.1.3. EL DERECHO INCAICO

En el derecho penal Incaico se penaba la violación con una sanción según arbitrio del Inca, que podía ser ya sean tormentos, flagelación y extrañamiento de la comunidad; si el agente reincidía en el delito se imponía pena de muerte como medida ejemplarizadora.

¹⁴En el derecho Hebreo la violación fue sancionada severamente con la pena de muerte para el violador, alcanzando la sanción hasta los familiares más allegados del delincuente. Prevalciendo entonces la venganza privada a la cual llamaban los romanos “Vendette traversa”, la víctima era repudiada por la comunidad, hasta que se santificara ante el altar, mediante una ofrenda de sacrificio animal, pues se le consideraba impura hasta su purificación.

El ordenamiento jurídico del imperio, en materia sexual, y sus principales delitos sexuales y la penalidad que se aplicaba en la sociedad esclavista incaica contenía disposiciones que sancionaban el forzar a una mujer soltera, ya que por la primera vez le daban castigo de piedra y la segunda vez pena de muerte; *“el que a la fuerza corrompía una doncella, si era mujer principal tenía pena de muerte y si no lo era le daban por primera vez cierto tormento y a la segunda vez moría”*¹⁵.

Una etapa de progreso es la compensación que la aceptan los interesados o la impone la autoridad. La compensación es la reparación del daño causado por medio de la entrega de algo que justifique el olvido del hecho dañoso. En esta primera etapa domina el sentido de lo que hoy llamamos la culpa objetiva o sea la apreciación del daño con prescindencia de la intencionalidad o capacidad del agente: fuere persona incapaz, menor, animal o cosa la causante de aquel.

1.1.1.3.1. DELITOS CONTRA EL HONOR SEXUAL EN LA ERA INCAICA

En la época de los incas eran castigadas las infracciones contra las reglamentaciones sexuales inspiradas unas en ideas religiosas otras en el deseo de mantener la organización familiar y la pureza de las costumbres.

La virginidad de la mujer era tenida en gran estima, que eran las mujeres destinadas al culto del astro dios. Todo atentado contra las vírgenes

¹⁵ BENITEZ MORALES, OTTO, *Derecho Precolombino Raíz del Nacional y del Continental*, 1ªed., Bogotá, 2000, P.396, 397. Los indios se refrenaban muchos de los hurtos, violaciones y otros delitos porque a estos castigaban muy reciamente, y tenían leyes de las cuales usaban, no escritas, porque no sabían escribir no tenían letras, más toda las administraban y gobernaban de memoria y por la simplicidad y continencia de la vida, todas las cosas las sucedían prósperamente. La norma primitiva tenía, pues su primer basamento en la costumbre. Era un derecho consuetudinario. Se penaba lo que alteraba el status consagrado por el uso, la violación de un derecho aceptado, un atentado contra la divinidad o contra los hombres gobernantes o que merecían.

llamadas del Sol o aun las relaciones amorosas consentidas por éstas, eran castigados con la muerte. Las uniones extramatrimoniales entre la gente común tenían severas condenas. El adulterio era sancionado rigurosamente.

“Las leyes penales en el imperio Incaico, como ha ocurrido generalmente en las sociedades primitivas, eran severísimas .Este carácter se explica aún más si se tiene en cuenta que el Inca o jefe del Estado era considerado como un dios, de manera que las normas que dictaba tenían el alcance de un precepto religioso y que el inca domino por conquistar el territorio y requería imponer férreamente su señorío”¹⁶ .

Los adulterios e incestos con ascendientes y, descendientes línea recta también eran castigados con muerte del delincuente; pero es bien saber que no tenían por adulterio tener muchas mujeres , ni ellas tenían pena de muerte si las hallaba con otros, sino solamente la que era verdadera mujer con quien contraían propiamente matrimonio, porque esta no era más de una. Aparte del adulterio era sancionado toda violación, seducción o estupro. *“Si la mujer doncella había sido forzada por el padre o hermano, al autor se le castigaba con la pena máxima, generalmente despeñamiento en el primer caso y a ella se le mandaba a servir en el templo hasta que se casare”¹⁷ .*

¹⁶ JULIEN, CATHERIN, *Los Incas*, 1ªed., Madrid, 1998, P. 566. Las normas que dictaba el Inca o jefe del Estado era considerado como un dios, de manera que las normas que dictaba tenían el alcance de un precepto religioso y que el ayllu inca domino por conquistar el territorio y requería imponer férreamente su señorío.

¹⁷ JULIEN, CATHERIN, *Los Incas*, 1ªed., Madrid, 1998, P. 567. Los adulterios e incestos con ascendientes y descendientes los castigaban con la muerte. El estupro cometido sin raptó ni violencia con doncella del pueblo era punido con azotes, cárcel, destierro, trabajo en minas, salvo que se quisiese casar que, entonces se amortiguaba la pena. Morían por apedreamiento y horca los que, cometían incesto entre tíos y sobrinos y entre primos; si no eran vírgenes, eran ambos azotados, y condenados ellos a las minas, aplicando la pena de muerte. Se puede afirmar que el Derecho español se ha ido forjando mediante la combinación de normas derivadas de distintos ordenamientos jurídicos y, en particular: el Derecho romano, el Derecho

1.1.1.4. EL DERECHO ESPAÑOL

Se denomina Derecho español al ordenamiento jurídico que rige en el Reino de España. El Derecho español emana del pueblo español a través de sus instituciones elegidas democráticamente. Igualmente parte del ordenamiento jurídico procede de las instituciones supranacionales de la Unión Europea, que también goza de legitimidad democrática.

Para tener una perspectiva más amplia, mirar la historia jurídica y política de Europa para situar esta evolución de la doctrina penal. Ahora bien, el antecedente más claro de esta doctrina que hoy renace en pretendida defensa de las víctimas de los delincuentes sexuales es el Täterstrafrecht derecho penal basado en el agente del nacionalsocialismo. Esta doctrina penal, opuesta al Tatstrafrecht liberal doctrina penal centrada en los actos fue desarrollada en el Tercer Reich con el objetivo explícito de proteger a la comunidad frente a los peligros que la acechaban. *“Si la máxima del derecho penal clásico era nullum crimen sine lege -no hay delito sin ley que lo tipifique previamente-, la de la doctrina penal basada en el agente es nullum crimen sine poena -no hay delito que no se castigue o, de forma más castiza el que la hace la paga”¹⁸.*

Además, el Derecho español se ha formado mediante la unión de un gran número de sistemas jurídicos distintos, reflejados en los Fueros medievales,

germánico, el Derecho canónico. De estos tres, el que más influencia ha tenido en el Derecho de España es sin duda el Derecho romano, del cual se extrae un gran porcentaje de las normas contenidas en el Código civil de España.

¹⁸ESPINAR FERNÁNDEZ, RAMÓN, *Manual de Historia del Derecho Español*, 1ªed., España, 1978, P. 499. El Fuero Juzgo gradúa los azotes en las injurias según la importancia del insulto. Además, se distinguía entre los azotes ante el juez y aquéllos con publicidad en base a la gravedad del delito. En este último caso, solía haber un lugar destinado al efecto por la costumbre y es probable que se eligieran los días de mercado y la plaza donde se efectuaban las transacciones, para dar al castigo mayor publicidad. En el Fuero Juzgo, el estupro comprendía las relaciones incestuosas dentro o fuera del matrimonio, y así se legisló en España hasta el Código Penal de 1870.

que aplicaban a poblaciones muy reducidas. Dichos Derechos fueron uniéndose lentamente para formar los distintos Derecho forales españoles que acabaron uniéndose en un único ordenamiento jurídico complejo.

Se contemplaban distintas penas para las personas que cometían el delito de violación y prescribían sanciones diversas para castigarlos, entre las que son dignas de mencionar los azotes y posterior obligación de cuidar y alimentar a la mujer que había sido violada, y ordenaba asimismo, que el autor del delito, fuera quemado.

Cabe mencionar que la primera pena se le imponía en caso que el violador fuere libre y la segunda es caso contrario.

Al hacer referencia a la legislación española, donde no se puede olvidar destacar los delitos de atentados al pudor, siendo que hasta época reciente que se deja el estilo casuístico para regular la materia, señalándose que en esa reglamentación, inclusive en la legislación penal de 1973, escapan casos tales como los actos libidinosos realizados en adultos sin engaño ni violencia, pero sin consentimiento de la víctima, como cuando sin contar con su consentimiento se le sorprende de improviso con la caricia obscena. Aquí hay una crítica hacia el legislador español por no haberse preocupado de especificar concretamente en qué consiste la acción de abusar deshonestamente, en tanto que en el Código Español de 1963 se castiga el estupro, sin distinguir que la mujer sea doncella o de conducta sexual honesta; fue la jurisprudencia la que decidió en el sentido de que la víctima debe ser de vida honesta y buenas costumbres.

Respecto de la legislación española anterior a 1973, en que no se indica en qué consiste la acción material de estuprar, aunque la doctrina y la jurisprudencia interpretadas llegan a la conclusión de que tiene que haber un

acceso carnal, aun cuando la cópula no sea perfecta ni produzca el embarazo en la ofendida.

“El Fuero Juzgo, señala los antecedentes del delito de violación, hasta llegar al Código Penal de 1973 que establece que se comete el delito cuando se yace con una mujer”¹⁹.

El derecho español, producto de la sociedad medieval, estuvo fuertemente marcado por las concepciones morales y sociales de la Iglesia católica. Por lo tanto, como en toda sociedad colonial, patriarcal y estratificada, los comportamientos sexuales de las personas, en especial de las mujeres, fueron estrictamente regulados. Un papel importante desempeñó la idea de honor, la misma que era determinante para, en general, establecer las diferencias entre los diversos estratos sociales mediante la atribución de privilegios de manera discriminada. En cuanto a la sexualidad, la idea medieval de honor dio lugar a que se considerara la virginidad, el recato, la lealtad como fundamentos de la honra del hombre y de la familia. Por esta razón, la virtud sexual de las mujeres era celosamente vigilada y controlada.

Además, de acuerdo con la concepción de la Iglesia Católica, las mujeres eran consideradas moral y mentalmente inferiores a los hombres, en razón a su tendencia al mal y debilidad ante las tentaciones; lo que también justificaba que se les sometiera a la tutela masculina, considerándolas así como menores en relación con el padre, el marido o el sacerdote.

¹⁹CORDOBA, RICARDO, *Agresiones Sexuales en la Castilla Medieval*, s/e, España, 1994, p. 11. En las leyes españolas, el Fuero Juzgo, castigaba al hombre libre de 100 azotes y al siervo a morir quemado en fuego. El Fuero Viejo de castilla, determinaba la muerte de quien forzaba a una mujer virgen o no; se castigo generalmente con la muerte o con la declaración de enemistad que permitía a los parientes de la victima dar muerte al ofensor. El Fuero Real, continuando con los precedentes canónicos de la tradición jurídica, señalaron para el delito de violación pena de muerte, no consideraban la virginidad, sino el forzamiento de la voluntad de la agraviada; siguiendo con la severidad para estos delitos la pena capital.

1.1.1.4.1. INFLUENCIA DE LAS NORMAS ESPAÑOLAS A TRAVÉS DE LA CONQUISTA

“En el momento de la conquista, los numerosos pueblos indígenas tenían, de acuerdo con su nivel de evolución, diversas normas consuetudinarias. Normas que los conquistadores tuvieron que tener en cuenta ante la imposibilidad de eliminarlas para sustituirlas con su sistema legal”²⁰.

Substitución que consideraban, sobre todo respecto a las relacionadas con la moral, urgente e indispensable hacer. La evangelización de los paganos era una de las justificantes de la conquista y colonización.

El paganismo, el canibalismo y la perversión sexual fueron los tres grandes reproches, los tres pecados capitales, que se imputaron a los indígenas y que cada uno por sí permitía negarles las garantías y libertades que les conferían los Reyes de Castilla.

La superioridad moral y cultural afirmada a priori por los conquistadores no correspondía siempre a la realidad. Si bien, aun como los mismos conquistadores, los nativos practicaban comportamientos sexuales que desde la perspectiva española debían ser considerados como pecados o delitos, también es cierto que reconocían y aplicaban principios sociales y morales que coincidían en cierta manera con los de los conquistadores. Aunque percibidos no de la misma manera, por ejemplo, el adulterio figuraba como un comportamiento prohibido grave, lo mismo que el estupro.

²⁰DOMINGUEZ, FRANCISCO, *La Vida en las Pequeñas Ciudades Hispanoamericanas en la Conquista*, 1ªed., España, 1978, P. 170. El rigor del control de la sexualidad se revela en la intervención de la Santa Inquisición, reprimiendo los casos de homosexualidad, bigamia, sodomía y seducción de mujeres por los curas en los confesionarios a quienes se les designaba con el término solicitantes. El peso de su intervención aumentó en la medida en que tuvo a su cargo los procesos contra quienes blasfemaban contra el "sexto mandamiento"; así como contra la virginidad y el matrimonio.

Merece señalarse, igualmente, que las relaciones entre hombres y mujeres, en las sociedades nativas eran naturalmente diferentes a las reguladas conforme a los cánones morales y sociales de los conquistadores. *“Entre los nativos, el apoderarse de mujeres constituía un elemento esencial para el prestigio y el poder del hombre”*²¹.

El intercambio de mujeres, según los especialistas, estaba regulado por un código de control sexual bastante preciso.

Por disposición de la Corona, se aplicó a los pueblos conquistados el derecho de Castilla, conforme a la ley de Toro. Así mismo, estableció que se respetasen las normas consuetudinarias indígenas en cuanto no chocaran con principios capitales de la civilización a difundir o interés básico de la monarquía a consolidar. Dictadas en diferentes épocas, las leyes de Castilla cumplían la función de normas supletorias para completar sus vacíos y aclarar su sentido.

En el ámbito penal, el derecho castellano, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, fue aplicado de manera amplia. Este hecho explica que en las *“Leyes de Indias las normas penales no sean numerosas. Sin llegar a constituir un código penal. El Libro siete de esta Recopilación, De los asuntos criminales, contenía disposiciones de carácter penal y moral”*²².

²¹DOMINGUEZ, FRANCISCO, *La Vida en las Pequeñas Ciudades Hispanoamericanas en la Conquista*, 1ªed., España, 1978, P. 70. La noción de honor sexual no figuraba entre los cánones de comportamiento de la sociedad indígena. Este factor, entre otros de igual o mayor importancia, permite explicar el tipo de relaciones que mantuvieron los españoles varones con las mujeres nativas. Para ellos, éstas carecían de valor, de honor. Prefirieron vivir en amancebamiento que casarse y cuando contraían matrimonio lo hacía para, mediante la aplicación privilegiada tanto de las normas españolas como de las costumbres indígenas, adquirir derechos posesorios sobre tierras y personas.

²²CORDOBA RICARDO, *Agresiones sexuales en la Castilla Medieval*, s/e, España, 1994, p 18. El sistema colonial estratificado, dominado por una concepción religiosa y moral que discrimina a la mujer, condicionado por los intereses individuales determinantes para avanzar en la escala social, dio lugar a una doble moral especialmente en el ámbito sexual.

El hecho que la independencia no comportará una ruptura con el sistema social y económico de la colonia, siguieron teniendo vigencia los criterios brevemente descritos en las nuevas Repúblicas americanas. Los nuevos gobernantes, de manera parecida a como lo hicieron en su momento los Reyes de Castilla, decretaron que la legislación colonial se continuaba aplicando siempre y cuando no contradijera los principios e intereses de la República.

1.1.1.5. EL DERECHO CANÓNICO

El Derecho canónico del griego, para regla, norma o medida, es una ciencia jurídica que conforma una rama dentro del Derecho cuya finalidad es estudiar y desarrollar la regulación jurídica de la Iglesia católica. Bajo esta definición se engloban tres conceptos que han conformado controversia acerca de su consideración *“a lo largo de la Historia hasta nuestros días: su finalidad, su carácter jurídico y su autonomía científica”*²³.

En el siglo XX se inicia un proceso de codificación formal por medio de recopilación del ya extenso cuerpo de normas que era complejo y difícil de interpretar. Aunque la recopilación del derecho positivo vigente comenzó en el pontificado de San Pío X, el primer Código de Derecho Canónico se promulgó por Benedicto XV en 1917. Este hecho es considerado el

Doble moral que tuvo como uno de sus elementos esenciales el código de honor. Además de los casos directamente relacionados con las conductas sociales prohibidas, esta situación se manifestó igualmente a través de mecanismos como la segregación física - por ejemplo el encierro en conventos -, el sistema de la dote y el concepto de la honra.

²³GARCÍA CARMEN, *Violación, Estupro y Sexualidad, s/e*, Chile, 1989, p 30. La Iglesia católica se auto comprende como una comunidad que solo a la luz de la fe puede percibirse en toda su realidad, pues se constituye de un elemento divino y un elemento humano. Es evidente que en cuanta realidad visible y social, sujeta al tiempo y al espacio, está dotado desde sus inicios de una organización propia y de un ordenamiento jurídico específico. Este sistema de Derecho es comúnmente conocido como Derecho canónico, haciendo alusión a una de sus principales fuentes normativas: los cánones o acuerdos conciliares.

acontecimiento intraeclesial más importante de este pontificado, porque el Código se constituyó como un elemento básico de la organización de la Iglesia Católica.

Consideró el stuprum violentum tan solo en la desfloración de una mujer contra o sin su voluntad; en mujer desflorada no podía cometerse este delito ya no constituía violación, y solo se castigaba con penas menores para la “fornicatio” o fornicación: En cuanto a las penalidades canónicas, que eran las prescritas por el fornicatio, no se sintió la necesidad de su aplicación por reprimirse la violación por los tribunales laicos, con la pena de muerte, pero tenía como requisito que la víctima sea virgen y ser desflorada y si no reunía esas características no se consideraba como tal, sancionándose con penas más leves.

El Código de derecho canónico tiene tipificados diversos delitos que se refieren a abusos sexuales cometidos por un sacerdote. El canon 1395 § 2: especifica lo siguiente:

Canon 1395 § 2: *“El clérigo que cometa de otro modo un delito contra el sexto mandamiento del Decálogo, cuando este delito haya sido cometido con violencias o amenazas, o públicamente o con un menor que no haya cumplido dieciséis años de edad, debe ser castigado con penas justas, sin excluir la expulsión del estado clerical cuando el caso lo requiera”²⁴.*

²⁴CARRA MOLINA JUAN MARTIN, *Elementos del derecho Canónico con la disciplina de la iglesia de España*, s/e, Madrid, 1857, p. 310. Según algunos sacerdotes El Código de Derecho Canónico reformado por última vez en 1983, no requiere ulteriores cambios para endurecer las penas previstas contra los sacerdotes pederastas. Así lo explicó el presidente del Consejo Pontificio para los Textos Legislativos, el obispo español Julián Herranz. El canon actual que se ocupa del tema, el 1395, es lo suficientemente claro y preciso. Ya que se pretendía por todos los abusos hechos a menores instaurar un proceso judicial especial para los casos de sacerdotes pederastas que no son del dominio público pero en los que el sacerdote puede ser considerado una amenaza para la protección de los niños y jóvenes en una comunidad determinada.

Supuesto de hecho tipificado 1395 § 1: Define el delito de concubinato o cualquier otra forma estable de pecado externo contra el sexto mandamiento. Cuando el canon 1395 § 1, por lo tanto, habla de otro modo de delito contra el sexto mandamiento se refiere a cualquier violación externa, no estable, de pecado contra el sexto mandamiento. Se debe recordar que el sexto mandamiento del Decálogo prohíbe cometer actos impuros: por lo tanto, se refiere a cualquier acto sexual externo.

Pero no es delito cualquier pecado contra el sexto mandamiento. El canon de que hablamos sólo tipifica los pecados que se hayan cometido con violencia o amenazas, o públicamente o con un menor de dieciséis años. Acerca de la edad del menor ofendido, más adelante se hacen unas precisiones. Si no se cumplen estos requisitos, el legislador no los tipifica como delitos. No quiere decirse con esto que no sean graves, ni siquiera que sean menos graves que aquellos actos que sí son delictivos. Cuando el legislador tipifica unas conductas como delictivas y otras no, tiene en cuenta muchos factores, no sólo la gravedad del pecado. Extenderse en esta cuestión excede el objetivo de este artículo.

Vale la pena traer aquí las aclaraciones que sobre el acto sexual ha aprobado la Conferencia episcopal de los Estados Unidos, en el preámbulo de las Normas esenciales acerca de las alegaciones sobre abuso sexual, promulgadas el 8 de diciembre de 2002: *“una ofensa canónica contra el sexto mandamiento del Decálogo no necesita ser un acto completo de la cópula. Ni, para ser objetivamente grave, necesita el acto implicar la fuerza, el contacto físico, o un resultado dañoso perceptible. Por otra parte, la*

*imputabilidad responsabilidad moral, para una ofensa canónica se presume sobre la violación externa... a menos que sea de otra manera evidente*²⁵.

El delito de abuso sexual ha quedado reservado a la Congregación para la doctrina de la fe, si se comete con un menor de 18 años, por la Carta que aprueba las Normas sobre los delitos más graves. Cuando se dé este caso, se deben aplicar las indicaciones de dicha Carta. Por lo tanto, se reserva a la misma Congregación la sustanciación del proceso. El Ordinario o Superior, cuando tenga noticias verosímiles de que se ha cometido un delito reservado a la Congregación, lo debe comunicar, aunque la Carta indica que, salvo que la Congregación avoque así la causa, debe proceder con su propio tribunal. Este tribunal diocesano, además, ha de estar compuesto sólo de sacerdotes. El proceso penal especial de los delitos reservados a la Congregación para la Doctrina de la Fe. Estas normas sólo rigen si el abuso sexual se comete con un menor de 18 años; en los demás supuestos de abuso sexual están en vigor las normas de derecho común del Código de derecho canónico o del Código de los Cánones de las Iglesias Orientales.

Al comprobar que “en ambas normas el Código de derecho canónico y las Normas sobre los delitos más graves- se habla de distintas edades del menor ofendido -dieciséis en el Código, dieciocho en la Carta- surge un problema, y es que en el Código si el ofendido es un mayor de dieciséis y menor de dieciocho, no se comete el delito. La Congregación, en la Carta, por su parte, considera que hay delito hasta los dieciocho. A nuestro juicio se debe

²⁵La Pena prevista o la sanción se deja indeterminada: debe ser castigado con justas penas, sin excluir la expulsión del estado clerical. Quizá resulte extraño esta solución a los que estén acostumbrados a la precisión de la norma penal en los ordenamientos civiles. En el derecho canónico es posible, como se ve en este caso, dejar indeterminada la pena. No es factible explicar con detalle el sentido de esta característica del derecho penal canónico. Pero se debe señalar que la pena indeterminada no significa que el delincuente quede sin castigo.

*interpretar que la Carta, en este punto, deroga al Código. Por lo tanto, será delito cualquier abuso cometido sobre un menor de dieciocho años*²⁶.

La prescripción del canon 1362 indica que el delito tipificado en el canon 1395 prescribe a los cinco años; sin embargo, si el delito está reservado a la Congregación para la doctrina de la fe, rigen las normas especiales. La Carta sobre los delitos más graves, como ya sabemos, incluye el abuso sexual cometido por un clérigo sobre un menor de 18 años entre los delitos reservados a ella; en este caso la prescripción es de diez años, y además la prescripción comienza a correr desde el día en que el menor cumple veintidós años.

Por lo tanto, la prescripción será de cinco años en los abusos sexuales cometidos por un sacerdote en todos los supuestos tipificados por el canon 1395 § 2, salvo si se trata de un abuso sobre un menor de 18 años, en cuyo caso prescribe a los diez años, a contar desde el momento en que el menor cumple 18 años.

1.1.1.6. EL DERECHO ROMANO

Durante la República, y con las Leyes de las XII Tablas, se habían hecho diversos intentos para proteger a las mujeres contra acercamientos indeseados de carácter sexual. La ley no se ocupaba de aquellos casos en que había consentimiento de alguna de las partes. Si el comportamiento era francamente escandaloso, se trataba dentro de la propia familia por el *consilium propinquorum*.

²⁶El problema entonces se traslada a los actos cometidos antes de la promulgación de la Carta, el 18 de mayo de 2002. Aplicando el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, sancionado en el canon 1313, se debe entender que hasta esa fecha no era delito el abuso sexual sobre el mayor de dieciséis. Entre esta edad y los dieciocho, por lo tanto, el acto constituye delito de abuso sexual sólo si se cometió después del 18 de mayo de 2002.

Esta época se le dio cabida a la ley denominada “*LEX IULIA DE ADULTERIS COERCENDIS del emperador Cesar Augusto y otros delitos sexuales asociados.*

Lo que pretendía era restaurar las bases morales del matrimonio y evitar los comportamientos escandalosos, con el fin expreso de preservar la castidad de la mujer casada y la moralidad de los hogares y evitar las perversiones sexuales, o en su caso sancionarlas”²⁷.

El derecho romano sancionó el delito de violación considerándolo como una especie de delito de coacción, y algunas veces de injuria. Contenido en la Ley Julia, castigaba severamente la comisión de tal delito imponiendo la pena de muerte en los casos en que se cometía. Dentro de los delitos de coacción se castigaba con la pena capital lo que ellos denominaban “*stuprum violentum*”, es decir, estupro violento.

“Se consideraba a la sociedad como la ofendida, por el delicta publica, aunque la victima tenia facultades de denunciar amparándose en la delicta privada, generalmente la pena aplicada fue el suplicio o crucifixión en un madero”²⁸.

²⁷BERNAL BENITEZ, LEDESMA, JOSÉ DE JESÚS, *Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neo romanista*, 4ªed. México, 1989, P.56, 57. En un Estado social tan rudimentario, la violación es el acto de yacer con una mujer por la fuerza, debe haber sido cosa corriente que no merecía castigo ya que el hombre primitivo se gobernaba en sus relaciones eróticas solo por su instinto sexual. Es por ello que se consideraba un hecho general la costumbre de obtener mujer por la fuerza sin importar sentimiento alguno, sin conocimiento de lo moral y lo religioso.

³⁰BERNAL BENÍTEZ LEDESMA, JOSÉ DE JESÚS, *Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neo romanista*, 4ªed. México, 1989, P. 100. El derecho romano contemplaba una ley de carácter penal llamada Ley Julia que sancionaba la violación con la pena de muerte, se consideraba a la sociedad como ofendida; en su mayoría la pena más aplicada era el suplicio o crucifixión en un madero. De esta legislación romana se observa cómo la pena de muerte es el castigo que se impone a la unión sexual violenta con cualquier persona. Si bien se explica por el estado de desarrollo del derecho penal que no se hiciese una diferencia clara de algunos hechos relacionados con la violación, como lo era el rapto no considerado ni castigado como delito público, era indiferente que la raptada diera o no su consentimiento,

Se afirma que los romanos confundían la violencia carnal con el rapto y en caso de concurso de estos delitos imponían la pena de muerte; por ello se discutió si cuando la violencia no estaba acompañada de rapto, imponían o no la pena de muerte.

Cuando recurrir al derecho romano, los gobernantes de los distintos pueblos de Europa constituyeron nuevos ordenamientos penales para sus estados. Prevalció la opinión de que las leyes romanas castigaban indistintamente con la muerte el Stuprum violentum, ya sea por este motivo o por su tendencia al rigorismo desenfrenado; dichos gobernantes se inclinaron por lo general a castigar con la muerte ese delito.

Los Ostrogodos, variaban la punición de tal delito según se tratase de nobles o esclavos, castigaban a los primeros con penas pecuniarias ya los últimos con pena de muerte.

La ley de “Leovigildo, de los visigodos, establecía que si el violador era hombre libre, se volvería esclavo de su víctima, a demás de recibir cien azotes, no pudiéndose casar con la víctima, pues si tal caso sucedía, la mujer se convertiría entonces, como castigo de su acto, en esclavo de sus parientes próximos y si el reo era un esclavo, quedaba sujeto a la ultima pena y era quemado al fuego”²⁹.

en tanto que ya en la época cristiana, era considerado como un delito capital. Podemos observar cómo se castiga el comercio sexual entre parientes, agravándose la pena en algunos casos, que inclusive aún disuelto el matrimonio eran consideradas como incestuosas, para que el delito se diese era necesaria la conciencia de la violación de la ley, o sea, el conocimiento del hecho y la prohibición legislativa. En esta parte del trabajo observamos la evolución de los delitos relacionados a los delitos sexuales.

²⁹CANTU, CESAR, *Historia Universal*, 1ªed, Barcelona, 1992, P.62 La violación era un crimen capital, se era benevolente y se honraba al hombre que mataba al violador. En el caso de las esclavas que son violadas, se da la acción de iniuriae, y si la esclava era

1.1.1.6.1. CONCEPCIÓN ROMANA DE VIOLACIÓN, STUPRUM E INCESTO

En el Derecho Romano se entendía por violación las relaciones sexuales extramaritales con una mujer o un joven que en el momento del acto no dan su consentimiento y son forzados a dichas relaciones. Por supuesto, el delito era más grave si él o la violada eran impúberes o vírgenes.

“Durante mucho tiempo, el caso de violación se juzgaba como un caso de injuria, ya que no había una ley que específicamente castigara este delito, hasta la aparición de la Ley Iulia de vi pública et privata. Esta misma fue adoptada por Augusto, retomada por Adriano y consignada por Justiniano”³⁰.

Todo esto relacionado con la injuria que tiene un sentido muy amplio, contempla en forma restringida toda acción física, golpes de puño, fracturas, verbal, insultos, todo agravante que afecte a una persona libre.

El antiguo Derecho Romano las clasificaba en dos grupos principales y, a estos en grupos secundarios.

Las injurias se dividen en privadas y públicas, a su vez, se clasifican en comunes y atroces, entre las cuales la anterior se fracciona en injurias reales y verbales.

impúber, procede la acción de la Lux Aquilia, tanto por injuria como por la violación o estupro respectivamente.

³⁰CANTU, CESAR, *Historia Universal*, 1ªed, Barcelona, 1992, P.63. Según la historia, antiguamente el delito de violación se juzgaba como un caso de injuria, tomando en cuenta que la injuria tenía un sentido muy amplio, por carecer en ese momento de una normativa penal que castigara severamente esta clase de delitos, figura penal que hoy en día en nuestra legislación no tiene que ver con los delitos sexuales de violación, y es hasta que aparece la ley Iulia que el delito de violación ya no se juzgo como delito de injuria.

Las injurias comunes dentro del grupo de las privadas se diferencian en dos clases principales. *“A la primera pertenecen las injurias inmediatas, como son las reales y verbales y a la segunda, las mediatas, cometidas indirectamente o por medio de un trato injurioso. Los antiguos que son reales las que se cometen por medio de las manos, elevadas contra el cuerpo, violando una causa, afrontando la dignidad u honestidad del prójimo”*³¹.

Si el hombre acusado hacía una buena defensa de su caso, arguyendo que contaba con el consentimiento de la mujer violada, no dejaba de sufrir castigo por su acto, bien fuese, entonces, por adulterium, si la mujer estaba casada, bien por stuprum, si era célibe. En el caso de las prostitutas o de las mujeres de otras clases humildes o dedicadas a labores equivocadas, como empleada de fonda, la situación era menos grave, incluso podía salir indemne el violador, pero quedaba siempre el recurso de que si había cometido una violación, tenía que haber sido por la fuerza, en cuyo caso se aplica la Ley Iulia de vi publica et privata.

Las consecuencias sociales y legales de delatar una violación, antes como ahora, delito difícil de probar, son múltiples y pueden revertir la acusación de violación por la de calumnia, además del estigma social y moral de la mujer violada, o del joven violado. De ahí que acogerse fuese preferible al delito de adulterium o al de stuprum.

³¹ Como el derecho romano sancionaba el delito de violación como un delito de injuria que se clasificaba, se dividía y se fraccionaba, en el derecho romano el delito de violación siempre era sancionado, ya que si la mujer daba su consentimiento y era casada era castigado por el delito de adulterio; aunque es muy importante señalar que también la clase social a la que pertenecía la víctima influía mucho en la sanción que recibía el agresor; por ejemplo si la víctima era de una clase humilde o se dedicaba a labores inmorales la pena era menos grave para el agente agresor, vemos que el requisito fundamental para que haya violación en el derecho romano es que haya existido la fuerza como también se puede reflejar en la disposición de nuestro código penal que la fuerza ejercida sobre la víctima es un requisito fundamental para que se dé el delito de violación.

El stuprum, en términos generales, *“se refiere a cualquier clase de inmoralidad sexual, incluido el adulterium, la ley habla indistintamente de estupro y adulterio, se especifica que el adulterio y el estupro son confundidos por algunos autores de la época, siendo que el primero se comete con mujer casada y el estupro con aquella que no lo es, o es viuda o es un joven”*³².

El estuprum se clasifica como delito aparte, no asociado al adulterium, que constituye un delito penal en sí mismo. Independientemente de que se usa lingüística y jurídicamente en forma indistinta, el termino adulterium y stuprum, en sentido estricto, se separa definitivamente, dándole un enorme peso al adulterium. Se considera stuprum, todo acto cometido contra un hombre o mujer no casados o una mujer viuda.

Se comete estupro el que cohabita con una mujer libre sin medir matrimonio con ella; exceptuando, si es concubina. Se comete adulterio con la mujer casada, y estupro, con una mujer que no está casada, con una doncella o con un joven.

“El que persuadiere a un muchacho ara el estupro, apartando o sobornando antes al acompañante que lo guardaba, o hiciera proposiciones deshonestas a una mujer o una joven, o hiciera algo con fines impúdicos, o diera regalos o

³²CORCO PINO, JOROME, *La Vida Cotidiana en Roma en el Apogeo del Imperio*, 2ªed., Madrid, 1997, P. 356. En el derecho romano el estupro se entendía como todo aquel acto sexual cometido contra un joven, una mujer viuda o soltera. Hoy en día el código penal salvadoreño en el artículo 163 hace referencia a la figura típica de estupro señalando que el estupro es el acceso carnal por vía vaginal o anal y que se realice mediante engaño con una persona mayor de 15 años y menor de 18 años de edad, la pena por este delito es de 4-10 años de prisión. También está la figura penal de estupro por pre valimiento regulada en el artículo 164 del código penal salvadoreño, señalando que es el acceso carnal por vía vaginal o anal con persona mayor de 15 y menor de 18 años de edad prevaleciéndose de la superioridad originada por cualquier relación y la sanción de este delito es de 6-12 años de prisión.

remunerara para persuadir a tales personas, sufre la pena capital si consuma el crimen, y la deportación si no llega a consumarlo; los acompañantes que se dejan corromper sufren la última pena”³³.

En el caso de las mujeres que sufren stuprum, no se consideraba que las relaciones sexuales pre conyugales deberían ser estimuladas, ya que minaban el matrimonio, como institución, y cabía la posibilidad, de hijos ilegítimos, con lo cual la familia se vería muy vulnerada. Además no podía existir el affectio maritalis, lo que justificaría el stuprum. Entonces ambos participantes perderían la mitad de sus bienes, salvo que se hubiere utilizado la fuerza contra la mujer. En este caso, ella queda libre de castigo.

Durante la República, no parece que el stuprum fuese algo concerniente a la ley, sino más bien era un asunto doméstico, el cual trataba solo al paterfamilias. Los padres podían matar o castigar a sus hijos por haber puesto entre dicho sus posibilidades de contraer matrimonio que era más una alianza, un emparentamiento que añadiera prestigio, dinero y posición política al paterfamilias, que un acto de amor. Los romanos no compartían este pensamiento

En caso de cometer stuprum con una esclava, había lugar a una demanda por daños, de acuerdo a la Lex Aquilia:

³³GUTIÉRREZ, ALVIZ Y ARMARIO, *Diccionario de Derecho Romano*, 1ªed., Italia, 1988, P. 563. Para el derecho romano se considero estupro la persuasión de un joven o diere regalos o remuneraciones a tales personas para lograr su cometido, o la realización de actos impúdicos, también las proposiciones deshonestas a una mujer eran considerados como actos de estupro, sufriendo el agente la pena de deportación si no llegaba a consumarse el delito, pero si llegaba a consumarse el delito el sujeto activo recibía la pena capital por la consumación del crimen.

En el caso de una esclava menor de edad las penas aplicadas eran condenas a las minas, los de rango inferior, o relegación en una isla o el exilio, los de rango más alto, dependiendo del estatus del varón.

“Se dará la acción de injuria cuando una esclava ha sufrido estupro, y si el estupro fue con una esclava impúber, para algunos procede también la acción de la Ley Aquilia”³⁴.

En el mundo y en la legislación romana, no cuenta tanto la edad de la víctima de stuprum, sino el daño enorme que se hace a una mujer potencialmente casadera, con todas las implicaciones sociales, políticas y familiares que acarrea.

En el mundo romano, desde tiempos inmemoriales, *“se llama incestus al acto ilícito cometido por quien contrae matrimonio sin atender a la prohibición legal por razón de próximo parentesco o de alianza y que supone la nulidad del matrimonio contraído y al propio tiempo sanciones penales para el autor de la infracción”³⁵.*

En épocas antiguas, probablemente desde la monarquía, el incesto se castigaba con sanciones religiosas, debido, sobre todo, a las implicaciones éticas, sociales e higiénicas, incluidas las genéticas. Más tarde, las

³⁴FRIEDLANDER, LADWIG, *La Sociedad Romana*, 1ªed., México, 1947, P. 986. De acuerdo al derecho romano y a la Lex Aquilia, las penas eran menos severas tratándose de estratos sociales bajos, como los esclavos que eran tratados como cosa u objeto sin ningún valor y por lo tanto se podía hacer con ellos lo que fuere ya que los derechos de estas personas eran totalmente vulnerados o carecían de total importancia; ese sentido en esta época lo importante era proteger los derechos de la nobleza, la clase social era lo relevante de tutelar, sin importar los derechos de los menos desprotegidos de la sociedad.

³⁵FALCAO, MIGUEL *Las Prohibiciones Matrimoniales de Carácter Social en el Imperio Romano*, 1ªed., España, 1984, P. 699. El incesto en el derecho romano, presupone un acto ilícito, para quienes contraen matrimonio sin atender la prohibición legal por el parentesco presuponiendo la nulidad del matrimonio contraído y la sanción para aquel que comete la infracción del ilícito.

regulaciones trataron de evitar las nupcias incestae. La ley era particularmente severa en cuanto a las relaciones de personas que, por parentesco consanguíneo o agnaticio, en línea ascendente o descendente, pudieran contraer nupcias. Incluso esta prohibición se extendía a los no romanos. Con el incestum iuris gestium. Pero, la ley no alcanzaba las relaciones incestuosas extramatrimoniales, y cuando lo hacía era solo por acusaciones de stuprum o adulterium. El Digesto señala *“no puedo casarme con la bisnieta de mi hermana, porque soy su ascendiente. Si alguno se casa con mujer con la que no deban casarse las buenas costumbres, se dice que comete incesto”*³⁶.

Con el curso del tiempo, incluso los parientes por adopción estaban fuera de la ley si contraían nupcias.

Por lo que comete incesto el que se casa con la que está en línea ascendente o descendente, pero el que se hubiese casado con una colateral en grado prohibido, o con la pariente por afinidad con que se le impide el matrimonio, se le castigara levemente si lo hace abiertamente, y con más rigor, si lo hace clandestinamente. “La razón de la diferencia está en que respecto al matrimonio que no se debe contraer con lateral, los infractores públicos se excusan de la pena mayor como a causa de error y los que obran clandestinamente es castigada como contumaz”³⁷.

³⁶El incesto es una figura antigua que prohíbe el matrimonio entre familiares como por ejemplo el matrimonio entre padre e hija, el matrimonio entre hermanos, etc. Porque este acto va en contra de las buenas costumbres, la moral y lo religioso, en un primer momento la ley solo alcanzaba la prohibición al matrimonio entre incestuoso sin tomar en cuenta las relaciones incestuosas extramatrimoniales, esta última se hacía solo por acusaciones.

³⁷Si se daba el adulterio con el incesto, era obvio, que los participantes no se habían puesto como meta el matrimonio, y no podían dejar de ser castigados. La pena por incestum, como por stuprum, era la relegatio a una isla. Si también era adultera la relación, se imponía la deportación. Aunque, unos eran los castigados para las clases altas y otros para los más humildes, sin que se olvide que había más rigor para el hombre que para la mujer en caso del incesto. La minoría de edad es también una atenuante en caso de la comisión de delito, y si la relación se rompe, deja de haber delito, siempre y cuando no haya habido adulterio

1.2. ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL EN EL SALVADOR

Desde la independencia de España en 1821, el país vivió continuas crisis políticas. En las dos décadas que siguieron a este hecho, El Salvador intentó establecer una federación con las demás naciones centroamericanas. “Tras el fracaso el proyecto federal, El Salvador promulgó su primera Constitución como estado unitario en 1841”³⁸.

Durante la vida independiente, en el Estado salvadoreño han existido y aplicado varios códigos penales, que han regulado y sancionado las diferentes conductas delictivas del ser humano, estos ordenamientos Jurídicos han sido promulgados según el avance y evolución de la sociedad, el legislador por su parte busca corregir la conducta del ser humano mediante una sanción y tutelar los bienes jurídicos fundamentales de la sociedad en general, esta normativa se ha reflejada en *“los siguientes ordenamientos jurídicos comprendidos en los años, de 1826, 1859, 1881, 1904, 1974 y 1998. El delito de violación en la legislación penal salvadoreña ha sido regulado desde el primer código penal, y que el código que nació en el año de 1859, calificado dicho delito como delito contra la honestidad, característica del Código Español de 1822 el cual se mantuvo hasta el Código de 1904”*³⁹.

por parte del varón. La mujer menor de edad no es capaz de cometer adulterio porque legalmente era incapaz de cometer matrimonio.

³⁸ En el transcurso de la historia de nuestro país, hasta la fecha han existido seis normativas penales, que de una u otra manera han regulado el delito de violación, como también la sanción que se típica, con la de resguardar la libertad o indemnidad sexual de las personas.

³⁹ Los códigos penales de El Salvador siempre han estado regidos desde un principio por los ordenamientos jurídicos españoles, su influencia la vemos reflejada en las disposiciones legales del ordenamiento jurídico.

Antes como en la actualidad siempre se ha considerado por la sociedad en general que la ley protege mas al sujeto activo que a la víctima en este tipo de delitos, pero también hay que recalcar que al existir una crisis política no se le daba una mayor trascendencia a este tipo de delitos lo que se vuelve una grave falta a la política criminal que tiene que existir en un Estado de Derecho.

1.2.1. CÓDIGO PENAL DEL AÑO 1826

Según la historia de nuestro país, en el año de 1826 se dio el primer Código Penal Salvadoreño, entrando en vigencia a un cuando El Salvador formaba parte integrante de la federación Centroamericana, este ordenamiento normativo legal fue inspirado en el Código Español de 1822, con la particularidad que el 24 de febrero de 1852, se introdujo a este nuevo ordenamiento jurídico la reforma que eximia de responsabilidad penal a los menores de ocho años y en forma condicional al mayor de ocho años y menor de catorce años, mas tarde el 20 de septiembre de 1859 se promulga el nuevo ordenamiento jurídico, no obstante para dicha época ya existía pugna entre la clase oligarca y las masas populares dándose de esta forma un ambiente en donde prevalecía una política de Seguridad Nacional Anticomunista, *“a raíz de esto el acceso a los tribunales de justicia fue limitado, debido a que las clases desposeídas; las cuales eran las más vulnerables para el sometimiento de diversos hechos delictivos no tenían la confianza en el sistema de justicia imperante”*⁴⁰.

⁴⁰Este fue el primer código penal salvadoreño, que se dio aun cuando formábamos parte de la federación centroamericana, siendo una copia fiel del código español, este código fue reformado treinta años más tarde, cuya reforma solventaba de toda responsabilidad penal a los menores de ocho años de edad que cometían delito.

Es decir que nuestro primer ordenamiento jurídico penal fue una clara copia del código de España, con la única característica diferenciándolo de uno y otro, es que en el de El Salvador se introdujo una reforma que dejaba sin responsabilidad penal a los menores de ocho años de edad y de forma condicionante a los mayores de ocho años de edad y menores de catorce años de edad, que cometieren cualquier clase de delitos por el solo hecho de ser menor de edad no incurrieren en responsabilidad penal.

1.21.1. DIFERENCIAS CON EL CÓDIGO PENAL ACTUAL

La principal diferencia es que en el código del año 1826 se exime de responsabilidad penal a los menores de ocho años y en forma condicional al mayor de ocho y menor de catorce.

En cambio el Código Penal de 1998 la responsabilidad penal en el delito de violación es para los sujetos activos mayores de 18 años de edad.

1.2.2. CÓDIGO PENAL DEL AÑO 1859

Treinta y tres años después que en El Salvador entrara en vigencia el primer código penal que fue una copia del código penal de España, en el año 1859 se promulgo el segundo ordenamiento jurídico penal en el país, este código penal regulaba la figura de la violación sexual en el Título IX como delito contra la honestidad, y en el Capítulo II hacía referencia particularmente a la Violación.

Aunque para algunos autores el código penal de este año también constituía una copia del código de España. Es importante señalar que en este segundo ordenamiento jurídico se hacía énfasis en los delitos contra la honestidad, la

honestidad era considerada sobre persona a la que la sociedad atribuye la cualidad de honesta y hacia la diferencia por ejemplo, la agresión sexual realizada sobre prostituta, que es un acto sobre la libertad sexual y que se niega por capricho a no recibir una retribución, a diferencia de la violación sobre una virgen, que era considerado un delito contra la honestidad ya que la virgen no había conocido marido, es por ello que se resguardaba la honestidad de la víctima como bien jurídico protegido.

Se consideraba que una mujer “era honesta cuando en el comportamiento observa las normas de corrección en materia sexual e impone las buenas costumbres, también considerado como el derecho que la persona tiene que los demás observan en ella, esas normas de corrección y respeto”⁴¹.

El artículo 353 del código penal de 1859 literalmente dice que *“la violación de una mujer será castigada con la pena de cadena temporal.*

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

- 1- *Cuando se utiliza fuerza o intimidación*
- 2- *Cuando la mujer se halle privada de razón o de sentido por cualquier causa.*
- 3- *Cuando sea menor de doce años cumplidos, aunque no concorra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos numerales anteriores”⁴².*

⁴¹RUIZ PULIDO, GUILLERMO, *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia*, 2ªed. Chile, 1995, P. 24. En este ordenamiento jurídico penal, había un título referente a los delitos contra la honestidad, dentro de estos delitos estaba incluido el delito de violación sexual, se trataba de resguardar la honestidad de la ofendida como bien jurídico protegido, honestidad que tenía que ser visible y reconocida por las personas.

⁴²El ordenamiento jurídico penal de este año regulo en el articulo 353 el delito de violación sexual, tomando en cuenta como circunstancias fundamental para que haya violación sexual en mujer la fuerza o intimidación que pueda someter el sujeto activo del delito al sujeto pasivo para lograr su cometido; mencionando a demás esta disposición que hay violación cuando el sujeto pasivo se encontrare privado de razón o de sentido por cualquier

Cualquiera de estas tres circunstancias eran elementales para que hubiera violación sexual en la mujer, ya que la ley solo mencionaba la violación en la mujer dejando de lado los demás sujetos que pudieren ser víctima de violación sexual y para ello es necesario que el sujeto activo haya ejercido la fuerza en el cuerpo de la persona y también la intimidación de la víctima para lograr su cometido, circunstancias que han prevalecido hasta nuestros días ya que el código penal actual menciona estas circunstancias en la que el sujeto activo coloque a la víctima. Se considero que había violación cuando la víctima se encontrare privada de razón o de sentido por cualquier causa y en vista de ello el sujeto activo aprovechara la circunstancia para cometer el ilícito, también es otra circunstancia que ha prevalecido en nuestro código penal. Y hay violación cuando la víctima es menor de doce años de edad, esta última circunstancia de la edad ha cambiado ya que la edad que el código penal actual menciona es la de quince años.

El artículo 354 *“hacía referencia y decía el que cometiere sodomía o abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo 353, será sancionado con la pena de prisión correccional”*⁴³.

El termino sodomía viene de Sodoma, antigua ciudad Palestina, en donde se practicaba todo género de actos deshonestos; se considera que la sanción

circunstancia. El código penal de este año en esta disposición hace referencia a que hay violación cuando la víctima es menor de doce años de edad cumplidos, ya que el legislador ha buscado en todo momento proteger el bien jurídico del menor el cual es la indemnidad o intangibilidad sexual

⁴³ La normativa penal de 1859, castigaba con la pena de arresto y represión pública a todos aquellos infractores de la ley y que con cuyos actos ofendieren el pudor y las buenas costumbres de la población en general con hechos o actos que causen gran escándalo y trascendencia en la vida de la sociedad, como el delito de violación en menor e incapaz cuando es realizado por el propio padre de la víctima, los primeros casos de violación en menor e incapaz que se dieron en nuestro país fueron de gran escándalo que causo el escándalo y por lo tanto el repudio de la sociedad en general.

es para aquellos que tienen relaciones sexuales con persona del mismo sexo homosexualismo, este es un delito de coparticipación necesaria ya que ambas personas están de acuerdo, o cuando fuerce a otro o es menor cuya voluntad es relevante.

La sodomía puede ser propia e impropia, la propia se constituía en razón del sexo homosexual y en razón del género bestialismo, mientras que la impropia la formaba la masturbación y el sexo con cadáveres, en esta concepción, la sodomía constituye no sólo el concepto de más amplio alcance, sino además el acto más gravemente inmoral. En tanto el principio de legitimación de la sexualidad se encuentra en el orden natural esto es, en su función reproductiva, la infracción a ese principio representa la más grave forma de ejercicio ilegítimo de la actividad sexual.

El abuso deshonesto, *“constituye todos los actos o manifestaciones evidentes del propósito de atentar contra el pudor del ofendido y todas aquellas manifestaciones contrarias al respeto que se le debe a su honestidad”*⁴⁴. Mientras que la violación tiene como elemento el yacer con una mujer mayor y aunque en el proceso la ofendida es menor de doce años de edad, el sujeto no ha mantenido relaciones sexuales ya que este no realiza la copula por medio de la penetración vaginal correspondiente, es decir, que el abuso deshonesto es el acto que daña al pudor ajeno en donde se excluye la copula.

⁴⁴MARK D. JORDAN, *La Invasión de Sodomía en la Teología Cristiana*, 2ªed., España, 1999, P. 232

Esta disposición señala que en la sodomía y el abuso deshonesto, el sujeto pasivo puede ser la persona de uno u otro sexo y es necesario que concurra ya sea, la fuerza o intimidación, que la víctima este privada de razón o de sentido, o que se ejerza sobre un menor de doce años de edad, en tal caso se incurre en una pena correccional.

El artículo 355 será castigado con las penas de arresto mayor y represión pública, los que de cualquier modo ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código. En caso de reincidencia, con las de la prisión correccional y represión pública.

Esta disposición legal se refiere a las penas en las que puede incurrir el sujeto activo que ofendiere de cualquier modo el pudor, debe entenderse por pudor como la especial sensibilidad del ser humano que según pueblos y costumbres impulsa a una reserva natural de ideas y costumbres, de la reserva y la vida de los sentidos como el recato y la hombrosidad que refunden fenómenos de la reproducción y el sexo.

El pudor es público, cuando se identifica con las buenas costumbres, considerada observación de las normas de conducta que el común de los ciudadanos exige en las actividades sexuales.

El pudor *“es privado, cuando es un vínculo por que se alcanza una ofensa al pudor público, es posible causar un escándalo público con actos que ofenden al público actos libremente consentido por las partes”*⁴⁵.

Es de esta forma que en las primeras legislaciones, el legislador se quedo corto al crear la ley, al solo establecer, y no describir la conducta ilícita; al igual no hizo la clasificación del delito de violación atendiendo las condiciones de la víctima y así determinar las circunstancias agravantes al hecho delictivo. *“Para la configuración de la violación como ya se ha definido*

⁴⁵GIMENES DE ASUA, *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, España, 1995, p.81. Debemos entender el pudor público y el pudor privado haciendo brevemente la diferenciación entre ellos, y es que el primero en la observación de las normas de conducta que se exigen en las actividades sexuales, mientras que la segunda menciona que con actos consentidos por ambas partes podemos causar una ofensa al pudor público.

tiene que existir el acceso carnal, considerado como la introducción total o parcial del pene en la apertura vulvar o anal de la víctima, sin el consentimiento de la víctima. Situación que en la legislación de 1859 no se consideró la frase “acceso carnal”, solamente se reguló “se comete violación yaciendo con la mujer”⁴⁶.

1.2.2.1. DIFERENCIAS CON EL CÓDIGO PENAL ACTUAL

La primera diferencia con el Código actual es el título pues era Delito contra la Honestidad y se hacía referencia en el Capítulo II en forma particular a la violación.

Actualmente el delito de violación se regula en el Capítulo I De la Violación y otras Agresiones Sexuales, en el Título IV denominado Delitos contra la Libertad Sexual.

Considerada como bien jurídico protegido el hecho que la violación fuera realizada con mujer virgen, pues se decía que atentaba contra la honestidad, deja fuera la retribución cuando se trataba de una prostituta.

Actualmente no se distingue el hecho que el sujeto pasivo se dedique a la prostitución, pues de igual forma si es víctima de una violación, el sujeto activo será castigado.

La Ley Penal de 1859 mencionaba la violación en la mujer dejando de lado al hombre como víctima de una violación sexual.

Ahora se generaliza con el término persona al sujeto pasivo incluyendo tanto al hombre como a la mujer.

⁴⁶A partir del Código de 1859, se utilizó el epígrafe delito contra la honestidad, por haberse copiado del código español de 1822, siendo desde esta fecha que los códigos posteriores 1881 y 1904, mantuvieron la clásica denominación, para agrupar bajo este nombre, diversos hechos de variada naturaleza, que presenta de común el móvil sexual” y recuerdan el nombre, según la doctrina como los delitos de carne, según los antiguos criminalistas.

Y la violación cuando la víctima es menor de doce años de edad se mantenía en el mismo artículo que la violación en general. La edad es inferior a la edad considerada actualmente.

Actualmente es en un artículo distinto denominado Violación en menor o incapaz y la edad a cambiado, pues se toma como referencia que sea menor de 15 años para adecuarlo al tipo penal.

Usa el término sodomía, *“el código de 1859, en su artículo 354 para el que abusarse a persona de uno u otro sexo en este artículo no se determina los años de pena, solo dice será sancionado con la pena de prisión correccional”*⁴⁷.

El homosexualismo era incluido en este término sodomía ya que se sostenía que éste es un delito de coparticipación necesaria ya que ambas personas están de acuerdo, y si era un menor la voluntad es relevante.

Hacía una distinción entre sodomía propia e impropia, la primera era de los homosexuales y la segunda la formaba la masturbación y el sexo con cadáveres.

La sodomía ya no está regulada en el código penal actual.

El que ofendiere el pudor y las buenas costumbres también era regulado y hacía una distinción entre pudor público y pudor privado.

En el actual, no se distingue el pudor o las buenas costumbres en sí.

En el Código Penal de 1859 no describe la conducta ilícita, no determina la circunstancias agravantes al hecho delictivo; solo usa el término entre “yacer” en la mujer, no el de acceso carnal

⁴⁷Podemos observar que el código penal del año 1859, no hay una descripción en sí de la conducta ilícita, sin hacer ningún señalamiento de agravantes en la comisión del delito de violación, y el término yacer que se utilizaba en ese momento que fue sustituida hoy en día por acceso carnal.

En el Código Penal actual se usa la frase acceso carnal, el cuál puede ser por vía vaginal o anal.

1.2.3. CÓDIGO PENAL DEL AÑO 1881

Como tercer ordenamiento jurídico penal existente en nuestro país, que entro en vigencia veintidós años después del segundo código penal salvadoreño, regulando de esta forma el delito de violación en el Título IX, de la siguiente manera delitos contra la honestidad, en el Capítulo II violación y abusos deshonestos.

En el artículo 394 de esta ley hace referencia a la violación, o delitos contra la honestidad como se le llamo en ese código penal, de la siguiente manera la violación de una mujer será castigada con la pena de prisión superior; “se comete violación yaciendo con la mujer en cualquiera de los casos siguientes:

- 1) Cuando se usare 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 numerales anteriores”⁴⁸.

Como podemos observar el artículo 394 de este código es similar al artículo 353 del código penal del año 1859, es evidente que esta disposición legal durante veintidós años no sufrió ninguna reforma en ninguna de sus partes.

⁴⁸El código penal de 1881, el artículo 394 es prácticamente una copia fiel del artículo 353 del código penal de 1859, ya que en la disposición referente a la violación no hay nada novedoso, al parecer esta disposición no sufrió ninguna reforma y es de resaltar que en el lapso de tiempo entre uno y otro ordenamiento jurídico son veintidós años y esta disposición no sufrió ninguna reforma, tomando en cuenta que la ley es cambiante, no estática y cambia según avanza la sociedad y la tecnología.

El artículo 395 de este cuerpo normativo hace referencia a la pena que incurre el sujeto que cometiere el delito de violación que regula el artículo 394, expresando lo siguiente el que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión correccional.

1.2.3.1. DIFERENCIAS CON EL CÓDIGO PENAL ACTUAL

Se usa el epígrafe Delitos contra la Honestidad, y en el Capítulo II se denomina Violación y Abusos Deshonestos.

Anteriormente se mencionó el epígrafe del Código Actual y en el Capítulo cambia de Abusos Deshonestos a Otras Agresiones Sexuales.

Siempre se mantiene que la violación solo puede ser en mujer y la pena de prisión superior; usa siempre el término yaciendo.

En el Código Penal actual ya se superó esa idea que solo la mujer puede ser violada; coloca límites en la pena de prisión y establece el límite inferior de seis años y superior de diez años; considera el acceso carnal por vía vaginal o anal y ya no se utiliza la palabra yaciendo.

En el Artículo 395 hace referencia a la pena del que comete delito de violación, no delimitándola sino llamándola pena de prisión correccional y menciona *“el que abusare deshonestamente”*⁴⁹.

⁴⁹Según parece este nuevo ordenamiento jurídico en cuanto al delito de violación lo único que cambio fue el Capitulo cambiando el de violación por el de violación y abusos deshonestos, recordando además que estos ordenamientos jurídicos penales han sido una copia del ordenamiento jurídico de España.

Hoy en día se conoce como otras agresiones sexuales ya no la frase de abusos deshonestos.

1.2.4. CÓDIGO PENAL DEL AÑO 1904 Y ANTEPROYECTOS DE 1950 Y 1960

Después de veintitrés años de haber entrado en vigencia el código penal de 1881, en 1904 entra en vigencia el cuarto código penal salvadoreño que sustancialmente fue la reproducción del código penal español de 1870, existiendo para este periodo profundas reformas, debido a los evidentes progresos, de las disciplinas penales y criminológicas; “estudiándose el delito, el delincuente y la pena en sus aspectos normativos y causales-explicativo, con tal amplitud y penetración, que por perfecto que fuere el cuerpo de leyes penales de inspiración clásica, la evolución doctrinal lo convirtió en un documento del pasado”⁵⁰.

Es así, que la trayectoria en la materia penal salvadoreña, no se puede desvincular con legislaciones y doctrinas extranjeras, porque es sabido que los códigos penales en nuestro país tienen una ascendencia hispano-americanas, siendo este uno de los factores determinantes, porque un código penal es difícil de aplicarlo si no se ayuda a vitalizarlo con una administración de justicia capaz, o si es un documento abstracto, que nada tiene que ver con las realidades del medio social, político, donde han de conjugar sus

⁵⁰Al parecer todos los primeros ordenamientos jurídicos del país, según la historia, fueron reproducción del código penal de España, pero en esta época, en este código había una serie de reformas en todas las disposiciones, como debido a los notorios avances y progresos que la sociedad había experimentado hasta este momento, incluyendo el sistema penitenciario y criminológico imperante en ese momento, analizándose minuciosamente la conducta del sujeto activo como también el delito, al delincuente y la pena, esta última en sus aspectos normativos y causales que corresponde al sistema penitenciario.

principios, situación que ha prevalecido en el estado, en donde la realidad jurídica no mantiene concordancia con la realidad social-política del país.

En el proyecto del Código Penal de 1950 en el Título IV, del capítulo referente a los delitos contra la honestidad, el Artículo 147 sancionaba la violación con seis a doce años de prisión no haciendo este artículo distinción de sexo, considerando como agravante cuando la víctima sea menor de edad.

En la década de 1960 se creó un proyecto del código penal en el cual los delitos contra el pudor y la libertad sexual se castigaban con una pena de reclusión de cinco a diez años, en el Art. 141 del código penal de 1960 castigaba con penas menores aunque se tratara de un menor de 12 años, ya que en el proyecto era de cinco a diez años.

Ya que según el Art. 141 del proyecto del código penal de 1960 establecía que cuando la violación se realizare por dos o más personas o cuando se hubiere transmitido a la víctima una enfermedad venérea será sancionada con prisión de ocho a doce años.

Este código fue derogado por el Código Procesal Penal, el día 11 de octubre del año 1973, entrando en vigencia el 15 de junio de 1974.

1.2.4.1. DIFERENCIAS CON EL CÓDIGO PENAL ACTUAL

El código Penal del año 1950: la principal diferencia es que la pena para el delito de violación era de seis a doce años de prisión.

El proyecto del Código Penal del año 1960: el Epígrafe era *“Delitos contra el pudor y la libertad sexual y la pena de estos delitos era de cinco a diez*

años⁵¹. Castigaba con penas menores aunque se tratara de un menor de doce años.

En el Código Vigente a esta fecha la pena para el delito de violación en menor e incapaz es de catorce a veinte años

En el Artículo 141 del Proyecto del Código Penal de 1960 establecía la violación que fuese realizada por dos o más personas o cuando haya transmitido a la víctima una enfermedad venérea; consideraban una pena de ocho a doce años.

Actualmente si la violación es realizada por dos o más personas es una agravante y la pena máxima es la que se impone aumentada hasta en una tercera parte.

1.2.5. CÓDIGO PENAL DEL AÑO 1974

Este es el quinto código penal salvadoreño, que entro en vigencia setenta años después del código penal del año 1904 que fue una copia del código penal de España del año 1870. Este código entra en vigencia la misma fecha en que entra en vigencia el Código Procesal Penal salvadoreño.

El Código Penal entra con un nuevo ordenamiento legal de los delitos atendiendo al bien jurídico tutelado por el estado, es así, que *“se regula en el*

⁵¹ Porque el menor no es capaz de comprender lo que están haciendo con su cuerpo, igual sucede con los enajenados mentales quienes adolecen de capacidad de defenderse y oponer resistencia a la violación sexual, es por ello que es responsabilidad de los padres proteger y cuidar a los menores de todo acto abusivo.

*Titulo III delitos contra el pudor y la libertad sexual, en el Capítulo I violación, estupro, abuso deshonesto y rapto*⁵².

Regulando la violación en el Artículo 192 que dice de la siguiente manera el que tuviere acceso carnal con mujer ejerciendo sobre ella la violencia física o moral necesaria y suficiente para lograr tal propósito, será penado con prisión de cinco a diez años.

Esta disposición legal establece como requisito para obtener el acceso carnal la violencia que puede ser física o psicológica suficiente para lograr su objetivo, cuya pena de prisión podemos observar que es menor a la regulada y aplicada actualmente en nuestro ordenamiento jurídico penal.

El artículo 193 del código penal que hace referencia al delito de violación determina lo siguiente, 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;
- 2) Cuando la víctima adoleciera de enajenación mental, o estuviere en estado de inconsciencia, o no pudiera resistir por enfermedad o por cualquier otra causa ajena a la voluntad del agente, siempre que tales estados sean conocidos por este⁵³.

⁵²El código penal de 1973, es el código anterior al vigente cuya relevancia es que en esta misma fecha entro en vigencia simultáneamente el código procesal penal de nuestro país; el código penal entra como un ordenamiento jurídico legal en la que el legislador a tomado en cuenta el delito y el bien jurídico tutelado por el estado y consagrado constitucionalmente, protegiendo de una u otra forma a la sociedad en general, es en este código penal donde se comienza a combatir de una forma severa el delito de violación debido al aumento de casos registrados en esa fecha, casos como en el que los mismos familiares o parientes son los abusadores sexuales de los menores e incluso el propio padre es capaz de violar a su propio hijo, ante estos hechos es que la normativa penal se pone más severa en cuanto a la sanción para todo el que cometa este tipo de delito con la finalidad de proteger el bien jurídico fundamental del menor que es la indemnidad sexual.

⁵³ Porque el menor no es capaz de comprender lo que están haciendo con su cuerpo, igual sucede con los enajenados mentales quienes adolecen de capacidad de defenderse y

En estos casos la sanción correspondiente será la pena máxima señalada en el artículo anterior, aumentada hasta una tercera parte.

Vemos es esta disposición penal, el termino acceso carnal ya no el termino yacer, que se venía utilizando con anterioridad; además se señala que hay violación aun cuando el menor de doce años de su consentimiento para el acceso carnal, también se protegen a los enajenados mentales y los que se encontraren en estado de inconsciencia y que tal imposibilidad les evite dar su consentimiento.

El artículo 194 señala que es violación impropia el acceso carnal realizado por varón en otro varón o en mujer por vaso indebido, si concurriere cualquiera de las circunstancias de la violación. En estos casos la pena será de 4 a 8 años de prisión.

En el caso cuando *“la victima fuere menor de doce años, la pena se agravara hasta en una tercera parte del máximo, aunque a aquella diere su consentimiento”*⁵⁴.

De igual forma parte del capítulo en referencia el Artículo 195, el que comprende las circunstancias por las cuales se calificará la agravación del delito de violación; seguidamente en el mismo cuerpo de leyes se configura la Violación de Prostituta.

Articulo 196 la violación cometida en mujer que se dedica a la prostitución, será sancionada con prisión de tres a dos años.

oponer resistencia a la violación sexual, es por ello que es responsabilidad de los padres proteger y cuidar a los menores de todo acto abusivo.

⁵⁴ A partir de 1974, vemos una regulación jurídica, que refleja el consentimiento de la victima de violación sexual cuando esta es menor de doce años de edad, que es considerado violación aun cuando esta diere su consentimiento por el hecho de ser menor de edad.

1.2.5.1. DIFERENCIAS CON EL CÓDIGO PENAL ACTUAL

El código Penal del año de 1974: en el título era denominado: Delitos contra el pudor y la libertad sexual y el capítulo uno violación, estupro, abusos deshonestos y rapto. Se mantiene siempre que el sujeto pasivo solo puede ser la mujer, utiliza la frase acceso carnal pero no hay especificaciones que si es anal o vaginal. La pena es prisión de cinco a diez años.

La pena de prisión es menor a la regulada y aplicada actualmente en nuestro ordenamiento jurídico.

Considera en un artículo aparte el delito de violación, siempre en mujer pero de menor e incapaz. La víctima es una menor de doce años. La pena anteriormente mencionada, de cinco a diez años, la máxima es aumentada hasta en una tercera parte.

No hace distinción del sexo, del menor o incapaz. La víctima es menor de quince años de edad y la pena es de catorce a veinte años.

En el Artículo 194 señala la violación impropia el acceso carnal realizada por varón en otro varón o mujer por vaso indebido. La pena es de cuatro a ocho años de prisión.

Se agrava si es un menor de doce años, la víctima y la pena se agravara hasta en una tercera parte.

No hay especificación sino que se usa la frase carnal por vía vaginal o anal.

Se configura la violación en prostituta y la sanciona con prisión de tres a dos años.

No se le considera como prostituta sino que va incluida en el término persona.

1.2.6. CÓDIGO PENAL DEL AÑO 1998

A partir de los acuerdos de paz, se puso en discusión un proyecto del Código Penal que en la actualidad es el que nos rige, en donde se refleja un aumento en las sanciones contra los violadores, "razón por la cual se vio en la necesidad de crear nuevos cuerpos normativos como el Código de familia entre otros, creados con el objetivo de garantizar la protección del menor a través de las sanciones punibles para los infractores"⁵⁵.

En nuestro país por existir en esta época un gran aumento en las violaciones sexuales a menores, delito que afecta el desarrollo del menor y que además constituye uno de los delitos más graves dentro de la sociedad.

La convención de los derechos del niño ratificada por El Salvador el 26 de enero de 1990, aprobado el 18 de abril de 1990 mediante el acuerdo número 237 en su artículo 19 manifiesta que "los estados partes adoptan todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio, abuso físico o mental, descuido o trato negligente incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentra bajo la tutela de sus padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga en su cargo"⁵⁶.

⁵⁵ Con la llegada de los acuerdos de paz, después de una dolorosa y larga lucha armada, con el crecimiento de casos de violación y la aplicación de la pena a los violadores, esta es la razón por la cual el legislador crea nuevos cuerpos normativos que vienen a apalea los abusos que se cometen hacia los menores y los enajenados mentales. En el país existe un aumento de casos de violaciones sexuales en menores, este es un delito de suma gravedad ya que afecta en resumidas cuentas el desarrollo del menor y la sexualidad del menor.

⁵⁶ En el año de 1995 los delitos de violación sexual se reflejó en el cuadro estadístico anual de delitos sexuales en la región metropolitana en donde se mostró que se llevaron a cabo 688 violaciones en mujeres y 66 violaciones en varones, según datos proporcionados por Medicina Legal. Cifras obtenidas de las clínicas de asistencia integral mostraron que las mujeres adolescentes menores de 15 años fueron en este periodo las principales víctimas de abuso sexual.

En el Código Penal de 1974, el desarrollo de las distintas leyes que regulan las diferentes conductas en ese entonces tipificadas como conductas contra el pudor y la libertad sexual, se observó que las violaciones de los menores son las que tienen mayor drasticidad contra el sujeto activo ya que en el Título III y Capítulo I que trataba sobre los delitos contra el pudor y la libertad sexual y lo tipificaba como violación, estupro, abusos deshonestos y rapto, el cual el legislador clasificó la violación de la siguiente manera: la violación propia, regulada y tipificada en el artículo 192 del Código Penal, violación presunta, violación impropia, violación agravada, violación de prostituta tipificados en los artículos del 193 al 196 del Código Penal.

En los Artículos 193 y 195 las sanciones que el Estado impone a través del órgano jurisdiccional es más drástico, ya que existe una pena máxima para este delito cuando el sujeto pasivo sea un menor de edad ya que biológicamente y psicológicamente estos no tienen ningún tipo de capacidad para decidir libremente su sexualidad.

En el Código Procesal Penal de 1996 existieron mecanismos para investigar este tipo de hechos los cuales se vuelven rigurosos comparados con otra clase de delitos, ya que *“para iniciar una denuncia era necesario que lo realizara el representante legal de la víctima, o la persona que tenga al menor bajo su cuidado y de esta forma se iniciaba el proceso contra el victimario, ya que así lo plasmaba el código procesal penal de esa época en el Artículo 125”*⁵⁷.

⁵⁷ En ese mismo año se dieron casos que indignaron a los legisladores y a los ciudadanos, hechos que marcaron la necesidad de regular una nueva normativa, e incluso se llegó a debatir la aplicación de la pena de muerte para los agresores. La evolución de la pena de este tipo de delito, ha sido aumentada pero no de forma drástica ya que haciendo una comparación del Código Penal de 1995 y los de 1950 y 1960 el aumento de la pena ha sido mínimo, a pesar que con el tiempo este tipo de hechos se han incrementado sobre todo las víctimas son menores de edad.

Exigiendo además la presencia de testigos para probar la participación delincinencial siendo este un factor que contribuía al incremento de esta clase de delitos ya que eran y en la actualidad son ejecutados en lugares apartados donde hay ausencia de personas que presenciaron estos hechos por lo que existía en esta década un grave problema ya que no se cumplía con la pena que debía aplicarse al sujeto activo pues muchos de ellos eran sobreesido y quedaban en libertad puesto que nunca estos hechos fueron presenciados por terceros.

“Así es como en el año de 1996 se le da cabida a un nuevo anteproyecto del código penal y el código procesal penal del año 1997, basándose en la convención de menores y el entorpecimiento jurídico para prevenir y sancionar estas conductas, se puso en discusión en el año de 1996 y 1997 el anteproyecto del código penal y el código procesal penal salvadoreño”⁵⁸, en cual en el Título IV, Capítulo I de los delitos contra la libertad sexual como la violación y otras agresiones sexuales, en el artículo 162 al 166 respectivamente, y la sanción de los artículos 163, 165 y 166 se volvió más drástica ya que la pena máxima contra un delito de un menor de 14 años de edad, siendo más agravante el hecho que el sujeto activo fuere un pariente.

1.2.6.1. REFORMAS AL CÓDIGO PENAL DE 1998

Los delitos de violación, históricamente se caracterizaron como Delitos contra

⁵⁸Hay que mencionar que si bien es cierto que no se ha utilizado un modelo en particular, se han tomado como guías algunos textos ejemplares, entre ellos el Proyecto de Código Penal Español de 1992, el Código Penal tipo para Latinoamérica y el anteproyecto del Código Penal de Guatemala de 1991, especialmente se ha trabajado sobre la base del Código Penal vigente, pues además de algunas normas esenciales de la parte general, se ha tomado el catálogo básico de delitos, ya que forma parte de la mayoría de Códigos Penales Latinoamericanos y Europeos.

la Honestidad, pero luego se constató que lo que se trataba de proteger no era la honestidad, ya que los delitos en cuestión atacan la Libertad Sexual. Los mismos han sufrido una serie de reformas tanto en su contenido como en su penalidad, tal inestabilidad legislativa de alguna forma afecta su aplicación y estudio; no obstante ello, se debe destacar que la ampliación del catálogo de delitos sexuales, de alguna manera ha sido un mecanismo preventivo a estas conductas y que al protegerse como bien jurídico la libertad sexual y la indemnidad sexual, se han dejado de lado tendencias morales o de otra índole que incidían en su tutela legal.

Los ataques a la libertad sexual han sufrido en los últimos tiempos importantes modificaciones en cuanto a su regulación, a saber:

1) El concepto de acceso carnal se ha modificado, pues se considera que el acceso carnal violento, constitutivo de violación, debe ser por vía vaginal o anal, no haciendo una errónea equiparación con el acceso carnal bucal.

Según la jurisprudencia de sentencia dictada por el tribunal primero de sentencia de Santa Ana, de fecha catorce de noviembre del año dos mil que resuelve y dice *“violación, violencia, se considera un elemento normativo de carácter cultural no debe interpretarse en el único sentido de fuerza física, que también implica la coacción moral...se materializa ya sea porque un sujeto, empleando todo su potencial físico, obliga a otro al acceso carnal una vez que ha logrado doblegar su resistencia y oposición; o bien, porque el sujeto amenazando con ocasionar un mal mayor logra el acceso carnal con su víctima”*⁵⁹.

⁵⁹CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA, *Código Penal de El Salvador Comentado*, Tomo I, 2005, P.603. Como material crítico se ha utilizado el informe y recomendaciones de la Comisión de la verdad, así el material de discusión e investigación producido por el movimiento de criminología crítica latinoamericana.

2) Desaparece la violación de prostituta como una figura atenuada, por considerarlo lesivo del principio constitucional de igualdad, además por ser indebidamente estigmatizante.

3) La violación bucal se ha englobado en la figura agravada de otras agresiones sexuales, siendo su sanción igual a la de la violación simple.

4) El delito de raptó desaparece, pues se considero una figura superflua, ya que si hacemos desaparecer presunción de los ánimos eróticos-sexuales en la legislación vigente inadecuada presunción de dolo, la figura del raptó ofrece problemas prácticos de la diferenciación con la privación de libertad, por lo cual al eliminar el raptó, todas sus conductas se englobarían en el delito de privación de libertad, y si ocurren otras conductas constitutivas de otros delitos, la situación se resolvería por las reglas del concurso de delitos.

5) El estupro se regula igual en la legislación vigente que la anterior, restringiéndose únicamente la figura, en el sentido que solo constituía delito, si el acceso carnal con persona entre catorce y dieciséis años se realiza mediante engaño. Añadiéndose como figura agravada del estupro, el hecho de que el sujeto activo se prevalece de una superioridad originada por cualquier relación o situación.

6) Se ha incorporado una conducta delictiva, más o menos nueva, como es el acoso sexual. Se dice que es relativamente novedosa por que se presenta una regulación autónoma y en su ubicación correcta, es decir como uno de los ataques a la libertad sexual y no como la legislación pasada que guarda algunas conductas similares, pero dispersas y mal situadas como el delito de abusos contra la honestidad.

7) “Se establecen, a guisa de sanciones, algunas indemnizaciones especiales, tales como sufragar los gastos de la víctima en concepto de atención médica, psiquiátrica y psicológica y, prevé a su manutención completa por término de la incapacidad médica”⁶⁰

1.3. ENFOQUE SOCIOLÓGICO DE LA VIOLACIÓN SEXUAL EN MENOR E INCAPAZ

La evolución de la sociedad trajo consigo la aparición de la religión, la moral, la ética, la ciencia, los manuales de buenas costumbres y otros constructos mentales que pretendían describir y explicar la manera correcta sobre cómo debían comportarse las personas de acuerdo a los valores superiores de la sociedad; ubicando al hombre como el centro y producto supremo de la creación, como si estuviera regido por reglas diferentes a las del resto de la naturaleza.

El hombre aprendió a sentirse dueño del mundo y pretendió controlar los procesos naturales, *“olvidando en su soberbia que no se pueden cancelar pulsiones y atavismos formados durante cientos de miles de años, por la*

⁶⁰Vivimos en una sociedad evolutiva, no estática, que avanza a pasos agigantados con la tecnología, según la sociedad evoluciona las costumbres de los pueblos también evolucionan de alguna manera, así sucede con la normativa en general y por supuesto la penal no es la excepción, todo ordenamiento jurídico llega a un punto en que parece no concordar con la evolución, avance y tecnología de la sociedad ya que el desarrollo de la sociedad va de la mano con la evolución de los ordenamientos jurídicos y es por ello que se han dado una serie de reformas al código penal y han existido nuevas normativas que vienen a dejar de lado la anterior para dar paso a un nuevo ordenamiento acorde a lo novedoso y los cambios que puede sufrir la sociedad; es por ello que se dice lo que hoy es sancionado y regulado penalmente, mañana puede no serlo.

*simple publicación de un decreto ley, el acuerdo tomado en un concilio o por el dictado de la moral vigente*⁶¹.

Una de estas falsas creencias es que los niños no tienen una vida sexual propia, pues al hablar de comportamiento sexual o sensaciones sexuales infantiles lo hacemos desde nuestra perspectiva de adultos inmersos dentro de un conjunto de experiencias y creencias propias de los adultos; cosa que no ocurre en los niños. Hoy en día está largamente comprobado que los niños al investigar y descubrir su propio cuerpo encuentra todo tipo de sensaciones, dentro de ellas, las de placer que naturalmente proporciona la investigación y manipulación de los órganos sexuales.

Así mismo se ha encontrado que la mayoría de niños en algún momento se siente atraído por alguien de su entorno, siendo el origen de esta atracción de naturaleza sexual; igualmente se ha hallado que un gran porcentaje de niños al interactuar con otros niños, en algún momento tienen juegos sexuales, los que en la mayoría de los casos quedan sólo en eso, en juegos; aunque de acuerdo al entender del adulto y de acuerdo a sus normas puedan parecer impropios.

Otro mito o falsa creencia es acerca de la edad de inicio de la vida sexual como la entendemos los adultos, es decir, una relación sexual completa con la búsqueda del placer como objetivo. *“Las normas sociales que algunos hemos heredado y la recomendación de la Organización Mundial de la Salud (OMS) nos hablan de una relación monógama, estable y madura, como la del matrimonio entre jóvenes adultos; sin embargo al investigar lo que ocurre en*

⁶¹Al revisar la realidad y la forma como la entiende la mayoría de las personas encontramos parte del problema pues aun existen demasiadas creencias irracionales que son aceptadas sin haber comprobado si se cumplen o no en la realidad.

la realidad encontramos que el promedio de inicio de la actividad sexual es alrededor de los dieciséis años, catorce o quince para la región andina y de once a trece para la región amazónica; promedios de edades de inicio que tiende a seguir bajando. Al comparar con otras realidades del mundo encontramos que para regiones, las edades de inicio son más tempranas aun⁶².

Cabe señalar que la iniciación sexual en la mayoría de los casos ocurre con otro joven algunos años mayor y en muchos casos es con un adulto, sin que por ello signifique una experiencia traumática; incluso, en algunos lugares es socialmente aceptado.

Nuestra información se genera de datos que provienen de los medios de comunicación, estadísticas de las denuncias presentadas en las dependencias respectivas que nos han sido proporcionadas, e incluso por el conocimiento de víctimas que han sufrido este trauma de violación sexual, y que muchas veces por cuestiones prejuiciosas, morales, sociales, pudor y temor no denunciaron la agresión; al sentir la impotencia social frente al delito favorecido por la inoperancia del sistema judicial, reflejado en la carencia de celeridad procesal, corrupción del sistema, imposición de penas benignas, inadaptación de las leyes actuales acorde a la rapidez del cambio jurídico social.

Además existen múltiples factores que favorecen la persistencia y el incremento de éste delito, tales como: *“la pérdida de valores morales,*

⁶²FINKELHOR, DAVID, *Abuso Sexual al Menor*, 1ªed., Chile, 2003, P. 58. Entonces tenemos que existe una vida sexual infantil que forma parte del natural descubrimiento del mundo y del desarrollo de la personalidad de todo individuo. Al margen de lo que se pueda creer o aceptar en cada época, educación o cultura.

*religiosos, familiares, que se evidencian últimamente en nuestra sociedad a través de comportamientos que distan mucho del respeto, honradez, honestidad integridad personal, pérdida de comunicación efectiva, baja autoestima, y la asertividad para asumir conductas que favorezcan el desarrollo personal*⁶³; lo que se refleja en el elevado índice de familias desintegradas, libertinaje sexual, madres solteras, accesibilidad al consumo de sustancias psicoactivas, el mal uso del tiempo libre, escaso control de la propaganda pornográfica en medios televisivos , Internet, revistas y programas con contenido sexual y agresivo, violencia social e intrafamiliar, y la codependencia por parte de las víctimas que estimulan por una parte al agresor y por otra la formación de hijos agresivos, pasivos, codependientes de tal manera que se origina un círculo vicioso produciendo un aumento en espiral de esta agresividad y violencia social.

Respecto a la víctima que ha sido agredida(o) sexualmente, observamos que, una vez realizada la denuncia y llevado a cabo los exámenes médico-legal, esta víctima no es valorada, entendida y atendida como un ser humano integral que posee procesos psíquicos, emocionales y de personalidad que son afectados producto de esta violación. Nuestro sistema de salud no ofrece a la víctima una asistencia médico psicológica, un soporte afectivo-emocional de manera individual y familiar que permita a la víctima y a la familia, superar el daño producido por la violación sexual; de tal manera que pueda retomar sus actividades cotidianas, sin trauma que afecte su comportamientos futuros, afectándose su desarrollo y rol dentro de un contexto familiar y social.

⁶³FINKELHOR, DAVID, *Abuso Sexual al Menor*, 1ªed., Chile, 2003, P.60. Es de agregar la carencia de atención por parte de nuestro sistema de salud físico y mental se debe a que las leyes no se implementan de tal manera que no hay infraestructura para brindar la atención , no hay personas capacitadas para registrar las víctima de violación sexual, y por ende no hay una atención de calidad dentro de nuestros establecimientos de salud.

La violencia sexual es un fenómeno que afecta a las mujeres y niños de distintas edades, condiciones de vida y regiones geográficas. Es un fenómeno gravemente extendido y con consecuencias muy serias para las mujeres agredidas, para sus familias y para la comunidad en general. Es urgente, por ello, responder individual y colectivamente al desafío de su prevención y erradicación, y trabajar en la reparación de las mujeres dañadas a través de medidas integrales y humanizadoras.

En 1997, la Organización Mundial de la Salud, OMS, aun *“reconociendo las dificultades técnicas de recopilar información confiable en este tema, estimó que: en todo el mundo una de cada cinco mujeres se ha visto forzada a practicar el sexo contra su voluntad en algún momento de su vida”*⁶⁴

1.3.1. FORMAS DE VIOLACIÓN Y SUS EFECTOS SOCIALES

Pero la violencia sexual no es sólo la violación. En el hecho asume distintas formas, desde los abusos y tocamientos indeseados hasta la violación sexual e incesto, incluyendo la violación conyugal; desde el acoso u hostigamiento sexual que potencialmente puede dar lugar a una violación, hasta la explotación sexual y tráfico de mujeres, niñas y niños; desde mutilaciones genitales hasta esclavitud sexual; *“desde violaciones masivas y torturas sexuales en tiempos de guerra hasta violaciones a mujeres y niñas refugiadas y desplazadas”*⁶⁵.

⁶⁴SIERRA, LUZ STELLA y ROJAS, FELIPE, *Violencia Contra Jóvenes*, Colombia, 2000, P. 87. La violencia sexual contra niñas y niños es incluso más difícil de cuantificar, al igual que en la población adolescente, en la medida que gran parte de los delitos ocurre al interior de los hogares y en una abrumadora mayoría los perpetradores son miembros de la familia o conocidos cercanos.

⁶⁵SIERRA, LUZ STELLA y ROJAS, FELIPE, *Violencia Contra Jóvenes*, Colombia, 2000, P. 90. Los efectos de las personas que son víctima de violación sexual, varían según el caso y si la persona ha recibido tratamiento para superar el trauma, y esto se supera recibiendo ayuda de los profesionales especialistas.

Las expresiones son tan múltiples como serios son sus efectos en la salud de las víctimas. Efectivamente, las consecuencias son de tal magnitud que pueden perdurar varios años, y se refieren a: lesiones leves y graves incluso con resultado de muerte, contagio de infecciones de transmisión sexual como es el caso del VIH/SIDA, sífilis, gonorrea, clamidia, virus papiloma humano vinculado al desarrollo de cáncer cérvico-uterino, etc., dolores pélvicos y problemas ginecológicos diversos, embarazos no deseados que pueden terminar en abortos clandestinos e inseguros o abortos forzados, secuelas graves en la salud mental tales como síndrome de estrés post-traumático, depresión, insomnio, sentimientos de humillación y autoculpabilización, desórdenes alimenticios, adicciones y comportamientos autodestructivos alcoholismo, consumo de drogas, etc., dificultades en la vida sexual futura, mayor frecuencia de suicidios, etc., dificultad para protegerse de posteriores abusos, en especial cuando la violencia sexual sucede tempranamente en la vida, pues las mujeres tienden a aceptar la victimización como parte de ser mujer, etc.

1.3.1.1. MALTRATO INFANTIL

El maltrato a los niños es un grave problema social, este ocurre cuando se maltrata o abusa de los mismos ya sea en su salud física o mental, o cuando su seguridad está en peligro; ya sea por acciones u omisiones llevadas a cabo por la madre o el padre u otras personas responsables de sus cuidados, produciéndose el maltrato por acción, omisión o negligencia. El maltrato puede producirse *“en familias de cualquier nivel económico y*

*educativo. Este viola derechos fundamentales de los niños o niñas y por lo tanto, debe ser detenido, cuanto antes mejor*⁶⁶.

“El origen de la crueldad hacia los niños en su sentido más amplio puede ser dividido en cuatro categorías:

1- Crueldad inspirada en conceptos exagerados de disciplina y en base a sus funciones que se resultan ser sujetos profundamente inadecuados e irresponsables: alcohólicos, drogadictos, criminales o delincuentes, débiles mentales etc.

2- Actos de violencia o negligencia cometidos por padres o adultos ejerciendo rígidas interpretaciones de la autoridad y de normas y reglas de conducta.

3- Crueldad patológica cuyos oscuros orígenes mentales o psicólogos son muy difíciles de identificar y todavía más de tratar.

*4- La crueldad más intangible de todas, la crueldad oficial o la organizada, aquella que se comete por ignorancia, por insensibilidad o por omisión en la forma de falta de legislación o de cumplimiento de la misma que proteja adecuadamente al menor*⁶⁷.

El maltrato infantil se puede clasificar en maltrato por acción y maltrato por omisión.

⁶⁶ El abuso infantil es un patrón de maltrato o comportamiento abusivo que se dirige hacia el niño y que afecta los aspectos físico, emocional y/o sexual, así como una actitud negligente hacia el menor, a partir de la cual se ocasiona amenaza o daño real que afecta su bienestar y salud.

⁶⁷ FINKELHOR, DAVID, *Abuso Sexual al Menor*, 1ªed., Chile, 2003, P.103. Los/as adolescente y la salud sexual, señala que: independientemente de la región geográfica o de la cultura, se estima que entre el 40 y el 60% de los casos de abuso sexual ocurre en mujeres menores de 16 años de edad. Así mismo se demostró en estudios realizados en 18 países reportan una historia de abuso sexual desde acoso hasta violación e incesto- en un 7-34% de las niñas, y en un 3-29% de los niños.

A la vez que el maltrato por acción se divide en:

Maltrato físico, abuso fetal, maltrato psicológico o emocional, abuso sexual.

El maltrato por omisión es el abandono o negligencia, el cual se subdivide:

Abandono físico y negligencia o abandono educacional.

El maltrato físico, se define como maltrato físico a cualquier lesión física infringida al niño o niña hematomas, quemaduras, fracturas, lesiones oculares, lesiones cutáneas mediante pinchazos, mordeduras, golpes, estirones de pelo, torceduras, puntapiés u otros medios con los que se lastime al niño.

Aunque el padre o adulto a cargo puede no tener la intención de lastimar al niño, también se interpreta como maltrato a la aparición de cualquier lesión física arriba señalada que se produzca por el empleo de algún tipo de castigo inapropiado para la edad del niño.

A diferencia del maltrato físico el castigo físico se define como el empleo de la fuerza física con intención de causar dolor, sin lesionar, con el propósito de corregir o controlar una conducta. No siempre es sencillo saber cuándo termina el disciplinamiento y comienza el abuso. En contraposición del maltrato físico, el castigo corporal es una práctica muy difundida y socialmente aceptada.

Abuso Fetal, ocurre cuando la futura madre ingiere, deliberadamente, alcohol u otras drogas, estando el feto en su vientre. Producto de esto, el niño (a) nace con problemas, malformaciones, retraso severo.

Maltrato Emocional o Psicológico, es una de las formas más sutiles pero también más existentes de maltrato infantil. Son niños o niñas habitualmente ridiculizados, insultados regañados o menospreciados. Se les somete a

presenciar actos de violencia física o verbal hacia otros miembros de la familia. Se les permite o tolera uso de drogas o el abuso de alcohol. Si bien *“la ley no define el maltrato psíquico, se entiende como tal acción que produce un daño mental o emocional en el niño, causándole perturbación suficiente para afectar la dignidad, alterar su bienestar e incluso perjudicar su salud”*⁶⁸.

1.3.1.2. ABUSO SEXUAL

Puede definirse como tal a los contactos o acciones recíprocas entre un niño o una niña y un adulto, en los que el niño o niña está siendo usado para la gratificación sexual del adulto y frente a las cuales no puede dar un consentimiento informado. Puede incluir desde la exposición de los genitales por parte del adulto hasta la violación del niño o niña.

Las formas comunes del abuso sexual son el incesto, violación, el estupro.

*“Una forma común de abuso sexual es el incesto, definido este como el acto sexual entre familiares de sangre, padre-hija, madre-hijo, entre hermanos”*⁶⁹.

Los niños criados en hogares donde se les maltrata suelen mostrara desórdenes postraumáticos y emocionales.

Los efectos que produce el maltrato infantil, no cesan la niñez, mostrando muchos de ellos dificultades para establecer una sana interrelación al llegar a la adultez.

⁶⁸ Actos de privación de la libertad como encerrar a su hijo o atarlo a una cama, no solo pueden generar daño físico, sino seguro afecciones psicológicas severas. Lo mismo ocurre cuando se amenaza o intimida permanente al niño, alterando su salud psíquica.

⁶⁹ Muchos experimentan sentimientos de escasa autoestima y sufren de depresión y ansiedad por lo que suelen utilizar el alcohol u otras drogas para mitigar su destreza psicológico siendo la adicción al llegar la adultez, más frecuente que en la población general.

Algunos niños sienten temor de hablar de lo que les pasa por que piensan que nadie les creerá. Otras veces no se dan cuenta que el maltrato a que son objeto es un comportamiento anormal así aprenden a repetir este “modelo” inconscientemente. La falta de un modelo familiar positivo y la dificultad en crecer y desarrollarse copiándolo, aumenta las dificultades de establecer relaciones.

Puede que no vean la verdadera raíz de sus problemas emocionales, hasta que al llegar a adultos busquen ayuda para solucionarlos.

Para muchos niños/as que sufren de maltrato, la violencia del abusador se transforma en una forma de vida. Crecen pensando y creyendo que la gente que lastima es parte de la vida cotidiana, por lo tanto este comportamiento se toma aceptable y el ciclo del abuso continuo cuando ellos se transforman en padres que abusan de sus hijos y estos de los suyos, continuando así el ciclo vicioso por generaciones.

1.3.1.3. PROBLEMÁTICA DE LA VIOLACIÓN SEXUAL EN MENOR E INCAPAZ EN EL SALVADOR.

En El Salvador es a partir de la década de los setenta que se comienza una campaña de denuncia pública sobre lo que hoy conocemos como violencia doméstica o violencia intrafamiliar; las familias por su origen de sometimiento no podían hacer ciertas cosas, no estaban facultados a denunciar lo que ocurría en su intimidad del grupo familiar; *“los abusos de los padres hacia los hijos por el preconcebido concepto de que es el padre quien tiene toda la autoridad, continúan hasta nuestros días”*⁷⁰.

⁷⁰Las autoridades informaron que para evitar que las mujeres y los niños continúen siendo víctimas de violación en el seno familiar, es necesario concienciar a la población para que denuncie el delito.

El comportamiento de los encargados de la educación y cuidado llega al extremo de desencadenar en abusos sexuales por padres, padrastros, parientes cercanos, o todo aquel que de alguna forma tiene a su cargo el cuidado de los menores.

En nuestro medio generalmente los delitos de abuso sexual se llevan a cabo cuando es intrafamiliar, en ausencia de la madre que generalmente sale a trabajar, o cuando ésta se encuentra internada o ha debido viajar. Aunque también se conocen supuestos y desgraciadamente, no son escasos, en que se efectúa en presencia de la madre, en la oscuridad de la noche, con su consentimiento expreso generalmente tácito, en los que el victimario aprovecha la promiscuidad y el hacinamiento en que vive con su familia para lograr su objetivo. Generalmente el agresor actúa bajo los efectos del alcohol, el que actúa como desinhibidor de sus pasiones y bajos instintos. El abusador puede ser el padre, padrastro, los tíos, hermanos, primos, padrinos, hermanastros, el concubino de la hermana, etc. Se dan casos en que el padre abusa de uno o más de los hijos.

Desde estos factores se puede observar las relaciones que se dan y cómo influyen en el problema del delito de violación en menor e incapaz, cuando dentro de nuestros principios morales se carece de una educación digna, un balance económico, una posición social, una cultura adecuada y un marco normativo legal adecuado para sancionar este tipo de delitos.

Según el servicio de Apoyo y Diagnóstico del Hospital Nacional de Maternidad, la situación es preocupante tanto por las estadísticas como por quién está detrás del delito. Probablemente, un 80 por ciento de las niñas embarazadas entre los 10 a los 12 años que se ven son violadas. *“Cualquier paciente en el que existe sospecha de violación es reportado al Instituto*

*Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia (Isna) y a la Fiscalía*⁷¹.

La situación de riesgo no sólo anida en el núcleo familiar, el abuso contra su integridad sexual violación, estupro, corrupción, pornografía ha originado asimismo novedosos ilícitos como el turismo sexual practicado por individuos insospechables que contratan los servicios específicos que, con tal fin, prestan empresas especializadas.

No escapan a la problemática del riesgo los medios masivos de comunicación dado su carácter simultáneo e instantáneo que seleccionan arbitrariamente al delito por su modalidad carácter dramático, por ejemplo, que lo presentan como espectáculo, generando acostumbamiento respecto de su acaecer, que se refiere a ciertos menores, como los chicos de la calle, como objeto de estigma, e irrecuperabilidad, desconectado a la sociedad de su suerte y problemas.

La presencia de conductas violentas es sinónimo de ausencia de control impulsivo lo que facilita la posibilidad del abuso, ya que la violencia física puede ser utilizada para someter a la víctima, al maltrato físico de parte del agresor la coloca en una situación tal de vulnerabilidad por encontrarse totalmente desprotegida.

Cuando un niño es violado por un extraño los daños son grandes, pero cuando es violado por su propio padre, el sufrimiento es mucho mayor.

“La agresión que sufren las niñas o los niños por los adultos que los utilizan sexualmente, dejan secuelas imborrables y destrucción más allá del daño

⁷¹A la vista de tanto embarazo precoz, el Hospital de Maternidad decidió crear el Programa de Atención para Adolescentes en 2005. El programa también es un filtro para identificar aquellos casos donde hay indicios de abuso sexual,

*físico. Este daño o conjunto de secuelas tiene relación directa con el terror, el sentimiento de traición, el estigma y la sexualización traumática*⁷².

Nuestra sociedad es violenta, y la niñez es el objeto más vulnerable, debido al incipiente grado de desarrollo humano que ha alcanzado. Tal estado no le permite hacer uso de su libertad sexual y de allí que la doctrina penal hable que es estos casos lo que se busca proteger penalmente es la indemnidad sexual de los menores de 15 años.

El grupo más afectado ésta entre los 5 y los 14 años. Los agresores son adultos conocidos por las víctimas: padres, padrastros, tíos, abuelos, primos o vecinos. Y según reportes el 5% de casos, de violaciones sexuales son cometidas por la delincuencia.

En San Salvador, más del 82 por ciento de las víctimas de violación sexual son infantes. Los menores de edad son el blanco de los violadores. *“Algunos especialistas de la Fiscalía General de la República (FGR) y del Instituto de Medicina Legal (IML) aseguran que no hay un perfil definido de una víctima de este delito y que existe violación a toda edad*⁷³. Pero las estadísticas señalan que la violencia sexual es un mundo donde la pedofilia manda.

Si bien las niñas son las que más sufren los embates de la violencia sexual, lejos de lo que se piensa tradicionalmente, los niños también figuran escandalosamente en este tipo de delitos.

⁷²También podemos decir que la violación es una forma de control y sometimiento que usa el sexo como herramienta para dominar y para hacer daño, lesiona el derecho al respeto, la libertad y la integridad física y moral de la persona que sufre la agresión, es un acto en el que un individuo reduce a un estado de indefensión a su víctima, mediante coacción física o psicológica, para acariciar sus zonas erógenas, tener acceso carnal y satisfacerse sexualmente.

⁷³Según el Instituto de Desarrollo Integral de la Mujer, Cada seis horas y 46 minutos violan a un menor de edad en el país, un 70% sobre menores de edad.

En el seno familiar, el 95% de las violaciones, son cometidas por padres, padrastros, tíos, hermanos, cuñados y amigos.

En nuestro país según datos estadísticos, seis niños son abusados al día. Y pasa muchas veces antes de que la vejación sea denunciada. En la mayoría de los casos, los atacantes son familiares.

Al menos seis menores de edad son víctimas a diario de abusos de tipo sexual, según las estadísticas que manejan la Fiscalía General de la República y la Policía. Las violaciones y las agresiones sexuales en contra de niños, que aún no llegan a los 10 años, encabezan los registros de este tipo de delitos, en la que, según las mismas autoridades son los familiares de las víctimas los identificados como agresores.

“Según las últimas estadísticas reportadas por la Fiscalía General de la República, en el primer trimestre de lo que va del año se han reportado, en el área de San Salvador 125 casos iniciados, treinta y dos casos procesados de violación sexual. Haciendo un total de 577 casos reportados, 185 casos procesados de violación sexual.

En los casos de violación sexual en menor e incapaz se han reportado 222 haciendo un total del 39% de caos reportados a la Fiscalía General de la República”⁷⁴.

⁷⁴ Los caso de violaciones en menores e incapaces nos indica el incremento masivo en el último año de vulnerabilidad de este bien jurídico que es la indemnidad sexual de los más vulnerables los menores, que necesitan de nuestra protección y de una normativa eficaz para evitar el aumento de victimas.

CAPITULO II

EL SUJETO ACTIVO Y PASIVO DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL EN MENOR E INCAPAZ

2.1. Generalidades del Sujeto Activo, 2.1.1. Características del Sujeto Activo, 2.1.2. La Mujer como Sujeto Activo, 2.1.3.El Incesto Agravante Especial de Violación Sexual, 2.1.3.1. Causas del Incesto, 2.1.3.2. Consecuencias Del incesto, 2.1.4. Uso de Fuerza o Intimidación, 2.1.5. Inimputabilidad del Sujeto Activo, 2.2. El Sujeto Pasivo, 2.2.1. Consentimiento del Sujeto Pasivo.

2.1. GENERALIDADES DEL SUJETO ACTIVO

El sujeto activo del delito de violación puede ser el propio padre de la víctima, el abuelo, el primo, el tío o cualquier otra persona allegado y conocido o desconocido por la familia de la víctima quien ha sido violado sexualmente, aunque cabe señalar que no solo el hombre puede ser sujeto activo sino que también la mujer, según reportes en nuestra país en la mayoría de los casos quienes abusan sexualmente de los menores son aquellas personas que tienen la obligación de protegerlos y que están al cuidado y tutela de estos menores que sufren el trauma de ser víctimas de violación sexual. *“Sin dejar de lado el incremento de casos de violaciones por parte de aquellas personas allegados y conocidos de la familia de la víctima, a quien le han brindado toda la confianza y abierto las puertas de la casa para que esta se sienta en confianza, sin percatarse de las intenciones con las que se acerque ganando la confianza de los familiares de la víctima”*⁷⁵. Cuando el sujeto

⁷⁵ A diario en el país, se reportan denuncias por el delito de violación en menor e incapaz, actos que son cometidos, por sus propios progenitores, por personas que tienen a su cargo el cuidado y velar por el bienestar de los menores, por los parientes más cercanos o por personas allegadas al grupo familiar; personas que vemos circulando libremente por las calles.

activo reúne una de las cualidades mencionadas en el párrafo anterior, la ley al respecto no menciona nada, en este caso podemos ver el vacío legal que existe en la normativa penal salvadoreña, ya que no hace referencia a la calidad del sujeto activo del delito de violación sexual en menor e incapaz, ni menciona una agravación del delito, para aquellas personas que violan sexualmente a los menores que tienen a su cuidado o guarda, es de suponer, que por el hecho de ser violación en menor e incapaz, ya este delito es considerado agravado, por que se aprovecha de un indefenso que no tiene la resistencia física ni psicológica para oponerse y defenderse de una violación sexual.

En base a lo anterior diciendo que *“comete el delito de violación sexual aquella persona que con violencia o grave amenaza, obliga a un menor a tener acceso carnal por vía vaginal, anal”*⁷⁶.

En el caso de los menores de edad la situación cambia según la normativa penal de nuestro país, ya que las relaciones sexuales realizadas entre un mayor de edad y un menor de 15 años se conocen como Violación Sexual en menor e incapaz, es decir en este caso ya no importa que haya violencia o amenaza para la comisión del delito, incluso no importa que haya consentimiento o no, ya que en estos casos la voluntad de los menores de edad no importa. En caso de los menores, la voluntad del menor se toma en cuenta que esta no haya sido viciada o motivada por las promesas engañosas. En términos generales diremos que para que halle violación en persona enajenada, el sujeto se aprovecha de la incapacidad del sujeto

⁷⁶CREUS, CARLOS, *Derecho Penal Parte Especial*, 1ªed., Argentina, 1983, p. 67. Para que haya violación sexual es necesario que haya violencia en el cuerpo de la persona o haya grave amenaza, obligando a la persona de esta manera a tener relaciones sexuales sea esta por vía anal o vaginal. En el caso de los menores de edad la situación mencionada no es necesario ya que no es necesario la violencia o amenaza en la persona víctima de esta clase de delitos.

pasivo para alcanzar el acto sexual y conseguir el acceso carnal con base en esa incapacidad.

2.1.1. CARACTERÍSTICAS DEL SUJETO ACTIVO

El perfil del sujeto activo es difícil de definir, pero frecuentemente son hombres menores de 35 años, y contrario a lo que pueda pensarse, sin elementos negativos que predominen en el análisis social de su comportamiento.

Las edades de mayor riesgo ente los menores son las que definen al pre adolescente y adolescente en su primera etapa. Los expertos piensan que es más frecuente el abuso en niños y niñas entre los 10 y 13 años de edad, porque su desarrollo físico los empieza a asemejar a un adulto, aunque psicológicamente su desarrollo es incompleto y no les permite comprender la magnitud de un hecho de maltrato, ni defenderse.

“En la edad adulta el maltrato suele ocurrir en la etapa más jóvenes, entre los 20 y 40 años de edad, lo que no excluye edades mucho más allá de los cincuenta y sesenta años”⁷⁷. Durante la etapa de juventud el riesgo es mayor, porque la mujer comienza a relacionarse social y sexualmente, y a convivir en pareja es un acto que atenta contra las costumbres sexuales de la sociedad en la que el individuo vive, ofende principalmente porque genera ansiedad entre los miembros de esa sociedad.

⁷⁷Ponencia sobre la *Valoración Psicológica de los Agresores Sexuales*, publicado por la Universidad de Valencia, España. El violador por lo general ha tenido padres o tutores muy opresivos y cortantes en el tema sexual, así mismo el sujeto se ha visto expuesto a enseñanzas que desvirtúan completamente el acto sexual internalizando en su holística a la víctima como un objeto sobre el cual puede descargar sus represiones y liberarse en cierto modo de su Yo reprimido sexualmente. Asimismo el violador tiene dificultades para conquistar por medios habituales a sus víctimas pues les aterroriza el rechazo del sexo opuesto o de su mismo sexo.

Para comprender la conducta delictiva del sujeto activo, se deben tener algunos datos acerca de la vida del delincuente; su historia muestra desintegración familiar, falta de supervisión y carecía de afecto y cuidados, rodeados durante la infancia de condiciones muy poco favorables. Estas dan lugar a características sádicas y dominantes. Muestran gran inseguridad, lo que hace que su comportamiento sea tímido, retraído, inhibido, esto genera fallas en la comunicación interpersonal y desconfianza.

Su pensamiento es de tipo obsesivo con contenidos sexuales y tiende a ser ilógico ya que tiene una personalidad inmadura y conflictiva. Su afectividad posee un grave trastorno que parte de su conflictiva sexual, es dependiente, de baja autoestima y la angustia que proyecta está manifestada por la necesidad de controlar sus impulsos sexuales y no poder hacerlo. *“Presenta alteración de la consciencia y niega sus conflictos y comportamiento asóciales y agresivos”⁷⁸*. Por lo general disminuye su culpa atribuyendo el ataque sexual a su víctima. Su atención y percepción están fuertemente influidas por el contenido sexual de su problemática.

Es por ello que en el entorno social se hace esta diferenciación de violadores:

1. Violador Preferencial Seductor: Pretende la acción sobre el niño a través de la seducción, el convencimiento y la manipulación del menor. Precisa de

⁷⁸Ponencia sobre la *valoración psicológica de los agresores sexuales*, publicado por la Universidad de Valencia, España. No existe un perfil exacto del violador sexual no se le distingue a simple vista, pero reproducen algunas características que sí resultan significativas. Por ejemplo, su acercamiento a los niños suele ser físico. Tras un primer contacto cuidadoso, para no asustar ni levantar sospechas, comienzan a coger al menor, abrazarlo y mirarlo. Les invitan opresivos y cortantes en el tema sexual, así mismo el sujeto se ha visto expuesto a enseñanzas que desvirtúan completamente el acto sexual internalizando en su holística a la víctima como un objeto sobre el cual puede descargar sus represiones y liberarse en cierto modo de su Yo reprimido sexualmente. Asimismo el violador tiene dificultades para conquistar por medios habituales a sus víctimas pues les aterroriza el rechazo del sexo opuesto o de su mismo sexo.

un cierto grado de complicidad o silencio por parte de su víctima. Suelen escoger a niños/as de su entorno inmediato: hijos, nietos, sobrinos, alumnos.

2. Violador Preferencial Directo: Está integrado en la sociedad, pero se distingue del grupo anterior porque no necesita repetir el abuso sobre el mismo niño/a.

3. Violador Preferenciales Violentos: Buscan a sus víctimas tanto entre niños de su entorno como fuera de él. Su objetivo no es la conquista del menor ni nada parecido, sino la agresión sexual y la violación. Éstos pueden matar a sus víctimas.

Pero aunque no existe un perfil exacto del violador sí podemos establecer un retrato a partir del estudio de los que ya han sido detenidos:

“1.- En más el 90% de los casos se trata de varones.

2.- En el 70% de los casos superan los 35 años de edad.

3.- Suele tratarse de profesionales cualificados.

4.- Con frecuencia buscan trabajos o actividades que les permitan cercanía con niños.

5.- Su nivel social es medio o medio alto.

6.- En el 75% de los casos no tienen antecedentes penales.

7.- Su nivel de reincidencia es altísimo, aun después de ser descubiertos y condenados.

8.- No suelen ser conflictivos en la cárcel y muestran buen comportamiento ya que en la cárcel no hay niños.

9.- No reconocen los hechos ni asumen su responsabilidad.

10.- Normalmente tienen una familia a su cargo, y con frecuencia hijos pequeños.

11.- En más del 30% de los casos se trata del padre, el tío o el abuelo de la víctima⁷⁹.

La forma en que el sujeto activo actúa es de la siguiente forma:

“1º. En las salas de juegos recreativos. Algunos frecuentan estas salas para, después de seleccionar a un menor, ofrecerse a pagarle algunas partidas o retarle a jugar contra él. Los abusos no se producen en el primer encuentro, ya que los violadores normalmente intentan ganarse primero su confianza. Otros prefieren invitar al menor a una hamburguesa o se ofrecen a llevarle al cine.

2º. Las zonas marginales. Algunos prefieren frecuentar zonas deprimidas para buscar niños o adolescentes desatendidos o con muchas carencias. Les ofrecen entonces algún tipo de trabajo y les aseguran dinero fácil.

3º. Discotecas. Algunas redes de tráfico de menores captan menores utilizando a otros que actúan de ganchos. Normalmente se trata de un hombre que intenta seducir a una adolescente para después llevarla engañada hacia un coche o piso donde espera el proxeneta. También pueden utilizar a otra menor amenazándola de muerte o violación⁸⁰.

⁷⁹A los niños se les enseña que deben ser agradecidos y corresponder a los adultos (por educación) y los violadores se sirven de esta circunstancia. Buscan estar a solas de alguna manera con el niño o la niña para ir a más. Los violadores de niños siempre quieren más. Muchos de ellos tienen un nivel bajo de autoestima y se sienten mucho más seguros con los menores.

⁸⁰Ponencia sobre la *valoración psicológica de los agresores sexuales*, publicado por la Universidad de Valencia, España. Los violadores actúan de diversas maneras para conseguir niños y niñas, con la finalidad de abusar de ellos, integrarlos en una red de prostitución infantil o para elaborar pornografía. Conocer su forma de actuar es fundamental para mejorar la seguridad de los menores. Tanto los padres y educadores como los niños deben conocerlas.

2.1.2 LA MUJER COMO SUJETO ACTIVO

Este apartado tiene por finalidad exponer el problema sobre la determinación del sujeto activo del delito de violación, examinar las posiciones doctrinarias al respecto y los fundamentos esgrimidos para sustentarlos. Fuera de tomar partido por la posición del hombre como único sujeto activo y señalar los argumentos aducidos para su defensa, se plantea el problema de un posible vacío legislativo en relación a la conducta de quien se hace acceder, la cual no estaría cubierta por ningún tipo penal, fuere violación o abuso sexual, incurriendo la doctrina en un equívoco al pretender hacerla subsumir en alguno de estos tipos penales señalados.

Durante mucho tiempo se creyó que el abuso de mujeres sobre menores era raro y se daba uno en un millón y que de esta forma se pensaba que el sujeto activo en la mayoría de caso era el hombre. *“Variada son las razones de la dimensión de mujeres abusadoras, y es que primeramente se cuestiona el instinto materno en cuanto a la naturalidad y sabiduría biológica con que se relaciona con el niño; por otro lado, no se deja parada la adicción de que los hombres son los que abusan de los niños por su descarga emocional animal, ya que se supone que la mujer es menos impulsiva en sus deseos sexuales”⁸¹.*

Otra razón por la que se sostiene que las mujeres abusan de los niños, es que también no es muy común el relato de estos, y se trata en lo común de un acercamiento de la mujer hacia los varones. Los varones son más menos propensos a contar actos de victimización ya que se espera que sea fuerte y

⁸¹De qué manera puede abusar la mujer ya que existe abuso y violación por la mujer, y es difícil imaginar una mujer que no tiene pene abusando de un niño. Sin embargo si se escuchan los relatos de las víctimas, la mujer puede someter a un niño a la misma gama abusiva que un hombre.

debe defenderse y se supone que el varón puede sentirse emocionado por atraer a las mujeres y despertar emociones sexuales.

La mujer que abusa sexualmente de menores, habitualmente estadísticamente quienes abusan de niños el mayor porcentaje es sobre varones el porcentaje *“de este abuso es de un 90% a 95%, es decir, en el caso de abuso de mujeres es del 5% al 10%. Para algunos el 5% de niñas son abusadas por mujeres adultas, mientras que el 20% del abuso del menor es perpetrado por mujeres”*⁸². Según estudios realizados hace varios años 1990, señala que los hombres que fueron victimizados de una relación sexual por una mujer no mostraban ningún rechazo o apatía. En cambio se sintieron aterrizados los victimas de homosexualismo, es así como según estos datos las características principales de las mujeres abusadoras son:

- 1) La edad promedio es de 26 años, y según estudios oscila entre 16 y 36 años, en cambio los hombres comienzan a una edad temprana y prosiguen.
- 2) Suelen conocer a la víctima, eligiendo a los vecinos, amigos, adolescentes, niños dejados a su cuidado.
- 3) El tipo de actividad varia, juegos sexuales anal, genital, oral, pornografía.
- 4) Fueron abusadas sexualmente, en algún momento de su vida, ya sea en la niñez o adolescencia.
- 5) No utilizan la violencia y cuando lo hacen son menos violentas que los hombres.
- 6) Amenazan menos a la victimas para que mantengan el secreto.

⁸²INTEVI, IRENE, *Abuso Sexual Infantil*, s/e, México, 1998, P. 125. Es natural que en los varones, la familia decide la edad de iniciar relaciones sexuales y lo lleven a una prostituta para que este tenga su primera experiencia sexual.

Llegando a la conclusión que existen diferentes tipos de abuso que la mujer realiza en un menor como lo son:

“A) La maestra-amante: no considera abusivo su actuar y considera a la víctima como pareja adecuado, más que todo la experiencia es en los adolescentes pensando que la experiencia sexual es para ambos.

B) La abusadora predispuesta-intergeneracional: actúa sola y abusa de los niños de su propia familia.

C) La coercionada por un varón: son mujeres pasivas y sometidas en sus relaciones interpersonales, son familias en donde el hombre consigue el dinero de la casa, bajo el temor acceden actos sexuales propuestos por el varón”⁸³.

Los antecedentes legislativos salvadoreños indican una posición legislativa acerca que solo el hombre puede ser sujeto activo; la lectura de capítulos de los delitos relativos contra el pudor y la libertad sexual del Código de 1973 determina una clara posición legal de considerar al hombre en sentido estricto como único sujeto activo del delito descartando a la mujer cuando da a entender a la mujer como único sujeto pasivo ya que se encontraba regulado de la siguiente manera: Título III delitos contra el pudor y la libertad sexual Capítulo I violación, estupro, abuso deshonesto y rapto.

Figurando en el Artículo 192 el que tuviere acceso carnal con mujer ejerciendo sobre ella la violencia física o moral necesaria y suficiente para lograr tal propósito, será penado con prisión de cinco a diez años.

Artículo 194 *“es violación impropia el acceso carnal realizado por varón en otro varón o en mujer por vaso indebido, si concurriere cualquiera de las*

⁸³INTEVI, IRENE, *Abuso Sexual Infantil*, s/e, México, 1998, P. 128. En nuestra sociedad no es muy frecuente que la maestra se enamore del alumno y viceversa, aunque en algunas sociedades esta práctica se da muy frecuente y es el caso de los Estados Unidos en donde con frecuencia se ve en las noticias que la maestra se involucra sexualmente con el alumno.

*circunstancias de la violación. En estos casos la pena será de 4 a 8 años de prisión*⁸⁴.

En base a la legislación penal salvadoreña actual diremos que en principio pueden ser sujeto activo de violación tanto hombres como mujeres, pues como se considera al hacer mención a la conducta típica, la definición de esta como acceso carnal por vía vaginal o anal, permite castigar tanto la conducta del varón que, mediante violencia, consigue el acceso vaginal con una mujer o el acceso anal con una mujer o con un hombre, como la conducta de la mujer que, con violencia, obliga a un hombre a tener con ella acceso vaginal o anal o la de un hombre que, con violencia típica, obliga a otro hombre a tener con él un acceso anal.

El sujeto activo de la violación puede ser tanto el hombre como la mujer, lo cual parece adecuado dentro de un estado moderno y pluralista, *“según sostiene BRAMONT ARIAS LUIS es posible concebir una violación de una mujer hacia un hombre, no importa la condición del sujeto activo ya que este puede dedicarse incluso a la prostitución, si hay violencia y amenaza, siempre habrá violación”*⁸⁵.

Para algunos autores el acceso carnal supone sólo la introducción del pene, con exclusión de objetos o extremidades o prolongaciones corporales lengua, dedos, Otros en cambio amplifican la figura de violación, considerado igualmente como acceso carnal la relación sexual de la mujer, al hacerse

⁸⁴ La admisión de una mujer como actor directo en una violación constituye un criterio con tendencia a ser admitido, aunque existen muchos autores que rechazan esta postura ya que probablemente resulte poco concebible admitir a la mujer como sujeto activo, por lo que la redacción de un tipo penal debe ser lo suficientemente flexible como para poder dar cabida a supuestos de relaciones sexuales no consentidas amparando la libertad de cualquier persona sin distinguir el sexo.

⁸⁵ DONNA, E. A, *Derecho Penal Parte Especial*, 2ªed., Argentina, 2001, p. 404. Entre muchos autores existe una polémica en cuanto a si la mujer puede ser sujeto activo del delito de violación, unos se inclinan en la postura que la mujer no puede violar a un hombre, es de recalcar que en los últimos tiempos esta postura a cambiado ya que la mayoría de autores se inclina en afirmar que la mujer puede ser sujeto activo sin importar la condición en la que se encuentre.

invadir por sus cavidades o al disponer sexualmente de otra persona del mismo género.

“GARRIDO MONTT MARIO sostiene que el sujeto activo de violación puede ser tanto el varón como la mujer. Fundamenta su posición en la acepción que da al término acceso carnal, donde estima que aquel involucra activamente los órganos que biológicamente están destinados al orgasmo”⁸⁶. Es obvio que el hombre, bajo esta consideración es sujeto activo. Pero además y dado que la mujer dispone también de dichos órganos puede perfectamente ser sujeto activo.

Entonces, y según el razonamiento del jurista, este artículo no sólo extiende la situación al lesbianismo, y como dicho artículo habla de acceso carnal, se entiende que puede acceder carnalmente también una mujer. Agrega a lo disertado, un argumento gramatical y uno de historia fidedigna. En cuanto al gramatical, la expresión el que, el atribuye el significado de representar un sujeto genérico, y por ende, incluiría a la mujer. En cuanto a la historia, recurre a ella, aduciendo que era intención del legislador demostrada en el relato fidedigno de la constitución de la ley, el incluir a la mujer como sujeto activo del delito.

El centro de las expresiones del autor, para la precisión de acceso, es la palabra orgasmo y no excitación, lo cual podría conducir a equívoco. Pero se utiliza ya que, para él, sólo los órganos que biológicamente están destinados al orgasmo y que sean del hechor y se comprometan en una relación

⁸⁶ no se debe limitar la expresión de acceder a penetrar con el órgano viril comprendiendo cualquier clase de acceso carnal, bajo la condición que el acceso esté destinado al orgasmo sexual de quienes intervengan corporal y personalmente en el hecho, siendo suficiente el sentido direccional del comportamiento, aunque no es necesario que el orgasmo se concrete.

susceptible de satisfacer el concepto de cópula carnal, señalan el significado de acceso.

Esto tiene por consecuencia dos cosas: *“a) se excluyen las extremidades y prolongaciones corporales, pero por razón diversa a la opinión de la mayoría de la doctrina quienes los excluyen por asimilar el concepto de acceso como introducción del pene únicamente, en cambio en el autor lo sostiene porque éstos no serían órganos biológicamente constituidos para el orgasmo; b) el sujeto activo podría ser una mujer y aún las relaciones lésbicas satisfaría el acceso carnal señalado por la ley”*⁸⁷.

CARNEVALI RODRÍGUEZ RAÚL, considera igualmente que la mujer es sujeto activo del delito de violación, pero por razones diversas al autor anterior. Señala que para llegar a esa conclusión es necesaria la interpretación pero no con un criterio formalista, basado en la gramática legal, sino más bien en un criterio teleológico, teniendo en vista el fin de la ley, lo cual es posible deducirlo si se tiene en consideración el principio político-criminal de la protección a los bienes jurídicos.

El autor fija sus ojos, como primer argumento, en la conducta de la violación del menor de 14 años por una mujer para definir su concepto. Así, la mirada se debe centrar en el bien jurídico protegido respecto de este delito, que para él es la libertad sexual potencial o futura del menor. De considerar la penetración masculina de un sujeto activo como violación y no comprender a la mujer como sujeto activo, los bienes jurídicos tutelados recibirían una

⁸⁷GARRIDO MONTT, MARIO, *Derecho Penal*, Tomo III, Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p 351. Ciertamente es difícil imaginar aunque no imposible, un acceso carnal con sujeto activo femenino y sujeto pasivo masculino conseguido mediante fuerza e intimidación, pero desde luego, es perfectamente imaginable y realizable el acceso carnal entre los mismos sujetos cuando el sujeto pasivo masculino es un enajenado o un menor. Desde luego la restricción del círculo de posibles sujetos activos del delito de violación en menor e incapaz puede ser discutido desde diferentes puntos de vista.

desigual protección. “Fuera de esto señala que quienes piensan que esta última conducta habría que relegarla a constituir un abuso sexual y consideran a su vez que la penetración es acceso carnal, pero en el caso del varón menor de 14 años que ha tenido relaciones sexuales, existiría penetración por introducir el pene en alguna de las cavidades señaladas, no pudiendo ser ya abuso sexual

Desde el punto de vista gramatical se puede entender que la expresión acceso carnal permite que la mujer sea sujeto activo en el sentido de protagonista, del mismo. Desde este punto de vista puramente gramatical o lingüístico, tanto la mujer como el hombre son, al mismo tiempo, sujetos activos, protagonistas, de la relación sexual que mantienen.

Según DONNA EDGARDO ALBERTO, “existe también discrepancia de quien puede ser autor material ya que se afirma que únicamente lo puede ser el hombre, ya que se trata de un delito de propia mano. Consecuente con esta idea, sujeto activo solo puede ser un hombre, ya que es el que posee como es obvio el miembro viril que sirve para la penetración”⁸⁸.

En el caso de la mujer el tema pasa por la imposibilidad de acceder carnalmente a otra persona esto es, la incapacidad de penetrarla, aunque se afirma que esto sería posible en el caso de una deformación del órgano sexual de la mujer clítoris hipertrofiado.

⁸⁸ CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL, *"La mujer como Sujeto activo en el Delito de Violación. Un problema de interpretación teleológica"*, en Gaceta Jurídica, 2001, p. 14. Pero en Derecho Penal por sujeto activo se entiende la persona que realiza materialmente la acción típica del delito. Y es una cuestión valorativa no puramente gramatical, decidir si en el delito de violación debe incluirse a la mujer como sujeto activo del mismo. La ambigüedad de la expresión empleada en el Artículo 159 admite prácticamente todas las posibles combinaciones: hombre y niña, hombre-niño, mujer-niño.

El problema se suscita en los casos en que la mujer actúa como actor mediato, esto es, valiéndose de un inimputable o de alguien que actué con error en estos casos si la violación es un delito de propia mano.

Pero otros autores han manifestado una posición intermedia ya que si bien afirma que solo el hombre puede ser autor del delito de violación basado en que conceptualmente solo el hombre penetra, ya que la mujer puede cometer la violación de un varón menor de quince años de edad mediante las debidas excitaciones, mientras que para. *“Soler desde una posición más tradicional en la doctrina argentina afirma que solo el hombre es autor y que una mujer puede cometer actos impúdicos como sujeto activo, pero esos actos serán ultrajes al pudor o serán corrupción”*⁸⁹.

La jurisprudencia salvadoreña, señala la conducta típica de violación “exige la concurrencia de un sujeto activo que puede ser cualquier persona del sexo masculino, dicha conducta se refiere a la realización del acceso carnal por vía vaginal o anal con menor de quince años de edad, con persona enajenada mental, en estado de inconsciencia o a la que se le haya incapacitado para resistir. Se entiende el acceso carnal como el acto de introducir el órgano genital masculino en la vagina o el ano del sujeto pasivo, ya sea de forma total o parcial; es posible la tentativa cuando el agente activo da comienzo a la ejecución del delito mediante actos apropiados, pero por causas extrañas a este no logra la penetración o el pene no supera el portal

⁸⁹CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL, *“La mujer como sujeto activo en el delito de violación. Un problema de interpretación teleológica”*, en Gaceta Jurídica, 2001, p. 13. Agrega que de seguir este razonamiento, si la mujer fuerza a tener relaciones sexuales a un varón, sería una conducta atípica. De ahí que concluya que es violación "Aquel acto de haber accedido carnalmente a alguna de las cavidades, es decir, el que se haya introducido el órgano sexual masculino ya sea en la vagina, ano o boca Por ende, el sujeto activo es quien efectúa la acción de penetrar o dirigir la penetración hacia ella, que en el evento, puede ser como sujeto activo una mujer.

himeneal, o los esfínteres anales en su caso, es decir no logra realizar el acceso carnal. El sujeto pasivo también puede ser cualquier persona hombre o mujer, menor de quince años de edad. Este delito tiene la característica de ser considerado como de mera actividad, en los que no es posible apreciar un resultado material verificable a través de los sentidos⁹⁰.

2.1.3. EL INCESTO AGRAVANTE ESPECIAL DE VIOLACIÓN SEXUAL

Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza: esta agravante aplica por razón de la cálida personal del sujeto activo y en ella se comprenden dos supuestos amplios: primero, que el sujeto activo tenga alguna autoridad sobre el menor por cualquier posición, por ejemplo, es su padre o tutor, segundo, que el sujeto activo hubiese realizado actos para lograr la confianza del menor y valiéndose de ésta, practica el acto sexual u otro análogo.

De ahí que en relación con este último supuesto, se firme que la razón de esta agravante se encuentra en el temor reverencial o en el vínculo de subordinación que liga al menor con el sujeto activo. El Incesto lo constituyen todas las relaciones sexuales entre personas consanguíneas o afines, a quienes la ley prohíbe contraer entre sí matrimonio válido.

⁹⁰SENTENCIA EMITIDA POR EL TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, PROMULGADA EL DÍA 3/02/2005, NUMERO DE EXPEDIENTE 0302-92-2005. Así mismo es un delito que la doctrina del Derecho Penal ha calificado como de acción y de propia mano, la primera clasificación en razón que no es posible su realización por omisión propia e impropia, ya que no existe un deber de actuar que deba exigirse, y no es posible apreciar una posición de garante; la segunda clasificación se debe a que solamente quien está en condiciones de realizar el acceso carnal puede configurarse como sujeto activo, de ahí que tal supuesto es imposible sin la concurrencia del órgano genital masculino, dotado de sus funciones sexuales naturales.

Existen casos donde el padre, padrastro, abuelo o tío de la víctima es el propio violador, por lo cual el delito también es incesto. Usualmente en estos casos, la víctima es menor de edad y el abuso le deja marcadas consecuencias emocionales y sexuales.

“El termino incesto deriva del latín vinculum, de vincere atar, significa atar o unión de una persona o cosa con otra”⁹¹.

El miedo al incesto es una restricción universal o la libertad del matrimonio aunque las definiciones de incesto han variado mucho a lo largo de la historia. En la mayoría de los casos, la prohibición se extiende a madre e hijo, padre e hija y a cualquier descendiente de los mismos padres.

2.1.3.1. CAUSAS DEL INCESTO

Las principales causas del incesto son las que a continuación se mencionaran:

- a) Una de las causas del incesto es la violación, son figuras que van de la mano, las cuales se inician con toques no sexuales como son friccionar la espalda, forcejeos inapropiados, terminando en caricias sexuales. Puede terminar o no en penetración.
- b) Otra de las causas de incesto es la violencia familiar, la cual trae como consecuencias daños físicos, morales y psicológicos.

⁹¹LÓPEZ-ZEA, AURELIANO, *Manual de Psicología Infantil*, s/e, México, P. 951. El incesto ocurre en todo tipo de familia e inicia antes que el menor entienda el aberrante hecho. El perpetrador se vale de su autoridad y confianza para convencer a su víctima diciendo que es para su propio desarrollo personal. El sentimiento de culpabilidad y miedo producido por el abuso sexual de un extraño, puede ser aliviado por los familiares y cuando una persona es víctima de incesto, la familia no interviene a su favor.

c) Otra de estas causas es la falta de cariño y atención debida a cada uno de los miembros de la familia; lo que puede ocasionar la obsesión afectiva por algún otro miembro de la familia.

d) La falta de pareja por parte de una persona puede ser causa de incesto debido a que algunas veces esta tiene baja autoestima y se refugia en un pariente con el cual puede involucrarse sentimentalmente.

e) El descuido de los padres hacia sus hijos es una causa de incesto, en donde el perpetrador, generalmente es un adulto que esta al cuidado de la víctima, el mártir es especialmente un infante, un pequeño que no se da cuenta de los progresos sexuales de su protector, esencialmente si el consumidor solo desea mostrarle carió y afecto.

“La victima del incesto usualmente guarda el silencio, sin buscar ayuda, por el abuso y las persistentes amenazas”⁹².

2.1.3.2. CONSECUENCIAS DEL INCESTO

Desde la antigüedad se cree que las estructuras familiares muy cerradas y endogamias producen descendientes a menudo muy débiles y enfermos. Esta realidad ha sido confirmada por la ciencia genética, sobre todo en el caso de la presencia dentro de un grupo familiar de varios genes recesivos, cuya combinación reiterativa puede ser extremadamente perjudicial.

⁹²MARTÍNEZ, J. A, *Delitos Contra el Menor y la Familia*, s/e, Chile, 1986, p.414. La víctima es normalmente estigmatizada, siendo la sociedad tendencia a acusarla directa o indirectamente por provocar la violación. Ella se siente impotente y incluso para delatar al violador, quien suele a menudo ser alguien ya conocido, y se siente muy culpada y temerosa de represalias. Puede muchas veces creer que la violación no fue una violación, sino que fue una actitud por ella permitida y de su responsabilidad. Tal actitud dificulta a que se delate el crimen. Los sentimientos de baja autoestima, culpabilidad, vergüenza, temor, tristeza y desmotivación son corrientes. La idea del suicidio también puede empeorar el cuadro.

Las enfermedades que se producen en sus descendientes son irreversibles y son las personas que más sufren el rechazo de la sociedad debido al estado en que se encuentran. Al respecto *“Golden define al incesto como la unión carnal entre dos personas de diferente sexo ligados por vinculo de parentesco que impiden el matrimonio entre ellos. La violación efectuada por el propio padre de la victima debe reflejarse en la resolución consecuyente, la que debe entenderse como la retribución penal al daño irrogado, abstracción hecha de la consideración de otras causales, concurrentes al ilícito cuestionado”*⁹³.

Cuanto más se ejercite el derecho de defensa, mas afianzada resultara la pena que se imponga la que deberá armonizar con el examen desapasionado de los hechos y su autor; no solo gravita la repulsa moral si no el relajamiento de la efectividad y espiritualidad a cargo del sujeto activo, con desconocimiento de los más elementales principios que deben regir una relación padre hijo de tal especial naturaleza.

La falta de oposición de resistencia de la victima que sucumbe a los escrúpulos que la relación le pueda merecer tiene su antecedente o causal de explicación en el temor que el agente puso provocarle a la amenaza de males mayores, de no someterse al ayuntamiento exigido por el propio progenitor; puede tener por precedente la paralización que le provocara la

⁹³MARTÍNEZ, J. A, *Delitos contra el Menor y la Familia, s/e*, Chile, 1986, p415. La víctima se ve sometida al ultraje por el avasallamiento de libertad que genera su propio padre quien la obliga al acoplamiento incestuoso y racional. La violencia sea física o moral no se dejara de manifestar para convertirse en el centro motivador de un acoplamiento atípico. cuando la consumación pueda ser conceptuada como irreversible no cabe eximentes o presupuestos justificatorios para liberar al violador de una pena rigurosa, cuya severidad no podrá minorarse cuando sobrevenga la muerte de la víctima. Y se produce la violación por parte del padre sobre la propia hija y se canaliza u orienta para la posterior muerte de esta, sin hesitaciones deberá absolverse la conciencia del juzgador y sociedad con la imposición de la pena máxima y a cuyo arbitrio deberá recurrirse sin apelación a atenuantes que solo podrán convalidar una conducta amparada en la benignidad, inadmisibile en caso de la ley.

pretensión incestuosa del agente, motivadora no de un sentimiento o conformidad, si no de temor ante un desenlace imprevisible y que ingreso presumiblemente en la ley de grandes riesgos a que puede conducir el desconocimiento de los más esenciales conceptos de familia y convivencia, y donde la promiscuidad puede resultar razón excluyente de tal deplorable, cuanto impensado proceder por parte del sujeto pasivo de la relación.

2.1.4. USO DE FUERZA O INTIMIDACIÓN

El empleo de fuerza o intimidación es el medio necesario para conseguir el acceso carnal, no existiendo violación si la violencia se emplea como medio para excitar o después del acceso.

“La fuerza solo puede ser de carácter físico sobre el otro no sobre otra persona, caso en que podría haber intimidación, es indiferente si la ejerce quien yace a otro, siempre que se venza la resistencia del otro”⁹⁴.

El concepto de fuerza está ligado al de resistencia del otro, ha de ser de tal naturaleza que imposibilite toda resistencia, no es necesario que la fuerza se mantenga durante toda la actividad violatoria ni tampoco que la resistencia se continuada, ello sería absurdo desde el punto de vista de la practica y de la circunstancia de hecho, basta que quede de manifiesto la fuerza y la voluntad contraria. Por eso aun la simple vía de hecho de la propia relación sexual, llegado el caso, es constitutiva de fuerza si hay la voluntad contraria.

⁹⁴ DONNA, E. A, *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo II-A, Argentina, 2001, P 401. Hay violación por fuerza cuando se emplea violencia física con la amenaza de que a mayor resistencia que oponga la victima mayor será la energía física que aplicara el delincuente. No es necesario, por tanto una resistencia continuada del sujeto pasivo que puede, para evitar males mayores consentir el acceso carnal a penal comienzan los actos de fuerza. Desde luego ha de haber una relación de causalidad adecuada entre la fuerza empleada y el acceso carnal.

La intimidación equivale a amenazar, pero a qué tipo de amenaza se refiere el legislador, por ejemplo el padrastro que viola a su hijastra y le manifiesta que si le dice a una tercera persona matara a sus hermanos y madre. *“La intimidación es todo acto de violencia moral idóneo para producir temor en el ánimo del sujeto pasivo en forma tal que este se encuentre obligado a soportar o ejecutar la acción que el agente propone. El temor es razonado y tiene un fundamento ya que es requisito básico de la amenaza”*⁹⁵.

La amenaza según un grupo de autores debe ser inmediata o inminente con relación a la situación de peligro para la víctima de modo que no se dará el delito si dichas circunstancias temporales no ocurren. Otro grupo de autores admite que el mal amenazado sea futuro, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

“La intimidación generalmente se ha tratado de diferenciar de la amenaza, pero en realidad no hay ninguna diferencia estructural. Basar la distinción en el requisito de amenaza e intimidación resulta artificial porque todo intimidación de por sí es respecto del futuro y cualquier precisión al respecto es más aparente que real. La única diferencia que se podría establecer es de carácter cuantitativo en relación a la gravedad”⁹⁶.

⁹⁵DONNA, E. A., *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo II-A, Argentina, 2001, P 404. Representa la amenaza de sufrir un mal grave, injusto, determinado, posible, futuro y dependiente de la voluntad del autor que podrá recaer sobre cualquier bien, persona o interés del sujeto pasivo. El anuncio del mal debe de ser de tal magnitud que intimide a la víctima y que le infunda un miedo que doblegue la resistencia.

⁹⁶BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, 2ªed, Barcelona, 1991, P 116. El mal con que se amenaza debe constituir un delito castigado en el código penal, la gravedad del ataque con que se intimida el sujeto activo debe ser igual a la gravedad de la pena que se asigna a la violación. Constituye violación intimidatoria solo aquellos supuestos en que se amenaza con matar o agredir a un tercero o al sujeto.

La fuerza física comúnmente no es el factor primordial para violar sexualmente a una víctima. Los agresores pueden recurrir a amenazas o a la intimidación para hacer que sus víctimas se sientan atemorizadas o imposibilitadas para detenerlos.

La jurisprudencia salvadoreña señala en cuanto a la *“Violencia. Es un factor determinante en los delitos de violación el utilizar la fuerza en detrimento de la persona menor de edad perjudicada, puesto que se le obliga a realizar el acto de la relación sexual sin su consentimiento, por lo que el agente del delito hace uso de recursos tales como forzar, obligar e imponerse ante el o la ofendida, para saciar sus bajos instintos y vulnerar la Libertad sexual de la víctima, en ese contexto, la violencia puede ser de índole moral o psicológica, cuando se realiza por medio de situaciones amenazantes o intimidantes; y puede ser netamente física, cuando existe forcejeo y golpes con la finalidad de neutralizar la resistencia de la víctima para ejecutar el abuso sexual”*⁹⁷.

2.1.5. INIMPUTABILIDAD DEL SUJETO ACTIVO

Iniciaremos este apartado haciendo mención primeramente de la imputabilidad ya que es el conjunto de condiciones subjetivas que debe reunir el perpetrador de un delito, suponiendo en él la capacidad de conocer

97SENTENCIA EMITIDA POR EL TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, PROMULGADA EL DÍA 1/03/2004. La violencia sexual puede tomar muchas formas; no está limitada a actos de acceso carnal no consentido. La violencia sexual es cualquier acto sexual, intento de logro del acto sexual, comentarios o avances sexuales no deseados o actos de tráficos de la sexualidad, que empleen coerción, amenazas de daño físico o uso de la fuerza, por cualquier persona, sin importar su relación con la víctima, en cualquier ambiente. Las consecuencias físicas y mentales son devastadoras, especialmente para los niños. Tales violaciones pueden asumir la forma de esclavitud sexual, prostitución o matrimonios forzados o mutilación sexual. Las consecuencias para la salud de las víctimas en el largo plazo incluyen las infecciones de transmisión sexual, como el VIH/SIDA, las fístulas, los embarazos prematuros y los traumas psicológicos debilitantes.

y comprender dicha ilicitud para que sea factible colocar en sus manos las consecuencias de su acto.

La inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad, además constituye uno de los temas difíciles en el ámbito penal. *“La mayor parte de las legislaciones consideran que existen cierto número de individuos que por su especial situación de trastorno mental, o sordomudez, deben recibir un trato diferente por parte de la ley al cometer un hecho legalmente descrito. A estos individuos se los denomina inimputables y al fenómeno que los cubija inimputabilidad”⁹⁸.*

La razón por la cual el inimputable no es capaz de actuar culpablemente es que presenta fallas de carácter sicosomático o sociocultural que le impiden valorar adecuadamente la juricidad y la antijuricidad de sus acciones y moderar sus acciones y moderar su conducta conforme tal valoración .

La calidad de inimputable se deriva del hecho de que el sujeto no puede, en razón de tales diferencias, comprender la ilicitud de su actuar, o de que pudiendo comprenderla no es capaz de comportarse diversamente.

La capacidad de los menores no fue siempre valorada en la misma forma. Es difícil saber cuál ha sido la condición jurídica del menor delincuente en la antigüedad, dificultad nacida de la falta casi absoluta de fuentes de Derecho de aquel período histórico.

“Únicamente el Derecho Romano dice, Salomonescu, contiene referencias esporádicas mas no permiten, sin embargo, afirmar la existencia de un

⁹⁸La agravante se funda en el carácter incestuoso de la relación no en la violación de un específico deber de guarda que puede no existir en algunos de los supuestos mencionados particularmente en el de hermanos. Además de las palabras de la ley ese fundamento indica que basta la relación parental para que se dé la agravante no siendo necesario que el autor haya abusado o aprovechado de la situación en lo que lo coloca el parentesco para cometer el hecho.

*sistema propiamente dicho. Todo cuanto puede decirse a este respecto es que existía una diferencia de tratamiento entre el menor y el adulto*⁹⁹. La minoridad como causa de inimputabilidad aparece con carácter científico a mediados del siglo XIX, en el cual se va perfilando un tratamiento distinto para la delincuencia infantil y juvenil. Contribuye a ello una mayor técnica del Derecho Penal, la constitución de una teoría sobre menores que ha rechazado los medios retributivos expiatorios y hasta reprobatorios para obtener su enmienda.

*Capacidad psíquica disminuida “Cuando se dice que la afectación de las facultades mentales del procesado no es total, se entiende que existen condiciones mínimas por las cuales habría podido reconocer la ilicitud de sus actos y evitarlos en consecuencia, por lo que, tratándose de un error vencible, según el Artículo 28 inciso 2º del Código Penal, ello disminuye el juicio de reproche sobre la culpabilidad, debiendo fijarse la pena sobre parámetros menos rigurosos, en atención a las circunstancias de desigualdad que sufre el procesado, lo cual implica que en atención a los principios de proporcionalidad y al de la dignidad humana, el juzgador no debe aplicar la ley con el mismo rigor que corresponde a un sujeto normal si se halla frente a un imputado con una capacidad de comprensión no anulada, pero sí reducida debido a una enfermedad mental debidamente comprobada*¹⁰⁰.

⁹⁹ACEVEDO BLANCO, RAMÓN, *Manual de Derecho Penal*, 2ªed, México, p. 72. Las causas de inimputabilidad son aquellas que si bien el hecho es intrínsecamente malo, antijurídico, no se encuentra sujeto a delito, por no concurrir en él el desarrollo y la salud mental, la conciencia o la espontaneidad.

¹⁰⁰SENTENCIA DE CASACIÓN, EMITIDA POR LA SALA PRIMERO DE LO PENAL, PROMULGADA EL DÍA 21/9/2004. Los elementos objetivos del tipo penal que nos ocupa, viene dado por el dolo, el que según la doctrina es definido como el conocer y querer realizar los elementos objetivos del tipo, pero que en este caso, pese a que estamos ante una persona que según los dictámenes Psiquiátricos y periciales se trata de una persona con retraso mental moderado, ello no le quita la posibilidad de conocer de manera meridiana su

Lo anterior es así, puesto que el determinar la conciencia sobre la ilicitud de un hecho no corresponde analizarse en la categoría de la tipicidad.

Son aplicables según el artículo 94 Pn. las medidas de seguridad a aquellos exentos de responsabilidad penal, entendamos pena- con base en el número 4 del artículo 27 Pn.

Es decir son idóneos para ser tratados por medio de estas “ *los inimputables art. 27 No 4 Pn, que literalmente dice: "No es responsable penalmente: quien al momento de ejecutar el hecho no estuviere en situación de comprender lo ilícito de su acción u omisión, o de determinar se de acuerdo a esa comprensión por cualquiera de los motivos siguientes: a) Enajenación mental; b) Grave perturbación de la conciencia, c) Desarrollo psíquico retardado o incompleto, lo anterior se debe interpretar en consonancia con la siguiente disposición legal*”¹⁰¹.

De lo anterior la destinación de las medidas de seguridad están referidas por su esencialidad a los inimputables de los supuestos del número cuatro del artículo veintisiete.

La inimputabilidad tiene dos elementos, uno intelectual y otro volitivo:

El elemento intelectual consiste en la incapacidad de comprensión, que se sustenta en la incapacidad de juzgar y valorar.

actuación y por lo tanto conoce lo que hace, aunque no tenga la posibilidad de medir la consecuencia de su actuación, pero que en todo caso es de señalar que ha actuado dolosamente, entendiendo el dolo en el presente caso como un dolo natural, que comprende solamente el conocer y el querer; dirigido a las características externas del hecho, lo que no implica todavía culpabilidad, por lo que no puede ser considerado por si solo como una forma de culpabilidad.

¹⁰¹CÓDIGO PENAL DE EL SALVADOR, *Decreto Legislativo 1030*, publicado en el Diario Oficial el 10 de junio de 1997. Reformado por el decreto ley N° 883, del 27 de junio del 2002. El estado del acusado no es ajeno a la intervención punitiva del Estado, pues también es obligación de éste salvaguardar y garantizar la eficacia de los derechos fundamentales inherentes a la persona humana. En el caso sub judice, en otorgar protección ante la conducta actual y peligrosa del acusado, respecto de la víctima, así como en el futuro si no hay una reacción de protección estatal.

La conciencia del acto no implica necesariamente inimputabilidad, puede ocurrir que una persona sabe que mata pero comprenda su significación, tal es el caso del paranoico que mata a cualquiera que pasa por su lado identificándolo como su perseguidor.

Por eso es capital diferenciar entre conocer y comprender .El primero es darse cuenta mientras que el segundo está impregnado de contenido axiológico.

La inimputabilidad como capacidad de comprender la ilicitud del acto y de obrar de acuerdo a esa comprensión.

No es suficiente conocer y comprender la ilicitud del acto para poder predicar la inimputabilidad.

Nuestro segundo elemento es el volitivo. Es probable que se presente una deficiencia en la voluntad que hace que el sujeto para conocer y comprender la ilicitud del acto y no logre regular su conducta. Es importante destacar que *“La ley comparte las medidas asegurativas y el tratamiento médico ambulatorio imponiéndole además la de vigilancia, por lo que se pasa a fundamentar su graduación”*¹⁰².

2.2. EL SUJETO PASIVO

El propósito del presente apartado, es para hacer hincapié sobre la violación sexual enfocada principalmente en las víctimas menores de quince años de

¹⁰²SENTENCIA DE CASACIÓN, EMITIDA POR LA SALA PRIMERO DE LO PENAL, PROMULGADA EL DÍA 21/9/2004. El Fundarse la medida de seguridad en la gravedad del hecho realizado por el acusado, art. 5 inc. 1º Pn., para aplicar razonadamente este elemento básico, se considera acudir en lo estrictamente aplicable a los criterios de determinación que ofrecen el art. 63 Pn., pues aunque se refieran a la pena, algunas de las circunstancias resultan aplicables, sobre todo para cuantificar el grado de proporcionalidad de la medida; así tenemos que respecto del hecho que ejecutó el acusado, éste es grave, art. 18Pn., pues somete a un peligro al bien libertad sexual.

edad y de todas las figuras que abarca la incapacidad en esta clase de delito, aprovechándose de la enajenación mental, del estado de inconsciencia o de la incapacidad de resistir que sufre el sujeto pasivo como víctima de la violación sexual ejercida por el sujeto activo, o que mediante engaño coloque el sujeto activo a la víctima en estado de inconsciencia o la incapacite para resistir, el aprovechamiento de cualquiera de las circunstancias antes mencionadas, coloca a la víctima en un estado de inferioridad e indefensión ante el sujeto activo del ilícito penal.

La creciente conciencia social sobre este tema ha registrado un aumento significativo de los trabajos de investigación. Sin embargo, la incidencia de casos que no son revelados se estima que es mayor que la de los que salen a la luz.

El niño, muchas veces, tiene miedo de contar lo ocurrido, sobre todo si el abusador es una persona cercana a él. Además los procedimientos legales para validar el episodio son difíciles y complejos y eso hace que los adultos desestimen con mucha frecuencia hacer algún tipo de denuncia con lo cual, se sigue escondiendo una realidad que tiene a los menores como tristes y calladas víctimas”¹⁰³.

Los posibles sujetos pasivos de de la violación pueden ser tanto niñas como niños a ello no hay nada que oponer más bien lo contrario ya que existe una equiparación de la legislación penal de la protección penal que estos

¹⁰³ MARTÍNEZ, J. A, *Delitos contra el menor y la familia*, s/e, Chile, 1986, p. 414. La pobreza, el hacinamiento, la confianza depositada en el pariente y la renuencia a denunciar son causas que fomentan el incesto y aunque son las más comunes, esas situaciones son más difíciles de detectar que cuando el abusador es un vecino u otro particular. De la última persona que se sospecha es de los miembros de la familia; hay un vínculo de confianza que se crea entre agresor y agredido y en muchas ocasiones, los padres acostumbran a dejar al menor solo con la persona que puede dañarlo.

merecen, superando viejas concepciones que discriminaban al varón como posible sujeto pasivo del delito de violación ya que existían muchas solicitudes jurisprudenciales que estas se llevaron a cabo.

“El abuso sexual contra menores, se ha diseminado a gran escala; que es difícil ponderar con exactitud toda la magnitud del problema. A esto se suma el entorno social y familiar carente de principios y valores éticos, morales y espirituales, indispensables para que desde el seno familiar se construya una sociedad armónica y civilizada”¹⁰⁴.

La diferencia esencial con respecto a las agresiones sexuales es que en estos casos nunca habrá violencia ni intimidación. Lo que caracteriza a los abusos sexuales es que la relación sexual tiene lugar sin que exista un consentimiento expreso por parte de la víctima, pero las circunstancias de hecho que da lugar al nacimiento del delito, caben las mismas posibilidades que el caso de las agresiones sexuales.

El abuso sexual de menores se produce cuando esta actividad tiene lugar entre un niño y un adulto, o bien entre un niño y otro niño o adolescente que por su edad o desarrollo tiene con él una relación de responsabilidad, confianza o poder. La actividad tiene como finalidad la satisfacción de las necesidades de la otra persona.

“El abuso sexual es una de las manifestaciones más graves del maltrato ejercido hacia la infancia y ocurre cuando un adulto utiliza la seducción, el

¹⁰⁴MOLINA, ALEJANDRO, *Violencia y Abuso en la Familia*, 1ªed, Buenos Aires, 1999, p 20. El abuso sexual infantil es un problema social grave y complejo, la mayoría de abusadores tienen rostro conocido para las víctimas: familiares, vecinos o sujetos a su alrededor, es decir, personas que debieron brindarles el máximo cuidado y respeto, sin embargo, atentaron contra ellos de la manera más violenta, cruel e inhumana.

*chantaje, las amenazas o la manipulación psicológica para involucrar a un niño o niña en actividades sexuales de cualquier índole*¹⁰⁵.

Nuestro país no escapa a esta realidad alarmante porque nuestro tejido social, cultural y espiritual posee diversos factores adversos como la pobreza, el analfabetismo, el machismo, el miedo y el tabú a denunciar los mencionados abusos además de la carencia de los valores morales más elementales como el respeto, el amor a Dios y la promoción de los valores humanos: la vida entre otros, hacen de los niños uno de los blancos más vulnerables de los abusadores.

Cada día que transcurre es posible visualizar, a través de los medios de comunicación social, el drama que viven muchos niños y adolescentes víctimas de abuso sexual; la frecuencia cada vez más elevada con la que ocurren estos hechos, los estigmas que produce en las víctimas y en la sociedad; por la íntima conexión del delito con el medio familiar y social.

En cuanto a las circunstancias requeridas son las siguientes: *“que la víctima sea menor de 15 años, que se halle privada de sentido, que se realice el delito abusando de su trastorno mental, que el consentimiento se obtenga prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima, que el delito se cometa prevaliéndose el autor de su relación de parentesco*¹⁰⁶.

¹⁰⁵MOLINA, ALEJANDRO, *Violencia y abuso en la familia*, 1ªed, Buenos Aires, 1999, p 25. Esta forma de maltrato infantil representa un problema social de grandes proporciones, sobre todo por el sufrimiento que esta experiencia ocasiona en la vida de las víctimas y sus familias, ya que los efectos inmediatos y de largo plazo constituyen una amenaza potencial al desarrollo psicosocial de los niños y jóvenes que han sufrido estas situaciones. Asimismo, impacta en el modo de relacionarse de las víctimas, quienes corren el riesgo de validar patrones de interacción abusivos, reproduciéndolos en la vida adulta.

¹⁰⁶MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal Parte Especial*, 8ªed, 1991, p 394. También constituye una violación sexual el hecho de que la víctima se encuentra en estado

2.2.1. CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO

Cada país tiene legislada la edad en que un hombre o una mujer legalmente pueden dar el consentimiento para mantener relaciones sexuales. Unos son los criterios legales y otros los vinculados a aspectos sociales, culturales o religiosos que no siempre resultan claros y objetivos, y dependen del grupo social y de la costumbre.

Mientras que en el siglo XIX la edad de consentimiento iba de los 10 a los 13 años, en la segunda mitad del siglo XX en muchos países aumentó marcándose entre los 15 y los 18 años.

Está claro que “se intenta proteger la integridad del menor y evitar que sea víctima de situaciones de poder o en las que se abusa de su confianza. Sin embargo, existen muchísimas lagunas con respecto a los criterios utilizados o los fines perseguidos a la hora de establecer la edad de consentimiento”¹⁰⁷.

El menor carece de capacidad jurídica para que pueda alegarse consentimiento. Aun cuando este se preste a los actos sexuales del sujeto activo ya que no se puede modificar el sustrato de la violación aun con el consentimiento por parte del menor, pues su incapacidad hace inaceptable cualquier posibilidad de consentir.

La Capacidad jurídica o simplemente, capacidad es, en Derecho, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones; de ejercitar los primeros y contraer los segundos en

alcohólico, drogado(a), inconsciente, sea menor de edad, o esté incapacitada mentalmente para acceder a participar en lo que legalmente se define como un acto sexual.

¹⁰⁷MOLINA, ALEJANDRO, *Violencia y Abuso en la Familia*, 1ªed, Buenos Aires, 1999, p 10. La capacidad va paralela a la personalidad, debe serse necesariamente persona para tener capacidad; es por eso que algunos jurisperitos han confundido los términos, sin embargo son diferentes. Lo mismo aplica para la diferenciación entre capacidad de 'goce' y de ejercicio; ya que de hecho, puede tenerse capacidad de goce mas no de ejercicio, La imposibilidad de ejercer o gozar de la capacidad legal se conoce como incapacidad.

forma personal y comparecer a juicio por propio derecho. Otra forma de clasificar la capacidad legal es:

a) De Derecho: se refiere al goce de los derechos. En principio, todas las personas son capaces de derecho.

b) De hecho: se refiere al ejercicio de los derechos. No todas las personas tienen capacidad de hecho absolutas, como es el caso, en algunos países de los menores impúberes, los dementes o las personas por nacer

También pueden clasificarse en capacidad de goce y capacidad de ejercicio; la primera constituye: la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones; en tanto que la segunda se compone por 'la capacidad de ejercitar los derechos y, contraer obligaciones en forma personal y comparecer a juicio por propio derecho.

En la legislación salvadoreña, todos tenemos por el simple hecho de existir capacidad Jurídica o de Goce. Esta capacidad la adquirimos al momento de nuestro nacimiento y la perdemos al morir, sin embargo, el Código Civil establece que desde el momento en que el individuo es concebido se le tiene por nacido y está bajo la protección de las Leyes de dicho código.

“El menor de dieciocho años de edad violado no solamente ha sido sujeto pasivo de un morbo sexual, sino que no puede siquiera expresar su voluntad. Existe una incapacidad que no admite excepciones; el menor no está en condiciones de comprender el alcance del acto. De allí que carezca de significación el consentimiento posible que pueda haber prestado el niño o adolescente. Ya que no posee la madurez o la experiencia de vida suficiente para entender la complejidad de las relaciones sexuales”¹⁰⁸.

¹⁰⁸SUAREZ RODRÍGUEZ, CARLOS. *El Delito de Agresiones Sexuales Asociados a la Violación*, s/e, Barcelona, s/n, P.142. Por todo lo expuesto, se entiende que la capacidad no es igual entre los menores y los adultos y que el Estado, se ve obligado a proteger los

Entre las razones, se argumenta la posibilidad de embarazos no deseados contagio de enfermedades y daños físicos o psicológicos.

No todas las personas siguen el mismo ritmo en su desarrollo psicosexual. Sin embargo, este criterio es más difícil tenerlo en cuenta para determinar esta edad. Pero sin duda una cuestión fundamental, desde nuestro punto de vista, es la asimetría de edad y de poder.

No son lo mismo las relaciones exploratorias entre niños adolescentes y jóvenes, producto de su desarrollo psicosexual, que las interferencias que se producen cuando un mayor de edad utiliza a los menores como objetos sexuales. A esto último se le llama abuso sexual de menores.

Ya que la víctima a pesar de haberse entregado a las pretensiones sexuales del actor, finalmente por el proceder del mismo o por cualquier otra razón, esta no posee una libertad sexual. *“Aunque la víctima ha estado dispuesta a la relación sexual; es decir no ha habido en ningún momento violencia o fuerza. Por el contrario, existe el decaimiento de la defensa, en donde el sujeto activo mayor de edad se dejó guiar por sus instintos pasionales”*¹⁰⁹.

La Corte Suprema de Justicia de El Salvador ha reconocido que la condición de plena autonomía, como sujeto de derechos y obligaciones, no se adquiere

intereses del menor y a tomar decisiones incluso en contra de su voluntad aparente. Sin embargo ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión legal en contra del sujeto activo del delito de violación, ya que existe la protección constitucional, por lo cual la patria potestad debe estar dirigida al cuidado del menor.

¹⁰⁹SUAREZ RODRÍGUEZ, CARLOS. *El Delito de Agresiones Sexuales asociados a la Violación*, s/e Barcelona, s/n, P.145. La ley protege a los menores frente a los actos sexuales realizados contra ellos. Por lo tanto las razones de su protección serían muy similares a las que determinan la protección de los mayores: garantizar su derecho a conducirse sexualmente en libertad. sin embargo la ley va más lejos, pues no se limita a la incriminación de las agresiones sexuales no consentidas, sino que sanciona también las consensuadas con el menor, incluso si han sido por iniciativa de este. Ello es así porque los menores merecen una especial protección. Sin embargo, no existe unanimidad a la hora de explicar el verdadero motivo de esa singular tutela, ejercida incluso frente a los verdaderos deseos de infante.

de manera automática, dada la naturaleza evolutiva del ser humano, sino que es el resultado de un proceso, en el que el individuo avanza paulatinamente en el conocimiento de sí mismo y en el reconocimiento y uso de sus potencialidades. Por esto los menores adultos gozan de capacidad relativa. La incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

La minoría de edad y por consiguiente la ausencia de plena capacidad legal para obrar, suponen una serie de límites tanto a los derechos como a las responsabilidades derivadas de sus actos sean o no capaces para realizarlos de la persona menor de edad. La ley establece límites sobre actuaciones que considera que el menor no tiene capacidad legal suficiente para hacer por su cuenta y riesgo, y se le exime de la responsabilidad de actos que se considera no se le pueden imputar por su falta de capacidad para actuar.

La ley establece *“dos tipos de incapacidades; absolutas y relativas: Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender y los sujetos que se hallen bajo interdicción”*¹¹⁰.

Son relativamente incapaces los menores que no han obtenido habilitación de edad es decir las personas inhabilitadas o que no han alcanzado aún la

¹¹⁰La capacidad e incapacidad de hecho corresponde a factores madurativos o psicológicos, por lo que en la actualidad se puede percibir una congruencia entre la legislación que la encierra y la aplicación de la misma en la realidad. Es por esto que la relación que antes advertimos entre la capacidad e incapacidad y la culturización no se aplica a este tipo de capacidad, pero no podíamos dejar de mencionarla en nuestro análisis por un motivo de prolijidad en el mismo. Recordemos que la capacidad de derecho estaba relacionada con el goce de los derechos. Ahora bien, por problemas económicos la gente no accede a la educación y a la cultura, por lo que queda fuera del sistema. Estos excluidos sociales pasan a formar parte de lo que nosotros denominamos “incapaces modernos”, ya que en la legislación está garantizada su capacidad, es decir sus derechos, pero en la realidad no pueden ejercerlos por falta de culturización que es lo mismo que no tenerlos.

capacidad plena, pero tienen ciertas facultades de discernimiento: estas personas pueden realizar actos jurídicos eficaces, pero deberán, por regla general, hallarse asistidas de sus representantes legales. *“En la actividad jurídica de estos sujetos hay que distinguir dos momentos: una, en la que se le reconoce la posibilidad de obrar autónomamente, y otra en la que tienen que contar con la autorización de su representante legal”*¹¹¹. La falta de autorización puede suplirse por medio de una ratificación. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertas modalidades determinadas por la ley. La principal diferencia entre la incapacidad absoluta y relativa radica en que: Los incapaces absolutos necesitan un representante para participar en sus derechos y los relativos requieren de un representante o permiso del representante.

Si existe acuerdo en considerar irrelevante el consentimiento que pueden prestar estas personas a los actos relacionados con la sexualidad.

Sin embargo, buena parte de la ciencia penal ha admitido la concurrencia en los menores de la capacidad de consentimiento natural, aunque en virtud de una presunción legal, este consentimiento carece de relevancia jurídico debido a la imposibilidad o incapacidad del menor para consentir y valorar adecuada y justamente el significado y alcance del acto que realiza. Ha dicho Pérez Luís Carlos que aunque en algunos casos la realidad fisiopsíquica concluya de distinta manera, el menor no tiene aun control racional sobre su

¹¹¹SUAREZ RODRÍGUEZ, CARLOS. *El Delito de Agresiones Sexuales asociados a la Violación*, s/d, Barcelona, s/n, P.147. El Estado trata así de garantizar que el proceso relacional en que suele consistir la actividad sexual se desarrolle en libertad, dada su todavía insuficiente capacidad de gestión del impulso sexual. Esta especial tutela salvaguarda el desarrollo armónico de la personalidad sexual del menor, relegando al momento oportuno el ejercicio de dicha actividad con otras personas mayores de edad. Debe señalarse que la protección estatal de individuos psíquicamente sanos es progresiva: hasta los doce años es plena; de los doce a los dieciséis se protege al menor frente a la seducción de que puede ser objeto, a través del estupro.

conducta sexual, no es capaz de determinarse conscientemente. Lo que en opinión de López Bolado se protege es la inocencia, la sencillez o la ineptitud, por falta de madurez mental, para entender el significado moral y fisiológico del acto sexual.

La única postura válida es la estimada que la ley supone nulo el consentimiento naturalmente prestado al mantenimiento de la relación sexual por carencia de la capacidad suficiente para conocer y valorar el significado que la actividad sexual tiene. Tiene además un carácter absoluto, es decir, no contempla excepciones.

CAPITULO III

LA CONFIGURACIÓN TÍPICA DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL EN MENOR O INCAPAZ

3.1. Generalidades, 3.1.1. Elementos del Delito, 3.2. El Tipo Penal, 3.2.1. Estructura del Tipo, 3.2.2. Elementos del tipo, 3.3. Tipo Penal de Violación en Menor o Incapaz, 3.3.1. Tipo Objetivo, 3.3.1.1. Acceso Carnal, 3.3.1.2. Minoría de Edad, 3.3.1.3. Enajenación Mental, 3.3.1.4. Estados de Inconsciencia, 3.3.1.5. Incapacidad de Resistir, 3.4. Tipo Subjetivo, 3.4.1. El Dolo, 3.4.1.1. Dolo Directo, 3.4.1.2. Dolo Eventual, 3.4.2. Error de Tipo y la Ausencia de Dolo, 3.4.3. La Tentativa en el Delito de Violación, 3.5. El Bien Jurídico Protegido, 3.5.1. La Libertad Sexual, 3.5.2. La Indemnidad o Intangibilidad sexual.

3.1. GENERALIDADES

El delito es una conducta típica acción u omisión, antijurídica y culpable. Sus elementos son entonces la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. Se trata de una definición tripartita del delito: la tipicidad, adecuación de un hecho determinado con la descripción que de él hace un tipo legal; la antijuricidad, la contravención de ese hecho típico con todo el ordenamiento jurídico, y, la culpabilidad, el reproche por que el sujeto pudo actuar de otro modo, es decir, conforme al orden jurídico.

*El delito es todo aquel comportamiento humano que el ordenamiento jurídico castiga con una pena. El legislador solo puede acudir al derecho penal cuando la protección jurídica mediante la pena, la más grave forma de reacción que el Estado posee para asegurar la convivencia humana en la sociedad, resulte imprescindible*¹¹².

¹¹²MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal Parte General*, 6ªed., España, 2002, P. 290. Los elementos que integran cualquier tipo penal son la acción, los sujetos, y el objeto y algunos autores añaden como un cuarto elemento; tiempo y lugar de la perpetración del delito.

El delito es una conducta típica, antijurídica y culpable. Esta noción nos indica el orden en que debemos formular las preguntas para determinar si hubo delito en un caso concreto:

1) *“Debemos preguntar si hubo conducta, ya que si falta el carácter genérico del delito nos encontramos ante el supuesto de falta de conducta y, consecuentemente, no corresponde continuar con el estudio”¹¹³.*

2) Luego debemos inquirir si la conducta está individualizada en un tipo penal, pues en caso contrario nos encontraremos con una conducta atípica.

3) Si la conducta es típica, cabe preguntar si es antijurídica.

4) Cuando se tiene una conducta típica y antijurídica un injusto penal cobra sentido preguntar si es reprochable al autor, es decir, si es culpable ya que en los supuestos de inculpabilidad el injusto no es delito.

La teoría del delito es un sistema de categorización por niveles, conformado por el estudio de los presupuestos jurídico-penales de carácter general que deben concurrir para establecer la existencia de un delito, es decir, permite resolver cuando un hecho es calificable de delito. Esta teoría, creación de la doctrina pero basada en ciertos preceptos legales, no se ocupa de los elementos o requisitos específicos de un delito en particular, sino de los elementos o condiciones básicas y comunes a todos los delitos.

¹¹³Toda la vida comunitaria del hombre se estructura sobre la actividad final del hombre. Los miembros de la sociedad pueden actuar conscientes del fin, es decir, proponerse fines, elegir los medios requeridos para su obtención y ponerlos en movimiento con conciencia del fin. Esta actividad final se llama acción.

Uno de los cometidos más difíciles que encuentra la dogmática de la teoría general del delito es la formación y evolución cada vez más exquisita de un Sistema del Derecho Penal. Un sistema es, por decirlo con las conocidas formulaciones de *KANT*, la unidad de los diversos conocimientos bajo una idea, un todo del conocimiento ordenado según principios.

Por esto ROXIN sostiene que *“la dogmática jurídico penal intenta estructurar la totalidad de los conocimientos que componen la teoría del delito en un todo ordenado”*¹¹⁴ y así hacer posible con esto paralelamente la conexión interna de los dogmas concretos. Confiesa que la dogmática penal con su mezcla de lógica y teleología, de interpretación jurídica obediente y perfeccionamiento jurídico creativo, de sistemática estructuradora y disponibilidad para solucionar problemas que está abierta al sistema, de pensamiento vinculado objetivamente y funcionalismo imputador, de abstracción generalizante que proporciona seguridad jurídica y la pretensión simultánea de justicia individual; esa dogmática es un campo de trabajo magnífico que todavía abre a la ciencia penal, incluso en el futuro, importantes posibilidades de desarrollo.

La teoría del delito es la disciplina que se ocupa de la sistematización; interpretación, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho Penal ROXIN. Se trata de un conocimiento inseparablemente vinculado a la idea de sistema; es decir, a una ordenación lógica de los conocimientos propuestos.

¹¹⁴MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal Parte General*, 6ªed., España, 2002, P. 295. Esta concepción, según la cual la prohibición resulta abarcando nada más que una exterioridad de la conducta, es decir, un puro proceso causal, tiene el inconveniente de no encontrar manera de limitar la causalidad en forma convincente y cargar con todo el peso de una pretendida concepción "naturalista" de la conducta, entendida también como un proceso causal ciego puesto en movimiento por la voluntad.

3.1.1. ELEMENTOS DEL DELITO

Actuación: Es un hecho previsto en la ley penal y dependiente de la voluntad humana. La actuación o acción delictiva puede consistir en un acto en sentido estricto, cuando hay una realización de un movimiento corporal; en una omisión pura o propia si se trata de un no hacer algo, o una combinación de ambas posibilidades, llamada comisión por omisión u omisión impropia.

“La acción debe depender de la voluntad de una persona, por lo que se excluyen de las tipificaciones delictivas supuestos tales como los movimientos reflejos, los estados de inconsciencia como el sueño, la narcosis, el sonambulismo, la embriaguez letárgica o los estados hipnóticos, o cuando hay una violencia irresistible que impulsa al actor a ejecutar actos donde la voluntad se halla sometida, anulada o dirigida”¹¹⁵.

Típica: Cuando hablamos de típica estamos hablando de que la conducta debe ser contraria a lo que el Derecho demanda y encontrarse recogida por la ley esto es lo que más comúnmente hablamos se conoce en nuestro medio como la tipicidad.

La tipicidad es una consecuencia del principio de legalidad imperante en el Código Penal. El legislador se debe valer de la abstracción y del lenguaje para definir el tipo, por lo que siempre se distingue la tensión entre el casuismo exagerado y la vaguedad que no permite definir los límites de cada supuesto.

¹¹⁵ El término Antijuridicidad proviene de la traducción del alemán *Rechtswidrigkeit*, que en su sentido literal significa 'lo que no es Derecho', aunque en realidad la conducta jurídica no está tanto fuera del Derecho, como que éste le asigna una serie de consecuencias jurídicas.

Antijurídica: Que es lo que llamamos antijurídico *“es todo lo que va en contra de un derecho. Un concepto jurídico que supone la comparación entre el acto realizado y lo establecido por la ley, y que denota la conducta contraria a Derecho.* La Antijuridicidad es uno de los elementos esenciales del delito, de tal forma que para que una conducta se considere delito debe ser antijurídica y estar tipificada como tal en la ley penal.

Culpabilidad: En el campo del Derecho, la culpa se contrapone al dolo, la culpa o negligencia consiste en la omisión, no dolosa, de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. *“No se cumple con el deber de previsión y el subsiguiente deber de evitación de los posibles impedimentos de la prestación o conducta debida. En función de la diligencia omitida, suele hablarse de supuestos de culpa lata, grave falta de diligencia, omisión de las precauciones más elementales, culpa leve, omisión de la diligencia normal, de las precauciones que suelen tomar las personas corrientes y culpa levísima, que consiste en la omisión de la diligencia propia de las personas escrupulosas. La culpa lata suele equipararse al dolo”¹¹⁶.*

Se habla también de culpa en el ámbito del Derecho penal, que se produce cuando, sin intención de dañar, mas sin proceder con la diligencia debida, se causa un resultado dañoso y tipificado por la ley penal. Se distingue también, en este campo, entre culpa lata, leve y levísima. Se distingue asimismo entre culpa consciente e inconsciente, dependiendo de que el agente se represente o no de las consecuencias perjudiciales que puedan derivarse de

¹¹⁶ MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal parte General*, 6ªed., España, 2002, P. 289. En el caso del delito de violación en menor e incapaz, la ley no exige el elemento violencia, no por olvido u omisión involuntaria del legislador; sino que, tanto en el caso de los menores de quince años, como de los enajenados mentales, se presume de derecho su incapacidad.

sus actos, por mucho que confíe en que no se produzcan y no tomándolas por ello en cuenta.

3.2. EL TIPO PENAL

El tipo penal es el dispositivo legal que describe la conducta conminada con pena. Tipo penal es la descripción de un acto omisivo o activo como delito establecido en el presupuesto jurídico de una ley penal.

El Tipo es una figura que crea el legislador, haciendo una valoración de determinada conducta delictiva. En sencillas palabras podemos decir que es una descripción abstracta de la conducta prohibida. Es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de las conductas humanas, penalmente relevante.

La conducta típica del delito de Violación en menor o incapaz, tiene la característica de ser un delito de mera actividad. *“Una de las reglas a aplicar en análisis de los delitos de mera actividad es que estos no admiten la posibilidad de comisión imperfecta o la denominada tentativa, como regla general. Además es un delito que la doctrina del Derecho Penal ha calificado como de acción y de propia mano”¹¹⁷*, la primera clasificación en razón que no es posible su realización por omisión propia e impropia, ya que no existe

¹¹⁷SENTENCIA EMITIDA POR EL TRIBUNAL SEGUNDO DE SENTENCIA DE SAN MIGUEL, PROMULGADA EL DÍA 25/03/2004, NUMERO DE EXPEDIENTE PS03022304. La conducta típica se refiere a la realización del acceso carnal por vía vaginal o anal, sin ser necesario el uso de violencia. Este delito tiene la característica de ser de mera actividad, en los cuales no es posible apreciar un resultado material, verificable a través de los sentidos. Se entiende el acceso carnal como el acto de introducir el órgano genital masculino en la vagina o el ano de la mujer, ya sea de forma total o parcial, siendo posible la tentativa cuando no es posible la penetración o cuando el pene no supera el portal himeneal, o los esfínteres anales en su caso.

un deber de actuar que deba exigirse, y no es posible apreciar un resultado material y una posición de garante; la segunda clasificación se debe a que solamente quien esté en condiciones de realizar el acceso carnal puede configurarse como sujeto activo, de tal forma que tal supuesto es imposible sin la concurrencia del órgano genital masculino, dotado de sus funciones sexuales naturales, en este sentido cabe aclarar que en una violación sexual no es necesario el órgano genital masculino, sino que también la mujer puede ser sujeto activo o pasivo de una violación sexual y si es sujeto activo del delito de violación ya sabemos que no tiene un órgano sexual masculino, pero por la falta de este no significa que no haya cometido el delito de violación sexual en menor e incapaz.

“En el hecho típico se constata una parte objetiva y otra subjetiva. La objetiva viene constituida por el aspecto externo de la conducta. En ella se incluye la exteriorización del proceso humano por el agente contra realidades jurídicamente valoradas”¹¹⁸.

La parte subjetiva viene constituida por la exteriorización de un proceso movido por las potencias psíquicas y la libertad del agente. En las facultades psíquicas se incluye el dolo, en algunos casos.

El tipo penal supone la presencia de un sujeto activo y uno pasivo. Lo genérico en la norma tipo es que se llame al sujeto Activo “el que...” y al sujeto pasivo “el otro...” pero igual puede ser sujeto activo uno caracterizado por algo, siempre indeterminado pero determinable, por su cargo, su función,

¹¹⁸MÁRQUEZ PIÑERO, RAFAEL, *El Tipo Penal*, 2ªed., México, 2005, P258. El tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes, por estar penalmente prohibidas.

su posición dentro del comercio o una característica propia o una calidad específica de personalidad o biológica, entre muchas otras.

El tipo siempre es necesario “porque no puede averiguarse si algo está prohibido, sin partir de una previa definición de lo prohibido, por provisional que sea. El juicio de valor no puede llevarse a cabo sin el tipo; Principio de Legalidad. De esta forma, la tipicidad refrendada en el texto legal protege al ciudadano del ejercicio arbitrario del poder del estado; Función de Garantía. A su vez, de la selección que hace el legislador de entre las posibles conductas antijurídicas, solamente algunas son tipificadas; Principio de la intervención mínima del derecho penal. Esta selección de las conductas a tipificar y sancionar, están amparadas por la Función de selección que tiene el legislador”¹¹⁹.

3.2.1. ESTRUCTURA DEL TIPO

En la estructura de los tipos penales se pueden distinguir los siguientes elementos: conducta, sujetos y objetos. La conducta típica se integra por sus componentes objetivo y subjetivo. En la parte objetiva se describe el aspecto externo de la conducta. La parte subjetiva lo constituye la voluntad consiente dolosa o incluso imprudente, del sujeto.

1) La Conducta Típica; toda conducta típica debe integrarse de las dos componentes necesarias de todo comportamiento: su parte objetiva y su parte subjetiva. Pero aquí no se trata de comprobar los caracteres generales de todo comportamiento que puede importar al Derecho Penal, si no de examinar si, una vez confirmada la presencia de un tal comportamiento, el

¹¹⁹ Lo cierto es que el sujeto activo, siempre será un ser humano y ningún otro. Siempre el sujeto activo será un autor o un partícipe. No ocurre igual con el sujeto pasivo.

mismo reúne todos los requisitos de un determinado tipo penal. *“La parte objetiva y la parte subjetiva de la concreta conducta deben encajar en la parte objetiva y en la parte subjetiva del tipo para que concurra una conducta típica”*¹²⁰.

a) La parte objetiva, del tipo abarca el aspecto externo de la conducta. Solo en determinados tipos, llamados delitos de resultado, se exige además un efecto separado de la conducta y posterior a ella. Este resultado separado no es, pues, un elemento necesario de todo tipo.

b) La parte subjetiva, del tipo se haya constituida siempre por la voluntad consciente, como en el dolo, o sin conciencia suficiente de su concreta peligrosidad, como en la imprudencia, y a veces por especiales elementos subjetivos.

2) Los Sujetos de la Conducta Típica; el tipo penal supone la presencia de dos sujetos que se encuentran en una determinada relación recíproca: el sujeto activo quien realiza el tipo, el sujeto pasivo el titular del bien jurídico-penal atacado por el sujeto activo.

El sujeto activo. *“El delito como obra humana siempre tiene un autor, aquél que precisamente realiza la acción penal prohibida u omite la acción esperada”*¹²¹.

¹²⁰ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL, *Manual de Teoría Jurídica del Delito*, s/e, El Salvador, s/a, P. 56. Subjetivos. Son características y actividades que dependen del fuero interno del agente, son tomados en cuenta para describir tipo legal de la conducta por eso estos elementos tienen que probarse.

¹²¹ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL, *Manual de Teoría Jurídica del Delito*, s/e, El Salvador, s/a, P. 58. Se reconoce en los códigos penales a dicho sujeto con expresiones impersonales como: El que o Quien. O también con expresiones personales como El funcionario público que por si etc. La norma penal tiene la función protectora de bienes jurídicos. Un bien jurídico en la teoría del delito es un valor considerado fundamental para una sociedad que la norma penal quiere proteger de comportamientos humanos que puedan

El concepto de sujeto activo. Ello no solo posee importancia constructiva, sino también trascendencia práctica: de quien sea el sujeto pasivo pueden depender la impunidad o no del autor, la posibilidad de atenuar o agravar la pena y otros efectos legales.

Para que una conducta sea típica tienen que estar presentes todos y cada uno de los elementos del correspondiente tipo penal, los objetivos y subjetivos. Es suficiente la ausencia de cualquiera de éstos para que esa conducta resulte atípica y, por lo tanto, no constituya delito. Uno de los elementos que conforman el tipo penal descrito en el Artículo. 159 del Código Penal, cuyo epígrafe es Violación en Menor o Incapaz.

"El que tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con menor de quince años de edad o con otra persona aprovechándose de su enajenación mental, de su estado de inconsciencia o de su incapacidad de resistir, será sancionado con prisión de catorce a veinte años"¹²², por tal razón para que se configure el delito, no se exige, el elemento violencia por las particulares características del sujeto pasivo, bastando con que el imputado haya accedido carnalmente a un menor de quince años, pues aunque se cree que algunos menores son aptos de entender qué es una relación sexual y los alcances que la misma conlleva, lo que el legislador trató de proteger es el desarrollo psicológico y físico del menor, negándoles la facultad de decidir sobre su sexualidad antes de cumplir cierta edad; por otra parte, es irrelevante que el menor haya consentido al acceso carnal del sujeto activo,

dañarlo. Este valor es una cualidad que el legislador atribuye a determinados intereses que una sociedad considera fundamental para él.

¹²²SENTENCIA EMITIDA POR LA SALA DE LO PENAL DE EL SALVADOR, PROMULGADA EL DÍA 14/05/2000, NUMERO DE EXPEDIENTE Ref. 88--CAS-2006. Para que una conducta sea típica tienen que estar presentes todos y cada uno de los elementos del correspondiente tipo penal, los objetivos y subjetivos. Es suficiente la ausencia de cualquiera de éstos para que esa conducta resulte atípica y, por lo tanto, no constituya delito.

sin importar el motivo, ya que su desarrollo personal o la situación de sus capacidades físicas o intelectuales no le permitía conocer el significado de los actos sexuales; por lo que el delito se configura al tener relaciones con un menor, siendo indiferente que haya sido voluntaria o no.

El elemento normativo del delito en referencia es que el acceso carnal sea por vía vaginal o anal se haya tenido con menor de quince años de edad o con otra persona aprovechándose de su enajenación mental, de su estado de inconsciencia o de su incapacidad de resistir.

Y es que *“el acceso carnal como elemento típico, no exige una penetración total, ni tampoco requiere que el hombre eyacule, basta con el simple acceso carnal por las vías mencionadas en el precepto legal”*¹²³.

Ahora bien, el acceso carnal en este tipo penal no requiere del uso de violencia, pues se contempla una hipótesis de especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su edad, enfermedad o situación, ya que a mayor vulnerabilidad del sujeto pasivo, menos requerimientos pueden exigirse al nivel de violencia o intimidación bastante para estimar la concurrencia del delito de violación.

La perfección de la mencionada conducta se lleva a cabo, *“cuando existe un mínimo de penetración en la cavidad típica, es decir, el hecho punible queda consumado desde la introducción del órgano genital masculino en la vagina o en el ano de la víctima, careciendo de prescindencia que la penetración sea*

¹²³ SENTENCIA EMITIDA POR LA CÁMARA DE LA TERCERA SECCIÓN DE OCCIDENTE DE AHUACHAPÁN, PROMULGADA EL DÍA 5/12/2006, NUMERO DE EXPEDIENTE Ref. AP 136/06. Existe la atipicidad cuando un comportamiento no coincide con el supuesto de hecho legalmente establecido en algún tipo de delito, es decir, que si en el precepto legal no se mencionara el acceso carnal la violación sexual sería atípica, porque si no hay acceso carnal no hay violación.

*incompleta, o que el sujeto activo no logre con su accionar la plenitud del coito*¹²⁴.

3) Objetos; es el objeto material u objeto de la acción y objeto jurídico. El primero se halla constituido por la persona o cosa sobre la que ha de recaer físicamente la acción, por lo que también se conoce como objeto de la acción. Puede coincidir con el sujeto pasivo por ejemplo en el homicidio o en las lesiones, pero no es preciso. El objeto jurídico equivale al bien jurídico, es decir el bien objeto de la protección de la ley. No equivale al objeto material.

*“El objeto, como elemento típico, ha de contemplarse desde una doble perspectiva: como objeto material, que es la persona o cosa sobre la que recae físicamente la acción, y como objeto jurídico, es decir como el bien jurídico objeto de protección de la ley”*¹²⁵.

3.2.2. ELEMENTOS DEL TIPO

En la formulación del tipo el legislador puede acudir a elementos descriptivos o a elementos normativos. Al construir los tipos jurídicos penales, el legislador utiliza elementos descriptivos y normativos, tanto para la caracterización de circunstancias exteriores objetivas, como interiores subjetivas.

¹²⁴SENTENCIA EMITIDA POR EL TRIBUNAL TERCERO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, PROMULGADA EL DÍA 8/09/2000, EXPEDIENTE NUMERO PS010310400 P0103-104-00. En el caso, se tiene que el sujeto pasivo ha sido un menor de tres años de edad, quien debido a su inmadurez, el legislador ha presumido la incapacidad para comprender el significado social y fisiológico del acto sexual, presunción que no admite prueba en contrario, es decir, que carece de significado el consentimiento de hecho que un menor de esa edad haya prestado para realizar la conducta descrita en el tipo penal discutido, ya que la voluntad expresada en estos casos siempre está viciada.

¹²⁵ ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL, *Manual de Teoría Jurídica del Delito*, s/e, El Salvador, s/a, P. 58. Precisamente las alocuciones: “El que a sabiendas.”, “El que se atribuya autoridad.” que usa el código penal para describir tipos delictivos, aluden a los elementos subjetivos de los mismos. Se debe probar que sabía, se debe probar que actuó como autoridad, etc.

a) Los elementos descriptivos son conceptos tomados del lenguaje cotidiano o de la terminología jurídica que describen objetos del mundo real. Son susceptibles de una constatación fáctica, por lo que pueden entenderse como descriptivos aunque la precisión de su exacto contenido requiera la referencia a una norma y manifestación, así, un cierto grado de contenido jurídico.

Son elementos descriptivos *“los que expresan una realidad naturalística aprensible por los sentidos. Ejemplo de tipo formulado exclusivamente con ayuda de elementos descriptivos en la violación el que tuviere acceso carnal son elementos descriptivos. Debe notarse, sin embargo, que a menudo los elementos descriptivos deben predicarse con arreglo a criterios valorativos”*¹²⁶.

Los elementos descriptivos u objetivos: son aquellos que el autor puede conocer a través de los sentidos. Son objetos del mundo exterior que el autor puede conocer sin hacer una especial valoración. Son elementos puros de la tipicidad y de ellos se vale la ley para describir las conductas que conducen a la pena.

Elementos descriptivos son aquellos cuyo significado puede captarse de modo inmediato y directo, sin precisar de valoraciones ulteriores a las que proporciona el lenguaje común.

Se trata de un imperativo del principio de legalidad, que exige que los tipos penales reflejen exactamente la materia prohibida, pues solo si lo prohibido

¹²⁶ MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal parte General*, 4^oed., Barcelona, 1996, P.210, 211. Son los diferentes tipos penales que están en la Parte Especial del código penal y que tienen como punto de arranque una descripción objetiva de determinados estados y procesos que deben constituir base de la responsabilidad criminal.

es captado por el destinatario de la norma podrá este abstenerse de realizarlo.

b) Elementos normativos del tipo penal, apuntan en cambio, a hechos que solo pueden pensarse e imaginarse bajo el presupuesto lógico de una norma. Se incluyen aquí los conceptos jurídicos propios, los conceptos referidos a valor y los conceptos referidos a sentido. Se comprende que también en los elementos normativos se halla normalmente en juego un momento de realidad aprehensible por los sentidos, por lo que también se encuentran en relación con el mundo de los hechos.

“Los elementos valorativos no solo ponen en riesgo la función preventiva, en cuanto que los bienes jurídicos a proteger y los medios de ataque relevantes quedan desdibujados y pendientes de juicio con una alta nota de subjetividad, sino la seguridad que aporta el principio de legalidad”¹²⁷. En efecto en ellos se produce una suerte de dejación de funciones del legislador que remite la decisión condenatoria o no a los criterios de valoración del juzgador. Por ello procede a exigir al legislador una exquisita precaución a la hora de recurrir a estos elementos. Fijando, en todo caso, con nitidez cual sea el valor a proteger, sin cuya referencia el juzgador queda privado de puntos de referencia.

Los elementos normativos: son aquellos contenidos en una descripción típica que sólo se pueden captar mediante un acto o juicio de valoración o dan los

¹²⁷ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL, *Manual de Teoría Jurídica del Delito*, s/e, El Salvador, s/a, P. 60. Hay tipos penales que no solo contienen elementos descriptivos, sino también elementos normativos, es decir, elementos para cuya precisión se hace necesario acudir a una valoración ética o jurídica. Se ha dicho que un derecho penal que abusa en sus tipos de los elementos normativos, lesiona la seguridad jurídica, aunque indica Zaffaroni que esto no es así, sino que esas expresiones buscan recalcar la necesidad de la anti-normatividad para la tipicidad penal de la conducta.

elementos para formar ese juicio. Pueden referirse a la significación cultural o a la significación jurídica de alguna circunstancia. Son propios del tipo, pero no de la acción propiamente dicha, porque el autor del hecho no las realiza. Son independientes de la conducta delictiva.

Ciertamente toda palabra, “también las que expresan elementos descriptivos, tiene un sentido fijado normativamente, en cuanto se halla definido por una convención lingüística y responde a alguna norma de lenguaje. No obstante, cuando se habla de elementos descriptivos en contraposición a los normativos no quiere desconocerse esta evidencia, sin referirse a aquellos términos que, aun definidos por la norma del lenguaje, expresan realidades sensibles”¹²⁸.

3.3. TIPO PENAL DE VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ

El delito tipo de violación en menor e incapaz lo plasma el Artículo 159 del Código Penal, y para calificar dicha conducta se requiere que concurra el elemento siguiente: el que tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con menor de quince años de edad.

El artículo 159 del Código Penal establece como conducta típica del delito de Violación en menor o incapaz, tener acceso carnal sea éste por vía vaginal o anal, debiendo entender como acceso carnal todo aquel acto que implique penetración del órgano genital masculino en orificio natural de otra persona del mismo sexo o del sexo contrario, sea por vía vaginal o anal, de modo que dé lugar al coito o a un equivalente anormal de él, de tal manera que no es

¹²⁸ Son elementos normativos los que aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social según esta definición, cabe distinguir entre elementos normativos jurídicos y elementos normativos sociales. Ambos pueden a su vez, subdividirse en elementos referidos a una valoración y elementos referidos a un sentido.

necesario que el acto sexual alcance la perfección fisiológica, que se produzca la eyaculación, ni que la penetración sea completa.

De los términos expuestos, no se infiere la necesaria concurrencia de violencia, la que puede ser psíquica o física, como medio comisivo, advirtiéndose la indiferencia para el legislador de la concurrencia o no de consentimiento por parte de la víctima menor de quince años.

“Una conducta no puede ser calificada como delictiva mientras el legislador no la haya descrito previamente y conminado con sanción penal. La ley penal describe hechos punibles”¹²⁹.

3.3.1. TIPO OBJETIVO

El tipo objetivo es la parte externa del delito. En él se describen la acción, el objeto de la acción, en su caso el resultado, las circunstancias externas del hecho y las cualidades de los sujetos. Con el tipo objetivo se cumplen algunas de las exigencias necesarias que determinan la aparición de una acción típica, pero no las suficientes. Para cumplir con las condiciones mínimas del injusto, se requiere además de la presencia de otro grupo de circunstancias internas que conforman el tipo subjetivo. El tipo Objetivo es el objeto en el que se proyecta el tipo subjetivo, o bien es la representación externa y anticipada del dolo e imprudencia. No debemos olvidar, que los tipos penales contenidos en la parte especial describen circunstancias externas objetivas referidas a otras internas subjetivas.

¹²⁹MARQUEZ PIÑERO, RAFAEL, *El Tipo Penal*, 2ªed., México, 2005, P255. Hemos dicho ya, que toda acción u omisión es delito si infringe el ordenamiento jurídico, antijuridicidad en la forma prevista por los tipos penales tipicidad; relación de adecuación conducta- norma penal y puede ser atribuida a su autor culpabilidad en cualquiera de sus formas.

Constatar que el sujeto ha contribuido con su acción a causar el resultado constituye un requisito esencial del tipo objetivo. Para poder asegurarse de la presencia de una acción típica, se requiere algo más, vincular esos efectos externos, al dolo del sujeto. Así pues se requieren dos comprobaciones para asegurar la presencia de una acción típica: a) verificar si concurren determinados efectos externos de una acción (tipo objetivo); b) comprobar si estos efectos, esa acción externa, está determinada por el dolo o imprudencia del sujeto. La primera comprobación se realiza por vía de la imputación objetiva y la segunda por la vía de la imputación subjetiva.

El tipo Objetivo “*recoge la aparición externa del hecho que se describe. Todo aquello que se encuentra fuera de la esfera psíquica del autor*”¹³⁰. Como elementos normativos en el presente apartado mencionaremos el acceso carnal por vía vaginal o anal, la minoría de edad y la incapacidad de resistir

3.3.1.1. ACCESO CARNAL

Es necesario considerar que el acceso carnal como elemento objetivo del tipo penal, como núcleo o como verbo rector, no es unánimemente utilizado en los cuerpos penales, anteriores al código penal actual en el país, indistintamente se uso el verbo yacer, copula y otros.

¹³⁰ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL, *Manual de Teoría Jurídica del Delito*, s/e, El Salvador, s/a, P. 63. La ampliación del término acceso carnal para sustituir al anterior del yacimiento ha significado que la posibilidad del sujeto activo femenino se incluya en el raciocinio penal. Gramatical o lingüísticamente, tanto el hombre como la mujer son iguales en tanto sujetos activos o protagonistas de la relación sexual pero formula que en el Derecho Penal es sujeto activo sólo la persona que realiza materialmente la acción típica del delito y es una cuestión valorativa, no puramente gramatical, decidir si en el delito de violación debe incluirse a la mujer como sujeto activo del mismo. Sin embargo, en la legislación española se admiten todas las posibles combinaciones; hombre-mujer; mujer-hombre; hombre-hombre; mujer-mujer.

Los términos “cópula, yacer, coito y acceso carnal son usados indiferentemente por las legislaciones, la doctrina y la jurisprudencia universal. Lo que precisa el núcleo del tipo o el verbo rector, para el delito que estamos tratando, es el alcance otorgado a dichos términos, esto es, a qué tipo de ayuntamiento carnal nos estamos refiriendo”¹³¹. Frente a esta inquietud, la doctrina es unánime en considerar que lo que califica es la penetración, el acceso en conducto vaginal o anal.

El acceso carnal es la conducta típica de violación sexual que exige la concurrencia de un sujeto activo, que puede ser cualquier persona, dicha conducta se refiere a la realización del acceso carnal por vía vaginal o anal, mediante el uso de violencia que puede ser tanto física como psíquica debiéndose entenderse que en el caso de violación en menor e incapaz no es necesario la violencia para que haya delito. Se entiende el acceso carnal como el acto de introducir el órgano genital masculino en la vagina o el ano del sujeto pasivo, ya sea de forma total o parcial, siendo posible la tentativa cuando no es posible la penetración o cuando el pene no supera el portal himeneal, o los esfínteres anales en su caso.

El acceso carnal es considerado como: *“todo hecho en virtud del cual el órgano genital de una de las personas sujeto activo o pasivo es introducido en el cuerpo de la otra, por vía normal o anormal, en tal forma que haga posible el coito o un equivalente anormal de él”*¹³².

¹³¹ En cambio para Maggiore, el acceso carnal se consideran órganos sexuales el pene, por una parte, y la vulva y el ano, por otra. No la boca; por esto la fellatio in ore (derrame seminal dentro de la boca de otro), llamado impropriamente coito bucal, como no es sino una forma de masturbación por medio de la boca, no puede constituir violencia carnal, sino únicamente un acto libidinoso.

¹³² SIERRA, HUGO MARIO, *Lecciones de Derecho Penal parte General*, 1ªed., Argentina, 1997, P. 184. El problema se complejiza cuando entramos al ámbito del Sujeto Activo potencial en el injusto violatorio. Muñoz Conde, por ejemplo, percibe que la restricción de sujetos activos al hombre no es coherente con el paradigma de la libertad sexual como bien

Acceder carnalmente a persona en estado de inconsciencia o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir. Aquí se encuentra a la persona en ese estado y se le accede carnalmente o se realiza acto sexual sin su consentimiento.

Es la Doctrina Tradicional la que para ESPINOZA VÁSQUEZ, MANUEL este delito únicamente se comete y consuma materialmente por el acceso carnal mediante la introducción del órgano sexual masculino, en el órgano sexual femenino, la vagina. Sin embargo, este propio tratadista ya refería que no faltaban autores respetables que pretenden incluir a la mujer como sujeto activo del delito de violación sexual en agravio de un menor de edad cuando lo inicia en la práctica sexual prematura mediante la fuerza, o la intimidación o halagos para que se relacione con su persona de agente activo o con otra mujer.

MANZINI explica el acceso carnal, *“Con tal expresión, conjunción carnal, se designa todo hecho en virtud del cual el órgano genital de una de las personas sujeto activo o pasivo es introducido en el cuerpo de la otra, por vía normal o anormal, en tal forma que haga posible el coito o un equivalente anormal de él”*¹³³. Cuando exista la compenetración carnal de que se habla, es indiferente el punto idóneo del cuerpo en el cual ocurre según o contra natura. Por esto el delito subsiste, tanto en el caso de coito vaginal, como en el coito anal. Se debe tener en cuenta si la parte del cuerpo donde se actúa,

jurídico protegido. Refiere que gramaticalmente el Código Español utiliza el pronombre masculino para indicar al sujeto activo: *el que*; sin embargo, manifiesta que si bien es difícil de imaginar por condicionamientos culturales un acceso carnal con sujeto activo femenino, ello no es imposible en tanto el sujeto pasivo puede ser un enajenado o un menor.

¹³³ SIERRA, HUGO MARIO, *Lecciones de Derecho Penal parte General*, 1ªed., Argentina, 1997, P. 188. Los actos de la vida sexual racional son algo más que la manifestación de una función fisiológica. Su trascendencia los eleva, más allá del solo derecho individual, a la categoría de un hecho social, generador de un interés colectivo que impone la necesidad de su organización dentro de una civilización.

hace posible una verdadera unión, equiparable si no ya en sus consecuencias, en la forma y en la finalidad inmediata del acto, a la conjunción normal. Ahora bien, el coito oral, por tal aspecto, bien puede equipararse, ya que no difiere esencialmente, al acto contra natura, como todos lo reconocen.

La jurisprudencia de El Salvador señala que el *“acceso carnal es el elemento determina que el sujeto activo del delito logra consumir el acto de la penetración en el sujeto pasivo o víctima, es en este caso una persona menor de quince años, la cual sufre una relación sexual que voluntariamente no ha deseado sostener; normalmente se entiende que el acceso carnal forzado, se configura cuando el agresor comúnmente del sexo masculino, introduce su órgano viril vía vaginal o anal de su víctima”*¹³⁴.

El art. 159 Pn. contempla también lo concerniente a la incapacidad de una persona para repeler o negar su voluntad a una relación carnal, es decir, que el atacante se aprovecha de enajenación mental, estado de inconsciencia e incapacidad de resistir de la víctima.

3.3.1.2. MINORÍA DE EDAD

La norma jurídica hace mención del menor de quince años de edad, en otras legislaciones la edad de la víctima constituye una circunstancia de agravación, para nosotros no, en la circunstancia que estamos considerando, es un elemento del tipo. Basta el acceso carnal con una víctima menor de

¹³⁴SENTENCIA EMITIDA POR EL TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, PROMULGADA EL DÍA 1/03/2004, NUMERO DE EXPEDIENTE T.T.S.0103-01-2004. En el delito de violación en menor o incapaz no es necesaria la concurrencia de violencia psíquica o física como medio comisivo, así como tampoco el consentimiento o no por parte de la víctima.

quince años para que se tipifique violación en menor e incapaz, sin consideraciones de otra naturaleza como la utilización de fuerza o intimidación o violencia. El fundamento para esta posición resulta lógico si atendemos el bien jurídico protegido de la libertad sexual, esto es, la única forma en que tal valor no sea lesionado por una relación sexual, es cuando la misma ha sido consentida por la víctima, se ha elaborado un proceso volitivo libre y se ha generado una decisión sin vicios.

El momento en que la víctima es incapaz psíquicamente para otorgar tal aceptación o consentimiento, el mismo no importa, no influye, no existe. La ley penal, presume la incapacidad para comprender el significado social y fisiológico del acto, en los menores de quince años, siendo una presunción que no admite prueba en contrario.

Cualquier límite de edad dentro del ordenamiento penal genera debates y opiniones varias. *“Muchos opinan que existen impúberes que manifiestan desordenadas tendencias sexuales, queriendo dejar al libre arbitrio judicial la calificación de violación o no, no nos olvidemos que basta la edad y el acceso carnal para tipificar el delito”*¹³⁵. Opina Gómez lo peligroso que sería tal criterio, o en virtud de que se entraría a legislar frente a casos excepcionales y no a base de reglas generales, como porque nos estaríamos olvidando de analizar la peligrosidad de la conducta de un sujeto que pretende o tiene, acceso carnal con un impúber.

¹³⁵ HEINRICH JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal parte General*, 1ªed., Barcelona, 1992 P.390. Cuando el hombre es corporalmente causal sin que pueda dominar su movimiento corporal a través de un posible acto de voluntad –sea que obre como simple masa mecánica o que ejecute movimientos reflejos- tales movimientos corporales quedan excluidos de las normas del derecho penal. Por eso se exige la voluntariedad de la conducta humana como presupuesto esencial del juicio jurídico-penal. Voluntariedad es la posibilidad de dominio de la actividad o pasividad corporal a través de la voluntad.

Según jurisprudencia salvadoreña, sentencia dictada por Juzgado Primero de sentencia de San Salvador el día treinta y uno de agosto del año dos mil cuatro, de expediente 412-2004, manifestando lo siguiente: las personas de muy corta edad o los incapaces carecen de libertad sexual, pues su desarrollo personal o la situación de sus capacidades físicas o intelectuales no les permite conocer el significado de los actos sexuales o no les permite repeler los mismos, por lo que carecen de autonomía para determinar su comportamiento sexual, siendo el bien jurídico protegido en estos casos la indemnidad o intangibilidad sexual de estas personas.

Entre los siete y los catorce años de edad, se van adquiriendo progresivamente, características que estructuran la personalidad y que permiten el desarrollo cada vez mayor de la capacidad de decisión y evaluación de las consecuencias de sus actos.

La minoría de edad es considerada para Kant, *“es la incapacidad de servirse de su propio entendimiento sin la dirección de otro. Uno mismo es culpable de la minoría de edad, cuando la causa de ella no radica en una falta de entendimiento, sino en la decisión y el valor para servirse de él con independencia, sin la conducción de otro”*¹³⁶.

¹³⁶SPROVIERO, JUAN, *Delito de Violación*, 2ªed, 2000, P. 331. La condición de incapacidad plena y de total ausencia de juicio y discernimiento, sólo se atribuye sin excepción a los infantes, lo que se corresponde con el hecho que estos no son aun conscientes de su condición de seres autónomos, separados claramente de los demás, que no poseen el sentido del beneficio común y dado que tienen una moral de tipo hedonista, deciden lo que es bueno para ellos en virtud del placer que les brinda. Decía Kant que las personas se caracterizaban por su autonomía, que es la capacidad de poder tomar decisiones propias y hacerlo. Esta capacidad nos diferencia del resto de los seres que, simplemente, no hacen eso. Kant pensaba que actuar de forma autónoma era señal de que se ha llegado a la mayoría de edad, de que uno se atreve a pensar por sí mismo, de que se tiene criterio, de que se es dueño de uno mismo. Él decía que actuando autónomamente se dejaba atrás la heteronomía, es decir, el guiarse por las opiniones ajenas sin interiorizarlas. También creía que su época, la Ilustración, era la época de dejar atrás la minoría de edad de la humanidad

Según el Código Civil del país, artículo 26, se define como menor de edad a toda aquella persona que no ha llegado a cumplir los dieciocho años de edad. Aunque el Código Penal hace referencia al delito de violación en menor de quince años de edad, es decir, que el ilícito penal de violación en menor e incapaz, solamente entran en esta categoría los menores de quince años de edad y los incapaces de poder resistir.

Es de mencionar que la disposición penal no hace referencia alguna, a la edad del sujeto activo del delito de violación, es de suponer, que el acto de violación en menor e incapaz lo puede ejecutar una persona menor de edad como una persona mayor de edad, ya que la ley simplemente hace referencia a la edad de la víctima mas no del agresor.

La jurisprudencia salvadoreña señala respecto al factor edad: *“El tipo penal contemplado en el art. 159 Pn., requiere en primer lugar que la víctima sea menor de quince años de edad, es decir, que la persona que sufre la vulneración de su libertad sexual, en razón de su corta edad, el daño de diversas índoles que se ve obligada a sufrir es mayor, puesto que tanto anatómicamente como psicológicamente es más frágil y las consecuencias perniciosas son mucho mayores a las que de por sí puede sufrir una persona con mayor experiencia de vida y con su fisiología apta para la reproducción”*¹³⁷.

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

y el comienzo de una nueva etapa donde las personas se atreviesen a pensar por sí mismas.

¹³⁷SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SONSONATE, Fecha de resolución: 22/05/2003. El abuso Sexual en niños menores de quince años es un delito contra la indemnidad e integridad sexual caracterizados por contactos e interacciones entre un niño y un adulto, cuando el adulto en su rol de agresor usa al niño para estimularse sexualmente él mismo. El abuso sexual puede incluir violencia física, presión o engaño.

de mayor trascendencia. En muchas ocasiones corresponde a ese sujeto activo del acceso carnal, dilucidar fehacientemente si se encuentra por la edad mínima admitida por el Código Penal como para que la otra persona pueda disponer de su libertad sexual.

El código trata única y exclusivamente de la edad cronológica, “cuando fuere menor de quince años de edad, únicamente se cumplen los años por el transcurso del tiempo a partir de un momento dado que es la fecha de nacimiento. Indudablemente esta referencia es exclusivamente cronológica, e intentar equiparar a ella el escurridizo concepto de edad mental que es la apreciada psíquicamente; se caería en lo prohibido, en el ámbito penal, pero no se debe descartar que en alguna época se aplicara en numerosas sentencias. Afortunadamente en la actualidad se ha abandonado esa postura de tomar en cuenta la edad mental y únicamente se toma en cuenta la edad cronológica”¹³⁸.

Ante el Estado y la sociedad, toda persona entre cero y dieciocho años es considerada menor de edad y la regla general aplicable, es la presunción de su incapacidad. Sin embargo, esta incapacidad puede ser absoluta o relativa, precisamente en virtud de la edad.

La ley hace una división clara de los menores de 18 años, en infantes o niños (menores de 7 años), impúberes (7 a 12 años para las mujeres y 7 a 14 para los varones) y adultos menores (12 a 18 años para las mujeres y 14 a 18

¹³⁸CARRAZCO FRANCISCO, LUIS, *Código Penal de El Salvador Comentado*, Tomo I, s/d, 2005, p 604. La edad de la víctima como dato simplemente cronológico que es, ha de probarse por los medios ordinarios de prueba regulados por el Ordenamiento Jurídico. Lo más oportuno sería acudir, al certificado de nacimiento. En caso de inexistencia, bueno será asistir a la partida de bautismo y, en su defecto, a la determinación pericial. Si no puede probarse documentalmente la edad por falta de registro del estado familiar, debe ser probado con todos los demás medios; pero la prueba debe ser cierta, resolviéndose toda duda a favor del agente.

para los varones). Progresiva-mente la ley les reconoce mayor capacidad de autodeterminación y por lo tanto mayor autonomía en el ejercicio de derechos civiles.

“Las víctimas de abuso sexual en la infancia o adolescencia tienen una iniciación sexual voluntaria más temprana que quienes no padecieron maltrato o violaciones”¹³⁹.

3.3.1.3. ENAJENACIÓN MENTAL

Algunos entienden la enajenación mental equivalente de enfermedad mental que prohíbe a la persona de la capacidad de querer válidamente.

No siempre el estado de alineación mental ha sido considerado como integrante del conjunto de cuadros en los cuales el acceso carnal es violación. En algunos códigos del siglo pasado de algunos países como Portugal, se sostenía que en la minoría de edad y ausencia de pubertad, en la demencia y en la embriaguez, al carecer las víctimas de posibilidad de disponer de su voluntad mediante un consentimiento, no había violación.

Persona enajenada, no bastando la mera constatación de esta situación, pues la ley exige, para que exista violación, que *“el sujeto activo haya logrado el acceso carnal aprovechándose de esta situación, por lo que si el sujeto pasivo, pese a sufrir enajenación mental, tuviese capacidad intelectual*

¹³⁹Según estudios las víctimas de una violación sexual a temprana edad son las que tienen una vida sexualmente activa de manera voluntaria, en comparación de aquellas personas que no han sido víctimas de abuso sexual. El Estado le reconoce al menor adulto suficiente capacidad y autonomía para consentir o no en un asunto tan delicado como dar en adopción a sus propios hijos, lo que quiere decir que participa activamente en decisiones que afectan el destino de un tercero; con mayor razón, entonces, se le reconoce la capacidad para determinar las directrices de orden moral que guiarán su propio destino siempre que al actuar de acuerdo a sus principios, no atente contra su integridad, la de terceros o la de la comunidad en general.

para comprender el alcance del acto sexual y capacidad volitiva para consentir su realización no se cumplirían los requisitos del tipo”¹⁴⁰.

En la violación ejecutada sobre alienados se encuentra que no está alterada la capacidad de resistir pero si lo está la capacidad de comprender, presupuesto necesario para poder ejercer la resistencia y evitar el peligro. Abarca así las enfermedades que alteran en totalidad la capacidad de comprensión de las relaciones significativas de los hechos.

MUÑOZ CONDE FRANCISCO, la califica como un avance notable, *“por exigirse no que la relación sexual se dé con un enajenado, sino que se abuse de él. Aun así la considera insuficiente para acoger otras situaciones graves como el abuso sexual de persona que no puede ofrecer resistencia al acto sexual”¹⁴¹.*

Tampoco reviste importancia para la determinación del delito que el enfermo preste su consentimiento o no a la realización del coito, ya que bajo ambos

¹⁴⁰MUÑOZ CONDE FRANCISCO, *Derecho Penal Parte Especial*, 8ªed, 1991, p 394. Es la imposibilidad de resistir en que se encuentra la víctima por el hecho de sufrir enfermedad mental o corpórea o por otra causa independiente del hecho. Se exige que la víctima se encuentre privada de razón o de sentido o de la capacidad de resistir. Con ello es evidente que en el primer caso, no se hace referencia a cualquier alteración de la salud mental, sino solamente a la que priva de razón, es decir, de la total comprensión de las relaciones y significado de los hechos. La ley exige en este caso la capacidad de comprender. No se trata en tal caso de simples alteraciones, deficiencias, o anormalidades síquicas leves. Claro está que esta cualidad de la víctima no siendo manifiesta (mujer recluida) debe ser, a diferencia de la edad, positivamente conocida por el autor, porque la salud mental se presume; pero no se presume que una niña tenga o no doce años de edad.

¹⁴¹MUÑOZ CONDE FRANCISCO, *Derecho Penal Parte Especial*, 8ªed, 1991, p 394.No todos los estados mentales patológicos deben considerarse como que imposibilitan el discernimiento acerca de la libre disposición del sexo, sino que el médico forense debe informar al juez, en los casos que sea posible, de la calidad y modalidad que revista la dolencia mental en cuestión. De tal manera que la dolencia ha de ser de las que se conocen de cierta forma de cretinismo o las que manifiestan como síntoma característico la imposibilidad de movimiento o defensa o bien como las que impiden discernir acerca de la libertad de disposición sexual.

supuestos el delito puede configurarse pues todo depende del tipo de demencia que padezca el enfermo.

Los médicos forenses inclusive acuden a estudiar la edad mental de la víctima, con el fin de determinar si había o no capacidad suficiente de discernimiento para apreciar los alcances del acto realizado. En ciertos casos de edad mental retardada, basta poco esfuerzo sobre la víctima para que la misma se preste a cometer los actos lúbricos que el victimario pretende. Debe tenerse sumo cuidado al apreciar la edad mental en cada caso concreto, de la ofendida por que en algunas el retraso probado no es suficiente para lograr eliminar el consentimiento válido.

“Si el sujeto pasivo es un enajenado mental se presume que no tiene capacidad para consentir o rechazar el acceso carnal libremente”¹⁴².

Por enajenación abra que entender situaciones similares a las de enfermedad mental en su sentido amplio, incluyendo también en ella la oligofrenia y todas aquellas otra alteraciones de la psiques que ponen al sujeto en situación de inimputabilidad, pero hay que tener en cuenta que en este caso es preciso además, que la enajenación afecte a la capacidad para auto determinarse en el ámbito sexual con el conocimiento del significado de los actos de este tipo.

¹⁴²MUÑOZ CONDE FRANCISCO, *Derecho Penal Parte Especial*, 8ªed, 1991, p 394. Tal presunción puede considerarse existente, si se demuestra en el caso concreto que el sujeto pasivo podía, auto determinarse libremente en el ámbito sexual. El criterio de que si la edad mental del sujeto pasivo es inferior a la de quince años debe presumirse la falta de libertad y por tanto, de autodeterminación, pero se trataría de una generalización inadmisibles pues una edad inferior a los quince años no excluye una capacidad de autodeterminación totalmente en lo sexual.

En este terreno se plantean al juzgador, en algunos casos, conflictos límites que deben ser resueltos más con ayuda de criterios sociológicos que psicológicos o psiquiátricos en ningún caso debe ser suficiente con un determinado diagnóstico, test de inteligencia, etc., si no que *“debe valorarse el comportamiento del sujeto pasivo en el contexto y en relación con las peculiaridades de la conexión que tenga con el ofendido relación de noviazgo, amistad, matrimonio”*¹⁴³.

El problema ha estado casi siempre resuelto en las relaciones heterosexuales cuando el incapaz o enajenado es el hombre al que incluso los propios familiares llevan al burdel como medida terapéutica pero no lo está en absoluto cuando el incapaz o enajenado es una mujer, principalmente en el caso de oligofrénicas.

El término enajenación abra que incluir situaciones de trastorno mental transitorio producido por cualquier causa ingestión, de alcohol, drogas etc. naturalmente siempre que se dé un abuso de esta situación.

Este modo comisivo del delito responde a la exigencia de tutelar especialmente a quienes no se hallan en condiciones de proteger o canalizar convenientemente sus intereses en la esfera sexual a causa de padecer una suerte de deficiencia psíquica.

FONTAN BALESTRA nos define lo que para su concepto debe entenderse por persona privada de razón, *“ es la que el trastorno de sus facultades les impide comprender la naturaleza del acto que realiza como sujeto pasivo,*

¹⁴³MUÑOZ CONDE FRANCISCO, *Derecho Penal Parte Especial*, 8ªed, 1991, p 394. Se exige que el sujeto activo abuse de la enajenación, es decir, se aproveche de la incapacidad del sujeto pasivo para entender el alcance del acto sexual y consiga el acceso carnal con base en esa incapacidad. Este abuso exige por tanto, una actitud eminentemente dolosa que tiene que ser probada y no simplemente presumida en el correspondiente proceso. Con ello se deja una posibilidad a las relaciones sexuales con incapaces siempre que no se de la situación de abuso de esa incapacidad.

*razón por la cual su voluntad está viciada y carece de validez jurídica. La ley supone la falta de voluntad para el acto*¹⁴⁴...no basta la comprobación de una anomalía psíquica, es preciso que ella incapacite para comprender el acto que se realiza. Así apreciada la incapacidad de comprender, carece de significado enumerar cuales son los trastornos mentales.

3.3.1.4. ESTADO DE INCONSCIENCIA

Persona inconsciente, falta de conciencia que puede proceder de situaciones internas al sujeto pasivo, como el desmayo, o externas al mismo, como la anestesia, la drogadicción, la embriaguez u otras. En todo caso, la ley exige también que el sujeto activo se haya aprovechado de esta situación, por lo que la comisión del tipo exige acreditar que, de haber estado consiente el sujeto pasivo, se habría opuesto al acto sexual.

El estado de inconsciencia no deriva necesariamente de un origen patológico, quedando incluidos los estados de sueño, embriaguez alcohólica, obnubilación por drogas o fiebre alta, hipnosis, provocados sea o no por el sujeto activo.

Así, el empleo de narcóticos puede servir para poner al sujeto pasivo en estado de inconsciencia. Los narcóticos son sustancias que provocan un sueño artificial más profundo que el sueño fisiológico. El cloroformo, el éter y otras análogas aplicadas al organismo humano, sumen a la persona en un sueño profundo, con total paralización de sus movimientos voluntarios y ausencia completa de raciocinio.

¹⁴⁴TERRAGNI, MARCO ANTONIO, *Estudio sobre la Parte General del Derecho Penal*, 1ªed., Chile, 2000, P. 160. En lo que respecta a que el ofendido "por cualquier otra causa no pudiera resistir", se trata de cualquier causa o motivo que no se halle considerada o sea aprehendida, por alguna de las causales anteriores que tipifican la violación.

“La persona privada de razón, debe ser coincidente con su falta total de aptitud para comprender las consecuencias del acto que le tiene por sujeto pasivo, no puede hablarse de voluntad; pues su falta de existencia impide consecuentemente su exteriorización. Aun en el supuesto de una aparente conformidad consumativa, se invalida su consentimiento por carencia misma de la voluntad, circunstancia que invalida cualquier pretendida conformidad que quiera aligarse”¹⁴⁵.

En el terreno estrictamente jurídico, tal restricción somete al autor a las consecuencias establecidas en la norma penal.

“La privación de sentido puede tener varios enfoques, conforme la circunstancia que la provoca; bien puede obedecer a una causa natural, que no dependa del propósito o intención del autor y que se produce como hecho previsible, o bien puede generarse por la propia actividad del agente que busca sumir a la víctima en la privación de sus sentidos para la complementación del acto que se propone. En uno u otro supuesto existe plena conciencia de que la víctima no podrá exteriorizarse por medio de su voluntad y, por tanto, la consecución del fin debe estar condicionado por la pena a imponerse”¹⁴⁶.

La violación en ambas instancias no puede evadirse, ya que tal es la calificación, se trate de una u otra de las posibilidades expuestas.

¹⁴⁵ACHAVAL ALFREDO, *Delito de Violación, Estudio sexológico médico-legal y Jurídico*, Argentina, 2ªed, 1986, p. 46. La privación de sentido es otra de las posibilidades que señala la disposición, y también en el supuesto hay una ausencia de voluntad que hace más remarcable la imposición de sanción. La privación de sentido imposibilita la percepción y, por lo tanto, la expresión de la voluntad no podrá concretarse.

¹⁴⁶ACHAVAL ALFREDO, *Delito de Violación, Estudio Sexológico médico-legal y Jurídico*, 2ªed Argentina, 1986, P. 46. Puede registrarse como presupuesto determinante la comprensión del acto, ya que el estado en que se encuentra abrigada a un desconocimiento total de cualquier clase de circunstancias. Debe hacerse referencia a estados de postración; situaciones de inconsciencia que inhabilitan al sujeto pasivo para manifestarse en oposición al acto de sometimiento.

Todas aquellas posibilidades que ejercitadas llevan a la inconsciencia, son exponentes de lo que en derecho se conoce como privación de sentido.

3.3.1.5. INCAPACIDAD DE RESISTIR

La incapacidad de resistir, acceder carnalmente a persona en estado de inconsciencia o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir. Aquí se encuentra a la persona en ese estado y se le accede carnalmente o se realiza acto sexual. En esta hipótesis no se requiere que la víctima sea puesta en estado de inconsciencia o en incapacidad de resistir por el sujeto activo, sino que por sus condiciones de inferioridad síquica o trastorno mental, le impidan comprender la relación sexual. Tal podría ser el caso del acceso carnal o acto sexual practicado con persona cuya debilidad mental, no constitutiva de trastorno mental, le impida darse cuenta de la trascendencia del acto que realiza.

“El alienado mental no está en condiciones de prestar válidamente su consentimiento por causa de la enfermedad que padece, ni de comprender las trascendencia del acto”¹⁴⁷.

Se sanciona el acceso carnal o acto sexual realizado con persona que carece de capacidad de autodeterminación. Aquí se pone a la persona en ese estado para luego accederla carnalmente o realizar acto sexual diverso. Los medios de que puede servirse el sujeto activo para poner a la víctima en estas circunstancias son muy variados, pero cualquiera es idóneo si llega a producir una situación favorable a la lubricidad del agente.

¹⁴⁷JIMÉNEZ DE ASUA, LUIS, *Teoría Jurídica del Delito*, s/e, España, 2005, P. 358. Emplear violencia para doblegar la voluntad de la víctima y realizar el acceso carnal con ella. La violencia puede ser física o moral. La violencia física es el empleo de la fuerza física mediante la cual se domina los movimientos de la víctima. La violencia moral se ejerce por medio de amenazas graves.

También puede provocarse el estado de inconsciencia o la incapacidad de resistir, mediante el suministro de bebidas embriagantes o de otras sustancias tóxicas que sirven para producir los mismos efectos.

Pero debe tenerse presente cuál era la voluntad de la víctima antes de ingerirlas. Si una mujer, para vencer su pudor consume bebidas embriagantes, y una vez en ese estado consiente en el acceso carnal o acto sexual, no podría decirse que se la puso en ese estado con ese fin. Igualmente el hipnotismo puede servir para poner al sujeto pasivo en tal estado.

La víctima puede estar "privada de la razón o del sentido, tanto por causa de alguna maniobra del sujeto activo, como por cualquier otra circunstancia. Es totalmente intrascendente el motivo de tal inconsciencia"¹⁴⁸, aunque cierto es que siendo el causante de ésta el agente del delito, su peligrosidad se ve acentuada y debe reflejarse en la imposición de la pena.

FONTAN BALESTRA nos define lo que para su concepto debe entenderse por persona privada de razón "*es la que el trastorno de sus facultades les impide comprender la naturaleza del acto que realiza como sujeto pasivo, razón por la cual su voluntad está viciada y carece de validez jurídica. La ley supone la falta de voluntad para el acto*"¹⁴⁹, no basta la comprobación de una anomalía psíquica, es preciso que ella incapacite para comprender el acto

¹⁴⁸TERRAGNI, MARCO ANTONIO, *Estudio sobre la Parte General del Derecho Penal*, 1ªed., Chile, 2000, P. 154. Los enfermos o que no se encuentre en grado de resistir a causa de las propias condiciones de inferioridad psíquica o física, aunque ésta sea independiente del hecho del culpable.

¹⁴⁹TERRAGNI, MARCO ANTONIO, *Estudio sobre la Parte General del Derecho Penal*, 1ªed., Chile, 2000, P. 160. En lo que respecta a que el ofendido "por cualquier otra causa no pudiera resistir", se trata de cualquier causa o motivo que no se halle considerada o sea aprehendida, por alguna de las causales anteriores que tipifican la violación.

que se realiza. Así apreciada la incapacidad de comprender, carece de significado enumerar cuales son los trastornos mentales.

A la ley lo único que le interesa es el estado en que el ofendido se encuentra en el momento del acceso carnal, ya que es justamente dicho estado y no su causa, lo que motiva la ausencia de consentimiento y de voluntad que lesiona el bien jurídico protegido. Este tipo es abierto a los motivos de la privación del sentido o de la razón, inclusive es flexible para contener el sujeto causante de dicha privación, ya que puede ser un tercero o el propio agente, puede ser por causas naturales o provocadas, y en este último caso en relación al acceso carnal o no.

Técnicamente la falta de sentido es cuando la víctima carece de voluntad, es un estado de inconsciencia, existe ausencia de percepción sensorial. *“Si nos referimos a enfermedad debemos entender el desequilibrio funcional de los órganos del cuerpo humano, trastorno que sin privar de la razón o del sentido impide que la víctima se oponga al acceso carnal pretendido”*¹⁵⁰.

La parálisis, debilidad extrema etc., caracterizan esta causal, que no significa otra cosa que a pesar de la oposición de la víctima, ésta no tiene fuerzas para manifestarla objetivamente, de lo que se aprovecha el agente del delito. Persona incapaz de resistir, incapacidad cuyo origen no se limita, pudiendo ser una persona en estado de shock, una persona parálitica o tetrapléjica, o una persona previamente inmovilizada para otros fines distintos, entre otras

¹⁵⁰TOCORA LUIS FERNANDO, *Derecho Penal Especial*, 2ªed, Argentina, 1986, p.168. Privada de sentido lo estará la víctima en caso de inconsciencia ebriedad, sueño. El significado de esta figura no es que el autor haya puesto a la víctima en situación de inconsciencia, por el uso de hipnóticos o narcóticos, ya que eso equivale al empleo de violencia.

posibilidades, exigiendo también la ley el aprovechamiento de la circunstancia.

Actos sexuales con persona puesta en incapacidad de resistir. En este tipo penal no hay una violencia que se exteriorice en el despliegue de fuerzas encontradas, sino la que resulta de ir contra la voluntad de la víctima, quien no puede ofrecer resistencia, por la condición de incapacidad en que la ha colocado el agente.

Incapacidad: descontadas las especies del estado de inconsciencia y de la inferioridad psíquica que impida comprender la relación sexual, las incapacidades de resistir, serian las causadas por inhibiciones o paralizaciones de la sicomotricidad, o sea, del movimiento corporal.

La incapacidad para poner resistencia el sujeto pasivo puede ser mediante los siguientes factores:

La epilepsia, posee “una particularidad que la hace ciertamente atípica es la que corresponde a la violación sobre victima cuyo padecimiento epiléptico la sume en un estado de inconsciencia, estado este que sin lugar a duda priva de sentido a quien lo padece. Ante esta anomalía que involucra una total falta de defensa que pueda oponerse al autor del hecho”¹⁵¹.

En los estados segundos o equivalentes epilépticos, en el que existen automatismos psicomotores y actuación eficiente, pueden ocurrir

¹⁵¹ACHAVAL, ALFREDO, *Delito de Violación, Estudio Serológico médico-legal y Jurídico*, Argentina, 2ªed, 1986, p. 121. Las podemos llamar enfermedades corpóreas, como causa que impide la resistencia, entre ellos podemos mencionar las más frecuentes que se presentan la parálisis, debilidad externa, estados agónicos lucidos y en general todos aquellos estados que imposibiliten el movimiento o la defensa contra el victimario sin que exista enfermedad mental o privación de sentido.

manifestaciones eróticas por parte del sujeto activo, que pudieron no conocerse por el sujeto pasivo.

En los estados epilépticos que cursan con *“pérdida de conciencia y coma o sueño epiléptico es necesario recordar que el sujeto esta pasivo y que pueden producirse lesiones provocadas por la caída que nada tienen que ver con el delito de violación y la acción agresora sexual”*¹⁵².

El desequilibrio físico es una incapacidad de poder resistir el sujeto pasivo de violación sexual ya que son numerosas las situaciones patológicas debidas a afecciones preexistentes al hecho y que producen un impedimento de la resistencia, la anulan o la disminuyen hasta la ineficacia.

*“Debe tenerse presente que el diagnostico de la enfermedad implica una conclusión sobre un estado mórbido, casi siempre físico, pero no sobre el delito ni las circunstancias en las que se desarrollo la acción del agresor sobre la víctima”*¹⁵³.

¹⁵²SUAREZ RODRÍGUEZ, *El Delito de Agresiones Sexuales Asociados a la Violación*, s/d, Barcelona, s/n, p 229. La epilepsia se caracteriza por una actividad excesiva e incontrolada de parte del sistema nervioso o de todo el. Se caracteriza por que los enfermos que la padecen presentan un estado alterado respecto del normal, con accesos bruscos de tipo motor o psíquicos, pudiendo perder o no el conocimiento y con presencia o ausencia de convulsiones. Algunos sectores doctrinales admite la epilepsia como uno de los supuestos inscribibles entre los de privación de sentido. Nosotros entendemos en coherencia con lo expresado al tratar con lo dicho anteriormente que es posible dicha incardinación en aquellos casos en que la evolución del acceso epiléptico conduce a un estado de privación de sentido con pérdida total de la conciencia.

¹⁵³ACHAVAL, ALFREDO, *Delito de Violación, Estudio Serológico médico-legal y Jurídico*, Argentina, 2ªed, 1986, p.125. La sexualidad está presente en la adultez mayor pero de manera distinta. Esas personas no sienten tanta tensión sexual como antes, tienden a sostener relaciones sexuales con menor frecuencia y su intensidad es menor. Después de los 60 años, un varón requiere más tiempo para excitarse y lograr una eyaculación. Los signos que acompañan a la excitación, como el color de la piel y el incremento en la tonicidad muscular, están presentes pero en menor intensidad.

El no poder resistir implica la previa decisión de no dar el consentimiento al acceso carnal, y que físicamente no se posee, por razones de enfermedad, la aptitud para la resistencia. Debe tener las mismas exigencias que se plantean en el uso de la fuerza, a la que cada uno se opone con la capacidad que tiene. La carencia total de resistencia impone que exista una autentica imposibilidad de resistir y que ella sea total.

También la edad avanzada es una incapacidad que la persona no puede oponer resistencia al acto sexual, el anciano agredido tiende a no denunciar el hecho por el miedo a ser víctima de la censura social. Igualmente se ha negado su existencia argumentando mitos erróneos sobre la sexualidad de los ancianos: tabúes sociales frecuentes en nuestro medio social han sido más intensos cuando se refieren a las personas mayores.

3.4. TIPO SUBJETIVO

El tipo subjetivo comprende aquellos elementos que dotan de significación personal a la realización del hecho. La finalidad, el ánimo, la tendencia que determino el actuar del sujeto activo del delito. En resumen, la presencia del dolo, de la imprudencia o de otros especiales elementos subjetivos.

Además de lo expuesto, *“también ha de expresarse que la acción típica constitutiva de violación, requiere que el sujeto activo tenga tanto el conocimiento como la voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, constituyéndose así los elementos cognoscitivo y volitivo del dolo”*¹⁵⁴, cuyas características esencialmente configuran el elemento subjetivo del delito y,

¹⁵⁴Este exige que, tanto la fuerza física como la violencia moral, se realicen conociendo y queriendo el tipo objetivo, es decir con intención de tener acceso carnal con la Víctima. Ya que el sujeto activo conocía la edad del menor y aun así intento realizar el ilícito en el menor.

por ende, complementan al tipo penal, es así que se excluye el análisis de la comisión culposa por cuanto existe el conocimiento y voluntad del imputado de realizar los hechos. La conducta del sujeto activo, que se infiere del ánimo y voluntad de tener acceso carnal con una niña o niño, sin que haya existido voluntad de la última en participar del acto, siendo obvio que el sujeto activo tenía conocimiento de que tal conducta resulta ser legalmente prohibida y social y moralmente reprochable. Esos fundamentales elementos volitivo y cognitivo del sujeto activo se deducen inequívocamente del hecho probado en juicio como es la amenaza ejercida sobre la niña de ocasionarle un mal mayor a ella, utilizando además para lograr el sujeto activo su propósito, fuerza física totalmente desproporcionada dada la naturaleza de la víctima.

3.4.1. EL DOLO

El dolo es el elemento nuclear y principal del tipo subjetivo y, frecuentemente, el único componente del tipo subjetivo en los casos en que el tipo no requiere otros. El dolo es el querer del resultado típico, la voluntad realizadora del tipo objetivo.

Ahora bien, para que un sujeto pueda querer algo debe también conocer algo. Con el dolo sucede lo mismo, pues es un querer. *“El conocimiento que presupone este “querer” es el de los elemento del tipo objetivo en el caso concreto. La definición del dolo es conveniente conceptualizarlo como la voluntad realizadora del tipo objetivo, guiada por el aspecto cognoscitivo del dolo”*¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Básicamente, los tipos dolosos se caracterizan por describir a la conducta cuya finalidad coincide con la realización de todos los elementos constitutivos del tipo penal; en este caso, la finalidad en sí misma es el dato determinante de la prohibición.

Asimismo el aspecto cognoscitivo del dolo abarca el conocimiento de los elementos requeridos en el tipo objetivo y, por otra parte, el conocimiento de los elementos normativos del tipo requiere un conocimiento de la valoración jurídica o ética a que responden estos elementos.

Ya que el elemento subjetivo, *“se desprende del dolo del sujeto activo, inferido del ánimo y voluntad de agredir sexualmente al menor o incapaz, que en condiciones básicamente normales, son suficientes para conocer que tal conducta es legalmente prohibida; determinándose además, por la forma, modo y circunstancias en que sucedieron los hechos”*¹⁵⁶.

El dolo presupone que el autor haya previsto el curso causal y la producción del resultado típico, ya que sin esa previsión jamás se podría hablar de dolo. No obstante, no se requiere la previsión de la causalidad o de la forma en que se produzca el resultado lo sea en sus más mínimos detalles.

Diversos autores han emitido un concepto completo de lo que se considera, *“el dolo según GRISANTI HERNANDO el dolo es la voluntad consciente, encaminada u orientada a la perpetración de un acto que la ley tipifica como delito. Según CARRARA FRANCESCO el dolo es la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley. MANZINI define al dolo como la voluntad consciente y no coaccionada de ejecutar u omitir un hecho lesivo o peligroso para un interés legítimo de otro, del cual no se tiene la facultad de disposición conociendo o no que tal hecho está reprimido por la ley. JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS dice que el dolo es la producción del resultado típicamente antijurídico con la conciencia de que se está quebrantando el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial*

¹⁵⁶ SENTENCIA EMITIDA POR EL TRIBUNAL DE SENTENCIA DE NUEVA SAN SALVADOR, NUMERO DE EXPEDIENTE P0401-50-2001, PS04015001. El dolo en el finalismo es ubicado como un elemento de la tipicidad, conformando el denominado tipo subjetivo del delito doloso. El conocimiento de la Antijuricidad, o sea, el conocimiento de que el comportamiento que se realiza está proscrito por el derecho penal, es deslindado del dolor y es concebido como un elemento de la culpabilidad.

*de la relación de causalidad existente entre las manifestaciones humanas y el cambio en el mundo exterior, con la voluntad de realizar la acción u con representación del resultado que se requiere*¹⁵⁷.

En suma, puede decirse que el dolo es conocimiento y voluntad de realizar un delito o una conducta punible. El dolo está integrado entonces por dos elementos: un elemento cognitivo: conocimiento de realizar un delito, y un elemento volitivo: voluntad de realizar un delito o en pocas palabras significa: El querer de la acción típica.

En la actualidad el dolo se concibe como la conciencia y la voluntad del sujeto de realizar el hecho objetivamente tipificado en la figura delictiva. Es este un concepto natural de dolo que se proyecta exclusivamente sobre los hechos típicos y que no toma en cuenta si el sujeto conoce la significación jurídica de su actuar.

Solo el que sabe lo que ocurre puede querer que ocurra, es decir, aplicar su voluntad a conseguir el resultado que tenga en su cabeza. El sujeto debe ser consciente de que concurran todos los elementos del tipo subjetivo.

Así, en el delito de violación, artículo 159 del código penal, que la persona con la que tiene relaciones es menor de quince años de edad. Si el sujeto no conoció tales circunstancias no hay dolo. *“El conocimiento que se requiere no es un conocimiento exacto o científico sino el propio de un profano, tampoco se requiere en el delito de violación a menor e incapaz el que sepa la edad concreta del menor, si no tan solo que representa una edad inferior a los*

¹⁵⁷CEREZO MIR, JOSER, *Curso de Derecho Penal Español parte General*, 3ªed., España, 2001, P. 269. El dolo es el conocimiento y voluntad de realizar un delito o una conducta punible. Está integrado entonces por dos elementos: un elemento cognitivo: conocimiento de realizar un delito, y un elemento volitivo: voluntad de realizar el mismo.

quince años, o que sepa que sufre alguna debilidad mental, sin que tenga que llegarse a exigir el conocimiento de lo que es una oligofrenia”¹⁵⁸.

Se trata en definitiva de la exigencia de un conocimiento aproximado de la significación, natural social o jurídica del hecho.

Según jurisprudencia salvadoreña, en el caso del delito de violación en menor e incapaz, la ley no exige el elemento violencia, no por olvido u omisión involuntaria del legislador; sino que, tanto en el caso de los menores de quince años, como de los enajenados mentales, se presume de derecho su incapacidad jurídica para prestar un consentimiento efectivo, no podría tan siquiera hablarse de un consentimiento viciado, sino más bien inexistente. Los sujetos pasivos de este delito carecen de voluntad jurídica, por lo que el supuesto consentimiento prestado resulta irrelevante en la tipificación del hecho. En ese sentido, la violencia como medio necesario para lograr el acceso carnal en contra de la voluntad de la víctima, es innecesaria en el caso de los menores o incapaces, puesto que no existe voluntad alguna que someter.

Consecuentemente, *“en el delito de Violación en Menor e Incapaz, la violencia no forma parte de los elementos objetivos de la conducta tipificada en la ley, pues, indistintamente que se haya desplegado una acción violenta o intimidatorio, se presume jurídicamente la falta del consentimiento de la víctima por sus condiciones físicas o psíquicas de desventaja”¹⁵⁹.*

¹⁵⁸ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL, *Manual de Teoría Jurídica del Delito*, s/e, El Salvador, s/a, P. 76. Además de conocer la circunstancia del hecho típico se requiere la voluntad de su realización. Si el hecho se realiza, pero el que el mismo se produzca no es fruto de la decisión incondicional de realizarlo, no hay dolo.

¹⁵⁹SENTENCIA EMITIDA POR LA SALA DE LO PENAL DE SAN SALVADOR, PROMULGADA EL DÍA 6/03/2006.

En un primer grupo de casos el autor es plenamente consciente de que con su actuar lesiona el bien jurídico y actúa de ese modo porque lo que quiere es lesionarlo. Así lo contempla la figura delictiva y se denomina delito doloso. En otro grupo de casos el autor ni busca ni pretende, lesionar el bien jurídico protegido, pero su forma de actuar arriesgada y descuidada produce su lesión, estas conductas se contemplan en las figuras delictivas que se llaman delitos culposos o imprudentes.

Ambas conductas son estructuralmente diferentes, *“pues las dolosas son conductas dirigidas por la voluntad contra la propia norma jurídica que le prohíbe atentar contra el bien jurídico de que se trate y las conductas imprudentes se limitan a desconocer la norma de cuidado, y por lo tanto, ambas comportan una gravedad diferente, un diferente desvalor de acción, del que el legislador da cuenta al prever una pena para el delito imprudente sensiblemente inferior que para el delito doloso”*¹⁶⁰. Esto último se ha sabido siempre y, siempre la pena para el delito imprudente ha sido inferior. Pero lo que es un fenómeno moderno es la consideración de las conductas dolosas y de las imprudentes como estructuralmente diferentes y, por lo tanto, estructuralmente diferentes también los tipos de los delitos dolosos e imprudentes.

El elemento cognoscitivo y volitivo del dolo se puede dar con distinta intensidades respectivamente. La combinación de variantes nos permiten diferencias distintas clases de dolo: dolo directo y dolo eventual.

¹⁶⁰ ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL, *Manual de Teoría Jurídica del Delito*, s/e, El Salvador, s/a, P. 75,76. La distinción entre conducta dolosa e imprudente y toda la dogmática del concepto de dolo, dolo eventual y de error de tipo tiene la razón de ser en que si no hay dolo la conducta será impune o solo punible como culposa.

3.4.1.1 DOLO DIRECTO

Nos hallamos ante el dolo directo cuando el resultado típico o la acción típica es el objetivo perseguido por el sujeto: lo que quiere es violar sexualmente a un menor de edad y lo viola. En ocasiones, al realizar la acción tendente al resultado se producen otros hechos que aparecen a los ojos del autor y de cualquier observador como necesarias e inevitable unidos al principal.

“Se produce cuando un sujeto se representa en su conciencia el hecho típico, es decir, constitutivo de delito. En el dolo directo el autor tiene el total control mental de querer y saber cuál es la conducta típica que se plantea realizar y la comete, independientemente de que aquella acción dé sus resultados esperados. Ejemplo: "Juan decide violar sexualmente a Diego por envidia, llega a la puerta de su casa, lo espera, lo ve y lo sienta en sus piernas tocándole sus parte intimas"¹⁶¹.

El dolo directo es aquel en que el autor quiere directamente la producción del resultado típico, sea como el fin directamente propuesto o sea como uno de los medios para obtener ese fin. Cuando se trata del fin directamente querido, se llama dolo directo de primer grado y cuando se quiere el resultado como necesaria consecuencia del medio elegido para la obtención del fin se llama dolo directo de segundo grado indirecto o dolo de consecuencias necesarias.

¹⁶¹CEREZO MIR, JOSEP, *Curso de Derecho Penal Español parte General*, 3ªed., España, 2001, P. 270. Hay que considerar que el dolo se encuentra enmarcado en la escala de la culpabilidad como el elemento más alto de la misma, la culpabilidad tiene tres escalas, de menor a mayor: caso fortuito (no culpa), culpa, y dolo.

Es aquel que “*se materializa cuando el sujeto se representa el hecho delictivo, pero no como un fin, sino como un hecho o efecto inevitable o necesario para actuar o desarrollar la conducta típica*”¹⁶².

Dolo directo e indirecto: El primero se presenta cuando el autor ha previsto querido los resultados de su acción u omisión de conformidad con su intención. Este es un concepto eminentemente teórico e inútil desde el punto de vista del Derecho positivo, porque si el dolo es intención de causar daño o peligro, todo dolo sería directo. En cuanto al segundo, el hecho ha producido consecuencias distintas y más graves de las que previo o pudo prever el autor.

3.4.1.2. DOLO EVENTUAL

Según la postura del Dr. Jiménez de Asúa, hay dolo eventual cuando el sujeto activo de la perpetración se representa la posibilidad de un resultado que no desea, pero que durante la comisión del delito se decide como una acción necesaria en el logro de sus fines criminales. El Doctor López Rey dice al respecto: “*El sujeto no sabe si dicha consecuencia se producirá, pero sin embargo, actúa. Este es el problema que constituye el nervio de la cuestión planteada: Se hallan mezcladas dos formas de la culpabilidad, Dolo eventual y Culpa por representación; el sujeto no ha tenido intención, no ha*

¹⁶² El agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos. En este tipo de dolo se logra el fin que se persigue, pero aparejado con este se presentan otros resultados que afectaran a personas o bienes independientes de al que primariamente se quiere dañar.

*querido tampoco el resultado antijurídico, pero sí se lo ha representado como posible, sin retroceder ante su duda y comete el delito*¹⁶³.

En ocasiones, quien realiza la conducta sabe que posible o eventualmente se produzca el resultado típico, y no deja de actuar pese a ello. Esta forma de dolo se denomina dolo eventual pero resulta una categoría de difícil delimitación conceptual, con la imprudencia consiente, que implica una pena menor, lo que ha obligado a la doctrina a elaborar varias construcciones del concepto para afirmar o excluir la presencia de dolo y que pueda sintetizar en dos según pongan el acento en la esfera del conocimiento del sujeto o en la esfera de la voluntad conociéndose la primera por teoría de la probabilidad y la segunda teoría de la voluntad.

a) La Teoría de la Voluntad; se asienta en el contenido de la misma y exige que el autor se haya representado el resultado lesivo como posible y probable y, además en su esfera interna se haya decidido actuar aun cuando el resultado se hubiera de producir con seguridad, aceptando o consintiendo el resultado. No habría dolo, sino en su caso imprudencia consiente, si el autor, en el caso de haberse representado el resultado como seguro hubiera renunciado a actuar. Esta teoría acuñada por FRANK, presenta el problema de descifrar esa dimensión interna de la voluntad, la actitud interna del autor para cuya captación por terceros no suele haber indicios con lo que, como dice GIMBERNAT, al final el juicio sobre lo que hubiera hecho el sujeto de haber tenido como seguro el resultado se reduce a un juicio sobre la pinta del sujeto y sobre la confianza moral que nos ofrezca.

¹⁶³ Hace referencia a lo antijurídico y generalmente va vinculado a la conducta y medios de ejecución y se le reconoce por frases como: sin derecho; indebidamente, sin justificación, etc., esto implica lo contrario a derecho.

b) La Teoría de la Probabilidad; *“un intento de objetivar la configuración del dolo eventual lo constituye la teoría de la probabilidad o de la representación. Para ella, la afirmación del dolo depende del grado de probabilidad de producción del resultado advertido por el autor con el conocimiento de la situación de que dispone. Así se afirma el dolo cuando el autor advirtió de que existía una alta o gran probabilidad de que se produjese el resultado”*¹⁶⁴. Si el grado de probabilidad no es elevado nos encontraríamos ante la imprudencia consiente, y no el dolo, pues en tal caso el autor no tenía necesariamente que contar con el resultado y aceptarlo.

De este modo lo que cuenta no es la actitud interna del autor, de difícil o imposible captación segura, sino el que a pesar de conocer el grave peligro de realización del resultado como consecuencia de su actuar, ha querido seguir actuando, lo que implica que se conforma con el resultado, que lo acepta, lo que encierra una dimensión volitiva a la que no se debe renunciar para imponer la pena del dolo. Esta teoría resulta preferible por que objetiviza el juicio sobre el dolo y porque responde a la idea de lo que la norma prohíbe no es tanto la producción de resultados lesivos, sino la realización consiente y querida de conducta altamente peligrosa para los bienes jurídicos.

Existen casos en los cuales cobra gran importancia discernir acerca del nivel intermedio entre el animus occidendi o intención de matar, por una parte, y la simple conducta imprevisivo.

En otras palabras, la situación de una persona cuya conducta está en rango de gravedad un grado más bajo que el dolo directo y perfecto, y un grado más alto que la simple culpa e involuntariedad absoluta.

¹⁶⁴ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL, *Manual de Teoría Jurídica del Delito*, s/e, El Salvador, s/a, P. 78,79. Cuando el sujeto se representa el hecho como posible, lejano, pero que podría llegar a ocurrir; no obstante, actúa aceptando dicha posibilidad.

Este estado intermedio *“entre el dolo y la culpa, esta mixtura de dolo y culpa, o esta culpa informada de dolo o por el dolo, en fin, es dolo eventual.*

Es la valoración de la prueba inmediata por los juzgadores la que permite concluir la concurrencia de un dolo eventual”¹⁶⁵.

3.4.2. ERROR DE TIPO Y LA AUSENCIA DE DOLO

Es importante mencionar en este apartado el error de tipo diciendo que:

Es el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo. Es la falla de la conciencia de los elementos del tipo penal, ya sea por error o ignorancia. Es el desconocimiento de las circunstancias objetivas del tipo.

El error de tipo tiene como efecto principal eliminar el dolo. Si el dolo es la voluntad de realizar el tipo objetivo con conocimiento de todos y cada uno de sus elementos, evidentemente el error que recae sobre el conocimiento de alguno de los componentes objetivos, eliminará el dolo en todos los casos. En efecto, el error de tipo se presenta bajo dos formas: a) Invencible. b) Vencible. En los dos casos se elimina el dolo, pero en el segundo de los supuestos deja subsistente la imprudencia, siempre y cuando se encuentre incriminado el tipo culposo.

La consecuencia que se prevé para este tipo de error es al desaparecer el dolo la atipicidad de la conducta si el error es invencible, y el castigo con la

¹⁶⁵SENTENCIA DE CASACIÓN EMITIDA POR LA SALA DE LO PENAL DE SAN SALVADOR, PROMULGADA EL DÍA día 8/8/2007, NUMERO DE EXPEDIENTE Ref. 437-CAS-2007. En el dolo directo el resultado se quiere directamente y esta forma de querer es diferente de querer un resultado cuando se lo acepta como posibilidad. Este es el dolo eventual, que conceptuado en términos corrientes, es la conducta del que se dice "si pasa, mala suerte"; aquí no hay una aceptación del resultado como tal, sino su aceptación como posibilidad o probabilidad.

pena del delito culposo, cuando el error es vencible, siempre que esté tipificado, ya que hay un sistema cerrado con relación a los tipos penales culposos. Resulta entonces que si no hay tipo culposo, aunque el error sea vencible, la conducta resultará atípica.

“Del error de tipo hay que distinguir otra clase de error que se refiere a la conciencia de la antijuricidad y que se llama error de prohibición, en el que incurre el sujeto que sabiendo perfectamente lo que hace materialmente desconoce que su acción es ilícita”¹⁶⁶.

Cuando el autor desconoce la concurrencia o realización de alguno o de todos los elementos del tipo de injusto, tanto se trate de elementos descriptivos o elementos normativos, nos encontramos ante lo que se llama error de tipo. Antiguamente se habla de error de hecho o sobre los hechos, ya que no se captaba que en los tipos había además de elementos de hecho, elementos normativos y jurídicos.

El error se considera invencible cuando no hubiere conseguido evitarlo ni una persona cuidadosa y diligente. Por el contrario se considera vencible cuando se hubiera llegado a evitar aplicando normas elementales de diligencia y cuidado. Parece lógico que se excluya la responsabilidad penal cuando una persona diligente y cuidadosa no habría evitado el error y parece lógico también que error por falta de cuidado y se le castigue.

En el caso de las relaciones sexuales de la menor en la creencia de que era mayor de quince años, salvo que por las circunstancias pudiera estimarse

¹⁶⁶ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL, *Manual de Teoría Jurídica del Delito*, s/e, El Salvador, s/a, P. 80. Si el dolo es querer la realización del tipo objetivo, cuando no se sabe que se está realizando un tipo objetivo, no puede existir ese querer y, por ende, no hay dolo: ese es el error de tipo.

dolo eventual, el resultado de la aplicación de la regla conduce a la impunidad pues no hay tipo de agresión sexual culposa. *“El error puede recaer, proyectarse, sobre elementos típicos de diferente significación y así se distinguen los errores sobre el objeto de la acción, sobre la relación de causalidad, el error en el golpe y el error sobre el momento de la consumación”*¹⁶⁷.

El error de tipo elimina siempre el dolo y, por ende, la tipicidad dolosa de la conducta. El error de tipo es vencible cuando puede dar lugar a tipicidad culposa, y es invencible cuando elimina la posibilidad de la tipicidad culposa.

3.4.3 LA TENTATIVA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN

Cuando un individuo planea cometer un crimen lo normal es que seleccione los medios para llevarlo a cabo y quizás hasta confeccione una estrategia a tal efecto. Pero no siempre se seleccionan los medios más adecuados, bien porque el propio sujeto es un inepto y pretenda consumir el delito con instrumentos que a cualquiera le parecían ridículos, bien porque lo son los instrumentos elegidos, porque ni él ni otra persona lo sabía, o porque el objeto sobre el que pretende cometer el crimen es inexistente. El sujeto tiene mucha intención de cometer el delito pero no va a lograr consumarlo porque el objeto o los medios son inadecuados o in idóneos.

Según jurisprudencia salvadoreña, pronunciada por la Sala de lo Penal de San Salvador, el día veintisiete de noviembre del año dos mil dos; de la manera siguiente: la tentativa tiene una doble fundamentación, *“la primera*

¹⁶⁷ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL, *Manual de Teoría Jurídica del Delito*, s/e, El Salvador, s/a, P. 81. El error de tipo es el fenómeno que determina la ausencia de dolo cuando, habiendo una tipicidad objetiva, falta o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo.

aparece sustentada por el dolo la concreta voluntad de obtener un resultado afectante de un bien jurídico; y la segunda en la exteriorización de ese dolo. Por regla general, la tentativa, siempre y cuando sea idónea, es punible de acuerdo a nuestro ordenamiento legal; en consecuencia, es susceptible de ser reprimida con la imposición de una sanción penal conforme a lo establecido en el artículo 68 del Código Penal. Haciendo eco de determinadas corrientes del pensamiento jurídico que postulan que la conducta consumada y la intentada son acreedoras del mismo reproche punitivo en tanto que demuestran similar peligrosidad y reprochabilidad en el sujeto activo del delito; quien no ha visto consumada su acción por circunstancias ajenas a su pretensión, sin que por ello deba verse favorecido; el Código desarrolla una regla de tal amplitud que permite que la conducta consumada y la intentada puedan ser objeto de reproche de similar trascendencia”¹⁶⁸. En resumen podemos decir que nuestro ordenamiento jurídico penal admite la tentativa en el delito de violación, por la intención que tiene el sujeto activo de consumir el hecho.

En ese orden de ideas, de acuerdo al grado de realización del tipo penal, se distinguen entre consumación y tentativa, siendo ésta denominada por la doctrina "Dispositivo Amplificador del Tipo", por cuanto se refiere a una de las fases de ejecución del delito, revistiendo por ello una importancia fundamental para la interpretación y aplicación práctica del Derecho Penal. Mientras que en la consumación se alcanza la perfección de la conducta descrita como punible, es decir, que el autor ha realizado su voluntad de acuerdo al plan que previó, no concurre lo mismo con la tentativa, en donde,

¹⁶⁸ JURISPRUDENCIA de El Salvador dada por la Sala de lo Penal de San Salvador del día (27/11/02, Ref. 183-01). El código penal establece hay delito imperfecto o tentado cuando el agente, con el fin de perpetrar un delito, da comienzo o practica todos los actos tendientes a su ejecución por actos directos o apropiados para lograr su consumación y esta no se produce por causas extrañas a su agente.

a pesar de la puesta en marcha del plan, el hecho no se consuma por causas independientes de la voluntad del autor.

3.5. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan.

En cuanto a la extensión del daño causado a la víctima, hay que señalar que éste es grave, en virtud del trauma psicológico que produce una agresión sexual que trae graves secuelas a la víctima, las que solo podrán ser superadas con el apoyo familiar y mediante terapia psicológica que le permita desarrollar su vida normal. Sobre la base de lo anterior, debe decirse que el acusado afectó de manera genérica el bien jurídico de la libertad, el que tiene suma importancia; *“al grado que nuestra Carta Magna protege dicho bien en el art. 2, al expresar que toda persona tiene derecho a la libertad y a ser protegida en la conservación y defensa de la misma”*¹⁶⁹; de manera específica, el acusado, atacó el bien jurídico de la libertad sexual, derecho que se entiende que toda persona posee, de tener acceso carnal con quien ella libremente lo decida, al igual puede abstenerse de dicho acceso carnal cuando no sea de su agrado.

En razón de lo antes dicho, debe dejarse en claro que la protección para con los menores de edad es de cuyo especial, dado que se podría decir que no

¹⁶⁹ BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL y otros, *Compendio de Derecho Penal Parte Especial*, s/e, Madrid 1998, P.108. El daño causado por el sujeto activo al menor, es grande, dado que se ha afectado el desarrollo normal de su sexualidad al haber sido obligada a tener acceso carnal en por una persona que traiciona la confianza, con quien existía una relación normal de vecindad, no esperando la víctima nada a cambio.

hay afectación si estos -los menores- dan su consentimiento, lo que no es así, porque el mismo Estado debe velar por el desarrollo normal de la niñez, quienes no se deben ver afectados en su proceso de formación sexual, que les pueda permitir en el futuro un desarrollo integral sin traumas ni complejos que vengán a producir inhibiciones sociales.

Si se habla de bien jurídico protegido es necesario diferenciar cuando se habla de libertad sexual e indemnidad sexual respecto al sujeto pasivo, es por ello que el legislador diferencia dos grandes conceptos:

3.5.1. LA LIBERTAD SEXUAL

Libertad sexual: *“es una manifestación más de lo que es la libertad individual, significa el reconocimiento del derecho de toda persona a desplegar aspectos sexuales de su propia responsabilidad, es decir a mantener o desarrollarse sexualmente en el ámbito de sus relaciones con los demás”¹⁷⁰.*

Supone desde el punto de vista del consentimiento que estas personas pueden desplegar, que, la libertad sexual es un bien jurídico de carácter disponible. La persona desde este punto de vista tiene derecho a disponer respecto al sostenimiento de relaciones sexuales.

Implica que la persona tiene que entender, conocer y saber qué es lo que implica el despliegue de su personalidad en el ámbito sexual. Sólo se puede

¹⁷⁰BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL y otros, *Compendio de Derecho Penal Parte Especial*, s/e, Madrid 1998, P.108. Las personas menores de edad, los incapaces, o las personas que se encuentren imposibilitadas de resistir una agresión de este tipo, carecen de libertad sexual, pues su desarrollo personal o la situación de sus capacidades físicas o intelectuales, no les permite conocer el significado de los actos sexuales, o no les permite repeler los mismos, razón por la cual carecen de la necesaria autonomía para determinar su comportamiento sexual, sosteniéndose así que en estos casos el bien jurídico protegido es la indemnidad o intangibilidad de estas personas.

reconocer este derecho a una persona adulta plenamente capaz, mayor de edad.

La libertad sexual supone determinada capacidad para tener una comprensión del alcance del acto sexual: como una facultad volitiva indispensable para consentir. Si se está ante un caso de una enajenada completa, por ende una libertad inexistente sin lugar a duda el delito existe; en este punto por ende no se protege la libertad sexual, sino la falta de libertad.

“El bien jurídico ante personas adultas en su sano juicio el tipo de relaciones sexuales que son objeto de punición la son aquellas realizadas en contra de su voluntad, por ende no cabe duda que la libertad sexual es lo que constituye el objeto de discusión”¹⁷¹.

Se protege la libertad sexual, es decir la actuación sexual, la actividad sexual cualquiera que fuere no puede ser castigada, la violación sexual no es castigada por la actividad sexual en sí, sino porque tal actividad sexual se lleva a cabo sobre la base del abuso de la libertad sexual del otro, según el derecho penal la intervención sexual debe darse sin abuso de la libertad sexual del otro, es por eso que lo castiga como delito dentro de los delitos contra la libertad.

Los menores de edad carecen de libertad sexual por las características propias de su existencia, como su desarrollo físico y psíquico, el cual no les permite comprender el significado de los actos sexuales, por lo que carecen de la necesaria autonomía para determinar libremente su comportamiento.

¹⁷¹BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL y otros, *Compendio de Derecho Penal Parte Especial*, s/e, Madrid 1998, P.110. Siendo el bien jurídico protegido la indemnidad sexual, cualquier persona que imponga la unión carnal o acceso carnal sexual lesionando con ello la indemnidad sexual del sujeto pasivo, será autor del delito de violación sexual. En consecuencia si la que impone el acceso carnal sexual por medio de la violencia o amenaza grave es la mujer, también se configuraría el delito de violación sexual.

3.5.2. LA INDEMNIDAD O INTANGIBILIDAD SEXUAL

Es la indemnidad o intangibilidad sexual de la menor, por lo que se sanciona el tener acceso carnal anal o vaginal con una menor de quince años de edad. Se ha afirmado habitualmente que las personas de muy corta edad o los incapaces carecen de Libertad Sexual, pues su desarrollo personal o la situación de sus capacidades físicas o intelectuales no les permiten conocer el significado de los actos sexuales, por lo que carecen de la necesaria autonomía para determinar su comportamiento sexual. Por ello se desprende que el bien jurídico tutelado es la indemnidad o la intangibilidad sexual de la menor víctima. El aprovechamiento de su enajenación mental, entendiéndose al deficiente mental, requiere que el sujeto activo haya logrado el acceso carnal aprovechando esta situación, ya que si el sujeto pasivo, pese a sufrir enajenación mental, tuviese capacidad intelectual para comprender el alcance del acto sexual y la capacidad volitiva para consentir su realización, no existiría aprovechamiento.

“Las personas menores de edad, los incapaces, o las personas que se encuentren imposibilitadas de resistir una agresión de este tipo, carecen de libertad sexual, pues su desarrollo personal o la situación de sus capacidades físicas o intelectuales, no les permite conocer el significado de los actos sexuales, o no les permite repeler los mismos, razón por la cual carecen de la necesaria autonomía para determinar su comportamiento sexual, sosteniéndose así que en estos casos el bien jurídico protegido es la indemnidad o intangibilidad de estas personas”¹⁷².

¹⁷²MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal Parte Especial*, 8ªed, España, 1991. P. 388. Las personas menores de quince años o incapaces carecen de libertad sexual, pues su capacidad intelectual no les permite conocer el significado del acto sexual, pues carecen de la necesaria autonomía para determinar su comportamiento sexual.

En el caso de los menores y de los incapaces mentalmente resulta discutible hablar de violación a esa libertad sexual, si precisamente se sanciona por cuestionarse la validez del consentimiento, por lo anterior más bien se recurre a conceptos de intangibilidad o indemnidad.

Es un bien jurídico que se predica respecto de aquellas personas que aun carecen o que no han logrado un desarrollo de su madurez lo suficientemente necesario como para poder desplegarse de una manera consciente y libre en el ámbito de su realidad sexual.

Las propias condiciones físicas, la indemnidad sexual es entendida como el derecho que tienen los sujetos a culminar con ese proceso normal de desarrollo en el ámbito de su sexualidad, siendo menores de edad o personas incapaces.

En este caso *“este bien jurídico no puede ser objeto de disponibilidad, porque es un bien jurídico predicado respecto a personas que aun no tienen una capacidad de entendimiento, desarrollo en el ámbito de su sexualidad”*¹⁷³.

Esa falta de entendimiento es lo que justifica la necesidad de protegerlos.

En ese sentido cuando el legislador habla de menores de edad y de personas incapaces se está refiriendo a la protección absoluta de la indemnidad sexual. Significa esto, negar cualquier tipo de relevancia jurídica al consentimiento que estas personas pueda desplegar de cara al sostenimiento de relaciones sexuales. Por tal motivo el consentimiento carece de relevancia jurídica.

¹⁷³MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal Parte Especial*, 8ªed, España, 1991. P. 389. En el caso de los enajenados el problema se complica pues con una interpretación correcta puede resultar cuestionada si se pone discusión la libertad sexual del enajenado. Por lo anterior se alude a situaciones graduables, diferentes en cada caso y persona.

Según el legislador y algunos autores han afirmado que las personas de muy corta edad o los incapaces carecen de libertad sexual, pues su desarrollo personal o la situación de sus capacidades físicas o intelectuales no les permiten conocer el significado de los actos sexuales, por lo que carecen de la necesaria autonomía para determinar su comportamiento sexual.

Respecto de los menores *“se afirma que la realización de actos de esta naturaleza puede afectar su equilibrio psíquico y al correcto desarrollo de su personalidad, por lo que, en estos actos, el bien jurídico protegido la indemnidad o la intangibilidad sexual de estas personas, para asegurar que tengan libertad sexual en el futuro.*

La misma razón existe en los casos de enajenación mental, dentro de los que debe entenderse comprendidos los supuestos de deficiencia mental.

Por lo contrario, los casos de personas inconscientes o de incapacidad para resistir pueden obedecer a sujetos que tienen libertad sexual, pero se encuentran en una situación que les impide ejercerla”¹⁷⁴.

¹⁷⁴MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal Parte Especial*, 8ªed, España, 1991. P. 390. Si la carencia del ánimo libidinoso en el agente impedía la afirmación del tipo, tampoco surgirá este si lo que falta es la voluntad contraria al acto o una voluntad sin relevancia jurídica, siempre que el sujeto activo consienta en la realización del acto y, el ordenamiento jurídico de plena validez a ese consenso. No se trata de que la presunta víctima justifique con su aquiescencia algo indiciariamente antijurídico, sino que rebasado si se quiere el estadio de la acción (pues la conducta humana llevada a cabo por el agente es voluntaria), no se ha penetrado aun en los dominios de la tipicidad, por lo que no tiene sentido cuestionarse si aquel proceder es antijurídico; es que se trata de una conducta totalmente irrelevante a efectos penales, dada la ausencia del conflicto de intereses que se halla en la base de toda justificación penal. En la medida en que dos personas con plena capacidad deciden mantener una relación sexual, su conducta está al margen de la regulación penal, quedando atrapada a lo sumo atrapada en las reglas que disciplinan la moral, aspecto este que escapa a nuestro interés. El resultado no puede ser otro si tenemos encuesta que no existe una lesión para el bien jurídico. El consentimiento dado para un acto, no se extiende indistintamente a otros de similar naturaleza, sino que la persona conserva respecto de ellos una total disponibilidad. Esto quiere decir, no solo que la autorización a realizar algunos hechos inscribibles en el sustrato típico (besos, abrazos, caricias íntimas) inhabilita al agente para acometer el acceso carnal, sino que también le impide practicar otros a los que su pareja no le permite acceder.

En el caso de los menores la actividad sexual con ellos es prohibida por cuanto puede verse afectado el desarrollo de su personalidad, y darse alteraciones relevantes que incida en su vida o su equilibrio psíquico futuro; aunque lo anterior para algunos resulte cuestionable hay consenso legislativo en los diversos países para sancionar conductas como la que se analiza.

MUÑOZ CONDE se inclina por pensar que más bien se pretende proteger la libertad del menor en el futuro para que cuando sea adulto, decida en libertad su comportamiento sexual; pero, mientras tanto, esta libertad podrá ser abstractamente puesta en peligro, nunca lesionada, porque no se puede lesionar lo que aun no existe.

En el caso del menor prácticamente hay una presunción *iuris et de iure* que no admite prueba en contrario; en el caso de los enajenados se admite en la doctrina prueba en contrario; es decir de establecer que haya capacidad para consentir por lo menos en el ámbito de la sexualidad; en el sentido anterior si el delito exige un aprovechamiento; y si tal no se da sino más bien un ejercicio de la libertad sexual no puede estimarse lesionado algún bien jurídico por ende se descarta la tipicidad.

La situación del menor de edad en el caso de violación, una figura victimológica con sus características propias y por consiguiente problemas médicos legales y Sexológico propios. *“Le caracteriza que puede existir el consentimiento, que no contempla la precocidad sexual ni la posibilidad de la excepción, que no tiene en cuenta ya en la diagramación del delito el error de edad en el caso de los muy desarrollados”¹⁷⁵.*

¹⁷⁵ACHAVAL, ALFREDO, *Delito de Violación Estudio Sexológico Medico legal y Jurídico*, Argentina, 2ªed, 1986, P.588. Algunos autores se han planteado situaciones de menores que no solo consienten, sino que provocan a la libido e incitan al acceso carnal. Deberá tenerse presente en tales casos que puede aun, por deficiencias por toma de conocimiento del esquema corporal, por deficiencias de educación pasiva y activa, por el efecto nocivo de

El tipo penal contemplado en el art. 159 Pn., requiere en primer lugar que la víctima sea menor de quince años de edad, es decir, que la persona que sufre la vulneración de su libertad sexual, en razón de su corta edad, el daño de diversas índoles que se ve obligada a sufrir es mayor, puesto que tanto anatómicamente como psicológicamente es más frágil y las consecuencias perniciosas son mucho mayores a las que de por sí puede sufrir una persona con mayor experiencia de vida y con su fisiología apta para la reproducción.

La jurisprudencia salvadoreña, señala que *“las personas menores de edad, las personas incapaces, o las personas que se encuentran imposibilitadas de resistir una agresión de este tipo, carecen de libertad sexual, pues su desarrollo personal o la situación de sus capacidades físicas o intelectuales no les permite conocer el significado de los actos sexuales, o no les permite repeler los mismos, por lo que carecen de la necesaria autonomía para determinar su comportamiento sexual, por lo que se sostiene que en estos casos el bien jurídico protegido sería la indemnidad o intangibilidad sexual de estas personas”*¹⁷⁶.

los espectáculos, cine y televisión, propaganda revista de mercado, etc., no tener conciencia del significado del propio sexo ni del pudor. Ello explica que a distancia no sea tan grande la huella del traumatismo psíquico de la violación si posteriormente el amor deseado y consentido ha sido gratificante. Tales menores tampoco tienen concepto de la libertad sexual pues la educación es de conceptos negativos, sin razonamientos ni enseñanza para el discernimiento, por ello es que los doce años, en última instancia, son una presunción legal de la ausencia de ese discernimiento para la libertad sexual. También debe recordarse que la falta del consentimiento no solo es negar la voluntad de acceder sino también no tener voluntad de acceder, es decir un paso previo y necesario para aquella.

¹⁷⁶SENTENCIA EMITIDA POR EL TRIBUNAL QUINTO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, PROMULGADO EL DÍA 05-03-2002. El bien jurídico tutelado es la libertad sexual de la persona, es de estas de injerencias intolerables en su intimidad; así pues la libertad sexual se refiere a la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad, de disponer sexualmente sobre su propio cuerpo decidiendo si se involucra o no en una situación sexual. Que como ya lo aclaramos en el caso que nos ocupa y tomando en cuenta la edad de la víctima de escasos diez años de edad a la actualidad debe entenderse que este bien Jurídico tutelado de libertad sexual como debe entenderse como desarrollo normal de su sexualidad sin interferencias.

El bien jurídico protegido estaría definido por los conceptos de indemnidad o intangibilidad sexuales, que procede de las doctrinas italianas y reconocidas por la doctrina española a finales de los años setenta.

BRAMONT ARIAS Y GARCÍA CANTIZANO, manifiestan que hay comportamientos dentro de los delitos sexuales en los que no puede afirmarse que se proteja la libertad sexual, en la medida que la víctima carece de esa libertad. Se busca proteger la indemnidad o intangibilidad sexual, o sea la seguridad o desarrollo física o psíquico normal de las personas.

La indemnidad sexual, se relaciona directamente con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no ha alcanzado el grado de madurez suficiente para ello, como es el caso de los menores; asimismo de quienes por anomalías psíquicas, carecen de plena capacidad para llegar a tomar conciencia de lo que significa una relación sexual.

El bien jurídico protegido con este tipo penal es *“la indemnidad sexual de los menores, aunque el Título Cuarto del Código Penal se denomina Delitos Contra la Libertad Sexual, se afirma que los menores de edad carecen de libertad sexual, por las características propias, como su desarrollo físico y psíquico, el cual no les permite comprender el significado de los actos sexuales, por lo que carecen de la necesaria autonomía para determinar libremente su comportamiento sexual”*¹⁷⁷.

¹⁷⁷RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, *Derecho Penal Español Parte Especial*, s/e, Madrid. 1991. P. 179. La indemnidad o intangibilidad sexual, son las condiciones físicas y psíquicas para el ejercicio sexual en libertad, las que puede alcanzar el menor de edad, recuperar quien este afectado por una situación de incapacidad transitoria, o como ocurre con los retardados mentales, nunca lo obtendrían.

La indemnidad o intangibilidad sexual es el verdadero bien jurídico que se tutela con las conductas delictivas previstas en los tipos penales. Se relaciona con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal del ámbito sexual de quienes no han logrado madurez suficiente, como es el caso de los menores y los incapacitados, por tanto el Estado debe proteger la sexualidad de las personas que por sí solas no puede defenderlo al no tener la capacidad suficiente para valorar realmente una conducta sexual.

En el art. 159 Pn., aunque es importante hacer la salvedad que en este caso de menores, *“lo que se protege no es tanto la libertad sexual, sino el normal desarrollo que debe tener todo menor, porque aún no han adquirido el desarrollo psíquico necesario para hablar de capacidad de discernir en cuanto a con quien desean tener una relación sexual”*¹⁷⁸.

Para que un menor pueda desarrollarse a plenitud, debe dársele las condiciones familiares, sociales y ambientales, que le permitan su desarrollo de una forma integral, libre de cualquier vejamen; por ello en supuestos como el presente no es posible decir que al dar su consentimiento un menor para tener un contacto sexual, no existe delito, dado que no hay libertad en dicha decisión, porque no existe la capacidad de consentir, por ello es que estamos ante una conducta típica, que es fundamental tutelar para garantizar el pleno desarrollo de la niñez, lo cual es congruente con la Convención Sobre los Derechos del Niño, al tener presente que el menor por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal.

¹⁷⁸RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, *Derecho Penal Español Parte Especial*, s/e, Madrid. 1991. P. 179. Al vulnerarse, limitarse o lesionarse la libertad sexual o indemnidad sexual de la víctima, resulta intrascendente verificar quien accede a quien. Mucho mas ahora cuando puede materializarse el delito de violación sexual con la introducción de objetos o partes del cuerpo.

El daño causado por la comisión del ilícito penal violación en menor e incapaz, es irreparable y por ello grave, dado que la afectación provocada en lo que respecta al normal desarrollo que debe tener todo menor que aún no ha adquirido el desarrollo psíquico necesario para hablar de capacidad de discernir en cuanto a con quien desean tener una relación sexual, deja secuelas imborrables en su psiquis.

La indemnidad sexual como bien jurídico protegido en el abuso sexual de menores de quince años se caracteriza por considerar que el objeto de protección radica en la necesidad de cautelar su libertad futura.

El ejercicio de la sexualidad es prohibida con ellos, en la medida que puede afectar la evolución y desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o en su equilibrio psíquico en el futuro. Montovani señala que, respecto al menor, "El desvalor reside, a veces, en la precocidad del acto sexual en cuanto desestabiliza y abre la puerta de un mundo de emociones que el adolescente no administra ni controla y porque es capaz –como enseña la respectiva competencia científica- de perjudicar el normal desarrollo y la gradual maduración de la personalidad abajo el perfil afectivo y psicosexual: el desarrollo a un crecimiento equilibrado también de la sexualidad"¹⁷⁹.

La indemnidad sexual debe entenderse como una manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho de todo ser humano que tiene, en este caso el menor, a un libre desarrollo de su personalidad sin intervenciones traumáticas en una esfera íntima por parte de terceros, las

¹⁷⁹RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, *Derecho Penal Español Parte Especial*, s/e, Madrid. 1991. P. 180. La indemnidad sexual consiste en el libre desarrollo de la sexualidad, es la seguridad que deben tener todos en el ámbito sexual para poder desarrollarse, por eso las leyes penales se preocupan en especial de proteger la indemnidad sexual de los menores de edad, los más vulnerables en este aspecto. Los delitos de corrupción de menores buscan proteger, principalmente, este bien jurídico.

cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda la vida. La ley penal protege al menor tanto de la injerencia abusiva de terceros en el ámbito de la sexualidad, ya sea que pertenezcan a su mismo sexo o a uno diferente, como de aquellos que se aprovechan de él para mantener relaciones sexuales valiéndose de vínculos familiares, de custodia o dependencia. Se quiere evitar y prohibir la realización de actos sexuales, contactos corporales, los cuales no solo son idóneos para generar lesiones en el cuerpo alrededor de la vagina o el ano o un daño psicológico en el menor.

CAPITULO IV

DERECHO COMPARADO DEL DELITO DE VIOLACIÓN EN MENOR E INCAPAZ

4.1. El Delito de Violación Sexual en Menor o Incapaz en el Ordenamiento Jurídico Centroamericano, 4.1.1. Nicaragua, 4.1.1.1. Diferencias y semejanzas de la Regulación Penal de Nicaragua y El Salvador, 4.1.2. Guatemala, 4.1.2.1. Diferencias y semejanzas de la Regulación Penal de Guatemala y El Salvador, 4.1.3. Honduras, 4.1.3.1. Diferencias y semejanzas de la Regulación Penal de Honduras y El Salvador, 4.1.4. Corta Rica, 4.1.4.1. Diferencias y semejanzas de la Regulación Penal de Corta Rica y El Salvador, 4.2. El Delito de Violación Sexual en Menor o Incapaz en el Ordenamiento Jurídico Sur Americano, 4.2.1. Chile, 4.2.1.1. Diferencias y semejanzas de la Regulación Penal de Chile y El Salvador, 4.2.2. Perú, 4.2.2.1. Diferencias y semejanzas de la Regulación Penal de Perú y El Salvador, 4.2.3. Argentina, 4.2.3.1. Diferencias y semejanzas de la Regulación Penal de Argentina y El Salvador, 4.2.4. Colombia, 4.2.4.1. Diferencias y semejanzas de la Regulación Penal de Colombia y El Salvador, 4.2.5. Ecuador, 4.2.5.1. Diferencias y semejanzas de la Regulación Penal de Ecuador y El Salvador, 4.3. El Delito de Violación en Menor o Incapaz en el Ordenamiento Jurídico Mexicano, 4.3.1. Diferencias y Semejanzas de la Regulación Penal de México y El Salvador, 4.4. El Delito de Violación en Menor o Incapaz en el Ordenamiento Jurídico de España, 4.4.1. Diferencias y Semejanzas de la Regulación Penal de España y El Salvador, 4.5. Convención de los Derechos del Niño, 4.6. Convención Interamericana Sobre Derechos Humanos, 4.7. Convención Sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

4.1. EL DELITO DE VIOLACIÓN EN MENOR E INCAPAZ EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CENTROAMERICANO

El presente estudio se realizara con el fin de conocer el grupo más vulnerables del delito de violación en menor e incapaz; asimismo se efectuaran comparaciones entre diversas legislaciones, considerando además como parámetros legales para tener por concurrida la acción disvaliosa ya mencionada que es necesario además del acceso carnal ó cópula, que concurran otros requisitos como la edad, la que difiere de acuerdo a la legislación de cada país; asimismo verificaremos que hay distinción en cuanto a probables penas a imponer y las agravaciones del tipo

penal ya enunciado; además se enunciaran aspectos conductuales exigidos por el legislador para considerar que una persona a incurrido en la infracción legal en comento y se analizaran que *“el abuso sexual y el abandono constituyen en la actualidad los principales problemas de los menores e incapaces en la sociedad, ya que se manifiestan en todos los estratos económicos y en todos los sectores sociales y culturales mediante la ejecución de actos diversos de violencia sexual que se presentan de forma reiterada, y que se ejecutan en primer término en el seno de la familia y en segundo término por otras personas que los tienen a su cargo”*¹⁸⁰.

El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) realizo un estudio denominado frena la explotación sexual divulgado en Alemania, en donde se informa sobre el abuso sexual infantil en el que revela que durante 2008 se abusó sexualmente de 223 millones de infantes en el mundo, de los cuales 150 millones son niñas y 73 millones niños que se pronunció por exigir un castigo ejemplar y perseguir más allá de las fronteras nacionales a quienes promuevan o incurran en la explotación de prostitución infantil.

Los responsables de cometer este tipo de actos deberían ser penados por la ley, independientemente del país en el que los cometen, todas las personas deben saber que el abuso de niños, así como el consumo de pornografía infantil, son dos delitos que estarán sujetos a penas más duras.

¹⁸⁰ A pesar del avance de los tiempos, aún persisten en el mundo millones de seres humanos que ven amenazados y vulnerados sus derechos esenciales, a pesar de que existe todo un concepto de defensa y protección de los derechos individuales y las libertades públicas, consagradas tanto en las constituciones nacionales como en los tratados internacionales y leyes secundarias.

4.1.1. NICARAGUA

Si bien aceptó Nicaragua el Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, Nicaragua no lo ha ratificado.

En Nicaragua los niños, niñas y adolescentes están protegidos del abuso sexual por la *“Convención sobre los Derechos del Niño y varios instrumentos internacionales relativos a la trata de personas, las peores formas de trabajo infantil y los derechos humanos de las mujeres ratificados por el país, siguiendo las recomendaciones de la Declaración y Programa de Acción del Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños”*¹⁸¹. Los niños, niñas y adolescentes también están protegidos por medio de la Constitución, del Código de la Niñez y la Adolescencia, del Código Penal y de la Ley General de Turismo.

La Constitución Política de Nicaragua, vigente desde el año 2000, protege a todos los niños, niñas y adolescentes de cualquier forma explotación económica, social y sexual, Art. 84, obligando a la autoridad administrativa, a tomar las medidas necesarias para proteger y rescatar a los niños, niñas y adolescentes que encuentren en peligro su integridad física, síquica o moral, Art. 85. Por otra parte, el Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 287 de 1999, establece que tanto el Estado y las instituciones públicas y privadas como la familia, la comunidad y la escuela, deben brindar atención y protección especial a los niños, niñas adolescentes víctimas de abuso o de explotación sexual, Art. 76.

¹⁸¹Nicaragua ratificó la Convención Sobre los Derechos del Niño en 1990. Una de las obligaciones que emanan de esta ratificación es la formulación de leyes que protejan integralmente los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes o personas menores de 18 años de edad.

En cuanto a la normativa penal, el Código Penal de Nicaragua reformado en 1992 por la Ley 150, sanciona el delito de violación, presumiéndose la falta de consentimiento cuando la víctima es menor de 14 años y agravándose la pena si es menor de 10 años, Art. 195 y el de estupro, si existe engaño y si la víctima es mayor de 14 pero menor de 16 años, Art. 196.

El delito de violación es el que usando la fuerza, la intimidación o cualquier otro medio que prive de voluntad, razón o de sentido a una persona, tenga acceso carnal con ella, o que con propósito sexual le introduzca cualquier órgano, instrumento u objeto.

“Se presume la falta de consentimiento cuando la víctima sea menor de catorce años o cuando sea mujer casada o en unión de hecho estable, a quien el violador hace creer que es su marido. Pueden ser autores y víctimas de este delito, personas de ambos sexos”¹⁸².

La pena del delito de violación será de quince a veinte años de prisión. No serán circunstancias atenuantes el estado de embriaguez o drogadicción. Son circunstancias agravantes específicas para este delito, sin perjuicio de las contenidas en el Arto. 30 Pn, las siguientes: si resultare grave daño en la salud física o mental de la víctima; cuando el autor fuere pariente de la víctima dentro del cuarto grado de consanguinidad afinidad, tutor o encargado de su guarda o que esté ligado por matrimonio o unión de hecho con la madre o padre de la víctima; si la víctima sea persona discapacitada

¹⁸² CLEMENTE, J. L. *Violación, Estupro, Abusos Deshonestos*, Editorial Córdoba, Córdoba, 1964. La culpabilidad en este delito se concreta a título de dolo porque el agente sabe que la voluntad de la víctima es contraria a sus deseos. La ejecución se consuma en el momento en el que se practica el acto sexual. Sin embargo es posible la autoría mediata. Para Peña Cabrera no se requiere que la ejecución sea completa, es decir, que se produzca la eyaculación o la desfloración. En la práctica se discute si algunas modalidades de tentativa de penetración, casi en la parte externa de la vagina o del ano, a horas 12, como se conoce en el lenguaje médico legal configuran o no una conducta típica del delito de violación.

física o mentalmente; cuando existiere entre el autor del delito y la víctima relación de autoridad, dependencia o confianza; si la violación fuere cometida con el concurso de otra u otras personas; cuando el autor sea portador de una enfermedad grave, transmisible por contacto sexual; si la víctima esté embarazada. Cuando la víctima se encuentre en prisión; cuando la víctima sea una persona mayor de sesenta años y cuando el autor y la víctima hubiesen estado unidos en matrimonio o en unión de hecho estable.

“Si con motivo a consecuencia de la violación, resulta la muerte de la persona violada, el aborto o la muerte del que está por nacer, se aplicará lo dispuesto en el Art. 89 del Código Penal”¹⁸³.

Si bien existe un proyecto de nuevo Código Penal que incluye la figura de usuario explotador y la utilización de niños, niñas y adolescentes en la pornografía, el Código Penal vigente no tipifica la prostitución de niños, niñas y adolescentes ni brinda protección especial para las víctimas de explotación sexual que sean mayores de 16 años y menores de 18. El Código Penal tampoco hace referencia explícita a la utilización de niños, niñas y adolescentes en la pornografía. Se penaliza a quien induzca a una persona menor de 12 años a la prostitución o a entregarse a actos o costumbres deshonestos, Art. 200.

“La explotación sexual en el ámbito del turismo es tratada por medio de la Ley General de Turismo, vigente desde el año 2004. El delito de participación o inducción, por medio de la prestación de servicios turísticos, de cualquier

¹⁸³Según el artículo ochenta y nueve del Código Penal Nicaragüense establece que al culpable de dos o más delitos se impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones. El sentenciado cumplirá toda su condena simultáneamente, siendo posible cuando no lo fuere, la sufrirán en orden sucesivo, principiando por las más graves excepto la de confinamiento la cual se ejecutara después de haber cumplido otra pena, la condena nunca podrá exceder de los treinta años.

forma de explotación sexual comercial se agrava cuando involucra a niños, niñas y adolescentes, Art. 72¹⁸⁴.

Para hacer frente al abuso sexual, Nicaragua ha diseñado e implementado varias políticas y planes de acción orientados a erradicar y prevenir esta problemática social.

A nivel general, dispone desde el año 2006, de la Política de Protección Especial a los Niños, Niñas y Adolescentes. En cuanto a las acciones específicas relativas al abuso sexual, en el año 2001 Nicaragua contaba con la Política Pública contra la Explotación Sexual Comercial. Posteriormente, diseñó e implementó el Plan Nacional contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes para el período 2003-2008. Este plan fue elaborado por el Equipo de Trabajo de la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Atención y Protección Integral a la Niñez y la Adolescencia (CONAPINA). Sus principales áreas de acción refieren a la prevención, la detección, la protección, la atención integral y finalmente, la sanción. En el marco de este Plan Nacional se previó la realización de Planes Operativos Anuales y el fortalecimiento del Sistema Nacional de Información sobre la Niñez y la Adolescencia Nicaragüense.

4.1.1.1. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS DE LA REGULACIÓN PENAL DE NICARAGUA Y EL SALVADOR

El epígrafe o título del capítulo es igual que con el del Salvador pues engloba el delito de violación y otras agresiones sexuales. En Nicaragua se usa el término acceso carnal sin embargo a diferencia de nuestro país se incluye

¹⁸⁴Se sanciona a aquellas personas, nacionales o extranjeras, naturales o jurídicas que, dedicadas a la actividad turística, promuevan, contribuyan, fomenten, ejecuten o coordinen actividades con objetivos sexuales como serían la corrupción, la prostitución, el proxenetismo o rufianería y la trata de personas.

como violación la introducción de cualquier órgano, instrumento u objeto en la vagina o ano. Se engloba en el mismo artículo el delito de violación de menores por lo que en El Salvador se encuentra en un artículo diferente.

“En cuanto a las penas en Nicaragua para el delito de violación será de quince a veinte años de prisión, distinto en el caso de El Salvador, que son de seis a diez años de prisión, pero en el primer país mencionado está incluida la pena para violación en menor y en el segundo país, se encuentra regulado en otros artículo titulado Delito de violación en menor o incapaz y la pena es de catorce a veinte años de prisión, diferente únicamente en el límite inferior e igualándose la pena máxima”¹⁸⁵.

Además se aclara en el Artículo 195 Código Penal de Nicaragua, el que se está comparando que se presume la falta de consentimiento cuando la víctima es menor de catorce años o cuando sea mujer casada o en unión de hecho estable a quien el violador hace creer que es su marido.

La edad en Nicaragua regulada para el delito de violación en menores es de catorce años, en cambio en nuestro país el parámetro de edad es de quince años cumplidos.

También se detalla que el violador puede ser de ambos sexos en El Salvador, como ya se mencionó en el capítulo II de este trabajo, se puede decir en principio que la mujer puede ser sujeto activo pues puede obligar a un hombre a tener con ella acceso vaginal o anal, aunque existan aun autores que nieguen esta postura.

¹⁸⁵ Si no existe una adecuada legislación en cuanto a la tipificación y determinación de sanciones, no habrá una aplicación consistente y por ende se obstaculizará el entorno de protección que deben gozar niñas, niños y adolescentes. Respecto a las víctimas de abuso sexual, se debe destacar el componente de género. Las niñas y las adolescentes están más expuestas a situaciones de abuso sexual pero son también las que están más dispuestas a comunicar lo que les ha sucedido y buscar ayuda. Si bien el abuso se da en todas las edades, el grupo etéreo con mayor incidencia de casos es el adolescente.

La incapacidad es una agravante en el Artículo 195 del mencionado país, en el numeral tres menciona cuando la víctima sea incapacitada física y mentalmente, así también en el número nueve hace referencia cuando la víctima sea una persona mayor de sesenta años, siendo estas situaciones algunas formas que impiden al sujeto pasivo un accionar defensivo volviéndolos vulnerables y fáciles víctimas.

4.1.2. GUATEMALA

En Guatemala los niños, niñas y adolescentes están protegidos del abuso sexual por medio de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño y varios instrumentos internacionales relativos a la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, la trata de personas, las peores formas de trabajo infantil y los derechos humanos de las mujeres. Asimismo, Guatemala ha presentado su Primer Informe al Comité de los Derechos del Niño dando seguimiento al Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la utilización de Niños en la Pornografía.

“La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, vigente desde el año 2003, establece que todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra cualquier forma de explotación o abuso sexual”¹⁸⁶, Art. 56. El Estado deberá adoptar las medidas necesarias para su protección, Art. 54. En la mencionada ley establece que el Estado deberá adoptar las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas

¹⁸⁶ La protección de menores e incapacidad está orientada a evitar ciertas influencias que, inciden de manera negativa en el desarrollo futuro de su personalidad. En caso de los menores que cuando sean adultos puedan decidir su libertad sexual y en caso de los incapaces, para evitar que sean utilizados como objeto sexual por terceras personas que abusan de su situación.

apropiadas para proteger a los niños, niñas y adolescentes contra toda forma de: a) Abuso físico: que ocurre cuando una persona que está en una relación de poder con un niño, niña o adolescente, le inflige daño no accidental, provocándole lesiones internas, externas o ambas. La relación de poder se da cuando existe una diferencia de fuerza, edad, conocimiento o autoridad entre la víctima y el ofensor. b)” *Abuso sexual: que ocurre cuando una persona en una relación de poder o confianza involucra a un niño, niña o adolescente en una actividad de contenido sexual que propicie su victimización y de la que el ofensor obtiene satisfacción incluyéndose dentro del mismo cualquier forma de acoso sexual*”¹⁸⁷.

Siguiendo las recomendaciones de la Declaración y Programa de Acción del Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Guatemala ha reformado su legislación y ha desarrollado algunas políticas públicas relativas a la materia. Las principales leyes que protegen a los niños, niñas y adolescentes del abuso sexual son: Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Ley de Dignificación y Promoción de la Mujer y Código Penal.

La Ley de Dignificación y Promoción Integral de la Mujer aprobada por el Decreto de Ley 7-99 del año 1999, ordena al Ministerio Público omitir el nombre de la víctima de delitos sexuales, Art. 20, respetando y garantizando así su derecho a la privacidad, derecho definido por la Ley de protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Art. 152.

¹⁸⁷ Este tipo de delitos impide el derecho de las niñas, niños y adolescentes a tener una vida saludable, productiva, satisfactoria y con dignidad porque se produce en ellos un impacto emocional, físico y psico-social que los marcará negativamente a lo largo de su existencia. El entorno violento de los menores representa un factor de riesgo importante para la posibilidad de abuso sexual, los resultados muestran que el maltrato físico, psicológico y la violencia familiar están presentes de manera significativa en los casos reportados a nivel mundial.

El Código Penal de Guatemala fue reformado en el año 2005 por el Decreto de Ley 14-2005, introduciendo una serie de modificaciones relativas a la penalización de los delitos de trata de personas con los fines de explotación sexual, prostitución, pornografía o cualquier otra forma de explotación sexual. Las penas del delito de trata aumentan si la víctima de este tipo de delito es un niño, una niña o un adolescente, Art. 194.

En cuanto al delito de violación, Art.173, se establece que se comete cuando se yaciere con mujer en cualquiera de los siguientes casos: Usando de violencia suficiente para conseguir su propósito. Aprovechando las circunstancias, provocadas o no por el agente, de encontrarse la mujer privada de razón o de sentido o incapacitada para resistir. En todo caso, si la mujer fuere menor de doce años. En los casos expuestos la pena a imponer es de seis a doce años de prisión.

La pena a imponer será de ocho a veinte años de prisión en los siguientes casos, situaciones en que se agrava el delito: Cuando concurrieren en la ejecución del delito dos o más personas. *“Cuando el autor fuere pariente de la víctima, dentro de los grados de ley, o encargado de su educación, custodia o guarda”*¹⁸⁸. Cuando, como consecuencia del delito, se produjere grave daño a la víctima.

Se llama violación calificada, si con motivo o a consecuencia de la violación, resulta la muerte de la ofendida, y se impondrá la pena de prisión de 30 a 50 años. Y se le impondrá pena de muerte, si la víctima no hubiere cumplido 10 años de edad.

¹⁸⁸Puede existir violencia sexual entre miembros de una misma familia y personas de confianza, y entre conocidos y extraños. La violencia sexual puede tener lugar a lo largo de todo el ciclo vital, desde la infancia hasta la vejez, e incluye a mujeres y hombres, ambos como víctimas y agresores. Aunque afecta a ambos sexos, con más frecuencia es llevada a cabo por niños y hombres a niñas y mujeres.

Los delitos de violación, estupro, abuso sexual y corrupción de menores no fueron modificados por el Decreto de Ley 14-2005 por lo que sus definiciones son las mismas desde el año 1973. El Código Penal tipifica el delito de violación para víctimas mujeres o menores de 12 años, Arts. 173 a 175. El estupro refiere a ‘mujeres honestas’, Arts. 176 a 178.

El abuso deshonesto violento y agravado refiere a la violación y estupro con personas de igual o diferente sexo, Art. 179. Por otra parte, el Código Penal sanciona al explotador de la prostitución de niños, niñas y adolescentes por medio de las figuras de corrupción de menores, Art. 188, y corrupción agravada, Art. 189. La explotación sexual de niños, niñas y adolescentes no se encuentra tipificada como tal. En cuanto a la utilización de niños, niñas o adolescentes en la pornografía, Guatemala no cuenta con una protección legal específica.

4.1.2.1. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS DE LA REGULACIÓN PENAL DE GUATEMALA Y EL SALVADOR

En Guatemala para el delito de violación solo se considera sujeto pasivo únicamente a la mujer, en el Salvador, este puede ser hombre o mujer pues se usa en el artículo la palabra persona que engloba ambos sexos.

En Guatemala el delito de violación en menores también solo puede ser la mujer menor de doce años, en El Salvador puede ser sujeto pasivo uno u otro sexo y la edad es de quince años. Cuando la mujer es privada de razón o sentido o incapacitada para resistir esta, en el Código Penal de Guatemala en el mismo artículo de la violación en *“El Salvador se encuentra en un artículo diferente unido con el delito de violación a menores y la pena de*

*prisión es de catorce a veinte años*¹⁸⁹. La pena en el primer país mencionado es de seis a doce años.

Cuando se ejecutare el delito con el concurso de dos o más personas en ambos países es una agravante y la pena es aumentada, en EL Salvador se sanciona con la pena máxima aumentada una tercera parte, en Guatemala la pena a imponer es de ocho a veinte años de prisión; otros casos comunes de delito de violación en menores e incapaces agravada para ambos países es cuando el sujeto activo es pariente de la víctima, o cuando fuere encargado de su educación o guarda, con las penas antes mencionadas respectivamente para cada país.

4.1.3. HONDURAS

Honduras ha ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño y varios instrumentos internacionales relativos al abuso sexual, explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, la trata de personas, las peores formas de trabajo infantil y los derechos humanos de las mujeres, siguiendo las recomendaciones de la Declaración y Programa de Acción del Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños.

De cara a la lucha por sancionar y erradicar la explotación sexual comercial, Honduras ha reformado su Código Penal por medio del Decreto de Ley 243-2005 adecuando el Título II Delitos Sexuales contra la libertad sexual y la honestidad a los conceptos y lineamientos de la normativa internacional

¹⁸⁹ La indemnidad o intangibilidad sexual es el verdadero bien jurídico que se tutela con las conductas delictivas previstas en los tipos penales. Se relaciona con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal del ámbito sexual de quienes no han logrado madurez suficiente, como es el caso de los menores e incapacitados, por tanto el Estado debe proteger la sexualidad de las personas que por sí solas no pueden defenderlo al no tener la capacidad suficiente para valorar realmente una conducta sexual.

ratificada por el país. Este Título actualmente es Delitos contra la libertad e integridad física, psicológica y sexual de las personas. Se agregó además, un nuevo capítulo relativo a los Delitos de explotación sexual comercial. *“El Código Penal tipifica los delitos de violación, Art. 140, y actos de lujuria, Art. 141 agravando la pena si las víctimas son personas menores de 14 años; penaliza además, el estupro de una persona mayor de 14 y menor de 18, Art. 142”*¹⁹⁰.

A nivel nacional, los niños, niñas y adolescentes están protegidos por medio de la Constitución, del Código de la Niñez y la Adolescencia y del Código Penal. En la Constitución de Honduras se establece que la dignidad del ser humano es inviolable, Art. 59, y se declara que el Estado tiene la obligación de proteger, de manera integral a todas aquellas personas que sean víctimas de acciones u omisiones que tiendan a discriminar y violentar sus derechos, especialmente de aquellas que por su condición de género, edad, pobreza, discapacidad física o mental, abandono o desprotección, se encuentren en condición de vulnerabilidad, Art.60.

La ley de protección específica para niños, niñas y adolescentes es el Código de la Niñez y la Adolescencia de 1996. El Código hondureño prohíbe y penaliza la promoción o utilización de niños, niñas y adolescentes en la prostitución y en la pornografía, así como también el ingreso y permanencia de menores de dieciocho años en bares, prostíbulos, casas de citas y

¹⁹⁰ CASTILLO ALVA, J. L. *Tratado de los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales*, Editorial gaceta jurídica, España, 2002, p. 51, 52. Los medios comisitivos pueden ser cualquiera, no siendo elemento esencial el empleo de la violencia o ardid, pues la norma legisla que la conducta del agente está orientada a realizar el acto sexual o análogo con el menor de 14 años, a sabiendas de la ilicitud de la práctica sexual se encuentra limitada. Se considera la capacidad de comprender y valorar el acto sexual es jurídicamente válido a partir de los 14 años por considerarse que a esa edad el adolescente, especialmente la mujer ha alcanzado su desarrollo biológico.

hoteles. También hace referencia a la trata de niños, niñas y adolescentes con fines de explotación comercial.

El Código Penal de Honduras establece que violación es El acceso carnal con persona de uno u otro sexo mediante violencia o amenaza de ocasionar un perjuicio grave e inminente al sujeto pasivo, al cónyuge de éste o compañero de hogar o a uno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad constituye delito de violación. El sujeto pasivo puede ser persona de uno u otro sexo. Las vías por las que se puede dar el acceso carnal son la vaginal, anal y bucal.

Además se consideran casos especiales de violación “*Que la víctima sea menor de 14 años. Que la víctima se halle privada de razón o de voluntad, o cuando por cualquier causa no pueda oponer resistencia*”¹⁹¹. En igual pena incurrirá quien intencionalmente drogue o embriague a una persona con el fin de violarla. Cuando el sujeto activo esté encargado de la guarda o custodia de la víctima y se valga de su condición de autoridad para tener acceso de la misma. Cuando el culpable se haga pasar por otra persona.

El autor de delito de violación se sanciona con reclusión de 9 a 13 años. Si la víctima es menor de 12 o mayor de 70 años, o si la violación se comete por más de una persona, o por alguien reincidente, la pena es de 15 a 20 años. La pena a que se refiere el párrafo anterior se aplicara también a los que a sabiendas de que son portadores de SIDA o una enfermedad contagiosa incurable comete la violación.

¹⁹¹Si bien es cierto que en Honduras la legislación no contempla una edad mínima para mantener relaciones sexuales, por analogía con otras leyes vigentes en el país podríamos deducir que la edad mínima es 15 años, en virtud de que el hecho de mantener relaciones sexuales con un menor de 14 años, aunque éstas sean voluntarias, siempre se considerará delito de violación. Sumado a esto, aunque el menor de edad sea mayor de 14 años y menor de 18 años, si no concurre el abuso de confianza por jerarquía o autoridad o mediante engaño, no existirá delito alguno.

4.1.3.1. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS DE LA REGULACIÓN PENAL DE HONDURAS Y EL SALVADOR

En ambos países el verbo rector para referirse al delito de violación es acceso carnal y puede ser con persona de uno u otro sexo y las vías por las cuales se puede consumir este delito en El Salvador solo son por vía vaginal o anal; en cambio en Honduras contempla también el Código Penal, la vía oral. *“La edad de la víctima cuando sea un menor en El Salvador es menor de quince años. En Honduras debe ser menor de catorce años; pero se contempla también en este país la agravante del delito, cuando es menor de doce años”*¹⁹² y para este caso la pena es de prisión de quince a veinte años. En el primer país mencionado la pena es de catorce a veinte años de prisión. En ambos países se contempla como delito de violación cuando se coloque a la víctima en estado de inconsciencia o la incapacidad para resistir o cuando la víctima padece de enajenación mental se aplicarán las penas mencionadas en el delito de violación en menor respectivamente para cada país.

4.1.4. COSTA RICA

Costa Rica ha ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño y los principales instrumentos internacionales relativos al abuso sexual, la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, la trata de personas, las peores formas de trabajo infantil y los derechos humanos de las mujeres, siguiendo las recomendaciones de la Declaración y Programa

¹⁹² El diagnóstico de abuso sexual puede hacerse en niños de cualquier edad, desde la infancia hasta la adolescencia. Dado el gran número de niños en edad preescolar que se han visto involucrados, los esfuerzos de prevención deben iniciarse temprano en la vida de ellos. Y, a diferencia de otros accidentes de la infancia, tales como envenenamientos y quemaduras por tóxicos, el riesgo de abuso sexual no decrece con la edad, sino que continúa hasta la adolescencia.

de Acción del Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños. Costa Rica ha presentado su Primer Informe al Comité de los Derechos del Niño dando seguimiento al Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la utilización de Niños en la Pornografía.

En cuanto a la normativa penal, si bien *“Costa Rica contaba, desde 1999, con una ley específica contra la explotación sexual comercial Ley 7.899, en el año 2007 entró en vigencia la Ley 8.591 de Fortalecimiento de la lucha contra la explotación sexual comercial de las personas menores de edad”*¹⁹³ que introdujo reformas y adiciones en varios artículos del Código Penal y del Código Procesal Penal.

El Código Penal de Costa Rica, reformado Ley No. 4573, de 4 de mayo de 1970 define los delitos de violación, agravando la pena si la víctima es menor de 13 años, Art. 156, y violación calificada, Art. 157. Tipifica el delito de abuso sexual contra personas menores de edad -menores de 13 años, Art. 161. Define además, *“el delito de relaciones sexuales con menores de edad entendiendo menor de edad a una persona mayor de 13 y menor de 15 años y agravando la pena si la víctima tiene entre 13 y 18 años y el explotador es ascendiente, tío, tía, hermano o hermana consanguíneos o afines, tutor o guardador”*¹⁹⁴, Art. 159.

¹⁹³ Por medio del Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 7.739 vigente desde el año 1998, el Estado protege a los niños, niñas y adolescentes, Art. 13. El Código establece además, que la Procuraduría General de la República debe garantizar el cumplimiento de los derechos definidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, Art.110.

¹⁹⁴ La violencia doméstica contra la mujer cobra especial importancia en la región, entre un 10% y 36% de las mujeres, según el país, ha sido objeto de violencia física o sexual. Estos indicadores son aún más graves si se toma en cuenta la violencia psicológica. Por ejemplo, en Costa Rica un 32% de las mujeres experimentaron abuso sexual en la niñez. En la región se estima que más del 36% de las niñas ha sufrido abuso sexual.

El delito de violación tutela dos bienes jurídicos: la integridad sexual y la libertad sexual. Estos bienes pueden ser violentados de diversas formas de manera que el autor del delito utiliza la sexualidad para agredir a las víctimas. No obstante, el delito de violación sexual anterior, únicamente contempla el acceso carnal como la única manera de realizar el tipo. Esto implicó que situaciones donde se lesionaba gravemente la integridad y la libertad sexual, eran calificadas como delito de abusos deshonestos, por no haber ocurrido el acceso carnal, es decir, la introducción del pene en el ano o en la vagina. Con la actual reforma, se hace avance en la re conceptualización de este delito, para superar posiciones y concepciones que sostienen que sólo por medio de la utilización del pene se puede realizar la violación sexual. En este sentido, las variantes fundamentales del delito de violación sexual son:

De acuerdo con la reforma, no sólo se castiga como violación sexual el tener acceso carnal, es decir, la introducción del pene en la vagina o en el ano, sino también la acción de hacerse acceder. En el párrafo final se incluyen otras formas de agresión sexual, que desde un concepto tradicional, no configurarían el delito de violación sexual, pero que a la luz de los nuevos postulados de derechos humanos, son considerados como actos constitutivos de violación sexual, y no podría tipificarse, como se había hecho hasta antes de la reforma, como meros "abusos deshonestos". Por lo tanto, en la reforma, se castiga penalmente como violación sexual la agresión consistente en la introducción de dedos u objetos por vía anal o vaginal. También configura este delito la violación realizada con la utilización de animales. La violación sexual, con esta reforma, también se puede consumir cuando obligue a la víctima a realizar sexo oral o se le realice sexo oral bajo uno o varios de los supuestos del tipo.

“Se considera violación quien se haga acceder o tenga acceso carnal, por vía oral, anal o vaginal, con una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos: Cuando la víctima sea menor de doce años. Cuando la víctima sea incapaz o se encuentre incapacitada para resistir”¹⁹⁵.

Cuando se emplee la violencia corporal o intimidación. La misma pena se impondrá si la acción consiste en introducir, por vía vaginal o anal uno o varios dedos u objetos y esta es pena de prisión de diez a dieciséis años.

Además se considera violación calificada y la pena de prisión es de doce a dieciocho años cuando el autor sea un ascendiente, descendiente o hermano por consanguinidad o afinidad o se produzca la muerte de la víctima.

“ La pena será de doce a dieciocho años de prisión cuando con motivo de la violación resulte un grave daño en la salud de la víctima o cuando el delito sea realizado por el encargado de la educación, guarda o custodia de aquella”¹⁹⁶ o cuando el hecho se cometiere con el concurso de una o más personas, o lo realizaren los ministros religiosos, profesionales o cualquier miembro de la Fuerza Pública, prevaleciéndose del ejercicio de su cargo.

¹⁹⁵ GÓMEZ BLANCO, A. *Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano*, Porrúa, México, 1999, p. 234. La violencia, puesta en evidencia ante incapaces de poder afrontar las contingencias de un enfrentamiento físico por el peligro que presenta, nunca puede admitirse como consentimiento tácito a las pretensiones del agente; esa misma violencia rodeada de las características enunciadas es rotulada con todo acierto violación. El acceso carnal es precisamente el índice valorativo para su calificación.

¹⁹⁶ La violencia sexual son conductas sexuales que pueden ser impuestas a una persona menor de edad por un individuo mayor que utiliza incorrectamente su poder o autoridad. Existen dos categorías definidas: el abuso sexual y la explotación sexual comercial. En la primera, el abusador busca tener gratificación sexual. En el segundo caso, el abuso además se convierte en una forma de esclavitud, la víctima está sometida bajo coacción y supone una especie de compra-venta en la cual las personas se convierten en propiedad del explotador.

4.1.4.1. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS DE LA REGULACIÓN PENAL DE COSTA RICA Y EL SALVADOR

En ambos países para referirse al delito de violación se usa la expresión acceso carnal, pero en Costa Rica esta puede ser por vía anal, vaginal u oral; en El Salvador la violación por vía oral no está contemplada en el Código Penal como delito.

La edad de la víctima en violación de menor para El Salvador, debe ser menor de quince años de edad, para Costa Rica menor de doce años de edad y la pena para este delito es de prisión de catorce a veinte años en el primer país mencionado y en el segundo país es de prisión de diez a dieciséis años; en ambos países está tipificada la violación de persona con enajenación mental, estado de inconsciencia o incapacidad de resistir sancionado con las penas mencionadas anteriormente, respectivamente para cada país.

4.2. EL DELITO DE VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ EN EL ORDENAMIENTO SUR AMERICANO

4.2.1. CHILE

Chile ha presentado además su Primer Informe al Comité de los Derechos del Niño dando seguimiento al Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la utilización de Niños en la Pornografía. Por otra parte, Chile ha implementado una serie de políticas públicas contra la violación sexual de niños, niñas y adolescentes.

“Habiendo ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño y siguiendo las recomendaciones emanadas de la Declaración y Programa de Acción del

*Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños, Chile ha ratificado los principales instrumentos internacionales relativos al abuso sexual, la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, la trata de personas, las peores formas de trabajo infantil y los derechos humanos de las mujeres*¹⁹⁷ .

La Constitución Política de la República, en su artículo 5º, inciso 2º; establece que los órganos del Estado tienen el deber de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Esta oración fue incorporada por la reforma constitucional de 1989 con el objeto de robustecer los derechos humanos en dicho ordenamiento jurídico y, de esta manera, el Estado de Chile adquirió un compromiso con la universalización y progreso en estas materias. En lo fundamental, habiéndose ratificado un tratado internacional en materia de derechos humanos, previa aprobación del Congreso, y siempre que el tratado se encuentre vigente en el ámbito internacional y nacional, los derechos asegurados se incorporan al ordenamiento jurídico interno, adquiriendo plena vigencia, validez y eficiencia jurídicas, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo, todos ellos, respetarlos y promoverlos, como asimismo protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos; *“donde su vulneración constituye una trasgresión tanto de la Constitución como del tratado internacional mismo, con las consecuencias y*

¹⁹⁷Por derechos humanos se entiende el conjunto de características o atributos de los seres humanos que no pueden ser afectados o vulnerados, como son su vida, su integridad física y psíquica, su libertad, su dignidad, entre otros. En consecuencia, estos atributos constituyen derechos de todos los seres humanos que no se les pueden quitar y que las leyes deben reconocer, proteger y garantizar, sin distinción y discriminación alguna.

*responsabilidades jurídicas correspondientes, tanto nacionales como internacionales*¹⁹⁸.

El Código Penal chileno, modificado por medio de la Ley 19.927 del 2004, no especifica el delito de explotación sexual comercial infantil, pero provee distintas figuras delictuales que pueden concurrir en un caso de explotación sexual de niños, niñas y adolescentes permitiendo así su penalización.

En Chile, los niños, niñas y adolescentes están protegidos por medio de la Ley de Tribunales de Familia 19.968 que establece medidas generales de protección. Ley N° 19.968, de 2004, que crea los Tribunales de Familia, los que comenzaron a funcionar el 1 de octubre de 2005, convirtiéndose en una judicatura especializada en materias de familia con competencia amplia, en especial en aquellas materias definidas en la Ley de Subvenciones de SENAME N°20.032 y ley Orgánica de SENAME DL.2465, todas del ámbito de la protección como son situaciones de violencia intrafamiliar, maltrato infantil, abuso sexual infantil, negligencia parental, ausencia de cuidado de los niños o niñas, solicitudes de ingreso a sistemas residenciales, adopción de medidas de resguardo a sus derechos especiales y medidas de protección para niños y niñas, entre otras competencias. *“Con ello, Chile cuenta en la actualidad con una judicatura especializada para el abordaje integral de los problemas que afecten a las familias y, muy especialmente, a los niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad social y exclusión”*¹⁹⁹.

¹⁹⁸ En Chile, el 71% de las violaciones sexuales son planificadas y muchas ocurren en el hogar de la víctima. De un 60% a un 80% de todas las violaciones son llevadas a cabo por un conocido o un amigo. Las víctimas suelen vivir en su mayoría dentro de un contexto familiar en el que existen ambas figuras parentales, familias nucleares y extendidas, y en menor medida pertenecen a familias desintegradas con padres separados o divorciados.

¹⁹⁹ La mayoría de las víctimas de violación sexual son mujeres o niñas, pero niños y hombres también pueden ser violados. Cualquier persona puede ser víctima, no importa su

Ley 19.927 que modificó el Código Penal respecto de su Título VII Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual data del 14 de enero del año 2004. Establece normas para facilitar la investigación de los delitos sexuales. Autoriza la interceptación y/o grabación de las telecomunicaciones. Ataca la cadena delictiva relacionada con los delitos de pornografía infantil, producción, almacenamiento, distribución, entre otros. Sanciona las conductas ilícitas relacionadas con pornografía infantil aún cuando hayan sido cometidas en el extranjero, cuando las víctimas son chilenos o los ilícitos son cometidos por chilenos o personas con residencia en Chile. Crea nuevos tipos penales en materia de delitos sexuales y entrega nuevas herramientas a los fiscales y jueces para su investigación y posterior sanción. Establece como pena accesoria de inhabilitación absoluta o temporal para acceder o ejercer cargos que impliquen relación con menores de edad. Crea un registro de personas condenadas por delitos sexuales. Aumenta la edad de del niño o niña de 12 a 14 años de edad para consentir en una relación sexual.

En este sentido, sanciona facilitar o promover la prostitución de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, Art. 367, y define el tipo de cliente-explotador como el individuo que obtiene servicios sexuales a cambio de dinero u otras prestaciones, Art. 367 tercero. En relación a la utilización de niños, niñas y adolescentes en la pornografía, el Código Penal tipifica la pornografía infantil, Art. 366. Se sanciona además la comercialización, importación, exportación, distribución, difusión y exhibición de pornografía infantil y tipifica la posesión maliciosa, Art. 374 bis, y se hace referencia al uso, comercialización, distribución y exhibición en Internet, Art. 374 tercero. El Código Penal tipifica la trata de personas. Hace referencia a la promoción

raza, edad, situación social o económica. El violador puede ser alguien desconocido o conocido, el esposo, un amante, un amigo, o un miembro de la familia.

y facilitación de la entrada o salida de personas del país para que éstas ejerzan la prostitución, agravando la pena si la víctima es menor de edad.

La nueva Ley de Delitos Sexuales, ley número 19.617 que modifica el Código Penal, hace un esfuerzo por sistematizar los delitos sexuales en forma coherente con los principios de la dogmática penal moderna, así como también con criterios político criminales modernos. Esta idea se aborda a través de dos vías; la reformulación típica de delitos como violación, artículo 361 del código penal, estupro, artículo 363 del código penal, y abuso sexual, antes abusos deshonestos, artículos 366, 366 bis y 366 tercero del código penal, y por otro lado la despenalización de figuras como el rapto y la sodomía, ambos objetivos contenidos en el Código Penal.

La violación, Art.361 del código penal, *“Comete violación el que accede carnalmente por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de 12 años”*²⁰⁰ en alguno de los siguientes casos:

- Cuando se usa fuerza o intimidación.
- Cuando la víctima se encuentra privada de sentido o cuando se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia.
- Cuando se abusa de enajenación o trastorno mental.

“El sujeto activo sólo es el hombre, la conducta incriminada es la penetración del miembro viril, parcial en vagina y ano y total vía oral, no se requiere de eyaculación.”

²⁰⁰ Los abusos sexuales no son sucesos aislados. Generalmente ocurren a lo largo de mucho tiempo, meses o años. Además, al contrario de lo que puede suponer, se producen en todas las clases sociales y son muchas las niñas y niños afectados. Entre el 20 % y el 30% de las mujeres han sido abusadas sexualmente en su infancia o adolescencia. Alrededor del 15 % de niños también lo han sufrido. Sin embargo, el silencio y el secreto que rodea a estas experiencias, y que permite que se sigan repitiendo, nos hace pensar que son casos raros. Por eso es tan importante que hablemos de la existencia de los abusos sexuales y los reconozcamos como un problema social que hay que abordar.

*La mujer se descarta como autora directa del delito, pudiendo ser condenada como copartícipe con el violador en el delito. El sujeto pasivo es toda persona mayor de 12 años víctima de acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal*²⁰¹.

No requiere ninguna otra calidad especial: ni doncellez, en caso de la mujer, ni honestidad, ni buena fama, ni vínculo matrimonial, ni parentesco.

En menores de 12 años el acceso carnal siempre es violación.

Se puede hablar de tentativa de violación cuando el hechor ha dado principio de ejecución al acceso carnal de la víctima, sin alcanzar a introducir su miembro en alguno de los orificios. Delito consumado cuando el hechor logra una penetración aunque ésta sea parcial. Delito frustrado: no llegó a verificarse la introducción del miembro viril por causas independientes a su voluntad, llegada de terceros, eyaculación precoz, etc.

Las penas frente al delito de violación cuando se trata de una persona mayor de 12 años: van de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado medio, 3 años 1 día a 15 años. Cuando la víctima es menor de 12 años: 5 años 1 día a 20 años.

4.2.1.1. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS DE LA REGULACIÓN PENAL DE CHILE Y EL SALVADOR

En ambos países se considera que el sujeto pasivo puede ser persona de cualquier sexo. Los verbos rectores para referirse al delito de violación son distintos en ambos países; *“en Chile se usa: yaciendo; en El Salvador, la expresión acceso carnal, En Chile la edad de la víctima en el delito de*

²⁰¹ NUÑEZ, R. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, 2ªed, Córdoba, 1988, p. 247. La edad del consentimiento sexual es la edad por debajo de la cual, el consentimiento prestado para tener relaciones sexuales no resulta válido a efectos legales, presumiéndose violencia o abuso, por parte del que fuere mayor de edad en tales circunstancias, sin importar la existencia o no de cualquier violencia o abuso real, asimilándose o sancionándose como delito de violación.

*violación en menor debe ser menor de doce años de edad cumplidos. En El Salvador, debe ser menor de quince años de edad*²⁰². La pena para este delito en el primer país es presidio mayor en su grado medio a máximo. En el segundo país es prisión de catorce a veinte años. En ambos países está tipificado cuando la víctima se halle privada de razón o de sentido por cualquier causa y las penas son iguales al delito de violación en menor respectivamente para cada país.

Coinciden ambos países en que es agravante para este delito cuando es cometido por autoridad pública o por cualquier otra persona que tuviere bajo su custodia a la víctima o cuando el sujeto activo es persona encargada de la guarda protección o vigilancia de la víctima. Para estos casos en Chile se impondrá al procesado la pena señalada al delito en su grado máximo. En El Salvador serán sancionados con la pena máxima correspondiente aumentada hasta en una tercera parte.

4.2.2. PERÚ

Perú ha ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño y los principales convenios internacionales relativos el abuso sexual, la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, la trata de personas, las peores formas de trabajo infantil y los derechos humanos de las mujeres y de la niñez. Ha logrado integrar esta normativa en su marco legal y ha desarrollado políticas públicas para prevenir y combatir el abuso sexual, esto

²² La violencia real es para algunas legislaciones la razón de la violación, llegándose en casos a admitir la violencia y no ya real, sino aquella a la que se asigna la condición de presenta y rechazan cualquier propósito o tendencia a darle representatividad a otra modalidad de corto que no sea estricta y definitivamente vaginal. Esta semblanza precedente es acogida sin mayores variantes por el código penal de la República de El Salvador. Aquí la violación se adquiere mediante la constatación del acceso carnal vaginal y cuya violencia puede ser indistinta física o violencia moral.

en el marco de las recomendaciones de la Declaración y Programa de Acción del Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños.

“Desde el año 2002 Perú cuenta con el Código de los Derechos de los Niños y Adolescentes, Ley 27.337, que obliga al Estado a brindar atención integral a los niños, niñas y adolescentes maltratados o víctimas de violencia sexual”,²⁰³ por medio de programas que promuevan su recuperación física y psicológica. Establece garantías a través de planes, programas y acciones, permanentes y sostenidas, desarrollados por el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social y por el Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente, Art. 4. Por otra parte, en lo que refiere a la normativa penal, en el año 2004 la Ley 28.251 introdujo una serie de modificaciones en el Código Penal relativas a la prostitución infantil, a la pornografía infantil y la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes en el ámbito del turismo.

Hasta antes de la modificación introducida por la Ley N° 28704, el acceso carnal con personas de 14 y menores de 18 años de edad, que prestaban libre y válidamente su consentimiento para ello, no configuraba delito alguno, pues el legislador reconoció que estas personas tenían ya libertad sexual y podían disponer de su cuerpo...Sin embargo, con la expedición de la Ley N° 28704, *“se despoja la libertad sexual de la que gozaban estas personas, reprimiéndose a quien mantenga acceso carnal voluntario con ellas, con una pena que puede oscilar entre los 25 y 30 años de privación efectiva de la*

²⁰³ Son numerosísimos los actos de agresiones hacia menores, que se han convertido en los últimos años en el plato favorito de estos delincuentes, de mentes retorcidas y carentes de sentido común. Este tipo de situaciones causan a la persona agredida, en la mayoría de los casos, perturbaciones psíquicas que a menudo son irreparables. Físicamente también resultan afectadas y en el peor de los casos, brutalmente asesinadas, algo cada vez más frecuente en nuestros días.

libertad, que deberá purgarse integridad, pues la misma ley proscribire el acogimiento a algún beneficio penitenciario”²⁰⁴.

“Mediante Ley N° 28704 se modificó nuevamente el Código penal peruano en lo relativo a la conductas típicas e incremento de penas de los delitos contra la libertad sexual, específicamente violación sexual, artículo 170, violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, artículo 171, violación de persona en incapacidad de resistir, artículo 172, violación sexual de menor de edad, artículo 173, violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave, artículo 173- A, violación de persona bajo autoridad o vigilancia, artículo 174, actos contra el pudor, artículos 176 y 176-A, y las formas agravadas”²⁰⁵.

Sin embargo, la aplicación de estos nuevos tipos penales ha sido bastante limitada a pesar que en el caso de los delitos pre-existentes sobre todo Violación a menores se han venido aplicando las agravantes en cuanto a la Pena que contempla la Ley 28251.

El aspecto más debatible de esta nueva Ley es que considera como violación presunta o estatutaria el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de

²⁰⁴ En la práctica, el consentimiento efectivo puede darse en una edad diferente de la edad de consentimiento. El sexo no consentido es considerado abuso sexual. La variación semántica mayoría sexual indica la edad a partir de la cual se le otorga autonomía plena al individuo respecto de su vida sexual, y no necesariamente es la misma que la edad del consentimiento sexual.

²⁰⁵ SAMORETTI, M. A., *Código Penal Antecedentes, concordancias, notas, jurisprudencias*, 2ªed, Perú, 2000, p. 259–260. Si bien es cierto que el interés jurídico tutelado es la libertad sexual, ésta se encuentra determinada en el grado de inmadurez psicológica del menor de 14 años, por la incapacidad de ejercer control real sobre su conducta sexual. El interés tutelar en el sistema social, es relevante en estos delitos cuando la víctima es un menor de 14 años varón o mujer, más aún, si se trata de un menor de 7 años; por considerarse que jurídicamente el niño y el adolescente son protegidos en sus derechos y libertades por la comunidad y el Estado.

las dos primeras vías con un (a) adolescente entre catorce y menos de dieciocho años de edad, imponiéndole una pena privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

De esta manera, el legislador eleva la edad de los titulares de integridad o indemnidad sexual. Antes, se protegía la integridad o indemnidad sexual de los menores de catorce años de edad, en la medida que el ejercicio de la sexualidad con ellos podía afectar el desarrollo de su personalidad y producirles alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro, pues se entendía que no tienen control racional sobre su conducta sexual ni son capaces de determinarse consciente o libremente y, consiguientemente, la violencia o amenaza son presuntivas. Mientras que en el caso de adolescentes de catorce y menos de dieciocho años de edad, lo que se protegía era su libertad sexual, razón por la cual sólo se tipificaban las conductas que exigían engaño, explotación sexual o violencia o amenaza.

Sin embargo, la Ley N° 28704 elimina la libertad sexual de adolescentes. Esto es contradictorio con las disposiciones de los Códigos Civil y de los niños y Adolescentes que permiten el matrimonio de adolescentes de dieciséis y diecisiete años de edad, Art. 241 del Código Civil, y con el propio Código penal que tipifica, por ejemplo, los delitos de seducción, artículo 175.

“Por otra parte cuando el hecho lesiona la indemnidad sexual, especialmente en los casos de violación de persona incapaz, Art.172, o menor de edad, Art.173, se verifica generalmente un amparo judicial máximo en las decisiones de la Corte Suprema de Perú”²⁰⁶ . Este se manifiesta en la

²⁰⁶ Probablemente en una sociedad, la cual está acostumbrada a pasar casi desapercibido este tipo de hechos, y es por esto que se tiene una corta historia como objeto de atención de profesionales con respecto a esto, los cuales siempre piden una rehabilitación para el sujeto

adecuada aplicación de conceptos penales, como los de la tentativa y consumación, para evitar la apreciación de atenuantes, así como la imposición casi automática de sanciones muy graves que colisionan con los principios constitucionales de proporcionalidad y humanidad.

4.2.2.1. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS DE LA REGULACIÓN PENAL DE PERÚ Y EL SALVADOR

En ambos países el verbo rector es acceso carnal, para referirse al tipo penal de violación; distinguiéndose únicamente las vías por las cuales se consuma el delito ya que en Perú el acceso carnal puede ser por vía vaginal, anal o bucal y en El Salvador, solo puede darse por vía vaginal o anal. En Perú se configura el delito de violación también por la introducción de objetos o partes del cuerpo por vía anal o vaginal. En El Salvador la conducta antes descrita no constituye violación; sino que tal conducta es enmarcada en otro delito conocido como otras agresiones sexuales.

En Perú, la violación sexual de menor de quince años de edad se denomina violación presunta, porque es una presunción de pleno derecho, pues los menores no tienen la voluntad para consentir una práctica sexual, vaginal o anal. *“En El Salvador este delito está configurado como Violación en Menor de quince años y la pena de prisión es de catorce a veinte años. En ambos países se encuentra tipificado el delito de violación en incapaz mental”²⁰⁷.*

abusador, hasta hace relativamente poco tiempo, las denuncias de niños de ser objeto de abusos sexuales eran interpretadas como maliciosas o más comúnmente como el producto de la imaginación.

²⁰⁷ El abuso sexual implica actividades sexuales que el niño no comprende por ser inmaduro e incapaz de dar un consentimiento informado. Actualmente varios legisladores han presentado proyectos de reforma a estos delitos coincidiendo en elevar la edad a 14 años.

4.2.3. ARGENTINA

Argentina habiendo ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño y siguiendo las recomendaciones brindadas en la Declaración y Programa de Acción del Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños, Argentina ratificó los instrumentos internacionales más relevantes relacionados con el abuso sexual, explotación sexual comercial, la trata de personas, las peores formas de trabajo infantil y la discriminación contra la mujer, dándoles una jerarquía superior a las leyes nacionales, y elaboró a la vez, una normativa más apropiada para la penalización de este tipo de delitos. Implementó además una serie de políticas públicas contra la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes.

El Estado se compromete a garantizar programas gratuitos de asistencia y atención para la recuperación de las víctimas. En la órbita penal Argentina introdujo, en los últimos años, dos modificaciones orientadas por un lado, a penalizar el abuso sexual, la utilización de niños, niñas y adolescentes en la pornografía, la corrupción de niños, niñas y adolescentes, y la trata de personas tipificados como delitos contra la integridad sexual, y por otro, a proteger a los niños, niñas y adolescentes durante el proceso judicial. Los delitos contra la integridad sexual fueron definidos en el Código Penal modificado en 1999 por la Ley 25.087. Aquí se establece una serie de categorías de penalización para casos de abuso sexual mediante la violencia, la intimidación en una relación de dependencia, de autoridad, de poder, o aprovechándose que la víctima no haya podido consentir libremente. Las penas aumentan si la víctima es menor de 18 años o menor de 13, Art. 119.

La nueva ley 25087 sustituyó no sólo la rúbrica del título estableciendo su actual denominación como Delitos contra la integridad sexual, sino que

derogó las de los capítulos II a V del título III del libro segundo del código: violación y estupro, corrupción, abuso deshonesto, ultrajes al pudor y raptó, las cuales no tuvieron reemplazo por otras quedando enmarcadas dentro de abusos. *“Crea nuevas figuras penales como el abuso sexual que surge de la descripción de la acción típica contenida en los nuevos tipos penales modificando el art.119 del Código Penal, reemplazándolo por reglas de las cuales se extrae la actual figura del abuso sexual”*²⁰⁸.

En la Ley 25087 de Delitos contra la Integridad sexual se ha tipificado como conducta lesiva al acto de abusar sexualmente de una persona, independientemente del sexo del sujeto pasivo, cuando fuere menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción. Esto es que se mantiene la figura del abuso pero denominado sexual y no deshonesto, en la que se incorpora la modalidad del abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder para calificar el hecho, así como la existencia de otras causas que hayan impedido el libre consentimiento de la acción. Se ha estudiado la calidad de fuerza, intimidación o resistencia con el fin de dar lugar predominante al libre consentimiento, puesto que para determinar si el hecho fue cometido este concepto juega un rol fundamental. La doctrina y la jurisprudencia debatía acerca de si la víctima había ofrecido resistencia al ataque o si su voluntad resultó superada por el uso de la fuerza o la amenaza de daño físico, si la resistencia ofrecida ante la agresión fue realmente incesante.

²⁰⁸ El tratamiento de este problema de las violaciones sexuales debe ser integral y requiere de que las políticas públicas sean efectivas, reciban el apoyo de las organizaciones civiles, iglesia, municipalidades y comunidad en su conjunto, para obtener resultados efectivos.

“A su vez, la ley mantiene la figura precisando que éste podrá ser por cualquier vía, que tanto la víctima como el autor pueden ser de uno u otro sexo dado que la gravedad de la ofensa no debe estar ligada al género de la víctima, adoptando una concepción más amplia de la acción que permite incriminar como abuso (violación) a todo tipo de penetración, incluyendo la fellatio in ore y la penetración anal”²⁰⁹.

Como agravante de las agresiones sexuales la nueva legislación incluye aquéllas que: a) causaren un grave daño en la salud física o mental de la víctima; b) fueren cometidas por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda; c) el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio; d) el hecho fuere cometido por dos o más personas; o con armas; e) el hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones; f) el hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo. Así el 2do. Párrafo del Art. 119 del CP reprime con reclusión o prisión de 4 a 10 años, cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima. Se puede observar en la descripción típica de esta conducta una mención especial a la humillación sufrida por la víctima en cuanto el sometimiento, no aquél acto fugaz o esporádico, implica sufrir mayor ofensa

²⁰⁹LEZAUN, B. *Delito contra la Libertad e Indemnidad Sexuales*, España, 1999, p.301. La trascendencia de este ilícito debe ser captada en toda su dimensión por los cuerpos legales aplicables, los que deberán ser interpretes de la necesidad de una protección social cuya benignidad las equipara a verdaderas indulgencias, tomando como referencia la significación y trascendencia de un hecho como la violación.

por sumar al hecho en sí una evidente falta de miramiento a su condición humana.

Este agravante se basa en la mayor vulneración a la libertad sexual de la víctima que soporta un sometimiento caracterizado por su duración elemento temporal, o por las circunstancias que lo rodean elemento fáctico, como podría ser la introducción de ciertos elementos por vía vaginal, anal o bucal. *“También han quedado establecidos los sujetos de este agravante. Sujeto activo sólo podrá ser un varón, pues él y no una mujer puede realizar la penetración propia del acceso carnal; aunque una mujer puede actuar como cómplice o instigadora; mientras que sujeto pasivo puede ser tanto el varón como la mujer, ya que ambos pueden ser accedidos carnalmente por un varón”*²¹⁰. Se descarta doctrinariamente la posibilidad de la violación inversa, o sea, el caso en que la mujer sea autora material del delito porque sólo el hombre por su condición física es quién puede realizar una penetración sexual.

4.2.3.1. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS DE LA REGULACIÓN PENAL DE ARGENTINA Y EL SALVADOR

En ambos países se usa la expresión acceso carnal, para referirse al delito de violación y se distingue que en Argentina el acceso carnal puede efectuarse por vía vaginal, anal o bucal y en El Salvador, solo está regulado

²¹⁰Se refiere que la ampliación acceso carnal para sustituir al anterior del yacimiento ha significado que la posibilidad del sujeto activo se incluya en el raciocinio penal. Tanto el hombre como la mujer son iguales en tanto sujetos activos o protagonistas de la relación sexual pero formula que en el Derecho Penal es sujeto activo solo la persona que realiza materialmente la acción típica del delito y es una cuestión valorativa, no puramente gramatical decidir si el delito de violación debe incluirse a la mujer como sujeto activo del mismo. Sin embargo en la legislación española se admiten todas las posibles combinaciones: hombre-mujer, mujer-hombre, hombre-hombre, mujer-mujer.

como delito de violación el acceso carnal por vía vaginal y anal; en ambos países el sujeto pasivo del delito de violación puede ser de cualquier sexo. *“En Argentina para que se dé el delito de violación en menores la edad tiene que ser menor de trece años de edad. En El Salvador se contempla en el Código Penal que la edad del sujeto pasivo debe ser menor de quince años de edad”*²¹¹. La pena de prisión de este delito para el primer país mencionado es de seis a quince años; para el segundo país es de catorce a veinte años.

Como ya se menciona anteriormente en Argentina el Código Penal no tiene tipificado el delito de violación en persona incapaz; en El Salvador por el contrario si está regulado este delito, estableciendo una pena igual que en el delito de violación en menor; son agravantes en ambos países cuando el delito de violación es cometido por ascendiente, descendiente, hermanos, adoptante, tutor, curador o guarda y cuando se ejecutare con el concurso de dos o más personas. La pena de prisión cuando se configuran estas circunstancias es para Argentina de ocho a veinte años. Para El Salvador es de catorce a veinte años, distinguiéndose únicamente el límite inferior.

4.2.4. COLOMBIA

Colombia ha ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño y los principales convenios internacionales relativos al abuso sexual, la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, la trata de personas, las peores formas de trabajo infantil y los derechos humanos de las mujeres. Ha logrado armonizar su marco legal a esta normativa internacional y ha

²¹¹ El bien jurídico protegido La Libertad Sexual y la Intimidad de las personas; debiendo entenderse por Violación, el acceso carnal es decir, la penetración del órgano masculino (pene), en la vagina o ano siempre que tal penetración alcance cierto grado de acoplamiento, o sea, que no se quede en el mero roce del himen o ano; tal violación puede ejecutarse en una persona adulta o adolescente, o por el contrario ser el sujeto pasivo de una edad inferior a los trece años.

desarrollado una serie de políticas públicas para prevenir y combatir la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, siguiendo las recomendaciones de la Declaración y Programa de Acción del Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños.

En relación a los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, Colombia ha ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño el 28 de enero de 1991 y el Protocolo Facultativo a la Convención relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la utilización de Niños en la Pornografía el 11 de noviembre del 2003.

Colombia protege a los niños, niñas y adolescentes del abuso sexual por medio de la Constitución, el Código de la Infancia y la Adolescencia y el Código de Procedimiento Penal entre otros. *“La Constitución protege a los niños ante toda forma de abandono, de violencia física o moral, de secuestro o venta, de abuso sexual, de explotación económica y laboral, y de los trabajos riesgosos. Agrega que gozarán de los derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados, Art. 44ⁿ212.*

El Código de la Infancia y la Adolescencia, sancionado por la Ley 1098 del 2006, señala, en relación a los Derechos de Protección, que los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra la explotación económica, la violación, la inducción, el estímulo y el constreñimiento a la prostitución, la explotación sexual, la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra

²¹² Lamentablemente la agresión sexual es una constante en todas nuestras sociedades. La agresión sexual se refiere a tocar sexualmente sin consentimiento. Esta incluye todos los comportamientos sexuales sin consenso. Ya que somos personas que creen en la transformación del mundo, es esencial que confrontemos la agresión sexual y las fuerzas que lo fundan.

la libertad, integridad y formación sexuales. También los protege de la venta, la trata de personas, el tráfico y cualquier otra forma contemporánea de esclavitud o de servidumbre o cualquier otro acto que amenace o vulnere sus derechos, Art. 20. Introduce procedimientos especiales ante casos de delitos y asigna obligaciones sobre la prevención y detección de la explotación sexual, Arts. 44, 46 y 89.

Colombia actualizó su legislación penal haciéndola más apropiada en la lucha por prevenir y erradicar los delitos de abuso sexual, explotación sexual, pornografía infantil, trata de niños y la explotación de niños, niñas y adolescentes en el ámbito del turismo.

El delito de prostitución de menores está parcialmente tipificado en el Código Penal reformado; previamente sólo se hacía referencia a la prostitución de personas. La pornografía infantil está penalizada en el Código Penal, reformado por la Ley 890 del 2004, que sanciona su producción, exhibición, compra y venta, Art. 218.

El delito de la trata y tráfico de personas ha sido contemplado en las modificaciones al Código Penal colombiano. Por medio de la Ley 747 del 2002, se crea el tipo penal tráfico de migrantes y trata de personas. *“Los niños, niñas y adolescentes víctimas de la violación sexual son considerados por la Constitución y por la Ley 985 del 2005, que introduce medidas y normas para su atención y protección”*²¹³.

²¹³ El problema del abuso sexual de menores en Colombia ha tomado dimensiones insospechadas a tal punto que es necesario replantear la política criminal y todas aquellas políticas que resultan conexas para la prevención de estas conductas teniendo en cuenta los compromisos adquiridos por Colombia en relación con el respeto de los derechos humanos ya que la mayoría de estadísticas señalan que el abuso sexual en especial en los casos de menores es una de las formas más graves de lesionar la integridad física, moral y psicológica de las personas.

Colombia también ha actualizado su legislación penal relativa a la explotación de niños, niñas y adolescentes en el ámbito del turismo. El Código Penal, con las modificaciones introducida por la Ley 679, establece sanciones administrativas por publicitar, informar o facilitar relaciones sexuales a turistas con menores. Por otra parte, en el año 2006 se suscribe el Código de Conducta para la Prevención y Erradicación de la ESCI. Este Código compromete al sector turístico y a la Alcaldía, la Procuraduría General, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), la Policía, la Fiscalía, y a las asociaciones de guías, conductores, cocheros y Cajas de Compensación Familiar, en la lucha para erradicar los abusos sexuales y la prostitución que involucren a niños, niñas y adolescentes.

En cuanto al delito de violación, Art. 205 CP, se establece que es acceso carnal violento con persona de uno y otro sexo.

El acceso carnal con persona menor de catorce años es violación y también se considera como acto sexual abusivo lo mismo, cuando es una persona en estado de inconsciencia que padezca trastorno mental o que este en incapacidad de resistir. Para estos casos la pena es prisión de cuatro a ocho años.

Hay circunstancias agravantes y estas son: “*cuando el delito se comete con el concurso de dos o más personas*”²¹⁴; si el responsable tenga cualquier carácter posición o cargo que le dé particularidad o autoridad sobre la víctima o la impulse en a depositar en él su confianza; si se produce contaminación

²¹⁴ Puede existir violencia sexual entre miembros de una misma familia y personas de confianza, y entre conocidos y extraños. La violencia sexual puede tener lugar a lo largo de todo el ciclo vital, desde la infancia hasta la vejez, e incluye a mujeres y hombres, ambos como víctimas y agresores. Aunque afecta a ambos sexos, con más frecuencia es llevada a cabo por niños y hombres a niñas y mujeres.

de enfermedad de transmisión sexual; si se realiza sobre persona menor de doce años; si se produce embarazo.

4.2.4.1. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS DE LA REGULACIÓN PENAL DE COLOMBIA Y EL SALVADOR

En ambos países el verbo rector del tipo es acceso carnal y el sujeto pasivo puede ser persona de uno u otro sexo. En Colombia para el delito de violación en menor la edad estipulada en el Código Penal es menor de catorce años de edad. En El Salvador debe de ser menor de quince años para que se configure el delito. La pena de prisión para este delito es de cuatro a ocho años en el primer país mencionado y de catorce a veinte años de prisión para el segundo país. En ambos países está tipificado el acceso carnal en persona con enajenación mental o que se encuentre incapacitado de resistir y contempla las penas antes mencionadas respectivamente para cada país.

4.2.5. ECUADOR

En Ecuador los niños y los incapaces están protegidos del abuso sexual con el Código de la Niñez y Adolescencia y el Código Penal.

El Código de la Niñez y Adolescencia, 3 de enero de 2003, se establece la presunción de la edad mencionando que cuando exista duda sobre la edad de una persona, se presumirá que es niño o niña antes que adolescente²¹⁵, y que es adolescente, antes que mayor de dieciocho años. Así también

²¹⁵ Los menores de edad sin distinción de sexo están siendo víctimas de hombres con mentes enfermas, que lo único que buscan es saciar su instinto sexual pervertido con niños y niñas. Las cifras son escalofriantes ya que en lo que va del año se han reportado al menos 15 casos de violaciones especiales, donde la mayoría de los culpables son familiares cercanos a los menores y en otros casos los amigos de confianza que llegan a la casa de habitación de las víctimas.

restablecen las prohibiciones relacionadas con el derecho a la dignidad e imagen y se prohíbe:

1. La participación de niños, niñas y adolescentes en programas, mensajes publicitarios, en producciones de contenido pornográfico y en espectáculos cuyos contenidos sean inadecuados para su edad;
2. La publicación o exhibición de noticias, reportajes, crónicas, historias de vida o cualquiera otra expresión periodística con imagen o nombres propios de niños, niñas o adolescentes que han sido víctimas de maltrato o abuso;
3. La publicación o exhibición de imágenes y grabaciones o referencias escritas que permitan la identificación o individualización de un niño, niña o adolescente que ha sido víctima de maltrato, abuso sexual o infracción penal, y cualquier otra referencia al entorno en el que se desarrollan

“En el Código Penal ecuatoriano regula la violación, Art. 512, está definida como el acceso carnal con introducción parcial o total del miembro viril, por vía vaginal, anal o bucal, con personas de uno u otro sexo, en los siguientes casos:

- 1.- Cuando la víctima fuere menor de catorce años;
- 2.- Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiere resistirse; y
- 3.- Cuando se usare de violencia, amenaza o intimidación”²¹⁶.

²¹⁶ Si la violación produjere una grave perturbación en la salud de la persona violada, se aplicará el máximo de las penas indicadas; y si le produjere la muerte, la pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años.

Se aplicarán las mismas penas, en caso de agresión sexual consistente en la introducción de objetos distintos al miembro viril, por vía vaginal o anal, realizado en las mismas circunstancias del Artículo 512. El delito de violación será reprimido con reclusión mayor de ocho a doce años, en el caso primero del artículo anterior; y con prisión mayor de cuatro a ocho años, en los casos segundo y tercero del mismo artículo.

El mínimo de las penas señaladas anteriormente será aumentado con cuatro años:

“Si los culpados son los ascendientes de la persona en quien ha sido cometido el atentado, o sus descendientes, hermanos o afines en línea recta; debiendo, en su caso, ser condenados, además, a la pérdida de la patria potestad”²¹⁷.

Si son de los que tienen autoridad sobre ella;

Si son institutores, o sus sirvientes, o sirvientes de las personas arriba designadas;

Si el atentado ha sido cometido sea por funcionarios públicos, o ministros del culto, que han abusado de su posición para cometerlo; sea por profesionales de la salud y personal responsable en la atención y cuidado del paciente. Si en los casos de los Arts. 507 y 512, el culpado, quienquiera que sea, ha sido auxiliado en la ejecución del delito por una o muchas personas.

²¹⁷ En su mayoría los pedófilos son hombres, menos agresivos que los violadores; muchos de ellos son alcohólicos o sicóticos de mente torpe o asociales, y su edad fluctúa entre los 30 y 40 años; generalmente, de fuertes convicciones religiosas. En general, son hombres débiles, inmaduros, solitarios y llenos de culpa. La personalidad del agresor de mediana o mayor edad es de un individuo solitario y con dificultad para establecer relaciones heterosexuales normales, suele tener baja autoestima, con pocos recursos para enfrentar situaciones de estrés y frecuentemente abusa del alcohol y/o sustancias. Por lo general, no presenta trastorno psicopatológico. Sin embargo, se ha visto que dos tercios de los reclusos pedofílicos maduros llevaron a cabo esta conducta en momentos que sufrían de situaciones estresantes.

4.2.5.1. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS DE LA REGULACIÓN PENAL DE ECUADOR Y EL SALVADOR

Cuando se trate de violación en menor las edades contempladas en el Código Penal, para los países en comento es diferente; puesto que en El Salvador la edad de la víctima debe ser menor de quince años y en Ecuador se determina que debe ser menor de catorce años de edad y la pena para el primer país es prisión de catorce a veinte años y para el segundo país es de reclusión mayor de ocho a doce años.

“En ambos países el verbo rector del tipo penal de violación es “acceso carnal con persona de uno u otro sexo. Distinguiéndose únicamente las vías por las cuales se puede dar el acceso carnal, ya que en Ecuador este puede darse por vía anal, vaginal y bucal. En El Salvador se establece que se puede efectuar por vía anal y vaginal”²¹⁸.

En ambos países se contempla la violación en menor e incapaz y establece que concurre tal acción disvaliosa, cuando la víctima se halle privada de razón o del sentido o cuando por enfermedad o por otra causa no pudiera resistirse; la pena contemplada para este delito en Ecuador es de prisión de cuatro a ocho años. En El Salvador es de catorce a veinte años.

²¹⁸ En ambos países es una agravante del delito tipo, que el sujeto activo sea ascendiente, descendiente o afines en línea recta. En Ecuador la pena para este delito agravado es un aumento de cuatro años en las penas antes mencionadas para el delito de menor y de incapaz, respectivamente. En El Salvador, se aplica la pena máxima correspondiente aumentada hasta en una tercera parte.

4.3. EL DELITO DE VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE MÉXICO

En México los niños, niñas y adolescentes están protegidos por medio de la Convención sobre los Derechos del Niño y los principales instrumentos internacionales relativos al abuso sexual, la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, la trata de personas, las peores formas de trabajo infantil y los derechos humanos de las mujeres ratificados por el país, siguiendo las recomendaciones de la Declaración y Programa de Acción del Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños.

“En relación a los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, que los protegen de abuso sexual, México ha ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño el 21 de setiembre de 1990, este es el primer instrumento jurídico internacional en que se establece que la vulnerabilidad de los menores es razón suficiente para que se justifique una protección particular en todos los ámbitos de la vida de los menores con el fin de lograr mejores sociedades, mejores seres humanos y comenzar a crear una conciencia universal sobre el respeto y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales”²¹⁹.

Los Estados Parte reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales, oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible. El

²¹⁹Los Estados partes al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abusos sexuales. Deben tomar las medidas necesarias para impedir cualquier actividad sexual ilegal, prostitución u otras prácticas sexuales ilegales y pornografía. Protegiendo al niño desde el seno familiar.

Protocolo Facultativo a la Convención relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la utilización de Niños en la Pornografía el 15 de marzo del 2002. También ha ratificado el Convenio sobre la Prohibición de las peores formas de Trabajo Infantil y la acción inmediata para su eliminación el 30 de junio del 2000.

En lo que respecta a los instrumentos relativos a los crímenes internacionales, México ratificó el Estatuto de Roma el 28 de octubre del 2005 y el 4 de marzo del 2003 la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños. La Convención Interamericana contra el Tráfico Internacional de menores no ha sido ratificada.

El primer instrumento que establece la pauta para la regulación sobre los derechos del niño y de la familia, y que por ende protege a los niños del abuso sexual, es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que en su artículo 4o. constitucional manifiesta que: El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y desarrollo de la familia.

Asimismo establece el derecho que tienen los hijos o menores a que se les proteja su integridad y sus derechos: *“Es deber de los padres, preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores a cargo de instituciones públicas”*²²⁰. Frente al abuso sexual y la explotación

²²⁰La violación sexual de menores viene a formar parte de la violencia contra los niños y adolescentes que se da tanto en el seno familiar como fuera de él se trata de un problema ético, social y jurídico. La política preventiva del Estado para controlar esta forma de criminalidad adolece de coherencia, por un lado permite la difusión de valores e imágenes que despiertan las apetencias genésicas de la población (por ejemplo, en los medios de comunicación televisiva y escrita) y, por otro, pretende resolver el problema apelando sólo al incremento desmedido de las penas en esta materia.

sexual comercial, los niños, niñas y adolescentes también están protegidos por medio del Código Penal Federal y por los Códigos Penales de los distintos Estados de México algunos de los cuales han sido reformados durante el año 2006, Michoacán, Baja California, Colima, Quintana Roo, haciéndose más adecuados para combatir la violación sexual. Si bien en varios Estados los delitos relacionados con la violación sexual están claramente tipificados y penalizados, el Código Penal Federal sanciona la violación para personas menores de 12 años, la corrupción de menores de 18 años y la utilización de niños, niñas o adolescentes en la prostitución y en la pornografía. Sin embargo, el delito trata de personas con fines de explotación sexual no está explícitamente penalizado.

El delito de violación sexual, artículo 266 Código Penal Federal, comprende las siguientes circunstancias:

- I. Al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad;
- II. Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo.
- III. *“Al que sin violencia y con fines lascivos introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo, sea cual fuere el sexo de la víctima”²²¹.*

²²¹El abuso sexual es crónico y universal, no está limitado a una sola clase social, raza o nacionalidad, existía en la prehistoria y desgraciadamente puede que se perpetué en generaciones futuras. Proporcionalmente quizás no ocurre hoy más que nunca pero dada la globalización de los medios de comunicación, se tiene conocimientos de mas casos de abusos sexuales de menores a nivel nacional e internacional, los violadores atraen más atención pública y causan más ansiedad entre los padres de menores. La naturaleza, objeto y frecuencia de sus crímenes suscita clamor público demandando intervención urgente del

Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentará hasta en una mitad.

Las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentarán hasta en una mitad en su mínimo y máximo, cuando:

I. El delito fuere cometido con intervención directa o inmediata de dos o más personas;

II. El delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquel, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasia de la madre del ofendido en contra del hijastro. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima;

III. *“El delito fuere cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen”²²²*. Además de la pena de prisión el condenado será destituido del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión;

IV. El delito fuere cometido por la persona que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada.

México cuenta con el programa de acción, Un México apropiado para la infancia y la adolescencia, diseñado para el período 2002-2010, por el Consejo Nacional para la Infancia y la Adolescencia. Este programa tiene 3

poder ejecutivo y exigiendo nuevas leyes más estrictas del poder legislativo, contra estos sujetos criminales:

²²²Recientes investigaciones revelan que en los últimos años han aumentado en forma alarmante los delitos contra los niños. La prostitución infantil y la explotación sexual de menores son practicadas por individuos u organizaciones de distintos niveles sociales. A veces son los propios familiares del menor quienes los violan, los prostituyen o los venden organizaciones delictivas. En otros casos, se trata de intermediarios, traficantes y clientes, especialmente hombres que ejercen el vil comercio de la prostitución, el turismo sexual y la pornografía de menores.

grandes áreas de acción: vida saludable; educación de calidad; y protección integral para niños, niñas y adolescentes en condiciones especialmente difíciles. De cara a la lucha por prevenir y erradicar la violación sexual, México diseñó el Plan de Acción Nacional para Prevenir, Atender y Erradicar la Explotación Sexual Comercial Infantil.

“El Plan de Acción, dirigido por el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (SNDIF), fue aprobado en el 2001 por la Coordinación Nacional del Plan de Acción Nacional para Prevenir, Atender y Erradicar el abuso sexual”²²³. El objetivo general del Plan Nacional es promover políticas y acciones sistemáticas tendientes a prevenir, atender y proteger a los niños, niñas y adolescentes víctimas de la explotación sexual comercial. Los objetivos específicos apuntan a coordinar las acciones instrumentadas por los organismos gubernamentales y de la sociedad civil; fomentar el diseño, difusión e implementación de los instrumentos orientados a la prevención; promover estrategias de atención integral; desarrollar la protección jurídica y legal y la defensa y aplicación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; y fomentar investigaciones sobre el tema.

4.3.1. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS DE LA REGULACIÓN PENAL DE MÉXICO Y EL SALVADOR

Los verbos rectores para referirse al delito de violación son distintos para ambos países; para México se usa cópula y para El Salvador es acceso carnal, en ambos países se contempla que el sujeto pasivo para el delito de violación puede ser persona de uno u otro sexo y también las vías por las que se consuma este delito son únicamente la anal y vaginal. En México, la edad del sujeto pasivo para que se dé el delito de violación en menor debe

²²³La Coordinación Nacional está integrada por instituciones públicas, privadas, académicas, organizaciones de la sociedad civil y organismos internacionales.

ser menor de doce años. En El Salvador, el sujeto pasivo debe ser menor de quince años.

En ambos Códigos Penales está establecido como delito de violación cuando la víctima sea persona con enajenación mental, se encuentre en estado de inconsciencia o tenga incapacidad para resistir, “*son considerados agravantes del delito de violación para los dos países cuando este es cometido por un ascendiente, descendiente o hermano; cuando es cometido por persona encargada de la guarda, protección o vigilancia de la víctima y cuando se ejecutare con el concurso de dos o más personas*”²²⁴.

4.4. EL DELITO DE VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE ESPAÑA

Como es conocido, el artículo 178.I Código Penal Español, describe lo que podríamos denominar agresiones sexuales simples; el artículo 179, las agresiones sexuales agravadas que hoy, de nuevo, responden al nomen iuris de violación; y, por fin el artículo 180, describe un catálogo de circunstancias agravantes especiales que pueden operar tanto sobre el tipo básico del artículo 178 como sobre el agravado del 179. El hilo conductor de toda la regulación es la presencia necesariamente de violencia o de intimidación.

²²⁴Es importante para los juristas mantener en mente que muchas de las ofensas sexuales en contra de los niños son cometidos por alguien que es conocido por la víctima, y frecuentemente por alguien querido y/o de quien la víctima confía, entre los cuales incluye padres, padrastros o parientes cercanos. No es adecuado prevenir a los niños de platicar con extraños o prevenir a los padres sobre el abuso que se comete en los centros de atención infantil, Guarderías, etc. cuando más del 80% del abuso sexual ocurre en la casa. La violencia contra el menor se caracteriza en general, porque ocurre dentro de la familia y está se oculta en la intimidad, no permitiendo que trascienda hacia afuera. Es justamente este ocultamiento el que impide que la justicia pueda intervenir, sino existe una denuncia concreta.

“Como se dice, el tipo básico se encuentra descrito en el artículo 178 Código Penal. Pese a que no se trata de un precepto afectado por las reformas penales citadas, probablemente merezca la pena detenerse un mínimo en él ya que constituye una pieza esencial en la estructura legislativa diseñada por el legislador de 1995. Ese carácter central no se ha visto afectado por las sucesivas modificaciones legales. Resulta altamente criticable la regulación legal contenida en este precepto por la enorme ambigüedad con que fue redactado que no permite por sí mismo delimitar con precisión las conductas punibles”.²²⁵

Sujeto activo de la conducta puede serlo cualquier persona, sin restricción alguna puede serlo tanto un hombre como una mujer; del mismo modo, desde el punto de vista del sujeto pasivo, apenas merece la pena destacar que incuestionablemente podría serlo una persona que ejerce la prostitución y a la que se le impone un acto de índole sexual; independientemente de si entre el sujeto activo y la víctima ha habido con anterioridad relaciones de índole sexual, como si no; prescindiendo, por último, de si son marido y mujer o no.

“A título de ejemplo, piénsese en las hipótesis en las que la víctima lo es una niña o niño de muy reducida edad; o en los casos en los que la persona afectada padece una tetraplejia; en ambos casos para tener contacto carnal con ellas no es precisa la presencia de violencia o intimidación. Por consiguiente, los hechos no pueden ser calificados como agresiones

²²⁵ Se acude a la cuestionable técnica de introducir una referencia al bien jurídico, cuando la delimitación de éste es una cuestión más bien interpretativa, fruto de un proceso de abstracción, al menos desde una perspectiva inmanente al sistema. Piénsese lo que sería un código donde todos los tipos se estructurasen de igual forma: el que atentare contra la ordenación del territorio, el que atentare contra el patrimonio ajeno, etc., todo ello sin proporcionar ulterior información. Pese a ello, se puede proporcionar ciertas pautas intelectivas en torno al contenido potencial de la norma.

*sexuales, sino que, por el contrario, procede a que se les considere como abusos sexuales*²²⁶.

Concretamente, se subsumen los hechos en el artículo 181.2, en relación con el artículo 182.1 CP, agravándose la pena conforme a lo previsto en el apartado 2 de este último artículo, esto es pena de cuatro a diez años, impuesta en su mitad superior, de siete a diez años²²⁷. Prescindiendo del debate en torno a si la pena por violación resulta o no proporcionada, resulta cuanto menos cuestionable que un hecho de tal naturaleza merezca o necesite una sanción penal más reducida, al menos en su límite máximo, que la que corresponde a un delito de violación, donde la pena a imponer sería la de seis a doce años.

Sí que se puede señalar que debe tener un cierto significado sexual, pero sus contenidos pueden ser muy diversos.

Desde un punto de vista negativo, en primer lugar, se excluye el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o la introducción de miembros corporales o de objetos por alguna de las dos primeras vías, en la medida en que se trata de supuestos que se encuentran expresamente contempladas en el artículo 179. Del mismo modo, en segundo lugar, la doctrina, mediante una interpretación restrictiva, excluye la obstaculización de actos sexuales ajenos mediante violencia o intimidación.

²²⁶ La doctrina y jurisprudencia españolas han encargado el tema con una interpretación muy sui generis de las locuciones integrativas del concepto de violación insertas en las disposiciones legales que les son inherentes. Las contradicciones de doctrina no son casuales, ya que se suceden sin intermitencias, y la verdad de hoy aparece negada mañana con interpretaciones que, al hacerse extensivas muchas veces a la jurisprudencia, van eliminando la posibilidad de una uniformidad tan necesaria cuando se trata de juzgar actos que se relacionan esencialmente con el contenido de la violación.

²²⁷ La conducta consiste en atentar contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación. No parece preciso en este contexto detenerse en la delimitación, no siempre sencilla, de estos últimos conceptos. En cualquier caso, la presencia de violencia o de intimidación como criterio definitivo para diferenciar las dos figuras delictivas, agresiones sexuales y abusos sexuales, no siempre conduce a resultados punitivos satisfactorios.

Desde un punto de vista positivo, en primer lugar, integra la conducta el contacto con zonas sexualmente significativas del cuerpo de la víctima, siendo indiferente que se haga por encima o por debajo de la ropa, de forma activa o pasiva, como ocurre cuando se obliga a la víctima a realizarlos sobre el autor. *“El problema podría plantearse en cuanto a aquellas acciones que no implican tal contacto físico directo. Sin embargo, no es un requisito que se derive necesariamente del tipo que posee un carácter claramente residual, pretendiendo captar todas aquellas acciones no expresamente contempladas en los números siguientes. Del mismo modo hay que incluir, el obligar a otro a sufrir un acto de exhibicionismo, bajo intimidación o violencia”*²²⁸.

El artículo 185 no incluye estos últimos elementos como parte del tipo; en consecuencia, es dudoso que actos como los expuestos no puedan ser conducidos al marco del 178 que prevé una pena más grave y que permite captar el desvalor procedente de tales actos violentos o intimidatorios. Por último, probablemente deban estimarse incluidos en este ámbito todo tipo de relaciones sexuales donde tanto el sujeto activo, como el pasivo lo sean mujeres, en cuanto las mismas no pueden encontrarse captadas por el artículo 179 que exige acceso carnal; obviamente con exclusión de las hipótesis de introducción de objetos o miembros corporales, donde tanto el agente como la víctima pueden ser simultáneamente de sexo femenino. Desde el punto de vista subjetivo, resulta incuestionable que los hechos deben ser dolosos. Más complejo resulta determinar si es preciso que concurra algún ulterior elemento subjetivo de lo injusto. Así, el calificativo sexual que debe acompañar al comportamiento determina que normalmente

²²⁸CARMONA SALGADO, C. *Los Delitos de Abuso Deshonestos*, Barcelona, 1981, p. 307. Por consiguiente, conductas como obligar a la víctima a desnudarse o a realizar actos de manipulación sexual sobre su propio cuerpo, o sobre el de un tercero, integran la prohibición penal.

se exija un ánimo lascivo, lúbrico para determinar cuándo el comportamiento posee tal nota sexual o no. Sin embargo, se entiende que debe descartarse la exigencia de tales ánimos o voluntades diferenciadas del dolo, no expresamente contempladas en la Ley, al menos por tres razones. En primer lugar, en la medida en que requerir un ánimo o tendencia subjetivo diferenciado del dolo implica introducir elementos típicos por parte del intérprete que sustituye de esta manera las funciones del legislador. En segundo lugar, por cuanto de lo contrario se atendería exclusivamente al punto de vista del autor, y se deja de considerar la perspectiva de la víctima, quien no siempre puede conocer la presencia o ausencia de intencionalidad sexual en la acción agresora y que ve objetivamente invadida su esfera sexual. Por fin, no puede pasarse por alto los problemas probatorios que se encuentran vinculados a los elementos subjetivos.”

Lo que importa, en definitiva, es que se trate objetivamente de una utilización degradante de la víctima, en el sentido descrito, independientemente de que el autor se excite sexualmente o no, pretenda o no satisfacer su instinto, o simplemente se persiga degradar, humillar a la víctima²²⁹. O quien con la intención de humillar a otro le obliga a mantener un contacto lúbrico con animales, sin experimentar por ello el más mínimo estímulo sexual.

El artículo 179 CP describe el delito de violación, como modalidad agravada del delito de agresión sexual, cuando ésta consista en el acceso carnal por

²²⁹Desde el punto de vista del Derecho penal, lo trascendente debería ser la significación sexual objetiva del hecho y no la representación, sentimiento o tendencia del autor. La polémica no es estéril y de la misma dependerá la calificación, por ejemplo, de la introducción de objetos por vía anal practicada entre sujetos de igual sexo y de tendencia heterosexual como cruel novatada.

vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos o miembros corporales, por alguna de las dos primeras vías.

Es conocido como en la reciente reforma operada por medio de la LO 15/2003, de 25 de noviembre se modifica la redacción anterior, al disponer que la introducción de miembros corporales por vía vaginal o anal incide en la descripción legal. Tal modificación se realiza esencialmente en la medida en que con anterioridad no estaba claro si la penetración digital o lingual por las vías citadas debía estimarse como violación o no, por cuanto para calificarlo como tal era preciso entender que, por ejemplo, los dedos constituían un objeto.

Por otra parte, la reforma, sin embargo, no ha considerado la opinión de un importante sector doctrinal que se venía manifestando en contra de la equiparación punitiva de la violación con el pene o con el dedo u otro miembro corporal. Pone de manifiesto, entre otros, GIMBERNAT ORDEIG *“que no deberían equipararse punitivamente los supuestos citados en la medida en que en los últimos casos no existe la posibilidad de que la víctima se quede embarazada ni que se contagien enfermedades de transmisión sexual”*²³⁰.

El sujeto activo puede serlo tanto un hombre como una mujer. Sin embargo, es preciso matizar en función de las diferentes modalidades comisabas. En relación con el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, debe estar presente necesariamente un hombre, como se desprende de la expresión empleada por el legislador acceso carnal. *“Sin embargo, no se puede decir lo mismo en cuanto a la modalidad consistente en introducción de objetos o de*

²³⁰ FONTÁN, B. *Tratado de Derecho Penal Parte Especial*, Tomo V, p. 57.

*miembros corporales por vía anal o vaginal*²³¹. En este caso pueden intervenir como sujetos activos y pasivos tanto un hombre como una mujer, sin que tenga sentido exigir que en una u otra posición se encuentre un hombre, o lo que es lo mismo, cabe apreciarlo cuando se trate de una acción en la que intervienen con exclusividad mujeres.

*“La acción típica consiste en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos, o miembros corporales, por alguna de las dos primeras vías. En cuanto al acceso carnal por las vías vaginal, anal o bucal abarca tanto el coito heterosexual, como la penetración anal o bucal sean éstas homosexuales o heterosexuales. Por su parte, la introducción de objetos o miembros corporales tan sólo puede realizarse por vía anal o vaginal”*²³².

Son agravantes del delito de violación las establecidas en el artículo 180 CP. Las que se mencionan a continuación:

Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

²³¹La problemática es la definición del término objeto. Las referencias científicas más próximas las encontramos en el sistema español. En ese país los autores han precisado que sólo puede ser considerado como objeto aquella cosa que represente y sustituya al pene en sus funciones invasivas y de penetración. No entrarían en la acepción gases, líquidos, ni "cosas pequeñas" (botones, por ejemplo). Si integran el concepto, la introducción de frutas, verduras, lapiceros, trozos de árbol o de escobas, clavos y aún la penetración mediante el miembro de un animal.

²³²La distinción que se realiza en el tipo entre objeto y dedos patentiza la intención de discernir entre cosas inanimadas e instrumentos corpóreos. Dentro de estos últimos expresamente se alude a los dedos, dejando por fuera de la regulación introducir la lengua en la vagina, el ano o la boca. Tales acciones no quedan impunes, pues pueden perseguirse a través del delito de abusos sexuales. Esta última precisión es la adecuada a la exigencia de taxatividad, pues es prohibido interpretar análoga o extensivamente el tipo penal en contra del reo, y aún desde el punto de vista de la proporcionalidad es coherente, pues aún cuando implican un serio vejamen, el contenido.

Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años.

Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 Código Penal, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.

Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cuatro a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas mencionadas se impondrán en su mitad superior.

4.4.1. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS DE LA REGULACIÓN PENAL DE ESPAÑA Y EL SALVADOR

En El Salvador, la edad establecida para este delito es menor de quince años de edad y la pena es prisión de catorce a veinte años. En ambos países se considera violación cuando la víctima se halle privada de sentido o de cuyo trastorno se abusare. En España para este delito la pena es de cuatro a diez años de prisión; para El Salvador el Código Penal establece que la pena debe ser de catorce a veinte años de prisión.

“En España el acceso carnal puede ser por vía vaginal, anal o bucal. El Salvador solo contempla las dos primeras vías ya mencionadas. Para ambos países el sujeto pasivo puede ser persona menor de uno u otro sexo”²³³ . En España la edad de la víctima cuando se trate de violación en menor debe ser menor de trece años y la pena es prisión de cuatro a diez años.

4.5. CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Se reconoce que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene derechos enunciados y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Además de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Se reconoce que el niño, en pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y compromiso. Fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de

²³³ Millones de niños en todo el mundo sufren de abuso sexual. Pese a la gran incidencia de abusos sexuales a menores, no hay pruebas de que en la actualidad haya más casos que hace 40 o 50 años. La detección sí ha sufrido un aumento. Aún así sólo se conocen entre el 10 y el 20% de los casos reales. Hoy por hoy se estima que el 23% de las niñas y un 15% de los niños sufre abusos sexuales antes de los 17 años, en España.

1989 Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

*“Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales”*²³⁴. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

*“Los principios proclamados en la carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana se ha retomado en la Convención de Derechos del Niño”*²³⁵.

²³⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, 1989. Al igual que en el caso de las mujeres, esta convención resguarda especialmente los derechos de los niños, donde son asegurados, entre otros, el derecho fundamental a la vida, la no discriminación en cualquiera de sus facetas, su supervivencia, desarrollo intelectual, físico, social y familiar. Además protege a los menores, con todas aquellas medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, raptos, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, y la protección y cuidados de aquellos niños mental o físicamente impedidos.

²³⁵ El derecho a la dignidad personal es aquel derecho humano fundamental y absoluto que tiene su origen en el respeto debido a la vida y sano desarrollo de ésta. Es el derecho al resguardo de la persona, en toda su extensión, bien sea en su aspecto físico como mental. El ser humano por el hecho de ser tal tiene derecho a mantener y conservar su integridad física, psíquica y moral. La Integridad física implica la preservación de todas las partes y tejidos del cuerpo, lo que conlleva al estado de salud de las personas. La integridad psíquica es la conservación de todas las habilidades motrices, emocionales e intelectuales. La

En esta se proclaman que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especial y que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

4.6. CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

La Convención establece los Derechos del Niño

“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”²³⁶.

Se considera que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Además que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.

También que es esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la depresión.

integridad moral hace referencia al derecho de cada ser humano a desarrollar su vida de acuerdo a sus convicciones.

²³⁶ En la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos se fomenta el derecho universal y efectivo de los derechos y libertades fundamentales del hombre así como los derechos del niño que deben ser resguardados por su familia, sociedad y estado. Lo primordial para un Estado debe ser proteger los derechos del hombre como un fin genérico que debe ejecutarse desde el seno de su familia.

Se considera que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad y que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades fundamentales del hombre.

4.7. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La protección de la integridad personal está establecida en esta Convención así:

“Toda persona con discapacidad tiene derecho a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones con las demás”²³⁷.

En esta Convención se promueve la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad ejerzan plenamente y sin discriminación los derechos y libertades enunciados por las Naciones Unidas en La Declaración de los Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos; así como otros pactos y convenios.

Considera que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la evolución entre las personas con deficiencia y las barreras debidas a la

²³⁷ La protección de la integridad personal conlleva a que las personas con discapacidad tienen derecho a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones con los demás, garantía que se encuentra contemplada en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En ella se protege a las personas con discapacidad pues se vulnera la dignidad y el valor inherente del ser humano si estos son discriminados. Así mismo se respeta su dignidad física y moral al protegerle sus derechos.

actitud y al entorno que evitan su participación plena y afectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

Además considera que la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherente del ser humano ahí se protege los derechos de los discapacitados especialmente a vivir una vida con libertades y protección a su dignidad.

5.1. CONCLUSIONES

La violación estaba presente en las sociedades antiguas, sin embargo no constituía un delito como lo es en nuestros tiempos ni tampoco era considerado como un problema social al cual debía aplicarse ciertas medidas para su disminución o erradicación.

Antiguamente La relación entre violación y matrimonio se refleja en la violación de los derechos de posesión del macho basada en las exigencias masculinas de virginidad, castidad y consentimiento al acceso sexual de las mujeres, entendidas y concebidas como las aportaciones de las mujeres al contrato de matrimonio.

La mayor parte de los sujetos activos del delito de violación han sido abusados sexualmente en su infancia.

Los actores del delito de violación sexual en menores e incapaces es consumado generalmente por miembros de su grupo familiar.

La violación sexual de menor e incapaz se produce con mayor incidencia en los estratos sociales más bajos de escaso nivel educativo, económico y moral.

La aplicación de penas en el delito de violación en menor e incapaz no conlleva a una reducción en la comisión de estos delitos

5.2. RECOMENDACIONES

El Salvador posee un alto grado de delincuencia en la que lastimosamente la violación sexual a menores es uno de los que tiene mayor índice es por eso que se hace necesaria una verdadera política criminal basada en un Estado de Derecho que proteja a los menores del abuso sexual, no que existan penas basadas en una condena de muerte, sino mas bien que se trabaje en los valores y en la familia para prevenir esta clase de delitos , es necesario que las madres conozcan el perfil de un violador y que los menores como tales puedan conocer cuando ellos son abusados y poder evitar esta clase de delitos, así mismo el Estado como tal debería de realizar con la ayuda de alcaldías y el ministerio de educación campañas que fomenten la protección garante del padre en la vida del menor.

Desde otro punto de vista, el proceso de reforma del derecho penal sexual durante las últimas décadas ha estado presidido por la idea de despojar al sistema de todo vestigio moralizador y la dogmática penal se ha esforzado por construir sus sistemas doctrinales en torno a conceptos estrictamente jurídicos, asentados en una base fáctica o natural. En este contexto, nociones como las de libertad sexual e indemnidad sexual suelen ser explicadas siguiendo los mismos parámetros utilizados para caracterizar otros bienes jurídicos de índole personal, como el derecho a la vida, la salud o la libertad ambulatoria, por lo que se necesita de una educación con valores y por qué no espiritual que hagan de la familia un centro de amor en donde el menor se sienta protegido y valorado por sus padres, así mismo se necesita de la moralidad y de la ética en donde las personas con diferentes capacidades sean cuidadas y respetadas sin ningún tipo de promiscuidad y

aprovechamiento de ellas para satisfacer las necesidades sexuales de los adultos.

la doctrina penal pasa por alto que la sexualidad es algo mucho más complejo que la simple actividad genital y, acaso más que ningún otro aspecto del comportamiento humano, está indefectiblemente entremezclada con imperativos morales y culturales, por eso mismo se necesita que existan nuevos mecanismos y recursos dentro de la Corte Suprema de Justicia en donde los jueces y abogados que conozcan de alguna causa de abuso sexual dejen de observar el delito como una simple figura jurídica sino mas bien se vele por el cumplimiento de la norma que estipula dicho delito, que el derecho penal se convierta en un ente humanizador basado en los valores morales , así también se hace necesario que la ley sea más transparente y mas explicita en explicar y formular este delito ya que se dejan de lado factores como la protección garante del padre, y el hecho de complicidad de dicho delito ya que en muchas ocasiones lastimosamente es la madre quien permite que su hijo sea abusado sexualmente por su padre o por su padrastro solo porque él les provee económicamente en el hogar, el Estado debe contribuir a brindar la ayuda a la madre que corre peligro con sus hijos proveyéndolas de un empleo digno, y sobre todo brindar ayuda psicológica y espiritual a todas aquellas personas que han sufrido este tipo de abuso, para que más adelante no se repita la misma historia.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ACEVEDO BLANCO, RAMÓN. **“Manual de Derecho Penal”**, 2ª Edición, México, 1999.

ACHAVAL, ALFREDO. **“Delito de violación Estudio Sexológico Médico Legal y Jurídico”**, 2ª Edición, Argentina, 1986.

ANDERSON, ZINSSER. **“Historia de las Mujeres: Una historia Proia”**, 1ª Edición, Barcelona, 1991.

AZEVEDO, FERREIRA. **“Fuero Real”**, 1ª Edición, España, 1982.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL y otros. **“Compendio de Derecho Penal Parte Especial”**, Madrid, 1998.

BENÍTEZ MORALES, OTTO. **“Derecho Precolombino Raíz del Nacional y del Continental”**, 1ª Edición, Bogotá, 2000.

BERNAL BENÍTEZ LEDESMA, JOSÉ DE JESÚS. **“Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neo romanista”**, 4ª Edición, México, 1989.

BLAVIA, ANTONIO. **“Evolución del Pensamiento Político”**, 1ª Edición, México, 1992.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. **“Manual de Derecho Penal Parte Especial”**, 2ª Edición, Barcelona, 1991.

CARMONA SALGADO, C. **“Los Delitos de Abuso Deshonestos”**, Editorial Bosch. Barcelona, 1981.

CANTÚ, CESAR. **“Historia Universal”**, 1ª Edición, Barcelona, 1992.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL. **“La mujer como Sujeto activo en el Delito de Violación. Un problema de interpretación teleológica”**, Gaceta Jurídica, 2001.

CARRA MOLINA, JUAN MARTIN. **“Elementos del Derecho Canónico con la Disciplina de la Iglesia de España”**, Madrid, 1857.

CARRAZCO FRANCISCO, LUIS, **“Código Penal de El Salvador Comentado”**. Tomo I, El Salvador, 2005.

CEREZO MIR, JOSÉ R. **“Curso de Derecho Penal Español parte General”**, 3ª Edición, España, 2001.

CORCOPINO, JOROME. **“La Vida Cotidiana en Roma en el Apogeo del Imperio”**, 2ª Edición, Madrid, 1997.

CÓRDOBA, RICARDO. **“Agresiones Sexuales en la Castilla Medieval”**, España, 1994.

CREUS, CARLOS. **“Derecho Penal Parte Especial”**, 1ª Edición., Argentina, 1983.

DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M. **“Tipicidad e Imputación Objetiva”**, 1ª Edición, España, 2000.

DOMÍNGUEZ, FRANCISCO. **“La Vida en las Pequeñas Ciudades Hispanoamericanas en la Conquista”**, 1ª Edición, España, 1978.

DONNA, Edgardo A. **“Derecho Penal Parte Especial”**, 2ª Edición, Argentina, 2001.

ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL. **“Manual de Teoría Jurídica del Delito”**, El Salvador.

ESPINAR FERNÁNDEZ, RAMÓN. **“Manual de Historia del Derecho Español”**, 1ª Edición., España, 1978.

ESPINOZA, MANUEL. **“Delitos Sexuales”**, 2ª Edición, México, 1999.

FALCAO, MIGUEL. **“Las Prohibiciones Matrimoniales de Carácter Social en el Imperio Romano”**, 1ª Edición, España, 1984.

FINKELHOR, DAVID. **“Abuso Sexual al Menor”**, 1ª Edición, Chile, 2003.

FONTÁN, BALESTRA. **“Tratado de Derecho Penal. Parte Especial”**, Tomo V. s/e Argentina, 1966

FRIEDLANDER, LADWIG. **“La Sociedad Romana”**, 1ª Edición, México, 1947.

GARCÍA, CARMEN. **“Violación, Estupro y Sexualidad”**, Chile, 1989.

GARRIDO MONTT, MARIO. **“Derecho Penal Parte Especial”**, Tomo III, Editorial Jurídica, Chile, 2005.

GIMENES DE ASUA. **“Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales”**, España, 1995.

GÓMEZ BLANCO, A. **“Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano”**, Editorial Porrúa, México, 1999.

GUTIÉRREZ, ALVIZ Y ARMARIO. **“Diccionario de Derecho Romano”**, 1ª Edición., Italia, 1988.

HEINRICH JESCHECK. **“Tratado de Derecho Penal pare General”**, 1ª Edición, Barcelona, 1992.

ANTEVÍ, IRENE. **“Abuso Sexual Infantil”**, México, 1998.

JIMÉNEZ DE ASUA, LUIS. **“Teoría Jurídica del Delito”**, España, 2005.

JULIEN, CATHERIN. **“Los Incas”**, 1ª Edición, Madrid, 1998.

LARA PEINADO, FEDERICO. **“Código de Hammurabi”**, 1ª Edición, Madrid, 2000.

LEZAUN, B. **“Delito contra la Libertad e Indemnidad Sexuales”**, España, 1999.

LÓPEZ-ZEA, AURELIANO. **“Manual de Psicología Infantil”**, México, 2000.

MÁRQUEZ PIÑERO, RAFAEL. **“El Tipo Pena”**, 2ª Edición, México, 2005.

MARTÍNEZ, J.A. **“Delitos Contra el Menor y la Familia”**, Chile, 1986.

MARTÍNEZ ROARO, MARCELA. **“Delitos Sexuales. Sexualidad y Derecho”**, 4ª Edición, México, 1991.

MARK D. JORDAN. **“La Invasión de Sodomía en la Teología Cristiana”**, 2ª Edición, España, 1999.

MIR PUIG, SANTIAGO. **“Derecho Penal Parte General”**, 4ª Edición, Barcelona, 1996.

MOLINA, ALEJANDRO. **“Violencia y Abuso en la Familia”**, 1ª Edición, Buenos Aires, 1999.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. **“Derecho Penal Parte Especial”**, 8ª Edición, España, 1991.

NÚÑEZ, R. **“Tratado de Derecho Penal”**, Tomo III, 2ª Edición, Editorial Córdoba, 1988.

PONENCIA SOBRE. **“la Valoración Psicológica de los Agresores Sexuales”**, publicado por la Universidad de Valencia, España.

RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA. **“Derecho Penal Español Parte Especial”**, Madrid, 1991.

RUIZ PULIDO, GUILLERMO. **“Repertorio de Legislación y Jurisprudencia”**, 2ª Edición, Chile, 1995.

SAMORETTI, M. A. **“Código Penal: Antecedentes, Concordancias, Notas, Jurisprudencias”**, 2ª Edición, Perú, 2000.

SIERRA, LUZ STELLA y ROJAS, FELIPE. **“Violencia Contra Jóvenes”**, Colombia, 2000.

SIERRA, HUGO MARIO. **“Lecciones de Derecho Penal Parte General”**, 1ª Edición, Argentina, 1997.

SPROVIERO, JUAN. **“Delito de Violación”**, 2ª Edición, 2000.

SUAREZ RODRÍGUEZ. **“El Delito de Agresiones Sexuales Asociados a la Violación”**, 1ª Edición, Barcelona. 1997

TERRAGNI, MARCO ANTONIO. **“Estudio Sobre la Parte General del Derecho Penal”**, 1ª Edición, Chile, 2000.

TREJO, MIGUEL ALBERTO y otros. **“Manual de Derecho Penal”**, 1ª Edición, El Salvador, 1993.

TOCORA LUIS FERNANDO. **“Derecho Penal Especial”**, 2ª Edición, Argentina, 1986.

TORANZO VILLORO, MIGUEL. **“El Derecho Hebreo Según el Antiguo Testamento”**, 1ª Edición, México, 1989.

VELÁSQUEZ VELÁZQUEZ, FERNANDO. **“Derecho Penal Parte General”**, 3ª Edición, Colombia, 1997.

ZIAURRIS ULLOA, TERESA, **“Violencia Sexual en América Latina”**, 1ª Edición, Puerto Rico, 2000.

LEGISLACIÓN

CÓDIGO CIVIL DE EL SALVADOR. **“Diario Oficial N° 236, Gaceta Oficial N° 85 - Tomo 8 del 14 de abril de 1860”**.

CÓDIGO PENAL DE EL SALVADOR. **“Decreto Legislativo 1030, publicado en el Diario Oficial el 10 de junio de 1997. Reformado por el decreto ley N° 883, del 27 de junio del 2002”**, El Salvador, 1998.

CONSTITUCIÓN DE EL SALVADOR. **“Decreto Legislativo 38, Publicado en el Diario Oficial el día 16 de diciembre de 1983”**, El Salvador.

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. **“Adoptado y Ratificado por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entrando en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad al Artículo 49”**.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. **“Suscrita en San José Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor el 18 de julio de 1978, de conformidad con el Artículo 74”**.