

342.0256
A 385d
1966
F. J. Y. C.
Op. 3

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DELITOS CONTRA
LA
HONESTIDAD

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA

POR

T.
342.0256
A385d

RAFAEL ALFARO RAMIREZ

1966



SAN SALVADOR

EL SALVADOR

CENTRO AMERICA



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES.

DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD

TESIS DOCTORAL
PRESENTADA
POR
RAFAEL ALFARO RAMIREZ

1966

SAN SALVADOR, EL SALVADOR C.A.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR:

Dr. RAFAEL ANTONIO VASQUEZ

SECRETARIO GENERAL:

Dr. MARIO FLORES MACALL

FISCAL:

Dr. JOSE MARIA MENDEZ

x x x x

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO:

Dr. ROBERTO LARA VELADO

SECRETARIO:

Dr. MANUEL ATILIO HASBUN

1966

x x x x

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE MATERIAS CIVILES, PENALES
Y MERCANTILES.

Presidente: Dr. RAFAEL IGNACIO FUNES

Primer Vocal: Dr. MANUEL ANTONIO RAMIREZ

Segundo Vocal: Dr. JOSE ENRIQUE SILVA

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE MATERIAS PROCESALES Y LEYES
ADMINISTRATIVAS

Presidente: Dr. JORGE ALBERTO HUETE

Primer Vocal: Dr. GUILLERMO MANUEL UNGO

Segundo Vocal: Dr. LUIS ALONSO POSADA

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE MATERIAS SOCIALES, CONSTITUCION
Y LEGISLACION LABORAL

Presidente: Dr. REYNALDO GALINDO POHL

Primer Vocal: Dr. ARMANDO NAPOLEON ALBANEZ

Segundo Vocal: Dr. JOSE NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ h.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

TRIBUNAL EXAMINADOR DE TESIS

Presidente: Dr. ARTURO ZELEDON CASTRILLO

Primer Vocal: Dr. JOSE ENRIQUE SILVA

Segundo Vocal: Dr. FRANCISCO BERTRAND GALINDO

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

DEDICO ESTA TESIS DOCTORAL:

CON GRAN AMOR Y DEVOCION
A MI MADRE,

Señora HULL AMELIA RAMIREZ

CON INMENSO CARIÑO A MIS
HERMANOS,

Brs. JOSE FILIBERTO y RICARDO
ALFREDO ALFARO.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

I N D I C E

CAPITULO

I

INTRODUCCION

1. Denominaciones 2. -Clasificaciones 3. Clasificación del Código Penal vigente y proyecto de Código Penal Nacional
Apéndice : Proyectos de Códigos Penales Argentinos pág. 1

CAPITULO II

ADULTERIO

1. Historia 2. Definiciones 3. Bien Jurídico lesionado 4. Elementos del delito de adulterio de la mujer 5. Adulterio del hombre o amancebamiento 6. Posibilidad de supresión del delito de adulterio, en la legislación positiva, por ser una violación de un bien jurídico privado 7. Condiciones objetivas de penalidad 8. El conyugicidio por adulterio Pág. 6

CAPITULO III

VIOLACION

1. Historia 2. Definiciones 3. Bien Jurídico lesionado 4. Elementos del delito de violación 5. Clases 6. Algunos casos singulares 7. Jurisprudencia Pág. 20

CAPITULO IV

ABUSOS DESHONESTOS

1. Definiciones 2. Bien Jurídico lesionado 3. Elementos del delito de abusos deshonestos 4. Clases 5. Algunos casos singulares 6. Jurisprudencia Pág. 41

CAPITULO V
DELITOS DE ESCANDALO PUBLICO

1. Definiciones 2. Bien Jurídico Lesionado 3. Elementos del delito de Escándalo Público 4. Cuales hechos quedan comprendidos bajo este título 5. Algunos casos singulares Pág. 52

CAPITULO VI
ESTUPRO

1. Historia 2. Definiciones 3. Bien Jurídico Lesionado 4. Elementos del Delito de Estupro 5. Clases 6. Incesto 7. Algunos casos singulares Pág. 57

CAPITULO VII
CORRUPCION DE MENORES

1. Definiciones 2. Bien Jurídico Lesionado 3. Elementos del Delito de Corrupción de Menores 4. Algunos casos singulares. 5. Prostitución Pág. 70

CAPITULO VIII
RAPTO

1. Historia 2. Definiciones 3. Bien Jurídico Lesionado 4. Elementos del Delito de Rapto 5. Clases 6. Algunos casos singulares. - 7. Jurisprudencia Pág. 76

CAPITULO IX
DISPOSICIONES COMUNES

1. Acción Penal 2. Casos de Perdón 3. Indemnización 4. Agravantes Especiales 5. Relación a las disposiciones del Código de Instrucción Criminal Salvadoreño Pág. 85

CAPITULO I

INTRODUCCION

1- DENOMINACIONES. -

La gran mayoría de juristas no están de acuerdo en llamar a esta clase de infracciones de un modo general, "DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD" o lo que es equivalente a pudor, recato, compostura, decencia y moderación en la persona, acciones y palabras.

Nuestro Código Penal sigue al antiguo Código Penal Español, al emplear la denominación "Delitos contra la Honestidad".

Eugenio Cuello Calón, en su "Derecho Penal", Parte Especial, al justificar el término honestidad, lo considera como equivalente de moralidad sexual.

Estos delitos han recibido muchos nombres, según la diversidad de legislaciones; así por ejemplo en Francia, se les denomina "Atentados contra las buenas costumbres"; igual sucede en los Códigos Penales del Perú y Dinamarca, lo mismo que en Proyecto de Código Penal para la Argentina, de José Peco.

En Italia se los denomina "Delitos contra la Moralidad Pública y las Buenas Costumbres"; en Uruguay "Delitos contra las Buenas Costumbres y el orden de la Familia"; en México "Delitos Sexuales". Para el autor mexicano Francisco González de la Vega, (Derecho Penal Mexicano) el delito sexual, para ser considerado como tal, debe reunir dos condiciones importantísimas:

- 1) Que la acción directa típica del delito, sea directa e inmediatamente sexual, y
- 2) Que los bienes jurídicos lesionados sean relativos a la vida sexual del ofendido.

2- CLASIFICACION. -

El autor español Eugenio Cuello Calón, en la obra citada, al establecer la clasificación de estos delitos, nos manifiesta:

"De los hechos lesivos de la moralidad sexual que el Código menciona

unos constituyen predominantemente un ataque contra la libertad sexual, es decir, contra la libertad del individuo a disponer sexualmente de su cuerpo, como el comercio carnal realizado mediante violencia o intimidación, o con persona que no puede prestar su consentimiento por su edad, o por otra causa, los abusos deshonestos cuando concurren las anteriores circunstancias, el yacimiento mediante engaño con personas menores, etc. Aquí están incluidos los delitos de violación y abusos deshonestos, el rapto contra la voluntad de la raptada y asimismo el estupro y el rapto con anuencia de la raptada, delitos en los que la edad menor, la violencia y el engaño originan una disminución de la libertad de la ofendida o la anulan por completo. Otros delitos de esta índole constituyen principalmente una violación de la moral sexual familiar, cuya base es el matrimonio. A este género de infracciones pertenecen el adulterio, el amancebamiento y el incesto. Por último, otras infracciones, se caracterizan de modo principal por atentar contra la decencia pública en materia sexual, ora por el escándalo que suscita la publicidad que las acompaña o por el que despierta el conocimiento de la ejecución. A este grupo pertenecen los delitos de escándalo público (tanto los que ofenden el pudor o a las buenas costumbres como los relativos a la explotación de la prostitución) y los de corrupción de menores".

González de la Vega, en su obra citada, nos da una definición de los "Delitos Sexuales", cuando dice: "Son aquellas infracciones en que la acción típica consiste en actos positivos de lubricidad ejecutados en el cuerpo del sujeto pasivo, o que a éste se le hacen, y que ponen en peligro o dañan su libertad o su seguridad sexuales"; De conformidad con esta definición los bienes jurídicos afectados serían:

- 1) La Libertad y
- 2) La Seguridad sexual.

El autor Carlos Fontán Balestra, (Delitos Sexuales) al respecto agrega a estos bienes jurídicos, el orden de la familia, el pudor, la moralidad pública y la honestidad.

Los autores Luis Jiménez de Asúa y José Antón Oneca, en su libro conjunto "Derecho Penal", al comentar el Código Español, de 1928, nos dice: "Nuestro Código en el Título X del Libro Segundo trata como "Delitos contra

la honestidad"; la violación y los abusos deshonestos, el incesto y el estupro, los delitos relativos a la prostitución, el rapto, los delitos de escándalo público, el adulterio y amancebamientos. Pero en realidad, el adulterio es un delito-- caso de serlo--contra la relación matrimonial; el rapto, un delito contra la libertad y el buen orden de la familia, y algunas formas del escándalo, así como las infracciones relativas a la prostitución, son delitos contra las buenas costumbres y no van contra la honestidad del individuo en su sentido estricto, sino contra la sociedad.

El nuevo Código ha introducido en esta materia la mayor confusión. Después de sus definiciones imprecisas o de la omisión de requisitos y conceptos, no sabemos ya lo que es estupro y ni donde acaba el incesto, como veremos enseguida.

Además, el título de los delitos referentes a los menores, ha roto la unidad de estas infracciones, sin el menor provecho práctico y sin causa científica abonable, como ya dijimos al exponer los delitos de contagio intersexual y nutricio".

Uniéndolos conceptos, podemos sacar en conclusión, la siguiente clasificación:

- 1) Delitos contra el orden de la familia: adulterio;
- 2) Delitos contra la libertad sexual: violación, estupro y rapto;
- 3) Delitos contra el pudor: abusos deshonestos;
- 4) Delitos contra la moralidad pública: delitos de escándalo público; y
- 5) Delitos contra la honestidad: corrupción y prostitución de menores.

3. - CLASIFICACION DEL CODIGO PENAL VIGENTE Y PROYECTO DE CODIGO PENAL NACIONAL.

1. CODIGO VIGENTE

DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD

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

2) VIOLACION

- a) Violación presunta (Art. 392 No. 1);
- b) Violación propia (Art. 382 No. 2 y 3);
- c) Violación de prostituta (Art. 392 Inc. Final).

3) ABUSOS DESHONESTOS

- a) Abusos deshonestos violentos (Art. 393);
- b) Abusos deshonestos sin violencia (Art. 39 Inc. 4o.)

4) DELITOS DE ESCANDALO PUBLICO:

- a) Hechos de grave escándalo y publicaciones obscenas (Art. 394);
- b) Exposición o proclamación con escándalo de doctrinas contrarias a la moral pública (Art. 395).

5- ESTUPRO

- a) Estupro doméstico (Art. 396 Inc. 1o.);
- b) Incesto (Art. 396 Inc. 2)
- c) Estupro fraudulento (Art. 396 Inc. 3o.)

6- PROSTITUCION O CORRUPCION DE MENORES:

Art. 397

7- RAPTO:

- a) Rapto propio o violento (Art. 398);
- b) Rapto consensual (Art. 399)

B) PROYECTO:

El proyecto de Código Penal Salvadoreño, elaborado por los Abogados doctores Enrique Córdova, Manuel Castro Ramírez h. y Julio Fausto Fernández, hace la siguiente clasificación:

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

APENDICE; PROYECTOS DE CODIGOS PENALES ARGENTINOS.

El autor Argentino José Peco, en su proyecto de Código Penal, hace la siguiente clasificación de los "Delitos contra las Buenas Costumbres".

- 1) DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL: violación, actos libidinosos, violentos, sustitución de persona y estupro;
- 2) DELITOS CONTRA EL PUDOR SEXUAL: ultraje público al pudor, que comprende los actos obscenos y las publicaciones y espectáculos obscenos;
- 3) DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y DIGNIDAD DE LAS PERSONAS: corrupción de menores de quince años, corrupción y prostitución de menores de edad y enfermos o deficientes psíquicos; corrupción y prostitución de mayores de edad, lucro de la prostitución ajena y trata de mujeres y menores;

Y coloca al Incesto, en el Título de los Delitos contra la Familia, Capítulo del Delito contra la Pureza Familiar.

En el nuevo proyecto de Código Penal para Argentina, el autor Sebastian Soler, titula estos delitos así: "Delitos contra el pudor y la moralidad sexual", haciendo la clasificación siguiente:

- a) Violación, estupro y abusos deshonestos;
- b) Rapto;
- c) Corrupción, proxenetismo y rufianería, y
- d) Ultrajes al pudor.

"Delitos contra la Familia".

- a) Matrimonios ilegales;
- b) Atentados contra el estado civil;
- c) Sustracción de menores, y
- d) Incumplimiento de deberes familiares.

Es de notar que este autor ha suprimido de su proyecto el delito de adulterio.

CAPITULO II

ADULTERIC1- HISTORIA.

En los primeros tiempos del Derecho Romano, no se penó el adulterio de la mujer, ya que su castigo estaba reservado al Tribunal de la Familia, pero el marido podía hasta matarla. Con la "Lex Julia de Adulteris", se convierte en un delito público que podía ser acusado por cualquier ciudadano, siendo castigado con destierro, con confisca y con infamia. Constantino castigó con la pena de muerte, tanto el adulterio del marido como el de la mujer e igual pena impuso para el que yacía con mujer casada, fuera aquél soltero o casado.

En el Derecho de Castilla, se aplicó al principio, la pena de muerte, para cualquiera de los adúlteros, a disposición del marido agraviado, quien tenía el derecho de hacer de ellos lo que quisiera y aquellos perdían sus bienes, los que pasaban a manos del dicho marido. En las Partidas se castiga fuertemente el adulterio de la mujer y el del marido, siempre y cuando se llenen ciertas condiciones, más o menos similares a las que consigna nuestro Código Penal vigente.

La mujer era castigada por medio de azotes y puesta a continuación en una cárcel, perdiendo así la dote conyugal, las arras matrimoniales y estaba expuesta a morir como consecuencia de su encierro.

En la Novísima Recopilación más o menos se castiga el delito como en las Partidas, pero ya se consigna el castigo al hombre casado que tuviera manceba en forma pública.

2- DEFINICIONES.

a) El Diccionario de la Real Academia Española, 16a. Edición, nos dice: "ADULTERIC, del latin adulterium, es el ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados.

Nos da otra definición y dice que adulterio es "el delito que comete la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella sabiendo que es casada".

b) El Diccionario de Legislación y Jurisprudencia, de Joaquín Escriche, dice: "Adulterio, es el acto de una persona casada que violando la fidelidad conyugal concede sus favores a otra persona; el acceso carnal que un hombre casado tiene con otra que no sea su mujer legítima, o una casada que no sea su marido".

c) El Diccionario Tecnológico de Jurisprudencia, Economía y Legislación, de Pedro Fajol, dice: "Adulterio, es la violación de la fidelidad conyugal o acceso carnal que una persona casada tiene con otra, que no sea su cónyuge legítimo.

d) Alfredo Farros Errázuriz, en sus comentarios al Código Penal Chileno, nos dice "El término Adulterio, proviene del verbo latino "Adulterare", que significa falsificar, corromper, al igual que Jiménez de Asúa, señalando este mismo hecho como el origen de la palabra adulterio; dichos autores dan dos definiciones que más bien se refieren especialmente al adulterio de la mujer y dice así: "Es el ayuntamiento carnal ilegítimo con mujer siendo uno de los dos o ambos casados y como la violación de la fe conyugal, cometida corporalmente y a sabiendas".

e) Nuestro Código Penal no define el adulterio, sino que únicamente dice quiénes lo cometen. Reza así el inciso 2o. del Art. 388 : "cometen adulterio: la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio. En todo el resto del Capítulo lo., Título IX, Libro Segundo, se abstiene de llamar "adúltero" al hombre que yace con mujer que no sea su propia esposa y "adúltera" a la mujer que yace con hombre casado con otra.

La Ley Penal en su Art. 391, usa una fórmula disimulada al decir: "El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal, o fuera de ella con escándalo, será castigado con dos años de prisión mayor. La misma pena se impondrá a la manceba". Como se puede observar, no se define lo que es el adulterio, aunque si se marca un concepto, el legislador no ha querido llamar adúltero al hombre casado que yace con mujer que no sea su legítima esposa, asimismo no ha querido castigar este hecho cuando es simple: para que constituya delito se requiere que vaya acompañado de circunstancias verdaderamente infamantes para la esposa, como son: el irrespeto del marido al hogar conyugal o al escándalo público.

Al darnos nuestro Código Civil el concepto de hijo adulterino (Art. 360) nos dice que es "el concebido en adulterio, esto es entre dos personas, de las cuales uno a lo menos al tiempo de la concepción estaba casada con otra" y no entra a distinguir más, lo que claramente indica que el hombre casado que yace con mujer que no sea la suya, es adúltero.

3- BIEN JURIDICO LESIONADO. -

El bien jurídico lesionado es la institución familiar, según el Dr. José Enrique Silva, tesis sustentada en su trabajo "Delitos contra la Honestidad"; o sea que lo principal en este caso, es el orden y la moralidad de la familia.

El Código Penal Griego dice que el adulterio "ataca la sinceridad del matrimonio"; y el de Paraguay, lo considera como una "violación de la fe conyugal". El autor Joaquín Francisco Pacheco, en su obra "El Código Penal concordado y comentado", sostiene que "lesiona a la Sociedad". Hay quienes ven en el adulterio, un ataque a "la vergüenza, el honor y la dignidad del marido", o "un motivo de perturbación para la familia".

La Iglesia Católica sostiene que es contrario al sacramento del matrimonio y nuestro Código Penal lo cataloga como un atentado contra la honestidad.

Ahora bien, buscando que bien jurídico de la comunidad matrimonial interesa en el adulterio, se llega a la conclusión de que es el de la fidelidad conyugal. Que los cónyuges se guarden fidelidad, es lo que manda la ley civil. Y la fidelidad, según Vicente Tejera, autor cubano citado en "Delitos contra la Honestidad", del Dr. Silva mencionado, es un pacto expreso o tácito que consiste en no entregarse con fines sexuales a otro, y si esto no es lo suficiente, recordemos la definición de Joaquín Escriche, dada en su diccionario citado, cuando dice: "Es el acto de una persona casada, que violando la fe conyugal, concede sus favores a otra persona".

El autor Sebastián Soler, en su obra "Derecho Penal Argentino", dice que el bien jurídico lesionado con el adulterio es un interés complejo, integrado por la honestidad y el buen orden de familia. Según otros penalistas, entre ellos, Luis Jiménez de Asúa, en su obra "El Adulterio" sostiene que el interés por el delito, no es otra cosa que "un conjunto de bienes inmateriales, el que predominan al interés privado sobre el social".

Eugenio Cuello Calón, en su obra citada, sostiene o mejor dicho coloca el adulterio, como un atentado contra la institución, tesis que sustenta el mencionado doctor Silva en el trabajo "Delitos contra la Honestidad", publicado en la Revista "Estudios" de Diciembre de 1965, Opiniones que son de mi parecer, correctas.

4- ELEMENTOS.

Para que haya lugar al adulterio de la mujer son necesarias tres condiciones: 1) Enlace sexual de la mujer con hombre que no sea su marido; 2) matrimonio válido y preexistente y 3) que dicho enlace lo realice conscientemente, es decir, a sabiendas que está faltando a una de las obligaciones fundamentales del matrimonio, cual es: la de guardarle fidelidad a su marido.

Para analizar en forma detenida el primero de los elementos

mencionados necesario es considerar si será suficiente, para que haya adulterio, la "inmissio penis" o si será necesario la "inmissio sominis". Al respecto, Diego Vicente Tejera, mencionado por el Dr. Silva, en su trabajo citado, se expresa así: "La parte moral del adulterio no está en la caída del elemento fecundante en la mujer, sino en la entrega de ésta, a otro hombre, y ello se realiza habiéndose terminado o no el acto sexual". En mi opinión basta con la "inmissio penis" para dar lugar a este primer elemento. Ocurre lo contrario en el adulterio civil, pues debe haber coito y éste para caracterizar una causal de divorcio, basada principalmente en la fe conyugal, basta que consista en la "inmissio penis", porque ésta, es la manifestación más clara de la entrega de la mujer.

Ahora bien, el acto contra natura operado en mujer y la bestialidad de ésta, pueden ser considerados como adulterio?

Repitamos parte del Art. 358 inc. 2o. que dice: "cometen adulterio la mujer que yace...." El acto contra natura, está comprendido en el verbo yacer, opinión sustentada por Manfredini, citado por el Dr. Silva en la obra mencionada, aún cuando dice dicho autor, el verbo sea usado para significar el ayuntamiento carnal del hombre y de la mujer en la forma fisiológica que debe hacerse. Ahora bien, con relación a la bestialidad, podemos decir que la simple perversión sexual no puede llegar a constituir adulterio, por más que haya una cópula heterogénea de la mujer con un animal inferior. Ni tampoco lo sería el tribadismo o sea el acercamiento carnal de la mujer con otra mujer.

En el adulterio de la mujer, se pueden dar dos casos:

- a) Adulterio de la mujer casada con hombre soltero; y
- b) Adulterio de la mujer casada con hombre casado.

En el caso a), es la mujer casada el sujeto activo de este delito y el hombre su coautor, fijándose igual pena para ambos.

En el caso b), la mujer casada que yace con hombre que a su vez está casado con otra, comete indudablemente un adulterio, en el cual -

el agraviado es el marido de la primera. Este delito queda consumado con una sola relación sexual. Ahora bien, si no se trata de una sola relación sexual, si entre la mujer casada y el amante (a su vez casado con otra mujer) se establece cierta reiteración de relaciones sexuales, surgiría otro delito, toda vez que las relaciones fueran acompañadas de escándalo público o la primera fuera llevada al seno del hogar conyugal del amante. En esta segunda situación la persona agraviada es el cónyuge del amante. Surgiría entonces un concurso de delitos: adulterio y amancebamiento.

En el acto del matrimonio civil, el Alcalde o Gobernador que lo autorice, debe dirigir a los contrayentes lo siguiente: "En nombre de la República, quedáis unidos solemnemente en matrimonio civil, y estáis obligados a guardaros fidelidad y ayudaros mutuamente en todas las circunstancias de la vida". Esto de la fidelidad es esencial en el matrimonio.

Habría adulterio, no obstante haberse declarado posteriormente la nulidad del matrimonio (Art. 162 y 176 C.)

En relación con el tercero de los elementos citados, podemos decir que consiste en no consentimiento del marido, por una parte y por otra, en la voluntad de yacer con varón que no sea su marido.

5- ADULTERIO DEL HOMBRE O AMANCEBAMIENTO.

Según el Art. 391 Fn., se comete este delito "por el marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal, o fuera de ella con escándalo".

Nuestra Ley, como gran número de Códigos, trata de modo desigual el adulterio del marido, Mientras que en el adulterio de la mujer basta para la existencia de este delito la pura realización del enlace sexual, en el del marido es preciso el comercio sexual, repetido, la vida marital y que además concurren los requisitos de tener la manceba dentro de la casa conyugal o fuera de ella, con escándalo. Solamente cuando concurren estos requisitos, se puede hablar de la posibilidad del delito de adulterio del marido. Este, por consiguiente podría decirse, goza de una situación privilegiada, y

se fundamenten en la diversa manera de ser valorados, ambos adulterios por la opinión pública y en el daño grave de lo incierto de la prole que solamente el adulterio de la mujer, puede originar.

Como en el caso de adulterio de la mujer, el interés aquí protegido, es el orden jurídico y moral del matrimonio y como consecuencia el orden jurídico y moral de la familia.

Los sujetos activos de este delito son por una parte el hombre que está casado y una mujer ya sea casada o no, pudiendo ser ésta, una persona que pertenezca a su propia familia o sea extraña a ella. Para que pueda darse este delito, son necesarias las siguientes condiciones:

- 1) Matrimonio preexistente;
- 2) Amancebamiento;
- 3) Que se tenga la manceba dentro de la casa conyugal o fuera de ella con escándalo;
- 4) Dolo.

1) Un matrimonio preexistente. Al respecto, se puede observar lo dicho acerca de este elemento al tratar del adulterio de la mujer. 2) Amancebamiento. Esto significa tener comercio carnal con mujer que no es la propia, tenerla el culpable a su disposición para fines sexuales.

Esta clase de relaciones han de ser habituales y continuas, con la misma mujer, pues un sólo acto sexual, aún en el caso cuando tuviere lugar en la casa conyugal, o con notoriedad fuera de ella (escándalo), no constituiría este delito, pero si es necesaria una relación carnal, pues las relaciones de otro género como simpatía por una mujer, amorosas sin consecuencias sexuales o por pura compasión, no integran este delito. Ahora bien, si nos fijamos en los términos empleados por la ley, en "tener una manceba", no quiere decir que el adúltero, provea a la subsistencia de dicha manceba.

- 3) Que tenga manceba "dentro de la casa conyugal o fuera de ella

con escándalo". Cuando no concurre alguno de estos dos requisitos, el adulterio del marido no se puede penar.

Qué se entiende por Casa Conyugal?

E. Cuello Calón en su obra citada dice "Casa Conyugal", es el domicilio legal de los esposos donde habitualmente residen y desarrollan la vida familiar".

Los tribunales franceses, "cualquier lugar donde el marido pueda obligar a habitar a su cónyuge o donde ésta tenga derecho a ser admitida".

El Dr. José Enrique Silva, califica la "Casa Conyugal", como la vivienda en la que los cónyuges habitan en forma permanente, en su trabajo citado.

Qué debemos entender por escándalo público? :

Según el Derecho Canónico, significa "conocimiento por parte de la sociedad. No bastará pues, en caso necesario, que los testigos conste el adulterio del marido, es necesario que la Sociedad esté enterada, que sea del dominio del marido, pueda agravar el dolor moral y la vergüenza de la esposa burlada.

Resumiendo podemos decir que escándalo es el conocimiento público del adulterio del marido.

4- Dolo, o sea la voluntariedad del hecho.

Debe de incurrir por parte del hombre voluntad de tener la manceba conociendo el lazo matrimonial que lo une a otra mujer y por parte de la manceba incurrir la voluntad de mantener las relaciones carnales habituales y continuadas con un hombre cuyo estado matrimonial ya conoce.

El delito del adulterio del hombre, es un delito permanente y no instantáneo, como el de la mujer; por qué? Porque el primero se consuma en cuanto se inicia la relación sexual habitual y continúa y no cesa el delito mientras duren las relaciones. No puede concebirse la tentativa, pues una sola relación carnal no bastaría para integrar un acto encaminado de modo inequívoco y directo a la ejecución de este delito, una sola unión carnal en

el adulterio del hombre, pues, no es punible.

La prueba del adulterio, puede establecerse con hechos directos o indirectos. Nuestra Honorable Cámara de Tercera Instancia, en sentencia de 20 de mayo de 1913, así lo entendió también. Se sostuvo que si dos testigos afirman haber presenciado que A y B, temprano de la noche, en un cuarto iluminado y frente a una puerta abierta que dé a la calle, cometían adulterio, tal testimonio sólo sirve, en el mejor de los casos, de base para una presunción vehementísima. Digo en el mejor de los casos porque a Juicio de la Cámara en mención, el hecho de que los testigos aseveraran haber visto desde la calle que los adúlteros ejecutaban el acto sexual en un cuarto iluminado frente a una puerta abierta que da a la calle, quita toda fe a sus disposiciones por lo inverosímil que resulta el relato. Y en confirmación de este argumento la mencionada Cámara, se expresa así: "Esta presunción sería vehementísima, equivaldría casi a una certidumbre si la demandada y N. N., hubiesen sido sorprendidos en una habitación retirada o cerrada y acostados en el mismo lecho". Nuestra Honorable Cámara de Segunda Instancia de la Segunda Sección del Centro, en sentencia de 4 de abril de 1933, sostiene igual tesis, vale decir, que el ayuntamiento ilícito de la mujer casada es susceptible de prueba indirecta en su comprobación. Este Tribunal, inspirado por un criterio amplio, contraponiéndose al rigorismo de la Cámara de Tercera Instancia, opina que el adulterio puede ser establecido por prueba presuncional y que, además, se puede probar por el dicho de testigos singulares, porque si "la exigencia para comprobar la causal de adulterio, en lo civil, de la mujer o del marido con escándalo público o con abandono de su mujer, no se apartará de la regla común relativa a la prueba de testigos en materia civil, sería letra muerta en el Código Civil, como causales de divorcio. Ahora bien, la afirmación de que el adulterio en lo civil, puede seguir las mismas reglas especiales de prueba prescritas para el adulterio penal, a ciencia cierta, es erróneo. El Juez de lo

Civil, no puede apartarse de la regla que manda que para poder condenar es necesaria la plena prueba y para el caso, la disposición de testigos contestes, en personas y hechos, tiempos y lugares; ni de la que ordena que el hecho inductivo a presunción debe ser conocido o sea comprobado plenamente por testigos intachables. El Art. 566 I., explica claramente que la regla de prueba prevista para el delito de adulterio, es una modificación expresa hecha con el fin de que no se le aplique a tal delito regla de procedimiento que exige conformidad a la deposición de los testigos. El Art. 566I, pues, a contrario sensu, está indicando, que el adulterio civil está sujeto a la prescripción del Art. 321 Pr., o sea la regla de los testigos contestes.

Además, recuérdese que ninguna disposición del Código de Instrucción Criminal es aplicable a la materia civil y que el criterio del legislador salvadoreño, seguido a propósito de una cuestión adjetiva penal, no es aplicable a situaciones que han de ser regidas por una disposición del Código de Procedimientos Civiles. En conclusión, sobre el amancebamiento, podemos decir:

a) La manceba, es la mujer que tiene con el hombre que no es su legítimo esposo, relaciones carnales; no basta pues, la confianza en el trato o la amistad.

b) La manceba tiene igual penal que el hombre, pero para ser sancionada es preciso el conocimiento de sus relaciones con hombre casado, Art. 391 Inc. 2o. Pn.

c) Las relaciones entre el marido y la manceba, deben ser necesariamente de tipo sexual, continuas, no efímeras ni ocasionales.

d) La casa conyugal, es el domicilio legal de los esposos donde habitualmente residen y desarrollan la vida familiar, en tanto subsiste el vínculo legal, por lo tanto no pierden tal calidad, en casos de separación temporal, viajes o prisión de la mujer.

e) Habrá concurso de delitos, cuando la manceba fuere casada, ya que entonces habrá un doble adulterio.

f) No hay delito de amancebamiento culposo.

4- POSIBILIDAD DE SUPRESION DEL DELITO DE ADULTERIO, POR SER UNA VIOLACION DE UN BIEN JURIDICO PRIVADO. -

Haremos un breve análisis demostrativo de que el delito de adulterio no viola interés alguno protegido por el Derecho Penal, siguiendo la monografía de Langlé Rubio, titulada "Debe constituir delito el adulterio?" Debe constituir delito el adulterio?" Madrid 1922. "Imprimir al adulterio por entender que quebranta la fidelidad conyugal", equivaldría a castigar la infracción de los deberes morales, más que jurídicos; pero aunque llegásemos a admitir que dicha fidelidad fuese un deber jurídico, por corresponder a que él en el otro cónyuge un derecho a exigir su observancia eso no bastaría para elevar su incumplimiento a la categoría de delito.

Tampoco puede ser el adulterio un delito "contra la honestidad" como lo considera nuestro Código; porque a quien ofende en su honestidad el adulterio? A nadie se ha de procesar y condenar criminalmente por inmoralidades que sólo afectan a sí propio.

Luego no puede servir de base al delito la inmoderación lujuriosa de los culpables. Sera la honestidad del marido inocente la que sufra el ultraje? Apenas tiene sentido la pregunta. Tampoco puede afirmarse, - desde el punto de vista legal, que la falta cometida por los adúlteros vaya contra la honestidad pública, puesto que no es éste delito perseguido de oficio, sino a instancia del agraviado. Imposible alegar que es un "ultraje al honor", porque es absurdo e injusto proclamar que padece menoscabo la honra del marido o de la mujer inocente, por la conducta del cónyuge infiel.

Tampoco puede apoyarse su punibilidad en que "ataca el orden de la familia". Observemos ante todo, que cuando en un matrimonio se dá el adulterio ya no existe el orden, la armonía y el amor familiar, sino de un modo nominal, aparente, ficticio. En segundo término, si el adulterio perturba el orden de la familia debe sostenerse que infiere a la sociedad un daño de carácter público y que constituye, por ende, un delito público; con-

tra de ello, las legislaciones lo declara delito privado.

Puede fundarse la característica delictiva del adulterio en ser "violación del derecho de propiedad". Desde dos puntos de vista podemos estudiarle en tal concepto: Primero, la propiedad de la familia legítima usurpada por el hijo adulterino, y segundo, el patrimonio del marido, del cual forma parte, como una cosa más, la mujer. Lo primero nos conduciría al absurdo de que habría delito en caso de resultar embarazo, y no existiría cuando éste faltase. Lo segundo no puede invocarse hoy sin incurrir en bárbaro retroceso jurídico y social.

Que las gentes coinciden de manera empírica con este criterio científico se comprueba por las escasas persecuciones contra adúlteros a pesar de que el adulterio es frecuentísimo en la vida real; el espíritu del pueblo tiende a atribuirle carácter exclusivamente privado y secreto. Por otra parte, son nulos, para los adúlteros, los efectos de la amenaza y ejecución de la pena.

En suma, el adulterio no debe ser estimado como delito, y sólo debe acarrear sanciones civiles, como el divorcio o la separación de cuerpos".

El autor argentino Sebastián Soler, al elaborar su Proyecto de Código Penal para Argentina, suprimió el delito de adulterio.

Así también en el Proyecto de Código Penal, para este país elaborado por los doctores Enrique Córdova, Manuel Castro Ramirez h. y Julio Fausto Fernández, no aparece esta clase de delitos. Al igual que en el proyecto de Código Penal de Argentina de José Peco.

7- CONDICIONES OBJETIVAS DE PENALIDAD. -

Ernesto Beling, quien mantuvo la tesis de absoluta independencia de las condiciones objetivas de punibilidad las define así: "Son ciertas circunstancias exigidas por la ley penal para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito, que no condicionan la antijuricidad y que no

tienen carácter de culpabilidad. "Hist Schmidt, dicen que "son condiciones objetivas de penalidad las circunstancias exteriores que nada tienen que ver con la acción delictiva, pero a cuya presencia se condiciona la aplicabilidad de la sanción" (Tomado de la Ley y el Delito, de Luis Jiménez de Asúa) Las condiciones objetivas de penalidad para el delito de adulterio, que señala nuestro Código Penal, son las siguientes:

1) De acuerdo con el Art. 389, "no se impondrá pena por delito sino en virtud de acusación del marido agraviado", y éste no podrá deducirla sino contra ambos culpables, si uno y otro vivieren: y nunca si hubiere consentido el adulterio o perdonado a cualquiera de los adúlteros".

De conformidad con esta disposición, es el marido agraviado, la única persona facultada por la ley, para acusar el delito y perdonar expresamente, extinguiéndose entonces, la acción penal; Art. 401 inc. 3o., y 83 Inc. 5o. Pn., o bien en forma tácita, no haciendo uso de la acción penal, que prescribe al año, Art. 3 inc. 3o. Pn.

2o.) De acuerdo, con el Art. 363 I., también se fija la condición objetiva de penalidad, pero de carácter procesal; dicho artículo exige que para acusar el delito de adulterio, es necesario la conciliación previa.

Ahora bien, en cuanto a la penalidad, el adulterio es castigado, en nuestro Código Penal, con tres años de prisión mayor para la mujer, y dos años de prisión mayor, para el adulterio del hombre, pudiendo ser excarcelable, por ser un delito menos grave.

3o.) El Art. 390Pn., señala que "la ejecutoria en causa de divorcio por adulterio surtirá sus efectos plenamente en lo penal cuando fuere absolutoria" y que "si fuere condenatoria, será necesario nuevo juicio para la imposición de las penas".

Se critica tal disposición, pues, prácticamente no impide que se sigan por separado, juicio penal, por el delito de adulterio y civil, por causa de divorcio, a que alude el Art. 145C. El Art. 390Pn, da validez

a la absolución del juicio Civil, en lo penal, pero no en el sentido contrario, pues habrá que seguir un nuevo juicio, no obstante ser condenatoria la sentencia civil; por lo que cabe interpretar que es al Tribunal del Jurado a quien corresponde condenar o absolver al adúltero o adúlteros, para que en base a su veredicto, como verdad jurídica que es, aplicar la absolución o condena por el Juez correspondiente.

8- EL CONYUGICIDIO POR ADULTERIO.

El Art. 373 Pn., reza así: "El marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer, matara en el acto a ésta o al adúltero, o les causare alguna de las lesiones graves, será castigado con la pena de seis meses de prisión mayor.

Si les causare lesiones de otra clase, quedará exento de la pena". En su origen, el uxoricidio "in rebus veneris", fue una verdadera causa de justificación ya que suponía el derecho de autoridad marital, llevando hasta la muerte en caso de adulterio de la mujer. En los tiempos primitivos de Roma, el marido que sorprendía a su mujer en adulterio no era castigado, en cambio esta absolución, no amparaba a la mujer que mataba a su cónyuge adúltero.

En estos tiempos, para evitar la injusticia de que sólo sea el marido quien pueda alegar el dolor de la afrenta, se extendió la exención a los dos cónyuges y entonces aparece, más clara la forma de justo dolor, de la defensa del pudor, y la ausencia de la libertad moral y por lo tanto, parece predominar la esencia de las causas de la inimputabilidad. Por eso, lo que fue primero una causa de justificación y después un motivo de inimputabilidad, termina por ser una excusa absolutoria, para desaparecer en algunas legislaciones, por ejemplo en España. Entre nosotros, no se contempla la exención a los dos cónyuges, sino solo al marido que sufre la afrenta

CAPITULO III
VIOLACION

HISTORIA .

La Historia Legislativa del delito en estudio, revela que sus sanciones se han caracterizado por su rigor.

En Roma, no se estableció una categoría diferenciada para la violación, sancionándola como una especie de los delitos de "coacción" y, a veces de injuria. El Derecho Canónico, consideró el mismo delito tan sólo en la desfloración de una mujer contra o sin su voluntad; en mujer ya desflorada no podía cometerse; ahora bien, en cuanto a las penalidades canónicas que eran las prescritas para la "fornicatio", no se sintió la necesidad de su aplicación por reprimirse la violación por los tribunales laicos con la pena de muerte.

En el antiguo Derecho español, se ordenaba que si algún hombre hiciere por la fuerza el acto sexual o un adulterio con una mujer libre, si el hombre era libre, recibía 100 azotes y además tenía que servirle de siervo a la mujer, a quien había forzado; en cambio si era siervo o vasallo, era quemado en la hoguera. Si alguien raptaba a alguna mujer viuda de buena fama, virgen o casada, religiosa y además yacía con ella a la fuerza, si le era probado en juicio, debía morir y todas las cosas pasaban a poder de la mujer raptada o forzada; la misma pena se les aplicaba a los co-autores y cómplices.

Si alguien forzaba a alguna mujer, que no era de la clase mencionada antes, quedaba al libre albedrío del juzgador, la imposición de la pena correspondiente, atendiendo a la persona, a la clase de mujer, el tiempo y el lugar.

1- DEFINICIONES.

Francisco González de la Vega dice: "La imposición de la cópula sin consentimiento del ofendido, por medio de la coacción física o la intimidación moral, es lo que, tanto en la historia de las instituciones penales como en la doctrina y en las legislaciones contemporáneas, constituye la esencia del verdadero delito sexual de violación".

El Código Penal Mexicano en su Art. 365, sanciona "Al que por medio de violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo".

Luis Jiménez de Asúa dice: "Violación es el acceso carnal con una mujer contra o sin la voluntad de ésta".

El Proyecto salvadoreño de Derecho Penal de Córdova, Castro Ramírez, Fernández en su artículo 141, dice: "Comete delito de violación el que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo, ejerciendo fuerza suficiente en la víctima o intimidándola con un mal grave e inminente".

El Dr. V. Balthazard, Médico Legal, en su Tratado de Medicina Legal dice: "La violación es el coito practicado en una mujer sin su consentimiento". Pag. 437.

El Proyecto Argentino de Derecho Penal, elaborado por José Peco, no dá una definición de lo que se entiende por violación al decir: Art. 186, "Al que, fuera del matrimonio o del concubinato, tuviere acceso carnal con otra persona, se le aplicará privación de libertad de dos a diez años en los casos siguientes:

- 1) Si mediare fuerza o intimidación;
- 2) Si la víctima no tuviere doce años cumplidos;
- 3) Si la víctima padeciere de enajenación mental o se hallare en estado de transtorno mental transitorio; o si por cualquier causa se encontrare indefensa."

El Art. 392 de nuestro Código Penal, sanciona el yacimiento, con persona de uno u otro sexo, en tres casos, incluyendo el que se refiere

a usar fuerza o intimidación bastante.

2 - BIEN JURIDICO LESIONADO.

El bien jurídico objeto de la tutela penal en este delito concierne primordialmente a la libertad sexual, contra la que el ayuntamiento impuesto por la fuerza constituye un máximo ultraje; que el sujeto violador realiza el acto sexual sea por medio de la fuerza física en el cuerpo del ofendido, anulando así su resistencia, o bien por el empleo de ademanes, constreñimientos psicológicos o amenazas, que por la intimidación que producen o por evitar otros daños le impiden resistir. Tanto pues, en la violencia física como en la moral, la víctima sufre un acto sexual que no lo ha querido, ofendiéndole así su derecho a la libre determinación de su conducta, en materia amorosa.

En la violación se contempla una de las infracciones más graves porque dada el uso de medios coactivos o impositivos, al daño causado en contra de la libertad sexual, se suman otras de categorías diversas, tales como injurias, intimidaciones, golpes, lesiones y aún homicidio. La violación puede decirse constituye el más grave de los delitos en estudio, porque sus medios violentos de comisión implican un peligro inmediato a la paz, seguridad, libertad personal y la integridad física y psíquica de las personas ofendidas.

Sebastián Soler en su Proyecto antes referido, coloca la violación entre los delitos contra el pudor y la moralidad sexual. José Peco, la incluye entre delitos contra las buenas costumbres y Fontán Balestra, agrupa entre los delitos contra la libertad sexual, el delito de violación.

Carrara, observa que la violación es una ofensa a la persona y coloca este delito, en el rubro que ataca a la pudicia individual. E. Cuello Calón, coloca este delito entre los hechos lesivos de la moralidad sexual, constituyéndo un ataque a la libertad sexual, o sea contra la libertad del

individuo de disponer sexualmente de su cuerpo.

3- ELEMENTOS DEL DELITO DE VIOLACION.

De conformidad al Art. 392 Pn., los elementos de este delito son:

- a) Yacimiento o sea ayuntamiento carnal;
- b) Que dicho yacimiento se verifique con persona de uno u otro sexo.
- c) Que se realice sin la voluntad del sujeto pasivo, y
- d) Que exista fuerza o intimidación suficiente, o en caso de encontrarse la víctima privada de razón o de sentido por cualquier causa, o cuando por enfermedad o por cualquier motivo no pudiere resistir.

PRIMER ELEMENTO

lo. Un hecho de yacimiento. El término "yacer", significa tener trato carnal con una persona o sea la unión carnal, siendo por consiguiente la violación, la unión carnal ilícita con mujer u hombre, contra su voluntad o sin ella.

Para Francisco González de la Vega "la acción típica del delito consiste en la cópula, pudiendo ser ésta normal o anormal".

Los profesores mexicanos de Medicina Legal Arturo Ealedón Gil y José Torija, desde un punto de vista puramente fisiológico, afirman que por cópula debe entenderse en forma exclusiva el ayuntamiento sexual entre varón y mujer precisamente por la vía vaginal, o sea el coito normal.

Partiendo de las definiciones dadas por el Diccionario de la Academia, diremos que, en su sentido gramatical amplio, la palabra cópula significa el ligamiento o atadura de una cosa con otra. En su aceptación lógica indica el término que une al predicado con el sujeto. A su vez, el verbo copular, del latín "copulare", en su carácter reflexivo, indica unirse o juntarse carnalmente, pudiéndose notar que esta conjunción no implica limitaciones en cuanto a la vía en que se realice o el modo como se opere.

Fisiológicamente hablando, copulativa conjunción carnal

implica el fenómeno de la introducción sexual, o sea una actividad varil, normal o anormal, pues sin ésta, no se puede decir que ha habido cópula carnal.

Podemos concluir diciendo que la acción de copular comprende a los ayuntamientos sexuales normales, de varón o mujer precisamente por la vía vaginal y a los anormales, sean éstos homosexuales masculinos o sean de varón o mujer, pero en casos no apropiados para la fornicación natural.

Se debe por consiguiente excluir el acto homosexual femenino, porque en el frotamiento lésbico no existe propiamente fenómeno copulativo o sea ayuntamiento, de la indispensable y característica introducción viril.

LA FECUNDACION ARTIFICIAL, en contra de la opinión sostenida por algunos autores, no puede constituir el delito de violación, - aún cuando fuere realizada en contra de la voluntad de la mujer, aún también efectuada con violencia, pues, en dichos casos no hay ayuntamiento.

Nuestra Jurisprudencia, en lo relativo a este primer elemento dice: "I- El acceso carnal es el elemento esencial del delito de violación en los casos de violencia presupuesta por la ley. II. La rotura del himen no es elemento indispensable de la violación, III. Existe violación consumada si hubo introducción del pene aunque sea incompleta. Sentencia de la Cámara de Tercera Instancia de lo Criminal, año 1949, tomado de la Revista Judicial, Tomo LIV, mayo 4 de 1949, página 303.

El instante consumativo de la violación es el momento del acceso carnal, aunque el acto no llegue a formarse. Ahora bien, los hechos encaminados de una forma directa o inmediata a la realización impositiva - del acto sexual por medios violentos, antes del acceso, si dicho acto no se consuma por causas, que sean ajenas a la voluntad del sujeto activo, formarán el grado de "Tentativa" de violación.

Hay tentativa, de conformidad al Art. 3.º Pn., "cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, pero no prosiguen en su realización por cualquier causa que no sea su propio y voluntario desistimiento".

Al respecto, veamos lo que dice nuestra Jurisprudencia; Según una sentencia de la Cámara de Segunda Instancia de la Segunda Sección del Centro, año de 1932, se ha sacado esta doctrina".

I- Aún reconocidos los hechos inductivos de una tentativa de violación, si de autos no aparecen establecidos los requisitos en todo o en parte, a que se refieren los números 1.º, 2.º, y 3.º, del Artículo 392 Pn., en relación con el artículo 30.º inciso penúltimo del mismo Código, procede sobreseer en el procedimiento, si el informativo está depurado.

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

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

Ahora bien, veamos por medio de esta sentencia de la Cámara de Tercera Instancia de lo Criminal, año 1942, esta doctrina: "Hay tentativa de violación cuando se comienza la ejecución del delito por actos exteriores que demuestran el propósito de consumarlo, lo cual no se verificó por la sorpresa de haberse presentado en ese momento una persona en el lugar del hecho".

Tomado de la Revista Judicial, Tomo XLVII, 18 de febrero de 1942, página 338.

Pasaremos ahora a hablar un poco, del delito frustrado de violación. De conformidad con nuestro artículo 30.º Pn. "Hay delito frustrado cuando los actos ejecutados por el culpable, con el intento de cometer el delito, habrían sido por su naturaleza suficientes para producirlo, y sin embargo no lo producen por causas o accidentes independientes de la voluntad del agente".

Veamos al respecto lo que dice el autor JOSE ANTON ONECA, en su libro "Derecho Penal" con respecto a la tentativa y al delito frustrado de violación". En la violación es posible la tentativa, pero no lo es el delito frustrado. Es posible la tentativa porque basta para ella que se pretenda sujetar a la mujer con intención de yacer carnalmente con ella y no conseguirlo porque la víctima huya.

Y la intención dirigida al yacimiento carnal basta para distinguir la tentativa de violación del delito de abusos deshonestos. Pero no lo es el delito frustrado, porque en este delito no se precisa para la consumación que la cópula sea completa, y por consiguiente, practicar todos los actos que debieran producir como resultado el delito, equivale a producir este resultado."

Vamos a ver ahora, algunas sentencias, de la Cámara de Tercera Instancia, años 1935 y 1942, relativas al delito frustrado de violación, los cuales son:

I. "Debe admitirse en la jurisprudencia salvadoreña el delito frustrado de violación. Existe éste si los hechos probados en la causa, reconocidos por el Jurado, habrían sido suficientes para consumar el delito si no lo hubiese impedido el himen que sólo en una pequeña parte logró romper el reo, cuyo intento evidentemente iba encaminado a yacer con la ofendida de diez años de edad,".

II- "El cuerpo del delito de violación frustrada queda plenamente justificado con los reconocimientos periciales en la ofendida, que acreditan las señales dejadas por la ejecución del delito, pues la ley no exige que para la eficacia de esa prueba pericial se haya consumado el delito de violación".

Tomado de la Revista Judicial Tomo XXXX, 21 de noviembre de 1935, página 472.

I. - "Hay delito frustrado de violación cuando el agente ha

ejecutado todos los actos que por su naturaleza han podido producir el delito consumado, pero por causas independientes de su voluntad no se ha realizado."

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

Tomado de la Revista Judicial, Tomo XLVI, 27 de enero 1941, página 459.

Resumiendo, pues, en el delito de violación el elemento material, en que radica la acción humana típica, consiste en cualquiera clase de ayuntamiento o conjunción sexual, ya sea ésta normal o anormal, con plena independencia de su ayuntamiento meramente fisiológico, o de que el acto puesto en movimiento, sea interrumpido por alguna causa y con independencia de las consecuencias posteriores al acto sexual.

SEGUNDO ELEMENTO. -

En la violación, el sujeto pasivo puede ser cualquier persona sin ninguna distinción, por lo cual, se establece que son posibles sujetos pasivos de este delito, todos los seres humanos en general: varones o hembras; vírgenes o no; niños, jóvenes o adultos; ligados o no por matrimonio; de vida sexual honesta o inmoral. Esta indiferenciación general obedece a que cualquier sujeto puede sufrir la unión sexual impuesta por medios coactivos.

La legislación española hace consistir el delito en el acto de yacer con una mujer usando ya sea fuerza o intimidación, o cuando se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa, o cuando fuere menor de doce años, aunque no concurrieren las anteriores circunstancias -

(Art. 437 del Código Penal Español). En nuestra legislación, no hay ningún distingo en cuanto al posible sujeto pasivo, pudiendo por tanto, serlo hombre o mujer.

La edad de la persona pasiva de este delito, o su mayor o menor desarrollo físico son irrelevantes para la formación de este delito. Así también para la composición del delito de violación es indiferente que el acto se verifique en el sujeto pasivo que observe una conducta sexual honesta o inmoral. Al respecto, el autor español Pacheco, en su Derecho Penal, Tomo III, pág. 127" dice: "la violación puede hacerse en una mujer casada, en mujer soltera o viuda, en una doncella, en mujer pública". En igual sentido nos habla Eugenio Cuello Calón en su Derecho Penal Tomo II, pág. 483, cuando nos dice: "la mujer puede ser sujeto pasivo de este delito sea virgen o desflorada, casada o soltera, de buena o mala fama, incluso una prostituta."

Concluyendo este elemento, vamos a dar una clasificación de los posibles protagonistas activos y pasivos, en el delito de violación, a manera de Francisco González de la Vega, en su Derecho Penal Mexicano, página 386:

- a) Cópula de hombre o mujer, por vía natural;
- b) Cópula de hombre o mujer, por vía no natural; y
- c) Cópula Homosexual masculina de varón a varón.

TERCER ELEMENTO

El elemento violencia, es el que caracteriza el delito de violación y del cual depende su denominación, tal elemento, significa que el ayuntamiento se efectúe sin la voluntad de la víctima, o sea que es necesario la falta de voluntad o consentimiento de la misma.

La ausencia de consentimiento unida a la violencia es lo que da la nota diferencial entre el delito de violación, y el de estupro, que en éste, la mujer siempre acepta el concubito.

Ahora bien, debe observarse, que si bien se ha hecho uso de una violencia tolerada por el propio sujeto pasivo, resultare como consecuencia otro delito, como lesiones u homicidio, el sujeto que ha lesionado, será responsable del delito emergente, ya que el consentimiento del sujeto pasivo, si bien es cierto, que destruye la tipicidad expresa del delito de violación, no por eso, evita la tipicidad de las otras infracciones cometidas y ya consumadas.

CUARTO ELEMENTO

Es elemento esencial en el delito de violación la intención delictuosa o sea la voluntad de yacer, constituyendo un verdadero dolo genérico, y éste puede variar según las siguientes modalidades que se encuentren contenidas en nuestro Código Penal y tales son:

a) El empleo de fuerza o intimidación, que se use de fuerza o intimidación, dice nuestro Código. Aquí, pues caben dos hipótesis : 1) concurrencia de violencia física o sea la fuerza y 2) violencia moral o sea la intimidación.

Hablaremos en primer término de la fuerza. Esta palabra debemos interpretarla como la fuerza o violencia física. Y esta fuerza o violencia física existe cuando dos o más personas inmovilizan al sujeto pasivo o le impiden oponer resistencia al ataque deshonesto del ofensor, pero también puede darse el caso, de emplearse la fuerza aún cuando en el hecho, solamente intervenga un sólo sujeto activo.

Ahora bien, podremos decir, que el sujeto pasivo de este delito, ha cedido a la fuerza empleada, cuando ya no le es posible, seguir oponiéndose al ataque del sujeto ofensor, más no es preciso que se llegue al desmayo.

Precisando conceptos, la resistencia de la mujer, a este respecto, debe de observar ciertos elementos, cuales son seriedad en la resistencia, o sea una expresión contraria de su voluntad y además que dicha

resistencia lo sea hasta el último momento o sea la constancia, pues, si la mujer después de resistir, voluntariamente acepta el acto sexual, entonces ya no hay violación.

Hablando de dicha fuerza, ésta debe ser ejercitada sobre la propia persona que se desea violar. No habría tal caso por ejemplo, cuando solamente se hacen ademanes de tipo sexual o cuando se violente una entrada, de una habitación, en cuyo interior se encuentra una mujer, que está dispuesta a entregarse.

INTIMIDACION. - En que consiste?

La intimidación es el empleo de la violencia moral, de la amenaza de un futuro mal, por ejemplo: el que hace ademanes con un revólver o el que amenaza con causar gran perjuicio a la fama, crédito o intereses de la mujer a quien se trata de conseguir; esta clase de intimidación debe ser capaz de paralizar toda intención de resistir y su elemento subjetivo consiste en la conciencia de estar obrando en contra de la voluntad del sujeto pasivo, así como la voluntad de ejecutar violencia para lograr el ayuntamiento; debiendo asimismo tenerse en cuenta que, el mal con que se amenaza debe ser inmediato, pues, en caso contrario el sujeto pasivo podría perfectamente evitarlo sin menoscabo a su honestidad.

b) Otra de las modalidades de la violación consiste, en que ésta se llevare a cabo cuando la víctima se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa, o cuando por enfermedad o por cualquier motivo no pudiere resistir.

Las personas privadas de razón, son incapaces por estado patológico de poder apreciar la ofensa que se les infiere y por tanto carentes de voluntad. Para que exista este elemento solamente es indispensable la deficiencia en sus facultades cognitivas, que hacen que su razón no sea completa.

El elemento subjetivo de esta modalidad consiste en la conciencia del sujeto activo de obrar contra una persona privada de razón o de

sentido, o enferma o que por cualquier otro motivo no pudiese resistir y el ánimo de yacer con ella no obstante conocer su estado de salud.

5. - CLASES. -

1. - VIOLACION PRESUNTA. - "Cuando la víctima sea menor de doce años" 392 Num. 1o. Pn. La violación siempre se presume, cuando la víctima es menor de doce años, siendo ésta presunción de derecho ya que no admite prueba en su contra. Es indiferente que el acto se realice sin o con la voluntad de la menor pues nuestra ley presume en este caso, la incapacidad de la menor para consentir.

El elemento subjetivo de esta modalidad consiste, en la conciencia de que la menor es menor de doce años, asimismo por la intención de realizar el ayuntamiento. A contrario sensu, el desconocimiento de aquellas circunstancias, excluye el dolo.

Nuestro Código Penal, impone a esta clase de delito, la mayor pena: 12 años de presidio Art. 392 y cuando la menor falleciere a consecuencia de una violación, se considera como asesinato, cuya sanción es la pena de muerte Art. 356 No. 8. Antes de 1962, se castigaba la violación seguida de muerte, con la pena de 30 años y precisamente a raíz de un proceso criminal por violación seguido contra un reo llamado Jorge Alfaro Peralta, quien violó a una menor debajo del Puente del Río Tutunichapa, de esta capital y quien murió a consecuencia de dicha violación, consternando por consiguiente a toda la población salvadoreña. Dicho reo en la escuela del juicio fue examinado por médicos-psiquiatras, quienes dictaron que dicho reo no era normal, fue internado en el Hospital Psiquiátrico y examinado tanto por dichos médicos, como por miembros pertenecientes a la Escuela de Trabajadores Sociales, sacando a conclusión que el reo Jorge Alfaro Peralta, había padecido de enajenación mental desde mucho antes de haber cometido el delito. Dicho reo fue condenado por el Jurado, y no se le aplicó la pena de

muerte, porque dicho acto lo cometió antes de salir la reforma al Código Penal.

2. - VIOLACION PROPIA.

La violación propia es la que exige fuerza o intimidación suficiente para conseguir propósito culpable.

De conformidad con el Art. 392Pn., numeral 3o., las situaciones comprendidas en este numeral, se refieren a los casos en que el sujeto pasivo está físicamente imposibilitada para repeler la violencia o no se encuentra con la voluntad para comprender lo que está ejecutando, supliendo la ley en estas situaciones, la manifestación de voluntad y tales situaciones son:

- 1) Cuando la víctima se encuentra privada de razón o de sentido por cualquier causa; y
- 2) Cuando por enfermedad o por cualquier motivo no pudiere resistir.

Con respecto a la primera situación, la falta de razón supone cualquier alienación, estimándose que no existe el delito de violación, cuando el sujeto activo ignore tal estado patológico no sea fácilmente apreciable; ahora bien, la privación de sentido, hace suponer un estado transitorio en el cual, el sujeto pasivo no sabe exactamente lo que hace, tal sucedería en los casos de hipnotismo, ebriedad completa o por el frecuente uso de narcóticos.

En la situación segunda, la ley se está refiriendo a aquellos casos en que la violación se perfila a través de estar padeciendo el sujeto pasivo de una enfermedad, cuyo estado, le impide repeler una agresión fuerte y esto sucedería en los casos de enfermedades conocidas que hacen que un individuo esté postrado o por cualquier motivo como el cansancio de una jornada agotadora, fatiga muscular, etc.

7. - ALGUNOS CASOS SINGULARES.

Trataremos en este tema, de la Tentativa y el delito frustrado; de la violación cometida en una mujer pública, así como del delito en estudio cometido por varios sujetos activos y cuando existe el concurso de delitos. Apéndice: Posibilidad de este delito entre los casados.

a) TENTATIVA Y DELITO FRUSTRADO. - Nos remitimos a lo dicho con anterioridad, sumando lo siguiente: Si los hechos ejecutados por el sujeto activo iban encaminados directamente a lograr el ayuntamiento, puede apreciarse la tentativa o la frustración, según las circunstancias; pero podría darse el caso solamente a abusos deshonestos cuando dichos hechos iban encaminados a proporcionar al sujeto sensaciones sexuales que no consistan en el ayuntamiento.

b) VIOLACION EN MUJER PUBLICA. - Al respecto, Luis Jiménez de Asúa, en su libro "La Ley" dice: "La prostituta, mujer de todos, que vive de uniones promiscuas y habituales, de cuya práctica hace profesión lucrativa, carece de honestidad y pudor y, por lo tanto, no puede ser víctima de semejante delito. No niego -agrega- que al atropellar a una meretriz se ha lesionado un bien jurídico que ella posee aunque haya perdido el pudor; la libertad sexual, que es una especie de libertad (como, la personal, la de guardar secretos) etc.; pero... no es ese el bien jurídico que con este delito se lesiona, sino el sentimiento del pudor".

El autor español Groizard, comentado a la legislación española en "El Código Penal de 1870" dice: "En la violencia ejercida sobre la meretriz se encuentran reunidas todas las condiciones necesarias para la imputación del delito; la prostitución de una mujer no lleva consigo la renuncia de sus derechos personales, hasta el punto de no poder ejercer libremente su voluntad aceptando o rechazando las proposiciones que se le hagan. En el delito de que tratamos, ya lo hemos indicado, no es el pudor, en el sentido legal que tiene esta palabra, no es la honestidad pública el derecho lesio-

nado y protegido, sino el derecho personal, la libertad de elegir o de aceptar; a lo más, el derecho a la integridad de las condiciones morales de una determinada personalidad, y todo esto puede ser atropellado en una ramera desde el punto que se la obligue por la fuerza a ejecutar un acto carnal con menoscabo de los imprescriptibles derechos personales que surgen del libérrimo ejercicio de la voluntad".

Pacheco, en su "Código Penal concordado y comentado Tomo III reconoce que la violación puede hacerse en una mujer casada, en mujer soltera o viuda, en una doncella, en una mujer pública".

En el Proyecto Argentino de Derecho Penal de José Peco, no está contemplado este delito.

En el Proyecto de Código Penal Salvadoreño, elaborado por los doctores Córdova- Castro Ramírez- Fernández, no hay una disposición especial, como la actual Art. 392 inc. último que fija una pena de tres años de prisión mayor en tales casos.

c) DELITO DE VIOLACION COMETIDO POR VARIOS SUJETOS. Constituyen una agravante especial, tal como lo consigna nuestro Código Penal en su Artículo 392-A "Cuando el delito castigado en el artículo que antecede, sea cometido con el concurso simultáneo de dos o más personas, las penas imponibles podrán ser aumentadas hasta en una tercera parte", En tal caso todos serían coautores, haciéndose extensiva la agravante especial que mencionamos también a los cómplices, pues, su actuación si es simultánea sería igual que a la de todos los coautores.

d) CONCURSO DE DELITOS. - Los artículos 358 y 356 No. 8 nos dan ejemplos claros de este concurso, v los cuales son:

1) Casos en que muera la víctima, por motivo de violación, siendo mayor de doce años; en esta circunstancia se considera como Homicidio, por el principio de la consunción, es decir, que la violación queda subsumida, aplicándose por consiguiente solamente la pena por homicidio y

2) Casos en que muera la víctima, por motivo de violación

siendo menor de doce años; en esta circunstancia se considera como Asesinato, ya que se presume la alevosía, aplicándose por consiguiente la pena por asesinato.

APENDICE. - Posibilidad del delito de violación entre Casados.

"La hipótesis de que el marido imponga a su renuente consorte el coito por medio de la violencia ha dado lugar en la doctrina a distintas opiniones".

Algunos niegan que en este supuesto exista el delito de violación. Para Chaveau y Hélie (Théorie du Code Penal, Tomo Iv. párrafo 1579) "Es necesario que la copula sea ilícita: por tanto, el marido que se sirviera de la fuerza respecto de su mujer no cometería el crimen de violación, porque, según la Glosa, in eam habet manus injectionem; y la misma decisión debe ser tomada aún en el caso de separación de cuerpos, porque ésta debilita las ligas del matrimonio sin disolverlo, autoriza a la mujer a no permanecer en el domicilio del marido, pero no rompe los deberes que resultan del matrimonio. Esta solución no podría, sin embargo, aplicarse al marido sino post perfectum matrimonium; el prometido en esponsales que, aún en la víspera del matrimonio, empleara la violencia en su prometida, sería sin duda alguna acreedor a la pena. "José Vicente Concha en su Tratado de Derecho Penal, página 338 afirma: "No constituye violación el acto del marido que fuerza a su mujer a la cohabitación, que no es en ese caso ilícito". Jiménez de Asúa y Oñeca, Derecho Penal Tomo I, pag. 273, al tratar la legítima defensa, manifiestan que "no cabe contra el que ejercita un derecho; por eso la mujer no puede actuar en defensa legítima negando al marido el derecho al coito, puesto que éste tiene derechos personales sobre la mujer, concedidos por el matrimonio; pero si puede defenderse violentamente de actos contra natura o de libidine psicopática que le quieran ser impuestos por el marido, y también, cuando éste se halle enfermo o embriagado, para evitar el contagio, en el primer caso y la fecundación nefasta para la prole, en el segundo."

En sentido favorable a la existencia de la violación, Gómez en su Derecho Penal, Tomo III, pág. 122, dice: "Los que no admiten la posibilidad jurídica de la violación en la hipótesis planteada, invocan el argumento de la licitud de la cópula emanada del derecho a la misma que al marido pertenece. Es innegable tal derecho. Tiene su fundamento en la institución del matrimonio, y a sus finalidades responde. Pero la licitud de la conjunción carnal entre cónyuges, que está fuera de toda controversia, no es argumento bastante para fundar la tesis enunciada. Lo que sus defensores han debido demostrar, necesariamente, es que, contra todos los principios, el marido tenga la facultad de recurrir a la violencia para ejercitar su derecho, cuando le es negado por la mujer. Esta negativa autorizará el divorcio, pero jamás el empleo de la fuerza. Por respeto a la dignidad humana debe sostenerse que el marido que, por medio de la violencia física o moral, tiene acceso carnal con su mujer, comete el delito de violación".

Como solución intermedia, Garraud (Traité, Tomo IV párrafo 2084) expresa: "Es necesario, indudablemente que el comercio con una mujer, buscado por la violencia, sea ilícito: así el marido que posee a su mujer a la fuerza, no cometería ciertamente del delito de violación aún en el caso de separación de cuerpos, salvo la represión de las heridas que pudiera haber causado. Pero el marido que empleando la violencia constriñe a su mujer a realizar relaciones contrarias al fin del matrimonio, comete el crimen de atentados al pudor. En este caso, en efecto, el comercio que ha buscado es ilícito y la protección general de la ley defiende a la mujer contra tales actos." En semejante sentido es la opinión de Cuello Calón, Derecho Penal, Tomo II, pág. 484, dice "El yacimiento o acceso carnal realizado ha de ser ilícito; así el delito efectuado por el marido con violencia o sin consentimiento de la mujer no constituye violación, pues aquél, al disponer sexualmente de ésta, obra en ejercicio legítimo de un derecho; por otra parte, la mujer no puede invocar, en el caso de resistencia violenta, la legítima defensa, pues no hay, por parte del marido, agresión ilegítima.

Podrá aquél, en ciertos casos, ser responsable de las vías de hecho o de las lesiones causadas o consecuencia de la cópula violenta, pero no de un delito de violación. El acceso carnal violento dentro del matrimonio será ilícito y constituye violación cuando la mujer tenga derecho a resistir, como cuando fuere peligroso para ella y para la prole (en el caso del marido sifilítico, ebrio, etc.); cuando constituye un acto lesivo del pudor público o de la propia mujer (si el marido intenta realizar la cópula en presencia de otras personas). "

En nuestro concepto, el problema de la posibilidad del delito de violación entre cónyuges se reduce a determinar: a) si el ayuntamiento constituye débito matrimonial y, por ende, derecho marital a su exigencia; y b) si el ejercicio de ese derecho por medios violentos elimina el delito de violación por ausencia de antijuricidad de la conducta.

a) Planiol, en su *Traité du Droit Civil* Tomo I Párrafo 69, al señalar que la relación sexual es objeto primordial del matrimonio, indica: "Lo que equivoca a quienes sostienen lo contrario, es que el matrimonio se realiza a veces cuando la procreación de niños no es ya posible, no viéndose en el otro objeto que la vida común. Más este hecho es muy excepcional para atentar el carácter normal del matrimonio. Sucede frecuentemente que una institución jurídica establecida con un objeto determinado encuentra en seguida en la práctica otras utilidades secundarias en vista de las cuales no ha sido establecida, . . . En el fondo, el matrimonio no es otra cosa que la unión sexual del hombre y de la mujer elevada a la dignidad de contrato por la ley o de sacramento por la religión. El Derecho Canónico, más cercano que nuestras leyes a los orígenes históricos de la institución, siempre ha tenido por máxima que la consumación del matrimonio (cópula carnalis) es su esencia; un matrimonio no seguido de consumación es nulo,

b) Reconocida la licitud de la cópula matrimonial y aceptado el derecho legal a su realización, puede pensarse que el marido que por la fuerza impone su cumplimiento a la esposa renuente no comete el delito

de violación por ausencia de antijuricidad de su conducta y por que le asiste la excluyente de responsabilidad de obrar en el ejercicio de un derecho reconocido en la ley (Art. 8 fracción II C. Penal Salvadoreño). No obstante que reconocemos el palmario derecho al fornicidio matrimonial, estimamos que su exigencia por medios violentos no puede quedar amparada por la excluyente. Ciertamente que ésta es una causa de justificación de la conducta o de eliminación de lo injusto; pero como los derechos individuales están condicionados por los derechos de terceros, en la estimativa de la eximente, se hace necesaria la valoración jurídica de las acciones efectuadas por el sujeto al exigir o imponer el cumplimiento de su derecho y recordar los casos de "abuso del derecho" estudiados por la doctrina moderna. La cópula en sí misma considerada, cuando responde a los objetos del matrimonio, es lícita, pero la cópula impuesta violentamente no, ya que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar sus derechos.

Pero aún suponiendo que, por el ejercicio de un derecho, el marido forzador de la negativa de su mujer para el cóncubito no fuera responsable del delito de violación, de todas maneras su conducta sería punible por las infracciones penales que la violencia en sí misma integra (amenazar, golpes, lesiones, homicidio, et.) Además, civilmente quedará expuesto a las acciones privadas de divorcio y sus consecuencias legales por las servidumbres, amenazas o injurias graves que sus procedimientos de violencia entrañen, y por haber cometido en la persona del otro cónyuge un acto (la cópula sin voluntad de este y por medio de la violencia) que sería punible si se tratara de persona extraña.

Si se aceptara la supuesta juricidad de la cópula material impuesta por la fuerza, al menos tendría que reconocerse que la justificación no podría cubrir los casos en que se forzase a la esposa a ayuntamientos ilícitos, contrarios a los fines del matrimonio o en sí mismos delictuosos, tales como: el forzamiento contra el orden natural (ilícito por contrario

al objeto del matrimonio y a las buenas costumbres), o cuando el marido violentador está enfermo de males venéreos o de dolencias serias en período infectante (por el peligro de contagio que sería constitutivo de delito). En México y considerando como delito en el Proyecto de Peco, para la Argentina; o en forma de exhibicionismo obsceno (por ser delictuoso de acuerdo con el Art. 547-A inc. lo, considerándolo como falta contra la Moral Pública, en nuestra legislación penal.

(Notas tomadas del Derecho Penal Mexicano, por Francisco González de la Vega.)

7. - JURISPRUDENCIA.

I. - Existe delito consumado de violación de una niña de cuatro a cinco años de edad, si los médicos forenses, ampliando su dictámen, declaran terminantemente que la ofendida está desflorada.

II. En el caso expresado, no existe la agravante de haberse cometido el delito en despoblado, el hecho se comenzó a ejecutar en el interior de una población, de donde se llevó la víctima el reo a los suburbios de dicha población para consumarlo ocultamente, siendo la ocultación propia de la naturaleza de esta clase de delitos.

(Revista Judicial, Tomo XXXVII, 29 de Junio de 1932, pág. 242). "En el delito de violación cometido por un individuo en una menor, ayudado de otro, en campo despoblado buscado de propósito, concurren esta última agravante y la de abuso de superioridad, las cuales compensadas racionalmente con la atenuante de buena conducta anterior, quedan todavía las mismas agravantes con mérito suficiente para elevar la pena legal en una tercera parte.

(Revista Judicial, Tomo XLV, 25 de noviembre de 1940, pág. 596). "Para establecer plenamente el cuerpo del delito de violación en una menor de doce años, en la que no es indispensable la concurrencia de la violencia o de la intimidación basta con la plena prueba del acto de yacer con ella; y uno de los medios de establecer plenamente tal acto es el recono-

cimiento médico legal practicado en la ofendida del que aparece su reciente desfloración, del que puede deducirse una presunción constitutiva de semiplena prueba según el Art. 413 I., reformado, unida a la otra semiplena prueba de la confesión extrajudicial del reo plenamente comprobada en los autos".

(Revista Judicial, Tomo LXIV, 5 de diciembre de 1959, pág. 773).

I- El sólo hecho de yacer con una menor de doce años constituye el delito de violación, según lo establece el Art. 392 No. 1 Pn., no siendo necesario por consiguiente comprobar que el acto se verificó a la fuerza.

II- El dictámen de matronas no admite duda en cuanto al hecho de haber ocurrido la desfloración, aunque no pruebe la fecha en que ésta ocurrió.

III- Si aparece probado en autos, con la certificación de la partida de nacimiento que la ofendida era menor de doce años, y según el dictámen de las matronas, que dicha menor está desflorada, con esas dos circunstancias se ha comprobado plenamente el cuerpo del delito de violación.

IV- Si la Cámara ha estimado que con las pruebas mencionadas no se ha establecido plenamente el cuerpo del delito de violación, ha cometido error de derecho en la apreciación de la prueba, siendo procedente casar la sentencia y pronunciar la conveniente."

(* Revista Judicial, Tomo LXVIII, 26 de octubre de 1963, pág. 495).

CAPITULO IV
ABUSOS DESHONESTOS

1. - DEFINICIONES. -

En el Derecho Romano no se conoció este delito en forma autónoma, independiente, en un principio el término "stuprus", era tan amplio que podía abarcar casi todas las figuras de los delitos contra la honestidad, excepto los delitos cometidos por la fuerza, pero poco a poco dicho término se fue concretando hasta significar "La relación sexual con doncella o mujer soltera".

No cabía por consiguiente en esa figura de delito, la violación. La Lex Julia sobre coacciones, castigaba severamente el rapto y el estupro, con la pena capital. A medida que pasa el tiempo, Roma, distingue, dentro de su legislación, otras figuras delictivas, entre ellas: la unión entre parientes e impedimentos matrimoniales (incesto); las ofensas del pudor de la mujer (adulterium, stuprum); el rufianismo; el matrimonio deshonesto; la bigamia; el rapto, la Federastia. Siendo este último castigado con la pena de muerte, tanto en la época republicana, como en tiempos de Justiniano. También conoció el Derecho Romano los actos libidinosos, considerándolos como injurias.

La Iglesia Católica al condenar toda relación sexual no bendecida por el matrimonio, impuso graves sanciones espirituales contra los actos sexuales fuera del matrimonio.

En el Código Español de 1848, se decía en su artículo 365 "El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo anterior, será castigado según la gravedad del hecho con la pena de prisión correccional o prisión menor".

Nuestro Código Penal, en su artículo 393 dice: "El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo precedente, será castigado con tres años de presidio".

Francisco González de la Vega, define este delito diciendo que "Son actos corporales de lubricidad, distintos de la cópula y que no tienden directamente a ella".

El Código Penal de México, según el Art. 260, Abuso deshonesto en "un acto erótico-sexual, sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula."

El Código Penal Chileno en su Art. 366, nos dice: "El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo mayor de doce años y menor de veinte, será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados. Si concurriere alguna de las circunstancias expresadas en el Art. 361, se estimará como agravante del delito, aún cuando sea mayor de veinte años la persona de quien se abusa".

Según el Diccionario de la Real Academia, Abuso: es acción y efecto de abusar. Abusar, es usar mal, excesiva, injusta, impropia, indebidamente de una cosa.

El autor chileno Eduardo Novoa, al referirse al delito de abusos deshonestos, nos dice: "Abuso deshonesto no es otra cosa, que el utilizar los órganos de la generación o el instinto sexual en una forma desviada contra natura"; algo parecido el profesor Raimundo del Río, nos dice: "existe abuso deshonesto cuando se produce la perversión sexual".

2. - BIEN JURIDICO LESIONADO. -

Según el autor Fontán Balestra, es un delito contra la voluntad y para Francisco González de la Vega, el bien jurídico lesionado es la libertad sexual, cuando se trata de púberes y un delito contra seguridad sexual cuando se trata de impúberes.

Garraud, autor francés, manifiesta que el bien jurídico que se lesiona es la moral pública, considerando tal delito como un ultraje al -

pudor, siendo este bien, el que consideran la mayoría de los autores, como el bien jurídico lesionado por el delito de abusos deshonestos.

3. - ELEMENTOS DEL DELITO DE ABUSOS DESHONESTOS. -

- 1) Un acto de ofensa al pudor de una persona realizado sin ánimo de acceso carnal;
- 2) Contra la voluntad de la víctima, empleándose los medios de la violación; y
- 3) Voluntad criminal o sea el dolo.

Analizaremos brevemente cada uno de estos elementos:

PRIMER ELEMENTO. - El delito de abuso deshonesto ha de estar integrado por un acto o serie de actos impúdicos que ofendan al pudor ajeno, excluyendo el yacimiento. El elemento material implica todos los actos libidinosos diferentes al coito, Puede consistir en un contacto con el cuerpo, aunque no se halle desnudo, de la víctima, o en obligar o inducir a ésta a realizar actos impúdicos sobre la persona del sujeto activo, o en actos inmorales que no se presupongan contacto con el cuerpo de la víctima.

Carrara definía este delito como actos libidinosos o de impudicia, cometidos contra la voluntad del sujeto pasivo y que no constituye tentativa de violación.

Algunos ejemplos típicos de este delito:

FETICHISMO: esto es la fijación irregular libidinosa por la que el sujeto encuentra apetencia o satisfacción eróticos en objetos inanimados o impresiones sensoriales en los que ha desplazado su codicia sexual, no interesa al Derecho Penal, salvo casos excepcionales en que los fetichistas se convierten en autores de robos de objetos representativos de lubricidad.

MASOQUISMO: es aquella fijación irregular del fin sexual por la que el sujeto encuentra posibilidad de plena satisfacción sexual a través de los actos de crueldad, de índole material o moral, realizados en su propio cuerpo. En el fondo síquico de todo masoquista, se encuentra un destructor de su propia personalidad, es un suicida en potencia.

SADISMO: es una desviación del fin sexual en que el sujeto encuentra posibilidad de apetencia erótica o posibilidad de plena satisfacción a través de los actos de crueldad, morales o materiales, que realiza o hace realizar en la persona de otro. En el fondo síquico de cada sadista, se encuentra siempre un torturador, un aniquilador, un destructor de los demás, en fin es un homicida en potencia.

NECROMANIA: es aquella perturbación del fin sexual consistente en la atracción lúbrica por los cadáveres. El necrífilo realiza conducta delictiva en forma de comisión de delitos de profanación de cadáveres (Art. 267 inc. 2o. Pn.)

HOMOSEXUALISMO: es una fijación irregular del instinto sexual que tiende a la satisfacción erótica con personas del mismo sexo, llamado amor socrático para los varones y amor sáfico para las mujeres, además hay otras perversiones sexuales, que son irrelevantes para el derecho penal.

Para terminar este elemento diremos que no es necesario que la excitación sexual del culpable sea compartida por el sujeto pasivo, ni siquiera que éste tenga conciencia del significado sexual del acto que se ha realizado sobre su cuerpo.

SEGUNDO ELEMENTO: es elemento primordial en el delito de abusos deshonestos, que en él concurran cualquiera de las circunstancias expresadas para configurar el delito de violación es decir, que haya fuerza, o intimidación, o privación de razón o sentido, que la víctima sea menor de doce años.

Explicaremos estas figuras, siguiendo al profesor chileno Antonio Bascuñán Valdés, en lo expresado en su libro "El delito de Abusos Dishonestos":

- 1) **FUERZA:** se presenta cuando el sujeto del delito se vale de su prepotencia material para perpetrar el delito. La fuerza propiamente tal está constituida de hechos físicos, materiales, lo que la diferencia de la intimidación o violencia moral.

La doctrina exige dos requisitos para que se dé la fuerza:

- a) Que sea ejercida sobre la propia víctima;
- b) Que haya sido suficiente para vencer su resistencia.

a) Que sea ejercida sobre la propia víctima. Este primer requisito excluye de la hipótesis fuerza, todo tipo de violencias sobre cosas, que el delincuente ejecute para llegar hasta la víctima; y las violencias ejercitadas sobre terceras personas. Ambas, en ciertas circunstancias, podrán tener un efecto intimidatorio sobre la víctima, pero no constituyen el elemento fuerza.

b) Que haya sido suficiente para vencer la resistencia de la víctima. En primer lugar, la fuerza debe estar dirigida directamente a consumar el delito. Esto excluye todo otro tipo de violencia ejercida durante la realización de los actos libidinosos, que no estuvieren enderezados a conseguirlo (v. gr. violencias médicas o masoquistas ejecutadas después de existir el acuerdo de voluntades en cuanto al acto sexual mismo).

En seguida, la fuerza debe ser diferenciada de la "discreta energía con que el varón vence el pudor de la doncella que, en realidad, desea y consiente". Esa cantidad de fuerza física que al decir de Manzini, vence la resistencia constituída de coquetería y de deseo que ostenta la mujer al igual que la hembra de muchas especies animales, esa dulce violencia, seductora pero no coercitiva, no es la violencia física necesaria para hacer punibles los actos libidinosos.

La resistencia de la víctima es el elemento que sirve para determinar la fuerza. Esta resistencia debe ser seria, constante e intensa. Los autores entran en numerosos detalles para establecer el grado de resistencia requerida. Estimamos, que no es posible establecer el grado de resistencia requerida, de antemano y con pretensión de validés universal cual debe ser el grado de resistencia, desde que ésta, lo mismo que la correlativa violencia, ha de ser apreciada con relación a la edad, salud, energía física, temperamento del agente y del paciente, vínculos de dependencia que mediaren entre ambos y otros factores circunstanciales que mostrarán

"ciertos medios ineficaces en unos casos, resultaron eficaces en otros.

La resistencia no podrá ser una reserva mental ni un simple rechazo; es menester que ponga todos los obstáculos materiales que están a su alcance, demostrando con ellos su firme voluntad en contrario. La fuerza física debe haber sido empleada para realizar actos sexuales en contra de la voluntad de la víctima. Ambos extremos deberán ser, en último término prudencialmente constatados por el Juez.

Los demás problemas que ocupan la atención de los autores en torno a la fuerza de la violación, no presentan gran dificultad frente a los abusos deshonestos. Así el determinar si un sólo hombre puede obtener acceso carnal mediante fuerza frente a la mujer, no se presenta, porque debido a la amplitud de la acción, en los abusos deshonestos, fácilmente posible es la realización de ciertos actos deshonestos.

Los demás supuestos, comunmente citados, como los casos en que la víctima, sin estar privada de razón o de sentido, está en imposibilidad física de resistir (v. gr. parálisis) estimamos que debe resolverse de acuerdo a lo antes expresado. La fuerza debe estar en relación a la posibilidad de resistencia.

En resumen, estimamos, que existe fuerza, siempre que se empleen medios de acción material que, actuando directamente sobre el cuerpo de la víctima, que se resiste, le impiden físicamente su libre facultad de movimiento necesario para evitar la realización del delito. Para apreciarla basta con emplear la necesaria al fin propuesto.

INTIMIDACION: Este es el estado psicológico en que debe encontrarse la víctima, en virtud de los actos realizados por el agresor. Se presenta la intimidación, cuando la mujer acepta (los actos deshonestos), para evitar un mal mayor; hay un consentimiento obligado de la víctima que el hechor arranca mediante violencia.

Para la mayoría de la doctrina, la amenaza debe ser:

a) seria e idónea, debe contener un daño de tal gravedad que sea apto para eliminar la resistencia de la víctima; y

b) Inminente, debe contener un peligro inmediato de un mal considerable y presente para la víctima.

La doctrina es unánime es admitir la intimidación no sólo cuando se amenace con un daño material (Ej. amenaza con pistola), sino con amenaza propiamente moral (un mal grave).

Lo que es indispensable es que en el sujeto pasivo se encuentre la firme voluntad contraria a los actos. Voluntad que forzada por la intimidación, debió exteriormente asentir, permaneciendo en el interior la negativa de los actos.

PRIVACION DE RAZON: Es una alienación o una semialienación mental, en situación que impide al sujeto comprender el objeto del acto o dirigir sus acciones, en el sentido de la resistencia que deba oponerse. Nuestro Código Penal expresa que la privación de razón puede deberse a cualquier causa.

No le interesa a nuestro Código la causa que coloca a la víctima en estado de privación de razón, podrá deberse a causas naturales o provocadas, y éstas por el actor del delito, por un tercero o por la propia víctima. No requiere que la privación de razón sea completa, puede ser parcial.

El solo hecho de ejecutar actos libidinosos con persona privada de razón, a nuestro juicio, no constituye delito. Es necesario que el culpable conozca el estado de privación de razón en que se encuentra la víctima y lo utilice o aproveche para la realización de dichos actos.

PRIVACION DE SENTIDO: consiste en que la víctima está privada de sentido por cualquier causa o incidente, no encontrándose en estado de vigilia. La privación de sentido podrá provenir de causas naturales o provocadas, de orden fisiológico o patológico. Las causas pueden depender de la víctima, de la voluntad del culpable o ser ajenas a ellos.

El caso típico de privación de sentido lo encontramos en el desmayo. No obstante los autores analizan numerosas situaciones, compren-

diéndolas dentro de la denominación de privaciones de razón o de sentido, cuales son:

a) sueño normal; b) sueño provocado artificialmente; c) somnambulismo; d) hipnotismo; e) narcotismo y anestesia; f) ebriedad aguda y g) diversas enfermedades.

Como regla general podemos decir que se requiere en la privación de razón y de sentido que la víctima se encuentre en dicho estado en el momento de cometerse el delito y que el culpable lo sepa. Si falta alguna de estas condiciones no surgirá la figura delictiva.

MENOS DE DOCE AÑOS: Los autores estiman que al consentimiento del menor no se le puede otorgar validez por carecer del suficiente discernimiento para comprender el significado e importancia del acto sexual. Por lo que el fundamento de la incriminación es el grado de inmadurez físico-síquica de los menores de doce años.

De conformidad con nuestro Código, todo acto deshonesto que se realice sobre un menor de doce años, aunque exista su consentimiento y aún su incitación, es un abuso, pero es necesario que el culpable conozca la edad del menor, ya que el error puede ser excusa válida, cuando reúne las condiciones necesarias. Basta en cambio el dolo eventual con respecto a la duda posible de si la víctima tiene o no esa edad, para configurar el delito de abusos deshonestos.

Cuando se comete violencia para cometer el delito, no concurre la agravante del Art. 10 No. 2 Pn., porque la fuerza es un elemento constitutivo de este delito.

TERCER ELEMENTO. Este consiste en la voluntad criminal.

Se ha discutido mucho, si para la existencia del delito de abusos deshonestos basta la mera voluntad de ejecutar el hecho deshonesto, o si, en cambio, es necesaria además la concurrencia del móvil lúbrico de la excitación la sexualidad.

El delito de abusos deshonestos se consume, en el momen-

to en que concurriendo cualquiera de las circunstancias del Art. 392, se verifica un acto atentatorio al pudor, siendo indiferente que la lubricidad del sujeto activo, quede o no satisfecha. Es posible que concorra con amenazas o con lesiones en el ofendido, y a decir de Cuello Calón, no concurre la agravante de arrebató u obsecación, pues ésta ha de nacer de estímulos legítimos y no reprobables.

El elemento intencional permite diferenciar los abusos deshonestos, de los de tentativa y frustración de violación, ya que en este último, la voluntad se encamina al yacimiento, en tanto el abuso deshonesto, se encamina al acto lujurioso o libidinoso, excluyendo por consiguiente, el acto de yacer.

4. - CLASES. -

a) Abusos deshonestos violentos.

Nuestro Código Penal, en su Artículo 393 nos dice: "El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el Artículo precedente, será castigado con tres años de presidio".

La nota esencial de esta clase de delitos, consiste en que la voluntad del sujeto pasivo es dominada por un acto de violencia o de intimidación o también que sea efectuado en un menor de doce años, en cuyo caso siempre se presume que hay inexistencia de voluntad, considerándose no obstante como delito.

b) Abusos deshonestos no violentos.

Nuestro Código Penal, en su artículo 396 Inc. 4o., nos dice: "con la misma pena se castigará cualquier otro abuso deshonesto cometido por las mismas personas y en iguales circunstancias".

Al respecto el Dr. José Enrique Silva, en su estudio sobre los "Delitos contra la Honestidad dice: "Este delito está asimilado al estupro, y por ello sacamos las conclusiones que siguen:

- 1) Sujeto pasivo sólo puede ser la mujer;
- 2) Puede darse por abuso de autoridad, sacerdote, criado

doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la víctima;

3) Cuando se usa engaño, se dan los abusos deshonestos fraudulentos, contra mujer mayor de doce años, y menor de veintiuno; y

4) No se sancionarán toda vez que no estén tipificados, los abusos deshonestos con mujer mayor de veintiún años, excepto en caso de ser la víctima, hermana o descendiente del sujeto activo".

5. - ALGUNOS CASOS SINGULARES.

a) TENTATIVA. El delito de abusos deshonestos a decir de Eugenio Cuello Calón, excluye los momentos de tentativa y de frustración, pues o se comienza su ejecución y el delito queda consumado, o no se comienza y el hecho no pasa del momento de la preparación, y como es sabido los actos preparatorios no son punibles.

El hecho de que el autor no llega a satisfacer sus deseos lúbricos, por causas que no dependen de su voluntad, limitándose solamente a tener contactos con partes del cuerpo del sujeto pasivo, diferentes del sexo, será o no una tentativa?

Al respecto el autor Fontán Balestra dice: "los actos libidinosos no se restringen a contactos con el sexo de la víctima", en consecuencia en el caso mencionado se trata de una consumación y no de tentativa de abusos deshonestos.

b) CONSUMACION. - El delito de abusos deshonestos se consuma en el momento en que concurren, cualquiera de las circunstancias que menciona el Art. 392 y se realiza un acto que sea atentatorio al pudor, o sea al realizarse el elemento material encaminado a lesionar la libertad sexual.

c) CONCURSO DE DELITOS. La realización de diversos actos lascivos con la misma persona, en diferentes momentos, constituyen en cada uno, diversos delitos de abusos deshonestos, ahora bien, si se realizan sobre distintas personas habrá tantos delitos como sujetos pasivos.

Algunos autores consideran que hay delito de escándalo público y no abusos deshonestos, cuando se ha efectuado en lugar público y para otros existen dos delitos: abusos deshonestos y delito de escándalo público, al respecto merece mejor aceptación la segunda tesis.

6. - JURISPRUDENCIA. -

El hecho cometido por un individuo en una niña de cinco años de edad, consistente en haberla tomado de la mano y ponerla en una cama, y después acostarse sobre la menor abusando de ella por el ano, caracteriza perfectamente el delito de abusos deshonestos definido en el Art. 393 Pn."

(Revista Judicial, Tomo XXXIX, 13 de nov. 1934, pág. 307).

I- Si en un proceso contra un individuo por el delito de abusos deshonestos en una niña, concurren a favor del reo las atenuaciones especiales de su menor edad y no haber más prueba contra él que su confesión clara, espontánea y terminante, procede rebajarle la pena en una tercera parte por cada atenuante, sucesivamente.

II- Si el hecho expresado ha sido cometido por un sirviente doméstico, quien vive en la misma casa de los padres de la niña ofendida, concurre en contra del reo la agravante de abuso de confianza".

(Revista Judicial, Tomo XLVI, 15 de mayo de 1941, pág. 513).

III- "Si el reo al ejecutar actos lúbricos en una mujer causa a ésta lesiones corporales, responde de dos delitos: abusos deshonestos y lesiones, resultantes ambos de un sólo hecho".

(Revista Judicial, Tomo LIII, junio 19 de 1948, pág. 355).

CAPITULO 7
DELITOS DE ESCANDALO PUBLICO

1. - DEFINICIONES. -

Art. 394 Pn., "Incurrirán en la multa de trescientos colones los que de cualquier modo OFENDIEREN AL PUDOR O LAS BUENAS COSTUMBRES, con hechos de grave escándalo o trascendencia no comprendidos en otros artículos de este Código.

En el inciso precedente se comprenden los autores de escritos, canciones, o figuras que OFENDAN AL PUDOR O LAS BUENAS COSTUMBRES y los que los vendieren, distribuyeren o exhibieren".

Art. 395 Pn., "Incurrirán en la multa de ciento cincuenta colones los que expusieren o proclamaren con escándalo doctrinas contrarias A LA MORAL PUBLICA."

Bajo la denominación DELITOS DE ESCANDALO PUBLICO, el texto legal comprende situaciones de diferentes naturaleza:

- 1) Delitos de Escándalo Público en sentido estricto;
- 2) Exposición escandalosa de doctrinas contrarias a la moral pública .

A manera del Dr. José Enrique Silva, en su trabajo "Delitos contra la Honestidad, define este delito diciendo que "consiste en la ejecución de exhibiciones, impresos o espectáculos obscenos, en forma pública.

En el Proyecto de Código Penal, elaborada para la República Argentina por don Sebastián Soler, se hace una diferenciación entre:

a) exhibiciones obscenas, consistenten en ejecutar o hacer ejecutar en sitio público o abierto, o privado para que sean vistos por un tercero, actos obscenos;

b) publicaciones y espectáculos obscenos, con propósitos de lucro, abarcando los que se dieran en teatro, cinematógrafo y televisión, o transmisión radial.

2 - BIEN JURIDICO LESIONADO.

Carrara, al hablar sobre el bien jurídico que se lesiona con estos delitos, dice que son las buenas costumbres o a la pública continencia. En cambio, autores como Fontán Balestra nos hablan del pudor público, como el bien jurídico lesionado.

Antonio Quintano Ripollés, en su Compendio de Derecho Penal, nos dice al respecto: "En tanto que los delitos de violación y abusos deshonestos constituyen ataques a la honestidad como patrimonio individual de la persona, los de escándalo público lo son contra la honestidad como bien ideal de la comunidad sin tener necesariamente una víctima ni destinatario concretos".

El Abogado Venezolano Dr. José Rafael Mendoza, en su Curso de Derecho Penal Venezolano, parte especial, nos habla de que el bien jurídico lesionado por este delito es el pudor o las buenas costumbres.

3. - ELEMENTOS DEL DELITO DE ESCANDALO PUBLICO. - (estricto sentido).

- a)
 - 1) Un elemento material, consistente en actos, escritos, imágenes, publicaciones o exhibiciones, caracterizadas por su obscenidad;
 - 2) Que los hechos atentatorios contra el pudor o las buenas costumbres sean de grave escándalo; y
 - 3) Intención de lesionar el pudor o las buenas costumbres.
- b) Elementos del Delito de Escándalo Público: Exposición y proclamación de doctrinas contrarias a la Moral Pública.
 - 1) Un elemento material, consistente en la exposición o proclamación de doctrinas contrarias a la Moral Pública, por medio de imprenta u otro medio de publicidad;
 - 2) El escándalo público; y
 - 3) Intención de lesionar el pudor o las buenas costumbres.

4- CUALES HECHOS QUEDAN COMPRENDIDOS BAJO ESTE TITULO. -

a) ESCANDALO PUBLICO, en sentido estricto.

PRIMER ELEMENTO: la ofensa se produce con actos; por medio de escritos; exhibiendo imágenes; diciendo palabras y en general, cualquier conducta que sea ofensiva al pudor o de las buenas costumbres: escritos, libros, dibujos, periódicos, imágenes, películas y demás actos obscenos.

Ejemplos de actos: Exhibir los órganos genitales; atraer a las menores con ofertas de dinero para que se desnuden; allanar desnudo el domicilio de una mujer; la conducta del marido que hace alarde sus grandes conquistas amorosas; los actos de homosexualismo, etc.

Ejemplos de escritos: publicar un folleto con dibujos obscenos y relatos inmorales; cualquier publicación que tenga significado inmoral aunque en doble sentido.

Ejemplos de imágenes: cuadros y pinturas obscenas. La obra de arte con medios artísticos y para fines de esa clase, no puede ser obscena, siempre que reune ciertas características de la estética.

SEGUNDO ELEMENTO: Escándalo Público.

Los hechos que atentan contra el pudor o las buenas costumbres han de ser de grave escándalo y de grave trascendencia. No son pues delictivos solamente los actos que sean contrarios al pudor que lleguen a producir escándalo, sino también aquellos que revistan grave trascendencia.

Que atenten contra el pudor de una persona debe entenderse, que ofendan a la moralidad sexual de una persona y por ofensa a las buenas costumbres, aquellas ofensas que lesionan la moralidad de un pueblo; además bien por escándalo debemos entender la ofensa que el conocimiento de estos actos causa a los sentimientos personales de una persona con buenos principios morales y por trascendencia, todas aquellas consecuencias que todos los hechos escandalosos producen, debiendo ser este escándalo lo bastante grave para que sean trascendentes.

Al respecto el autor don Antonio Quintano Ripollés, en su Compendio de Derecho Penal, nos dice: "Como todo lo cultural, es éste -

(grave escándalo) un concepto de máximo relativismo, aunque la Moral ciertamente no lo sea, pues lo que en este delito no es tanto la inmoralidad intrínseca del hecho como su proyección social".

Para que exista este delito, no es necesario que el acto que ofenda al pudor o a las buenas costumbres, se realice ante un gran número de personas, ya que basta que ofenda el pudor de un pequeño grupo; ya que podría darse el caso que los hechos se verificaran privadamente pero hubieren adquirido después gran publicidad.

TERCER ELEMENTO. - Dolo.

Consiste este elemento en la intención de lesionar el pudor o las buenas costumbres. Este delito eminentemente doloso.

En su curso de Derecho Penal, el autor español Antonio - Quintano Ripollés nos dice: "Aunque la configuración del delito de escándalo es en el texto legal eminentemente objetiva, son exigibles en él los ordinarios elementos de antijuricidad y culpabilidad, siendo menester que en el hecho productor del escándalo haya mediado la voluntad, ya que no precisamente de producirlo, sí de ejecutar el hecho susceptible de producirlo. Por lo que no integrará tal delito, por ejemplo, la persona desnuda por haberle sido sustraída la ropa al bañarse o por huír de un incendio nocturno, por mucho que el acto en sí escandalice a quienes lo contemplen. El hecho, de otra parte, ha de constituir una específica inmoralidad sexual de cierto relieve, no bastando las groserías más o menos equívocas o las procacidades, mejor encuadrables en la categoría de faltas.

Por lo que atañe al decisivo elemento normativo cultural del escándalo mismo, no parece ser necesario un ánimo específico en el culpable, máxime que en el texto se añade el inciso copulativo de la trascendencia.

El delito de escándalo público en sentido estricto, se diferencia de Abusos Dishonestos, en que en éste, los actos van encaminados contra una persona determinada y con una finalidad sexual y aquél no se dirige contra individuos considerados en especie, ni tampoco tiene como requisito inherente una finalidad puramente sexual.

b) Exposición y proclamación de doctrinas contrarias a la Moral Pública.

PRIMER ELEMENTO: Consiste en el hecho de exponer y proclamar doctrinas que sean contrarias a la Moral Colectiva ya sea por medio de imprenta, mimeógrafo, etc., en fin por cualquier otro procedimiento de divulgación escrita. Entendiéndose por Moralidad Colectiva la moral sexual pública.

SEGUNDO ELEMENTO: Es necesario el escándalo, ya que si no hay publicidad deja de constituir delito de Escándalo Público. Por lo demás nos remitimos a lo dicho es el delito de Escándalo Público en sentido estricto.

TERCER ELEMENTO: Intención de lesionar el pudor o las buenas costumbres.

Este elemento está constituido por la conciencia de que las doctrinas que se exponen o proclaman sean contrarias al pudor o a las buenas costumbres y la voluntad de exponerlas o de proclamarlas.

5. - ALGUNOS CASOS SINGULARES. -

1) DELITO CONSUMADO. - Este delito se perfecciona cuando el elemento material (Primer Elemento) está configurado, pues este delito es formal o sea que no es necesario que se produzca un determinado daño.

2) TENTATIVA DE ESCANDALO: o sea cuando el culpable dá principio a la ejecución de actos que ofendan al pudor o a las buenas costumbres; pero no prosigue en su actividad por cualquier acontecimiento que no sea su voluntario desistimiento.

Lo cual sucedería cuando se intente vender publicaciones o folletos pornográficos y no sean puesto en venta, por que sean incautos por la autoridad.

3) SUJETOS DE ESTE DELITO:

a) Activo: lo puede ser cualquier persona, no importando su clase, edad, raza, nacionalidad, etc.

b) Ofendida: lo es la colectividad entera.

CAPITULO VI

ESTUPRO1. - HISTORIA. -

En el Derecho Romano el delito fue confundido, sobre todo cuando era practicado en una mujer, con el de Rapto, que presuponia el acceso carnal, ya que era requisito que el sujeto pasivo fuese mujer virgen o viuda honesta, lo cual se comprueba en las leyes de Justiniano -raptu virginum-, donde se reconoce que la virginidad y la castidad no podían reponerse, considerándose la gravedad del delito no sólo ante los preceptos humanos, sino también como una ofensa a la religión.

Las leyes romanas aludían de una manera constante a la violencia, como al engaño, considerándolo al engaño como una agravante.

Del estudio de los textos romanos se ha llegado a la conclusión que el delito era consecuencia del deber impuesto a la mujer honrada de mantener su absoluta integridad fuera del matrimonio; deber que provenía de la ley Julia de Adulteris, puesto que cuando el delito se consumaba por medio de la violencia, mudaba de naturaleza, convirtiéndose en "criminus vis". El principio que le caracterizaba como "criminus vis", es que entra en el campo de la ley "Julia de vi pública".

El esclavo no estaba considerado como capaz de ser sujeto pasivo de tal delito. Si el "stuprum" es la persona del esclavo era practicado por persona que no fuese su señor o patrón, éste tenía la facultad de usar la "actio de lege Aquilia".

Los Ostrogodos, en cambio, variaban la punición de tal delito según se tratase de nobles o de esclavos, castigando a los primeros con penas en dinero y a los últimos con la de muerte.

Los visigodos, establecían, por medio de la Ley de Leovigildo, que si el sujeto activo era un hombre libre, se volvería esclavo de su víctima, además de recibir cien azotes, no pudiéndose casar con el suje-

to pasivo, pues, si tal cosa sucedía, la mujer se convertiría entonces, como castigo de su acto, en esclava de sus parientes próximos; y si el reo de estupro era un esclavo, quedaba sujeto a la última pena y quemado en el fuego.

En la Legislación inglesa antigua, estaba castigado el estupro con la pena de muerte, siendo sustituida luego por la castración y pérdida de los ojos, por Guillermo el Conquistador.

(Notas tomadas de Chrysolito de Guzman, "Delitos Sexuales", edición Brasileira).

Para la legislación canónica, el estupro, en el comercio carnal ilícito con una mujer vírgen o viuda que viva honestamente y que no sea pariente en grado prohibitivo para el matrimonio; esto último para diferenciarlo del incesto.

Como origen histórico más cercano a las legislaciones española e hispanoamericanas que conservan su fisonomía singular, se puede mencionar el Título XIX, Leyes I y II, de la Setenta Partida aplicable a "los que yacen con mujeres de Orden (pertenecientes a Ordenes Religiosas), o con viudas que vivan honestamente en sus casas, o con vírgenes, por halago o engaño, sin hacerles fuerza".

José Antón Cneca y Luis Jiménez de Asúa, en sus Comentarios al Derecho Penal, nos dicen "En el Código Penal de 1870, el estupro ofrecía dos modalidades -prescindiendo de la incestuosa- y era el acceso carnal ilegítimo, mediante el engaño, con mujer mayor de doce años y menor de veintitrés, o el coito logrado por personas que ejerzan ascendiente educativo o guarda, con mujer vírgen, de la edad mencionada

Sabíamos pues, que el estupro era o la relación sexual logrado con fraude, o la desfloración de una doncella".

2. - DEFINICIONES. -

El penalista Carrara define el estupro "como el concimiento carnal de mujer libre y honesta, precedida de seducción verdadera o presunta y no acompañada de violencia".

Chrysolito de Gusmao dice: "Estupro es el acto por el cual el individuo abusa de sus recursos físicos o mentales por conseguir mediante violencia tener ayuntamiento carnal con una mujer".

El autor mexicano Francisco González de la Vega, nos dice que estupro es la "conjunción sexual natural, obtenida sin violencia y por medios fraudulentos o de maliciosa seducción, con mujeres muy jóvenes, no ligadas por matrimonio y de conducta sexual honesta".

El Diccionario Enciclopédico ilustrado de la Real Academia Española nos da la siguiente definición "Estrupo: acceso carnal de hombre con mujer soltera o viuda, mayor de doce años y de buena fama, logrado con abuso de confianza o engaño".

Nuestro Código Penal en su Art. 396, nos da una definición incompleta al decir "Desfloración de una doncella" o sea de una mujer virgen, definición criticada por muchos autores, ya que el requisito esencial debe ser la castidad, virtud que puede darse en una soltera que hubiere sido violada, o en una mujer divorciada o en fin en una viuda.

De la interpretación de la disposición antes señalada podemos deducir que aquí solamente las mujeres doncellas pueden ser sujetos pasivos de este delito.

3- BIEN JURIDICO LESIONADO.

Para Francisco González de la Vega el bien jurídico lesionado es la seguridad social de las inexpertas jóvenes contra los actos de libidine facilitadores de su prematura corrupción de costumbre.

El autor Fontán Balestra nos habla de que el delito de estupro, lesiona dos bienes jurídicos, por una parte la moral social y por otra la libertad o voluntad sexual:

- a) La moral social, en cuanto la actividad es ejercida contra una persona incapaz de comprender los resultados de un acto sexual y,
- b) La libertad o voluntad sexual, en virtud de que la víctima se ve sugestionada, aunque no forzada, a realizar el ayuntamiento carnal.

En opinión del Dr. José Enrique Silva, el estupro lesiona la libertad sexual.

4- ELEMENTO DEL DELITO DE ESTUPRO. -

- I- Acceso Carnal con una doncella, logrando su desfloración;
- II- Que la doncella sea mayor de doce años y menor de veintiuno;
- III- Abuso de autoridad o confianza, o engaño;
- IV- Intención delictiva.

PRIMER ELEMENTO: Es básico la doncellez de la mujer y es doncella la mujer de vida honesta anterior al hecho delictivo, conserve o no su virginidad física; siendo presumible la doncellez a menos prueba en contrario. Ahora bien debe tenerse en cuenta que el Código Penal vigente emplea la palabra desfloración, o sea que el estupro sólo puede ser cometido en una mujer vírgen y que el delito se consuma cuando ha habido cierta desfloración.

Por lo que se deduce que el elemento material se contrae al acto sexual natural, o sea el ayuntamiento de varón a mujer, precisamente por la vía vaginal, por lo cual se excluyen las fornicaciones homosexuales masculinas de varón a varón, porque el estupro, debe recaer taxativamente en mujer; asimismo deben excluirse los actos contra natura practicados por el hombre en una mujer, porque la aceptación de la mujer en tales actos, revela en ella, la ausencia de honestidad sexual, elemento dentro de la moderna doctrina, imprescindible para proteger a la mujer.

Para que haya acceso carnal, es indiferente que el ayuntamiento se haya terminado por la "seminatio intra vas" o que no se haya efectuado la eyaculación en el vaso femenino, puesto, que la acción del acceso existe, lesionando además intereses jurídicos como son la moral sexual y la libertad sexual; el daño existe aunque no haya "delictia carnis". Siendo irrelevante para el Derecho Penal que por consecuencia del acceso carnal la mujer haya quedado embarazada.

Desde el punto de vista forense, siempre se ha criticado el término "desfloración", empleado en nuestro Código, pues, la virginidad de la doncella se hace radicar en el himen, habiendo problemas en casos de b-

menes elásticos, pues, puede haber ayuntamiento sin haber precisamente desfloración.

En los procesos penales, la comprobación de la desfloración se obtiene, generalmente, por medio de la prueba médico-forense; la prueba del concúbito se obtiene pericialmente en los casos en aquellos casos en que deja huella material, como cuando el ayuntamiento ha dado como resultado la reciente desfloración de la doncella o cuando ha producido embarazo, o cuando el coito ha sido tan cercano que todavía podrían encontrarse residuos seminales en los órganos sexuales de la mujer. Para la comprobación del cuerpo del delito de estupro, los tribunales exigen el examen de la doncella para observar si ha habido o no desfloración reciente. Pero podría suceder que las mujeres presentaren en el momento del reconocimiento médico, íntegros signos fisiológicos de la virginidad, no obstante haber estupro sin ruptura del himen, por ser éste elástico, además pudiera acontecer que la mujer presentare la membrana con escotaduras congénitas o desgarramientos anteriores debidos a accidentes relacionados con un primer ayuntamiento.

SEGUNDO ELEMENTO: Al respecto podrían presentarse tres situaciones diferentes:

- 1) Si la víctima es menor de doce años, se tipifica el delito de violación Art. 393 Pn.
- 2) Si la mujer es mayor de doce años y menor de veintiuno, podría haber estupro, si la mujer es doncella; y
- 3) Hay Incesto, cuando la mujer desflorada lo hubiere sido por un hermano o un ascendiente.

En el delito que estudiamos, el único sujeto pasivo es la mujer de doce años y menor de veintiuno. Protegiéndose de esta manera a las mujeres de los actos sexuales obtenidos por medios dolosos que se definen en el engaño o por seducción.

Nuestro legislador ha determinado la edad de veintiún años, como máxima (excepto incesto); por estimar que las muchachas son o pueden

ser susceptibles de fácil engaño o de ser seducidas.

De conformidad con el Art. 128 de Instrucción Criminal "En los delitos de estupro, violación y raptor consensual, el reconocimiento se practicará por facultados y a falta de ellos, por matronas o enfermeras de honradez y probidad, cuando se trate de mujeres estupradas, violadas o raptadas", y según el Art. 130 Inc. I "En los delitos o faltas que no dejaren señales o cuando éstas hubieren desaparecido, se justificará el cuerpo del delito o falta, por cualquier medio legal de prueba".

A falta de la partida de nacimiento de la menor, la minoría de edad puede demostrarse en el proceso, por medios periciales, o sea por la observación de los médicos forenses de la morfología de la menor, del menor o mayor desarrollo, especialmente de la falta de las cuartas molarres.

TERCER ELEMENTO: De conformidad con la ley, los medios para lograr el delito de estupro pueden variar, según la clase que sea; estupro doméstico o estupro fraudulento.

Antonio Quintano Ripollés, en su Curso de Derecho Penal, nos habla de las modalidades del estupro y entre ellas las de "prevalimiento" y nos dice: "El Código Penal encabeza su Capítulo III del Título IX (que impropia mente sigue denominándose del estupro y de la corrupción de menores, aún después del texto revisado de 1963) con el estupro de prevalimiento, del artículo 434, seguramente por consideraciones de mayor gravedad, ya que el tipo de engaño es morfológicamente el menos característico. A falta de tal condición moral de seducción engañosa, que el tipo tampoco excluye, puesto que se limita a no exigirla, dicho artículo requiere en el sujeto pasivo, la mujer, cualidades más estrictas que en ninguna otra modalidad, notablemente la de doncellez, y en el sujeto activo las casuísticamente enumeradas de autoridad pública, sacerdote, criado, doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada. Es de observar que tales cualidades en ambos sujetos operan objetivamente, sin necesidad de prevalimiento, aunque sí parece necesario para la perpetra-

ción del delito o una implícita coacción psicológica en la mujer, que son las circunstancias que explican la razón de ser de la especialidad. Es por decirlo así, un estupro de prevalimiento tácito, que no precisa otro dolo que el genérico del yacimiento, por hallarse en él implícitamente comprendido el engaño en la hipótesis legal".

En el caso del Estupro Doméstico hay abuso de autoridad o confianza, siendo casos típicos, cuando el sujeto activo es sacerdote, criado doméstico, tutor, maestro o encargado de la guardia de la estuprada. Con relación al estupro fraudulento es necesario el engaño o la seducción, caso típico es el acto carnal ejecutado con mujer con la promesa futura de matrimonio.

CUARTO ELEMENTO: En el estupro la mujer proporciona su consentimiento para el ayuntamiento, salvo que sea obtenido por el engaño, o sea por la seducción. El elemento del dolo es especial en esta clase de delito, no habiendo por consiguiente estupro culposo; este dolo es específico y puede consistir en el propósito de obtener un ayuntamiento con una mujer que sea doncella, haciendo uso de engaño o abuso de confianza.

Veamos ahora lo que nos dice el autor mexicano Francisco González de la Vega, con relación al engaño y a la seducción: "El engaño en el estupro consiste en una tendenciosa actividad de mutación o alteración de la verdad -presentación como verdaderos de hechos falsos o promesas mentirosas- que producen en la mujer un estado de error, confusión o equivocación, por el que accede a la pretensión erótica de su burlador. Entre la actividad falaz del varón y la aceptación del concúbiteo venéreo por la joven debe existir seria, estricta y directa relación de causalidad, o, en otras palabras, el engaño ha de ser la causa eficiente y determinante de la aceptación de la cópula. Conforme a la doctrina de Mezger, es causa en Derecho Penal, por tanto, causal en orden al resultado, toda condición que no puede ser suprimida in mente sin que al mismo tiempo desaparezca el resultado con-

creto.

Pero sólo una conexión causal adecuada fundamenta la responsabilidad penal. Pues aún en los casos en los que la acción es causal respecto al resultado, sólo podrá castigarse al agente por dicho resultado cuando la conexión causal es relevante, es decir, importante jurídicamente (teoría de la relevancia).

El ejemplo más frecuente de engaño en el estupro es la falsa promesa de matrimonio con apariencias de formalidad y verosimilitud. Sin embargo, debe notarse que no toda promesa incumplida de matrimonio necesariamente integra engaño, pues la no realización de una promesa real puede deberse a hechos ajenos a la voluntad del varón, como la posterior negativa del consentimiento para el matrimonio hecho por los que ejercen la patria potestad en la menor.

Es de observarse, de acuerdo con Cuello Calón, que no es la promesa formal de matrimonio el único engaño que puede dar lugar a este delito, porque el Código habla sólo de engaño, pero sin determinar cual sea éste, lo que queda a la libre apreciación de los tribunales. Los tribunales españoles han declarado: que el hombre casado que vence la resistencia de una menor de edad persuadiéndola para ello de que era soltero, emplea un engaño equivalente a la promesa de matrimonio; la simulación de un matrimonio por sorpresa, constando al procesado que no era válido, integra engaño; también se reputa que lo integran las relaciones amorosas públicas consentidas por la familia porque el engaño existe cuando se lleva al ánimo de la mujer al íntimo convencimiento de que el fin de las relaciones será el matrimonio, se hayan realizado actos de los que se deduzcan racionalmente tal propósito.

Difícil de captar es el concepto específico jurídico de la seducción en el estupro. Algunos autores como Carrara, según cita anteriormente vertida, consideran que la seducción supone al engaño como indispensable esencia. Jiménez de Asúa parece ser de la misma opinión cuando, al criticar la legislación argentina vigente, manifiesta que la misma sólo

lo exige para que el acceso carnal sea incriminable, dos referencias al sujeto pasivo: que sea mayor de doce años y menor de quince y que se trate de mujer honesta. La seducción que no se manifiesta en engaño, y que es lo que en puridad califica el estupro, no se incluye entre los elementos del tipo.

Hemos advertido que en muchos casos coinciden en una sola acción de estuprar ambas modalidades, pero estimamos que la seducción no es necesariamente engañosa. Su doble carácter ha sido precisado por el Diccionario de la Academia cuando define la acción de seducir como engañar con arte y maña, o como persuadir suavemente al mal cautivar, acepciones aceptadas también por Escriche, quien agrega que se aplica más particularmente esta voz al que abusando de la inexperiencia y debilidad de una mujer le arranca favores que sólo son lícitos en el matrimonio.

En su estricto significado jurídico entendemos por seducción: sea la maliciosa conducta lasciva encaminada a sobreexcitar sexualmente a la mujer o bien los halagos a la misma destinados a vencer su resistencia psíquica o moral, a cuya virtud la mujer accede a la prestación sexual. Pero para estimarla como integrante del estupro, nos parece menester que dicha seducción sea a tal punto importante que pueda estimarse como la causa directa, eficiente y determinante de la entrega sexual de la mujer, siendo aquí también de estricta aplicación la teoría de la relevancia, conforme a la cita de Mezger que trasladamos al examinar el engaño".

4. - CLASES. -

Los delitos de estupro, contenidos en nuestro Código Penal, son los siguientes:

1_ Art. 396 "El estupro de una mujer de doce años y menor de veintiuno, cometido por persona que ejerce autoridad pública, o por sacerdote, criado doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada".

Los sujetos activos de este delito son las personas que menciona este artículo o sea las personas que están constituidas en autoridad -

pública, los sacerdotes, criado doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada. Ahora bien debe entenderse que no es necesario que dichas autoridades estén en ejercicio de sus funciones y en cuanto a los sacerdotes, no es necesario que abusen de su calidad de religiosos, sino que basta que sean ministros de Dios. El criado es la persona que sirve a otra, mediante una retribución, que habitan el mismo techo, formando parte de ella. El término de maestro debe entenderse referido al que imparte cualquier enseñanza, ya sea esta manual, científica o moral.

Esencialmente este delito se constituye por el ayuntamiento carnal con mujer mayor de doce años y menor de veintiuno que esté con respecto al sujeto activo en relación de subordinación, guarda o educación.

II- Art. 396 inc. 2o. "En la misma pena incurrirá el que cometiere estupro con su hermana o descendiente, aunque sea mayor de veintiún años".

Este delito de estupro es conocido con el nombre de Incesto, del cual hablaremos más adelante, especialmente.

III- Art. 396 inc. 3o. "El estupro cometido por cualquier otra persona, con una mujer mayor de doce años y menor de veintiuno, interviniendo engaño, se castigará con la pena de un año de prisión mayor". Son sujetos activos de este delito, cualquier persona, excepto los mencionados en este mismo artículo inciso primero y segundo.

Los elementos de este delito son los siguientes:

- a) Debe existir acceso carnal, aunque solamente uno;
- b) Debe ser hecho con mujer mayor de doce y menor de veintiún años;
- c) El acceso carnal deber ser una consecuencia del engaño sufrido por la víctima;
- d) Dolo, este elemento está integrado por la voluntad de tener acceso carnal, conocer además la edad de la víctima y también por la conciencia de la burla empleada.

IV- Artículo 396 inc. 4o. Pn. "Con la misma pena se castigará cualquier otro abuso deshonesto cometido por las mismas personas y en iguales circunstancias."

Estos son los abusos no violentos cometidos por las personas y en las circunstancias que se señalan en este mismo artículo en los incisos 1o., 2o., y 3o.,

5- INCESTO.

a) HISTORIA

Al respecto y según el resumen elaborado por Eugenio Cuello Calón: "El Derecho Romano, especialmente el imperial, castigó el incesto no solamente el que tenía lugar entre ascendientes y descendientes y entre hermanos y hermanas, sino también entre tíos y sobrinos y entre afines en determinados grados, distinguiendo entre el "incestus juris gentium" (entre ascendientes y descendientes) y el "incestus juris civilis" (entre colaterales y afines (Ley Julia de Adulteris). En el Derecho Español penábase en el Fuero Juzgo el casamiento y el adulterio con la mujer de los descendientes y con mujer del linaje de estos, equiparándose a este delito el yacimiento con las barraganas de los padres y hermanos; asimismo el Fuero Real penó hechos análogos; en ambos Códigos las penas establecidas eran de escasa dureza. Las Partidas penaron como adulterio el yacimiento con pariente o cuñada. El incesto ya se define en la Novísima Recopilación, que lo extiende a la fornicación con religiosas, y por parte de los criados a la cometida con las parientes y barraganas de los señores y con los criados de la casa estableciéndose para ciertos casos la pena de muerte. Grave crimen en el incesto, el cual se comete con pariente hasta el cuarto grado, o con comadre, o con cuñada, o con mujer religiosa profesada; y esto mismo es de la mujer que comete maldad con hombre de otra ley; y este crimen de incesto es en alguna manera herejía, y cualquiera que lo cometiere, allende las otras penas en Derecho establecidas, pierde la mitad de sus bienes para la nuestra Cámara (Novísima Recopilación, Libro XII, título XIX, leyes 1a. 2a. y 3a.)

Según el Diccionario de Escriche, la palabra latina incestus es lo mismo que non castus, según unos, pero según otros, trae su origen de cestus, que entre los antiguos significaba la cintura de Venus, la cual se daba a los casados, menos cuando había algún impedimento para casarse; de suerte que el matrimonio contraído a pesar del impedimento se llamaba incestuoso, esto es, sin cintura, como si se tuviese por indecoroso el hacer intervenir a la diosa del amor en una unión tan repugnante al orden de la naturaleza. En la antigüedad, además de la relación sexual con próximos parientes, se comprendía en el incesto a la efectuada con personas pertenecientes al sacerdocio.

Nuestro Código Civil, en su Artículo 103, nos dice: "También son incapaces para contraer matrimonio entre sí: 1o. Los parientes por consanguinidad, en cualquier grado de la línea recta; 2o. Los hermanos, sean carnales, paternos o uterinos;..."

El Derecho Civil declara pues su prohibición a través de esta norma relativa al matrimonio.

Transcribamos nuevamente el inc. 2o. del Art. 396, para conocer los elementos de este delito: "En la misma pena incurrirá el que cometiere estupro con su hermana o descendiente, aunque sea mayor de veintiún años."

Como se puede observar, están excluidos los parientes por afinidad, siendo por consiguiente los únicos sujetos activos, el que estuprore a su hermana o descendiente.

Los elementos principales de este delito son cuatro a saber:

- a) Una actividad de relaciones sexuales;
- b) Que éstas se efectúen entre ascendientes y descendientes, o entre hermanos;
- c) Conocimiento del parentesco; y
- d) Asentimiento de la estuprada.

PRIMER ELEMENTO: Es decir que haya yacimiento, no importa que sea mayor de veintiún años, no bastando tampoco la publicidad, no el escándalo y no es necesario más que sólo un acto de yacimiento, para que se constituya este delito.

SEGUNDO ELEMENTO. - Con relación a los ascendientes-descendientes se comprenden a los padres o hijos, abuelos y nietos etc. y entre los hermanos, se distinguen los colaterales más próximos o sean los que lo sean del mismo padre y madre; los de padre común pero distinta madre (hermanos consanguíneos) y de madre común y distinto padre (uterinos).

TERCER ELEMENTO. - Constituye el dolo, y este se perfecciona por el conocimiento que tenga el sujeto activo de la relación de parentesco con la estuprada.

CUARTO ELEMENTO. - Debe concurrir siempre la voluntad de la estuprada, ya que si hubiera violencia o intimidación o si no fuera capaz de comprender o en fin si no tuviera doce años, el delito degeneraría en violación.

6. - ALGUNOS CASOS SINGULARES.

Con respecto a este punto, el Dr. José Enrique Silva en su interesante trabajo "Delitos contra la Honestidad" nos dice: b) TENTATIVA: Mazini rechaza la posibilidad de la tentativa, pues la simple instigación al acceso carnal, sin resultado alguno a causa de la resistencia de la mujer, no es punible, según su opinión. Fontán Balestra y Eusebio Gómez si creen posible la tentativa, cuando se inician los actos sexuales, no llegándose a la cópula por motivos independientes a la voluntad del hechos. Nos parece más aceptable esta última opinión. c) CONSUMACION. Si nos atenemos al Código Penal nuestro, el delito se consuma con la desfloración de la doncella. Caso de exigirse sólo la honestidad o recato de la víctima, el delito se consumaría con la penetración sexual.

CAPITULO VII
CORRUPCION DE MENORES

1. - DEFINICIONES. -

Nuestro Código Penal, no nos dá una definición de este delito, limitándose a decir "El que habitualmente o con abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, será castigado con tres años de prisión mayor". José Enrique Silva nos dice que "son los actos tendientes a promover o facilitar la prostitución o corrupción de menores de edad".

2. - BIEN JURIDICO LESIONADO.

Al respecto, Cuello Calón nos habla que este delito lesiona la honestidad; en cambio el autor Fontán Balestra, nos confirma este hecho lesionado tres bienes jurídicos fundamentales, como son: la honestidad individual, la moral de la familia y además la moral pública.

Crysolito de Guzmao, nos habla que este delito lesiona la moral familiar, al igual que lo hace Antonio Bascuñán Valdés.

3. ELEMENTOS DEL DELITO DE CORRUPCION DE MENORES.

- a) Promover, favorecer o facilitar la corrupción de menores;
- b) Que los actos tendientes a promover, favorecer o facilitar la corrupción sean habituales;
- c) Que dichos actos sean encaminados a satisfacer los deseos de otro; y
- d) Intención delictuosa.

PRIMER ELEMENTO: Consiste en promover, favorecer, facilitar la corrupción de los menores ya sea con actos o hechos. Entiéndase el elemento promover, dice Cuello Calón: "como iniciar, y que el satisface o intenta satisfacer la propia lujuria, inicia, sin duda posible, al menor en la corrup-

ción." Este elemento se configura, no obstante haber voluntariedad del menor, no tomándose en cuenta las circunstancias del sexo del menor, lugar de los hechos, que se ejecuten los hechos con ayuntamiento, sólo es preciso que se den las facilidades posibles que los actos de corrupción tengan efectividad.

Este delito comprende aquellas actividades propias del rufianismo, así como también la facilitación de habitaciones con el previo conocimiento de la inmoralidad de los actos que se ejecutarán en un menor.

SEGUNDO ELEMENTO: Nuestro Código Penal, requiere la habitualidad o bien el abuso de confianza. Habitualidad es la ejecución repetida de actos de una misma clase, a contrario sensu, el que sólo una vez ejecuta, promueve o favorece la corrupción de un menor no es culpable de este delito; es decir que un acto aislado no sería delito. Situación a veces criticable. Ahora bien, si existe abuso de confianza, no es necesario este requisito.

TERCER ELEMENTO: Lo que trata nuestro Código Penal de sancionar es el rufianismo o alcahuetería de menores. Es decir que la satisfacción sexual, sea lograda por otro y no por el que propiamente esté ejecutando los actos tendientes a la corrupción. Como ya vimos en el primer elemento, el autor español Cuello Calón acepta la tesis de corrupción de menores para satisfacer los deseos propios y no solamente los de un tercero.

CUARTO ELEMENTO: Este consiste en la intención delictuosa del sujeto activo, no habiendo por consiguiente delito culposo. En casos, que las personas corrompidas sean más de una habrá tantos delitos como personas corrompidas hubieren.

La Jurisprudencia española acepta la tesis de cometerse este delito por imprudencia: "Se comete por imprudencia simple si la dueña del prostíbulo no comprobó si la mujer admitida tenía la edad de veintitrés años". 1950.

4. - ALGUNOS CASOS SINGULARES.

El Dr. Silva, en su trabajo "Delitos contra la Honestidad"

nos dice al respecto; "c) Consumación: El delito se consuma con el sólo hecho de promover o facilitar la prostitución, sin que se exija que tales pretensiones se cumplan. La característica de este delito es el peligro social, siendo además formal. d) TENTATIVA: Aunque es regla general de que el delito formal no acepta el grado de tentativa, Alimena contradice este aserto, apoyándose Fontán Balestra, quien pone el caso siguiente: "Un sujeto se propone corromper a un menor. Para lograr su propósito, hace que una persona que es amiga de ambos y que está enterada de las pretensiones del agente, invite a su casa al menor para trabar relación personal. Después de dos entrevistas, el hechor decide comenzar su acción corruptora, que no prosigue, por denuncia de amigos. Creemos que en este caso, está delineada claramente la tentativa".

CONCURSO DE DELITOS: Se da este caso, cuando siendo un sólo el hechor, son varias las personas corrompidas, o cuando sean varias las personas que corrompen, a un sólo sujeto pasivo.

5. - PROSTITUCION.

La palabra prostitución, tiene su origen del latín "prosto", que quiere decir sobresalir, estar saliente, y representa la actitud de una mujer que se ofrece al mejor postor.

Mini-historia: Antiguamente hubo una prostitución sagrada, y consistía en que la mujer consagrada al templo, se entregaba al primero que la solicitaba. También en otros tiempos existió la prostitución nacida del deber de la hospitalidad, y según este deber, la mujer estaba obligada a entregarse al huésped.

Pero al Derecho le interesa solamente la prostitución de estos tiempos o sea la prostitución económica. La prostituta, es la mujer que permanece en la mancebía, cohabitando con cualquiera, sin elección de persona determinada y por un precio.

Las causas de la prostitución son los factores exógenos que obran sobre los endógenos, es decir que obran sobre las aptitudes personales. La escritura rusa Tarnwsky, clasifica los diversos temperamentos que

pudo encontrar en cuatro tipos diferentes, clasificándolas en a) obtusas; b) ligeras; c) perversas y d) impúdicas.

a) Obtusas: éstas, padecen un embotamiento general de la vida y de la actividad psíquica que las impide darse cuenta de su condición;

b) Ligeras : tiene conciencia momentánea de su condición, pero su inestabilidad mental que las caracteriza, suprime prontamente los naturales efectos deprimentes;

c) Perversas: éstas son más frecuentes que las prostitutas de oficio;

d) Impúdicas: Es la más rara, aunque es extraño.

Los factores exógenos, son de naturaleza social, y principalmente factores económicos; autores como José Castán nos dicen que "El problema de la prostitución es muy complejo. La coquetería, el amor al lujo, el abandono, la mala educación, la especial impulsión (anormalidad) de ciertas mujeres..., son factores que llevan a éstas desagradarse y envilecerse. Más como, en último término, no habría oferta sino hubiera demanda, es el libertinaje, el celibato egoísta de los hombres que, seduciendo a la mujer, robándole el tesoro de la virginidad, la arrastran al abismo del vicio, la verdadera y definitiva causa de la prostitución."

Los socialistas ven en la miseria, en la remuneración laboral injusta para la mujer, ejemplos de factores exógenos que favorecen la prostitución.

Es o no la Prostitución, un delito?

Al respecto, se han ideado tres sistemas:

1) Declararse por sí mismo un delito por sus caracteres inmorales; es decir sistema de prohibición y castigo.

2) Considerarla como un mal necesario que es preciso reconocer y reglamentar, en bien de la salud y del orden público; es decir sistema de reglamentación.

3) Estimarla como una inmoralidad imposible de suprimir,

abandonándola a sus propios desenvolvimientos, sin perjuicio de reprimir los delitos que puedan cometerse con ocasión de ella; es decir sistema de libertad o indiferencia.

PRIMER SISTEMA: supone ante todo la necesidad de dilucidar el problema de si la prostitución es o no un delito. Lombroso dice: "La prostitución es a las mujeres lo que el delito a los hombres, porque las prostitutas tienen los mismos caracteres físicos y morales que el delincuente". Luis Jiménez de Asúa dice que "esta asimilación es anticientífica, la prostitución es una inmoralidad de la mujer, pero no un crimen, si quiere forme con el delito el alcoholismo y la mendicidad, lo que se ha dado en designar con el nombre de la mala vida "El sistema de prohibición y castigo es seguido por algunos Cantones Suizos, castigando a las prostitutas habituales.

SEGUNDO SISTEMA: ha sido el más seguido de las legislaciones.

El Estado se ha creído obligado a intervenir en la prostitución para atenuar sus peligros, principalmente los derivados de contagio por enfermedades venéreas.

Ahora bien la reglamentación no sirve de nada, desde el punto de vista higiénico:

a) Porque se vigila sólo a la prostituta, sin registrar ni examinar al prostituidor, tan propagador del contagio como la mujer, o aún más;

b) Porque, como es natural, la gran mayoría de mujeres que se prostituyen, escapan a la humillación del reconocimiento, así como a todas las medidas policíacas que le preceden y le siguen;

c) Porque la inspección sanitaria que el Estado parece tomar a su cargo induce a los hombres a error, dándoles una falsa seguridad.

TERCER SISTEMA: El Autor Asúa se adhiere al tercer sistema, de abolicismo ante la prostitución reglamentada. Sistema seguido por algunas legislaciones de Cantones Suizos.

(Notas tomadas del Derecho Penal, de Asúa y Oneca).

PROSTITUCION DE MENORES:

Lo dicho con relación a elementos, concurso de delitos, consumación y tentativa, de la corrupción de menores, se aplica a este delito de Prostitución de menores, que consagra nuestro Código en su Art. 397., pues indistintamente nos habla que la promoción o facilitación de medios de corrupción o prostitución, de menores, será castigado con la misma pena y con los mismos requisitos. -

CAPITULO VIII

RAPTO

1. - HISTORIA. -

El autor uruguayo Irureta Goyena, en su Tomo VI "Delitos contra la libertad de cultos, rapto y estado civil", resume la evolución histórica jurídica de este delito en los párrafos siguientes: "La concepción represiva de este delito ha pasado por tres fases diferentes bien caracterizadas. La primera corresponde a la impunidad; la segunda a una severidad draconiana, y la tercera a un término medio entre ambos extremos, definida por un castigo racional. La evolución mencionada se explica fácilmente sin mayores dificultades. El rapto es un delito que exige cierto grado de organización social, cierto desenvolvimiento de orden político, y no podía herir la conciencia de los hombres rudos y violentos que formaban los grupos primitivos. El rapto ha sido la primera forma de la conquista de la mujer y en sus primeros tiempos se confunde materialmente con el matrimonio; ofrece un testimonio muy elocuente de ello, el caso tan conocido del rapto de las sabinas, llevado a cabo por los fundadores de Roma. El segundo período no ofrece tampoco mayores dudas. El Derecho Penal en sus comienzos fue siempre de una severidad singular; el espíritu de Dacrón domina la orientación de todas las legislaciones primitivas. A medida que los países se civilizan es que se restringe el número de delitos y disminuye el rigor de los castigos. Como dice Ihering, el desenvolvimiento del Derecho Penal es la historia de una abolición sucesiva, progresiva o continúa. La represión de este delito no debía porque escapar al sentido de esa evolución, y debía ser necesariamente fuerte, en un período en que se requerían diques de esta índole para contener el desborde avasallador de las pasiones humanas. La historia de Roma primitiva, registra dos pragmáticas de carácter draconiano: la ley Julia de vi pública, y la ley Julia de adulteris. Cuando el rapto se efectuaba con violencia quedaba equiparado a la violación o a los atentados

violentos contra el pudor, y se castigaba de acuerdo con las disposiciones de la primera; cuando el rapto se ejecutaba sin violencia era asimilado al adulterio y se reprimía con sujeción a los preceptos de la última. La pena consistía para los honestiores en la *interditio aq̄ue et ignis*, a la que sucedió después la deportación con la excepción de que los humiliores debían sufrir la *condenatio ad mettallum*, Constantino fue el primero en segregar el delito de rapto de la violación y de las formas violentas de atentado al pudor, haciendo de este delito una figura jurídica independiente, castigada con la pena de muerte, aunque mediara el consentimiento de la víctima, si no mediaba el del padre, y viceversa, si mediaba la voluntad del último y faltaba la de la primera, prohibiendo además el casamiento entre el victimario y la víctima. Justiniano mantuvo la misma pena y prohibió el casamiento del raptor con la raptada. En España, El Fuero Juzgo castigaba este delito con la pérdida de todos sus bienes, la prohibición de casarse con la víctima, el azotamiento en público, la entrega del delinciente en calidad de siervo a la víctima, al marido o al padre de la misma. Cuando la raptada era puesta en libertad sin sufrir vejámenes, entonces la pena se limitaba a la pérdida de la mitad de los bienes que poseía el autor del atentado. El Fuero Real estableció la pena de muerte, no existiendo acceso carnal, salvo que la víctima fuera una religiosa, y si ésta era casada el raptor con todos sus bienes eran entregados al esposo, para que dispusiera a su arbitrio, tanto de la persona como del patrimonio. Las Partidas lo imitaron haciéndola extensiva al raptor unido por contrato de esponsales, pero consagrado por primera vez en la evolución del Derecho represivo español la atenuante del matrimonio entre el victimario y la víctima. En ese caso, si la raptada y los padres consentían en el casamiento, se suspendía la pena de muerte, entregando los bienes del raptor al fisco, y si aquellos no consentían la confiscación se efectuaba en su favor. En Francia, por las ordenanzas de Blois-- a las que sucedieron otras ordenanzas igualmente seve-

ras-- se castigaba este delito con la pena de muerte con tal inexorabilidad que no escapaban a su imperio ni aún los más encumbrados señores".

2- DEFINICIONES.

Fontán Balestra dice que el Rapto es "la violencia o fraudulenta reducción de una mujer contra su voluntad manifiesta o presunta, con fines libidinosos o de matrimonio".

Luis Jiménez de Asúa: "Rapto es el apoderamiento de una mujer con miras deshonestas o de matrimonio, ejecutado contra su voluntad o la de sus guardadores, o con engaño".

Eugenio Cuello Calón: "Rapto es la sustracción violenta o por astucia de una mujer con fines deshonestos o de matrimonio".

Pacheco dice que el rapto es "la sustracción violenta o furtiva de una mujer de la casa o establecimiento que habite; ora se ejecutase con mira de goce deshonesto, ora para casarse con ella, burlando los impedimentos que lo estorban".

Irureta Goyena, antes mencionado define el delito de Rapto como "la sustracción o la retención de una persona, ejecutada por medio de violencia o de fraude, con propósitos deshonestos o matrimoniales". El Diccionario de la Real Academia Española "Es el delito que consiste en llevarse a una mujer por fuerza o con engaño".

3. - BIEN JURIDICO LESIONADO. -

Mucho se ha discutido sobre el interés o bien jurídico lesionado por este delito; considerando que consiste en la sustracción o retención de una persona, lo consideran algunos como delito que atenta la libertad individual (Carrara); otros como delito contra el pudor (Pessina); en cambio Groizard lo cataloga como un delito contra la seguridad personal.

Para el Dr. José Enrique Silva el bien jurídico es la libertad sexual. En su libro "Apuntes del segundo curso de Derecho Penal el penalista mexicano Ortíz Tirado dice: "es indebido sostener que el bien jurídico que se lesiona en este hecho delictual sea sexual, pues el delito no surge ni puede

surgir por el acto deshonesto o por el coito sino por ciertas circunstancias ajenas a ellos; lo que se hiere, lo que se lesiona gravemente, es el orden de la familia y las buenas costumbres".

El autor Diego Vicente Tejera hijo, dice que "el rapto es un brote atávico derivado de la tendencia exogámica en el hombre en su primitivo vivir y la historia de la humanidad en sus albores no señala que ese fenómeno social figura como ceremonia en los matrimonios y que por lo mismo estaba muy distante de constituir un hecho delictuoso; en la época actual, en que la organización de la familia tiene como base el matrimonio, fundamento de la sociedad civil, no podría aceptarse sin contrariar a la costumbre, fuertemente arraigada, que las hijas salieran del hogar en que se formaron por medios diversos que los expresamente aceptados por esa costumbre, o sea por medio del matrimonio; de manera que si al principio históricamente el hecho no constituía un acto punible, al observar la evolución espiritual de nuestra época que repugna con aquellas prácticas y costumbres antiguas, se le tiene que admitir con los caracteres específicos del hecho criminal que trastorna las buenas costumbres y ataca el orden de las familias.

4. - ELEMENTOS DEL DELITO DE RAPTO. -

Analizaremos estos elementos, de cada uno de las clases de este delito: Rapto Propio o violento y Rapto impropio o consensual.

El Art. 398 de nuestro Código Penal nos dice: "El rapto de una mujer de buena fama, ejecutado contra su voluntad y con miras deshonestas, será castigado con seis años de presidio, y si no fuera de buena fama, con la mitad de dicha pena. En todo caso, se impondrá la pena de seis años de presidio si la raptada fuera menor de doce años. El rapto se presume ejecutado con miras deshonestas mientras no se pruebe lo contrario".

ELEMENTOS DE ESTE DELITO:

- 1) Sustracción o reducción de una mujer;
- 2) Que se verifique contra la voluntad de la mujer;

3) Que el sujeto activo emplee violencia, intimidación o seducción ; y

4) Intención delictuosa , o sean las miras deshonestas.

1o.) La acción humana típica de este delito consiste en el apoderamiento de una mujer, y esto consiste en que el sujeto activo ponga bajo su dominio o contro, a la mujer, privándola del medio y circunstancias de su vida regular. Este apoderamiento o toma de posesión de la mujer puede manifestarse en dos maneras diferentes: Sustrayéndola o reteniéndola.

SUSTRACCION: Supone dos movimientos continuos:

a) la toma de la mujer por cualquier medio, manifestando en el tercer elemento, ya sea aprehendiéndola materialmente, cuando se emplea la fuerza física o logrando intimidarla, seducirla o engañarla;

b) La "abductio de loco ad locum" o sea el desplazamiento o movilización de un lugar a otro, dando por resultado la segregación de la mujer de sus condiciones familiares u ordinarias de vida, para ponerse bajo el control del sujeto activo.

RETENCION: Esto consiste en privar a la mujer física o psíquicamente de su libertad , mediante violencia, engaño o seducción, impidiéndole el retreso a su ambiente familiar.

2o.) Debe verificarse sin la voluntad de la ofendida, por lo cual, podría haber violencia, amenaza, engaño, o simplemente sin voluntad, como en los casos de estar la mujer privada de sentido o loca.

3o.) Este elemento se refiere a los medios empleados por el sujeto activo, en su propósito; la violencia puede ser física o puede ser moral o intimidación y también puede darse el caso de raptó por seducción pero en este caso, sin la voluntad de la víctima. Se dice que el hechor observa una conducta seductiva , cuando ésta, es maliciosa y está encaminada a sobreexcitar sexualmente a una mujer o halagar a ésta; de tal modo que venzan su resistencia moral o física, accediendo ella a acompañar al raptor o permanecer con él.

4o) Dolo, este consiste en la intención delictuosa, en que el hechor

conscientemente ejecute el apoderamiento de una mujer mediante cualquiera de los medios explicados en el segundo elemento.

Nuestro Código Penal exige las miras deshonestas o sea un dolo específico, dicho elemento se presume, salvo la prueba en contrario.

5. - CLASES. -

a) Rapto violento o propio: De la lectura del Art. 398 transcrito podemos fijarnos, que dicho artículo señala dos casos de rapto violento: cuando la mujer es de buena fama y cuando no lo es. La característica de este delito lo constituyen los medios empleados por el sujeto activo para cometerlo. Se consuma en el momento en que la sustracción de la mujer ha tenido lugar, siendo indiferente si por vía de consecuencia ella, ha sido objeto de algún atentado contra su honestidad.

b) Rapto Consensual: Art. 399 del Código Penal: "El rapto de una doncella menor de veintiún años y mayor de doce, ejecutado con su anuencia, será castigado con un año de prisión mayor".

Elementos de este delito:

- 1) Que la víctima sea doncella;
- 2) Que ésta sea mayor de doce años y menor de veintiuno;
- 3) Que tenga lugar con su consentimiento; y
- 4) Voluntad delictuosa.

1) Es necesario que la mujer sea doncella, es decir sea virgen; por lo demás, nos remitimos a lo dicho sobre las doncellez de la mujer cuando examinamos el delito de estupro.

2) La sustracción de la mujer, de las edades antes mencionadas, se efectúa cuando hay un alejamiento de la menor, de su casa, o de la tutela de sus padres o encargados.

3) Es decir que la menor se vaya con su raptor con su anuencia por lo cual no es preciso que concurra el engaño.

4) Consiste en la conciencia de que la menor alejada de sus padres, encargados, así como del conocimiento de edad.

Nota característica de este delito es que no exigen las miras

deshonestas , ni la violencia, ni engaño.

6. - ALGUNOS CASOS SINGULARES.

a) CONSUMACION: El delito de rapto, se consuma cuando se lleva a cabo la sustracción de la mujer, o sea cuando ha habido apoderamiento de la mujer, poniendo el sujeto activo, a ésta, bajo su control o dependencia, privándola por consiguiente del medio y circunstancias de su vida ordinaria, siendo indiferente que ella, sufiere o no algún daño en su honestidad.

b) CONCURSO DE DELITOS: Podrían darse los casos, en que para lograr vencer a la mujer, que se resiste, se causaren lesiones. O que además del rapto hubiere acceso carnal; o en fin para cometerse el delito de rapto debe ejecutarse otro delito.

El Art. 400 de nuestro Código Penal, señala una pena especial "a los reos del delito de rapto que no dieren razón del paradero de la persona robada o explicación satisfactoria sobre su muerte o desaparición, serán castigados con nueve años de presidio". Esta es una presunción juris et de jure de homicidio o asesinato de la mujer que ha sido raptada. Dicha presunción sólo cede a la razón dada acerca del paradero de la raptada o a la explicación lógica de su muerte o desaparecimiento; "En todo tiempo en que la persona desaparecida se encuentre o se demuestre que sobrevivió el desaparecimiento, o que no tuvo culpa de su muerte al condenado, la pena será reducida a la ordinaria del rapto" dice el Art. 400 inc. 2o. Pn.

c) TENTATIVA: Al respecto, el Dr. Silva, en su trabajo "Delitos contra la Honestidad" nos dice: "Discútese si puede haber tentativa de este delito. Mancí, apoyando la tesis, pone un ejemplo: Una mujer, que ha sido tomada de las manos por alguien que pretende sustraerla con violencia, consigue vencer la fuerza del hechor, huyendo luego. Aquí los actos ejecutivos, comenzaron a realizarse, no logrando el autor sus propósitos, por causas independientes de su voluntad. En consecuencia, puede accep-

tarse la posibilidad de tentativa y frustración de rapto".

d) SUJETO ACTIVO Y PASIVO: En la mayor parte de las legislaciones, la mujer es el sujeto pasivo de este delito, sin embargo el varón, también puede ser privado criminalmente de su libertad con miras libidinosas matrimoniales.

En el Proyecto de Código Penal, para Argentina, elaborado por José Peco incluye el rapto de varón por varón, así como el rapto de mujer por mujer y de varón por mujer, en los casos de niños o convalecientes (enfermos).

7. JURISPRUDENCIA.

I- "En un proceso seguido contra un individuo por el delito de rapto en una mujer de buena fama, condenado por el veredicto del Jurado, es improcedente seguir información alguna de testigos, antes de la sentencia, para establecer la mala fama de la ofendida, ni puede dar fundamento esa información para ampliar el veredicto, máxime si no se justificó dicha mala fama".

II- "Si el mencionado rapto fue seguido de violación, pero no se comprobó el cuerpo del delito de ésta, procede declarar nulos el veredicto y sentencia recurrida y todo lo actuado desde el auto de elevación a plenario; no habiendo obstáculo legal para condenar al reo por sólo el delito de rapto, aunque ambos delitos (violación y rapto) hayan resultado de un mismo hecho".

(Revista Judicial, Tomo XLIV, 20 de Oct. de 1939, pág. 694/5).

"En la tentativa del delito de rapto, no es necesario probar la preexistencia y desaparecimiento de la ofendida, para establecer el cuerpo de dicho delito, siendo indispensable ese requisito sólo cuando se trate del delito consumado; por consiguiente, no hay nulidad en el fallo de un tribunal, ni en el veredicto ni en el proceso, por omisión de aquella diligencia".

(Revista Judicial, Tomo I, 26 de abril de 1945, pág. 288)

I. "Lo que caracteriza el delito de rapto, esencialmente es el hecho de sacar de su casa a una mujer llevarla a otra distinta, ya sea con-

tra su voluntad o con su anuencia, siendo violento en el primer caso y en segundo de seducción".

II- "La voluntariedad es elemento de la delincuencia y el hecho de sacarla de su casa para llevarla a otra distinta es elemento del cuerpo del delito".

III- "El cuerpo del delito lo justifica plenamente las declaraciones de dos testigos unánimes y contestes sobre la preexistencia y desaparacimiento de la raptada del poder de sus padres".

(Revista Judicial., Tomo LI, 2 de abril de 1946, pág. 477).

CAPITULO IX

DISPOSICIONES COMUNES1. ACCION PENAL:

Art. 401 Pn. inc. 1o. "No puede procederse por los delitos de estupro, violación y raptó sino en virtud de acusación o denuncia de la persona agraviada o de su representante legal".

Inc. 2o. "Si la persona agraviada careciere por su edad o por cualquiera otra circunstancia de la capacidad para denunciar, y no tuviere representante legal, podrá el Juez proceder de oficio".

Todos los delitos de la honestidad han sido siempre considerados por los legisladores, de índole privada. Y como nos pudimos dar cuenta, entre nosotros el delito de adulterio ha conservado especialmente esa calidad, pues, en tal caso, es solamente facultad del marido engañado, acusar tal delito; cosa que ha cambiado un poco con relación, al estupro, la violación y al raptó, pues, los legisladores van dándole a estos delitos matiz público. El inc. 2o. del 401 Pn., como lo podemos observar, el Juez puede proceder sin que haya denuncia o acusación previa, y esto sería posible en los casos, de que las personas ofendidas, fueran alienados mentales, enfermos o en general todos aquellos que no tuvieran alguna posibilidad que denunciar o acusar.

2- CASOS DE PERDON.

Art. 401 incs. 3o., 4o., 5o., y 6o., "El perdón expreso o presunto de la persona agraviada extinguirá la acción penal en los casos de este artículo, a excepción del delito de violación en el que sólo la extinguirá el perdón presunto".

"El perdón no se presume sino por el matrimonio de la parte ofendida con el ofensor y extinguirá aún la pena impuesta por sentencia ejecutoriada".

"Si la persona ofendida es menor de edad o incapacitada, el Juez o Tribunal podrán a su prudente arbitrio, negar eficacia al perdón otor-

gado por su representante legal, salvo que éste lo hubiera hecho de acuerdo con el Ministerio Público".

"El Alcalde Municipal o Gobernador podrán autorizar para los efectos del perdón, el matrimonio entre el reo y la ofendida, aunque los dos o uno de ellos no tuviere la edad requerida por la ley para contraerlo, siempre que concurriere alguna de las circunstancias que de acuerdo con la Ley Civil, revalidan el matrimonio nulo por falta de edad, de uno de los contrayentes. En este mismo caso, los interesados podrán recurrir al Juez de lo Civil respectivo, para que califique el disenso de la persona que debe dar el consentimiento".

El perdón a que se hace alusión, o sea como medio de extinguir la responsabilidad penal, puede ser: Expreso, presunto o tácito.

Cuando hubiere violación, abusos deshonestos, estupro o rapto, el perdón expreso o presunto, de la parte agraviada, extingue la acción penal, suspendiéndose el procedimiento y si en caso la pena fue impuesta con anterioridad, debe de cesar en su ejecución, siempre que la sentencia no fuera ejecutoriada.

El perdón debe ser expreso, quiere decir que debe comunicarse al juez, por la parte ofendida, o por medio de su representante legal, caso de ser menor o incapacitado, en este caso también puede intervenir el Ministerio Público. Opera en todos los delitos de esta clase, excepto en la violación que solamente surte efecto el perdón presunto.

Ahora bien el perdón expreso a que se refiere la ley, debe ser absoluto, no bastando solamente una promesa de perdón o sea un perdón condicional. El perdón se presume cuando contrae matrimonio la víctima con el culpable. Y en caso de que varios fueren los culpables, si uno de ellos se casa con la víctima, el perdón se hace extensible a todos los coautores y cómplices, pero solamente que dicho matrimonio fuere contraído con el que ejecutó los actos principales y característicos del delito.

Podría darse el caso, de que la violación, los abusos deshonestos, el estupro y el rapto fueren acompañados de un delito perseguible

de oficio, si hubiere perdón, solamente lo habrá de los delitos privados, más no de los perseguibles de oficio y en el caso especial de robo seguido de violación, no tienen lugar el perdón por ser una figura especial sancionada por el Art. 457 numeral 2o. y castigado con diez años de presidio.

La persona agraviada para perdonar, debe ser capaz para comparecer en juicio, en caso de no tenerla, debe ser completada conforme a la ley civil.

Todo matrimonio entre hechor y víctima deberá ser autorizado por el Alcalde o Gobernador competente, llenando los requisitos que exige nuestro Código Civil.

El perdón tácito, es un equivalente de la renuncia tácita de acción penal, o sea, que opera cuando se deje transcurrir el tiempo necesario para que la acción muera por prescripción. Así el delito de violación prescribe en 10 años, mientras que los demás, solamente en un año.

JURISPRUDENCIA:

I. "Si un agente de policía, que depende de la Dirección de Investigaciones, anexa a la Dirección General de Policía, reduce a detención a una persona por haber sido denunciada por hurto de billetes de banco y no la pone a disposición de la autoridad judicial competente, dentro de veinticuatro horas de ordenada su detención, comete el delito de abusos contra particulares, penado por el Art. 316 Pn. No. 2."

II. "Si el mismo agente de policía, comete en una menor el delito de estupro, por el cual según el Art. 400 Pn., no puede procederse de oficio, existiendo representante legal; y si por otra parte, la guardadora o curadora que, según las reglas generales del derecho, por la representación de que está investida, tiene personalidad, tanto para acusar como perdonar el delito, le otorga expresamente su perdón, éste, conforme a las reglas jurídicas, se entiende hecho por la misma persona agraviada".

III- "Si aquél perdón no está atacado por ningún vicio que pudiera invalidarlo, extingue la acción penal por el delito privado; quedando para la guardadora o curadora, toda la responsabilidad moral, que pueda traer consigo dicho perdón".

IV- "En el caso relacionado, procede reformar el auto en que se deniega el sobreseimiento por este delito, y decretarlo en favor del procesado, sin ninguna restricción".

(Revista Judicial, Tomo XXV, 18 de mayo de 1920, pág. 224).

I- "En los casos de violación y rapto, para proceder contra el reo, basta la denuncia de la persona capacitada por la ley. No es necesaria la prueba del parentesco o guarda de la persona ofendida con la que denuncia, si en el curso del juicio no se deniega al denunciante ese parentesco o guarda que la capacitó para hacer dicha denuncia".

II - "Suponiendo que fuese necesaria la prueba del parentesco de la denunciante con la ofendida, si resulta imposible esa prueba por faltar los asientos del estado civil respectivo, y no puede exigir al denunciante la prueba supletoria, debe entenderse que la ofendida es persona desvalida y puede el juez proceder de oficio."

III. "En los casos expuestos no hay nulidad en la sentencia condenatoria de un juez que no tuvo a la vista en el proceso la prueba de que se ha hecho mérito".

(Revista Judicial, Tomo XLV, 30 de mayo de 1940, pág. 519)

3. - INDEMNIZACION.

Art. 402 Pn., "Los reos de violación, estupro o rapto, son también castigados por vía de indemnización:

- 1o. A dotar a la ofendida si fuere soltera o viuda. La cantidad de la dote deberá regularse según la clase de la ofendida y los bienes del ofensor, pero no podrá bajar de cien colones;
- 2o. A reconocer a la prole como natural;
- 3o. En todo caso, a alimentar a la prole conforme al Código Civil".

En los casos de violación, estupro y rapto, siempre hay un

perjuicio moral en la agraviada y principalmente la dificultad de contraer matrimonio posteriormente. Pero en el caso de que la víctima hubiera quedado embarazada y quedare prole, entonces se agrava la situación, por consecuencias de mantenimiento y alimentación de los menores. Por lo cual el hecho está obligado a indemnizar económicamente a su víctima y a reconocer a los hijos como naturales, especialmente cuando la fecha del delito coincide con la de la concepción, ver Art. 283, numeral 2o., así como dar la alimentación que prescribe la ley, Art. 338 C. Numeral 4o.

4. - AGRAVANTES ESPECIALES.

Nuestro Código Penal, en su Artículo 403 asemeja la autoría, a casos que en realidad no lo son, siendo pues, una excepción a lo dicho en el Art. 45Pn., el artículo primeramente citado nos habla de que "los ascendientes, tutores, curadores, maestros y cualesquiera personas que con abuso de autoridad o encargo, cooperen como cómplices a la perpetración de los delitos comprendidos en el Capítulo II y los dos anteriores de este título, serán penados como autores" y "los maestros o encargados de cualquier manera de la dirección o educación de la juventud, serán además castigados con inhabilitación especial por el tiempo de la condena". Todas estas personas mencionadas en este artículo y además cualquier otro sujeto culpable de corrupción de menores en interés de un tercero, es condenable a sufrir la pena accesoria de interdicción del derecho de ejercer la patria potestad, tutela y ser miembro del consejo familiar Art. 404Pn.

5. RELACION A LAS DISPOSICIONES DEL CODIGO DE INSTRUCCION CRIMINAL SALVADOREÑO.

lo.) Denuncia y acusación de Delitos Privados: Para denunciar un delito privado, no es necesaria la conciliación previa, pero si para acusarla. Art. 363 I.... "Tampoco la admitirán (la acusación)... y en los delitos de adulterio y estupro, sin que preceda la conciliación "En toda acusación o denuncia sobre falta o delito que no dé lugar a procedimiento de oficio, se dará por fenecido el procedimiento por los motivos que se indican

en los artículos 401 inc. 4o... " que se refiere al perdón presunto. Relacionado este artículo con el 3 Pn., No. 5o., que dice: "Que la responsabilidad penal se extingue" por la renuncia del agraviado o el perdón del ofendido, respecto de los delitos de acción privada, siempre que no hubiere caído sentencia ejecutoriada".

2o. Cuerpo del delito: El delito considerado en sus elementos externos o físicos, abstracción hecha de sus elementos internos o morales, está constituido por dos diversos elementos materiales que lo forman. El cuerpo del delito, es en una palabra, el elemento físico material de la infracción, es decir, como se ha dicho muy bien, la exteriorización del acto punible con todas las circunstancias del hecho que lo acompaña en su realización. El cuerpo del delito es un extremo que debe establecerse en todo juicio, es el cimiento de éste, la base en que descansa, es la realidad de la consumación del delito.

En el delito de Rapto, de conformidad al Art. 132 I., inc. 2o. el cuerpo del delito deberá establecerse, comprobando la preexistencia y desaparecimiento de la persona sustraída y en caso, no fuere posible dicha comprobación, se deberá establecer con cualquier medio señalado en la ley Art. 130 I.

Para los delitos de estupro, violación y rapto consensual, el reconocimiento médico legal, se deberá practicarse por medio de médicos y a falta de ellos, por matronas o enfermeras de honradez y probidad. Art. Art. 128 I.

BIBLIOGRAFIA

- "Delitos Sexuales" por Carlos Fontán Balestra
- "Delitos Sexuales" por Chrysolito de Gusmao
- "El Delito de Abusos Deshonestos" por Antonio Bascuñán Valdés
- "Delitos contra la Honestidad" por José Enrique Silva
- "Derecho Penal " por Jiménez de Asúa y José
Antón Oneca
- "Derecho Penal" Apuntes de clase- por Manuel
Arrieta Gallegos
- "Derecho Penal" Part. Esp. por Eugenio Cuello Calón
- "Derecho Penal Argentino" Tomo IV por Sebastián Soler
- "Derecho Penal Mexicano" por Francisco G. de la Vega
- "Curso de Derecho Penal" Tomo II por Antonio Quintano
Ripollés
- "Comentarios al Código Penal Español" "T. II de A. Quintano Ripollés
- "Medicina Legal" de V. Balthazard
- "Medicina Legal" de Arturo Baledón Gil y José
Torres Torija
- "La Ley y el Delito" por Luis Jiménez de Asúa
- "Proyecto de Código Penal Argentino" por Sebastián Soler
- "Proyecto de Código Penal Argentino" por José Peco
- "Proyecto de Código Penal Salvadoreño" por Córdova-Fernández-Castro
- "Diccionario de la Academia de La Lengua"
- "Diccionario de Legislación y Jurisprudencia" por J. Escriche
- "Código Civil, de Instrucción Criminal y Penal Salvadoreños"
- "Jurisprudencia Patria".