

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS**



**CONTENIDO:
LA VIOLACIÓN EN MENOR Ó INCAPAZ EN EL
DEPARTAMENTO DE SAN MIGUEL 2003-2005**

**ÁREA:
*DERECHO PENAL***

**ASESORES:
LICENCIADO CARLOS SOLÓRZANO GOMEZ TREJO
LICENCIADO CARLOS ARMANDO SARAVIA**

**ALUMNOS:
ADAN PATRICIO ARGUETA AMAYA
ELLIOT ABRAHAM ASTURIAS UMANZOR
RUBEN ANTONIO GONZALEZ VENTURA.**

CIUDAD UNIVERSIARIA ORIENTAL NOVIEMBRE 2005

**AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD DE
EL SALVADOR.**

**DRA. MARIA ISABEL RODRÍGUEZ.
RECTORA.**

**ING. JOAQUÍN ORLANDO MACHUCA.
VICE – RECTOR.**

**DRA. CARMEN ELIZABETH RODRÍGUEZ DE RIVAS
VICE – RECTOR ADMINISTRATIVO.**

**LICDA. ALICIA MARGARITA DE RECINOS.
SECRETARIA GENERAL.**

**LIC. PEDRO ROSALIO ESCOBAR CASTAÑEDA.
FISCAL GENERAL.**

**AUTORIDADES DE LA FACULTAD
MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL.**

**ING. JUAN FRANCISCO MÁRMOL CANJURA
DECANO INTERINO.**

**LICDA. GLORIA ELIZABETH LARIOS NAVARRO.
VICE – DECANO INTERINO.**

**LICDA. LOURDES ELIZABETH PRUDENCIO COREAS.
SECRETARIA.**

**DR. OVIDIO BONILLA FLORES.
JEFE DE DEPARTAMENTO DE
CIENCIAS JURÍDICAS.**

**LIC. JOSÉ FLORENCIO CASTELLÓN.
COORDINADOR GENERAL DEL PROCESO DE
GRADUACIÓN.**

**LIC. CARLOS SOLÓRZANO TREJO GOMEZ.
DIRECTOR DE CONTENIDO.**

**LIC. CARLOS ARMANDO SARAVIA.
DIRECTOR DE METODOLOGÍA.**

DEDICATORIAS.

➤ *En primer lugar a Jehová Dios todo poderoso, por haber permitido mi existencia y darme la inteligencia, la fortaleza, y todo lo necesario para lograr este triunfo en mi vida.*

A mi familia:

➤ *A mi madre, María Pastora Amaya Vda. de Argueta, por darme su amor y apoyo incondicional, y por estar con mígo en las buenas y en las malas; que dios la llene de bendiciones y le de larga vida.*

➤ *A mi esposa, Floridalma Benítez de Argueta, por entenderme y por estar a mí lado en los momentos alegres y difíciles, por todo el amor que me da. Además por que muy pronto, si dios lo permite traerá a nuestras vidas un nuevo ser, que vendrá a llenarnos aun mas de alegría.*

➤ *A mi abuela, María del Transito Romero, quien me cuidó en todo mi niñez, y por estar pendiente de mí, gracias abuela.*

➤ *A mi amada hija, Dania Fissele Argueta Benítez, por todos los momentos que no compartí con ella, y por todas aquellas noches que se desvelo esperando a que yo llegara, para recibir un poco de mi cariño.*

- *A mis hermanos: José Antonio Argueta Amaya, José Abad, Carlos Benedicto y Eber Alexander Argueta Amaya, por darme su cariño y apoyo en todo lo que he necesitado, ellos son los que hicieron posible lo que he logrado; ustedes fueron mi motivación y cuando quise desistir, me encausaron, al no permitir que dejara de estudiar, no obstante haberles manifestado en repetidas ocasiones. Gracias por ayudarme a obtener este triunfo.*

- *A mis compañeros y compañeras: Rubenia, Patricia, Pohanita, Johanna, Fidel, Walter, Franklin, Ricardo. Del área de derecho penal, por compartir los momentos buenos y difíciles que pasamos durante el tiempo en el que se desarrollo este trabajo a todos los recordare.*

- *A Rubén y Elliot, con quienes pase de cerca las situaciones mas duras, pero gracias a su apoyo las supere y no desistí.*

- *Al mi asesor de contenido, licenciado Carlos Solórzano Gómez Trejo por enseñarme a ser disciplinado, a que con estudio y esfuerzo se puede lograr todo lo que uno se proponga.*

- *Al licenciado Julio Ramos, que dedico gran parte de su tiempo libre y ayudarnos con nuestro trabajo.*

Adán Patricio Argueta Amaya

DEDICATORIAS

A Dios Todopoderoso: por haberme dado la fortaleza para enfrentar los momentos difíciles en este trabajo y haber sido el creador de cada pensamiento en mi ser.

A La Santísima Virgen María. Por haber intercedido por mí ante su hijo Jesucristo y haber sido la luz que ilumino mi camino en los momentos de oscuridad.

A Mi Padre Juan Ramón Asturias Portillo: por haberme apoyado con sus sabios consejos en el transcurso de mi vida y haber hecho de mí una persona de provecho para la sociedad, y que aun después de desobedecer en muchas ocasiones siempre me brindo su apoyo.

A Mi Madre Reina Cristina Umanzor De Asturias: que a pesar de la distancia que existe entre nosotros siempre me brindo su calor de madre siendo la mejor amiga gracias madre por entenderme siempre gracias Mamá.

A Mi Hermano Juan Ramón Asturias Umanzor: *gracias por haberme brindado tu apoyo en los momentos que necesite una orientación para realizar mi trabajo, y por estar en los momentos difíciles conmigo.*

A Mi Hermano Erick Daniel Asturias Umanzor: *por apoyarme siempre en el transcurso de mi carrera y en todo mi vida gracias, espero verte triunfar también a ti hermano*

A Mi Queridísima Esposa María José Pacheco De Asturias: *por haberme apoyado y acompañado en cada momento en el desarrollo de mi tesis, y porque eres mi inspiración para realizar este trabajo de grado, te amo cielo y espero que siempre estés a mi lado, en todos mi triunfos sí como yo quiero estar en los tuyos.*

A Mis Suegros José Benjamín Pacheco y María Josefa Meza de Pacheco: por haber sido parte importante en el desarrollo de mi trabajo de grado ayudándome en lo que han podido siempre que lo necesite, han sido un ejemplo para mí. Gracias.

A Mi Cuñada Zobeyda Carolina Pacheco Mezo: por ser un apoyo en mi carrera y que a pesar de las diferencias siempre me apoyo, en lo que necesitaba.

A Mis Compañeros de Tesis Rubén y Adán: quienes a pesar de las contradicciones y las discusiones a causa de los problemas siempre supieron controlar los nervios y poner lo mejor de sí para realizar este trabajo.

A Mis Compañeros de Seminario: Rubenia, Pohanita, Patricia, Ricardo, Fidel, Walter, Johana Margarita y Franklin, con quienes tuvimos muchas situaciones difíciles pero con mucha comprensión y paciencia logramos superar, gracias por haber hecho mas ameno este trabajo.

A Mi Asesor de Contenido Licenciado Carlos Solórzano Trejo Gómez: por haberme enseñado a ser mas responsable en mi estudio y ayudándome con ello a acrecentar mis conocimientos, su enseñanza será algo que no olvidare en mi vida.

A Nuestro Amigo Licenciado Julio Adalberto Ramos: por haber ayudado a la realización de este trabajo de grado, dedicándonos el tiempo necesario para revisar las deas vertidas en esta investigación.

A todos mis familiares y amigos: Como muestra del aprecio y cariño que les tengo, y que sepan que soy el mismo y que por siempre estaré agradecido.

DEDICATORIAS.

A mis padres María Berta y Rubén Dary, por haberme apoyado física y moralmente en los momentos difíciles; gracias ¡! Sin ustedes no soy nada .

A mi hermana , Karla Vanesa, por existir y brindarme su alegría en esta vida .

A nuestro asesor de contenido, Carlos Solórzano Gómez Trejo ,quien durante todo el seminario hacia las cosas difíciles en fáciles .Ejemplo de dedicación, responsabilidad y superación .

A nuestros compañeros y compañeras de seminario, Doanita ,Rubenia ,Patricia Fidel, Walter, Ricardo ,Franklin ,Dhoana, con quienes compartimos momentos alegres y tristes , pero que su compañía ayudo a ser mas agradable este seminario .Los voy a extrañar mucho.

A mis compañeros de tesis ,Adán y Elliot con quienes pasamos todo tipo de situaciones, que nos ayudan a forjar nuestro carácter, haciéndonos mas tolerantes,

comprensivos, tolerantes, en esencia trabajar en grupo demuestra que el hombre es un animal social.

A Maria José y doña Josefa , quines nos apoyaron mucho en los momentos de apuros.

Rubén Antonio González Ventura

ÍNDICE.

Página.

CAPITULO I.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.....	2
1.2 ENUNCIADO DEL PROBLEMA.....	5
1.2.1 GENERALES.....	5
1.2.2 ESPECÍFICOS.....	5
1.3 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	6
1.4 OBJETIVOS.....	7
1.4.1 GENERALES.....	7
1.4.2 ESPECÍFICOS.....	7
1.5 ALCANCES DE LA INVESTIGACIÓN.....	8
1.5.1 ALCANCE DOCTRINARIO.....	8
1.5.2 ALCANCE NORMATIVO.....	8
1.5.3 ALCANCE TEMPORAL.....	10
1.5.4 ALCANCE ESPACIAL.....	10
1.6 LIMITANTES.....	11
1.6.1 DOCUMENTALES.....	11
1.6.2 DE CAMPO.....	11

CAPITULO II

2 MARCO TEORICO CONCEPTUAL	
2.1 BASE HITORICA.....	13
2.1.1 ÉPOCA ANTIGUA.....	13
2.1.1.1 CULTURA BABILONICA.....	13
2.1.1.2 CULTURA HEBREA.....	14
2.1.1.3 CULTURA ROMANA.....	14
2.1.2 EDAD MEDIA.....	15
2.1.2.1 DERECHO CANONICO.....	15
2.1.2.2 FUERO JUZGO.....	16
2.1.2.3 EL FUERO REAL.....	16
2.1.2.4 LAS PARTIDAS.....	17
2.1.3 PERIODO MESOAMERICANO.....	18
2.1.3.1 CULTURA MESOAMERICANA.....	18
2.1.3.2 EL DERECHO PREHISPANICO.....	21
2.1.4 EDAD MODERNA.....	23
2.1.4.1 ÉPOCA COLONIAL.....	23
2.1.5 EDAD CONTEMPORANEA.....	25
2.1.5.1 ÉPOCA DE LA REPÚBLICA.....	25
2.1.6 DESARROLLO HISTÓRICO JURÍDICO NACIONAL.....	28
2.2 BASE TEÓRICA.....	32
2.2.1 CONCEPTO DE VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ.....	32

2.2.2 DOCTRINA GENERAL SOBRE EL DELITO DE VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ.....	33
2.2.2.1 DISCUSIÓN SOBRE EL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL DELITO DE VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ.....	33
2.2.2.2 CONSIDERACIONES SOBRE EL TERMINO MENOR.....	40
2.2.2.3 CONSIDERACIONES SOBRE EL TERMINO INCAPAZ.....	48
I- ESTADO DE INCONSCIENCIA	
2.2.2.3.1 CAUSAS NO PATOLOGICAS DEL ESTADO DE INCONSCIENCIA.....	49
2.2.2.3.2 CAUSAS PATOLOGICAS DEL ESTADO DE INCONSCIENCIA.....	56
2.2.3 ENAJENACIÓN MENTAL.....	59
2.2.3.1 EL APROVECHAMIENTO.....	62
2.2.4 INCAPACIDAD DE RESISTIR.....	64
2.2.5 ESTRUCTURA DEL DELITO.....	65
2.2.5.1 TIPO OBJETIVO.....	66
2.2.5.1.1 ACCIÓN.....	66
2.2.5.1.2 SUJETO ACTIVO.....	69
2.2.5.1.3 SUJETO PASIVO.....	70
a) MENOR DE 15 AÑOS	
b) ENAJENADO MENTAL	
c) PERSONA EN ESTADO DE INCONSCIENCIA.	

d) PERSONA INCAPAZ DE RESISITIR	
2.2.5.1.4 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	76
2.2.5.1.5 OBJETO.....	77
2.2.5.1.6 MEDIOS COMISIVOS.....	77
2.2.5.1.7 LUGAR.....	79
2.2.5.1.8 TIEMPO.....	79
2.2.5.2 TIPO SUBJETIVO.....	79
2.2.5.2.1 EL DOLO.....	80
2.2.6 CLASIFICACIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN EN MENOR O	
 INCAPAZ.....	81
2.2.6.1 SEGÚN LAS MODALIDADES DE ACCIÓN.....	81
2.2.6.2 SEGÚN LOS SUJETOS.....	82
2.2.6.3 SEGÚN LA RELACIÓN CON EL BIEN JURÍDICO.....	83
2.2.7 ANTIJURIDICIDAD.....	83
2.2.8 CULPABILIDAD.....	83
2.2.9 EL ERROR EN EL DELITO DE VIOLACIÓN EN MENOR O	
 INCAPAZ.....	92
2.2.9.1 ERROR DE TIPO.....	92
2.2.9.2 ERROR DE PROHIBICION.....	94
2.2.10 LA CONCURRENCIA DE PERSONAS EN EL DELITO DE	
 VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ.....	96
2.2.10.1 AUTORIA.....	96

2.2.10.2	PARTICIPACIÓN.....	98
2.2.10.3	TENTATIVA.....	99
2.2.11	CONSECUENCIA JURÍDICA.....	102
2.2.11.1	CONCEPTO DE PENA.....	102
2.2.11.2	CARACTERÍSTICAS DE LA PENA.....	103
2.2.12	CONCURSO DE DELITOS.....	108
2.2.12.1	CON OTROS DELITOS SEXUALES.....	108
2.2.12.2	CON DELITOS RELATIVOS A LA VIDA.....	110
2.2.12.3	CON DELITOS RELATIVOS A LA INTEGRIDAD PERSONAL.....	111
2.2.12.4	CON LOS DELITOS RELATIVOS A LA LIBERTAD.....	111
2.2.13		
2.2.14		
2.2.15	CIRCUNSTANCIAS QUE MODIFICAN LA RESPONSABILIDAD PENAL.....	112
2.2.15.1	CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES.....	113
2.2.15.2	CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES.....	117
2.2.16	JURISPRUDENCIA NACIONAL.....	124
2.2.16.1	CONDUCTA TÍPICA.....	124
2.2.16.2	SUJETO ACTIVO.....	126
2.2.16.3	SUJETO PASIVO.....	126
2.2.16.4	TIPO SUBJETIVO.....	126

2.2.16.5	BIEN JURÍDICO.....	127
2.2.17	DERECHO COMPARADO.....	128
2.3	DEFINICION OPERACIONAL DE TERMINOS	
	BÁSICOS.....	140
CAPITULO III		
METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN.		
3.1	SISTEMA DE HIPÓTESIS.....	145
3.2	METODO A UTILIZAR.....	151
3.3	NATURALEZA DE LA INVESTIGACIÓN.....	152
3.4	UNIVERSO DE MUESTRA.....	153
3.5	TECNICAS DE INVESTIGACIÓN.....	156
3.5.1	TECNICA DOCUMENTAL.....	156
3.5.2	TECNICA DE CAMPO.....	157
3.6	ORGANIZACIÓN DE INSTRUMENTOS.....	158
CAPITULO IV		
RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.		
4.1	PRESENTACION Y DESCRIPCIÓN DE RESULTADOS.....	161
4.1.1	RESULTADOS DE ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA.....	161
4.1.2	RESULTADOS DE ENTREVISTAS SEMI ESTRUCTURADA.....	185
4.2	ANALISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.....	214
4.2.1	PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN.....	214
4.2.2	DEMOSTRACION DE HIPÓTESIS.....	217

4.2.3 LOGRO DE OBJETIVOS.....	222
--------------------------------------	------------

CAPITULO V

CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS.

5.1 CONCLUSIONES.....	227
------------------------------	------------

5.2 RECOMENDACIONES.....	229
---------------------------------	------------

5.3 PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 159 DEL CODIGO PENAL.....	230
---	------------

BIBLIOGRAFÍA

REFERENCIA DE CAMPO

ANEXOS

INTRODUCCIÓN.

La violación en menor ó incapaz es un hecho que desde la edad antigua es repudiado por la sociedad, por ello la forma de castigo ha ido cambiando a través del tiempo partiendo desde la época antigua hasta la actualidad. En el sistema penal salvadoreños se regula esta conducta como delito a partir del código penal del año 1998, siendo que desde esa fecha el tipo regulado en el artículo 159, ha sido objeto de modificaciones, que han llevado a los litigantes y aplicadores de justicia ha tener problemas al momento de adecuar la conducta típica a un hecho en concreto.

Con el contenido presentado en este trabajo de grado se pretende realizar un instrumento de consulta para profesionales y estudiosos del derecho, con respecto al delito mencionado, fundamentando cada uno de sus elementos objetivos y subjetivos; así como los problemas que en la practica se presentan al momento de aplicar el ilícito a una conducta en particular.

La conducta típica es uno de los elementos objetivos principales en el delito de violación en menor o incapaz y esta presenta problemas al momento de aplicarla, porque algunos profesionales consideran la violencia como un medio necesario para la comisión del hecho, y otros no lo consideran así, siendo necesario cuestionar cada uno de los criterios y resolver quien tiene la razón.

Otro de los conflictos que presenta el ilícito a estudiar es cual es el Bien Jurídico que se tutela en el delito, La Libertad sexual ó existirá en el legislador un error al momento de considerarla como bien tutelado. Esta discusión es mas de carácter doctrinario jurídico, que practico y surge por las diferentes formas de interpretación que se le da a los delitos. Los doctrinarios sostienen que la violación en menor o incapaz no puede proteger la libertad sexual del menor ó del incapaz, porque ellos no pueden ejercitar de una forma libre y espontanea su sexualidad, debido a su inmadurez o discapacidad mental ó física, considerando distintos autores que es necesario modificar el bien jurídico tutelado; proponiendo para esto otros bienes jurídicos diferentes a la libertad sexual y con mas fundamento que ella.

La sanción jurídica es otro de los elementos que generan conflictos en el delito de violación en menor o incapaz, llegando hasta el punto de considerarla como inconstitucional por ser completamente contraria a los fines que debe cumplir la pena; pero por otro lado algunos profesionales de las leyes consideran que sancionar con prisión de 14 a 20 años es proporcional al daño causado, aunque es necesario conocer las características que debe cumplir la pena, y que fines debe cumplir.

La teoría del delito es un instrumento fundamental en esta investigación y con la finalidad de realizar un trabajo de grado satisfactorio del ilícito de violación en menor o incapaz, se fundamenta cada uno de los contenidos del trabajo en la teoría finalista y funcional moderada del delito.

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL

PROBLEMA.

1.1 SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.-

La violación es la realización del acceso carnal vía vaginal o anal con otra persona sin importar el sexo. Esta definición, ha tenido su propia evolución; a nivel doctrinario y jurisprudencial se ha tratado de buscar un termino para adecuar esta conducta delictiva, que comprenda tanto el bien jurídico que se protege, así como los sujetos de ésta. El delito de violación se encuentra en el ámbito de la sexualidad; a través de la historia se ha regulado según la cultura y la moral que ha imperado en la sociedad, por consiguiente el Código Penal ha estado cargado de un alto contenido de moralidad a la hora de penalizar esta conducta.

En sus inicios, solo se establecía el delito de estupro, cuyo significado consistía en tener una relación sexual con mujer casada u honesta, luego fueron agregando otros elementos para determinarlo, por ejemplo, que en la conducta típica se diera el coito (sinónimo de penetración) y la eyaculación, que la víctima fuera mujer virgen (este requisito dejaba fuera a las prostitutas como sujetos del delito) y que hubiera desfloración de la víctima. Algunos de estos criterios eran sostenidos como es lógico por los jueces de aquellos días. El delito se consumaba cuando la agredida tenia alguna cualidad de las antes mencionadas.

En el Código Penal Salvadoreño de 1826 no se regulaba el delito de violación en menor ó incapaz, sino que se tipificaba como el estupro en los delitos relativos a

la honestidad; fue hasta 1973 donde se estableció este ilícito, que requería como característica de la víctima que tuviera la edad entre cero y doce años y se mantuvo este requisito hasta el año de 1998, y lo único que vario en ese periodo fue que se incremento su pena.

El 8 de octubre de 2004 se reformo el articulo 159 que se encuentra contenido en el titulo “Delitos Contra la Libertad Sexual”, dicho precepto estipula “El que tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con menor de quince años de edad ó con otra persona aprovechándose de su enajenación mental, de su estado de inconsciencia, o de su incapacidad de resistir será sancionado con pena de prisión de catorce a veinte años”¹. Y en el inciso segundo establece “Quien mediante engaño coloque en estado de inconsciencia a la víctima o la incapacite para resistir, incurrirá en la misma pena, si realiza la conducta descrita en el inciso primero de este articulo”². Esta reforma se realizo con la finalidad de disminuir la comisión de este ilícito penal, la cual no se logra porque según estadísticas elaboradas por el Instituto de Medicina Legal “Alberto Masferrer” y la Organización No Gubernamental “Las Dignas”, se evidencia un incremento porcentual de este delito a nivel nacional.

Al analizar el delito de violación en menor ó incapaz presenta el problema de determinar el bien jurídico vulnerado, esto porque la mayoría de autores no tienen un acuerdo unánime del bien jurídico protegido, cuando se refiere a los menores ó

¹ Código Penal de El Salvador, 1998

² Ibid.

incapaces, puesto que ellos por su condición no poseen la suficiente madurez, experiencia, ni capacidad para decidir, por ende se razona que ambos tienen un vicio del consentimiento y por lo cual no poseen libertad sexual, algunos consideran que la intangibilidad o la indemnidad es el bien que se protege, con ello hacen referencia a varios aspectos, como a tutelar el derecho de las personas que poseen una cualidad de las mencionadas en el artículo a no ser inquietados, así como estar exentos de daños en materia sexual, otros establecen que lo protegido es la intimidad, porque cuando un individuo tiene acceso carnal con otra persona se irrumpe en uno de los aspectos más privados de ella.

La interpretación que se puede dar al inciso segundo de este artículo es confusa, por el establecimiento de un medio determinado para la comisión del hecho, y es el engaño, que trae un carácter de agravante de la conducta, debido que el agresor, además de realizar la conducta del inciso primero, se vale de un medio para lograr su finalidad, pero si este inciso tiene determinación de un medio (que sería un agravante) el legislador deja la misma pena como si se cometiera con un medio indeterminado.

En referencia a la pena, se establece un marco penal entre catorce y veinte años, que supone una trasgresión al principio de proporcionalidad regulado en el artículo 5 C. Pn y que establece “las penas y medidas de seguridad solo se impondrán

cuando sean necesaria y proporcionales a la gravedad el hecho realizado...”³ porque la pena debe responder al desvalor del hecho y ser proporcional a su culpabilidad.

1.2 ENUNCIADOS DEL PROBLEMA.

1.2.1 GENERALES.

- ¿Cuáles son los problemas que se generan al momento de determinar el alcance y contenido del delito de violación en menor ó incapaz?
- ¿Cómo se estructura el tipo penal de violación en menor ó incapaz?

1.2.2 ESPECÍFICOS.

- ¿Que bien jurídico protege el tipo de violación en menor ó incapaz?
- ¿Que pena debe establecer el legislador en el delito de violación en menor ó incapaz para ser proporcional?
- ¿Cuáles son los elementos que comprende el ilícito de violación en menor ó incapaz?
- ¿Cuál es la incidencia de la concurrencia de personas en el delito de violación en menor ó incapaz?

³ Código Penal de El Salvador, 1998

1.3 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

En el ámbito penal salvadoreño es necesario realizar un análisis é interpretación del delito de violación en menor ó incapaz, de ahí la necesidad de una investigación que ofrezca una solución a los problemas que presenta el ilícito al momento de su aplicación, tal como la falta de consenso entre los cultores del derecho sobre el bien jurídico tutelado, si es la libertad sexual, la indemnidad o la intimidad.

La investigación se hará para que los fiscales puedan fundamentar sus requerimientos, presentar acusaciones, ofrecer pruebas y alegatos, adecuando los hechos al comportamiento realizado; los defensores públicos para que puedan orientar y realizar su defensa en representación de sus patrocinados en las distintas audiencias, los dispensadores de justicia fundamenten sus decisiones adecuando eficientemente el hecho realizado a la conducta típica é imponiendo la pena proporcional a la culpabilidad.

Por consiguiente con el estudio del tema objeto de investigación se beneficiara a los aplicadores de justicia, fiscales, defensores públicos y querellantes para que fundamenten a través de él, un análisis mas acertado del tipo en cuestión, aportando un conocimiento científico de su interpretación. También se favorecerá al sector académico, porque se le ofrecerá un estudio doctrinario, técnico y jurídico para la solución de conflictos jurídicos- sociales.

1.4 OBJETIVOS.

1.4.1 OBJETIVOS GENERALES.

- Explicar el alcance y contenido del delito de violación en menor ó incapaz.
- Analizar la estructura típica del delito de violación en menor ó incapaz.

1.4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- Determinar el bien jurídico que protege el tipo de violación en menor ó incapaz.
- Analizar el Principio de Proporcionalidad de la pena en relación al tipo de violación en menor ó incapaz.
- Describir los elementos objetivos y subjetivos que comprende el delito de violación en menor ó incapaz.
- Establecer la autoría y participación en el delito de violación en menor ó incapaz.

1.5 ALCANCES DE LA INVESTIGACIÓN.

1.5.1 ALCANCE DOCTRINARIO.-

El vocablo violación deriva de “violatio- onis” que significa acción o efecto de violar, a su vez este proviene de la palabra violo (violares) el violator es el sujeto

de la acción- violare que da lugar a la violación, de este concepto se parte para formular el tipo penal de violación en menor ó incapaz.

En el presente estudio se utilizara la teoría del delito para analizar la estructura del tipo objeto de esta investigación, debido a que es un instrumento conceptual que sirve para interpretar cuando un comportamiento es considerado delito, se trabajara con la teoría finalista, porque en la realidad jurídica su aplicación es la adecuada para la resolución de conflictos que surgen.

1.5.2 ALCANCE NORMATIVO.-

Para analizar el delito de violación en menor ó incapaz tipificado en el artículo 159 del Código Penal se utilizaran los siguientes instrumentos legales:.

La Constitución de la República en su Artículo 1 y 2 que se refiere a la libertad y comprende la libertad sexual, que tienen los habitantes del país.

El Artículo 144 en adelante de La Constitución que establece como se ratificaran los tratados en el país, y cuando pasan a ser ley de la República.

Se revisara el Artículo 9 de la Declaración de Derechos Civiles y Políticos, el Artículo 7 de la Convención Americana de los Derechos del Hombre, el Artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y el Artículo 1 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y otros tratados que han sido suscritos por El Salvador.

El Artículo 3 del Código Penal que contiene el Principio de Lesividad del Bien Jurídico, el Artículo 4 del mismo que establece el Principio de Responsabilidad, el Principio de Necesidad (Artículo 5), y el artículo 159 que tipifica el Delito de violación en menor ó incapaz, y demás normas penales y extra- penales que sean aplicables para el análisis del ilícito.

Se estudiaran Sentencias que se han dictado, en torno a establecer criterios de aplicación del artículo analizado.

1.5.3 ALCANCE TEMPORAL.-

La investigación comprenderá como espacio temporal de estudio desde el mes de octubre del año 2003 al mes de octubre del año 2005, porque se analizan los antecedentes y fue en octubre de 2004 que se realizo la reforma al artículo objeto de estudio, y en este periodo se determinara la eficacia de la reforma al tipo penal, sus criterios de aplicación y formas de interpretación.

1.5.4 ALCANCE ESPACIAL.-

El estudio se realizara en el Departamento de San Miguel, debido a que es en la zona oriental de El Salvador con mas índice estadístico de violaciones; y además se tiene mayor acceso a información en este departamento.

1.6 LIMITANTES.-

1.6.1 DOCUMENTALES.-

- Las características propias del delito que por lo privado del mismo, no permiten formalmente conocer a profundidad el fenómeno.
- Las instituciones vinculadas a la investigación del delito y tutela de los menores carecen de informes o estudios que propugnen las modificaciones o propuestas de abordaje.
- Las propias de la investigación.-

1.6.2 DE CAMPO.-

- La actitud de los encuestados sobre el tema de la investigación.
- Obstáculos al momento de entrevistar a los menores, porque se les revictimiza.
- La poca accesibilidad a profesionales expertos en el tema.
- Relativa colaboración de algunas instituciones de gobierno de proporcionar datos fehacientes de casos de violación en menor ó incapaz.

CAPITULO

II

MARCO TEORICO.

2.1 BASE HISTORICA

2.1.1 EPOCA ANTIGUA.-

2.1.1.1 CULTURA BABILONICA

El primero de los códigos que conoce la humanidad es el de HAMMURABI de los babilonios y caldeos; este documento jurídico contiene una serie de disposiciones referentes al ordenamiento legal que impero en el segundo milenio antes de la época cristiana y en el imperio babilónico. Se caracterizaba por la rigidez autoritaria de las reglas penales contra el ofensor, quien se consideraba no solo como el agresor contra el individuo y la sociedad sino también contra los dioses, es por eso que la pena de muerte se aplicaba para la mayoría de los delitos. El delito de violación fue sancionado drásticamente, imponiéndose la pena de muerte al ofensor sin tener en cuenta la condición de la víctima, quien podría ser doncella o virgen o mujer con experiencia sexual. El artículo 130 del código de HAMMURABI exculpaba a la ofendida si había sido violada por el agresor sexual; en cambio para el sujeto activo no había ningún atenuante, quien pagaba con su apedreamiento o linchamiento por los familiares de la víctima y por los ancianos de la comunidad; y si el violador era de la alta clase social era ahorcado públicamente por la autoridad.

2.1.1.2 CULTURA HEBREA.

En la Biblia se mencionan casos de violación: en Segunda de Samuel capítulo 13 versículos 10 al 14 donde Amnon viola a su hermana Tamar, y posteriormente es muerto por su hermano Absalón. En Génesis capítulo 20 versículos del 33 al 35, las hijas de Lot le dan vino hasta que queda completamente dormido, y se acuestan con él, acto que para el lenguaje común esto es violación.

En el antiguo Derecho hebreo la violación sexual fue sancionada con pena de muerte para el violador alcanzando a los familiares del delincuente; primaba pues la venganza privada a la cual llamaban **VENDETTA TRAVERZA**. La víctima era repudiada por la comunidad hasta que se santificara ante el altar mediante una ofrenda de sacrificio animal, se consideraba impura hasta su santificación mediante ofrenda.

2.1.1.3 CULTURA ROMANA.

El Derecho Penal Romano contenido en la LEY JULIA también sancionaba la violación con pena de muerte al violador; se consideraba a la sociedad como ofendida, había una DELICTA PUBLICA, aunque la víctima tenía la facultad para denunciar amparándose en la llamada DELICTA PRIVADA, generalmente la pena

aplicada era el suplicio y la crucifixión en un madero. Las leyes romanas sancionan la sodomía como homosexualidad masculina, con la figura del estupro, el cual se refiere al trato heterosexual extramatrimonial con mujeres honestas, y al trato homosexual. Cuando el concubinato se daba con mujeres de mala reputación y las esclavas.

2.1.2 EDAD MEDIA.-

2.1.2.1 DERECHO CANONICO.-

El Derecho Canónico continuando con los conceptos Romanos castigaba el delito de violación llamado “STUPRUM VIOLENTUM” con la pena capital; exigió como requisito fundamental que el acto carnal fuera desflorador o contra la voluntad de la agraviada; pero cuando el acto sexual se producía en mujer desflorada ya no constituía violación y solo se penaba con sanciones menores para la fornicación.

2.1.2.2 EL FUERO JUZGO.

Fue elaborado en tiempos del rey godo, Rescesvinto, en siglo VII. Fue revisado por el XVII concilio de Toledo que lo aprobó en año de 861, ordenamiento que resumió todas las leyes y fue redactado en latín con el nombre de LIBER JUDICIURUM (libro de los jueces), tomo la denominación castellana de fuero juzgo. Contiene, en su orden materias civiles, políticas, y penales. Establece delitos tales como hechicería, adivinación, envenenamiento, lesiones, homicidio, robo, daño, etc. Su vigencia todavía duraba en los últimos tiempos de la colonia. Recriminaban también la sodomía como “pecado descomulgado, que fazen los barones que yacen unos con otros, onde los que yacen con los barones, ó los que la sufren deben ser penados (fuero juzgo 3, 4, 5)⁴. Establecía que: el juez que supiere este mal, que los castre a ambos, y dispone que... "amos é dos sean castrados ante todo el pueblo".

2.1.2.3 EL FUERO REAL.

Es considerado parte de derecho feudal (1255), se promulgo bajo el reinado de ALFONSO X, llamado El Sabio, fue destinado a regir en todos aquellos pueblos, y ciudades que no tenían fuero especial. Al igual que el fuero juzgo trataba de materias políticas, civiles y penales. En este ultimo aspecto conservo la tradición del fuero juzgo, subsistiendo los mismos delitos y las mismas penas. Fue completado y

aclarado por 252 disposiciones de índole procesal, conocidas como Leyes de Estilo. En el fuero real se repite la incriminación de la homosexualidad como sodomía "...porque mal pecado alguna aviene, que home codicia a otro por pecar con el contra natura..." los tales son colgados por las piernas hasta que mueran⁵

2.1.2.3 LAS PARTIDAS.

Las siete partidas o simplemente las partidas (1265) constituyen los más importantes documentos históricos castellanos, obra que alcanzo gran difusión por su gran contenido doctrinal. También promulgado por ALFONSO X, representa un ambicioso intento por unificar la legislación Española.

La Partida VII establece un sistema completo en cuanto al tratamiento de los delitos y de las penas; regula acerca de las denuncias, acusaciones, persecución de delitos y medios de prueba. Los delitos principales eran: traición, el menos valer (especie de infamia por quebrantar palabra), infamias propiamente dichas, falsedades, homicidios, deshonras, daños, hurtos, engaños, adulterio, incesto, estupro, violación, lujuria contra natura, suicidio. Las penas no sufren mayor cambio: muerte, destierro, mutilación, trabajos forzados, vergüenza publica, eran parte del catalogo de consecuencias jurídicas.

⁴ Osvaldo N. Tieghi. Delitos Sexuales, Editorial Abaco de Rodolfo de Palma, Pág. 192. Apud: la sodomía se considera un pecado.

⁵Osvaldo N. Tieghi. Delitos Sexuales, editorial Abaco de Rodolfo de Palma, Pág. 192. Apud: estupro consiste en sancionar actos heterosexuales extramatrimoniales con personas honestas.⁵

Se introduce la impunidad de las simples intenciones, y el arbitrio judicial para imponer las penas; pero señala en este caso las circunstancias que el juzgador debe entender para ejercer su libre albedrío. En las partidas (part, 7, 21), bajo el título “de los que fazen pecado de lujuria contra natura”, se pena con la muerte la sodomía. Así señalan las leyes de partida: "sodomítico dizen al pecado en que caen los omes yaciendo unos con otros contra natura e costumbre natural...".

En la Ley II contempla, asimismo, la bestialidad: "esa misma pena dece aver todo ome, o toda mujer, que guyuiere con bestia..."⁶

2.1.3 PERIODO MESOAMERICANO.-

2.1.3.1 CULTURA MESOAMERICANA.-

Se ubicó en América Central y en la península de Yucatán. Este territorio presenta una gran variedad geográfica: montañas, pantanos, planicies, selvas tropicales, bosques de altura, etc., por esto el clima, los suelos, lluvias y vegetaciones diferentes, albergaron diversos grupos étnicos, lenguas y estilos de vida que integran la gran familia Maya.

Los mayas y sus descendientes han ocupado este territorio desde hace aproximadamente 5000 años; sin embargo, la Civilización Maya probablemente se remonta a tiempos mucho más antiguos.

En esta cultura sólo había dos formas de relaciones sexuales permitidas: las que tenían lugar dentro del matrimonio; y las de guerreros solteros con sacerdotisas dedicadas a la prostitución ritual. Estas últimas estaban protegidas por la diosa Xochiquétzal, se presentaban adornadas y maquilladas y proporcionaban al hombre alucinógenos y afrodisíacos que estimulaban su apetito sexual. Siempre mantenían este tipo de relaciones antes de que los guerreros partiesen a la batalla. El adulterio, sin embargo era severamente castigado.

Cada aspecto de la vida sexual estaba asociado a un dios diferente. Así, Xochipilli era el dios de las flores, del amor, de la fertilidad y de las relaciones sexuales ilícitas; al igual que su esposa, la diosa Xochiquétzal, quien, además era protectora de la prostitución (que como se ha dicho antes, era lícita).

Por su parte, Tlazoltéotl era la diosa del placer, la voluptuosidad, la fecundidad y la fertilidad. Ella protegía a las parturientas, a las parteras, a los hechiceros relacionados con el mundo amoroso y a los hombres de intensa actividad sexual.

Las leyes eran muy severas. Como en otras culturas antiguas los castigos eran diferentes según fuera el delito y el rango de quien lo cometía. Generalmente el castigo era más duro si quien había cometido el delito era un funcionario o noble importante. Existía la pena de muerte para los delitos de asesinato, traición, aborto, incesto, violación, robo con fractura y adulterio. En este último caso se procedía a la

⁶ Ibit Apud. Incrimina la homosexualidad y la bestialidad (el sexo con animales)

lapidación aunque la mujer era estrangulada previamente. Los guerreros podían escapar de la pena de muerte aceptando un destino permanente en zona fronteriza.

En este periodo, se conoció a El Salvador con el nombre de Cuzcatlan, y se caracterizo por la llegada de grupos provenientes del Norte, descendientes de los Mayas y los Toltecas, que se conocieron en el país como Pipiles. Este grupo de habla nahuat ocupó tres cuartas partes de lo que hoy es el territorio salvadoreño, extendiendo sus dominios, desde Chalchuapa (actualmente Santa Ana) hasta las riveras del río Lempa; en las zona norte del país existió asentamientos de la tribu Pocoman, que era descendiente de los Mayas que emigraron desde Chiapas, pasando por Guatemala; mientras que en la zona oriental(partiendo desde el río Lempa hasta lo que actualmente es La Unión) se encontraban radicadas la tribu Lenca, situada principalmente en la zona de Quelepa, y la tribu Ulua, que se ubico en lo que actualmente es Uluazapa, Departamento de San Miguel.

La organización política durante este periodo, se caracterizo por la existencia, en cada uno de los grandes centros, de un poder central presidido por un gobernante supremo cuyo poder se legitimaba a través de los lazos que lo unían con la divinidad. En el recaía el poder vitalicio en todos los ordenes: político, judicial, militar e incluso religioso; esta organización política se aplico en todos las tribus debido a que en su mayoría eran descendientes de los Mayas.

En el área Judicial se regia por los mismos criterios que se aplicaban por los Mayas y la mayoría de penas eran la condena a muerte, el rapado de cabello y el destierro(solo para los guerreros).

2.1.3.2 EL DERECHO PREHISPÁNICO.

El derecho prehispánico se caracterizaba:

- 1- **Sincretismo jurídico:** mezcla de preceptos religiosos con preceptos jurídicos.
- 2- **Consuetudinario:** proyectado a través de la costumbre.
- 3- **Formalista:** contiene mucho ritualismo mágico y religioso como parte del procedimiento.
- 4- **Comunitario:** Los sujetos de derecho son grupos no individuos. En tal estadio no se ha llegado a la propiedad privada, ni ala individualización de la pena .Ante el concejo de ancianos se presenta el grupo o familia de parientes, cuando existe condena todos pagan la indemnización correspondiente.

Con base en la carta del oidor GARCÍA DE PALACIO, señala MARROQUÍN⁷ que los grupos de indígenas particularmente lo pipiles los mayas y los lencas, tenían su propia sistema jurídico de carácter primitivo, fundamenta tal afirmación en una misiva que dice:

“Fuera de otras leyes que los indios tenían en toda esta provincia, tenían los de esta nación por inviolables los siguientes: “Cualquiera que menospreciara los ritos de sus ídolos moría por ellos (caso típico del delito u ofensa pública a los dioses) cualquiera que se echara con mujer ajena moría por ello (caso típico del delito privado, autorizada la muerte, eran el herido o los parientes de este los que tenían el derecho de matar)”.

Al adúltero lo desterraban, Pero si había combatido era perdonado. Los acusados de pecado carnal pagan fuertes multas. El que cometía adulterio con la esposa de su amo era condenado a muerte. A los indios que menospreciaban los ritos religiosos se les imponía la pena capital. El que hablaba con mujer casada lo desertaban. El que abusaba de esclava ajena, era condenado a esclavitud a menos que el gran sacerdote lo perdonase. El ayuntamiento carnal entre parientes del séptimo grado en línea recta y cuarto en transversal, y era castigado con la pena de muerte. El que hurtaba, si era cogido in fraganti era entregado al dueño, que lo privaba de libertad hasta que entregaba el objeto o su equivalente. Si no podía pagar se le rapaba el cabello; ⁸y cuando le crecía si no había satisfecho la deuda se lo volvían a quitar.

El que cometía pecado contra naturaleza era apedreado (coito anal). Aunque se les permitía a los hombres tener muchas mujeres, una sola era considerada legítima y las demás como concubinas, Se establecieron tributos cuando había motivo para hacerlo, penando con la muerte a quien impidiese la recaudación. El homicidio, hurto de cosas sagradas, atentado contra el dios, e incendio eran penados con la pena de muerte.

El tormento también lo practicaban, colgando de los pulgares al delincuente, al jefe militar que no cumplía con sus obligaciones se le condenaba a muerte”.

⁷ Marroquín, Alejandro Dagoberto. “El derecho primitivo”, en Revista de Derecho Época 2 num. 1. San Salvador, El salvador, 1969, p.43.

⁸ Vidal, Manuel: “ Nociones de Historia de Centro América ”, (Especial para El Salvador) , Novena Edición corregida y amentada , Ministerio de Educación , Dirección de Publicaciones , San Salvador ,El salvador .1970.

2.1.4 EDAD MODERNA

2.1.4.1 ÉPOCA COLONIAL.

América nació para el mundo occidental, vale decir para el mundo tenido entonces como civilizado, desde el momento del descubrimiento de Colón. El grupo de leyes a que quedaban sometidos los territorios descubiertos era; el régimen jurídico español. Pero dentro de estas regulaciones cabe considerar los puntos de vista: el netamente español, en el cual se comprende “el conjunto de las culturas jurídicas desarrolladas en España y sus dominios extra-peninsulares, desde los tiempos más remotos, hasta la promulgación del derecho español contemporáneo”. Y el hispanoamericano, que comprende la historia del derecho Castellano –es decir, el de castilla, y no los otros derechos españoles peninsulares-, por ser ese derecho el que rigió en las Indias occidentales”, ya que por las circunstancias históricas en que tuvieron lugar los descubrimientos colombinos, Las Indias quedaron incorporadas, políticamente, a la Corona de Castilla”. Y sabido es que fue Isabel la que patrocinó los descubrimientos colombinos. De ahí se afirma que el derecho castellano rigió en América desde el momento del descubrimiento y a lo largo de tiempo que duró el período colonial.

La historia del derecho penal salvadoreño es en medida historia del derecho hispano. En efecto desde España se trasladó parte de su sistema jurídico tanto durante

la conquista como durante la colonia. Algunas de esas leyes eran: el Fuero Juzgo, El Fuero Real y Las Partidas. A las que se adicionaron las leyes de Indias.

Durante la época de la conquista y la colonia el derecho penal fue un ordenamiento represivo y cruel. Por ejemplo tenemos que los delitos cometidos por los indígenas incluidos mujeres y niños eran penados con esclavitud, esta podía ser perpetua o temporal; se conmutaba la pena de muerte por la esclavitud, otras penas que se aplicaron fueron las mutilaciones corporales, los azotes, las marcas con hierro candente, los trabajos forzados, etc.

En el contexto de legislación de Indias se estableció que los indios eran hombres libres y vasallos de la Corona española; pero en la practica resulto todo lo contrario, se esclavizaron y una clase dirigente poseía el poder político y económico. El derecho concedido a los indígenas para disfrutar toda clase de bienes en igualdad de estado con los españoles fue violado por los intereses de los gobernantes; así mismo, se torno irrealizable la libertad de los indios contenidas en las mismas leyes.

2.1.5 EDAD CONTEMPORANEA

2.1.5.1 EPOCA DE LA REPUBLICA.

La forma de organización judicial de El Salvador, previa al movimiento independentista de Centroamérica parte de las “Leyes Nuevas” promulgadas por la Corona de España, por medio de las cuales fueron creadas las “Reales Audiencias”. En la época colonial, El Salvador, junto a Guatemala, Honduras, Nicaragua y Costa Rica conformaban un territorio Español, bajo el dominio político de la capitanía general de Guatemala, cuyo establecimiento se ubicaba en antigua Guatemala. La real audiencia ahí establecida tenía jurisdicción sobre lo que hoy se conoce como Centro América.⁹

El movimiento independentista:

El 15 de septiembre de 1821, El Salvador junto a los demás países Centroamericanos firmo el acta de independencia, en el palacio nacional de Guatemala.

El Salvador promulga el 12 de junio de 1824 la primera Constitución del Estado de El Salvador la cual establecía la independencia respecto de España y de México, además, reconocía el principio de igualdad y legalidad uno de los primeros principios democráticos y republicanos.

⁹ Arrieta, Gallegos, Manuel” Lecciones de Derecho penal”, Pág.41.Del mismo “bosquejo sobre el régimen político-jurídico de El Salvador y sobre la evolución de su legislación penal”, en carta forense, tomo 2, num., 4.

Al independizarse El Salvador en nada se modificó la legislación penal vigente, se mantuvo en vigor el ordenamiento penal de la colonia. Sin embargo la Constitución exigía que se regularan leyes secundarias los nuevos principios fundamentales concebidos, de esa manera, una de las primeras leyes en promulgarse fue el código penal, dictado el 13 de abril de 1826, ordenamiento que, tomo de modelo el código penal de España de 1822.

La legislación de El Salvador, se divide en tres épocas:

I- Asamblea a constituyente federal:

Comprende entre la instalación de la asamblea constituyente federal (1823) hasta el establecimiento de la primera legislatura nacional de El Salvador (1824). Fue aquella la que dictó la Constitución federal de las provincias unidas del Centro de América (22 de noviembre de 1824). Por su parte, la Asamblea Nacional realizó varios decretos previos a la promulgación de la Constitución federal, por ejemplo: el decreto de independencia (primero de julio de 1823), el decreto ratificando la independencia (primero de octubre de 1823), el decreto declarando legítimamente las provincias unidas (2 de junio de 1823), el decreto anulando los actos del imperio Mexicano (21 de agosto de 1823), el decreto de convocatoria para reunir las primeras asambleas de los Estados (5 de mayo de 1823) el decreto de abolición de la esclavitud (17 de abril de 1824).

La Constitución Federal de 1824, consagró varias de las garantías penales que actualmente tiene nuestra Constitución.

II- Asamblea Nacional de El Salvador.

Al desaparecer la Federación Centroamericana se instalo en San Salvador la primera Asamblea Nacional Constituyente, la cual emitió el 12 de junio de 1824, la Constitución de la Republica. Posteriormente aprobó el 13 de abril de 1826 su primer Código Penal.

III- Disolución de la Federación.

Desde que se disolvió la federación hasta estos días. En esta última etapa tienen aplicación las leyes federales y las nacionales, pero las emitidas por el Estado, derogan y prefieren a las federales.

Al disolverse la Republica Federal de Centroamérica y siendo El Salvador un Estado independiente entro en vigencia el segundo código penal el 20 de septiembre de 1859, adaptación del código penal español de 1848.

En esta etapa se pueden mencionar dos convenios internacionales centroamericanos que influenciarían en la legislación penal posterior, estos son: “el tratado sobre derecho penal y extradición” de 5 de junio de 1897, y otro tratado sobre la misma materia celebrado en San Salvador el 15 de enero de 1901. Ambos tratados marcaron su influencia en el cuarto código penal de octubre de 1904. Luego de su edición, este código penal fue objeto de múltiples reformas, hasta llegar al año de 1947, fecha en que se integra una comisión revisora del código penal para elaborar un nuevo código. Sin embargo antes de la formación de la comisión de 1947, ya se

habían preparados otros proyectos, entre los que figuran el de 1943 elaborado por los Doctores REYES ARRIETA ROSSI, JUAN BENJAMÍN ESCOBAR Y CARLOS AZÚCAR CHÁVEZ. Posteriormente, aparecería el proyecto elaborado por el Doctor MARIANO RUIZ FUNES. Se llega así al quinto código penal vigente a partir de 20 de abril de 1998.

2.1.6 DESARROLLO HISTORICO JURÍDICO NACIONAL.

El delito de violación en menor o incapaz ha tenido su regulación en los diferentes códigos penales que EL SALVADOR ha tenido.

Código Penal de 1826.

Articulo 703: "El que abuse deshonestamente de una mujer casada o desposada haciéndole creer sinceramente, por medio de algún engaño o ficción bastante para ello que es su marido o esposo legitimo, sufrirá la pena de cuatro a ocho años de obras publicas, y después la de destierro del pueblo, y veinte leguas en contorno, por el tiempo que vivan en el su marido o esposo".

Articulo 704: "El que abuse del mismo modo de una mujer casada contra la voluntad de esta, privándola previamente para ello del uso de su razón con licores fuertes u otras confecciones ó medios que produzcan el mismo efecto, o aprovechándose de la ocasión en que ella este sin sentido por un accidente físico, u otra enfermedad ú ocurrencia, sufrirá igual pena que la suscrita en el articulo precedente, no pudiendo ser acusada sino por la mujer o su marido. El que cometa

este propio delito contra cualquiera otra persona que no sea mujer publica conocida como tal, sufrirá una reclusión de cuatro a ocho años, con igual destierro, mientras viva el ofendido".

Código Penal de 1904.

Estableció el capítulo II referido a la VIOLACIÓN Y ABUSOS DESHONESTOS:

Artículo 392.- La violación de una mujer será castigada con nueve años de presidio.

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

1° Cuando se usare de fuerza o intimidación;

2° Cuando la mujer se hallare privada de razón o sentido por cualquier causa;

3° Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los números anteriores.

Merece hacer mención a los sujetos del delito: en cuanto al sujeto pasivo, sólo podía ser la mujer, las personas del sexo masculino no podían ser objeto de protección, y toda conducta sexual que recayera en éste era atípica, es decir, que el violar a un hombre no era sancionado. Y la calidad de sujeto activo era exclusividad del hombre; el delito se consumaba cuando se introducía el órgano del hombre en la vagina de la mujer. En cuanto al bien jurídico que es protegido: es la sexualidad genital de la mujer. El bien jurídico y los sujetos del delito son individualizados al sexo femenino como sujeto pasivo y a los hombres la autoría.

Código penal de 1974.

Art.193. Violación presunta.

Se considera violación al acceso carnal con mujer en los siguientes casos:

- 1° cuando la víctima fuere menor de doce años, aunque esta diere su consentimiento;
- 2° Cuando la víctima adoleciera de enajenación mental, o estuviere en estado de inconsciencia, o no pudiese resistir por enfermedad o por cualquier otra causa ajena a la voluntad del agente, siempre que tales estados sean conocidos por este.

En estos casos la sanción correspondiente será la pena máxima señalada en el artículo anterior (Artículo 192 Violación propia, prisión de cinco a diez años) aumentada hasta una tercera parte.

Artículo 194 Violación Impropia.

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

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

Estos artículos se encontraban regulados en el título III denominado "Delitos contra el Pudor y la Libertad Sexual". Dentro de estos artículos se protegía el bien jurídico Libertad Sexual de la mujer, en la violación propia, dejando fuera la libertad sexual del hombre.

La violación en menores o incapaces se regulaba en dos disposiciones, que hacían una división para referirse al acceso carnal por vía vaginal, en donde el

legislador presumía la violación por el hecho de ser menor de doce años; y en la impropia que era el acceso carnal rectal o anal, en hombre o mujer.

Código penal de 1998

.Artículo 159. Violación en menor ó incapaz.

El que tuviere acceso carnal por vía vaginal y anal con menor de doce años de edad o con otra persona aprovechándose de su enajenación mental, de su estado de inconciencia o de su incapacidad de resistir será sancionado con prisión de diez a catorce años.

Quien mediante engaño coloque en estado de inconciencia a la victima o la incapacite para resistir, incurrirá en la misma pena, si realiza la misma conducta descrita en el inciso primero de este artículo.

El supuesto de hecho del delito no cambia en lo sustancial, en relación con la reforma que se produce en el artículo 159 del Código penal en el año dos mil cuatro, fecha en la que se centra la investigación del tema. Los sujetos del delito siguen siendo los mismos, al igual que el bien jurídico objeto de protección. Razón por la que no se profundiza en su análisis. Las variaciones son en cuanto al aumento de la sanción penal, y en la edad en que se finge la violación con menor.

2.2 BASE TEORICA

2.2.1 CONCEPTO DE VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPÁZ.

Se entiende como violación la conducta consistente en tener acceso carnal violento o con víctima a la que la Ley Penal considera incapacitada para consentir sexualmente o con quién de hecho se encontrara psíquicamente imposibilitada para resistir¹⁰.

Para otros consiste en "el acceso carnal con mujer privada de sentido, empleando fuerza o grave intimidación, o si es menor de doce años, en que se supone que carece de discernimiento para consentir el acto de tal trascendencia para ella."¹¹

Raúl Goldstein opina que es "el acceso carnal con persona de uno ú otro sexo ejecutado con violencia real o presunta, así por ejemplo cuando la víctima fuere menos de doce años, cuando la persona ofendida se hallase privada de razón o sentido, o cuando por enfermedad u cualquier otra causa no pudiese resistir, o cuando se usara para ello fuerza o intimidación"¹²

Es el acceso carnal con persona menor o incapaz mediante violencia o con el consentimiento de estas.

¹⁰ N. TIEGHI, Osvaldo, Delitos Sexuales editorial ábaco. Pág. 166.

¹¹ OSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, políticas y Sociales, 24° Edición.

¹² GOLDSTEIN, Raul, Diccionario de Derecho Penal y Criminológico.

2.2.2 DOCTRINA GENERAL SOBRE EL DELITO DE VIOLACION EN MENOR Ó INCAPAZ.

2.2.2.1 DISCUSIÓN SOBRE EL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL DELITO DE VIOLACION EN MENOR Ó INCAPAZ.

Definido como todo valor de la vida humana protegido por el derecho.¹³

El concepto de Bien Jurídico presenta particular importancia en el ámbito del derecho, por que cada uno de los delitos se entiende que atenta contra el bien que la legislación protege: vida, libertad, integridad, propiedad, honor...etc.¹⁴

Son valores determinantes para la sociedad, que trascienden al ámbito jurídico, para hacer efectivo el respeto a ellos.

Existe una discusión en el campo doctrinario y jurídico Penal sobre el bien jurídico que se protege en el delito de violación en Menor o Incapaz. Algunos autores dicen que es la libertad sexual, otros la intangibilidad o indemnidad, la intimidad, y el adecuado proceso de formación del menor.

1 – La Libertad sexual.

¹³ SUARES RODRIGUEZ, Carlos. El Delito de Agresiones Sexuales Asociados a la Violación, Pág. 33.

¹⁴ OSORIO, Manuel.

Gran parte de la doctrina y las legislaciones regionales e internacionales refieren a la libertad sexual como el objeto de protección. El ordenamiento Jurídico salvadoreño se suma a esta posición, y en torno a él se centran los criterios sustentados como es obvio por los dispensadores de justicia.

De la libertad sexual derivan dos aspectos: dinámico positivo,- integrado por la facultad de disponer del propio cuerpo – y estático pasivo, que comprende las posibilidades de repeler los ataques de índole sexual que puedan producirse.¹⁵ Con el concepto de libertad sexual no debe aludirse a la facultad subjetiva de la persona de ejercer la libertad sexual que ya posee, sino al derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual en libertad.

La doctrina mayoritaria considera a la libertad sexual como el bien jurídico protegido, sin perjuicio de que haya otros objetos jurídicos tutelados en algunos de los tipos que la conforman. Libertad sexual significa el derecho que tienen las personas de ejercer la actividad sexual de manera libre, y sin ningún tipo de coacción para realizarla.

En el Código Penal de 1974, sólo era lícito hablar de violación a partir del yacimiento de un hombre con una mujer, y se contraía el bien jurídico protegido en dicho delito a la libertad sexual genital de la mujer,¹⁶ en los supuestos en los se hallaba incapacitada o era menor de edad, no estaban aptas para ejercer éste derecho, y su intangibilidad o indemnidad sexual pasaban a ocupar aquella consideración.¹⁷

Delitos contra la libertad sexual, Orts Berenguer, Pág., 24.¹⁵ Citando a Diez Repolles. Orts Berenguer, El delito de violación cit Págs. 19 SS.¹⁶ Citando a Carmona Salgado.

Luego se hizo preciso reconsiderar el tipo de tal forma que su sujeto activo fuera indiferenciado –cualquiera el hombre o la mujer,- e igualmente indiferenciado es el sujeto pasivo. Siendo esto así, se hace evidente que se protege la libertad sexual de ambos; de la persona por tanto.

La libertad sexual es en términos sencillos la facultad de las personas de negarse o permitir la realización de actos sexuales. Y si el ordenamiento jurídico prohíbe a los menores y a los incapaces ejercer este derecho es porque no se les reconoce jurídicamente; por lo tanto, ellos están incapacitados para realizar la actividad sexual en libertad.

2- La Intangibilidad o Indemnidad sexual.

Se ha negado que los menores de edad, los incapaces o quienes padecen un trastorno mental posean auténtica libertad sexual, acudiendo a términos deferentes, para referirse a aquél valor que la conducta delictiva sexual compromete en la realización con ellos. “Tales como intangibilidad sexual, intangibilidad carnal, indemnidad o de seguridad sexual”¹⁸. Estos conceptos no explican satisfactoriamente la protección. Establecen que se tutela el derecho de las personas que pasan por uno de los estados que menciona la norma (menor de quince años o incapaz) a no ser inquietados, a estar exentos de daño en materia sexual¹⁹.

¹⁸ MOSQUERA ESTÉVEZ, Mar, Abusos Sexuales en la Infancia. Pág. 43 y44.

¹⁹ ORTS BERENQUER, Enrique. Delitos Sexuales, Pág. 35.

Ciertamente, esas personas pueden ser sexualmente intangibles o indemnes, pero también lo son el resto de sujetos no afectados por tales circunstancias, es decir que éste es un derecho de la persona humana y no algo exclusivo de aquellos, lo cual invalida dicho planteamiento. Por consiguiente, su invocación resulta insuficiente para determinar el bien jurídico específico en los casos de violación en menor e incapaz.

A la víctima que se encuentre en uno de los estados que menciona el tipo no se le reconoce su capacidad de autodeterminación, por lo cual no está en condiciones de aceptar o rechazar el encuentro sexual.

A los menores, enajenados mentales, los que están en estado de inconsciencia y los incapacitados para resistir, particularmente, no se les reconocen capacidad para ejercitar la sexualidad con otras personas de manera libre.

3- La intimidad.

"Cuando un individuo tiene acceso carnal con otro irrumpe en una de las parcelas más privadas, reservadas, y particulares de la vida de esa persona, en su intimidad, por que la sexualidad pertenece al ámbito de aquélla"²⁰ De ahí que el Estado, al tipificar esas ficciones, manifiesta su interés por preservar a unas personas de intromisiones intolerables en su intimidad.

Al aceptar la intimidad como el bien jurídico protegido, se entraría a contradecir el argumento de los que se decantan por la intangibilidad o indemnidad: ésta se rechazó por su carencia de aptitud para individualizar el bien jurídico, por

estimar que el derecho a estar libre de daño no es privativo del menor, del enajenado o del incapacitado para resistir, sino de toda persona. Algo parecido, pudiera pensarse, ocurre con la intimidad: siempre que se tiene acceso carnal con otro, se penetra en esa esfera privada de su existencia. Al elevar la intimidad al rango de bien jurídico, no se establecería la debida delimitación entre los objetos formales de las varias modalidades de la violación; al contrario se estaría afirmando la presencia de un bien jurídico común, impreciso para concretar el contenido y la porción del mismo afectado, en cada una de las modalidades de la violación.

En la violación con fuerza o intimidación no se da opción a la víctima a que ejercite su facultad de autodeterminación, el acceso carnal se le impone contra su voluntad. En la violación de persona que se encuentra en estado de inconsciencia o incapacitada para resistir, tampoco se permite al sujeto pasivo decidir, simplemente se yace con él o ella cuando no está en condiciones de pronunciarse o defenderse. Tratándose de menores de quince años o enajenado, puede obrarse con su consentimiento o sin él; si sucede lo primero no habrá delito si no se abusa o aprovecha de la enajenación, del estado de inconsciencia o de la incapacidad de resistir; en el caso del menor de quince años se presume que se abusa siempre y, sí se da sin el consentimiento, habrá un hecho típico.

Existe una ficción, que la actividad sexual con otras personas no se ejerce libremente, por estar aquellos incapacitados para captar plenamente el significado y trascendencia del acto a realizar, y de querer realizarlo; no están en condiciones de

ejercitar la sexualidad con otras responsablemente, a plena conciencia, y se les tiene por intocables para los demás, por esa falta de conciencia, de equilibrio psíquico o madurez.

Con la voz “intimidad”, se quiere designar la preocupación o interés por que los menores tengan un desarrollo de la personalidad libre, sin injerencias extrañas a sus intereses, un desarrollo psicológico y moral sin traumatismos, un adecuado proceso de formación y un bienestar psíquico. Y en lo tocante a la sexualidad, un descubrimiento de la misma no forzado o impuesto por otro para su satisfacción; respecto de quien padece enajenación, la tutela se proyecta también sobre su interioridad, con el contenido fijado sobre el bienestar psíquico, y sus expectativas de socialización; y para el que esta en un estado de inconsciencia queda la esfera de la autodeterminación invadido descomedidamente y, por ende, de la interioridad ampliamente concebida; "intimidad" que, tras lo dicho, vuelve a aparecer y perfectamente puede ser acogida como bien jurídico común en éstos casos.

La intimidad tiene dos partes. Una externa; compuesta por una serie de actividades y facetas de la vida de una persona, y se extiende incluso a espacios físicos y objetos, por eso se reconoce constitucionalmente la inviolabilidad de domicilio y de las comunicaciones Art., 20 y 24 Constitución. Y la parte interna, comprende la parte personalísima, los pensamientos, anhelos, deseos, etc., de todo ser humano. Por consiguiente al designar a la intimidad como bien jurídico protegido, se está haciendo referencia a ambos aspectos. La intimidad entendida en los términos expuestos no está desconectada de la libertad sexual. Por ello los bienes jurídicos

protegidos en el delito de violación se concretan en la libertad sexual y en la intimidad de las personas. En un segundo plano resulta fácil detectar otros bienes que también se pretende proteger. Piénsese en la dignidad, no hay más lesivo para ella que, utilizar o servirse de alguien como si de un objeto se tratara ó de un instrumento para la complacencia del agresor

4- El adecuado proceso de formación del menor o incapaz.

Se basa en el principio de igualdad. Todos somos iguales ante la ley, y no se pueden hacer distinciones, ni acepción de personas. Por lo tanto todos (personas capaces, menores o incapaces) tiene derecho a ejercer las actividades sexuales en libertad, innata a los seres humanos. Respecto de unos y otros tiene interés el Estado en asegurar que el proceso relacional en que suele consistir la actividad sexual se desarrolle en libertad. La diferencia radica en que los adultos tienen la suficiente capacidad para gestionar el impulso sexual, y los menores o incapaces no la tienen. Por ello el Estado rodea de cautela la actividad sexual de estos sujetos, la cual no supone ausencia de libertad sexual en tales individuos. El legislador presupone que cuando el menor entabla relaciones con el adulto éste puede manipularlo, y para proteger a aquél presume de derecho que no tiene capacidad para relacionarse con adultos; lo mismo cree del que padece enajenación mental, el que se encuentre en estado de inconsciencia o incapacitado par resistir.

La Ley penal no viene con ello a prohibir de modo absoluto la sexualidad de los menores, sino que se limita a reprimir ciertos comportamientos de intrusión de un adulto en la sexualidad de un menor con la exigencia implícita de una cierta asimetría de edad ó de poder.

El bien jurídico para estos casos se infiere que constituye una excepción a la regla en los delitos de carácter sexual (la libertad sexual) que en todo caso podría ser causante de la necesidad de aludir como bien jurídico protegido, a la indemnidad, al adecuado proceso de formación de los menores y la evitación del aprovechamiento de un enajenado, el privado de sentido, por parte un individuo con necesidad de satisfacer sus apetitos sexuales.

2.2.2.2 CONSIDERACIONES DEL TÉRMINO MENOR.

A- GENERALIDADES.

La edad a la que alude el artículo ciento cincuenta y nueve del Código Penal Salvadoreño; será exclusivamente a la edad cronológica ó también a la edad mental equivalente. Respecto a esto sostiene Ferrer Sama "que no resulta admisible ampliar el concepto de menor edad a la edad mental apreciada psiquiátricamente, pues con ello se incurriría en una interpretación extensiva de la ley en perjuicio in malan

parten"²¹. Sí el Código dijera que la víctima fuere menor de quince años, aquél argumento sería inatacable, pues la edad inferior a quince años, podría estimarse como cronológica o mental, atribuyéndole al concepto un marco de aplicación más amplio (edad cronológica más edad mental) que el derivado de entender sus palabras según el uso común del lenguaje (que sería sólo la edad cronológica).

El artículo tendría que decir menor de quince años cumplidos y 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 concepto de edad mental es una osadía de hermenéutica que cae de lleno en la analogía en perjuicio del imputado, prohibida en el ámbito penal.

La mayoría de los autores están de acuerdo en que la edad (del menor) a la que alude el artículo es sólo a la cronológica²², siendo independiente, del desarrollo sexual del adolescente²³. Un elemento descriptivo del tipo no debe ser ampliado en su consideración mediante asimilaciones; y finalmente, hay que destacar la irrelevancia que presenta el estado moral del menor en orden a la apreciación del delito cometido en su contra.

²¹ Cfr. FERRER SAMA, Antonio, "La Llamada Violación Presunta y el Retraso Mental del Sujeto Pasivo", en ADPCP, t. II fasc. III, Sep.- Dic., 1949, Pág. 533.

²² RODRIGUEZ SUAREZ, Carlos, El Delitos de agresiones sexuales asociados a la violación, Pág. 256. Citando a CARMONA SALGADO, Concha, Los de Abusos...

²³ Cfr. CONDE – PUMPIDO FERREIRO, Cándido, Derecho Penal..., cit. Pág. 161.

b- RAZONES PARA PROTEGER A LOS MENORES.

Lo primero que se cuestiona es, ¿Por qué razón la Ley Penal protege a los menores de cierta edad frente a los actos sexuales realizados contra ellos con ó sin su consentimiento? Se dice que éstos no están en condiciones de dar un consenso valido, y se busca garantizar su derecho a conducirse sexualmente en libertad, sin embargo la Ley va más lejos, por que sanciona también los actos consensuados con el menor, incluso sí la han sido por iniciativa de éste.²⁴

Existe un acuerdo en considerar irrelevante el consentimiento que pueda prestar el menor a los actos sexuales. 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 iuris et de iuri; "este consentimiento carece de relevancia jurídica debido a la imposibilidad o incapacidad del menor para comprender y valorar adecuada y justamente el significado y alcance del acto que realiza"²⁵. Aunque en algunos casos la realidad fisio-psíquica concluya de distinta manera, el menor no tiene un control racional sobre su conducta sexual, no es capaz de determinarse conscientemente. Se protege el candor, la inocencia, sencillez o la ineptitud, por falta de madurez mental, para entender el significado moral y fisiológico del acto.

²⁴ El Código Penal Italiano distingue entre los actos de libidine cometidos sobre el sujeto pasivo, de aquellos otros a que se obliga a la victima. Sí el menor se ha ofrecido a realizar los actos deshonestos sobre el autor u otras personas, no haría al sujeto activo culpable por que éste no la ha constreñido o inducido a ello, sino que ha sido decisión suya libremente adoptada.

Otra posición, hoy prácticamente abandonada, ha venido entendiendo que en las relaciones sexuales con menores existe delito pese a la ausencia de éstos, porque la Ley finge que el sujeto activo, ejerció violencia, presunción que además tiene un carácter absoluto. Frente a esta presunción de derecho ha advertido Lisandro Martínez Z.²⁶ acerca de la incorrección que supone hablar de presunciones, parece más apropiado, usar el término ficción: el legislador estima violenta una unión carnal que en verdad no lo es; para ello finge creer que hay en verdad ausencia del consentimiento, aún cuando en realidad no sea exacto.

Aparte de lo que cada autor interprete que la Ley haya o no presumido; en lo que todos están de acuerdo es, en la necesidad de otorgar una tutela especial a los menores de cierta edad. Los ataques contra un impúber llevan consigo una trasgresión de las leyes naturales, ya los permita o los rechace la víctima.

Con esta se trata de proteger al menor inmaduro de un tipo de experiencia que, vivida en circunstancias o momentos inoportunos, puede causar traumas importantes y comprometer el sucesivo desarrollo de la personalidad del menor en la esfera de lo sexual.

En opinión de Carlos Suárez "hablar de violencia presunta no es correcto, pues eso supone considerar al menor poco más que un objeto en manos del agresor, ignorando su capacidad de consentimiento natural"²⁷. Aquí se da un consenso, pero se

²⁵ Es indiferente es estado de corrupción en que se encuentra el menor. GABRIELI, Francisco P "Violencia Carnale", en Nuov, Diges. Ital., t. XII parte II, 1940, Pág. 1072.

²⁶ Citado por Carlos Suárez Rodríguez, El delito de Agresiones sexuales... Pag. 258

²⁷ RODRIGUEZ SUÁREZ, Carlos, El Delito de Agresiones Sexuales Asociado a la violación..., cit, Pág. 261.

presume una ausencia de consentimiento, por falta de madurez de una de las partes, y por ello éste carece de validez jurídica. Entonces la Ley supone nulo el consentimiento natural ejercido por un menor por carecer de capacidad suficiente para conocer y valorar el significado que la actividad sexual tiene. Ficción que además es absoluta; es decir, no contempla excepciones aunque se probara que en el caso concreto sí concurre en el menor el juicio suficiente para comprender el acto. El motivo de proteger, incluso a menores plenamente maduros, radica en la suposición que la Ley hace de que las personas menores de una determinada edad no están en condiciones de decidir por sí mismos lo que en materia sexual les conviene. Se da una salvaguarda especial al desarrollo armónico de la personalidad sexual del menor, relegando al momento oportuno el ejercicio de dicha sexualidad con otras personas mayores de edad. A esto debe añadirse, que la protección a individuos psiquiátricamente sanos es progresiva; para el caso tener contactos sexuales con menores de quince años, la protección es absoluta, y de esta edad en adelante - denominada tutela relativa- se protege a los menores de acciones engañosas, de situaciones (prevalimiento) que favorezcan al agresor para lograr cometer sus actos libidinosos, a través de la figura del estupro.

Existen sistemas para fijar el momento en que se considera a un individuo capacitado para decidir sobre sus actos sexuales.

a- El Legal.

El modelo que adoptan la mayoría de países es el sistema legal, y difieren únicamente con la cifra elegida. Este lo define el legislador al establecer en el tipo el límite por debajo del cual considera *iuris et de iuri* delito a todo acceso carnal con uno de estos sujetos. Los modelos Europeos (Germánico, Español, Francés., etc.) fijan el tope entre los doce y los quince años, al igual que la totalidad de países latinoamericanos.²⁸

El Código Penal Salvadoreño mantuvo la edad de los doce años para considerar la existencia de violación, hasta el año dos mil cuatro, fecha en la que se reformo el artículo 159 C. Pn. y aumenta la tarifa a los quince años. Algunos autores consideran la edad de los doce años correcta, por considerar que esta no esta desconectada de la realidad de la infancia y la primera juventud actuales ante la sexualidad.²⁹ Otros estiman que es un tope demasiado bajo.

Para Bustos Ramírez la sola determinación cronológica no es satisfactoria, mientras que para Casas Nombella desde la perspectiva de la autorregulación personal es inconveniente vetar de forma indiscriminada a los menores de doce años el ejercicio de su sexualidad. También apunta, desde la óptica de un Derecho Penal Democrático, la posible inconveniencia de criminalizar una estimación positiva de las relaciones sexuales precoces, cual puede ser la existente en determinados grupos étnicos y en ciertas minorías sociales.

²⁸ Ver Supra Pag.

²⁹ RODRIGUEZ SUARES, Carlos, el delito de agresiones sexuales asociados a la violación, Pág. 263. Cit, 793. APUD MARCHENA GOMEZ, Man, él, Los delitos contra la libertad sexual...

Un sector de la doctrina cuestiona el hecho que sea el legislador quién defina a través de una Ley, con la frialdad de un número, hasta donde se extienden los confines de la madurez.

b- El Judicial.

La otra alternativa para la fijación es, dejarlo al arbitrio judicial. Que sean los jueces los que la determinen caso por caso, la capacidad de razonamiento suficiente para comprender sus actos sexuales. Esta postura, es un posible peligro para la seguridad jurídica y sería causa de divergencias en la interpretación y aplicación del precepto. CARMONA SALGADO, estima preferible el sistema legal, con la observancia de hacer algunas matizaciones a la ficción regulada³⁰. En este sentido también se pronuncia MORAS MOM, denunciando la posible creación de fluctuaciones que pueden conducir a soluciones dispares y, por ende injustas³¹.

Un problema que ve PADOVANI en la rigidez del límite legal es que le resta al menor su libertad (iniciativa) para realizar la propia personalidad en la esfera sexual, pues condiciona el comportamiento de quién podría tener relaciones con él, interrumpiéndole todo tipo de relación sexual.

El límite legal de quince años esta por encima de la edad en la cual se producen los cambios sexuales en los adolescentes. Se considera que a los doce años comienza un proceso fisiológico que conduce a la persona a la adquisición de la madurez sexual, física y también probablemente psíquica. Este fenómeno se retrasa

un poco más en los varones (a los catorce años). Algunos aspectos que deben tomarse en cuenta para la fijación de la edad es, el cultural, las condiciones climática, ya que los climas tropicales y subtropicales aumentan extraordinariamente el metabolismo sexual, alcanzándose la madurez con gran precocidad.

La infancia se define como el período que transcurre desde el nacimiento hasta la pubertad, y se considera "menor" a aquél que no ha llegado a la mayoría de edad. De manera que la infancia finaliza cuando la maduración de los órganos sexuales y los cambios somáticos derivados de ésta; por tanto está regulada por la naturaleza. Se puede considerar que la pubertad se produce para la mayoría de personas entre los once y los doce años de edad. Por su parte la minoría de edad finaliza cuando así lo estima la Ley; punto de corte que no está vinculado a cambios físicos ni psíquico-sociales objetivales. Mayores de edad son en El Salvador, todas las personas que llegan a los dieciocho años independientemente de su nivel de desarrollo biológico y psíquico. De los menores a ésta edad, el Código penal establece una protección absoluta (cuando son menores de quince años) y una relativa, que rebajan la edad cronológica para que una persona pueda ejercer el derecho a manifestarse sexualmente libre; con la capacidad para otorgar consentimiento en una relación sexual. Edad que fue elevada de doce a quince³² años últimamente. Elección que es totalmente arbitraria, y no está sustentada en criterios científicos que la avalen. A la luz de estas reflexiones parece justificado plantearse la

³⁰ Cfr. CARMONA SALGADO, Concha, los Delitos de Abusos..., Cit., Pág. 154.

³¹ MORAS MOM, Jorge R., los Delitos de Violación..., Cit. Pág. 42- 44.

³² Para fingir que existe violación, aunque haya el menor consentido el acto sexual

necesidad de la valoración en particular de cada caso y comprobar si el/ la menor son en edad limítrofe por debajo de los quince años ha alcanzado un nivel de madurez suficiente como para considerarlo capacitado para otorgar consentimiento y por supuesto que éste se haya otorgado sin injerencias que lo vicien o afecten.

2.2.2.3 CONSIDERACIONES DEL TÉRMINO INCAPAZ

I-Estado de Inconsciencia.

Es denominado privación de sentido. Se hallan privadas de sentido quienes de modo transitorio y por diversas causas no son conscientes de lo que sucede a su alrededor. Comprende la situación del sujeto pasivo en un momentáneo estado de inconsciencia que le impide formar su voluntad.

También se puede decir que es el estado transitorio de inconsciencia en que el sujeto pierde, mas o menos momentáneamente su actitud cognoscitiva, la volición, ideación, sea por causas traumáticas, psíquicas, toxicas o patológicas.³³ Las características del estado en análisis son la inconsciencia, la transitoriedad y las causas de origen patológico que continuación se explicaran:

La privación de sentido no es cualquier perturbación de la conciencia, sino aquella que supone la anulación de la capacidad cognoscitiva y volitiva del sujeto. Doctrinariamente la inconsciencia excluye aquellos estados que no suponen una

auténtica incapacidad e inconsciencia de la víctima y como requisito indispensable su transitoriedad.³⁴

Otra de las características para que haya un verdadero estado de inconsciencia es que esta no tenga por base una patología, la mayoría de la doctrina está de acuerdo en ello, sino estaríamos en el área del abuso de enajenación mental.

2.2.2.3.1 CAUSAS NO PATOLÓGICAS DEL ESTADO DE INCONSCIENCIA.

1 – EL SUEÑO:

Estado caracterizado por la reducción del nivel de conciencia, disminución de la actividad de los músculos esqueléticos y de presión de la actividad metabólica. En las personas normales, el sueño suele seguir un patrón que presenta cuatro estados observables y progresivos, que pueden registrarse mediante un electroencefalograma: en el estadio uno las ondas cerebrales son de tipo teta; en el estadio dos aparecen las características espigas del sueño, y en los estadios tres y cuatro las ondas teta son sustituidas por las ondas delta. Estos cuatro estadios comprenden tres cuartas partes del periodo de sueño típico. Y constituyen en conjunto el sueño de movimiento ocular no rápido (N REM). El resto del tiempo suele ser ocupado por el sueño de movimiento ocular rápidos (REM). Y puede detectarse situando unos electrodos en la

³³ Bascuñan, Valdez. Cit. de Cit de frs Carlos Suárez R. Pág. 2000.

³⁴ Cita de C. frs. Pág. 203.

piel en torno a los ojos de forma que puedan transmitirse a un equipo de registro las pequeñísimas descargas eléctricas procedentes de las contracciones de los músculos oculares. Durante el periodo de sueño normal alternan intervalos de sueño REM que duran de uno cuantos minutos a media hora, con otros más largos de sueño no REM. Hay muchas situaciones que originan en la víctima un estado de somnolencia emparentado con el sueño estrictamente entendido, por eso se habla aquí del sueño natural que es un mecanismo fisiológico de reparación orgánica, y que es común a la mayoría de seres vivos del reino animal.

Algunos autores no admiten este supuesto ya que sería difícil la penetración sin que alguien, se diera cuenta de inmediato. La opinión más dominante y reciente es admitir el sueño como un supuesto de privación de sentido, aunque ello depende del tipo o clase de acción sexual.³⁵

Lo lógico es que se presente más en las agresiones sexuales que en la violación, es más fácil la introducción de un objeto o el dedo en el órgano genital femenino sin que la víctima se de cuenta mientras duerme, a la introducción del pené.

Dentro del sueño debe comprenderse también aquella etapa conocida como estado crepuscular hípnico, definido como un estado de disociación psíquica intercalada entre el sueño y la vigilia, de breve duración siempre, en el cual pueden

ejercerse ciertas funciones psicodinámicas, pero del cual esta ausente en todo caso la conciencia.

2- Depresores del Sistema Nervioso Central.

Entre los principales depresores del sistema nervioso están las drogas, utilizadas para el tratamiento de enfermedades, pero que en algunos casos pueden ser utilizados como un medio para poner en un estado de inconciencia a las personas, estos son:

Los depresores: tienden a disminuir la función o actividad de un sistema corporal.

Narcóticos: son los analgésicos narcóticos, derivados naturales del opio o producidos sintéticamente, alteran la percepción del dolor, induciendo euforia, lentitud mental y sueño profundo, represión de la alteración y reflejo de la tos, constricción de las pupilas y espasmo del músculo liso, y náuseas. Su utilización repetida puede producir dependencia física y psicológica. Entre los fármacos narcóticos de uso común como analgésicos figuran el tartrato de butorfanol, el clorhidrato de hidromorfina, el sulfato de morfina, el actato de pentasocina y el clorhidrato de meperidina.

Anestésicos y narcóticos:

Los anestésicos permiten bloquear los elementos conscientes del cerebro sin perturbar la función automática de la respiración.

Una de las sustancias utilizadas como narcóticos, aunque de carácter local, es la cocaína. Se trata de un alcaloide que se extrae de la coca (*Erythroxylum coca*),

³⁵ *Ibíd.* Pág.212

originado de América del sur (Bolivia). Hay que destacar su efecto a nivel psicológico, dado que por un lado es un fuerte excitante sexual y por otro un fuerte anestésico local.

La morfina es (sulfato de morfina) un alcaloide, derivado del opio, que es el jugo desecado de la adormidera (*Papaver Somniferum*). Sus efectos dependen de la dosis administrada, estos pueden ser: analgesia, euforia, sedación, sueño o inquietud, ansiedad, insensibilidad genital femenina.

2.1 - Hipnóticos: Es un estado de sueño producido por drogas llamadas hipnóticas, estos tienen diferencias con otras sustancias: Dicese de los medicamentos que producen sueño. Se distinguen de los sedantes si se cambian las dosis. Difieren con los anestésicos generales en cuanto a los efectos producidos por las dosis suministradas. Se definen: como toda droga que produce sueño semejante (no igual) al natural, es decir un estado reversible por estímulos sensitivos o sensoriales que provocan el despertar ³⁶. Estos presentan ciertos inconvenientes, tales como: Alteración de los tipos y fases del sueño, Interactúan con sustancias como el alcohol, creación de dependencia y resaca. Se clasifican en Barbitúricos y no Barbitúricos.

A - Barbitúricos (barbiturate. Derivado del ácido barbitúrico y ácido 5-5 dietil barbitúrico; es un fármaco hipnótico y sedante. (barbituric) sufijo que significa “ácido utilizado medicinalmente por sus efectos soporíficos”.

Fueron descubiertos en terapéutica por Von Mering y Fisher, en 1903. En la actualidad el número de derivados que se han obtenido pasa de 2,500. Como

hipnóticos han caído en desuso; su aplicación terapéutica se ha centrado en una paliación como anestésicos generales, Anticonvulsionantes y antiepilépticos.

Los Barbitúricos se clasifican en: de acción prolongada (mas de seis horas), acción intermedia (de tres a seis horas), acción corta (menos de tres horas y acción ultracorta (vía intravenosa, se usan como anestésicos generales.

Los efectos que producen son:

Depresión no selectiva del sistema nervioso central, según la dosis, puede ir desde la sedación hasta la anestesia general o el coma o aun la muerte por parálisis.

En cuanto a la hipnosis, a dosis medianas, provocan un sueño semejante al natural, tranquilo y generalmente sin ensueños, pudiendo ser despertado el paciente por diversos estímulos.

Presentan efectos sobre el sueño, este se hace mas profundo, también tienen efectos Anticonvulsionantes. Hay que indicar que suprimen las convulsiones clínicas en los pacientes.

Una dosis muy elevada de puede producir un coma barbitúrico, e incluso la muerte.³⁷

B - No barbitúricos:

Comprenden las siguientes sustancias:

1 - Benzodiazepinas hipnóticas: nombre de varios compuestos isomeros, emparentados con la diazepina, utilizados en la psicofarmacología. A dosis normales

³⁶ Cit. de Cfrs. Ibíd. Pág. 217.

reducen el periodo de latencia del sueño, al aumentar las dosis se intensifica el sueño, como no alteran mucho el patrón, se utilizan frecuentemente como hipnóticos.

2 - Aldehídos halogenados: compuesto químico obtenido por deshidrogenación u oxidación controlada de un alcohol primario.

Del grupo que están compuestos el más significativo es el hidrato de cloral, que es el hipnótico más antiguo. Presenta acción anestésica y sedante en función de las dosis. No es analgésico y presenta acción anticonvulsionante a altas dosis.

3 - Derivados del tiazol: este es un compuesto heterocíclico de cinco átomos, de los cuales uno es de azufre y otro de nitrógeno, cuyo núcleo desempeña un importante papel en medicina. Más característico es el clometiazol, usado como hipnótico y sedante en función de las dosis.

2.2 - LA EMBRIAGUEZ: estado de excitación psíquica y de falta de coordinación motriz, debido a la ingestión masiva de alcohol, barbitúricos o ciertos estupefacientes, o a la intoxicación por óxido de carbono. Es la intoxicación aguda producida por la ingestión de alcohol etílico.

El alcohol es una sustancia con efecto depresor central de acción no específica, es decir, que disminuye la función de todos los centros nerviosos de manera ordenada; el contenido alcohólico de las bebidas comúnmente ingeridas por los seres humanos es muy variable.

³⁷ Coma Barbitúrico: es un coma profundo, ninguna maniobra provoca, reacciones en el enfermo, además de profundo el coma barbitúrico es flácido: el enfermo está en resolución

El efecto de la ingestión de alcohol comprende cuatro periodos:

1- Concentración en sangre **de 0.5 a 1.5** miligramos por mililitro.

En cuanto a la conducta del individuo hay que destacar que la memoria, la atención, asociación de ideas y el juicio están perturbados. La reacción del sujeto es variable en función de su carácter en el ambiente que haya estado o crecido. Es frecuente la producción del sueño.

2-Concentración en sangre de **1.5 a 2.5** miligramos por mililitro.

Hay una fase de ebriedad patente. Se modifica la palabra, postura y la marcha, dando lugar a una pérdida absoluta de autocontrol pudiendo producirse agresividad y actos de violencia.

3- Concentración en sangre **de 2.5 a 3.5** miligramos por mililitro.

Provoca sueño profundo, inconsciencia, llegando a un estado de coma, similar a la anestesia general.

4-Concentración en sangre **de 3.5 a 4.5** miligramos por mililitro.

Existe peligro de muerte porque el sujeto se encuentra en un estado de coma profundo.

No hay un nivel o indicador certero de la ebriedad, en cada individuo hay una variabilidad, así para un abstemio bastaría una pequeña cantidad de ingesta de alcohol para que se llegue a la ebriedad. Para que una persona se encuentre en un estado de inconsciencia, es necesario que el sujeto por lo menos se ubique en el

muscular o relajado. Diccionario de Medicina Forense, Pág.

periodo tres y cuatro, lo cual significa que la embriaguez a de ser absoluta o plena, produciendo una verdadera inconsciencia no bastando un mero aturdimiento o simple debilitamiento de los poderes inhibitorios ocasionados por el alcohol.³⁸

3 - AFRODISIACOS:

Es la sustancia o medicamento que tiene la propiedad de excitar el apetito sexual. La mayoría de autores no considera a estos con la calidad para que una persona llegue a estar en un estado de inconsciencia. El éxtasis puede ser considerado como afrodisíaco pero en realidad pertenece al grupo de las drogas estimulantes.

2.2.2.3.2 CAUSAS PATOLOGICAS DEL ESTADO DE INCONSCIENCIA.

1- DESMAYO: es la perdida de conciencia de poca duración, debido a un episodio de hipoxia cerebral transitoria. Por lo general, va precedido por una sensación de mareo y con frecuencia puede evitarse si el sujeto se acuesta o se sienta con la cabeza entre las piernas. Puede deberse a numerosos factores distintos, como estrés emocional, estimulación vagal, acumulo de sangre entre las piernas o cambio brusco en la temperatura ambiental y posición del cuerpo. También conocido como vahído emocional o síncope vasovagal, es causado por un síntoma emocional intenso. En realidad consiste en una reacción circulatoria en que la presión arterial cae instantáneamente, disminuyendo el riego sanguíneo al

³⁸ *Ibíd.* Pág. 224.

cerebro y hace que la persona pierda el conocimiento, quedando a merced del agresor. Entre las causas productoras del desmayo, cabe destacar la situación de miedo que puede aquejar a la víctima amenazada de violación.

2- EPILEPSIA:

Proviene del Griego epilepsia que significa intercepción o afección crónica, de etiología diversa, caracterizadas por crisis recurrentes debidas a una descarga excesiva de neuronas cerebrales, asociadas eventualmente con diversas manifestaciones clínicas o paraclínicas.

Los que la padecen presentan un estado diferente respecto del normal, con ataques bruscos ya sean de tipo motor o psíquico, pudiendo perder o no el conocimiento y con presencia o ausencia de convulsiones.

Según la etiología³⁹ y la sintomatología⁴⁰ de la enfermedad se clasifica en:

- a- Sintomática, secundaria u orgánica: debida a lesiones cerebrales (como tumores), cuyo tratamiento suele ser quirúrgico.
- b- Esencial, primaria o idiopática: es la más frecuente. No se conocen las causas que la producen, aunque se cree que hay factores que la predisponen.

Desde el punto de vista farmacológico⁴¹ y terapéutico se clasifica:

- a- Epilepsia del gran mal:

³⁹ Parte de la medicina que estudia las causas de las enfermedades.

⁴⁰ Estudio sobre los síntomas de las enfermedades.

⁴¹ Estudio de la administración de fármacos.

El ataque convulsivo es precedido por un aviso (sonido ú olor), tras este se produce una perdida del conocimiento y convulsiones generalizadas, acabando con un estado de agotamiento y sueño, olvidando el enfermo todo lo que a ocurrido durante el ataque y sufrir micción (orinarse) y defecación. Puede durar de pocos segundos hasta tres a cuatro minutos.

b- Epilepsia del pequeño mal:

Es similar a la anterior dándose en niños y adolescentes, desapareciendo a los treinta años, consiste en perdidas momentáneas de la conciencia, también se conocen con el nombre de ausencias. Se caracteriza por perdida del conocimiento en periodos de tres a treinta segundos, durante los cuales se producen contracciones espasmódicas musculares que van seguidas de recuperación del conocimiento.

c-Epilepsia focal:

Puede afectar cualquier parte del cerebro, y suele ser dependiente de una lesión orgánica o de una anormalidad funcional localizada; existe un tipo de epilepsia focal conocida como accesos psicmotores que pueden producir periodos cortos de amnesia, ataque de cólera incontenible, ansiedad, malestar o miedos súbitos, periodos de charlas incoherentes, un acto motor contra terceros y alucinaciones.⁴²

Es preciso indicar que en el paciente pueden ocurrir varias formas de epilepsias, es posible que coexistan epilepsia del gran mal y pequeño mal, y ataques o accesos psicmotores.

⁴² Cit de Cfrs. Ibidem Pág. 229-231.

Obnubilación mental: estado mental en que un paciente esta confuso y no sabe si esta totalmente consciente o no.

3- EL COMA: estados de inconsciencia profunda con ausencia de movimientos oculares espontáneos, falta de respuesta a estímulos dolorosos e imposibilidad de vocalización. Es producido por traumatismos, tumores cerebrales que ocupan cierto espacio, hematomas cerebrales, intoxicaciones, encefalitis, enfermedades vasculares y envenenamiento

4- SONAMBULISMO: también llamado noctambulismo. Trastorno que se produce durante las fases tres o cuatro del sueño, con movimiento ocular más rápido y se caracteriza por una actividad motora compleja que suele conminar en que el sujeto se levanta de la cama y camina por la casa sin recordar posteriormente el episodio. Los periodos de sonambulismo que duran de varios minutos a media hora, se dan sobre todo en niños, más en varones, y guardan cierta relación con la fatiga, el estrés o la ingestión de sedantes o hipnóticos. Otros factores predisponentes son las enfermedades convulsivas, las infecciones del sistema nervioso central y los traumatismos cefálicos, pero la causa subyacente más frecuente es la ansiedad

2.2.3 ENAJENACION MENTAL.

Denominado como “loco o demente”. Esta denominación reúne todo tipo de anormalidad psíquica que produce descontrol de la actividad intelectual y volitiva, en

forma general y temporalmente estable. Interesa al derecho en cuanto influye en la imputabilidad penal de quienes la padecen.⁴³

Este término es denominado por otras legislaciones, como privación de sentido. En el Código Penal de El Salvador de 1974 se conocía así, y al entrar en vigencia el nuevo Código lo cambia a enajenación mental, para seguir los cambios a nivel internacional, pero con la diferencia que al abuso de enajenación, le llamo aprovechamiento de enajenación.

La mayoría de la doctrina está de acuerdo con el término abuso de enajenación, porque a su juicio resuelve varios problemas:

a- Resuelve los inconvenientes derivados de una interpretación jurisprudencial que había ampliado desmesuradamente el ámbito de las personas incluidas en el requisito, de hallarse privadas de razón. Entre ellos, el de considerar las oligofrenias, como hipótesis de privación de razón.

b- Permite también una solución satisfactoria al problema de las relaciones sexuales de las personas enajenadas, pues la introducción del requisito del abuso invalida la mera clasificación de las personas, entre las catalogados psiquiátricamente como enajenados, requiriéndose algo más: que dadas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, aquel estado haya influido decisivamente, de modo que el autor se haya aprovechado de la incapacidad del enajenado para comprender el significado y alcance de su conducta.

⁴³ OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.

Suárez Rodríguez prefiere el término enajenación que el de privado de razón “porque este último parece aludir exclusivamente a la facultad de raciocinio, que aunque importante, es solo una más de las capacidades de la mente humana –y añade- por el contrario el vocablo enajenación entronca con un concepto muy apropiado para definir aquel estado del sujeto que se halla fuera de sí, que es, precisamente lo que les sucede a quienes padecen uno de los trastornos mentales graves, pero también a quienes de modo ocasional o transitorio caen bajo los efectos discapacitadores de ciertos factores exógenos, como son la ingestión excesiva de alcohol, drogas etc.⁴⁴

En psiquiatría no se usa el término enajenación sino el término trastorno mental. Doctrinariamente se desecha la sordomudez de los trastornos mentales, salvo que este tenga dificultades psíquicas.

Entre los trastornos mentales más importantes se encuentran:

a- Esquizofrenia: integrante de un importante grupo de enfermedades psicóticas caracterizadas por una gran distorsión de la realidad con trastornos del lenguaje y la comunicación, aislamiento de la interacción social, desorganización y fragmentación de pensamiento, la percepción y las interacciones interpersonales. El individuo que padece una situación esquizofrenia sufre graves alteraciones en la percepción, con presencia de alucinaciones que pueden ser de tipo visual, auditivo, olfativo, y gustativo. Se producen importantes dificultades en las

⁴⁴ Ibíd. Pág. 236.

relaciones interpersonales. En cuanto a su voluntad, hay incapacidad para seguir el curso normal de una acción hasta llegar a concluirla de forma lógica.

- b- Retraso mental: trastorno caracterizado por función intelectual inferior a la media, con déficit o anomalías en la capacidad de aprendizaje y adaptación social. Las causas pueden ser genéticas, biológicas, psico-sociales o socio-culturales. El trastorno es dos veces más frecuente entre los varones, se clasifica de acuerdo con el cociente intelectual: Hay retraso mental cuando la capacidad intelectual general se sitúa por debajo del dígito 70.

Niveles: Normal CI, 71-84; RM Leve: 50- 70; RM Moderado: 35 – 49; RM Grave: de 20 -34 y RM profundo el situado por debajo del dígito 20.

El nivel grave y profundo es aceptado como verdaderos trastornos mentales.

Para que el estado de enajenación sea típico ha de cumplir los requisitos como:

- i. Anomalía mental profunda que dificulte las actividades cognoscitivas y volitivas como la imbecilidad e idiocia que son trastornos graves de oligofrenia, por eso se excluye la debilidad mental.
- ii. Tiene que ser un trastorno que impida al sujeto tomar decisiones y valorar los efectos de sus actos en la esfera sexual y social.⁴⁵

2.2.3.1 EL APROVECHAMIENTO.

Sobre esta exigencia en particular ha existido polémica a nivel doctrinario.

Para unos autores el abuso o aprovechamiento existe tanto en la privación de sentido (estado de inconciencia) como en la enajenación, es mas se dice que un delincuente abusa de todas y cada una de las condiciones favorecedoras del delito que ejecuta, con la clara intención de asegurarse el éxito.

Para otros (en España e Italia) el aprovechamiento exige, el que no baste que la victima se halle afectada por un desarreglo mental que le impida conocer y valorar adecuadamente la naturaleza y significación del acto sexual que realiza, si no, que además, ha de probarse que el sujeto activo, conocedor de esa circunstancia, se aproveche especialmente de ella (la circunstancia del trastorno mental) para llevar a cabo un acto que, de no mediar el trastorno mental correspondiente seguramente no habría podido cometer.⁴⁶ Por aprovechamiento se entiende, “no solo toda maquinación ingeniosa o manipulación engañosa de los sentimientos o ideas y delirios del enajenado, sino también el prevalimiento de la superioridad intelectual que las personas normales tienen sobre los deficientes mentales⁴⁷.

Según los juristas esta introducción del término abuso o aprovechamiento de enajenación, protege la libertad sexual de los enajenados con trastornos mentales moderados y así se evita injustamente criminalizar la conducta del compañero sexual del enajenado, sino aquella conducta que se aprovecha de la enajenación.

⁴⁵ Cita de Cfrs. *Ibíd.* Pág.241.

⁴⁶ Cita de C. de Frs. Pág. 245

⁴⁷ *Ibíd.* Pág.247.

En cuanto la redacción del artículo 159 en la legislación Salvadoreña, se le llama aprovechamiento, en donde el legislador lo que hace es especificar aun mas la conducta de que se exige para que sea típica.

2.2.4 INCAPACIDAD DE RESISTIR.

Se deriva de la regulación Italiana, según Tieghi⁴⁸, aunque los códigos latinoamericanos tienen una mezcla del sistema Español (privación de sentido, abuso o aprovechamiento de enajenación), y del Italiano (Incapacidad de resistir), cuestión que ha generado en los países latinos gran confusión doctrinaria. El profesor Carlos Suárez expresa, que en la incapacidad de resistir, se incluyen por la doctrina española la privación de sentido y el abuso o aprovechamiento de enajenación.

Esta incapacidad se hace latente como resultado de un estado de la persona, permanente o temporal, patológico o fisiológico, que priva al individuo de la aptitud para dar impulso psíquico a la reacción física o ha ejercitar materialmente la reacción deseada. El legislador con la tipificación del acto sexual llevado a cabo en esas circunstancias manifiesta la intención de prohibir la sumisión sexual de quien esta incapacitado para resistir, incapacidad que deriva de una gran compromisión de las facultades intelectual–volitivas aunque no absoluta, siempre indudablemente

operante. Se afirma, que mientras en la hipótesis de invalidez del consentimiento (menor de 15 años o enfermedad mental) predomina el defecto intelectual en orden a valorar la entidad y consecuencias del acto, en la hipótesis de incapacidad para resistir es esencial el defecto volitivo, esto es, la imposibilidad de concretar y expresar una válida resistencia.⁴⁹

2.2.5 ESTRUCTURA DEL DELITO.

El Código Penal Salvadoreño define formalmente como delito “la acción u omisión realizada por una persona, que la ley ha considerado intolerable para la sociedad, y por lo tanto debe ser castigada con una pena”. Como la definición dada no cumple con las exigencias del estudio del delito, es necesario realizar una definición material del mismo, y se sostiene que el delito supone “una conducta grave, nociva para la sociedad y perturbadora de bienes jurídicos importantes”.⁵⁰

Partiendo de estas definiciones se entenderá como delito aquella conducta realizada por una persona, dirigida a dañar o poner en peligro un bien jurídico tutelado por el Estado, y que debido a su importancia el daño ó la puesta en peligro del mismo deberá ser castigado con una pena.

El delito de acuerdo a su gravedad se puede clasificar según el artículo 18 del código penal en delitos graves y menos graves. Entendiendo como grave, aquellos

⁴⁸ Tieghi, Osvaldo, N. Delitos sexuales .editorial Ábaco de palma.

⁴⁹ Cita de Cfrs. Ibíd. Pág.212

⁵⁰ Trejo Escobar, Miguel Alberto, Introducción a la Teoría del Delito 1ª Edición, Servicios Editoriales triple “D”, San Salvador, El Salvador, 1999. Pagina 99

cuya pena sea superior a tres años de prisión y como menos graves, los que la pena no sea mayor de tres años de prisión o multa cuyo límite máximo no exceda los doscientos días multa.

Atendiendo a esta clasificación de delitos, se puede afirmar que la violación en menor ó incapaz es un delito grave porque su pena es de catorce a veinte años de prisión.

2.2.5.1 TIPO OBJETIVO.

Se debe analizar primero la faz externa de la descripción típica, y cada uno de sus elementos necesarios y no necesarios, estableciendo la relevancia de aparición de los mismos en la conducta descrita, para que se tenga por configurada.

2.2.5.1.1 ACCIÓN. –

La conducta típica en el delito de violación en menor ó incapaz se estructura sobre dos verbos rectores el primero es “tuviera” que se deriva del verbo “tener”, y es el sinónimo de obtención de algo querido por una persona, pero éste no causa problemas para definirlo, debido a que es claro y comprensivo, pero con respecto al segundo de los verbos que se refiere al Acceso Carnal, es necesario determinar en que consiste éste.

□ ACCESO CARNAL.-

En anteriores códigos penales se empleo, para describir la violación “el yacimiento”, que no era un verbo poseedor de una significación muy depurada referente a la sexualidad, definiendo el yacer como “el coito vaginal heterosexual”, en otras palabras la penetración del órgano genital masculino en la vagina de una mujer, en el código penal se conocía este yacimiento como “violación presunta”.

Logrando, a partir del código penal de 1998, establecer el acceso carnal, por vía anal o vaginal, como condición para la comisión del tipo, acceso significa acción de llegar, entrada, ataque, y acceso carnal es sinónimo de penetración ó coito.

Se ha discutido en torno a la expresión, alcanzando en algunos casos una aplicación restrictiva y en otros no se han hecho distinciones para que la violación quede perfeccionada. En este sentido, se ha resuelto que el delito de violación en menor o incapaz no exige un acto de violación completo, bastando la penetración para tenerlo consumado.

En consecuencia, el núcleo de la conducta típica del delito de violación en menor ó incapaz, el acceso carnal, ha de entenderse como penetración del órgano genital del varón por una de las vías típicas, como acoplamiento del pené con vagina o ano. Esclarecido lo anterior, de inmediato se suscitan dos cuestiones: la del grado de unión a alcanzar entre aquellos y la de si es o no indiferente el sexo del sujeto activo.

En cuanto a la cuestión del grado de unión sexual que se debe tener entre el órgano sexual y alguna de las vías típicas, importa detenerse en ella, por su trascendencia, de cuando se va a tener por consumado el delito, y de cuando, por el contrario, ha de remitirse a la ejecución imperfecta. En este caso el criterio más extendido se inclina a considerar realizado el núcleo de la violación, al verificar la “coniunctio membrorum”⁵¹; es decir, el contacto directo entre los órganos genitales.

En opinión al texto anterior se sostiene que solamente es correcto de hablar de acceso carnal típico a partir de la penetración del órgano genital masculino en una de las cavidades mencionadas en el artículo 159, y se llega a esta conclusión con fundamento en las siguientes consideraciones: la palabra acceso es sinónimo de ataque, entrada, y en conjunción con la palabra “carnal” significa coito, viene a reforzar la idea de penetración, como también lo hace la frase “vía vaginal o anal”, indica la necesidad de algo más que un roce del miembro del varón con una de las reiteradas cavidades, no existiendo la necesidad de que la mencionada penetración sea de carácter prolongado, ni que exista eyaculación de semen en alguna de ellas.

En consecuencia “habrá acceso carnal cuando se produzca real penetración del órgano masculino en alguno de los tan repetidos orificios. Y, en particular cuando de violación vaginal se trate, será imprescindible que el pené traspase el portal “himenal” y se adentre, aunque sea mínimamente, en la vagina propiamente dicha. En coherencia a lo expresado las violaciones vía anal se producirán con el simple

⁵¹ Unión de miembros genitales. Orts Berenguer, Enrique... Pagina 37

hecho de penetrar en la mencionada cavidad con el miembro viril masculino, traspasando el primero de los esfínteres anales, sin requerir la eyaculación en sus respectivos interiores.

2.2.5.1.2 SUJETO ACTIVO.

Debe precisarse quien puede ser sujeto activo en el delito de violación en menor ó incapaz, en esta consideración el artículo 159 no hace distinción de quien debe ser, debido a que se establece solo como “El que tuviere acceso carnal...” no menciona si tiene que ser hombre o mujer, algunos autores sostienen que el acceso carnal solo lo puede realizar el hombre y no una mujer, porque el acceso carnal es sinónimo de penetración del miembro del varón en alguna cavidad, sea anal o vaginal. Otros autores, sostienen que la mujer puede ser sujeto activo en los delitos de violación, poniendo de ejemplo los casos en que la mujer intimida al menor a que sostenga una relación sexual con ella, o cuando se aprovecha de la incapacidad mental de una persona y lo excita para sostener una relación sexual.

“Tanto un hombre como una mujer, pueden ser autores del delito de violación en menor ó incapaz, el hombre que inserta su pené en la vagina ó ano de otra persona

sea menor ó incapaz; la mujer que aloja en su vagina o ano el pené de otra persona”⁵², el artículo 159 textualmente dice “El que (cualquiera) 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” atendiendo al tenor del artículo tenemos que establecer que el sujeto activo puede ser cualquier persona, siendo indiferente para su comisión el sexo de la misma.

El profesor argentino Ricardo C. Núñez, sostiene que la mujer perfectamente puede ejecutar una violación sobre un menor ó incapaz, y menciona la posibilidad de que “la mujer que haga el papel de sujeto activo tiene bien desarrollado el clítoris, de tal manera que pueda ponerlo en estado de erección, y sea capaz de realizar el acceso carnal. Este sería el caso de los pseudohermafroditas femeninas, en estos casos ellas tienen un clítoris tan pronunciado que se puede confundir con el pené del hombre”⁵³.

En alusión a lo anterior se puede sostener que el sujeto activo es indiferenciado, y para la consumación de la violación en menor ó incapaz es necesaria la aptitud para penetrar, ser penetrado o hacerse penetrar.

2.2.5.1.3 SUJETO PASIVO.-

⁵² Ibid. Pagina 104

⁵³ Ibid. Pagina 16

El sujeto pasivo es aquel sobre el cual recae la acción u omisión constitutiva de delito, en otras palabras es a quien se le vulnera el bien jurídico, considerado por la sociedad como importante.

El sujeto pasivo en el delito de violación en menor o incapaz tiene que ser:

- a- Menor de quince años de edad
- b- Enajenado mental.
- c- Persona en estado de inconsciencia.
- d- Persona con incapacidad de resistir.

a) MENOR DE 15 AÑOS.-

Siempre que el sujeto pasivo no haya cumplido los 15 años, y se tuviere acceso carnal con él, existe violación. Contiene la afirmación no superable que, por debajo de esa edad, el menor no puede consentir validamente. Que consienta o no es irrelevante, el delito se ha verificado, en este caso el legislador a tomado en cuenta el principio “iuris et de iure” de incapacidad de autodeterminación en la esfera sexual, por insuficiente madurez, aunque, si un menor de esta edad la posee no altera la configuración del delito de violación en menor ó incapaz.

Los tribunales han de limitarse a la comprobación de la edad cronológica de la víctima que debe quedar perfectamente establecida en el tiempo en que se produjo el acceso carnal. Si tenía menos de quince años, el delito se considera consumado.

En estos casos, el juzgador establecerá la pena con el mismo margen de castigo, pero tomando en consideración, si existe o no la aquiescencia, del menor y si se dio por medio de la violencia o la agresión física y mental.

b- ENAJENADO MENTAL.

En estos casos debe entenderse, la enajenación mental en relación, a la limitación psíquica profunda que tiene una persona a causa de una enfermedad, y en principio se puede manifestar que tiene limitantes psíquicas una persona que padece de una enfermedad mental, afirmación basada en la interpretación teleológica del precepto, relacionándolo con otras disciplinas como la psiquiatría y la psicología; aunque algunos autores consideran la enajenación mental como sinónimo de la limitación psíquica, algo que a todas luces es insuficiente.

El problema que surge de esta conceptualización es que no solo los que padecen una enfermedad mental profunda o grave se consideran enajenados mentales, también se debe tomar a los que padecen una enfermedad leve o moderadas.

No debe de interpretarse el termino enajenado mental como sinónimo de imbecilidad o locura, sino en el de inhibiciones de las facultades intelectivas y volitivas, que impiden conocer el alcance y relevancia de los propios actos o

abstenerse de llevarlos a cabo, al menos los que afecten la sexualidad, por eso se considera que se debe tener en consideración la psicosis y las oligofrenias moderadas al igual que las profundas.

Como colofón de lo expuesto se puede afirmar que, por enajenación mental deberá entenderse “el estado de inimputabilidad en que se encuentra una persona, substancialmente a raíz de una enfermedad mental. Esto es, la calificación de enajenado deberá reservarse para aquella persona que carezca de los requisitos psicobiológicos, exigidos por la legislación penal vigente, que expresan que la persona tenía capacidad de valorar y comprender la ilicitud del hecho realizado por ella y de actuar según los términos requeridos por el ordenamiento jurídico”.⁵⁴.

Ahora que se encuentra definido el término enajenación mental, se hace necesario explicar que es “aprovecharse de la enajenación mental”, y se entiende como abusar de que alguien tiene una “enfermedad del espíritu”, que la incapacita para captar el significado y los alcances del acto de índole sexual que con él se ejecuta. Es un caso de prevalimiento, una explotación de la dolencia que aqueja al sujeto pasivo para utilizarlo sexualmente; sin duda el conocer de la enajenación mental que tiene una persona no colma la tipicidad del artículo 159, sino que va acompañado este conocimiento del aprovechamiento de este estado.

El aprovechamiento lleva dos elementos: el conocimiento del estado de enajenación mental del sujeto pasivo y el abuso de tal estado para dirigir al enajenado de acuerdo con los intereses del sujeto activo. Es evidente que sin conocimiento el abuso es impensable. Por lo cual se define que habrá aprovechamiento y por consiguiente violación en menor o incapaz, cuando el sujeto activo siendo consciente del mal sufrido por el pasivo, se sirva de este para su autocomplacencia sexual, desentendiéndose prácticamente, no del placer del enajenado, sino de las consecuencias que para el puedan derivarse del trato carnal. En suma habrá aprovechamiento cuando haya una utilización objetual del enajenado, sin la menor consideración para con él. Por el contrario algunos relatores establecen que el enajenado mental puede sostener una relación sexual, siempre y cuando esta sea producto de una relación de afecto de ambas partes, sin que la una explote a la otra, ósea, que en este caso no habrá violación.

c- PERSONA EN ESTADO DE INCONCIENCIA.-

Se comprende como “estado de inconsciencia” cuando una persona se encuentre privado de sentido, tomando como privada de sentido no solo a la que se encuentre desmayada o que ha perdido el conocimiento, sino la hipnotizada, anestesiada, narcotizada, así como la sometida a los efectos despersonalizadores de estupefacientes o embriagada, en este ultimo caso cuando reviste carácter comatoso o

⁵⁴ Ibid. Pagina 107

letárgico con pérdida temporal de la conciencia o cuando la embriaguez es plena con abolición de las facultades anímicas.

Pueden darse los casos en que se debata sobre la no pérdida de la conciencia total, pero debe observarse que el estado de inconsciencia se aplicara cuando se afecte de manera intensa la capacidad de reacción activa frente a fuerzas externas. En este sentido se puede establecer que estado de inconsciencia será cuando la persona en un momento dado carece de conciencia total o casi totalmente, por la causa que fuere, incluso habiendo sido provocado por ella misma (persona que se embriaga, toma droga ó algún somnífero) aunque no para propiciar el acceso carnal. En semejante estado el sexualmente deseado no esta en condiciones ni de conceder, ni de protestar, sucediendo los hechos a espaldas de su consentimiento.

Carrara sostiene que “para la eventual comprobación –a posteriori- de que el sujeto hubiese aceptado el acceso carnal de haber estado conciente, no puede compartirse plenamente”⁵⁵. Conforme al artículo 159 el asentimiento posterior es irrelevante e intrascendente, lo que cuenta es que al momento que tuvo el acceso carnal no podía prestarse, esto en aplicación del artículo doce del Código Penal que sostiene “que los hechos se tendrán por cometidos el día y la hora en que tuvieron lugar”⁵⁶. -

d- PERSONA INCAPAZ DE RESISTIR.-

Es necesario tomar en consideración, cual fue el espíritu del legislador para incluir en el tipo al incapaz de resistir, esto debido a que en la investigación se puede encontrar que el menor de edad, el enajenado mental y el que se encuentra en estado de inconsciencia, son a su vez incapaces de resistir, lo cual determina que el legislador se refiere a la incapacidad física de resistir o de oponer resistencia ante un acceso carnal contra la voluntad del sujeto pasivo.

Cuando la persona sobre la que recae la acción tiene una incapacidad física, su capacidad legal no se encuentra limitada, sino que tiene completa noción del acto; accede a la voluntad que puede oponerse al hecho de la violación y cuenta con el auxilio de ella, pero físicamente no esta capacitada para proceder conforme aquella.

Al considerar esta conducta como ilícita deberán observarse las circunstancias que rodean al hecho, de acuerdo a la gravedad del ataque inferido, a la enfermedad padecida, y en cuanto el grado de resistencia que el sujeto pasivo pudiere oponer.

2.2.5.1.4 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.-

Es el derecho a libertad sexual. Porque la persona humana, debe estar exenta de cualquier daño que restrinja su libre determinación a la sexualidad. Esto es la consideración que hacen los legisladores, aunque la mayoría de Jueces en Sentencias consultadas, establecen como bien jurídico tutelado la Indemnidad sexual, porque

⁵⁵ Ibid. Pagina 100.

consideran que los menores, enajenados mentales, personas en estado de inconsciencia ó incapacidad de resistir, deben estar alejados de cualquier daño de índole sexual.

2.2.5.1.5 OBJETO.

Se define como objeto de la acción “la persona o cosa material o inmaterial sobre la cual recae la acción del agente”.⁵⁷

En el delito de violación en menor ó incapaz, serán entonces objetos de la acción los sujetos pasivos mencionados en el artículo 159 C. Pn.

2.2.5.1.6 MEDIOS COMISIVOS.

En el artículo 159 del código penal, el legislador no regula la necesidad del uso de algún medio para llevar a cabo el acceso carnal sobre alguno de los sujetos pasivos, los medios mas utilizados por el sujeto activo en el delito de violación en menor ó incapaz son:

- **Uso de la Fuerza:** Es la primera modalidad por la cual el acceso carnal se consigue mediante la instrumentalización de la fuerza es, junto la

⁵⁶ Código Penal Salvadoreño, Edición 2004

⁵⁷ Velázquez Velázquez, Fernando, Derecho Penal Parte General, Editorial Temis S. A., Santa fe de Bogotá, Colombia, 1994, Pag. 340

intimidación, la versión más genuina de violación; la fuerza equivale a la fuerza física, a medios de acción material que actúan sobre el cuerpo de la víctima. No es necesario que sea irresistible o de gravedad inusitada, basta con que sea suficiente y eficaz para la consecución del fin propuesto, por lo tanto no se mide por su cantidad, sino por su eficacia e idoneidad. Entre acceso carnal y fuerza deberá haber una conexión causal, de modo que sea lícito establecer que el primero se ha producido como consecuencia de haberse usado la segunda. La fuerza y la violencia física ha de poseer entidad bastante para doblegar, muy a su pesar, la voluntad del sujeto pasivo sobre el que se proyecta y poner de manifiesto la intención inequívoca del sujeto activo; por otro lado, es irrefutable la oposición al acceso carnal de aquel, que se plasmara en una resistencia real, en un rechazo a los deseos del agente, claro a los ojos de este; resistencia no heroica pero si indubitable, que no tiene porque prolongarse durante todo el tiempo que dure el ataque, sino mientras se pueda evitar la violación o un mal mas grave.

- **La Intimidación:** Equivale a la amenaza de palabra o de obra de causar un daño injusto, posible, irreparable y presente, a la coacción psicológica, la cual infunde miedo en el animo de la víctima, produciéndole una inhibición de la voluntad ante el temor de sufrir un daño mayor que la misma entrega; además a de revestir las características de suficiencia y entidad bastante para vencer la resistencia del sujeto pasivo sin que precise ser absoluta e irresistible, pues

se mide por su eficacia, no por su cantidad, y ha de estar causalmente unida al acceso carnal. La amenaza sola no crea el requisito en este medio de acción, debe ir acompañada del temor transmitido al animo del sujeto pasivo.

2.2.5.1.7 LUGAR.-

Algunas descripciones típicas del Código Penal exigen que la conducta se realice en un lugar determinado, pero el Artículo 159, no establece el lugar de la comisión de hecho delictivo.-

2.2.5.1.8 TIEMPO.-

Así mismo, algunos tipos prevén determinadas circunstancias de carácter temporal, consistente en momento o límites pasajeros dentro de los cuales debe realizarse la acción prohibida. Pero el artículo 159, no establece momento ó tiempo específico dentro del cual debe realizarse la violación en menor ó incapaz, entonces debemos considerar como momento para la realización del hecho cualquier hora.

2.2.5.2 TIPO SUBJETIVO.

El aspecto subjetivo, es la cara o faz interna del hecho delictivo, si bien existe un relativo acuerdo, en la doctrina, en referencia al aspecto objetivo del tipo, no

sucede lo mismo con el subjetivo. El componente fundamental de esta faz del supuesto de hecho es el dolo, cuya presencia puede ser fácilmente detectada en varias descripciones típicas.

2.2.4.2.1 EL DOLO.

Se determina la existencia de este elemento subjetivo de la conducta típica, cuando el agente realiza el hecho típico contraria a la ley, a sabiendas que lo hace y quiere llevarla a cabo. De esto se desprenden dos elementos básicos para que concurra el dolo, uno intelectual, cognitivo ó cognoscitivo; y el otro voluntario, voluntativo o volitivo. El primero se refiere, no solo a las circunstancias del hecho, sino igualmente la previsión del desarrollo del suceso mismo, incluida la causalidad y el resultado; y el segundo elemento, es indispensable, porque no basta conocer los efectos que puede causar una acción, y su consecuencia jurídica, sino que es necesario, un querer realizarla; es por lo anterior que la ley penal al hacer referencia al dolo menciona un saber y querer, en el hecho típico.

El dolo es un elemento que existe en la violación de menor ó incapaz, incluso sirve para diferenciarlo de otros delitos como las agresiones sexuales. En el tipo del artículo 159, existe la intención manifiesta de acceder a la víctima, se excluye totalmente la violación culposa por parte del agente, no puede darse el caso en que por ejemplo, A y B acuerdan practicar un juego amoroso en el que A, con cierta dosis de violencia, subyugue a B, y un vez conseguida la dominación de este,

mediante ataduras, A lo penetra sexualmente en la creencia de que B acepta, tomando sus protestas como parte del juego, siendo así que éste se opone realmente al coito.

El acceso carnal no es algo que pueda efectuarse por negligencia, el acceso carnal es siempre querido de manera directa y por ende siempre es un dolo directo que ejerce el agente.

2.2.5 CLASIFICACIÓN DEL TIPO DE VIOLACION EN MENOR Ó INCAPAZ.-

2.2.5.1 SEGUN LAS MODALIDADES DE ACCIÓN.-

Atendiendo a la técnica legislativa empleada para redactar el tipo penal de violación en menor ó incapaz, se considera este como un delito de MERA ACTIVIDAD, por no ser necesario la verificación de un resultado material, para concretarse el delito, con la mera realización se consuma el delito.

Este también se constituye como un tipo de CONDUCTA INSTANTANEA; por encontrarse concretado al realizar la conducta descrita en el artículo.

Según las dos formas básicas del comportamiento humana, la actividad y la pasividad se clasifica como un delito de ACCIÓN, porque ejecuta ó realiza una conducta prohibida.

Es de UN SOLO ACTO, porque basta el acceso carnal para consumir el delito, aun cuando se puede presentar el caso de que suceda como un delito continuado, en los casos que son reiteradas las violaciones, siempre y cuando se den por el mismo sujeto activo sobre el mismo sujeto pasivo.

Por la relación existente entre la parte subjetiva y la objetiva, el delito de violación en menor ó incapaz es un tipo CONGRUENTE, porque la voluntad del autor alcanza la realización objetiva del tipo penal.

Atendiendo a las descripciones conductuales en el tipo se clasifica como un delito SIMPLE, por establecer solo un comportamiento punible para tener concretado el ilícito, “el acceso carnal”.

En último lugar, atendiendo al contenido del artículo este se puede clasificar como un tipo CERRADO, por describir claramente las circunstancias típicas que debe contener una acción, para tener por completado el tipo.

2.2.5.2 SEGUN LOS SUJETOS.-

Teniendo como punto de partida el autor de la conducta típica, se establece que el delito de violación en menor ó incapaz es MONOSUBJETIVO, porque solo describen en la conducta típica la necesidad de ser cometida por un sujeto.

Así mismo, en consideración a las características del sujeto activo este delito es un tipo COMÚN, ya que no observa ninguna condición especial en el sujeto para su comisión, conteniendo la frase “El que...” quien puede ser cualquier persona.

Atendiendo a la necesidad que el sujeto activo realice el ilícito personal y físicamente, se cualifica como de PROPIA MANO.

2.2.5.3 SEGÚN LA RELACIÓN CON EL BIEN JURÍDICO.-

Si el punto de partida es el interés protegido en cada caso en concreto, el delito de violación en menor ó incapaz es un tipo MONOOFENSIVO, porque directamente protege un solo Bien Jurídico, Libertad Sexual.

Así mismo por resultar dañado el Bien Jurídico solo con la acción, se puede clasificar este tipo, como un delito de LESIÓN.

2.2.6 ANTIJURIDICIDAD.

Una vez comprobado que el hecho es subsumible al tipo penal de violación en menor ó incapaz, el siguiente paso para establecer si esté puede causar responsabilidad penal, es la determinación de la antijuridicidad. Termino que consiste

en la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico.

El derecho penal no crea la antijuridicidad, aunque no es exclusiva del derecho penal porque pertenece a todo ordenamiento jurídico. La antijuridicidad se divide en formal y material, la primera es la mera contradicción con el ordenamiento jurídico, y la segunda que se considera como la ofensa, daño, peligro efectivo ó lesión al bien jurídico.

En la violación en menor ó incapaz la antijuridicidad formal se constituye cuando un sujeto produzca con su conducta el daño al bien jurídico, por ejemplo cuando un hombre convence a un menor de quince años a sostener relaciones sexuales para lograr el acceso carnal, debido a que el legiferante dispone que no se debe tener acceso carnal con esas personas. En cuanto a la antijuridicidad material, será cuando el sujeto haya concretado la conducta del acceso carnal de los mencionados individuos, esto debido a que el juicio de antijuridicidad (proceso mental en el que se considera sí un hecho típico es antijurídico) descansa siempre en la lesión ó puesta en peligro de un bien protegido. Para el delito en análisis, el órgano creador de las normas jurídicas, ha elevado a la categoría de valor que merece protección penal, a la libertad sexual de los menores o incapaces, la cual no debe ser invadida por adultos. Se materializa en la trasgresión en la sexualidad del menor y de los demás sujetos mencionados en el tipo.

El aspecto negativo de la antijuridicidad son las causas de justificación, debido a que el ordenamiento legal no solo se compone de prohibiciones, sino

también de preceptos permisivos que habilitan a realizar un hecho prohibido, siempre que en el concurran elementos y circunstancias especiales. Para este estudio es necesario determinar si en la violación en menor ó incapaz puede concurrir alguna causa de justificación.

En el código penal en el artículo 27 se regulan cuatro de justificación, y son:

A. Actuar u omitir en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo

de un derecho o de una actividad lícita: En este numeral regula dos causas de justificación, la primera el cumplimiento de un deber legal, éste debe estar regulado por el ordenamiento jurídico, ser estricto, tiene que mediar la necesidad de ejecutar la conducta típica, y se debe realizar con la finalidad de cumplir el deber; con la simple mención de estos requisitos se determina que la violación en menor ó incapaz no puede ampararse en esta causa de justificación.

La segunda justificante es el ejercicio legítimo de un derecho ó una actividad lícita, para alegar esta causal es necesario la existencia de un derecho de índole subjetivo, ser el titular de él, su ejercicio ha de ser legítimo, se debe actuar con la finalidad de ejercer el derecho y debe ser indispensable realizar la conducta típica; eso en referencia al ejercicio de un derecho y en cuanto al ejercicio de una actividad lícita, ésta debe tener una existencia real, ser lícita, su ejercicio ha de ser legítimo. Atendiendo al contenido de la causal de justificación y a los requisitos que deben darse se concluye que no existe ningún derecho consagrado por las leyes que admita que se vulnere la libertad sexual de ninguna persona ni hay actividad que habilite el

acceso carnal con menores de quince años ó con personas con enajenación mental, en estado de inconsciencia ó incapaces de resistir, por lo tanto no se puede alegar esta justificante en el ilícito en análisis.

B. Quien actúa ú omite en defensa de su persona o de sus derechos o en defensa

de otra persona o de sus derechos: esta justificante es conocida en la doctrina como legítima defensa que es “el ejercicio de la violencia para tutelar o proteger un bien jurídico atacado injustamente”⁵⁸, para que se configure esta causal de justificación se requiere la existencia de una agresión ilegítima la cual debe ser actual e inminente; también se requiere la necesidad razonable del uso de la violencia para repeler o impedir la agresión, y por último requiere que no se haya provocado por el agente la agresión. Atendiendo a estos supuestos de aparición de la Legítima defensa se infiere que en la violación en menor ó incapaz no se puede invocar ésta para cometer el delito, por las características propias del mismo.

C. Quien actúa u omite por necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio ó

ajeno de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente, lesionando otro bien de... menor valor que el salvaguardado, siempre que la conducta sea proporcional al peligro y que no se tenga el deber jurídico de afrontarlo. Esta causa de justificación se conoce como el Estado de Necesidad Justificante, y para que se configure es necesario que se observen ciertos elementos como: La existencia de un riesgo, un mal, un

daño, o un peligro, que debe ser actual e inminente, y que la realización de la conducta típica sea necesaria para salvaguardar el bien jurídico propio, además, debe causar un mal menor del que se hubiera ocasionado de no haber realizado la conducta. La realización de una conducta que se quiera amparar en esta causal, exige que el peligro no se haya provocado por el agente y que tenga por finalidad salvaguardar un bien jurídico importante para la sociedad. Llegando con esto a la conclusión que el ilícito de violación en menor ó incapaz es una conducta que no admite en ningún caso, la justificante del estado de necesidad, dejando establecido que de las causas de justificación que se regulan en el artículo 27 del código penal, ninguna se aplica al delito en análisis.

D. La colisión de deberes: consiste que se presentan dos deberes al mismo tiempo, y solo puede cumplir uno de ellos. Al igual que las anteriores, no tiene aplicación en este delito.

2.2.7 CULPABILIDAD.

Es el juicio de reproche que se le hace al autor de una conducta considerada como nociva para la sociedad; con el juicio de tipicidad se determina la adecuación de la conducta al ilícito penal que se realiza, y en la antijuridicidad se define si el hecho es antagónico al tipo y que haya afectado el bien jurídico. Una vez se comprueba estos dos elementos del delito, el siguiente paso es el análisis de la

⁵⁸ Velásquez Velázquez, Fernando, Op. Cit. Pag. 431

culpabilidad, que se encarga de acoger aquellos elementos referidos al autor, necesarios para atribuirle la comisión del delito y la sanción.

En la normativa penal salvadoreña el sujeto realizador de una conducta delictiva, como la violación en menor ó incapaz, debe cumplir con ciertos presupuestos sin los cuales no se puede hablar de culpabilidad, estos son:

- a) **La capacidad de culpabilidad o imputabilidad:** dentro de esta capacidad se encierran dos elementos, la capacidad mental o psíquica y la edad del autor. En cuanto a la capacidad mental se refiere a la madurez psíquica del sujeto, aquella capacidad de motivarse de una forma diferente, porque es evidente que si no se tiene las facultades psíquicas suficientes para motivarse racionalmente de acuerdo a la norma, no puede haber culpabilidad. Para ello el legislador normado en el artículo 27 numeral 4° que no serán responsables penalmente “Quien al momento de ejecutar el hecho, no estuviere en situación de comprender lo ilícito de su acción u omisión o de determinarse de acuerdo a esa comprensión, por cualquiera de los motivos siguientes: a) enajenación mental; b) grave perturbación de la conciencia; y, c) desarrollo psíquico retardado ó incompleto” en estos casos el juzgador puede imponer al sujeto inimputable una medida de seguridad atendiendo a las características del individuo, (peligrosidad, agresividad, etc.) siempre y cuando la sanción a imponer sea la pena de prisión, tal es el caso que si una persona con retraso mental tiene relaciones sexuales con un menor de quince años, aquí

no se podría imputar la conducta delictiva al autor debido a la limitación mental que tiene. En referencia a la edad del autor, el artículo 17 del Código Penal establece “La ley penal se aplicara con igualdad a todas las personas que en el momento del hecho tuvieren mas de dieciocho años. Los menores de esta edad estarán sujetos a un régimen especial”, por consiguiente, si un menor comete el delito de violación en menor ó incapaz, se sancionara con medidas de internamiento en base a la Ley Penal Juvenil.

b) El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido: la norma penal solo puede motivar al individuo en la medida que este pueda conocer, a grandes rasgos (conocimiento potencial de la norma penal) el contenido de sus prohibiciones. Si el sujeto no sabe o desconoce que su hacer esta prohibido, no tiene ninguna razón de abstenerse a su realización (Artículo 8 de la Constitución de la Republica "nadie esta obligado a hacer lo que la ley no manda, ni a privarse de lo que ella no prohíbe"), esté seria el caso de una persona de nacionalidad española que viene a pasar sus vacaciones en el país y se encuentra en una discoteca con una menor de catorce años y se pone de acuerdo con ella en tener relaciones sexuales, el sujeto en este caso conoce que en su país se considera violación la relación sexual con menores de doce años, desconociendo que en El Salvador se prohíben las relaciones sexuales con menores de quince años, el individuo

en este caso desconoce la normativa del país por lo cual no se puede motivar de acuerdo a la norma.⁵⁹

- c) **La exigibilidad de un comportamiento distinto:** El derecho penal exige comportamientos que guarden la debida legalidad. Sin embargo no exige comportamientos heroicos. En los casos de la violación en menor ó incapaz el legislador lo que exige al sujeto es que no tenga acceso carnal con personas menores de quince años, enajenados mentales, en estado de inconsciencia o con incapacidad de resistir, es un comportamiento que no exige demasiado de las personas solo, la abstención de relacionarse sexualmente con algunos de los sujetos contenidos en el artículo.

El ordenamiento jurídico marca unos niveles de exigencias que pueden ser cumplidos por cualquier persona, se habla entonces de una exigibilidad objetiva, normal o general, pero más allá de esta exigibilidad normal, el ordenamiento jurídico no puede imponer el cumplimiento de sus mandatos, no puede imponer una pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere realizar una conducta prohibida, antes de sacrificar su propia vida o integridad física, entre estos presupuestos se mencionan el estado de necesidad disculpante, el miedo insuperable y la coacción.

1. **El estado de necesidad disculpante:** Consiste en la afectación de un bien jurídico ajeno para salvaguardar uno propio o ajeno, siempre que se lesione otro de igual valor. No se podría dar un caso de violación en menor

⁵⁹ Véase el Error en la Violación en menor ó incapaz, Infra. Pág. 92

ó incapaz que cumpla con los presupuestos de aplicación de esta excusa. En efecto es utópico pensar en la lesión del bien jurídico libertad sexual para evitar un mal propio o ajeno, pues ningún mal puede evitarse a través de la lesión de ese bien protegido, porque tiene que ser un bien jurídico de igual valor del que se este lesionando con la realización de la conducta típica, y nadie puede salvar su libertad sexual afectando la de otro.

2. **El miedo insuperable:** Se manifiesta por un estado psíquico, que puede llevar en algunos casos, a la paralización total del que lo sufre, sin embargo el miedo insuperable que se plantea en el Derecho Penal, es aquel, que aun afectando psíquicamente al que lo padece, deja una opción o una posibilidad de actuar, de forma diferente. En los casos de violación en menor ó incapaz no se podrá alegar que se tuvo acceso carnal por algún trauma psíquico, que le provocaba un miedo insuperable.

3. **La Coacción:** En esta exculpante, el que comete el delito tiene la posibilidad de actuar de una manera diferente, pero su conciencia esta supeditada por la coerción de un tercero que ejerce una presión física ó psicológica capaz de dirigir e infundir en la decisión que se toma, en la doctrina se le considera como una Vis Compulsiva. Al analizar los elementos que se plantean en la coacción se puede determinar un caso en el cual una persona comete el hecho típico y antijurídico pero no puede atribuírsele responsabilidad, porque no puede exigírsele una conducta contraria; tal es el caso en que el sujeto obra lesionando la libertad sexual

debido a la violencia física que se está teniendo que soportar a causa de la negativa de hacerlo, por ejemplo un sujeto que está encerrado y soportando tormentos físicos y le llevan al lugar donde está, una persona enajenada mental para que sostenga relaciones con ella, de lo contrario le seguirán atormentando físicamente. Obviamente pese a estar protegiendo con su actitud lesiva un interés de menor preponderancia (integridad física), que "la libertad sexual" del enajenado, no se le puede atribuir responsabilidad penal al autor, por existir una limitante a su voluntad. En este caso se aplica el numeral 5) del artículo 27 del código Penal.

2.2.8 EL ERROR EN EL DELITO DE VIOLACION EN MENOR Ó INCAPAZ.

En la dogmática jurídico penal, se presentan supuestos, en los cuales la comisión del ilícito se encuentra enmarcada por aspectos negativos en su realización, conocidos como Error de Tipo y de Prohibición.

El error de tipo es aquel en que no existe el conocimiento de los elementos objetivos del tipo; y el error de prohibición es el que recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta realizada.

2.2.8.1 ERROR DE TIPO.

Es el desconocimiento de los elementos objetivos que requiere la norma, para que sea realizada, esta clase de error puede recaer sobre la relación de causalidad (por lo general se da en los delitos de resultado), sobre el objeto (error in persona), y en el golpe (aberratio ictus). En el delito en estudio solo puede concurrir el error de tipo sobre el objeto que se realiza la acción, y será cuando una persona decide tener acceso carnal con otra que en apariencia tiene 17 años y en realidad tiene 13 años, y realiza el acceso, en este caso existe dolo de realizar la conducta pero desconoce que la persona era menor de edad.

El Código Penal clasifica el error en vencible é invencible. El error vencible es cuando aplicando la diligencia debida o el debido cuidado, se hubiese evitado realizar la acción delictiva. En la violación en menor ó incapaz puede darse este error cuando una persona llega de visita a un pueblo y ahí conoce a una mujer que aparenta ser normal, pero en realidad tiene un trastorno mental (esquizofrenia aguda), la seduce y sostiene relaciones sexuales, en este caso el sujeto pudo evitar cometer el hecho, si hubiese consultado en el pueblo sobre esa persona, siendo que esté es medico de profesión y por ello tiene conocimientos sobre esa enfermedad.

El error invencible es cuando aun aplicando la debida atención al hecho, no se puede evitar su realización ilícita, en el delito en análisis no aparece esta modalidad de error, por las cualidades que presenta.

□ **Efectos del Error de Tipo.**

Cuando el error de tipo fuere vencible el artículo 28 regula "si el error fuere vencible atendidas las circunstancias de hecho y las personales del autor la infracción será sancionada en su caso como culposa", pero en el caso de violación en menor ó incapaz no existe la realización culposa del hecho; por el sistema de números clausus, que no autoriza sancionar conductas culposas que no se describan en el tipo penal. (Ver artículo 18 código penal).

En el supuesto de que el error fuere invencible se excluye toda responsabilidad penal sobre la conducta típica; pero como ya se expuso en anterioridad en el delito de violación en menor ó incapaz no se admite este error.

2.2.8.2 EL ERROR DE PROHIBICIÓN.-

Recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad del hecho constitutivo de delito, este puede ser Directo ó Indirecto, Vencible o invencible. El error de prohibición vencible directo es cuando el sujeto desconoce que la acción realizada es contraria al ordenamiento jurídico, en este supuesto pueden concurrir tres casos: Que no sepa que la conducta esta prohibida, que conozca que la actitud es ilícita pero crea que no esta vigente, y que interpreta de una forma errónea el tipo (esto se conoce en la doctrina como error de subsunción. En el delito en estudio se puede dar el caso en que un sujeto que se fue del país hacia Estados Unidos en 1999, vuelve en 2005 a El Salvador, y conoce a una joven de 14 años con la que tiene relaciones sexuales, en este supuesto el individuo sabe que el acceso carnal con menores es prohibido, pero la norma que el consideraba vigente ya fue modificada (en 1998 era prohibido tener

relaciones sexuales con menores de 12 años), en este caso es un error en la vigencia de la norma.

El error de prohibición vencible indirecto recaerá sobre las causas de justificación de la conducta⁶⁰, en este supuesto concurre cuando el sujeto yerra en la creencia de que su acción estaba justificada ó se excede en la aplicación de una justificante; para el ilícito en estudio se analizo en la antijuridicidad que no concurren causas de justificación y por lo tanto no se dará la existencia de un error de prohibición indirecto.

El error de prohibición invencible es cuando el sujeto no tiene la posibilidad de conocer la ilicitud del hecho, así pues cuando un sujeto que es de una tribu del África en la que las relaciones sexuales con menores no se castiga, visita el país y tiene relaciones sexuales con una menor de 13 años, comete el delito de violación en menor ó incapaz pero debido a las circunstancias que lo rodean no se pudo dar cuenta que el hecho es ilícito.

❑ **Efectos del Error de Prohibición.**

En el caso que el error sea de carácter vencible se atenuara la pena de acuerdo al criterio del artículo 69 del código penal, ósea que se sancionara con la tercera parte del mínimo y la tercera parte del máximo; pero si el error es invencible hará desaparecer la responsabilidad penal.

2.2.9 LA CONCURRENCIA DE PERSONAS EN EL TIPO DE VIOLACION EN MENOR Ó INCAPAZ.

Para el establecimiento de la responsabilidad penal es necesario determinar que categoría o grado de autoría y participación en el delito tiene el agresor ó los agresores, debido a que puede darse la concurrencia de varios sujetos para la realización del ilícito. En el código penal el artículo 32 regula "Incurren en responsabilidad penal por el delito cometido, los autores, los instigadores y los cómplices", pero en el caso de violación en menor o incapaz es necesario analizar si admite estos grados autoría y de participación.

2.2.9.1 AUTORIA

“Para ser autor es preciso algo más: pertenencia, exclusiva o compartida, del hecho”⁶¹.

Autor, es el que tiene dominio final del hecho. El dominio del hecho supone un control final y una posición objetiva que determine el efectivo dominio del hecho. En este sentido la autoría comprende: al que ejecuta por su propia mano todos los elementos del tipo (autor); el que ejecuta el hecho utilizando a otro como instrumento (autoría mediata); y por último el coautor, que realiza una parte necesaria de la

⁶⁰ Ver antijuridicidad, causas de justificación, Supra...

⁶¹ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, Parte General. Tercera Edición. Barcelona 1990. Pág. 396.

ejecución del plan global (domino funcional del hecho), aunque no sea un acto típico en sentido estricto, pero participando en todo caso de la común resolución delictiva.

Directa ó Inmediata: La tiene el individuo que, movido por un animo libidinoso, ejecute directamente la conducta del acceso carnal, sobre la víctima, elemento que configura en concreto el delito; de no darse, el acto sería tentado o atípico, en su caso.

Autoría Mediata. Es autor mediato quien realiza el hecho utilizando a otro como instrumento. Lo decisivo es la relación existente entre el autor mediato y la persona de quien se sirve. El papel fundamental que permite imputar el hecho a alguien como autor, deja de tenerlo el realizador material para pasarlo al hombre de atrás. La violación en menor o incapaz por ser un delito de propia mano, no admite este tipo de autoría, lo cual significa que sólo puede cometerlo quién penetre a la víctima.

Coautoría.

Son coautores los que realizan conjuntamente y de mutuo acuerdo un hecho considerado delito. Se reparten la realización del tipo de autoría por que ninguno de ellos realiza completamente el hecho. El elemento nuclear del tipo de Violación en Menor ó incapaz, es la realización del acceso carnal, de modo que, si alguien ayudara al violador a sujetar al menor, este no sería un elemento esencial del delito, y este acto de cooperación no se calificará como coautoría del delito; además la utilización de la violencia es indiferente para lograr la comisión del ilícito. Tampoco se puede dar cuando el sujeto pasivo sea el incapaz.

2.2.9.2 PARTICIPACIÓN.

Es intervención en un hecho ajeno. El partícipe se halla en una posición secundaria respecto del autor. Están sometidos al principio de accesoriedad de la participación respecto del hecho principal. Los Participes: son quienes intervienen en la facilitación de la comisión del hecho y toman parte del mismo sin dominarlo, es decir sin tener una finalidad preestablecida; y, puede ser a título de instigador o cómplice.

Instigador:

Es el que dolosamente causa en otro, mediante un influjo psíquico, la resolución y realización de un tipo de autoría.

La Instigación a un hecho doloso requiere los siguientes elementos: **a)** Objetivamente la causación en otro, mediante un influjo psíquico, de la realización y resolución de un tipo doloso de autoría; **b)** subjetivamente, que dicha causación sea dolosa. Ello significa que su actuación debe ser “conditio sine qua non” de la resolución delictiva del autor.

En el delito en estudio, se dará la instigación cuando un sujeto convence a otro de tener relaciones sexuales con una persona cuando esta se encuentre en estado de ebriedad profunda, manifestándole que la mujer no tendrá oposición al acceso, siendo que el sujeto se decide por realizar la conducta, cometiendo el ilícito.

Cómplice:

Son los que prestan su cooperación accesoriamente en la comisión del delito de violación en menor o incapaz y puede ser:

Complicidad Necesaria. El sujeto coopera ayudando al autor en la ejecución del hecho con un acto sin el cual no hubiera efectuado el ilícito. En esta la aportación constituye un bien escaso para el autor en su situación concreta, lo que constituye una cooperación necesaria. Por ejemplo: "A" le proporciona una droga (éxtasis) a "B" la cual sabe que utilizará para colocar en estado de inconsciencia a "C", para violarla.

Complicidad No Necesaria. La cooperación es aun con la promesa de una ayuda, la cual no es escasa. Por ejemplo el sujeto que ve que su amigo lleva a su novia que es menor de quince al monte, con la intención de tener relaciones sexuales con ella, y este le ofrece a su amigo que en lugar de llevarla al monte vaya a su casa a realizar el acto.

2.2.9.3 LA TENTATIVA.

El camino del delito o iter criminis se divide en las siguientes fases "ideal o idea criminosa, la fase oral, los actos preparatorios, los actos ejecutivos y los actos de consumación"⁶², encontrándose dentro de los actos ejecutorios la tentativa.

Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito, practicando todos o partes de los actos que objetivamente deberían producir el

⁶² Velásquez Velásquez, Fernando, Op. Cit. Pag. 512 y siguientes.

resultado, y sin embargo este no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

Así, es posible distinguir cuando el sujeto ha realizado todos los actos que debieron producir el resultado o solo una parte. A estos se le denomina tentativa acabada e inacabada que solo son posibles en los delitos de resultado y en algunos tipos de mera actividad caso del delito en análisis.

A) tentativa acabada:

Es cuando el sujeto lleva a cabo todos los actos que suponen la comisión del hecho, pero por causas ajenas a él no se produce el resultado esperado.

El ilícito de violación en menor o incapaz no la admite por las características que presenta. En la hipótesis que el sujeto ha realizado todos actos constitutivos de la infracción se tendrá por delito consumado propiamente.

B) tentativa inacabada:

Es el caso en que el sujeto no realiza todos los componentes del hecho, dejando a medias su comisión.

Para el caso el sujeto ha puesto, en estado de inconciencia a la víctima, estando desnuda llega alguien, e interrumpe en el preciso momento en que procedía a penetrarla.

Para la mayoría de autores no es posible la tentativa en los delitos de mera actividad. Roxin solo acepta que se puede dar la tentativa acabada en esta clase de tipos.

Diferentes los criterios que usan los Tribunales de Sentencia en El Salvador donde se acepta que el delito plasmado en el artículo 159 perfectamente puede admitir la tentativa en el caso en donde el sujeto "agarró del pelo a la menor víctima y arrastrada la metió a un cafetal, en el cual la tira en el suelo mientras la menor gritaba, intervino inmediatamente una persona que escuchó los gritos".

Es una cuestión polémica puesto que siendo un delito de mera actividad la conducta mencionada quedaría impune o atípica, habría que analizar si está solamente sería constitutiva del delito de lesiones y agresiones sexuales.

El grupo investigador es del criterio de admitir la tentativa en el delito de violación en menor o incapaz pese a que es un tipo de mera actividad, esta conclusión no es arbitraria sino que se encuentra en el fundamento del castigo de la tentativa.

➤ **La Tentativa Inidonea y El Delito Imposible.**

La tentativa inidonea es aquella en donde el proceso causal es inadecuado al tipo, y por consiguiente no se puede realizar, sería el caso que el sujeto tiene imposibilidad de erección o disfunción eréctil.

El delito imposible se presenta cuando aun siendo adecuados los actos realizados, el delito no puede culminarse por inexistencia de objeto, cuando una mujer ubica en estado de inconsciencia a otra para tener acceso carnal con ella, en este ejemplo el sujeto sería inidoneo para ejecutar el hecho.

➤ **La Evitación del Resultado (El desistimiento)**

Se produce cuando el propio autor ha decidido la suspensión de la ejecución, es necesario que este desistimiento sea de manera voluntaria o que habiendo realizado la conducta impida que se produzca el resultado, siempre y cuando el acto ejecutado anterior al desistimiento no constituya otro delito consumado.

No todos los tipos penales admiten distinciones en su proceso ejecutivo, si un delito se consuma en un solo acto, no cabra hacer separaciones en fases de ejecución, ya que se pasara directamente al estadio de consumación. Por eso las llamadas formas imperfectas de ejecución no pueden darse en todos los delitos.

En el delito de violación en menor o incapaz se da el desistimiento cuando, antes de obtener el acceso carnal, el sujeto voluntariamente desiste de realizar la conducta, seria el caso de un hombre de 19 años que estudia derecho y su vecina de 14 acuerdan tener relaciones sexuales, y antes de darse el acceso carnal, el hombre le dice que no es correcto realizar esa conducta y suspende la realización de ese hecho de manera voluntaria.

2.2.10 CONSECUENCIA JURÍDICA.

2.2.10.1 CONCEPTO DE PENA.-

Para estudiar una pena de determinado delito es necesario, realizar una definición de que se va a entender por pena, y así se puede decir, que es “una consecuencia jurídico- penal del delito... y se presenta esencialmente como un castigo (un mal) fundamentado en la culpabilidad del autor, de esencia retributiva.”⁶³.

De lo expuesto podemos interpretar que la pena es una privación o restricción de bienes jurídicos, pues supone que se coarten derechos personales tan vitales como, la libertad, el patrimonio, la vida etc., en segundo lugar, tiene que ser impuesta por un órgano jurisdiccional competente, que la misma debe de cumplir para su imposición con los parámetros preestablecidos por el legislador; así mismo debe de imponérsele a la persona que ha realizado un hecho punible, pues solo si la conducta es típica, antijurídica y culpable, se le podrá imponer la pena, además solo a la persona que ha cometido el hecho considerado por la ley como ilícito.

2.2.10.2 CARACTERÍSTICAS DE LA PENA.

Para considerar que una pena esta, en fiel cumplimiento con las normas establecidas por el legislador previamente en los preceptos constitucionales, esta tiene que observar las siguientes características:

- **Legalidad:** Esta haciendo referencia al principio de legalidad de las penas (nulla poena sine lege), establecido en la Constitución Salvadoreña en el Artículo 15 “Nadie puede ser juzgado si no es

⁶³ Choclán Montalvo, José Antonio, Culpabilidad y Pena, Ediciones Justicia y Paz, Corte Suprema de

conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho del que se trate...” y en el Código Penal en su artículo 1 “Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito de forma previa, precisa e inequívoca como delito o falta, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad”.

- **Humanidad:** Dado que se inspira en el principio de respeto a la persona humana y su dignidad, erigido como columna vertebral del Estado de Derecho, que directamente prohíbe las penas proscriptivas, las torturas, tratos y penas crueles, establecido este derecho en el Artículo 1 de la Constitución de El Salvador “El Salvador reconoce a la persona humana como origen y fin de la actividad del Estado” así como en el artículo 10 prohíbe las penas del carácter antes mencionado “La Ley no puede autorizar ningún acto o contrato que implique la pérdida o el irreparable sacrificio de la libertad o dignidad de la persona. Tampoco puede autorizar convenios en que se pacte la proscripción o el destierro”.
- **Judicialidad:** La imposición de la pena esta reservada a los órganos jurisdiccionales competentes, a los tribunales de justicia, que deben aplicarla solo cuando medie la comisión de un hecho punible por parte del agente, con miras a mantener las bases del orden jurídico y a lograr

el aseguramiento de la vida comunitaria. Esta característica de la pena tiene respaldo en el artículo 14 de la Constitución y establece que “Corresponde únicamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas”.

- **Proporcionalidad:** La aplicación de una pena debe corresponder a la gravedad del hecho cometido y a su relevancia social, es decir que debe observar el principio de proporcionalidad de aplicación de las penas establecido en el artículo 5 del Código Penal “las penas... solo se impondrán... en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado” y en el artículo 63 del mismo “la pena no podrá exceder al desvalor que corresponda al hecho realizado y será proporcional a su culpabilidad”.
- **Igualdad:** Se debe de aplicar a todos los que quebrantan la ley, sin hacer ninguna distinción privilegiada entre las personas que cometen un delito, salvo los casos en que el sujeto activo acarrea una causal de inimputabilidad, sea por enajenación mental, minoría de edad penal etc. en estos casos se le aplicara un trato diferenciado, aplicando medidas de seguridad a los enfermos mentales y medidas de internamiento a los menores, como sanción a la conducta realizada.
- **Individual:** La pena debe ser aplicada de manera individual y personal al sujeto realizador de una conducta tipificada como delito por la ley,

además porque será el sujeto realizador del acto típico el que va a cumplir la pena, no una persona diferente a este.

- **Publicidad:** la pena debe de ser del conocimiento de la población, para que sé de cumplimiento, al principio de publicidad del proceso penal Artículo 327 Código Penal, para que las personas entiendan la gravedad de las acciones contrarias a la ley, y así, darle un carácter preventivo a la pena.

El artículo 159 del código penal regula una sanción para el autor del delito de violación en menor ó incapaz “será sancionado con prisión de 14 a 20 años”, es necesario observar que se establece un marco sancionatorio, considerado por muchos aplicadores de justicia como desproporcional al bien jurídico, y es porque al pensar que la relación sexual es una conducta que por razones culturales, en el país se tienen a partir de una edad muy temprana(12 o 13 años), lo cual deriva en una experiencia sexual precoz de los menores pero que al parecer estas razones culturales que deben considerarse para la regulación de una conducta como ilícita, no fueron observadas por el legislador al momento de configurar este delito.

Si el Código Penal en el artículo 5 disciplina que “las penas...solo se impondrán cuando sean necesarias y en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado”, al tenor de este artículo el criterio de la necesidad no solo se emplea para saber si una pena es necesaria o no, sino para determinar en que medida se aplicara, siguiendo en este caso la proporcionalidad correspondiente al hecho en concreto y

para ello de acuerdo al artículo 63 Pn. “La pena no podrá exceder el desvalor que corresponda al hecho realizado por el autor y será proporcional a su culpabilidad”. El legislador en ambos preceptos regula un principio de proporcionalidad de la pena relacionado con el principio de culpabilidad del autor, principios que analizados en conjunto a la pena imponible en los casos de violación en menor ó incapaz, no son aplicables; esto debido a que no se cumplen los fines de la pena que son la prevención general y la prevención especial, la primera que se dirige a prevenir que la sociedad cometa los hechos delictivos por los que se castiga al autor y la segunda que se enfoca en la retribución del daño causado por el autor y su readaptación para que no lo siga cometiendo o lo vuelva a cometer.

Desde ese punto de vista cabe resaltar que la importancia de los bienes jurídicos es calificada, desde el mas importante hasta el que tiene un poco menos de relevancia social, siendo así que encontramos como bien principal la vida; partiendo de ello se considera que el desvalor provocado por el daño a ese bien, será mayor que el desvalor causado por el daño a la libertad sexual será menor, pero al verificar en la regulación penal la pena que acarrea el daño a la vida es de 10 a 20 años de prisión, y la lesión a la libertad sexual es sancionada con prisión de 14 a 20 años, entonces se violenta el artículo 63 del código penal porque si el desvalor en la violación en menor ó incapaz es menor al de la lesión causada en el homicidio, la pena es excesiva la desvalor del hecho.

La imposición de la pena de prisión es una decisión que el dispensador de justicia considera necesaria para prevenir que se cometan nuevos hechos delictivos y

así mantener la convivencia en comunidad. Pero en el caso de la sanción en el delito en estudio es desproporcional con el hecho cometido, porque aun cuando es cierto que la libertad sexual es un bien considerado por la ley como de alto valor, la finalidad de privar de libertad a una persona es reeducarla, para que al cumplir su pena sea útil a la sociedad. Desde este punto de vista cabe explicar brevemente que en primer término la pena tiene una función compensatoria, en cuanto a la justa retribución del injusto y la culpabilidad. Sin embargo la finalidad de la pena no se agota con esa compensación sino que debe atender a satisfacer la necesidad de prevención especial, esto es, que será un medio para reconducir al reo hacia una vida ajustada a la ley.

2.2.11 CONCURSOS DE DELITOS.

Existe concurso cuando un hecho constituye dos o más delitos o cuando varios hechos realizados por una misma persona se configuran varios delitos y que ninguno haya sido cometido después de haber recaído condena. Estos concursos se clasifican en Ideal y Real. El primero es cuando con una sola acción se realizan dos o más delitos, y el real es cuando con una pluralidad de hechos ejecutados por una misma persona se cometen una pluralidad de ilícitos; estos se encuentran regulados en los artículos 41 y 42 del Código Penal.

2.2.11.1 CON OTROS DELITOS SEXUALES.

En el tipo de violación en menor ó incapaz la acción puede producir dos delitos independientes entre sí, pero causados en el mismo tiempo y lugar. Aunque existen algunos que sostienen que se puede tener un concurso aparente de leyes, pero si al igual que en los apartados anteriores se describe el tipo objetivo y se determina cada uno de sus elementos no puede existir confusión, para el caso el delito de estupro tipificado en el Artículo 163, en apariencia se podría errar su aplicación, porque el acceso carnal sucede con menor de 18 años, pero a diferencia del 159 del código penal, este acceso carnal es con persona menor de 15 años. Como se puede apreciar existe una diferencia en el sujeto pasivo, y de esa interpretación parte su correcta aplicación.

Agresiones Sexuales en Menor ó Incapaz: es toda conducta consistente en introducir cualquier objeto, que no sea coherente con la violación. Se da en los casos en que, el sujeto activo, realiza además del acceso carnal vía anal ó vaginal con el menor ó incapaz, el comportamiento del acceso carnal bucal ó introduce en el ano ó vagina, algún objeto, así por ejemplo el agresor realiza la introducción del pené en una de las vías típicas de la violación, además le exige el sexo oral, y por último le introduce sus dedos en su ano, en este caso existirá un concurso ideal de delitos.

Utilización de Personas Menores de Dieciocho Años e Incapaces o Deficientes mentales en Pornografía: Se dará en el caso que el agresor sexual del menor ó incapaz, además de sostener el acceso carnal con el sujeto pasivo, produzca o reproduzca videos de esa violación, y los distribuya de cualquier manera a otras

personas, cometerá en concurso real el delito de violación en menor ó incapaz y esté delito.-

2.2.11.2 CON DELITOS RELATIVOS A LA VIDA.-

Homicidio Agravado: Tendrá lugar cuando el individuo viole y luego mate a la víctima ya sea para ocultar aquél delito, o sólo por placer de matar. De esta forma se da la existencia de concurso entre el delito de violación en menor ó incapaz, en relación con el de homicidio agravado si fuere menor de doce años la víctima, será tratado como concurso real aunque algunos autores consideran que se resolverá con el criterio de concurso aparente de leyes, por su especialidad y será la violación la que se subsumirá al homicidio.

Aborto: Se presenta en los casos en que se tiene acceso carnal con persona menor (mujer) de 15 años o incapaz, y está resulte embarazada, de la violación; por ejemplo cuando es el padre biológico de la menor el violador, y el que le provoque a través de golpes, el aborto (artículo 162 violación en menor o incapaz agravada; en relacionado con artículo 134 aborto sin consentimiento, ambos del C. Pn.). O cuando la mujer es la que tiene acceso carnal con un enajenado o un menor y producto de ello queda embarazada y al darse cuenta se provoca el aborto (en este caso sería propio artículo 133 C. Pn.) para ocultar el ilícito. Aquí se analizarán los ilícitos como concurso real.

2.2.11.3 CON LOS DELITOS RELATIVOS A LA INTEGRIDAD PERSONAL.

Lesiones: estas se refieren al menoscabo de la integridad física y psíquica de la persona victimaria, por cualquier medio (por ejemplo fuerza) ó incluso hasta por contagio. En una violación, por su mismo origen etimológico, se deduce la existencia de violencia, para la obtención del acceso carnal, aunque en algunos casos esta violencia no es física sino que psicológica, y para el caso la violencia física que produzca lesiones que sean notorias de manera externa y que tarde entre 10 y 20 días su curación (lesiones simples artículo 142 C. Pn.; cual no significa que sean las únicas); por lo general las violación en menor ó incapaz van precedidas de la producción de lesiones en sujeto pasivo. También ésta se puede resultar por contagio, si el violador es portador de una enfermedad venérea que causa deterioro en la integridad física de la víctima; se dará de esta manera el concurso de delitos.

2.2.11.4 CON LOS DELITOS RELATIVOS A LA LIBERTAD.

Privación de Libertad: En el caso de que la víctima es privada de su libertad ambulatoria con el propósito de realizar con ella o él la violación. Se dará el concurso entre la privación de libertad y la violación en menor ó incapaz, aunque uno precede a otro como medio para llevar a cabo la conducta típica, cuando el sujeto activo con el fin de perpetrar la violación priva de su libertad al sujeto pasivo.

Amenazas: para lograr la finalidad del acto sexual el sujeto activo desarrolla acciones amenazantes contra el sujeto pasivo, intentando con esto la facilitación de la obtención del acceso carnal, por ejemplo en el caso de los menores, les dice que sí se niegan a tener sexo con él (agresor) lo va a matar o a su mamá, su papá, y cuando ya ha tenido acceso carnal con el menor culmina con la amenaza común: “si dice algo o le cuenta a alguien lo que sucedió lo matará”, constituyendo así el delito de amenazas artículo 142 C. Pn.) y su concurso con la violación en menor ó incapaz.

Coacción: Consiste en la aplicación de violencia para obligar a otra persona a soportar en el una acción u omisión o realizarla en contra de su voluntad, tal es el caso del violador que somete mediante el uso de la fuerza constriñe al menor ó incapaz a soportar la agresión sexual en contra de sus derechos fundamentales Véase artículo 153 del C. Pn.

Estas son algunas situaciones en las que puede presentarse el delito en examen en concurso con otros delitos.

2.2.12 CIRCUNSTANCIAS QUE MODIFICAN LA RESPONSABILIDAD PENAL.-

En la aplicación de la responsabilidad proveniente de la realización de una conducta típica, antijurídica y culpable, se da la aparición de situaciones que rodean el hecho, que el juzgador analiza al momento de imponer la sanción correspondiente. Estas se disciplinan por el legislador en el capítulo III de Código Penal; pueden ser

atenuantes y agravantes, las primeras se aplicaran para disminuir la pena en concreto aplicable, y en las segundas se aumenta la pena en concreto regulada para el ilícito.

2.2.12.1 CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES.

Se encuentran contenidas en el artículo 29 del Código Penal, siendo estas: La Inferioridad psíquica por intoxicación, el exceso en las causas de exclusión de la responsabilidad penal, los estados pasionales, la disminución del daño, y cualquier otra circunstancia que a juicio del Juez o Tribunal se pueda considerar como atenuante.

➤ La Inferioridad Psíquica Por Intoxicación

Es cuando el sujeto activo se encuentra en un estado de intoxicación por ingesta alcohólica o de otra índole, que sin ser preordenada al hecho, no llegue a tener plenitud de efectos sobre él. El precepto establecido hace referencia al previo consumo de cualquier sustancia que afecte la capacidad de la persona para comprender su hacer o para auto determinarse con base al mensaje prescriptivo, pero es necesario que la puesta en ese estado no haya sido predeterminada por el autor para realizar la actitud delictiva, sabiendo que al tomar esa sustancia (que puede ser alcohol o cualquier otra droga que afecte el sistema nervioso central del individuo) realizaría el hecho; esta intoxicación no debe ser plena, o de lo contrario se escaria ante una causa de inimputabilidad. En la violación en menor ó incapaz concurrirá esta atenuante cuando por ejemplo el sujeto se encuentra consumiendo bebidas

embriagantes junto con otros amigos en un restaurante, en el conoce a una joven de 14 años, y empiezan a platicar, ella come mientras bebía, a las dos horas el sujeto afectado notoriamente por el consumo del alcohol (15 cervezas en 2 horas), le propone a la menor que tengan relaciones sexuales, y ella acepta la proposición y se retiran del restaurante a consumir el acuerdo en un hotel, acto seguido el tipo es detenido en el hotel por la policía cuando estaban teniendo el acceso carnal.

➤ **El Exceso en las Causas de Exclusión de la Responsabilidad Penal.**

En el delito de violación en menor ó incapaz como se establecía anteriormente no se admite la concurrencia de excluyentes de la responsabilidad penal, debido a sus cualidades, las que se estudiaron al analizar la antijuridicidad y la culpabilidad; por consiguiente esta atenuante no se puede aplicar.

➤ **Estados Pasionales.**

En este supuesto se hace referencia a las alteraciones que suponen la disminución de los presupuestos de la imputabilidad: la plena conciencia de la antijuridicidad y la capacidad de autodeterminarse con arreglo a la norma; no es tanto el estado emotivo sino la capacidad de autorregulación. Estos tienen su fundamento en la imperfección del ser humano o en una relación causal entre los estímulos y las reacciones a ellos.

El arrebató y la obcecación se refieren a un estado de furor, exaltación, ofuscación rápida y momentánea, haciéndose más notoria en la obcecación una configuración y creencia errónea de la realidad. Las circunstancias que provocan estos estados son variadas, pero el código no hace referencia a ellas. La emoción es

en gran medida menor al arrebato, y se refiere a una alteración repentina del ánimo, que es intensa y breve, pero en menor cantidad al arrebato.

En la aplicación de esta atenuante se debe observar que el arrebato sea provocado por un hecho injusto en contra del autor o de su cónyuge, compañero de vida o conviviente, ascendientes, descendientes o hermanos, quiere decir que si el estado pasional no es provocado por una de estas circunstancias no se puede aplicar esta atenuante.

En el ilícito en estudio no se podría aplicar esta atenuante debido a que no pueden existir un hecho injusto que motive a tener acceso carnal con un menor de quince años o con una persona enajenada mental, en estado de inconciencia o incapaz de resistir.

➤ **La Disminución del Daño.-**

La procuración de intentar disminuir el daño de parte del autor, provoca que se atenué su acción, aunque no en todos los tipos penales puede concurrir esta atenuante. Debido a que la disminución del daño se puede notar en los delitos de resultado concreto, en cambio en los de mera actividad, de peligro concreto y de peligro abstracto no se podría aplicar.

Esta disminución del daño además debe ser espontánea y eficaz, en otras palabras, debe concurrir justamente después de lesionar el bien jurídico y ser adecuada la asistencia para evitar un daño mayor al causado.

La disminución del daño no se tomara como atenuante en el delito de violación en menor ó incapaz, debido a que se concreta el daño al bien jurídico con el

acceso carnal por cualquiera de las vías típicas, por lo tanto no existirá forma de disminuir el daño una vez realizada la conducta.

➤ **Atenuantes por Interpretación Analógica.**

En la interpretación de cada supuesto de hecho, se puede dar la aparición de alguna circunstancia, que si bien no se regula como atenuante de una manera expresa en el Código Penal, puede tener aplicación como tal. Este apartado es una herramienta que deja el legiferante al aplicador de justicia para el ejercicio del arbitrio judicial.

Realmente la aparición de alguna circunstancia que atenué la responsabilidad penal de manera analógica, debe responder a las peculiares características personales del agente y a los elementos que rodean la ejecución del ilícito.

En la violación en menor ó incapaz se podrían presentar circunstancias atenuantes de manera analógica, pero será necesario que se analice el caso en concreto, por ejemplo en el hecho de que un hombre tras la ingesta de alcohol, se va a su casa a dormir y en el camino se acerca una menor de quince años y lo empieza a seducir, siguiéndolo a su casa e ingresando con él, pero este se va a su cama a descansar; la menor empieza a desnudarse excitando al hombre quien se ve limitado por la intoxicación alcohólica que tiene (disminución de su capacidad de razonamiento), la menor provoca la erección en el sujeto y este le dice que eso esta mal que no prosiga pero ella no le presta atención, y se introduce el pene en su vagina, completando la acción típica; pero en este caso existe una limitación real en el sujeto,

que le limita su actitud mental y volitiva, aquí se podría realizar un análisis de aplicación de la atenuante analógica, pero esta responderá al criterio propio del juez, en el caso.

2.2.12.2 CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

➤ **Alevosía.**

Esta agravante no puede aplicarse al delito de violación en menor o incapaz porque solamente procede para los delitos contra la vida y la integridad física.

➤ **Premeditación.**

Esta circunstancia es polémica y ha desaparecido de algunas legislaciones como la española.

La premeditación es la persistencia de la voluntad criminal durante un intervalo de tiempo que transcurre entre la determinación firme de cometer el delito y su realización; perfectamente podría darse en el delito de violación en menor o incapaz de manera anticipada en el caso que Juan considera o hace un estudio detenido del plan a desarrollar, pensando, examinando o prestando atención y cuidado de como violar a Alicia, quien es menor de edad, por ejemplo a que horas llegara de la escuela, cuando no estarán sus padres o que horas se duerme.

Además del estudio, planeación, atención y cuidado que presta Juan, este ha de persistir en el tiempo, el querer cometer dicho delito, y que no exista en él un abandono de su idea de violar a Alicia.

➤ **La Insidia.**

Equivale a acechanza que significa engaño ó artificio que se emplea para dañar a otro.

En el inciso segundo del artículo 159 se menciona este medio, por consiguiente no es necesario aplicar la del artículo 30 del Código Penal.

➤ **Peligro Común.**

No se podría aplicar, puesto que se presenta para los delitos contra la vida y la integridad física. Sería ilógico que para violar a alguien se usara el fuego o explosivos o tal vez en el supuesto en donde amenaza a la víctima con usarlos.¹

➤ **Abuso de Superioridad.**

Esta agravante no aplica en el delito de violación en menor o incapaz, por las características propias del ilícito.

➤ **Artificio para lograr la Impunidad.**

a) En este supuesto el sujeto emplea algún artificio especialmente destinado a la realización del delito, la palabra artificio significa disimulo, cautela, doblez y astucia. Por ejemplo cuando el sujeto ordena a la víctima que se haga un duchado vaginal para que no queden restos de semen en su vagina y para que psicológicamente no se sientan sucias y no ofrezcan resistencia o lo denuncien después de cometido el hecho.

¹ ver infra . los medios comisivos , la fuerza y la amenaza .

b) El legislador lo que hace en este literal es castigar el motivo de la comisión del segundo delito, de manera que se estima más peligroso y culpable a quien no hay duda en volver a atacar el orden social.

El agente mata a la víctima de violación para evitar que lo delate.

➤ **Cometer el delito buscando de propósito la noche o el despoblado.**

Este requiere de dos elementos: objetivo y subjetivo.

Objetivo: en realidad debe existir oscuridad y soledad, el agente actúa bajo las condiciones físicas del lugar, en donde hay inexistencia de personas que pudieren ser obstáculo para que este realice el delito.

Subjetivo: las condiciones antes mencionadas tienen que ser buscadas o aprovechadas por el victimario, así por ejemplo un sujeto llega a un cantón donde no hay energía eléctrica en la noche, entra en la casa, amenaza con un arma a la familia y viola a la víctima; perfectamente esta situación es buscada por el agente porque sabe que no lo podrán reconocer en la oscuridad.

➤ **Menosprecio de autoridad.**

Esta conducta se agrava porque el hecho se lleva a cabo ante un agente de autoridad (véase artículo 39 del C. Pn.). Por ejemplo que un sujeto viole a un enfermo mental en presencia de un agente de la Policía Nacional Civil.

➤ **El Irrespeto Personal**

El supuesto que no puede darse en este caso es la edad, porque ya está contenido como elemento propio del delito de violación en menor.

➤ **Irrespeto del Lugar.**

Hay lugares que merecen respeto por razones culturales, sociales, éticas y cívicas, así están las iglesias (de cualquier denominación) en un Tribunal, en escuelas, monumentos, en servicio fúnebre, en el cementerio. Si el victimario realizara la violación de un esquizofrénico en algunos de los lugares que se mencionan, recibirá un mayor reproche de parte de la sociedad, y del juzgador obviamente, por no considerar ni el más mínimo respeto por aquel lugar.

➤ **Abuso de Situaciones Especiales.**

Cometer el delito con abuso de relaciones domésticas, de cohabitación o de hospitalidad

La agravante hace alusión a tres cualidades especiales del sujeto activo del delito. Se pueden resumir en una sola condición, que es la confianza, o lealtad que se deposita en aquél. De esas se analizará las dos últimas, porque el abuso de relaciones domésticas, es una circunstancia que cualifica el delito, aumentando con ello la consecuencia jurídica, es una agravante especial.

La confianza significa, seguridad, garantía de la actuación de cierta forma, probablemente conocida por el que la otorga. Cuando se convive con otras personas, se les puede confiar el cuidado de menores de edad, y sí el sujeto se aprovecha de ello para tener acceso carnal con él, la lealtad se ha atropellado, y por ello este sujeto, debe recibir una reprochabilidad mayor por su actuar, que aquél que ejecuta esa misma acción, sin aquella facilitación. Esta puede compartirse con familiares, (solo los Tíos, los primos) incluso con amigos. En cuanto a la hospitalidad, esta denota

gentileza, persona acogedora. Al abuso de esta situación, también se le reprocha más el quebrantarlo.

➤ **Sevicia.**

“Aumentar deliberadamente los sufrimientos de la víctima”.

Es un daño más allá del “normal”, que conlleva un sufrimiento excesivo del agredido, así por ejemplo en el delito en comento, se dará cuando el agresor utilice alguna sustancia que le impida eyacular, y esté por largo tiempo provocándole dolor y sufrimiento a la ofendida. Este sufrimiento tiene que ser necesariamente material.

➤ **Ignominia.**

“Emplear medios o hacer que concurran circunstancias que añadan ignominia a los efectos propios del hecho”. Significa que el autor además de cometer el delito, realiza acciones que provocan en la agredida sentimientos penosos en su dignidad ocasionado por estados deshonrosos y humillantes. Así por ejemplo, luego de haberse consumado la violación, la victima es llevada (sin sus ropas) hasta un lugar de mucha concurrencia de personas, quienes la observan.

Móvil de Interés Económico.

“Cometer el delito mediante precio, promesa, recompensa o esperanza de ventajas económicas”. Para apreciarla, tiene que ser el motor que empuje a la acción criminal al sujeto. Esta situación puede acoplarse, con la figura de la complicidad por parte del que ofrezca el beneficio, en el delito de violación en menor ó incapaz. Como en el caso que alguien le pague, incluso por adelantado un precio, a un sujeto para que viole al menor.

➤ **Móviles Fútiles o Viles.**

“Cometer el delito por móviles fútiles o viles”.

Dentro de lo que mueve materialmente o moralmente al sujeto a su manifestación contra el derecho está el motivo fútil que significa poco aprecio o importancia la poca consideración por algo. Esta cualidad esta imbíbida en el delito de violación en menor o incapaz, por que no existe ni el más mínimo respeto por la situación de la victima, que no puede expresar su defensa a tal agresión. La vileza, hace alusión a lo indigno, despreciable, por la sexualidad del menor y del incapaz, reduciéndolo a instrumento, objeto para satisfacer sus deseos sexuales.

➤ **Reincidencia o Habitualidad.**

El legislador establece adecuado agravar a aquél delito doloso que cometa un sujeto, que anteriormente había realizado uno o varios delitos. Es una especie de castigo extra que debe recibir por no haber actuado al margen del delito dentro de un cierto tiempo (cinco años). Esta agravante atenta contra el principio de “única persecución” reconocido en la Constitución de la República de El Salvador, en el artículo 11 parte última. Además la legislación penal esta inspirada en ser un derecho penal de Acto, no de autor. Lo que implica que se persigue el castigo del hecho delictivo en concreto, y no se va ha juzgan por actos cometidos antes y por los cuales ya haya respondido. No tiene aplicación está.

➤ **Daño a la Confianza Pública.**

“Tener el sujeto activo del delito, la calidad de funcionario público determinado, autoridad pública o agente de autoridad”. Cuando el sujeto activo fuere funcionario público, el delito de violación en menor o incapaz, se agrava, por encontrarse regulado en las agravantes especiales (artículo 162 número 2 C. Pn.). En lo tocante al funcionario público y al agente de autoridad, es preciso mencionar el significado de ellos. “Los primeros: son todas las personas que presten servicios, retributivos o gratuitos, permanentes o transitorios, civiles o militares, en la administración pública del Estado, del municipio o de cualquier Institución oficial autónoma, que sé hallen investidos de la potestad legal de considerar y decidir todo lo relativo a la organización y realización de los servicios públicos; y los segundos son los agentes de la Policía Nacional Civil”⁶⁴. Estos sujetos tienen potestades, que le confiere el Estado y la sociedad espera de ellos, actos apegados a la legalidad. Cuando uno de estos individuos accede carnalmente a un incapaz, el legislador erige tal actitud, a merecer un mayor reproche y consecuentemente mayor castigo; en el caso del policía, éste tiene que estar en el ejercicio actual de sus funciones.

➤ **Irrespeto a Funcionarios Públicos, Autoridad Pública o Agente de Autoridad.**

Con respecto a estos sujetos el delito sólo puede cometerse, ya sea cuando esté en estado de inconsciencia o incapacitado para resistir; Y cuando se coloque en aquél estado. Así por ejemplo cuando se ponga en estado de inconsciencia a una mujer

⁶⁴ Véase artículo 39 del Código Penal de El Salvador, de 1998.

policía y se acceda carnalmente, se estaría subsumiendo el tipo de violación en incapaz.

➤ **Circunstancia Ambivalente**

Conocida en la doctrina como mixta: el sujeto activo tiene una relación de parentesco directa con la víctima o ser cónyuge de ella. Además para darse se tomara en cuenta la naturaleza, las consecuencias y los móviles del delito. Para el ilícito en comento por regla general la circunstancia se asumirá como agravante especial que cualifica el tipo.

2.2.13 JURISPRUDENCIA NACIONAL.

La jurisprudencia nacional, tiene diferentes interpretaciones sobre cada uno de los elementos del delito de violación en menor o incapaz, siendo así que en algunos Tribunales de Sentencia de la República se contradicen en referencia a algunos componentes del mismo, y para ello se realiza un análisis interpretativo de algunas resoluciones.

2.2.13.1 CONDUCTA TIPICA.

El Tribunal de Sentencia de Ahuachapán, en dictamen realizado a las dieciséis horas y treinta minutos del día uno de septiembre de dos mil, sostiene que “La acción en el tipo de violación en menor ó incapaz consiste en el sostenimiento de una

relación sexual que implique la penetración del órgano viril en la vagina o en el ano de uno de los sujetos mencionados en el delito”

En Sentencia dictada en el Tribunal Tercero de Sentencia de la ciudad de San Salvador, referencia P0103-104-2000 resuelve "En el delito de violación en menor ó incapaz no es necesario la concurrencia de violencia psíquica o física como medio comisivo, así como tampoco el consentimiento o no por parte de la víctima" se adhieren a este concepto el Tribunal Segundo de Menores de San Salvador en resolución dictada con fecha M0102-9-2000 y el Tribunal de Sentencia de Sensuntepeque en juicio referencia P1401-16-2000.

El Tribunal Primero de Sentencia de Santa Ana en resolución dictada con referencia P0201-64-2001 estableció "El tipo penal genérico de violación exige que se haya utilizado la violencia como medio para lograr el inmisio penis, empero, tal circunstancia mediatista para el delito de violación en menor o incapaz no es exigible en su comprobación, ya que los sujetos pasivos de estos hechos punibles no se consideran capaces para valorar su incapacidad sexual y decidir responsablemente sobre ella".

El Tribunal de Sentencia de Usulután resuelve en sentencia P0501-09-2003 que “El delito de VIOLACION EN MENOR O INCAPAZ, de conformidad al art. 159 C. Pn., requiere para su configuración de una acción típica que consiste en 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”.

2.2.13.2 SUJETO ACTIVO

Tribunal de Sentencia Primero de San Salvador con referencia a la resolución PO101-55/2000. "En el delito de violación en menor o incapaz la participación del sujeto activo puede ser configurada tanto por un hombre como por una mujer." Sentencia 120/2004-1 Tribunal Segundo de Sentencia de San Miguel: "la violación exige la concurrencia de un sujeto activo que puede ser cualquier persona."

El Tribunal Cuarto de Sentencia de San Salvador en resolución referencia P0131-01-2003 "El sujeto activo es indiferenciado con la expresión "El que", por lo cual dichas calidades pueden concurrir en cualquier persona que se ajuste a la acción típica descrita en el Artículo 159"

2.2.13.3 SUJETO PASIVO.

Tribunal Segundo Sentencia de San Miguel en el delito de violación en menor o incapaz "Puede ser cualquier persona hombre o mujer".

2.2.13.4 TIPO SUBJETIVO.

Sentencia 120/2004-1 Tribunal Segundo de Sentencia de San Miguel " requiere que el sujeto activo tenga tanto el conocimiento como la voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo. Además requiere el ánimo libidinoso que debe imperar en la actuación del sujeto activo, que consista en la orientación de la voluntad

del mismo con fines eróticos sexuales. Se adhiere a este criterio el Juzgado Segundo de Menores de San Salvador con resolución "En el delito de violación en menor o incapaz, el dolo consiste en la conciencia y voluntad de tener acceso carnal contra la voluntad de la víctima como consecuencia del empleo de fuerza física o intimidación".

2.2.13.5 BIEN JURIDICO.

En cuanto a este elemento el Tribunal de Sentencia de San Francisco Gotera resuelve en sentencia P1201-52-2000 "En el delito de violación en menor o incapaz, al ser la víctima una menor de seis años de edad, se le hace imposible conocer el significado de la autonomía de su comportamiento sexual, por lo que la esfera de protección de este bien jurídico, va mas a proteger su indemnidad sexual que a su propia libertad sexual".

En resolución numero 120/2004-1 del Tribunal Segundo de Sentencia de San Miguel manifiesta "El bien jurídico protegido en el delito es la libertad sexual y en el caso de los menores la libertad sexual en potencia de los menores". En tanto el Tribunal de Sentencia de Santa Tecla según resolución P0401-50-2001, dicta "Las personas de muy corta edad o los incapaces carecen de libertad sexual, pues su desarrollo personal o situación de sus capacidades físicas o intelectuales no les permite 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 en el delito de violación en menor o incapaz

es la indemnidad o intangibilidad sexual del menor"; y el tribunal de sentencia de San Vicente resuelve "La indemnidad ó intangibilidad sexual tutela el ámbito sexual de los menores o incapaces, por lo que no podemos hablar que se tutela la libertad sexual, en la medida en que puedan afectar a la evolución y desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o en su equilibrio psíquico futuro". Por lo cual se infiere que la indemnidad o intangibilidad sexual es el criterio mas utilizado por los aplicadores de justicia.

2.2.14 DERECHO COMPARADO.

Es la ciencia cuyo objeto es el estudio de las semejanzas y diferencias entre los ordenamientos jurídicos de dos o más países. Por ello se realiza una comparación entre las regulaciones penales en los distintos países de América latina y Europa sobre el ilícito de violación en menor ó incapaz.

En el siguiente cuadro se presentan los tipos penales vigentes en los distintos países y sus diferencias o semejanzas con el Artículo 159 del código penal salvadoreño.

PAÍS	TIPO PENAL	DIFERENCIAS	SEMEJANZAS
EL SALVADOR	<i>Artículo 159. El que tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con menor de quince años o con otra persona aprovechándose de su enajenación mental, de su estado de inconsciencia o de su incapacidad de resistir, será castigado con prisión de catorce a veinte años. Quien mediante engaño coloque en estado de</i>		

	<i>inconsciencia a la víctima o la incapacite para resistir, incurrirá en la misma pena, si realiza la conducta descrita en el inciso primero de este artículo.</i>		
ALEMANIA	<p>§ 176. Abuso sexual de niños</p> <p>(1) <i>Quien practique acciones sexuales en una persona menor de 14 años (niño) o permita que se practiquen en él por el niño, será castigado con pena privativa de la libertad de seis meses hasta diez años. En casos menos graves con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.</i></p> <p>(2) <i>En la misma forma será castigado quien disponga a un niño, para que practique acciones sexuales con un tercero o para que permita que un tercero los practique en él.</i></p> <p>(3) <i>Será castigado con pena privativa de la libertad de hasta de cinco años o con multa, quien</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>practique acciones sexuales ante un niño</i> 2. <i>determine a un niño a que practique acciones sexuales consigo mismo, o,</i> 3. <i>influya sobre un niño por medio de la presentación de ilustraciones o representaciones pornográficas o por dispositivos sonoros de contenido pornográfico o por conversaciones en el mismo sentido.</i> <p>(4) <i>La tentativa es punible; esto no rige para hechos según el inciso 3 numeral 3</i></p>	<p>Denomina a la relación sexual como acciones sexuales.</p> <p>El sujeto pasivo es menor de 14 años niño.</p> <p>Establece varias consecuencias jurídicas.</p> <p>Regula varios supuestos de hecho.</p> <p>Castiga en el mismo artículo la instigación, las exhibiciones obscenas y la promoción a la pornografía.</p> <p>El Bien Jurídico protegido es la Autodeterminación sexual.</p> <p>La tentativa es punible y esta regulada en el tipo.</p>	<p>Cualquiera puede ser el sujeto el que realice la conducta al usar la palabra “Quien”.</p>
ALEMANIA	<p>§ 179. Abuso sexual de personas incapaces de resistir</p> <p>(1) <i>Quien abuse de otra persona que: 1 a causa de una enfermedad o discapacidad mental o psíquico, inclusive una enfermedad de adicción o a causa de una profunda perturbación en la conciencia, o,</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 2. <i>físicamente es incapaz para la resistencia, practicando actos sexuales en ella, o permitiendo que se practiquen en él bajo el aprovechamiento de la incapacidad de resistencia, será castigada con pena privativa de la libertad de seis meses hasta diez años.</i> <p>(2) <i>En la misma forma será castigado quien abuse de una persona incapaz de resistir (inciso 1) disponiéndola bajo aprovechamiento de su incapacidad de resistir para efectuar acciones sexuales en un tercero o permitir que un tercero las practique sobre si.</i></p> <p>(3) <i>La tentativa es punible</i></p> <p>(4) <i>Se impondrá pena privativa de la libertad no inferior a un año, cuando:</i></p>	<p>Regula por aparte el abuso de personas incapaces de resistir.</p> <p>Las situaciones en que se encuentra el sujeto pasivo pueden ser: a) discapacidad o enfermedad mental o enfermedad de adicción, b) perturbación “profunda de la conciencia, aquí se exige que sea profunda no moderada, caso que en la legislación salvadoreña no se regula.</p> <p>El número 2 de este artículo menciona el caso en que el agente practica el acto sexual sobre persona que es incapaz físicamente de resistir, (establece a que tipo de incapacidad se refiere) o el supuesto en que lo permita (especie de omisión).</p>	<p>Discapacidad mental, perturbación de la conciencia. Contiene el elemento aprovechamiento de persona incapacitada para resistir.</p>

	<p>1. el autor consume el acceso carnal con la víctima o practique o se deje practicar acciones sexuales similares que están asociadas con una penetración en el cuerpo,</p> <p>2. el hecho es cometido por varios en común</p> <p>3. el autor cause en la víctima una lesión grave de salud o un daño significativo del desarrollo físico o psíquico.</p> <p>(5) En casos menos graves de los incisos 1, 2 y 4 se impondrá una pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años.</p> <p>(6) El § 176a inciso 4 y el § 176b rigen en lo correspondiente.</p>	<p>La pena de estos supuestos es de 6 meses hasta 10 años.</p> <p>Se castiga el caso en que el agente aprovechándose de la incapacidad de resistir, disponga para que esta realice acciones sexuales en un tercero, o que este (el agente) permita que se practique sobre él.</p> <p>Se castiga la tentativa en los casos arriba mencionados.</p> <p>Supuestos en que la pena a imponer no sea inferior a un año:</p> <p>a) consumación del acceso carnal con la víctima, o se deje practicar acciones sexuales que estén asociadas a una penetración en el cuerpo. b) cometido por varios en común, c) se haya causado una lesión grave de salud o física o mental.</p>	
FRANCIA	<p>Artículo 222-23</p> <p>Todo acto de penetración sexual, de cualquier naturaleza, cometido sobre persona ajena con violencia, coacción, amenaza o por sorpresa constituye una violación.</p> <p>La violación será castigada con quince años de reclusión criminal.</p>	<p>Define que se entiende por violación.</p> <p>La conducta se denomina acto de penetración sexual.</p> <p>La violación se puede realizar mediante sorpresa.</p> <p>La pena es de 15 años de reclusión criminal.</p>	
FRANCIA	<p>Artículo 222-24</p> <p>La violación se castigará con veinte años de reclusión criminal:</p> <p>1º Cuando haya provocado mutilación o invalidez permanente;</p> <p>2º Cuando se haya cometido sobre un menor de quince años;</p> <p>3º Cuando se haya cometido sobre una persona cuya especial vulnerabilidad, debido a su edad, enfermedad, invalidez, deficiencia física o psíquica o a su estado de gestación, sea aparente o conocida por el autor;</p> <p>4º Cuando haya sido cometida por ascendiente legítimo, natural o adoptivo, o por cualquier otra persona con autoridad sobre la víctima;</p>	<p>Circunstancias que agravan la violación.</p> <p>Hace una enumeración de distintos casos que se presenten en la violación general.</p> <p>Regula la violación de mujer en estado de gestación como agravante.</p>	<p>El sujeto pasivo es menor de quince años.</p> <p>La pena aplicable tiene como máximo prisión de veinte años.</p>

	<p>5º Cuando la haya cometido una persona abusando de la autoridad que le confieren sus funciones;</p> <p>6º Cuando la hayan cometido varias personas actuando en calidad de autor o de cómplice;</p> <p>7º Cuando se haya cometido con el uso o la amenaza de un arma;</p> <p>8º Cuando la víctima se haya puesto en contacto con el autor de los hechos gracias a la utilización de una red de telecomunicaciones para la difusión de mensajes destinados a un público no determinado;</p> <p>9º Cuando se haya cometido en razón de la orientación sexual de la víctima.</p>	<p>Regula expresamente el acto cometido por autor y cómplice.</p> <p>Castiga el hecho de que el autor haya conocido a la víctima por medio de Internet ó foros de mensajes telefónicos.</p>	
ESPAÑA	<p>Artículo 180</p> <p>1. 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, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:</p> <p>1ª Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.</p> <p>2ª Cuando se cometan por la actuación de dos o más personas.</p> <p>3ª Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y en todo caso, cuando sea menor de trece años.</p> <p>4ª Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido en una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.</p> <p>5ª Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente susceptibles de producir muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este código, sin perjuicio de la pena que pudiere corresponder por la muerte o lesiones causadas.</p> <p>2. Si concurrieren dos ó más de las anteriores circunstancias, la penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior.</p>	<p>Establece las circunstancias agravantes del delito de Violación y agresiones sexuales.</p>	
ESPAÑA	<p>Artículo 181.</p> <p>1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de</p>	<p>Protege dos bienes jurídicos. Regula la acción como abusos sexuales El menor debe tener menos de</p>	<p>No es necesaria la violencia, intimidación consentimiento</p>

	<p><i>abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.</i></p> <p><i>2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare.</i></p> <p><i>3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaleándose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.</i></p> <p><i>4. Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurriere la circunstancia 3ª o la 4ª, de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este Código.</i></p>	<p>trece años. pena de 1 a 3 años o multa de 18 a 24 meses</p>	<p>Protege la Libertad Sexual Personas privadas de sentido y trastornos mentales (enajenación mental).</p>
ESPAÑA	<p><i>Artículo 182.</i></p> <p><i>1. En todos los casos del artículo anterior, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a 10 años.</i></p> <p><i>2. La pena señalada en el apartado anterior se impondrá en su mitad superior cuando concurra la circunstancia 3ª o la 4ª, de las previstas en el artículo 180.1 de este Código.</i></p>	<p>Acceso carnal por vía bucal. Pena de 4 a 10 años En el mismo artículo se establece una agravante</p>	<p>Acceso carnal por vía vaginal y anal</p>
COLOMBIA	<p><i>Artículo 207. Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir. El que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, incurrirá en prisión de ocho (8) a quince (15) años.</i></p>	<p>El acceso carnal Bucal. La pena es prisión de ocho a quince años.</p>	<p>El acceso carnal debe ser por vía vaginal o anal. Contiene el supuesto que el autor haya provocado el estado de inconsciencia ó la incapacidad de resistir. Mantiene similar redacción con respecto al incapaz. El sujeto activo es indiferenciado.</p>
COLOMBIA	<p><i>Artículo 208. Acceso carnal abusivo con menor de catorce años. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.</i></p>	<p>Regula el acceso carnal abusivo con menor de catorce años. Pena de 4 a 8 años.</p>	
COLOMBIA	<p><i>Artículo 210. Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir. El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o</i></p>	<p>A la enajenación mental se le denomina trastorno mental. Pena de 4 a 8 años.</p>	

	<i>que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.</i>		
COLOMBIA	<i>Artículo 212. Acceso carnal. Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto.</i>	Acceso carnal por vía oral o penetración de objetos o cualquier parte del cuerpo humano o objeto. (mezcla de conducta típica de violación y agresiones sexuales)	Acceso carnal por vía vaginal o anal.
VENEZUELA	<i>Artículo 375.- El que por medio de violencias o amenazas haya constreñido a alguna persona, del uno o del otro sexo, a un acto carnal, será castigado con presidio de cinco a diez años. La misma pena se le aplicará al individuo que tenga un acto carnal con persona de uno u otro sexo, que en el momento del delito: 1.- No tuviere doce años de edad. 2.- O que no haya cumplido dieciséis años, si el culpable es un ascendiente, tutor o institutor. 3.- O que hallándose detenida o condenada, haya sido confiada a la custodia del culpable. 4.- O que no estuviere en capacidad de resistir por causa de enfermedad física o mental; por otro motivo independiente de la voluntad del culpable o por consecuencia del empleo de medios fraudulentos o sustancias narcóticas o excitantes de que este se haya valido.</i>	El Bien jurídico protegido es el pudor. Especifica los medios como la violencia y la amenaza para realizar el delito. No se le denomina acceso carnal. Se agrava la violación si el sujeto pasivo es menor de doce años, incapaz de resistir física y mental. Esta puede darse independientemente de la voluntad del agente. Se regulan el uso de medios como sustancias narcóticas y excitantes. Pena de presidio de 5 a 10años.	La incapacidad puede ser producida por el agente (inciso segundo)
CHILE	<i>Art. 361 La violación de una mujer será castigada con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio. Se comete violación yaciendo con la mujer en alguno de los casos siguientes: 1 Cuando se usa de fuerza o intimidación. 2 Cuando la mujer se halla privada de razón o de sentido por cualquier causa. 3 Cuando sea menor de doce años cumplidos, aun cuando no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores. En el caso del número 3.º del inciso anterior, la pena será de presidio mayor en su grado medio a máximo.3</i>	La violación es el yacimiento con mujer. La violación solo puede ser cometida en mujer. Los medios pueden ser fuerza e intimidación. Menor de 12 años cumplidos. El bien jurídico es “el orden de la familia y la moralidad pública. Las penas menores van de los 6 días hasta los 5 años; y las penas mayores, de los 5 años un día hasta los 20 años. (Artículo 25).	
PARAGUAY	<i>Artículo 135.- Abuso sexual en niños</i>		

	<p><i>1° El que realizara actos sexuales con un niño o lo indujera a realizarlos en sí mismo o a terceros, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa. Con la misma pena será castigado el que realizara actos sexuales manifiestamente relevantes ante un niño y dirigidos a él, o lo indujera a realizarlos ante sí o ante terceros.</i></p> <p><i>2° En los casos señalados en el inciso anterior la pena privativa de libertad será aumentada hasta cinco años cuando el autor:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <i>1. al realizar el hecho haya maltratado físicamente a la víctima en forma grave;</i> <i>2. haya abusado de la víctima en diversas ocasiones; o</i> <i>3. haya cometido el hecho con un niño que sea su hijo biológico, adoptivo o hijastro, o con un niño cuya educación, tutela o guarda esté a su cargo.</i> <p><i>3° Cuando concurren varios agravantes de los señalados en el inciso 2°, el autor será castigado con pena privativa de libertad de hasta seis años.</i></p> <p><i>4° En los casos señalados en el inciso 1°, la pena privativa de libertad será de dos a diez años cuando el autor haya realizado el coito con la víctima.</i></p> <p><i>5° Será castigado con pena de multa el que:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <i>1. realizara delante de un niño actos exhibicionistas aptos para perturbarle; o</i> <i>2. con manifestaciones verbales obscenas o publicaciones pornográficas en los términos del artículo 14, inciso 3° se dirigiera al niño para estimularlo sexualmente o causarle rechazo respecto al sexo.</i> <p><i>6° Cuando el autor sea menor de diez y ocho años, se podrá prescindir de la pena.</i></p> <p><i>7° En los casos de los incisos 1° y 5° se podrá prescindir de la persecución penal, cuando el procedimiento penal intensificara desproporcionadamente el daño ocasionado a la víctima.</i></p> <p><i>8° Se entenderá por niño, a los efectos de este artículo, a la persona menor de catorce años.</i></p>	<p>La acción se denomina actos sexuales.</p> <p>Regula varios supuestos de hecho.</p> <p>Establece en el mismo artículo las agravantes.</p> <p>Si el acto sexual consiste en coito se considera agravante.</p> <p>Se sanciona el acto sexual con menor de catorce años.</p> <p>Se regulan distintas sanciones.</p>	
<p>PARAGUAY</p>	<p><i>Artículo 128.- Coacción sexual</i></p> <p><i>1° El que mediante fuerza o amenaza con peligro presente para la vida o la integridad física, coaccionara a otro a padecer en su persona actos sexuales, o a realizar tales actos en sí mismo o con terceros, será castigado con pena privativa de libertad de hasta diez años. Cuando la víctima haya sido coaccionada al coito con el autor o con terceros, la pena privativa de libertad será de dos</i></p>	<p>Establece como medio la fuerza o amenaza.</p> <p>No regula expresamente la violación en menor ó incapaz.</p>	

	<p><i>a doce años. Cuando la víctima del coito haya sido un menor, la pena privativa de libertad será de tres a quince años.</i></p> <p><i>2° La pena podrá ser atenuada con arreglo al artículo 67 cuando, por las relaciones de la víctima con el autor, se dieran considerables circunstancias atenuantes.</i></p> <p><i>3° A los efectos de esta ley se entenderán como:</i></p> <p><i>1. actos sexuales, sólo aquellos que, respecto del bien jurídico protegido, sean manifiestamente relevantes;</i></p> <p><i>2. actos sexuales realizados ante otro, sólo aquellos que el otro percibiera a través de sus sentidos.</i></p>		
ARGENTINA	<p>Artículo 119</p> <p><i>Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años, el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera 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.</i></p> <p><i>La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.</i></p> <p><i>La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía.</i></p> <p><i>En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si:</i></p> <p><i>a. Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima;</i></p> <p><i>b. El hecho fuere cometido 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;</i></p> <p><i>c. El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio;</i></p> <p><i>d. El hecho fuere cometido por dos o mas personas o con armas;</i></p> <p><i>e. El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;</i></p>	<p>El Bien Jurídico es La Integridad Sexual</p> <p>Regula como medio la violencia, la amenaza, abuso coactivo o intimidación.</p> <p>En el mismo artículo se regulan las agravantes.</p> <p>Establece varias consecuencias jurídicas.</p>	<p>El sujeto pasivo es indiferenciado.</p> <p>Establece el aprovechamiento.</p>

	<p><i>f. El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.</i></p> <p><i>En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión si ocurrieren las circunstancias de los incisos a., b., d., e. o f..</i></p>		
BOLIVIA	<p><i>Art. 308°.- (VIOLACIÓN). El que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo, incurrirá en privación de libertad de cuatro a diez años, en los casos siguientes:</i></p> <p><i>1) Si se hubiere empleado violencia física o intimidación.</i></p> <p><i>2) Si la persona ofendida fuere una enajenada mental o estuviere incapacitada, por cualquier otra causa, para resistir.</i></p> <p><i>Si la violación fuere a persona menor que no ha llegado a la edad de la pubertad, el hecho se sancionará con la pena de diez a veinte años de presidio; y si como consecuencia del hecho se produjere la muerte de la víctima, se aplicará la pena correspondiente al asesinato.</i></p>	<p>Se establece como medio la violencia física o intimidación para violación simple.</p> <p>La pena puede ser de cuatro a diez años de prisión o de diez a veinte años.</p> <p>No se establece una edad concreta para considerarse menor.</p>	<p>Los sujetos pasivos son incapaces de resistir, enajenados mentales y menor.</p> <p>La pena máxima a imponer es de veinte años.</p> <p>El Bien Jurídico es La Libertad Sexual.</p>
URUGUAY	<p>ARTICULO 272. (Violación)</p> <p><i>Comete violación el que complete a una persona del mismo o de distinto sexo, con violencias o amenazas a sufrir la conjunción carnal, aunque el acto no llegara a consumarse.</i></p> <p><i>La violación se presume cuando la conjunción carnal se efectúa:</i></p> <p><i>1° Con persona del mismo o diferente sexo, menor de quince años. No obstante, se admitirá prueba en contrario cuando la víctima tuviere doce años cumplidos;</i></p> <p><i>2° Con persona que, por causas congénitas o adquiridas, permanentes o transitorias, se halla, en el momento de la ejecución del acto, privada de discernimiento o voluntad;</i></p> <p><i>3° Con persona arrestada o detenida, siempre que el culpable resulte ser el encargado de su guarda o custodia;</i></p> <p><i>4° Con fraude, sustituyéndose el culpable a otra persona.</i></p> <p><i>Este delito se castiga, según los casos, con penitenciaría de dos a doce años.</i></p>	<p>La acción es la conjunción carnal.</p> <p>Regula la tentativa.</p> <p>Establece supuestos especiales de realización.</p> <p>La pena de dos a doce años de prisión.</p> <p>El Bien Jurídico es el Pudor.</p>	<p>El sujeto pasivo es menor de quince años.</p> <p>El sujeto pasivo es indiferenciado.</p>
MEXICO	<p>ARTÍCULO 174. <i>Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de seis a diecisiete años.</i></p>	<p>Establece como medio la violencia física o moral.</p> <p>La acción es la copula vía anal,</p>	<p>El sujeto pasivo es indiferenciado.</p> <p>La penetración vía vaginal ó</p>

	<p><i>Se entiende por cópula, la introducción del pené en el cuerpo humano por vía vaginal, anal o bucal.</i></p> <p><i>Se sancionará con la misma pena antes señalada, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento, instrumento o cualquier parte del cuerpo humano, distinto al pené, por medio de la violencia física o moral.</i></p> <p><i>Si entre el activo y el pasivo de la violación existiera un vínculo matrimonial, de concubinato o de pareja, se impondrá la pena prevista en este artículo, en estos casos el delito se perseguirá por querrela.</i></p>	<p>vaginal o bucal.</p> <p>La pena es de seis a doce años de prisión.</p> <p>Establece en el mismo artículo las agresiones sexuales.</p> <p>La violación cuando existe vínculo matrimonial, concubinato o de pareja, se persigue mediante querrela.</p> <p>Establece requisito de procesabilidad.</p> <p>Los Bienes Jurídicos son Seguridad Sexual y Normal Desarrollo Psicosexual.</p>	<p>anal.</p> <p>EL Bien Jurídico es la Libertad Sexual.</p>
MEXICO	<p>ARTÍCULO 175. <i>Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena, al que:</i></p> <p><i>I. Realice cópula con persona menor de doce años de edad o con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; o</i></p> <p><i>II. Introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento, instrumento o cualquier parte del cuerpo humano distinto del pené 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. Si se ejerciera violencia física o moral, la pena prevista se aumentará en una mitad.</i></p>	<p>La acción es la copula.</p> <p>El sujeto pasivo es menor de doce años.</p> <p>Equipara la violación con las agresiones sexuales.</p> <p>Se regula como agravante la violencia física ó moral.</p> <p>Pena de seis a dieciséis años de prisión.</p>	<p>El sujeto activo es indiferenciado.</p>
GUATEMALA	<p>ARTICULO 173. <i>Comete delito o violación quien yaciere, con mujer, en cualquiera de los siguientes casos: 1o. Usando de violencia suficiente para conseguir su propósito. 2o. Aprovechando las circunstancias, provocadas o no por el agente, de encontrarse la mujer privada de razón o de sentido o incapacitada para resistir. 3o. En todo caso, si la mujer fuere menor de doce años. En los casos prescritos la pena a imponer será de seis a doce años.</i></p>	<p>La acción es el yacimiento.</p> <p>El sujeto pasivo solo puede ser mujer.</p> <p>Establece como medio la violencia suficiente, para conseguir el propósito.</p> <p>Es menor de doce años.</p> <p>El Bien Jurídico es la Seguridad Sexual y el Pudor</p>	<p>El sujeto pasivo es incapaz de resistir, mujer privada de razón.</p> <p>Menciona el aprovechamiento.</p> <p>El Bien Jurídico es La Libertad Sexual.</p>
HONDURAS	<p>ARTICULO 140. <i>El acceso carnal con persona de uno u otro sexo mediante violencia o amenaza de ocasionarle 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 un perjuicio grave e inminente, constituye el delito</i></p>	<p>La acción es el acceso carnal Bucal.</p> <p>Establece como medio la violencia o amenaza.</p> <p>Regula distintos supuestos de hecho que agravan la pena.</p> <p>Se dan diferentes penas para</p>	<p>La acción es acceso carnal por vía vaginal ó anal.</p> <p>El sujeto activo es indiferenciado.</p> <p>El sexo del sujeto pasivo es indiferenciado.</p> <p>Regula la puesta intencional</p>

	<p>de violación. Son casos especiales de violación el acceso carnal con persona de uno u otro sexo cuando concorra cualquiera de las circunstancias siguientes: 1) Que la víctima sea menor de catorce (14) y mayor de doce (12) años; 2) Que la víctima se halle privada de razón o de voluntad o cuando por cualquier causa no pueda oponer resistencia. En igual pena incurrirá quien intencionalmente drogue o embriague a una persona con el fin de violarla; 3) 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 a la misma; y, 4) Cuando el culpable se hace pasar por otra persona. El autor del delito de violación será sancionado con reclusión de nueve (9) a trece (13) años. Si la víctima es menor de doce (12) o mayor de setenta (70) años o si la violación se comete por más de una persona, o por alguien reincidente, la pena será de quince (15) a veinte (20) años. La pena a que se refiere el párrafo anterior se aplicará también a los que a sabiendas que son portadores del Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida / virus de Inmuno Deficiencia Humano (SIDA/VIH) o una enfermedad contagiosa incurable, cometen la violación. Para los efectos de este Artículo se entenderá por acceso carnal el que se tenga por vía vaginal, anal o bucal.</p>	<p>cada supuesto. Se da por vía bucal. Realiza una clasificación gradual de las penas. Establece casos especiales de violación (agravantes). Si se realiza la violación sobre persona mayor de setenta años el delito se agrava. Se aplica el supuesto que el sujeto activo tenga SIDA. Establece el supuesto de la suplantación de persona.</p>	<p>en estado de inconsciencia con intención de violar. La pena máxima es de veinte años de prisión. El Bien Jurídico es La Libertad Sexual.</p>
COSTA RICA	<p>ARTÍCULO 156.- Será sancionado con pena de prisión de diez a dieciséis años, quien se haga acceder o tenga acceso carnal, por vía oral, anal o vaginal, con una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos: 1) Cuando la víctima sea menor de doce años. 2) Cuando la víctima sea incapaz o se encuentre incapacitada para resistir. 3) 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.</p>	<p>La acción es hacerse acceder o acceder carnalmente por vía vaginal, anal ú oral. Sujeto pasivo es menor de doce años. Establece como medio la violencia corporal ó intimidación. Equipara la violación a la introducción de uno ó varios dedos. La pena es de diez a dieciséis años de prisión.</p>	<p>Acceso carnal por vía vaginal o anal. El sujeto pasivo puede ser enajenado mental, incapaz de resistir.</p>
CUBA	<p>ARTÍCULO 298. 1. Se sanciona con privación de libertad de cuatro a diez años al que tenga acceso carnal con una mujer sea por vía normal o contra</p>	<p>El sujeto pasivo debe ser mujer. Regula la fuerza o intimidación como medio comisivo.</p>	<p>El acceso carnal es por vía normal ó contra natura. El sujeto pasivo es enajenado</p>

	<p><i>natura siempre que en el hecho concurra alguna de las circunstancias siguientes:</i></p> <p><i>a) usar el culpable de fuerza o intimidación suficiente para conseguir su propósito;</i></p> <p><i>b) hallarse la víctima en estado de enajenación mental o de trastorno mental transitorio, o privada de razón o de sentido por cualquier causa, o incapacitada para resistir, o carente de la facultad de comprender el alcance de su acción o de dirigir su conducta.</i></p> <p><i>2. La sanción es de privación de libertad de siete a quince años:</i></p> <p><i>a) si el hecho se ejecuta con el concurso de dos o más personas;</i></p> <p><i>b) si el culpable para facilitar la ejecución del hecho se presenta vistiendo uniforme militar o aparentando ser funcionario público;</i></p> <p><i>c) si el hecho se ejecuta por una persona que con anterioridad ha sido sancionada por el mismo delito.</i></p> <p><i>3. La sanción es de privación de libertad de ocho a veinte años o muerte:</i></p> <p><i>a) si la víctima es una menor de 12 años de edad;</i></p> <p><i>b) si como consecuencia del hecho resultan lesiones o enfermedad graves.</i></p>	<p>Establece varios supuestos de hecho y consecuencias jurídicas.</p> <p>Establece la pena de muerte si la víctima es menor de doce años.</p> <p>Establece las penas como un catalogo según la gravedad del hecho.</p> <p>El Bien Jurídico es El Pudor.</p>	<p>mental, persona privada de sentido o incapaz de resistir.</p>
--	--	---	--

2.3 DEFINICIÓN OPERACIONAL DE TERMINOS BASICOS.

- **Violación:** Relación sexual forzada sin el consentimiento de una persona o en que esta opone resistencia. Acto del coito o de contacto del pene con la vagina de carácter forzoso y con una victima no voluntaria. Es el acceso carnal cumplido sobre persona de uno y otro sexo, de cualquier edad, sin consentimiento valido de la misma.
- **Menor:** Persona que no ha llegado a la mayoría de edad legal.
- **Sueño:** Proviene del latino somnus que significa suspensión normal de la conciencia y vida de la relación, durante la cual el organismo se repara de la fatiga
- **Estupefaciente:** Sustancia narcótica que ocasiona a quien la ingiere graves trastornos psicofisiológicos.
- **Hipnosis:** Un estado de sueño o trance inducido en una persona por medio de sugestión verbal por parte del hipnotizador o por concentración en un objeto.
- **Acceso:** Acción de llegar o acercarse; entrada o paso.
- **Acceso Carnal:** Acto de penetración sexual del órgano sexual masculino en el cuerpo de otra persona, cualquiera que sea su sexo, se haga por vía normal o por vía anormal. Son expresiones equivalentes ayuntamiento carnal, yacimiento, coito, concúbiteo y cópula.
- **Incapaz:** defecto o falta de capacidad, de actitud para ejercer derechos y contraer obligaciones. Respecto del delito de violación en menor o incapaz, es

toda persona que no haya cumplido los quince años de edad, que se encuentre en estado de inconsciencia, con enajenación mental o que este incapacitada de resistir.

- **Vagina:** Parte del aparato genital femenino que forma un canal desde el orificio vestibular hasta el cuello del útero, se encuentra por detrás de la vejiga y por delante del recto.
- **Ano:** Abertura del extremo distal del conducto anal.
- **Alcoholismo:** Conjunto de trastornos mórbidos producidos por el abuso de bebidas alcoholcas.
- **El Coma:** Un estado de pérdida total de conocimiento en que la victima no puede recobrase ni siquiera apelando a la más poderosa estimulación.
- **Retraso Mental:** Insuficiencia congénita o de comienzo precoz de desarrollo intelectual.
- **Enajenación:** Término que se emplea para designar cualquier alteración mental que coloca al sujeto en la imposibilidad de llevar una vida normal y de tomar parte en las actividades colectivas de la sociedad; etimológicamente deriva de la palabra “alieno” que significa ajeno.
- **Sistema nervioso Central:** Sistema orgánico que en compañía del sistema endocrino correlaciona los ajustes y reacciones del organismo a las condiciones internas y ambientales, que comprende el encéfalo y la médula espinal.

- **Desmayo:** Pérdida temporal de la conciencia debido a isquemia cerebral generalizada.
- **Epilepsia:** Grupo de trastornos neurológicos caracterizados por episodios recurrentes de crisis convulsivas, trastornos sensoriales, anomalías del comportamiento y pérdida de conciencia; a veces se presentan todos estos síntomas juntos.
- **Coito:** Unión sexual de un hombre y una mujer en el cual el pene es insertado en la vagina.
- **Derecho Comparado:** Ciencia cuyo objeto es el estudio de las semejanzas y diferencias entre los ordenamientos jurídicos de dos ó más países.
- **Enajenación:** término que se emplea para designar cualquier alteración mental que coloca al sujeto en la imposibilidad de llevar una vida normal y de tomar parte en las actividades colectivas de la sociedad.
- **Enajenación mental:** es el conjunto de estados psicológicos, de origen orgánico y funcional, más o menos sensibles y permanentes, caracterizado por el impedimento, perversión desordenada de los procesos intelectivos, volitivos o afectivos.
- **Embriaguez:** conjunto de fenómenos transitorios causados por el abuso de las bebidas fermentadas; alcoholismo agudo. Síndrome neuro-psiquiátrico constituido por intoxicaciones agudas masivas.
- **Jurisprudencia:** Se entiende por tal la interpretación que de la Ley hacen los tribunales para aplicarla a los casos sometidos a su jurisdicción.

- **Bien jurídico:** En sentido general, el bien que se halla protegido o amparado por el derecho.
- **Participación:** Acción y efecto de participar, de tener una parte de una cosa o tocarle algo de ella. En sentido técnico jurídico, son partícipes quienes contribuyen culpablemente a la producción del delito, sin cumplir el proceso ejecutivo típico y sin ser punibles como autores.
- **Libertad Sexual:** Es el derecho que tienen las personas de ejercer la actividad sexual de manera libre y sin ningún tipo de coacción para realizarla.⁶⁵
- **Autoría:** locución que comprende a cuantos están afectados por la comisión de un delito, tanto si toman parte directa en su ejecución como si fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo, o bien si cooperan a la ejecución de un hecho con un acto sin el cual no se habría efectuado. La autoría puede ser inmediata directa, mediata y de coautoría.
- **Pené:** Órgano reproductor externo del hombre, homologo del clítoris femenino. Esta inserto mediante ligamentos a las porciones frontal y lateral del arco pubiano y esta compuesto por tres masas cilíndricas cavernosas cubiertas de piel.

CAPITULO

III

**METODOLOGÍA DE LA
INVESTIGACION**

3.1 SISTEMA DE HIPOTESIS.

OBJETIVO GENERAL					
Explicar el alcance y contenido del delito de Violación en Menor ó Incapaz.					
HIPOTESIS GENERAL					
El contenido del tipo de la violación en menor ó incapaz es amplio y requiere de un análisis especial en el sujeto pasivo y en la conducta típica.					
Definición Conceptual.	Definición Operacional.	Variable Independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
<p>Violación en menor o incapaz Es el acceso carnal por vía vaginal ó anal con menor de quince años o con otra persona aprovechándose de su enajenación mental, estado de inconsciencia ó incapacidad de resistir.</p>	<p>Relación sexual con persona limitada física y mentalmente para consentir, y por tanto contraria a la ley. Artículo 159 del Código Penal.</p>	<p>Contenido del tipo penal</p>	<ul style="list-style-type: none"> ❑ Supuesto de hecho. ❑ Consecuencia Jurídica. ❑ Elementos esenciales. ❑ Elementos no esenciales. 	<p>Formas de Interpretación de los aplicadores de justicia, fiscales, procuradores y litigantes con relación al delito regulado en el Artículo 159 del código penal referente a la violación en menor ó incapaz.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ❑ Sujeto Pasivo. ❑ Sujeto Activo. ❑ Bien Jurídico. ❑ Consecuencia jurídica.

OBJETIVO GENERAL

Analizar la estructura del delito de violación en menor ó incapaz.

HIPOTESIS GENERAL

El ilícito de violación en menor ó incapaz presenta una estructura que lo diferencia de otros delitos sexuales y generan problemas al aplicarlo.

Definición Conceptual.	Definición Operacional.	Variable Independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
Delito Es la acción típica, antijurídica y culpable.	Conducta penalmente relevante, contraria a derecho y reprochable	Elementos del tipo de violación en menor ó incapaz.	<ul style="list-style-type: none"><input type="checkbox"/> Conducta Típica.<input type="checkbox"/> Sujeto Activo.<input type="checkbox"/> Sujeto Pasivo.<input type="checkbox"/> Bien Jurídico.<input type="checkbox"/> Consecuencia.	Problema en su aplicación.	<ul style="list-style-type: none"><input type="checkbox"/> Elementos objetivos.<input type="checkbox"/> Elementos Subjetivos.<input type="checkbox"/> Error de Tipo.<input type="checkbox"/> Error de Prohibición.

OBJETIVO ESPECIFICO.

Determinar el Bien Jurídico que protege el tipo de violación en menor ó incapaz.

HIPOTESIS ESPECIFICA.

El Bien Jurídico protegido en el tipo de violación en menor ó incapaz es para el legislador la libertad sexual y para la mayoría de juzgadores la indemnidad ó intangibilidad.

Definición Conceptual.	Definición Operacional.	Variable Independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
<p>Bien Jurídico</p> <p>Es el derecho subjetivo de gran valor social y que requiere protección del Estado.</p>	<p>Valor y objeto de la norma jurídica</p>	<p>Bien Jurídico</p>	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Menor de quince años. <input type="checkbox"/> Enajenado Mental. <input type="checkbox"/> Inconsciente. <input type="checkbox"/> Incapaz de Resistir. 	<p>Libertad Sexual Indemnidad o intangibilidad</p>	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Capacidad para ejercer un derecho. <input type="checkbox"/> Excento de Daños. <input type="checkbox"/> Protección Especial. <input type="checkbox"/> Autodeterminación.

OBJETIVO ESPECIFICO.

Analizar el principio de proporcionalidad con relación al tipo de violación en menor ó incapaz.

HIPOTESIS ESPECIFICA.

La sanción establecida en el delito de violación en menor o incapaz debe ajustarse a las reglas del principio de proporcionalidad de la pena.

Definición Conceptual.	Definición Operacional.	Variable Independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
<p>Proporcionalidad.</p> <p>Es conforme a la gravedad del hecho tomando en cuenta la jerarquía del bien jurídico que se afecta y a la intensidad del ataque</p>	<p>Es la justa retribución del desvalor producido por el hecho y ajustada a la culpabilidad del autor, de acuerdo al criterio del Artículo 5 y 63 del código penal.</p>	<p>La pena</p>	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Jerarquía del Bien Jurídico. <input type="checkbox"/> Intensidad del Ataque. <input type="checkbox"/> Lesión al Bien Jurídico. <input type="checkbox"/> Puesta en peligro. 	<p>Reglas de Proporcionalidad.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Extensión del daño. <input type="checkbox"/> Gravedad el hecho. <input type="checkbox"/> Circunstancias que rodean el hecho. <input type="checkbox"/> Motivos del autor.

OBJETIVO ESPECIFICO.

Describir los elementos objetivos y subjetivos que comprende la violación en menor ó incapaz.

HIPOTESIS ESPECIFICA.

El tipo de violación en menor ó incapaz solo puede ser cometido por medio de una acción dolosa y contiene elementos objetivos descriptivos, normativos y subjetivos.

Definición Conceptual.	Definición Operacional.	Variable Independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
<p>Elementos Objetivos</p> <p>Es el contenido típico de un delito.</p> <p>Elementos Subjetivos</p> <p>Es la voluntad para la comisión del hecho</p>	<p>Elemento Objetivo es la descripción externa de un ilícito.</p> <p>Elemento Subjetivo es el análisis interno del autor del delito.</p> <p>Ambos elementos concurren en el artículo 159 del código penal que regula la violación en menor ó incapaz.</p>	<p>Elementos Objetivos</p>	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Descriptivos <input type="checkbox"/> Normativos <input type="checkbox"/> Jurídicos <input type="checkbox"/> Sociales <input type="checkbox"/> Culturales 	<p>Elementos Subjetivos.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Dolo Directo <input type="checkbox"/> Dolo Eventual <input type="checkbox"/> Culpa <input type="checkbox"/> Animo Libidinoso

OBJETIVO ESPECIFICO.					
Establecer la autoria y participación en el delito de violación en menor ó incapaz.					
HIPOTESIS ESPECIFICA.					
El delito de violación en menor o incapaz solo admite la autoria directa y todas las formas de participación.					
Definición Conceptual.	Definición Operacional.	Variable Independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
<p>Autoria</p> <p>Es quien tiene dominio final del hecho.</p> <p>Participación</p> <p>Es la intervención accesoria en un delito.</p>	<p>Autor</p> <p>Es quien realiza de manera directa, a través de otro ó con ayuda de otro la conducta.</p> <p>Articulo 34 del Código Penal.</p> <p>Participe</p> <p>Son los que instigan ó cooperan en la comisión del hecho</p> <p>Articulo 35 y 36 del Código Penal.</p>	Violación en menor ó incapaz.	<input type="checkbox"/> Sujeto Activo <input type="checkbox"/> Colaboradores <input type="checkbox"/> División del plan de autor.	Autoria Participación	<input type="checkbox"/> Autor <input type="checkbox"/> Instigador <input type="checkbox"/> Cómplice necesario <input type="checkbox"/> Cómplice no necesario.

3.2 METODO A UTILIZAR.

La investigación científica para que tenga carácter tal y haga un aporte jurídico a la sociedad, debe estar basada en un método que será “el camino que se sigue en la investigación, comprende los procedimientos empleados para descubrir la formas de existencia de los procesos del universo para desentrañar sus conexiones internas y externas, para generalizar y profundizar los conocimientos y para demostrar rigurosamente”.⁶⁶

En virtud de lo anterior y los métodos generales en el campo de la investigación como: análisis, síntesis, inducción y deducción, bases para buscar la transformación en la paralela de la realidad jurídica de la sociedad, por tal razón estos tipos de investigación es recomendable utilizarlos pues la esencia del presente proyecto lo constituye únicamente el análisis y la explicación del fenómeno jurídico objeto de estudio de lo general a lo particular o viceversa de dicho fenómeno y realizar la investigación planteando las alternativas de solución, lo que implica la búsqueda de la transformación de la realidad social, utilizando como método el hipotético deductivo, porque su contenido esta planteado de lo general a lo particular teniendo como punto medular un cuerpo de hipótesis con sus respectivas variables e indicadores, con lo cual se pretende contrastar el pragmatismo obtenido a través de toda la teoría recopilada con la practica jurídica que comprende el tema objeto de estudio.

Tanto en las ciencias jurídicas, sociales y otras áreas del conocimiento se utiliza un método por excelencia el **Materialismo Dialéctico** que parte de planteamientos, conceptos y teorías para derivar consecuencias o deducciones comprobables empíricamente; no describe, resume o explica las intenciones que caracterizan al fenómeno objeto de estudio sino que además de lo anterior analiza todos los elementos cuantitativos y cualitativos, lo que tiene como fin primordial la búsqueda permanente de una transformación; por tal razón se ha decidido utilizarlo de la mejor manera posible, y se criticara con este método el ilícito en análisis y la pena que se establece en el mismo.

3.3 NATURALEZA DE LA INVESTIGACIÓN.

Toda clase de trabajo investigativo que pretende dar un aporte a los diferentes fenómenos jurídico sociales debe basarse en un tipo de investigación con lo que se pretende estudiar el fenómeno de una forma clara y precisa, es así que existen tres tipos o niveles de investigación el Descriptivo, Explicativo y el analítico.

Nivel Descriptivo: Se describen los hechos, pero no va más allá de hacer una simple Descripción y por ende se reduce el terreno para investigar.

Nivel Explicativo: Busca la esencia del problema objeto de estudio y solamente señala un acontecimiento futuro del fenómeno.

⁶⁶ Rojas Soriano, Raúl, Guía para realizar investigaciones sociales, 16°. Edición, 1995, México, Pág. 62.

Nivel Analítico que permite describir los elementos del problema y relacionar el origen y evolución del fenómeno objeto de estudio, dicho en otras palabras no solo se pretende plantear el ¿Cómo? y el ¿Porqué? Se presentan problemas en la interpretación y aplicación del tipo de violación en menor ó incapaz, sino más bien se pretende explicar el fenómeno interrelacionado con todas sus variables que lo originan y que lo evolucionan lo cual permite comprender de forma crítica-reflectiva el problema objeto de estudio y su incidencia en cuanto al fenómeno y mejoramiento en cuanto a la interpretación y aplicación, y la proposición de soluciones al delito en concreto.

Este ultimo nivel será el utilizado en la presente investigación.

3.4 UNIVERSO DE MUESTRA.

Toda investigación requiere de un registro estadístico, por ello es necesario hacer uso de diferentes instrumentos para tal recopilación de datos, siendo necesario analizar estos conceptos:

Universo: conjunto de elementos que poseen aspectos comunes susceptibles de investigarse.

Población: conjunto de personas que concuerdan con una serie de especificaciones.

Muestra: Es una reducida parte de un todo, de la cual nos servimos para descubrir las principales características de aquel. Parte representativa de la población que se investiga.

Formula: Enunciado claro y preciso de un hecho, estructura, principio, relación ó método aceptado convencionalmente o que pretende aceptar como establecido.

La formula a utilizar será:

Formula: $Fr.=Fa \times 100/N$.

Fr. = frecuencia relativa.

Fa. = frecuencia absoluta.

N. = total de la población.

Dato. Producto del registro de una respuesta. Proposición singular, existencial o postulado que se acepta para el planteamiento de un problema. Enunciados confirmados por las hipótesis. El dato se obtendrá por medio de los instrumentos destinados a recopilar la información del fenómeno en estudio.

Unidades de análisis a considerar para el estudio muestral del campo.

UNIDAD DE ANALISIS	POBLACIÓN	MUESTRA
Jueces	67 ⁶⁷	4
Magistrados de Cámara	4 ⁶⁸	2
Fiscales	60 ⁶⁹	8
Defensores públicos	16 ⁷⁰	8
Abogados particulares	375 ⁷¹	10
Totales	522	32

Aplicación de la Fórmula Complementaria.

Fa = Fr %

NT

Fa= Frecuencia Absoluta

NT= Total de casos.

Fr= Frecuencia Relativa

Con los datos expresados en el cuadro anterior se lograra recolectar información real y representativa de todos los estratos que conforman la población objeto de estudio, ya que se retoman datos en forma separada y estos serán

⁶⁷ Datos obtenidos en la oficina Regional de Recursos Humanos del "Centro Judicial David Rosales P", de la ciudad de San Miguel.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Datos obtenidos del licenciado Ernesto López López, Jefe de la Fiscalía General de La Republica

⁷⁰ Datos obtenidos del coordinador de la Defensoría Penal de la Procuraduría General de La Republica, Regional San Miguel, Licenciado Carlos Ernesto Rivera Marquina.

⁷¹ Aproximado de Abogados en libre ejercicio en la zona metropolitana de San Miguel, según datos de la Asociación de Abogados de Oriente.

interpretados y analizados individualmente con el fin de identificar los diversos criterios para un mismo problema abordado de diferentes ópticas.

Se espera que el planteamiento anterior sea suficiente para lograr la recolección de datos objetos de estudio que permitan cumplir con las perspectivas del presente proyecto de investigación.

3.5 TECNICAS DE INVESTIGACION.

3.5.1 TÉCNICA DOCUMENTAL.

En el desarrollo del presente proyecto de investigación el grupo investigador considera pertinente utilizar como fuente de información, todo documento escrito y electrónicos que contengan datos valiosos para la investigación.

FUENTES PRIMARIAS.

Entre los documentos escritos tomados en cuenta por el grupo investigador se encuentran los libros, en el sentido que son de gran importancia porque su cientificidad y alto contenido valioso en cuanto a información, son sin duda el principal fundamento teórico de la investigación; en segundo lugar se encuentran la Constitución de la República, Tratados Internacionales, Leyes Secundarias, estas son importantes porque fijan las pautas de actuaciones de los funcionarios y los particulares en lo referente a lo judicial.

FUENTES SECUNDARIAS.

Lo primordial de estudiar documentos escritos es poder fundamentar teóricamente los conceptos y afirmaciones expresadas en la base teórica conceptual. Además se utiliza la red internacional de informática (INTERNET) para recolectar información que pueda cubrir aspectos doctrinarios legales y actuales, de difícil obtención en las bibliotecas del país.

Además de ello se han tomado algunas publicaciones que contienen información importante y actual que nutrirá el fundamento teórico del trabajo de investigación.

3.5.2 TECNICAS DE CAMPO.

Con el objeto de aportar datos obtenidos de fuentes diferentes a las documentales, se hace necesario utilizar las técnicas de recopilación de información de campo; que permitirá verificar la objetividad de los principios legales y doctrinarios en la realidad jurídica social objeto de estudio. Para lograr los fines anteriores expuestos se utilizan las diferentes técnicas de campo de la siguiente forma:

Una guía de entrevista no estructurada, en la que se realizan una serie de preguntas abiertas, en las cuales se esperan respuestas amplias a criterio personal del entrevistado, dirigida a los informantes claves (jueces de sentencia y magistrados de cámara) con lo que se recolecta valiosa información para dotar de cierto grado de científicidad al presente trabajo de investigación.

Además se utiliza una guía de entrevista semi-estructurada, en la que se realizan una serie de preguntas en las cuales se establece dos opciones de respuestas, que deberá el entrevistado fundamentar su contestación, y que estará orientada a recolectar información cercana a los informantes claves de la investigación (fiscales, procuradores y litigantes).

Es de hacer notar que se utilizan las técnicas del archivo, la cual permitirá obtener información especializada sobre aspectos importante del trabajo de investigación. Con la técnica del archivo se procurara acceder a los archivos judiciales lo cual permitirá tener una fuente de información para los fines de la presente investigación.

3.6 ORGANIZACIÓN DE INSTRUMENTOS.

Para lograr los fines antes propuestos es necesario realizar una organización de los instrumentos que ayudan a recolectar la información de utilidad para el grupo investigador, para el caso de la información de campo se utilizan dos instrumentos con el fin de recopilar la información necesaria para lograr cierto grado de científicidad en el trabajo de investigación.

Los instrumentos a utilizar son:

Una Guía de Entrevista no estructurada que consta de un total de siete preguntas abiertas con las cuales se abordan una diversidad de planteamientos del

tema objeto de estudio, misma que al ser pasada a distintos informantes claves nos dará distintas opiniones sobre el tema en análisis.

Una Guía de Entrevista Semi-estructurada la cual consta de quince preguntas abiertas la cual al ser pasada a la población muestral antes relacionada, será de gran importancia para verificar la afirmación o la negación de las hipótesis planteada con anterioridad.

CAPITULO

IV

RESULTADOS DE LA

INVESTIGACION

4.1 PRESENTACIÓN Y DESCRIPCIÓN DE RESULTADOS.

Luego de realizar la investigación de campo es necesario ordenar y presentar la información obtenida a través de las técnicas de recolección de información que el grupo investigador utilizó en el desarrollo del presente trabajo de grado.

La presentación de los resultados permitirá exponer de forma ordenada y estructurada los conocimientos teóricos y empíricos de la población muestral en estudio y que posteriormente fundamentarán la comprobación de hipótesis y verificación del cumplimiento de los objetivos planteados al inicio de la presente investigación.

4.1.1 RESULTADO DE LA ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA

ENTREVISTA # 1 DIRIGIDA A JUECES DEL TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA DE LA CIUDAD DE SAN MIGUEL.

Entrevista 1

1- ¿Como interpreta el delito de violación en menor o incapaz en referencia a la conducta típica?

Respuesta # 1.

Viéndolo desde el punto de vista del sujeto pasivo yo no podría decir que por algunas conductas o algunos indicadores los niños pueden ser culpables; el niño es inocente, y ha habido aquí descarados que dicen "ha es que ella se me insinúa" y siendo sujetos de 23 años que bien pueden reflexionar al decir, bueno esta niña desconoce sobre la relación sexual. Para mí la relación sexual debe darse dentro del matrimonio o la mayoría de edad. Pero el sujeto activo que ya tiene pleno conocimiento que a un niño no se le hace año, pienso que a él se le atribuye todo, pero a una conducta del sujeto pasivo, no lo considero que es la provocante para que se de una conducta como es la violación en un niño o punto peor en un incapaz como un niño down o un enajenado mental.

Ya que estos no tienen plena conciencia, un down aunque tenga un trastorno orgánico mental y que no es un loco.

2- ¿Explique la estructura típica del delito de violación en menor o incapaz de acuerdo al artículo 159?

Respuesta 2.

Ustedes saben que hay un tipo objetivo y uno subjetivo, dentro del tipo objetivo podemos encontrar, la tipicidad, el sujeto activo, el sujeto pasivo y el bien jurídico.

3- ¿Cual es el bien jurídico que se protege en el delito de violación en menor o incapaz y porque lo considera así?

El bien jurídico tutelado aunque el código habla de la libertad sexual, en el caso de los menores, como no tienen voluntad no puede decirse que lo que se les afecta es la libertad sexual, por que como es eso de que si es un menor, se va a hablar de su libertad sexual, si este no puede decidir, el no tiene la voluntad y el consentimiento, puede ir a la tienda y comprar un churro, pero no puede celebrar un contrato de compraventa de un inmueble o un carro porque este es un incapaz entonces no hay una voluntad ahí y si no hay voluntad no hay libertad y entonces en este caso lo que se protege es la indemnidad sexual.

Con respecto al resultado, en eso hay una polémica, unos dicen que es de resultado y otros dicen que es de mera actividad.

Mi posición es que este delito es de resultado, pues no solo hay un resultado físico, sino psicológico y bien claros y visibles que no los podemos dejar de lado ni despreciarlos y aunque algunos tratadistas digan que es de mera actividad, hasta produciría un disgusto para las mujeres decir que no hay un resultado, porque se sienten como disminuidas de que no hay un resultado.

En consecuencia hay un resultado cuando un niño es violado y le aparecen en el ano desgarros que le curara en 5 días, si no es ese un resultado no hay una lesión, igual veces el medico le da 15 días de curación con tratamiento medico y entonces para mi es un el resultado, esto tienen que ver con la

responsabilidad civil, según el resultado así será la responsabilidad civil, pero si hablamos que es de mera actividad habría que ver si existiría responsabilidad civil.

4- ¿Considera que al aplicar la consecuencia jurídica del ilícito de violación en menor o incapaz se cumple el principio de proporcionalidad o será necesario modificarla?

Respuesta 4:

Evidentemente tienen una pena mayor que la del homicidio yo propongo que se le deje un mayor margen al juez para determinar la pena de entre 8 a 20 años.

Es incluso inconstitucional puesto que esta pena, va contra el principio de dignidad humana y de igualdad, no puede ser que por las llamadas teorías de prevención especial de la pena estemos atentando contra la dignidad humana de un individuo.

Necesariamente tiene que hacerse una reforma sobre la pena en este artículo, y adaptarla a las realidades de cada país y no motivadas por grupos radicales como los feministas que fueron las que impulsaron esta clase de pena.

5- ¿Explique en forma breve y sencilla cuales son los elementos objetivos y subjetivos que tiene el delito de violación en menor o incapaz y en que consiste cada uno de ellos?

Respuestas 5:

Los elementos objetivos son todos aquellos que mencionan el tipo.

Con respecto a los subjetivos este solo puede darse de manera dolosa hay algunos que sostienen que estos delitos son cometidos con otros elementos distintos del dolo como el famoso animo libidinoso, pero en mi opinión solo puede existir la intención de querer y conocer el acceso carnal.

6-¿Cuales son las modalidades de autoría y participación, que a su criterio se presentan en el delito de violación en menor o incapaz?

Respuestas 6:

Aquí solo puede darse la autoría directa y no la mediata es por la estructura misma del tipo que es de propia mano.

7- ¿considera que el delito de violación en menor o incapaz puede ser cometido solo por una acción dolosa o por una acción imprudente?

Respuesta # 7

La acción solo es dolosa, no se admite doctrinariamente una violación imprudente porque es el sujeto siempre quiere el acceso carnal siempre esta presente en su mente el acceder a la victima, ni aun en el supuesto de que se equivoque siempre estará presente ese elemento.

Entrevista 2.

1- ¿Cómo interpreta el delito de violación en menor o incapaz en referencia a la conducta típica?

Respuesta # 1

La pregunta uno y dos tienen igual redacción y similitud en sus respuestas: el artículo 159 establece que debe existir un acceso carnal ya sea por la vagina o por el ano, en este último dicho acceso puede ser tanto para un hombre o para una mujer, el agredido sexual tiene que ser un menor de 15 años de edad, enajenado mental, estado de inconsciencia y que sea incapaz de resistir, condiciones que debe reunir el sujeto pasivo, el agresor puede ser cualquier otro menor o cualquier persona.

3- ¿Cuál es el bien jurídico que se protege en el delito de violación en menor o incapaz y porque lo considera así?

Respuesta # 3

El bien jurídico es la indemnidad de la víctima, ya que por su corta edad, no tienen la capacidad de decidir y disponer de su libertad sexual.

4- ¿Considera que la consecuencia jurídica en el delito de violación en menor o incapaz se cumple el principio de proporcionalidad o será necesario modificarla?

Respuesta # 4

El legislador lo que pretende es dar un aviso, prevenir a la persona inclinada a violentar la norma, de la grave que resulta infringirla, y dado la condición de la misma considero que no es necesario reformarla.

5- ¿Explique en forma breve y sencilla cuales son los elementos objetivos y subjetivos que tiene el delito de violación en menor o incapaz y en que consiste cada uno de ellos?

Respuesta # 5

Elemento objetivo:

- a) acción la conducta activo del sujeto activo se materialice en el acceso carnal.
- b) la violación de menor o incapaz es un delito de acción.

c) el sujeto activo puede ser cualquier persona no se exige una cualidad especial.

d) Las condiciones del sujeto pasivo, son especiales, ya las enumeramos.

e) el bien jurídico ya lo hablamos es la incapacidad de decidir libremente, es la libertad sexual.

El elemento subjetivo: esta determinado por el dolo, elemento cognitivo o cognoscitivo que implica conocer la consecuencia de infringir la norma y el elemento normativo, que esta determinado para por la voluntad, el deseo de violar.

6-¿Cuales son las modalidades de autoría y participación, que a su criterio se presentan en el delito de violación en menor o incapaz?

Respuesta # 6

La autoría en esta clase de delitos se determina principalmente con el testimonio de la víctima, ella es quien ha sufrido el agravio y la que mejor puede delatar lo sucedido y quien fue el autor principal, en el caso de una intervención de mas de uno, también se establecerá que grado de participación tuvo cada uno de los intervinientes, podría ser coautor o cómplice necesario o no necesario.

7- ¿Considera que el delito de violación en menor o incapaz puede ser cometido solo por una acción dolosa o por una acción imprudente?

Respuesta # 7

Por todo lo anteriormente expuesto se considera que imprudentemente no puede darse la violación, sino solo por dolo.

ANÁLISIS DE RESULTADO.

En estas entrevista se evidencia que a la hora de explicar la estructura del tipo de violación en menor o incapaz, solo se mencionan los elementos objetivos y subjetivos siempre remitiéndose a la norma penal.

La libertad sexual no es el bien jurídico protegido en este caso, por la edad del menor y del estado físico y psíquico de los otros sujetos.

La opinión de uno de lo entrevistados en este tribunal de sentencia es considerar a este ilícito como un delito de resultado por los efectos o traumas psicológicos o físicos producidos por el hecho y el otro entrevistado no responde a la interrogante planteada.

La pena es contraria a la dignidad humana y se es de la opinión que esta necesita una reforma, el otro entrevistado menciona que estaba bien la pena .

El dolo para la persona entrevistada es el único elemento subjetivo y no

puede existir otro, así mismo el delito es de propia mano y solo admite la autoría directa.

ENTREVISTA # 2 DIRIGIDA A LOS JUECES DEL TRIBUNAL SEGUNDO DE SENTENCIA DE LA CIUDAD DE SAN MIGUEL.

Entrevista 1

1- ¿Como interpreta el delito de violación en menor o incapaz en referencia a la conducta típica?

Respuesta # 1

Esas cuestiones el código las menciona solo hay que remitirse al delito y en el se encuentra establecidas.

Esto debe verse más que todo desde el punto de vista criminológico ya que es un delito repugnante para la sociedad.

2- ¿Explique la estructura típica del delito de violación en menor o incapaz de acuerdo al artículo 159?

Respuesta # 2

Esta pregunta es similar a la anterior y la estructura típica también se encuentra establecida en el artículo 159 del código penal, como es el acceso

carnal en menor o incapaz, enajenado mental y persona en estado de inconciencia.

3- ¿Cual es el bien jurídico que se protege en el delito de violación en menor o incapaz y porque lo considera así?

Respuesta # 3

El bien jurídico protegido es la libertad sexual, ya el legislador lo ha regulado de esa manera y esta en el capitulo que lleva por nombre: delitos contra la libertad sexual, en este sentido lo que se protege es la libertad de escoger una relación deseada.

4- ¿Considera que al aplicar la consecuencia jurídica del ilícito de violación en menor o incapaz se cumple el principio de proporcionalidad o será necesario modificarla?

Respuestas # 4

El principio de proporcionalidad si se cumple y la pena que se impone es mas que suficiente para que el sujeto activo pueda readaptarse.

5- ¿explique en forma breve y sencilla cuales son los elementos objetivos y subjetivos que tiene el delito de violación en menor o incapaz y en que consiste cada uno de ellos?

Respuesta # 5

Los elementos objetivos ya se los mencione solo quería decirles que hay dentro de este delito los elementos normativos como: el acceso carnal, menor, incapacidad de resistir, enajenado mental, engaño.

Respecto del subjetivo lo compone el querer realizar la violación y que conozca la situación de la victima de que es menor o que es una persona incapaz con la que va ha tener la relación sexual y basta con que exista el dolo del sujeto activo.

6-¿Cuales son las modalidades de autoría y participación, que a su criterio se presentan en el delito de violación en menor o incapaz?

Respuesta # 6

En este delito se da la autoría directa y la coautoría no se da, por la misma naturaleza del delito que es de propia mano.

7- ¿Considera que el delito de violación en menor o incapaz puede ser cometido solo por una acción dolosa o por una acción imprudente?

Respuesta # 7

Este delito es solo con el dolo del agresor, no considero que esta se puede realizar mediante una acción imprudente, porque el sujeto lo que quiere siempre es realizar el acceso carnal, con la víctima.

Entrevista 2

1- ¿Como interpreta el delito de violación en menor o incapaz en referencia a la conducta típica y el sujeto pasivo?

Respuesta # 1

Esos elementos están regulados en el artículo 159 de Código Penal.

2- ¿Explique la estructura típica del delito de violación en menor o incapaz de acuerdo al artículo 159 del código penal?

Respuesta # 2

Esta pregunta es similar a la anterior. La estructura típica es la que da el tipo. Dentro de los sujetos: el sujeto activo puede ser cualquier persona que realice la violación; y el sujeto pasivo son varios, que sea un enajenado mental, persona en estado de inconsciencia, el tipo requiere una condición, y es que el agresor se aproveche del estado de inconsciencia; que este incapacitada para resistir, esta es una generalidad para amarrar cualquier otra incapacidad. Persona menor de quince años.

Aspecto subjetivo. El dolo, que consiste en la voluntad; y se agrega otra cuestión, es el ánimo libidinoso, es decir el ánimo de tener sexo con alguien, ya que es muy difícil que el sujeto no lo realice sin quererse satisfacer sexualmente.

3- ¿Cuál es el bien jurídico que se protege en el delito de violación en menor o incapaz y por que lo considera así?

Respuesta # 3

Como regla general es la libertad sexual pero ésta solo la tiene la persona capaz de comprender el acto y su propia voluntad. En los menores el bien jurídico protegido es la sexualidad en potencia o intangibilidad sexual, porque no pueden determinarse conforme a su voluntad aunque tengan un instinto sexual que se desarrolla a cierta edad pero no la parte de comprender el acto sexual.

4- ¿Considera que al aplicar la consecuencia jurídica proveniente del ilícito de violación en menor o incapaz, se cumple el principio de proporcionalidad o será necesario modificarlo?

Respuesta # 4

Si es necesario modificarlo porque tiene una pena mayor al homicidio, y seria preferible matar que violar, esta pena se puso por una iniciativa de una agrupación de mujeres, quien lo introdujo fue el FMLN. En nuestra realidad social los jóvenes entre 12 y 13 años son expertos en el sexo y con esta pena se

pueden dividir uniones matrimoniales además la lesión al bien jurídico no calza, en unos casos es mínima y en otros máxima. La pena debería ser de 3 o 5 años a 15 como máximo para que el juzgador pueda tener un espacio en la aplicación.

En el inciso segundo por el principio de legalidad tendría que ser para una persona menor de 15 años y el engaño tiene que ser muy grande.

5- ¿Explique en forma breve y sencilla cuales son los elementos objetivos y subjetivos que tiene el delito de violación en menor o incapaz y en que consiste cada uno de ellos?

Respuesta # 5

Esta pregunta esta repetitiva, ya fue explicada en la pregunta uno y dos.

6- ¿Cuáles son la modalidades de autoría y participación, que a su criterio se presentan en el delito de violación de menor o incapaz?

Respuesta # 6

Este es un delito de autoría directa porque solo lo comete el sujeto que realiza la conducta típica.

7- ¿Considera que el delito de violación en menor o incapaz puede ser cometido solo por una acción dolosa o por una acción imprudente?

Respuesta # 7

Este es un delito que se comete definitivamente por acciones dolosas.

ANÁLISIS DE RESULTADOS.

Las repuesta en referencia a la pregunta uno son bien practicas al remitirnos al tipo, para encontrar la conducta típica y el sujeto pasivo. El sujeto activo del delito puede ser cualquier persona; y el sujeto pasivo es cualificado por que debe, encontrarse en alguna de las situaciones que menciona el articulo 159 Código penal. El tipo subjetivo esta constituido por el dolo, y el ánimo libidinoso es decir que el sujeto lleve la intención de violar. El bien jurídico que se protege en términos generales es la libertad sexual, pero en relación a los menores de 15 años lo que se protege es la libertad sexual en potencia, por que no pueden determinarse responsablemente al acto sexual. La pena establecida no es proporcional, por que se castiga con más penas que el delito de homicidio.

El delito se da solo por autoría directa y no admite las otras formas de autoría, y se dan todas las formas de participación.

ENTREVISTA # 3 DIRIGIDA A MAGISTRADOS DE LAS CAMARAS DE LO PENAL DE LA SEGUNDA Y TERCERA SECCIÓN DE ORIENTE.

Entrevista 1

1-¿Cómo interpreta el delito de violación en menor o incapaz en referencia a la conducta típica y el sujeto pasivo?

Respuesta # 1

La conducta típica es el simple acceso carnal, no requiere que se de la violencia, aún el menor puede inducir a tener la relación sexual.

2-¿Explique la estructura típica del delito de violación en menor o incapaz de acuerdo al artículo 159 del código penal?

Respuesta # 2

El acceso carnal, el menor de quince años, y el incapaz, que comprende a el enajenado mental, al que esta en estado de inconsciencia y al incapacitado de resistir.

El sujeto activo, el sujeto pasivo, es un delito de mera actividad y el resultado se produce cuando se da la afectación al bien jurídico.

El tipo subjetivo esta constituido por el dolo del autor, el cual consiste en que el sujeto quiere realizar la acción; además de este se requiere el ánimo libidinoso del sujeto, el ánimo de violar.

Este delito es de los pocos que a pesar de ser de mera actividad, admite la tentativa.

3- ¿Cuál es el bien jurídico que se protege en el delito de violación en menor o incapaz y por que lo considera así?

Respuesta # 3

Lo que se protege es la indemnidad sexual del menor, el correcto y normal desarrollo de los menores. En cuanto a la edad considero que estaría bien que fuera de 14 años. Por la realidad social de muchas comunidades en nuestro país, a los trece años ya están casadas las menores.

4-¿considera que al aplicar la consecuencia jurídica proveniente del ilícito de violación en menor o incapaz, se cumple el principio de proporcionalidad o será necesario modificarlo?

Respuesta # 4

Es una pena que no es proporcional, por que es castigada con mayor pena que el homicidio. Una pena adecuada al principio de proporcionalidad, debe tener como pena mínima 8 años y con un máximo de 20 años. Una pena así le deja la discrecionalidad al juez de aplicarla según el caso, cuando sea un caso muy dañoso y cruel, aplicarle la pena máxima.

5-¿Explique en forma breve y sencilla cuales son los elementos objetivos y subjetivos que tiene el delito de violación en menor o incapaz y en que consiste cada uno de ellos?

Respuesta # 5

El sujeto activo, el sujeto pasivo, es un delito de mera actividad y el resultado se produce cuando se da la afectación al bien jurídico.

El tipo subjetivo esta constituido por el dolo del autor, el cual consiste en que el sujeto quiere realizar la acción; además de este se requiere el ánimo libidinoso del sujeto, el ánimo de violar.

6-¿Cuáles son la modalidades de autoría y participación, que a su criterio se presentan en el delito de violación de menor o incapaz?

Respuesta # 6

Solo se admite mediante autoría directa, por que es un delito de propia mano, lo que significa que es cometido por quien realiza la conducta típica; por tal razón no admite la autoría mediata, que es aquella en la que se utiliza a otro como instrumento para que cometa el delito; y tampoco se da la Coautoría. Sí admite todas las formas de participación; la instigación, y las dos formas de complicidad: la necesaria y la no necesaria.

7-¿Considera que el delito de violación en menor o incapaz puede ser cometido solo por una acción dolosa o por una acción imprudente?

Respuesta # 7

Efectivamente, solo se da por acciones dolosas.

Entrevista 2

1- ¿Cómo interpreta el delito de violación en menor o incapaz en referencia a la conducta típica?

Respuesta # 1.

El derecho sustantivo no se interpreta, solo se aplica.

El área en que podemos interpretar es en materia procesal penal. Entonces aquí lo único que se hace es irse a la estructura del delito y aplicar la norma, tal como esta. El código penal es claro por ejemplo si dice el que matare a otro será condenado, aquí se castiga el matar, el cómo lo hizo no nos interesa.

Pero en cuanto a la pregunta el artículo 159 del código penal dice que es el acceso carnal por vía vaginal o anal esa es la conducta típica y el sujeto pasivo ahí lo dice.

2- ¿Explique la estructura típica del delito de violación en menor o incapaz de acuerdo al artículo 159?

Respuesta # 2

El artículo establece dos elementos.

El primero sería el acceso carnal.

Que la víctima sea menor de 15 años o que sea incapaz.

3- ¿Cual es el bien jurídico que se protege en el delito de violación en menor o incapaz y porque lo considera así?

Respuesta # 3

Este delito del que estamos hablando el código penal lo regula en el capítulo de los delitos contra la libertad sexual.

En cuanto al menor, este no tiene discernimiento para decidir lo bueno y lo malo en la vida.

Aunque algunos dicen que doctrinariamente lo que se protege es la indemnidad sexual lo que quiere decir que se protege al menor de todo lo que puede afectarlo, así se está protegiendo algo a futuro, claro está que esto se relaciona con la libertad sexual a futuro.

4- ¿Considera que al aplicar la consecuencia jurídica del ilícito de violación en menor o incapaz se cumple el principio de proporcionalidad o será necesario modificarla.?

Respuesta # 4

Definitivamente se excedieron en la pena, porque hay otros delitos, que son más graves que este y se castigan con menos pena, el homicidio simple tiene una sanción que va de 10 a 20 años y la violación una pena de 14 a 20, sería preferible matar que violar.

5- ¿explique en forma breve y sencilla cuales son los elementos objetivos y subjetivos que tiene el delito de violación en menor o incapaz y en que consiste cada uno de ellos?

Respuesta # 5

El elemento objetivo es el acceso carnal y el subjetivo es la voluntad del agresor que va dirigida a cometer la violación, este elemento lo constituye exclusivamente el dolo.

6-¿Cuales son las modalidades de autoría y participación, que a su criterio se presentan en el delito de violación en menor o incapaz?

Respuesta # 6

Es un delito que se da por el autor directo de la violación por el sujeto que acceda carnalmente a la víctima ya sea por vía vaginal o anal.

La autoría mediata y la coautoría no se puede dar lo que si se puede dar es la complicidad y la instigación, por ejemplo cuando el individuo sostiene a la víctima, y le tapa la boca para que no haga ruido, en este caso el sujeto estará actuando como cómplice necesario.

7- ¿ considera que el delito de violación en menor o incapaz puede ser cometido solo por una acción dolosa o por una acción imprudente?.

Respuesta # 7

Solo puede darse por acciones dolosas nadie puede decir que se saco el miembro y violo imprudentemente.

ANALISIS DE RESULTADOS.

Para los entrevistados la conducta típica en la violación en menor o incapaz es el acceso carnal por vía vaginal o anal con menor de quince años, enajenado mental, persona en estado de inconsciencia o incapaz de resistir.

En relación a la estructura los aplicadores de justicia concluyen que son: el acceso carnal, el menor de quince años, y el incapaz, que comprende a el enajenado mental, al que esta en estado de inconsciencia y al incapacitado de resistir.

Con respecto al bien jurídico se infiere que es “La Indemnidad o Intangibilidad Sexual de los menores o incapaces” y para otro es la libertad sexual a futuro.

La consecuencia jurídica en el delito en análisis es totalmente excesiva, porque no se puede seguir los fines de la pena con una sanción tan alta, deberían modificar la consecuencia.

Los elementos objetivos del delito es el acceso carnal, el sujeto activo, el sujeto pasivo, el bien jurídico afectado y el elemento subjetivo es solo el dolo.

Además este tipo de delitos solo admite la aparición de la autoría directa y todas las modalidades de participación, y solo puede ser cometido por una acción dolosa.

SINTESIS DE RESULTADOS.

En las entrevistas realizadas a los informantes claves, se denota el grado de conocimiento que tienen sobre la violación en menor o incapaz y de cada uno de sus elementos objetivos y subjetivos.

Es claro que para la mayor parte de los entrevistados la conducta típica en el delito de violación en menor o incapaz es el simple acceso carnal por alguna de las vías típicas. Sobre los elementos de la estructura del delito son el acceso carnal, el sujeto pasivo, el sujeto activo, y el dolo.

De acuerdo al fundamento dado por los dispensadores de justicia se infiere que el Bien Jurídico protegido es La Indemnidad o la intangibilidad sexual; la pena establecida para este delito es demasiado exagerada y requiere una modificación para que sea proporcional.

Todos los entrevistados manifiestan concretamente que el ilícito en estudio no admite la autoría mediata, ni la coautoría, por tanto solo se aplicara la autoría directa y todas las modalidades de participación.

En estos resultados se verifican la falta de conocimiento técnico científico sobre algunos de los elementos de la estructura del delito de algunos de los jueces y magistrados, aunque no es la finalidad de la investigación, no deja de producir un poco de preocupación, por el conocimiento que se debe tener un juez al momento de aplicar una condena.

4.1.2 RESULTADO DE LA ENTREVISTA SEMI- ESTRUCTURADA

El instrumento utilizado para la recolección de la información de la población muestral fue la guía de Entrevista Semi- Estructurada que consta de quince preguntas fundamentadas en los indicadores de las hipótesis de la investigación, esta diseñada para recolectar información de los sectores de la población jurídica relacionada estrechamente con el tema objeto de estudio como Fiscales, Defensores Públicos y Abogados en el Libre Ejercicio.

Pregunta 1) Para Usted ¿la violación en menor o incapaz se configura solo con la penetración ó requiere que se aplique violencia en el acceso carnal?

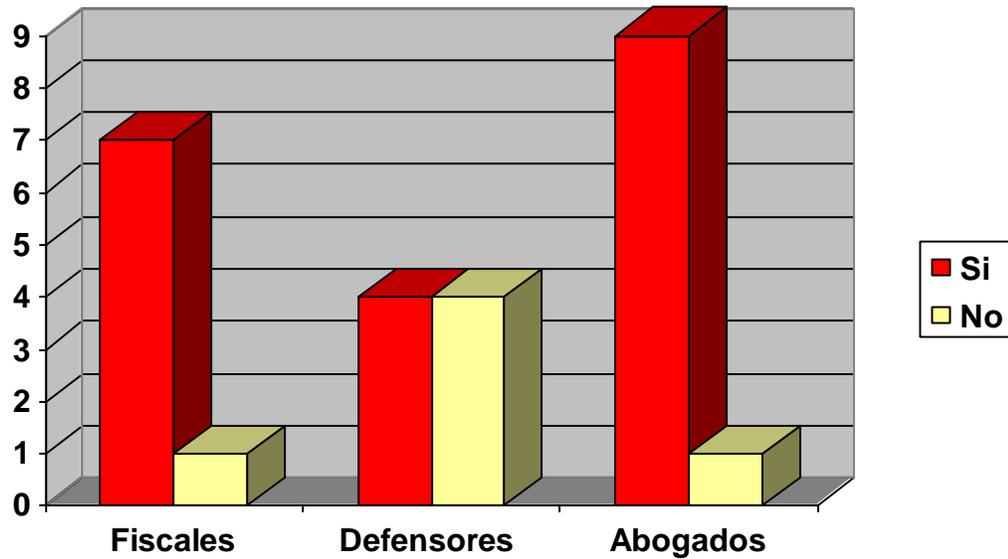
Cuadro # 1

Unidad de Análisis	Sí		No		Totales
	Fa	Fr%	Fa	Fr%	
Fiscales	7	26.92	1	3.84	8
Defensores Públicos	4	15.38	4	15.38	8
Abogados Litigantes	9	34.61	1	3.84	10
Totales	20	76.92%	6	23.06%	26

INTERPRETACIÓN:

A la pregunta numero 1 de 26 personas entrevistadas el 76.92% de ellas respondieron afirmativamente entre los que se encuentran 7 fiscales, 4 Defensores y 9 Abogados Litigantes, por lo contrario el 23.06% respondieron de manera negativa a la interrogante planteada.

Gráfico # 1



ANÁLISIS.

Los resultados de la presente interrogante permiten afirmar que para las personas consultadas la violación en menor ó incapaz no requiere de violencia física aplicada a el acceso carnal, sino que se configura con la simple introducción del miembro viril masculino por alguna de las vías típicas.

Merece especial mención que el 50% de los Defensores Públicos consultados considera la violencia como medio necesario para que se configure el ilícito.

Pregunta 2) ¿Considera que el sujeto activo en el ilícito es solo el hombre ó también puede ser mujer?

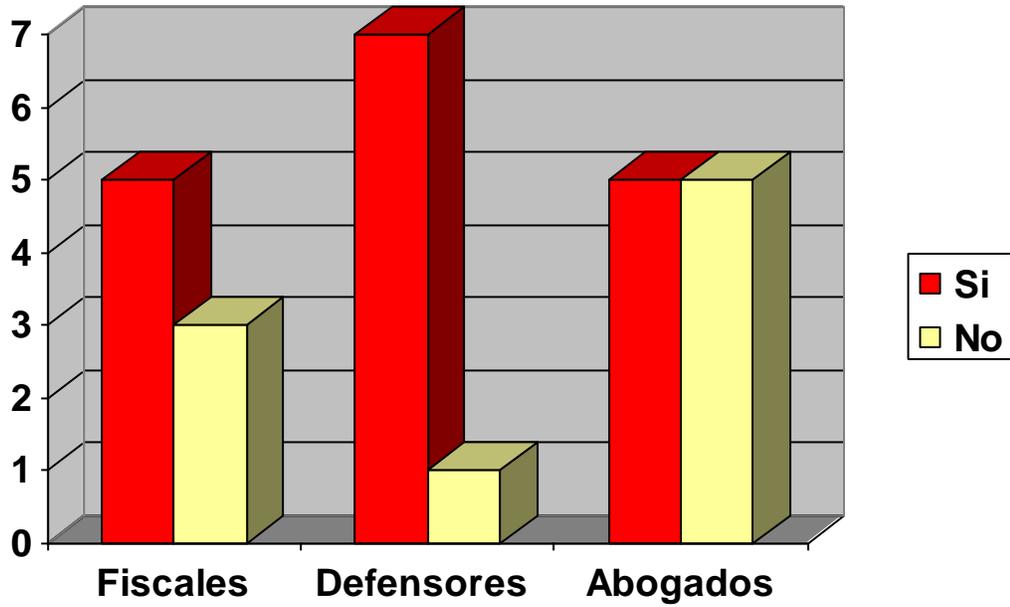
Cuadro # 2

Unidad de Análisis	Sí		No		Totales
	Fa	Fr%	Fa	Fr%	
Fiscales	5	19.23	3	11.54	8
Defensores Públicos	7	26.92	1	3.84	8
Abogados Litigantes	5	19.23	5	19.23	10
Totales	17	65.38%	9	34.61%	26

INTERPRETACIÓN:

Del total de las unidades de análisis se observa que a la interrogante numero 2 en total el 65.38% consideraron que el sujeto activo en el delito pueden ser hombre ó mujer; no obstante el 34.61% de los profesionales consideran que solo el hombre puede ser el sujeto activo del ilícito.

Gráfico # 2



ANÁLISIS.

El gráfico anterior refleja un grado de conocimiento de parte de los entrevistados con respecto al sujeto activo del delito de violación en menor o incapaz y se encuentran en concordancia con la doctrina moderna, en la que se acepta que la mujer también puede realizar la conducta típica.

Pregunta 3) ¿Es adecuada la edad que establece el legislador para que un menor sea capaz de consentir?

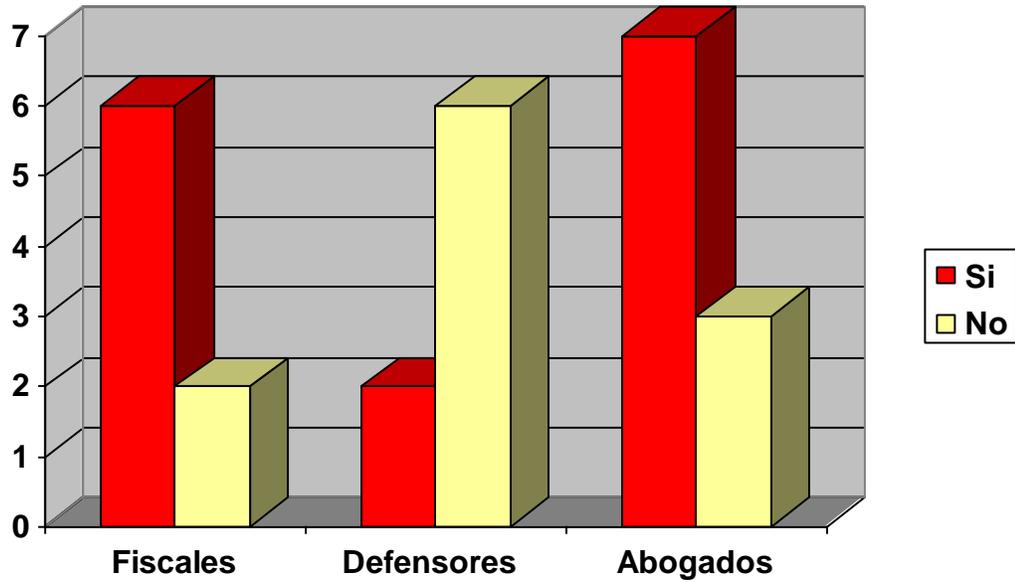
Cuadro # 3

Unidad de Análisis	Sí		No		Totales
	Fa	Fr%	Fa	Fr	
Fiscales	6	23.08	2	7.69	8
Defensores Públicos	2	7.69	6	23.08	8
Abogados Litigantes	7	26.92	3	11.54	10
Totales	15	57.69%	11	42.31	26

INTERPRETACIÓN:

La interrogante numero 3 fue planteada a 26 personas de los que 6 fiscales, 2 Defensores públicos y 7 Abogados litigantes en total el 57.69% respondieron afirmativamente, y 2 fiscales, 6 defensores públicos y 3 Abogados litigantes no consideran adecuada la edad de quince años como limite para que el menor pueda consentir.

Gráfico # 3



ANÁLISIS.

Para la mayoría de los fiscales y abogados la edad de quince años es adecuada para consentir el acto sexual y por el contrario los defensores en su mayoría dijeron que no.

Pregunta 4) Al establecer en el artículo 159 del código penal a la persona “incapaz de resistir” ¿considera usted que el legislador se refiere solo aquella que por enfermedad se encuentra limitada o también a los mayores (ancianos) que por su edad son vulnerables ante una agresión de este tipo?

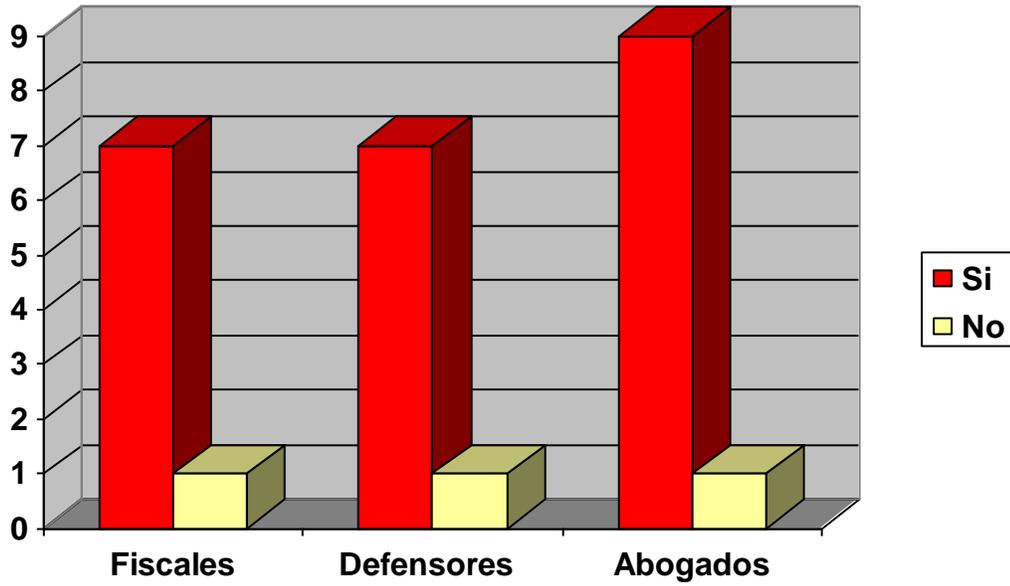
Cuadro # 4

Unidad de Análisis	Sí		No		Totales
	Fa	Fr%	Fa	Fr%	
Fiscales	7	26.92	1	3.84	8
Defensores Públicos	7	26.92	1	3.84	8
Abogados Litigantes	9	34.61	1	3.84	10
Totales	23	88.45%	3	11.54%	26

INTERPRETACIÓN:

Se observa en el cuadro número 4 que el 88.45% de los entrevistados consideran que los ancianos están contenidos en el artículo 159 del código penal, por ser incapaces de resistir, pero un 11.54% no los consideran incapaces para resistir.

Gráfico # 4



ANÁLISIS.

La opinión generalizada de los entrevistados es que se considera a los mayores ancianos como incapaces físicamente de resistir. Por ser vulnerable debido a su avanzada edad.

Así mismo no se puede dejar de mencionar que una minoría no lo considera así.

Pregunta 5) ¿Conoce usted los elementos de la estructura del delito de violación en menor ó incapaz?

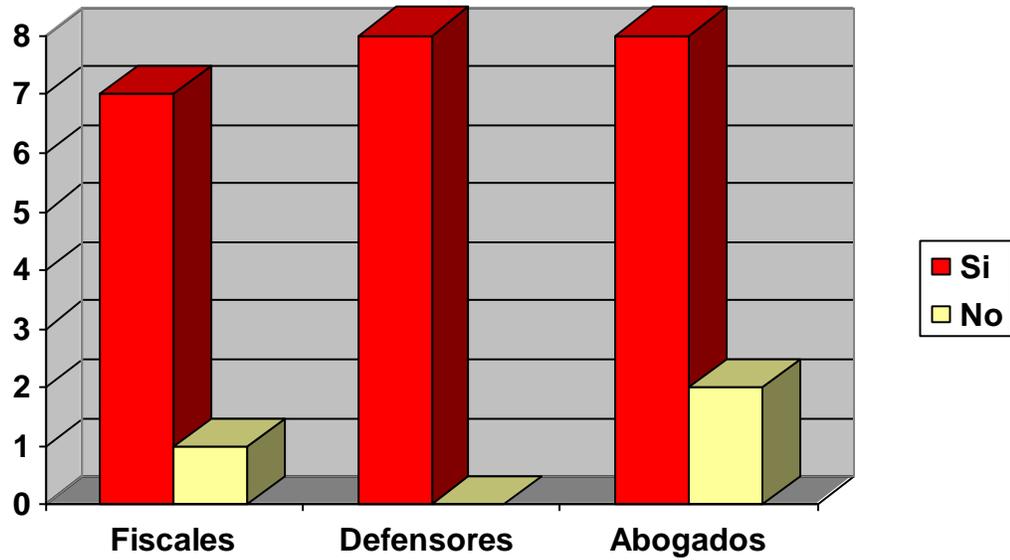
Cuadro # 5

Unidad de Análisis	Sí		No		Totales
	Fa	Fr%	Fa	Fr%	
Fiscales	7	26.92	1	3.84	8
Defensores Públicos	8	30.77	0	0	8
Abogados Litigantes	8	30.77	2	7.69	10
Totales	23	88.46%	3	11.54%	26

INTERPRETACIÓN:

En la pregunta numero 5 de 26 personas entrevistadas entre ellas, 7 fiscales, 8 Defensores públicos y 8 Abogados litigantes haciendo un total de 23 equivalente al 88.46% de la población muestral, contestaron que conocen los elementos de la estructura del delito de violación en menor ó incapaz, pero 1 fiscal y 2 abogados litigantes manifestaron no conocerlos.

Gráfico # 5



ANÁLISIS.

De acuerdo al resultado obtenido se puede apreciar que los entrevistados manifiestan tener conocimiento referente a la estructura del delito de violación en menor o incapaz, y dicen estudiar su estructura continuamente.

Por otra parte un pequeño numero de los profesionales entrevistados manifestaron no conocer la estructura del delito consultado.

Pregunta 6) ¿Cuales son los elementos esenciales para que se configure el ilícito de violación en menor ó incapaz?

De acuerdo a las respuestas obtenidas de las entrevistas realizadas se concluyen las siguientes respuestas.

Los fiscales que afirman conocer la estructura del delito de violación en menor o incapaz, mencionaron uno o dos elementos y en algunos casos no respondieron, y los elementos señalados por ellos son:

- Menor de Quince años.
- Acceso Carnal.
- Penetración.
- Engaño.
- Incapaz de Resistir.
- Menor de doce años.
- Estado de indefensión.

Los Defensores públicos que en su totalidad manifiestan tener conocimiento pleno del ilícito, consideran que sus elementos son:

- Que haya consentimiento.
- Menor de Quince años.
- Menor de doce años.
- Acceso carnal vía vaginal o anal.
- Que haya violencia.

Los abogados particulares sostienen que los elementos que estructuran el delito analizado son:

- ❑ Acceso Carnal por vía vaginal o anal.
- ❑ El engaño.
- ❑ Menor de quince años.
- ❑ Dolo.
- ❑ Animo Libidinoso.
- ❑ Violencia física.

ANÁLISIS.

Por los resultados obtenidos en esta interrogante se considera que los entrevistados que manifestaron en el ítem # 5 que si conocían los elementos del ilícito, realmente no saben cuales son, porque de la estructura del delito de violación en menor o incapaz se mencionaron algunos de los elementos descriptivos, y solo uno de los Abogados Litigantes considero al dolo como elemento de la estructura y el mismo menciona la mayor parte de los elementos descriptivos.

Por otra parte varios de los que afirman conocer este delito, no contestaron esta interrogante, de ellos 3 fiscales y 2 Defensores Públicos.

Pregunta 7) ¿Considera que el elemento subjetivo del delito es solamente el dolo ó pueden existir otros distintos a este?

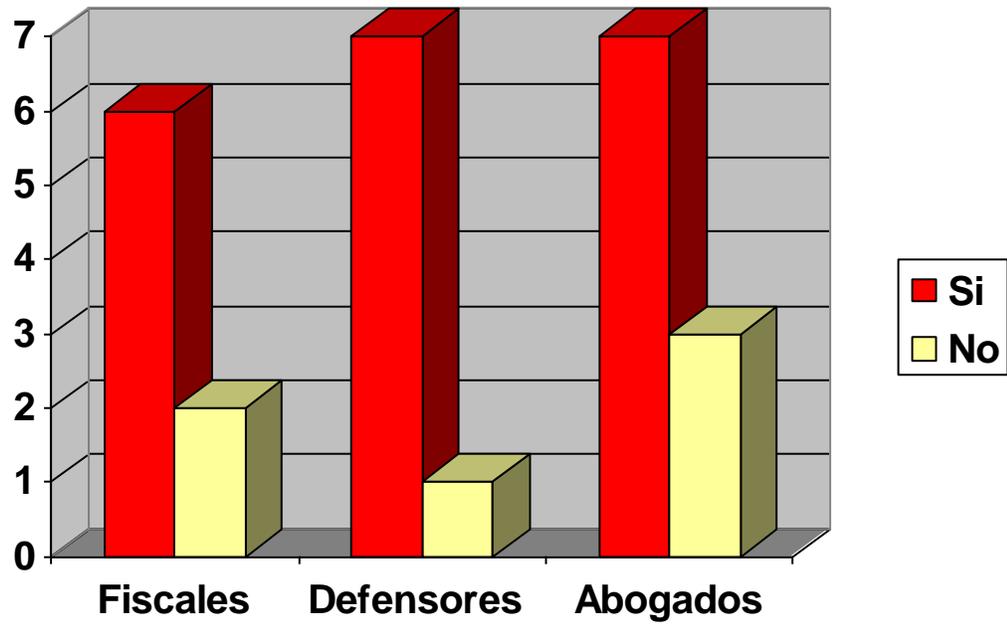
Cuadro # 6

Unidad de Análisis	Sí		No		Totales
	Fa	Fr%	Fa	Fr%	
Fiscales	6	23.08	2	7.69	8
Defensores Públicos	7	26.92	1	3.84	8
Abogados Litigantes	7	26.92	3	11.54	10
Totales	20	76.92%	6	23.08%	26

INTERPRETACIÓN:

76.92% del total de entrevistados responden que si a la pregunta numero 7, pero 23.08% responden negativamente, que además del dolo existen otros elementos distintos a este.

Gráfico # 6



ANÁLISIS.

Se afirma que el elemento subjetivo del delito en estudio solamente es el dolo, aun cuando un porcentaje mínimo de la población muestral considera que además de este pueden existir otros distintos a el, sosteniendo que el animo libidinoso es necesario para configurar el delito.

Pregunta 8) ¿El bien jurídico protegido es La Libertad Sexual ó considera usted que es otro que se tutela?

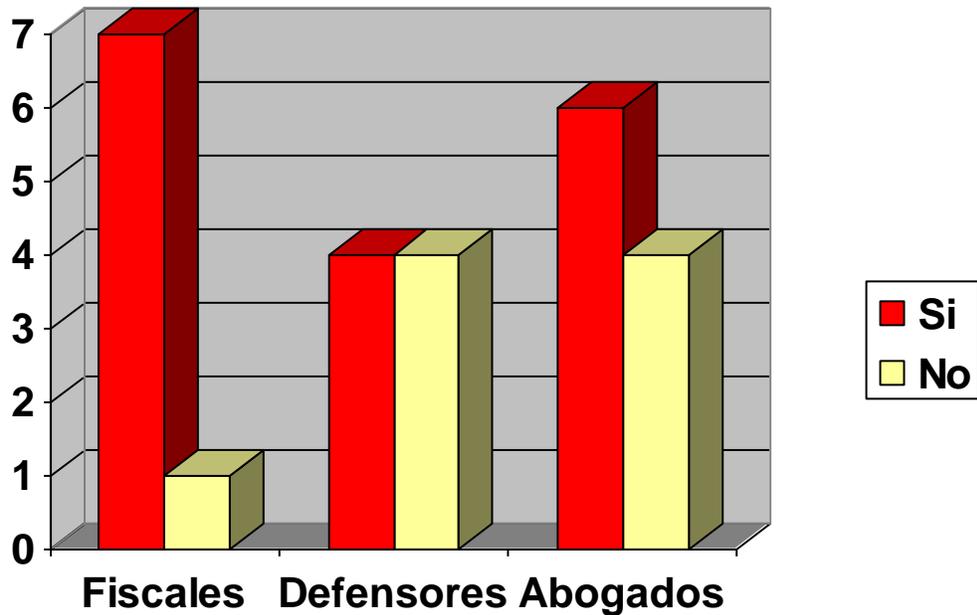
Cuadro # 7

Unidad de Análisis	Sí		No		Totales
	Fa	Fr%	Fa	Fr%	
Fiscales	7	26.92	1	3.84	8
Defensores Públicos	4	15.38	4	15.38	8
Abogados Litigantes	6	23.08	4	15.38	10
Totales	17	65.38%	9	34.60%	26

INTERPRETACIÓN:

Se observa en el cuadro numero 7 que 65.38% de personas de un total de 26 consideran que la libertad sexual es el bien jurídico protegido, pero 34.60% de ellos entre los que se encuentran 1 fiscal, 4 defensores públicos y 4 Abogados Litigantes responden de manera negativa.

Gráfico # 7



ANÁLISIS.

De acuerdo al gráfico número 7 se puede interpretar que la mayor parte de los entrevistados consideran que el bien jurídico protegido es la libertad sexual, fundamentando que al encontrarse regulado en el capítulo “Delitos relativos a la Libertad Sexual” es ese el bien tutelado, no realizando mayor análisis.

En cambio los que sostienen que es otro el bien jurídico protegido fundamentan que es “La Indemnidad o Intangibilidad Sexual”, porque los menores ó incapaces deben estar exentos de daños de índole sexual.

Pregunta 9) ¿Considera que al menor de quince años se le protege el mismo Bien Jurídico que al enajenado mental, el incapaz de resistir y la persona en estado de inconsciencia?

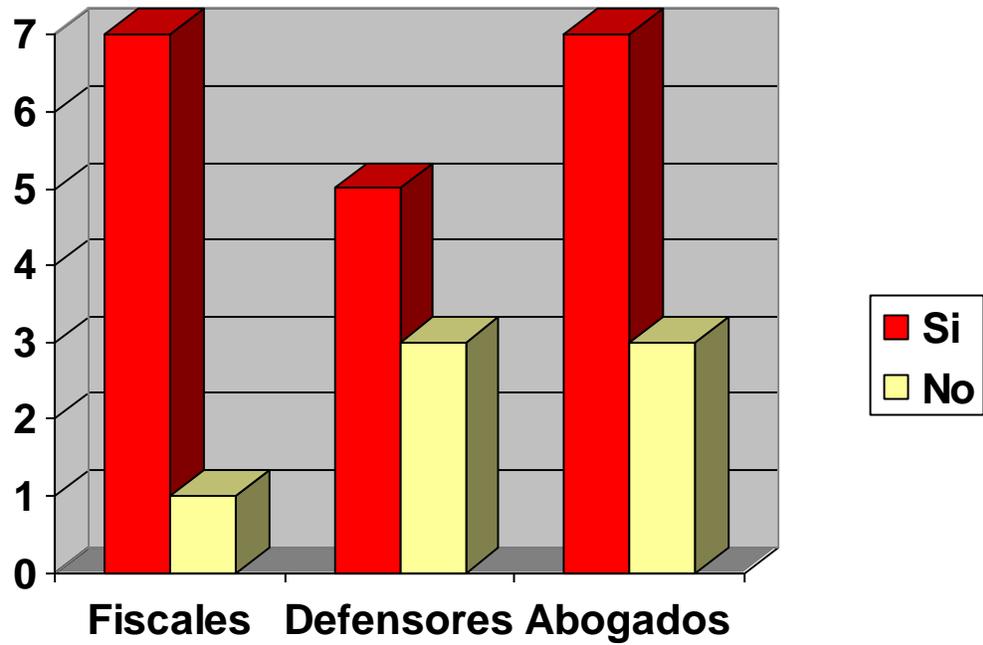
Cuadro # 8

Unidad de Análisis	Sí		No		Totales
	Fa	Fr%	Fa	Fr%	
Fiscales	7	26.92	1	3.84	8
Defensores Públicos	5	19.23	3	11.54	8
Abogados Litigantes	7	26.92	3	11.54	10
Totales	19	73.07%	7	26.92%	26

INTERPRETACIÓN:

La pregunta # 9 fue planteada a diferentes unidades de análisis haciendo un total de 26 personas entrevistadas de las que en total del 73.07% entre ellos: 7 fiscales, 5 defensores públicos y 5 Abogados Litigantes respondieron que “Sí” se le protege un mismo bien jurídico a los menores y a los incapaces de resistir, enajenado mental y las personas en estado de inconsciencia.

Gráfico # 8



ANÁLISIS.

Los entrevistados consideran que si el legislador hubiese querido proteger un bien jurídico diferente a cada uno de los sujetos pasivos, los protegería en artículos diferentes y no en el mismo precepto.

Pregunta 10) ¿Para usted el principio de proporcionalidad se refleja en la pena establecida al delito de violación en menor ó incapaz?

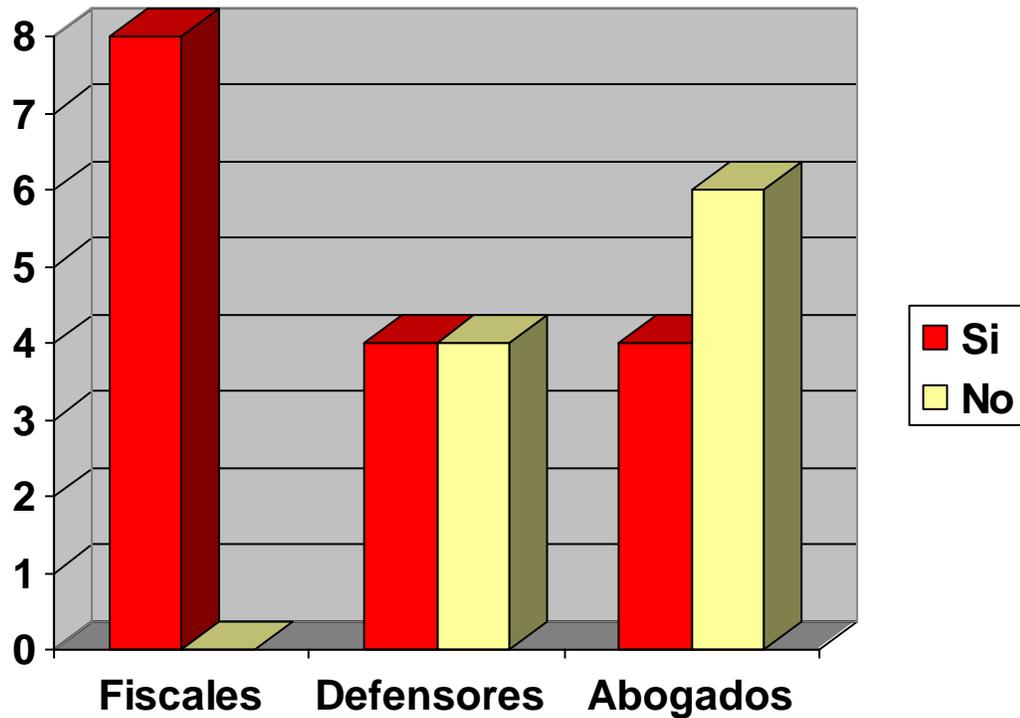
Cuadro # 9

Unidad de Análisis	Sí		No		Totales
	Fa	Fr%	Fa	Fr%	
Fiscales	8	30.77	0	0	8
Defensores Públicos	4	15.38	4	15.38	8
Abogados Litigantes	4	15.38	6	23.08	10
Totales	16	61.53%	10	38.46%	26

INTERPRETACIÓN:

En el cuadro anterior se observa que del total de 26 entrevistados 16 de ellos, entre los que se encuentran 8 fiscales, 4 defensores públicos, 4 abogados litigantes, consideran que la pena en el delito de violación en menor o incapaz es proporcional.

Gráfico # 9



ANÁLISIS.

Como consecuencia de la pregunta numero 10, los resultados afirman que la pena de 14 a 20 años si responde a las exigencias del principio de proporcionalidad.

Esta afirmación no es compartida por el grupo investigador debido a que ninguno de los entrevistados manifestó conocer las características del principio de proporcionalidad y a que debe responder la pena; en cambio quienes respondieron de manera negativa fundamentaron que la proporcionalidad es un principio que ha inobservado el legislador al momento de establecer la sanción en este delito.

Pregunta 11) ¿A qué responde la pena establecida para el delito, a la gravedad del daño causado ó a un criterio diferenciado de los bienes jurídicos?

En esta interrogante los abordados consideran que la pena establecida responde a la gravedad del daño causado y no a un criterio de bienes jurídicos importantes. Solo un porcentaje muy ínfimo manifestó que es a un criterio diferenciado de bienes jurídicos, y un solo entrevistado dijo que respondía a criterios de política criminal.

Esta afirmación se obtiene porque según los fiscales, defensores públicos y abogados litigantes se causa un grave daño tanto física, psicológica y moralmente a los menores, incapaces, enajenados mentales y personas en estado de inconsciencia, al ser objeto de una agresión sexual de esta índole, y por ello el legislante agrava este delito.

Pregunta 12) ¿Cuál considera usted que sería una sanción proporcional en el delito de violación en menor ó incapaz?

A esta interrogante los 8 fiscales entrevistados consideran que la pena actual es proporcional y por lo tanto no necesita modificarla.

Respecto de los defensores públicos las opiniones están encontradas. Algunos dicen que la pena actual es adecuada; otros dicen que solo es proporcional la pena regulada antes de la reforma de 10 a 14 años.

Los litigantes en libre ejercicio consideran que la pena no es proporcional, y sugieren una sanción de 6 a 20 años. Uno de los encuestados manifestó estar de acuerdo con la pena, pero no con la edad del menor para considerarlo incapacitado para consentir o negarse a tal acto.

Pregunta 13) ¿Puede darse la autoría mediata en el delito de violación en menor ó incapaz?

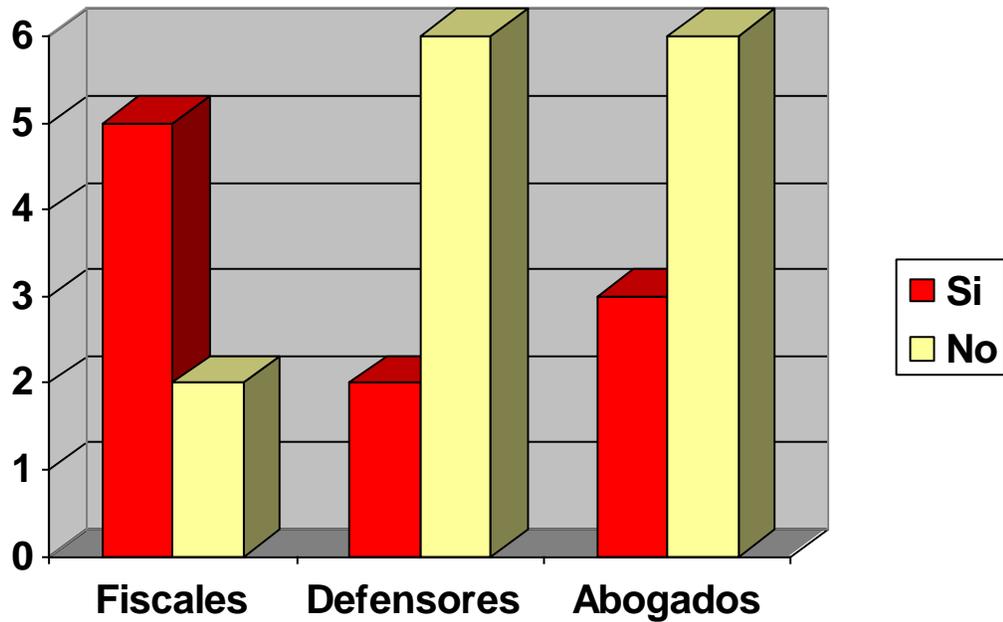
Cuadro # 10

Unidad de Análisis	Sí		No		Totales
	Fa	Fr%	Fa	Fr%	
Fiscales	5	19.23	2	7.69	7
Defensores Públicos	2	7.69	6	23.08	8
Abogados Litigantes	3	11.54	7	26.92	10
Totales	10	38.96%	15	57.69%	25

INTERPRETACIÓN:

De 26 personas entrevistadas 10 de ellas, entre las que se encuentran fiscales, defensores públicos, y abogados en el libre ejercicio consideran que si se da la autoría mediata, pero no establecen de que manera aparecerá en el delito; pero 15 personas responden negativamente a esta interrogante, y uno de los entrevistados se negó a responder.

Gráfico # 10



ANÁLISIS.

Lo más sobresaliente en este cuadro es que la mayoría de los entrevistados consideran que no se puede dar la autoría mediata, manifestando que por ser un delito de propia mano no acepta que se cometa por medio de otro.

Cabe resaltar que 5 de los fiscales entrevistados aceptan la aparición de esta clase de autoría en el delito de violación en menor o incapaz. Además un fiscal se negó a contestar esta interrogante.

Pregunta 14) ¿Existe la coautoría en el delito de violación en menor ó incapaz?

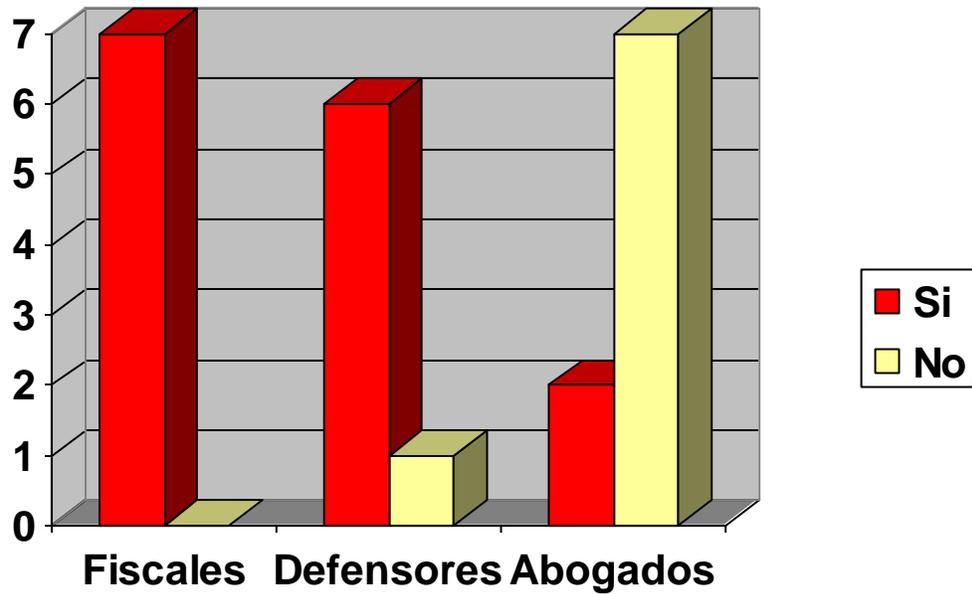
Cuadro # 11

Unidad de Análisis	Sí		No		Totales
	Fa	Fr%	Fa	Fr%	
Fiscales	7	26.92	0	0	7
Defensores Públicos	6	23.08	1	3.84	7
Abogados Litigantes	2	7.69	7	26.92	9
Totales	15	57.69%	8	30.76%	23

INTERPRETACIÓN:

La mayoría de entrevistados equivalente al 57.69% consideran que efectivamente se puede dar la coautoría en el delito en comento, por el contrario un 30.76% consideran que no se puede dar la coautoría.

Gráfico # 11



ANÁLISIS.

Los resultados obtenidos en la presente interrogante permiten afirmar que los fiscales y los defensores públicos no entienden el significado de un delito de propia mano, considerando que en la violación en menor o incapaz se puede dar la coautoria. Cabe resaltar que tres de los entrevistados dijeron no saber el significado de la coautoria, entre ellos un fiscal, un defensor público y un abogado litigante.

Pregunta 15) ¿Atendiendo a las modalidades de acción considera usted que el delito de violación en menor ó incapaz es de resultado?

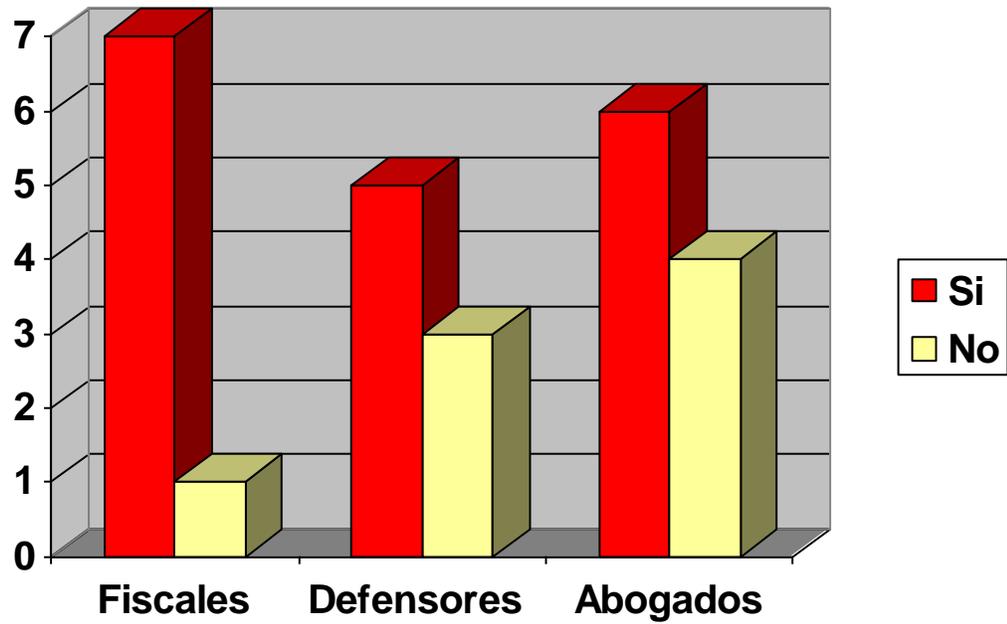
Cuadro # 12

Unidad de Análisis	Sí		No		Totales
	Fa	Fr%	Fa	Fr%	
Fiscales	7	26.92	1	3.84	8
Defensores Públicos	5	19.23	3	11.54	8
Abogados Litigantes	6	23.08	4	15.38	10
Totales	16	69.23%	8	30.76	26

INTERPRETACIÓN:

En la pregunta 15 se tiene que el 69.23% entre ellos: 7 fiscales, 5 defensores públicos y 6 abogados litigantes contestan afirmativamente a la interrogante planteada, en cambio 8 de los entrevistados contesto negativamente.

Gráfico # 12



ANÁLISIS.

Con los resultados obtenidos en el presente ítem se afirma que existe un desconocimiento en cuanto a clasificar el delito de violación en menor o incapaz como un delito de resultado, y considerarlo como tal por las lesiones producidas externa e internamente.

4.2 ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.

Luego de presentar los resultados de la investigación de campo y haberlos ordenado sistemáticamente, es necesario hacer un análisis de los datos obtenidos con el propósito de interpretarlos, y con las estimaciones realizadas se procede a la evaluación de los resultados de la investigación que permitirá hacer una valoración sobre el éxito del estudio realizado.

4.2.1 PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN.

Con el fin de verificar la eficacia de la presente investigación se expondrán los enunciados de la misma contrastándolos con la información obtenida en el desarrollo del trabajo, con el propósito de darle respuesta a las preguntas planteadas al inicio de la investigación que son despejadas al termino de la misma con la información expuesta en la Base Teórica y las informaciones de campo obtenidas.

¿Cuáles son los problemas que se generan al momento de determinar el alcance y contenido del delito de violación en menor ó incapaz?

Los problemas que se generan al momento de aplicar el ilícito se presentan al momento de explicar la conducta típica del delito, porque algunos de los profesionales del derecho consideran que la violencia es requisito para que se

adecue un hecho en concreto, mostrando con ello un desconocimiento de los elementos del ilícito: además se presentan problemas al interpretar el sujeto pasivo y el sujeto activo.

¿Cómo se estructura el tipo penal de violación en menor ó incapaz?

Al estudiar en la Base Teórica el apartado “Estructura del Delito”, se describió cada uno de los elementos objetivos y subjetivos que tiene el delito de violación en menor ó incapaz, los que se confirmaron además con las respuestas obtenidas en las preguntas 5, 6 y 7 de la entrevista semi-estructurada y en la entrevista no estructurada.

¿Que bien jurídico protege el tipo de violación en menor ó incapaz?

En referencia a esta interrogante nos encontramos con dos criterios sobresalientes el que considera que la violación en menor ó incapaz protege la Libertad Sexual de la víctima y el que se considera que el Bien Jurídico es La Indemnidad ó Intangibilidad Sexual; lo cual se confirma en las preguntas 8 y 9 de la entrevista semi-estructurada y en la pregunta 3 de la entrevista no estructurada.

¿Que pena debe establecer el legislador en el delito de violación en menor ó incapaz para ser proporcional?

Para darle respuesta a esta interrogante se desarrollo el apartado “Consecuencia Jurídica” en el cual se exponen las reglas de proporcionalidad que debe cumplir una pena. Determinando que la consecuencia jurídica que se debe establecer en el delito de violación en menor ó incapaz debe ser de 8 a 20 años de prisión; lo anterior se confirma con los resultado obtenidos de las entrevistas realizadas en la semi- estructurada en la pregunta 12 y en la entrevista no estructurada en la pregunta 4, criterio que es compartido por el grupo investigador.

¿Cuáles son los elementos que comprende el ilícito de violación en menor ó incapaz?

Esta interrogante queda evacuada al remitirse a la Estructura del Delito, donde se analizan cada uno de los elementos objetivos y subjetivos del delito en estudio, en el cual se comprueba que como elemento subjetivo, este delito solo admite el dolo y como elementos objetivos se presentan los descriptivos y los normativos, que describen el ilícito y regulan esta conducta desde un punto de vista legal; esta afirmación se fundamenta en las preguntas 5 y 6 de la

entrevista semi- estructurada y en la pregunta 5 de la entrevista no estructurada.

¿Cuál es la incidencia de la concurrencia de personas en el delito de violación en menor ó incapaz?

Los conocimientos desarrollados en el tema “La concurrencia de personas en el delito de Violación en menor ó incapaz” permiten afirmar que en el delito en análisis solo se presentan la autoría directa y todas las clases de participación. En el estudio de campo quedo confirmada esta postura con los resultados que se obtuvieron de las preguntas 13 y 14 de la entrevista semi-estructurada y la pregunta 6 de la entrevista no estructurada, dejando claro que no se presentan en esta clase delitos la autoría mediata y la coautoría.

4.2.2 DEMOSTRACIÓN Y COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS.

HIPÓTESIS GENERAL # 1

El contenido del tipo de la violación en menor ó incapaz es amplio y requiere de un análisis especial en el sujeto pasivo y en la conducta típica.

Según las interrogantes planteadas para comprobar esta hipótesis se logro constatar por parte del grupo investigador que el delito de violación en menor ó incapaz es bastante amplio y requiere que su estudio sea mas especifico tanto en la conducta típica del ilícito como en el sujeto pasivo; esto debido a

que según algunas respuestas de la población entrevistada se concluye que en el acceso carnal debe existir violencia porque de lo contrario, no se puede considerar la violación criterio que no es el adecuado. En consecuencia la primera hipótesis general planteada es afirmativa, siendo estos los criterios que tienen los aplicadores de justicia y los informantes más cercanos a ellos, aunque no se puede quitar méritos a los Fiscales, Defensores Públicos y Abogados litigantes que tienen un conocimiento amplio del tema en estudio. Además la incapacidad de resistir es una capacidad que esta referida a personas físicamente vulnerables.

HIPÓTESIS GENERAL # 2

El ilícito de violación en menor ó incapaz presenta una estructura que lo diferencia de otros delitos sexuales y generan problemas al aplicarlo.

De acuerdo a las estadísticas generadas en la investigación de campo el 88.46% de los entrevistados dicen conocer la estructura del delito en estudio pero al momento de mencionar los elementos de esa estructura, no pueden hacerlo con facilidad, lo cual denota que al momento de adecuar un caso en concreto generan problemas al plantear cada uno de los componentes de la estructura del mismo y no los diferencian de otros delitos sexuales como la violación, agresiones sexuales y estupro; además los informantes claves quienes son directamente los aplicadores de justicia, respondieron que los

elementos de la estructura del delito de violación en menor ó incapaz son: el acceso carnal por vía anal o vaginal, el sujeto activo y el sujeto pasivo; dejando fuera de esa estructura el elemento subjetivo que es el dolo.

En ese sentido se comprueba que el delito de violación en menor ó incapaz tiene una estructura diferente a otros delitos de carácter sexual que lo hacen diferente y por ello causa problemas al momento de adecuarlo en un caso en particular. A consecuencia de lo anterior la presente hipótesis es afirmativa.

HIPÓTESIS ESPECIFICA # 1

El Bien Jurídico protegido en el tipo de violación en menor ó incapaz es para el legislador la libertad sexual y para la mayoría de juzgadores la indemnidad ó intangibilidad.

Los resultados obtenidos en las entrevistas no estructuradas demuestran que para la mayoría de los aplicadores de justicia el bien jurídico protegido es la Indemnidad o la Intangibilidad, contrario a lo que establece el legislador que es la Libertad Sexual. Por lo anterior queda demostrada la hipótesis planteada al inicio de la investigación de campo, por tanto es afirmativa.

HIPÓTESIS ESPECIFICA # 2

La sanción establecida en el delito de violación en menor o incapaz debe ajustarse a las reglas del principio de proporcionalidad de la pena.

Los datos obtenidos de la población entrevistada reflejan que los informantes cercanos un 61.53% en su mayoría fiscales, consideran la consecuencia jurídica establecida en el delito de violación en menor o incapaz es proporcional y cumple con todos los principios de la ley penal vigente; pero no obstante el 38.46% consideran a la pena de 14 a 20 años de prisión como exagerada y desproporcional al daño causado, criterio que se apoya en los resultados de las entrevistas no estructuradas dirigidas a los informantes claves (jueces y magistrados de cámara), proponiendo estos últimos una modificación en el mínimo de la sanción dejándolo en 8 años, dando de esa forma una equidad en la afectación de la libertad del imputado y el bien jurídico dañado. En consecuencia la hipótesis planteada es afirmativa.

HIPÓTESIS ESPECIFICA # 3

El tipo de violación en menor ó incapaz solo puede ser cometido por medio de una acción dolosa y contiene elementos objetivos descriptivos y normativos.

La población entrevistada manifestó en un 76.92% que la violación en menor ó incapaz solo puede cometerse por una acción dolosa, caso contrario un

23.07% considera que existen elementos distintos del dolo, como el animo libidinoso; así mismo algunos de los entrevistados consideran que la conducta descrita en el artículo 159 se compone de elementos objetivos descriptivos y normativos entre los que mencionan el acceso carnal por vía vaginal o anal, el sujeto pasivo y el sujeto activo. Por lo tanto esta hipótesis es afirmativa.

HIPÓTESIS ESPECIFICA # 4

El delito de violación en menor o incapaz solo admite la autoría directa y todas las formas de participación.

De acuerdo al conocimiento desarrollado en el apartado de la Base Teórica denominado “La concurrencia de Personas en el delito de violación en menor o incapaz” se comprobó esta hipótesis; además con los resultados obtenidos en las entrevistas realizadas a los informantes claves (ver cuadro No 10 y resultados de entrevista no estructurada) se confirmó que el ilícito solo admite la autoría directa, la instigación y la complicidad necesaria y no necesaria. Por lo anterior se considera que la hipótesis planteada al inicio de la investigación de campo es afirmativa.

4.2.3 LOGRO DE OBJETIVOS.

El planteamiento de objetivos al inicio del estudio tienen como fin orientar de forma ordenada los lineamientos generales que informaran la investigación tanto documental como de campo, permitiendo con ello la fijación de metas, cuyo cumplimiento permitirá la realización de un trabajo de grado que llene las expectativas de la naturaleza de la investigación jurídica social.

En esta etapa del trabajo luego de haber presentado los resultados de la investigación de campo es necesario realizar un análisis referente al cumplimiento de los objetivos planteados al inicio del estudio.

Para realizar la verificación del cumplimiento de objetivos se ejecutara una evaluación de cada uno de ellos contrastado con la base teórica y la investigación de campo realizada por el grupo de trabajo.

OBJETIVOS GENERALES.

- *Explicar el alcance y contenido del delito de Violación en Menor ó Incapaz.*

El primer objetivo general ha sido cumplido al momento de presentar en la Base Teórica, los criterios sostenidos por la doctrina y los dispensadores de justicia en referencia al delito en análisis

Además los resultados obtenidos en la entrevista semi- estructurada permiten tener una amplia panorámica de los criterios que la población muestral adoptan al momento de aplicar e interpretar el delito de violación en menor o incapaz.

- *Analizar la estructura del delito de violación en menor ó incapaz*

Este objetivo se cumplió al desarrollar en la Base Teórica el apartado “Estructura del Delito”, en el se analizo a profundidad cada uno de los elementos que componen la estructura del delito de violación en menor o incapaz desde un punto de vista teórico y practico.

Además en la entrevista dirigida a los Jueces de Sentencia y Magistrados de la Cámara de lo Penal se comprobó los criterios adoptados por el grupo investigador en el capitulo II. Por consiguiente se cumplió este objetivo general.

OBJETIVOS ESPECIFICOS.

- *Determinar el Bien Jurídico que protege el tipo de violación en menor ó incapaz*

Este objetivo ha sido comprobado en su totalidad, en el desarrollo de la base teórica, al establecer los distintos criterios dominados en torno a este aspecto por

los autores consultados. Se comprobó que los profesionales del derechos y los aplicadores de justicia consideran que el bien jurídico protegido en el delito de violación en menor o incapaz es la Indemnidad o Intangibilidad Sexual, no solamente la Libertad sexual, y esto se ve reflejado en los resultados de las entrevistas no estructuradas.

- ❑ *Analizar el principio de proporcionalidad con relación al tipo de violación en menor ó incapaz.*

En el estudio de la consecuencia jurídica establecida en el delito de violación en menor o incapaz realizado en la base teórica, se analizo de una manera especifica la proporcionalidad y la forma de aplicarla a una pena en concreto. Además en la entrevista no estructurada se analizó por parte de los informantes claves el nivel de proporcionalidad existente en la sanción establecida en el delito en estudio.

Por lo anterior se concluye que este objetivo se cumplió en su totalidad, realizando un análisis a la consecuencia jurídica en relación a este principio.

- ❑ *Describir los elementos objetivos y subjetivos que comprende la violación en menor ó incapaz.*

Se comprobó el logro del presente objetivo en la base teórica de este trabajo de grado, específicamente en los apartados “Estructura del Delito”, “Tipo Objetivo” y “Tipo Subjetivo”, en los cuales se fundamenta el cumplimiento de esta finalidad de investigación.

- *Establecer la autoría y participación en el delito de violación en menor ó incapaz.*

Al igual que los anteriores objetivos este se comprobó plenamente en el desarrollo de la base teórica, en el apartado “conurrencia de personas en el delito de violación en menor o incapaz”. Y se reforzó con las respuestas de los entrevistados que contestaron las formas de autoría y participación que se dan en el delito de violación en menor o incapaz.

CAPÍTULO

V

CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS

5.1 CONCLUSIONES.

El equipo de trabajo después de haber finalizado la investigación documental y de campo, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

- ❑ La conducta típica del delito en estudio se concreta con el simple acceso carnal sin necesidad de violencia y debe ser por vía vaginal o anal, que debe ser fisiológicamente natural.
- ❑ La violación en menor ó incapaz es un delito de mera actividad, porque la acción y el resultado no pueden ser separados espacio- temporalmente.
- ❑ El termino incapaz de resistir es solamente físicamente.
- ❑ El delito de violación en menor o incapaz tiene una estructura diferente a los demás delitos de índole sexual y por ello se necesita un estudio específico en cada uno de los elementos que lo componen.
- ❑ La violación en menor o incapaz protege dos bienes jurídicos que son: La Autodeterminación Sexual de los enajenados mentales, de los incapaces de resistir y de las personas en estado de inconsciencia, porque estas personas no

disponen de una capacidad física o mental para comprender o razonar el significado de la acción sexual realizada en ellos. Respecto a los menores de quince años se les tutela El Adecuado Proceso de Formación, debido a que ellos tienen una capacidad física y mental en normal desarrollo y al tener acceso carnal con ellos se interrumpe ese proceso de formación del menor, afectándoles en su psiquis por el resto de su vida.

- La pena de 14 a 20 años de prisión como consecuencia jurídica del delito en estudio es excesiva porque no cumple con el principio de proporcionalidad de las penas, la cual debe responder a la gravedad del daño que se causa con el hecho y a la importancia del bien jurídico vulnerado.
- El delito de violación en menor o incapaz solo se puede ejecutar por una acción dolosa encontrándose el animo libidinoso implícito en el dolo. Además el delito esta compuesto por elementos descriptivos que establecen el supuesto de hecho, y elementos normativos que desvaloran la acción realizada sobre alguno de los sujetos indicados en el artículo.
- Que solo se admite la autoría directa para la comisión del ilícito y que la aparición de instigadores, cómplices necesarios y no necesarios, en el delito es valida de acuerdo a la clase de acción realizada; la autoría mediata y la coautoría no concurren en la violación en menor o incapaz.

5.2 RECOMENDACIONES.

Al analizar los problemas planteados en la realización del presente trabajo de graduación el grupo investigador considera pertinente realizar las siguientes recomendaciones a efecto de buscarle posibles soluciones a la problemática estudiada.

ASAMBLEA LEGISLATIVA.

Que la reformas realizadas al ordenamiento jurídico penal salvadoreño, deben hacerlas observando, no solo casos de gran trascendencia social, sino la realidad jurídica, cultural y social de la población, y para sustentarlas en criterios jurídicos y científicos, respetando principios y garantías fundamentales de las personas.

AL ORGANO JUDICIAL.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Que realice foros, revistas y publicaciones de información actual y realicen capacitaciones constantes a los Magistrados de las Cámaras de lo Penal, y a todos los jueces, para que fundamenten doctrinaria y jurídicamente sus resoluciones.

AL CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA.

Para que capacite de una manera constante a los fiscales, defensores públicos y abogados en el libre ejercicio en las teorías del delito, para que estos desempeñen una mejor labor en cada uno de sus roles en los juicios.

A LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR.

Que promueva una de las finalidades fundamentales del artículo 3 de la ley Orgánica de La Universidad de El Salvador, como es La Investigación Científica, a fin de crear bases de consulta para los estudiantes en temas específicos, para que conozcan de una manera concreta y especializada cada uno de los mismos y así formar mejores profesionales que propongan un cambio a la sociedad desde un punto de vista científico social.

5.3 PROPUESTA DE REFORMA AL ARTICULO 159 DEL CODIGO PENAL.

Considerando:

- I. Que la normativa penal debe estar sujeta a modificaciones constantes que permitan la correcta aplicación de los principios constitucionales y fundamentales de la persona humana.
- II. Que la violación en menor o incapaz es un delito que en el país va en aumento, y es necesario evitar ese crecimiento.
- III. Que la redacción actual del artículo 159 causa confusiones al momento de adecuarlo a un hecho en particular.
- IV. Que la sanción establecida al delito de violación en menor o incapaz es desproporcional por que no se observo el criterio diferenciado de bienes jurídicos.
- V. Que de acuerdo a la cultura y la realidad social del país a partir de los trece años el menor tiene una capacidad de comprender el alcance y efectos de sostener una relación sexual.
- VI. Que por las razones expuestas es necesario reformar el código penal con el objetivo de dotar al Estado de las herramientas legales que permitan aplicar de una manera eficaz la ley penal.

POR TANTO: En uso de las facultades Constitucionales y a iniciativa de los Diputados _____ se decreta la siguiente:

REFORMA AL CODIGO PENAL.

Art. 1 Refórmese el Título IV de la siguiente manera:

“TITULO IV DELITOS RELATIVOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL, AUTODETERMINACIÓN, Y EL ADECUADO PROCESO DE FORMACIÓN.

Art. 2 Refórmese el artículo 159 de la siguiente forma:

“Violación en menor o incapaz”

Artículo 159.

El que tuviere acceso carnal por vía vaginal, anal ó en otro orificio del cuerpo que simule un órgano sexual con menor de 13 años de edad cumplidos, o con otra persona aprovechándose de su estado de enajenación mental profunda, de su estado de inconciencia o de su incapacidad física de resistir, será sancionado con pena de prisión de 8 a 16 años.

Art. 3 Trasládese el inciso segundo del artículo 159, al artículo 162, quedando redactada de la siguiente manera:

“Violación y agresión sexual agravada”

Art. 162.- Los delitos a que se refieren los cuatro artículos anteriores serán sancionados con la pena máxima correspondiente, aumentada hasta en una tercera parte cuando fueren ejecutados:

8) Cuando el agresor mediante engaño coloque a la víctima en estado de inconciencia o la incapacite para resistir.

Art. 5.- El presente decreto entrara en vigencia 8 días después de su publicación en el Diario Oficial.

BIBLIOGRAFÍA.

- Carlos Suárez Rodríguez “el delito de agresiones sexuales s asociadas a la violación. Editorial Aranzadi. 1995.

- Hans Welzel “sistema del derecho penal” una introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción y notas por José Cerezo MIR. Reimpresión editor Julio Cesar Faira.

- José Antonio Choclan Montalvo. “Culpabilidad y pena, su medición en el sistema penal salvadoreño”. Edición justicia de paz.

- Claus Roxin “derecho penal, parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la teoría del delito” traducción de la 2 edición alemana. Notas por Diego Manuel Luzón Peña. Editorial civitas.

- Eduardo Vargas Alvarado, “medicina legal, compendio de ciencias forenses para médicos y abogados”, tercera edición, san José de Costa Rica. 1983.

- Gonzalo Quintero Olivares.” Manual de derecho penal parte general” editorial Aranzadi. 3 edición.

- Napoleón Rodríguez Ruiz “historia de las instituciones jurídicas salvadoreñas tomo I y II”, Editorial universitaria 1969.
- Ricardo Levene y Eugenio Raúl Zaffaroni “Los códigos penales latinoamericanos”. Tomo I ,III ,IV ,V 1986 .
- Miguel Alberto Trejo Escobar “Curso de derecho penal salvadoreño” parte general. Volumen I Nociones fundamentales. editorial triple D.2002.
- Enrique Orts Berenguer “ delitos sexuales”. Editorial civitas. 1995.
- Francis Bertrán Galindo, et al “Manual de Derecho Constitucional. Tomo I y II. 3 edición 1999, centro de información jurídica, ministerio de justicia.
- Zaffaroni, Eugenio Raul, “Manual de Derecho Penal, Parte General” 5ª Edición, Buenos Aires, Argentina 1986.
- Mir Puig, Santiago, “Derecho Penal Parte General” Barcelona, España 1980
- Diccionario de Medicina Océano Mosby, Editorial Océano, 4ª Edición, Barcelona, España, 2003.
- Diccionario de Sinónimos y Antónimos, Editorial Océano, 5ª Edición, Barcelona, España 2004.

REFERENCIA DE CAMPO.

ENTREVISTA # 1 DIRIGIDA A JUECES DEL TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA DE LA CIUDAD DE SAN MIGUEL.

LICENCIADO JOSÉ SALOMÓN ALVARENGA.

HORA: 8:15 A.M.

FECHA: JUEVES 10 DE NOVIEMBRE DE 2005.

LUGAR: CENTRO JUDICIAL “DAVID J. GUZMÁN” SAN MIGUEL

LICENCIADO OSCAR ANTONIO CRUZ HERNÁNDEZ

HORA: 8:30 A.M.

FECHA: MIÉRCOLES 16 DE NOVIEMBRE DE 2005.

LUGAR: CENTRO JUDICIAL “DAVID J. GUZMÁN” SAN MIGUEL

ENTREVISTA # 2 DIRIGIDA A JUECES DE TRIBUNAL SEGUNDO DE SENTENCIA DE LA CIUDAD DE SAN MIGUEL.

LICENCIADO JOSÉ FREDY AGUILAR FERNÁNDEZ.

HORA: 11:30 A.M.

FECHA: VIERNES 11 DE NOVIEMBRE DE 2005.

LUGAR: CENTRO JUDICIAL “DAVID J. GUZMÁN” SAN MIGUEL.

LICENCIADO JOSÉ LUCIANO LOVATO.

HORA: 2:30 P.M.

FECHA: VIERNES 11 DE NOVIEMBRE DE 2005.

LUGAR: CENTRO JUDICIAL "DAVID J. GUZMÁN" SAN MIGUEL.

ENTREVISTA # 3 DIRIGIDA A MAGISTRADOS DE CAMARA DE LO PENAL.

LICENCIADO CARLOS ROBERTO CRUZ UMANZOR.

HORA: 9:15 A.M.

FECHA: JUEVES 10 DE NOVIEMBRE DE 2005.

LUGAR: CENTRO JUDICIAL "DAVID J. GUZMÁN" SAN MIGUEL

DOCTOR VILLATORO.

HORA:10:00 A.M.

FECHA: JUEVES 10 DE NOVIEMBRE DE 2005.

LUGAR: CENTRO JUDICIAL "DAVID J. GUZMÁN" SAN MIGUEL

ANEXOS

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Facultad Multidisciplinaria Oriental

Departamento De Ciencias Jurídicas

XXII Proceso De Graduación De Ciencias Jurídicas Año 2005

Entrevista No Estructurada Dirigida A:

- Jueces de Tribunales de Sentencia.**
- Magistrados de Cámaras de lo Penal.**

“EL DELITO DE VIOLACION EN MENOR O INCAPAZ EN EL DEPARTAMENTO DE SAN MIGUEL EN EL PERIODO 2003 AL 2005”.

OBJETIVO:

Lograr determinar los criterios que se aplican en los tribunales de Sentencia y Cámaras de lo penal por los dispensadores de justicia en los casos de violación en menor ó incapaz.

INDICACIONES:

Conteste las siguientes preguntas de manera clara y sencilla.

¿Cómo interpreta el delito de violación en menor ó incapaz en referencia a la conducta típica y el sujeto pasivo?

¿Explique la estructura típica del delito de violación en menor ó incapaz de acuerdo al artículo 159 del código penal?

¿Cuál es el Bien Jurídico que se protege en la violación en menor ó incapaz y porque lo considera así?

¿Considera que al aplicar la consecuencia jurídica proveniente del ilícito de violación en menor ó incapaz, se cumple el principio de proporcionalidad o será necesario modificarla?

¿Explique en forma breve y sencilla cuales son los elementos objetivos y subjetivos que tiene el delito de violación en menor ó incapaz y en que consiste cada uno de ellos?

¿Cuales son las modalidades de autoría y participación que a su criterio se presentan en el delito de violación en menor ó incapaz?

¿Considera que el delito de violación en menor o incapaz puede ser cometido solo por una acción dolosa o por una acción imprudente?

GRACIAS POR SU AMABLE COLABORACIÓN.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Facultad Multidisciplinaria Oriental

Departamento De Ciencias Jurídicas

XXII Proceso De Graduación De Ciencias Jurídicas Año 2005

Entrevista Semi-Estructurada Dirigida A:

□ **Fiscales.**

□ **Defensores Públicos.**

□ **Abogados en el Libre Ejercicio**

“EL DELITO DE VIOLACION EN MENOR O INCAPAZ EN EL DEPARTAMENTO DE SAN MIGUEL EN EL PERIODO 2003 AL 2005”.

OBJETIVO:

Determinar el grado de conocimiento que tienen los entrevistados con referencia al delito de violación en menor ó incapaz y su interpretación al momento de adecuarlo a un hecho en concreto.

INDICACIONES:

Conteste las preguntas de manera clara y sencilla.

1. Para usted ¿la violación en menor ó incapaz se configura solo con la penetración ó requiere que se aplique violencia en el acceso carnal? Si___

No___Porque_____

2. ¿Considera que el sujeto activo en el ilícito es solo el hombre ó también puede ser una mujer?

Si ___ No ___ Porque _____

—

3. ¿Es adecuada la edad que establece el legislador para que un menor sea capaz de consentir?

Si ___ No ___ Porque _____

4. Al establecer en el artículo 159 del código penal a la persona “incapaz de resistir” ¿considera usted que el legislador se refiere solo aquella que por enfermedad se encuentra limitada o también a los mayores (ancianos) que por su edad son vulnerables ante una agresión de este tipo?

Si ___ No ___ Porque _____

—

5. ¿Conoce usted los elementos de la estructura del delito de violación en menor ó incapaz?

Si__No__Porque_____

—

6. ¿Cuales son los elementos esenciales para que se configure el ilícito de violación en menor ó incapaz?

7. ¿Considera que el elemento subjetivo del delito es solamente el dolo ó pueden existir otros distintos a este?

Si__No__Porque_____

—

8. ¿El bien Jurídico Protegido es La Libertad Sexual ó considera usted que es otro que se tutela?

Si ___ No ___ Porque _____

—

9. ¿Considera que al menor de quince años se le protege el mismo Bien Jurídico que al enajenado mental, el incapaz de resistir y la persona en estado de inconsciencia?

Si ___ No ___ Porque _____

—

10. ¿Para usted el principio de proporcionalidad se refleja en la pena establecida al delito de violación en menor ó incapaz?

Si ___ No ___ Porque _____

—

11. ¿A que responde la pena establecida para el delito a la gravedad del daño causado o a un criterio diferenciado de los bienes jurídicos?

12. ¿Cuál considera usted que sería una sanción proporcional en el delito de violación en menor ó incapaz?

13. ¿Puede darse la autoría mediata en el delito de violación en menor ó incapaz?
Si__No__Porque_____

14. ¿Existe la coautoría en el delito de violación en menor ó incapaz?
Si__No__Porque_____

15. ¿Atendiendo a las modalidades de acción considera usted que el delito de violación en menor ó incapaz es de resultado?

Si__No__Porque_____

-

GRACIAS POR SU AMABLE COLABORACION