

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**



**EL ERROR REGULADO EN EL ARTÍCULO 28 DEL CÓDIGO PENAL EN
EL DELITO DE VIOLACIÓN**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTADO POR:

**ANDREA PAOLA CÓRDOVA CRUZ
AYERIN JEANNETTE MARROQUÍN GUTIÉRREZ
HAZEL BEATRIZ PALACIOS AGUILAR**

DOCENTE ASESOR:

LIC. LUIS ANTONIO VILLEDA FIGUEROA

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, JUNIO DE 2021.

TRIBUNAL CALIFICADOR

**LIC. SANTOS CECILIO TREMINIO SALMERON
PRESIDENTE**

**LIC. JONATHAN NEFTALÍ FUNES ALVARADO
SECRETARIO**

**LIC. LUIS ANTONIO VILLEDA FIGUEROA
VOCAL**

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Msc. Roger Armando Arias Alvarado
RECTOR

Dr. Raúl Ernesto Azcunaga López
VICERRECTOR ACADÉMICO

Ing. Juan Rosa Quintanilla Quintanilla
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Msc. Francisco Antonio Alarcón Sandoval
SECRETARÍO GENERAL

Lic. Rafael Humberto Peña Marín
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata
DECANA

Dr. Edgardo Herrera Pacheco
VICEDECANO

Lic. Digna Reina Contreras De Cornejo
SECRETARIA

Dr. Hugo Dagoberto Pineda Argueta
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

Licda. Diana Del Carmen Merino De Sorto
DIRECTOR DE PROCESOS DE GRADUACIÓN

Lic. Enmanuel Cristóbal Román Funes
**COORDINADOR DE PROCESOS DE GRADUACIÓN DE LA
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS.**

Con mucha alegría y satisfacción personal, agradezco:

A mi madre, María Rosa, que me ha dado todo su amor, tiempo, consejos y apoyo incondicional para realizar todos mis proyectos, por ser mis fuerzas y mi ejemplo a seguir.

A mi padre, Ernesto Antonio, por haber compartido sus conocimientos y sabiduría, por su disposición de ayuda, por confiar en mí y desearme siempre lo mejor como persona y profesional.

A mis hermanos que siempre me brindaron su apoyo y siempre estuvieron pendientes de mí en el proceso.

A mis amigos, Miguel, Josselyn y Daniela, por acompañarme, por su paciencia, por su cariño y toda su comprensión.

A mis amigas y compañeras de tesis, por todo su trabajo, esfuerzo y dedicación que se ve reflejada en este trabajo.

Andrea Paola Córdova Cruz

Agradezco a Dios, quien ha sido mi guía, otorgándome sabiduría, fortaleza y perseverancia para culminar mis estudios.

A mi madre, Jeannette Gutiérrez, por ser la mujer más fuerte, determinada y valiente, a quien le tengo profunda admiración como mujer y como madre, gracias por su infinito amor, paciencia, consejos y por la confianza que depositó en mí en todo el desarrollo de mi carrera.

A mi padre, Denys Marroquín, quien me ha apoyado incondicionalmente en todos los aspectos y me ha motivado a perseguir mis aspiraciones, por sus consejos y sus palabras de aliento.

A mi abuelo, Efraín Gutiérrez, mi segundo padre y un gran profesional del derecho, mi ejemplo a seguir, por su ética, responsabilidad y auto exigencia, sin duda cualidades que también aspiro poseer como profesional.

A mi familia, que me han brindado su apoyo incondicional y han sido pilares fundamentales en mi vida, gracias por creer en mí. A mi tío Leonardo Funes, a quien con este triunfo honro su memoria y cumplo parte de mi juramento.

A Elvis Hernández, quien me ha motivado en mi crecimiento personal y profesional, por impulsarme a cumplir mis sueños, por su paciencia y cariño.

A mis compañeras de tesis, por la amistad que hemos construido a lo largo de los años, por su compromiso, esfuerzo y responsabilidad con este proyecto.

Ayerin Jeannette Marroquín Gutiérrez.

A Dios, por bendecirme y fortalecerme en cada etapa de mi vida, por darme la sabiduría para culminar mi carrera y este trabajo de investigación con éxito.

A mi padre Armando Palacios, quien en vida fue mi mejor amigo, consejero y apoyo, por haber luchado para que hasta el día de hoy no me hiciera falta nada, gracias por haberme dejado las mejores enseñanzas y aspiraciones para culminar mi carrera, hasta el cielo con todo mi amor.

A mi madre Ena Margarita Beatriz Aguilar de Palacios, por ser la mejor mamá del mundo quien a lo largo de toda mi carrera me brindó su amor y la motivación suficiente para cumplir mis propósitos y no rendirme, le agradezco todo el esfuerzo.

A mi hermano Salvador Armando Palacios Aguilar, por haber estado cada vez que necesite, siempre brindándome consejos, palabras de apoyo y motivación para esforzarme a lo largo de toda mi carrera, por siempre velar por mí con la templanza y valores que hacen que sea mi ejemplo a seguir.

A Armando Amílcar Tobar Palacios, mi sobrino por siempre estar conmigo cuando lo necesite a lo largo de todo el trabajo de investigación, en los desvelos y demás momentos vividos.

A Mauricio Antonio Cruz Moran, por haberme apoyado a lo largo de toda mi carrera y en el desarrollo de este trabajo de investigación, siempre con consejos y motivación para salir adelante.

A mis compañeras y amigas de trabajo de investigación, gracias por la comprensión y apoyo brindado.

Hazel Beatriz Palacios Aguilar

ÍNDICE DE CONTENIDOS

RESUMEN.....	i
SIGLAS Y ABREVIATURAS.....	ii
INTRODUCCIÓN	iii
CAPITULO I:	1
ANTECEDENTES DEL ERROR Y DEL DELITO DE VIOLACIÓN.....	1
1.1. Antecedentes históricos del error.....	1
1.2. Teorías del error	4
1.3. Clasificación.....	6
1.4. Antecedentes históricos del delito de violación	7
1.4.1. El Derecho Romano	9
1.4.2. El Derecho Hebreo	10
1.5. Sujetos	11
1.5.1. Sujeto Activo	11
1.5.2. Sujeto Pasivo	11
CAPITULO II:	13
GENERALIDADES DEL ERROR Y DEL DELITO DE VIOLACIÓN. ELEMENTOS CONFIGURATIVOS DEL ERROR Y DEL DELITO DE VIOLACIÓN	13
2.1. Generalidades del error	13
2.2. El error en la doctrina penal moderna	16
2.3. Clasificación del error	18
2.3.1. Generalidades del error de tipo.....	19
2.4. Generalidades del error de prohibición	21
2.5. Generalidades del delito de violación.....	23
2.6. Aspectos doctrinales del delito de violación	24
2.7. Aspectos jurídicos del delito de violación	26
2.8. El bien jurídico protegido	27
2.9. Clasificación del sujeto en el delito de violación	30
2.9.1. Sujeto activo.....	30
2.9.2. Sujeto pasivo.....	33
2.10. Elementos configurativos del Delito de Violación con base a la teoría del delito.....	33

2.10.1. Elementos esenciales del delito: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad...	34
2.10.1.2. Aplicación de los elementos de la teoría del delito al delito de violación	36
2.10.2. Elemento Objetivo.....	41
2.10.2.1. Teoría: Indiferencia del agente: la mujer como sujeto activo o la "violación inversa"	42
2.10.3. Tipo Subjetivo.....	44
CAPITULO III:	46
APLICACIÓN DEL ERROR EN EL DELITO DE VIOLACIÓN	46
3.1. Clasificación del error de tipo	46
3.1.1. Error de tipo invencible	47
3.1.2. Error de tipo vencible	47
3.2. Clasificación del error de prohibición	48
3.2.1. Error de prohibición vencible	48
3.2.2. Error de prohibición invencible.....	48
3.3. Error de tipo en el delito de violación	50
3.3.1. Error de tipo vencible en el delito de violación	50
3.3.2. El error de prohibición en el delito de violación	52
3.4. Circunstancias atenuantes	54
3.5. Legislación comparada	55
3.5.1. El Error en el Código Penal Peruano.....	56
3.5.2. El error en el Código Penal de Argentina de 1921. Ley 11.179.....	58
3.5.3. El error en el Código Penal de México	59
3.5.4. El error en el Código Penal de Costa Rica.....	60
CAPITULO IV:.....	62
ANÁLISIS DE CASOS JURISPRUDENCIALES Y DESARROLLO DE ENTREVISTAS	62
4.1. Análisis de Sentencias Nacionales con aplicación de la figura del Error en el Delito de Violación	62
4.1.1. Sentencia con referencia 441-P-2018	62
4.1.2. Sentencia con referencia APE-78-CPRPN -2019	66
4.1.3. Sentencia con referencia: 27-3-2018.....	70
4.1.4. Sentencia con referencia: 46-U2-2017	74

4.2. Análisis de Entrevistas Realizadas.....	77
CONCLUSIONES	87
RECOMENDACIONES.....	90
FUENTES DE INFORMACIÓN	92
ANEXOS	101

RESUMEN

El error, de forma general, se entiende como la falsa apreciación que se tiene sobre determinada situación, en el ámbito del derecho penal, el error puede alegarse de diferentes formas, siendo de tipo, vencible o invencible, como de prohibición, de igual forma vencible o invencible.

El error en el derecho penal se remonta en la historia a las primeras civilizaciones y se contemplaba tanto en el derecho romano, como en el germánico y canónico, entre otros; marcando un precedente en la aplicación de esta figura dentro de los distintos delitos, así también, encontramos desarrolladas las distintas teorías implementadas por las escuelas penales más importantes de la época, siendo estudiado principalmente dentro de la teoría del delito la cual tiene como objetivo especificar las características generales que deben observarse en una conducta para ser imputada como hecho punible a través del análisis de sus elementos.

En la legislación salvadoreña encontramos a la Constitución de la República como la fuente principal que da vida a las leyes secundarias, entre estas el Código Penal, que regula en el artículo 28 lo referente a la figura del error, sus clasificaciones y la forma de aplicación, en tanto puede existir error de tipo, vencible e invencible, como también error de prohibición, vencible o invencible, incluso en códigos penales de países como México, Argentina, Perú y Costa Rica, encontramos regulada la figura del error, dentro de los cuales se logran apreciar los criterios que la doctrina plantean en dichos textos legales. Actualmente en El Salvador la figura del error en el delito de violación no cuenta con un criterio unificado para su aplicación.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

SIGLAS

ONU	Organización de las Naciones Unidas.
UES	Universidad de El Salvador.
LEIV	Ley Especial Integral para una vida libre de violencia para las mujeres

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
Cn.	Constitución
C.Pn	Código Penal
C.Pr.Pn.	Código Procesal Penal
Dr.	Doctor
Ed.	Edición
Edit	Editorial
Inc.	Inciso
Núm.	Número
Ob. Cit.	Obra citada
p.	Página
S.Ed	Segunda Edición

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de investigación, denominado "El error regulado en el artículo 28 del código penal en el delito de violación", se pretende dar a conocer concretamente la información necesaria para el entendimiento de la figura del error y cómo dicha figura llega a tener aplicación en el delito de violación, pues es donde radica el propósito de esta investigación, de igual forma se hace necesario tener en cuenta el tratamiento jurídico que se le da a dicha figura, para lo cual se deben tener en cuenta los fundamentos teóricos que serán llevados a la práctica en el ejercicio de la profesión.

Habiendo comprobado que una de las principales razones que dieron origen a esta investigación es la poca o casi nula aplicación de la figura del error en el delito de violación en el país, problemática por la cual se ha enfocado la presente investigación y en cada uno de los capítulos se desarrollará tanto el origen del error, como su aplicación en el delito de violación, planteando los tipos de error que regula la legislación penal salvadoreña y destacando la influencia que la figura del error tiene en la determinación de la responsabilidad penal que un sujeto tendría en el delito de violación.

Se aborda el desarrollo de los diferentes capítulos que sostienen el trabajo de investigación, se desarrolla el capítulo uno, se tratan los antecedentes del error, las distintas teorías planteadas por los doctrinarios que abordan dicha figura, y que tratan de dar una solución a la confusión entre error e ignorancia y diferenciándolas entre sí, a su vez, se aborda la evolución histórica, ubicando temporalmente la aparición del error en el derecho, a través del derecho romano y germánico, entre otros. Otro punto de gran relevancia se encuentra al desarrollar la definición del concepto de error que el derecho le otorga, también se observa el planteamiento del error por las diversas Escuelas, entre

las que destacan la Causalista y Finalista, que han sido apoyadas y retomadas por autores de las diversas épocas, por otra parte, se desarrolla la clasificación del error, encontrando el error tipo y el error de prohibición como las clasificaciones que más relevancia poseen, los cuales se sub-clasifican en vencible e invencible respectivamente. Posteriormente se encuentra lo relativo al delito de violación, en primer lugar, se tratan los antecedentes históricos de este delito los cuales han sido parte fundamental para entender la manera en la que se ha aplicado a través del tiempo y cómo ha evolucionado, así como también el reconocimiento en textos jurídicos históricos de relevancia como lo es, el código de Hammurabi, cuyo texto fue resultado del derecho hebreo, otro de los puntos que se abordan es el relativo a la definición del delito de violación, el bien jurídico que se protege al regularlo y los sujetos que participan para que este delito se configure.

En el Capítulo segundo, se encuentran las generalidades del error, que comprenden todas aquellas circunstancias que rodean el desarrollo de la figura, partiendo del origen etimológico de la palabra error, así como diversas definiciones que autores han creado a lo largo de la historia, las cuales sostienen lo relativo a su eventual aplicación, por otro lado, se desarrollan los tipos de error que la doctrina penal moderna adopta, dividiéndolos en la clasificación de error de tipo y error de prohibición para una mejor comprensión, seguidamente en este mismo capítulo se abordan las generalidades del delito de violación, estudiando el origen etimológico de la palabra violación, los aspectos doctrinales y jurídicos que comprende el delito, como también el bien jurídico protegido y la clasificación de los sujetos que intervienen para la configuración de dicho delito, por otro lado, se desarrollan los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal que configuran el error en el delito de violación, partiendo del estudio del tipo penal para la configuración del delito.

En el capítulo tercero se desarrolla la aplicación del error en el delito de violación, tomando en cuenta la clasificación del error de tipo y prohibición en las categorías de vencible o invencible, para analizar la incidencia que cada uno podría tener en el delito de violación, así como los efectos que genera la aplicación de cada uno de ellos, también se encuentra un breve análisis de las circunstancias atenuantes para tener una mejor comprensión de las mismas, finalmente se encuentra la legislación comparada donde se analiza el tratamiento jurídico que países como Perú, Argentina, México y Costa Rica, le dan a la figura del error en materia penal.

En el cuarto capítulo, denominado análisis de casos jurisprudenciales y desarrollo de entrevistas, en el cual se ha realizado una búsqueda exhaustiva de jurisprudencia salvadoreña referente al error en el delito de violación, y en el cual se desarrolla el análisis correspondiente del tratamiento jurídico que el tribunal encargado de emitir la sentencia le dio a la figura jurídica del error, destacando los detalles propios de cada caso que el tribunal evaluó para emitir la respectiva jurisprudencia referente al error de tipo y prohibición, para finalizar con el contenido de este capítulo también se analizan las entrevistas realizadas a Jueces de Instrucción, Sentencia, Magistrados de la Sala de lo Penal y al Coordinador encargado de la Unidad de Defensoría Penal de la Procuraduría General de la Republica.

Finalmente se encuentran las conclusiones y recomendaciones que resultaron del análisis concreto de la información recolectada, así como las fuentes de investigación que sustentaron esta investigación donde encontramos leyes, tesis, libros, monografías y revistas jurídicas que respaldan la información y los anexos que refuerzan el fundamento que este trabajo de investigación contiene.

CAPITULO I:

ANTECEDENTES DEL ERROR Y DEL DELITO DE VIOLACIÓN

El propósito de este capítulo es exponer de forma breve la figura del error y como esta ha sido objeto de estudio por numerosos doctrinarios a través del tiempo, variando así su concepción y aplicación con respecto al delito, ya que es en Alemania en el siglo pasado donde surge una nueva doctrina de pensamiento que fue ganando adeptos extendiéndose por Europa, dejando atrás la escuela penal clásica y su teoría de la diferenciación para dar paso a la escuela moderna y su teoría de la unificación, estudiando las diferentes acepciones y clasificaciones de la figura del error que la teoría de la unificación engloba. A su vez, el presente capítulo contiene los antecedentes históricos del delito de violación y como este ha sido visto y empleado en civilizaciones antiguas; su definición y cuál es el bien jurídico que su tipificación protege.

1.1. Antecedentes históricos del error

Resulta complicado determinar específicamente el momento en que el error empezó a tener relevancia para eximir de la pena al autor de un hecho considerado como delito.¹ En la antigua Roma se configuró el dolo como un elemento esencial para el cometimiento del delito, tratando de abordar lo relativo a la intención en el actuar del sujeto, debiendo debatir también sobre la ignorancia y el error. Antiguamente se diferenciaban dos tipos de error: el de hecho y el de derecho; el primero hace alusión a las condiciones materiales

¹ Lucio Eduardo Herrera, El error en materia penal. (Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1971), 2.
<http://www.poderjudicial.gob.do/consultas/biblioteca/Textos/EL%20ERROR%20EN%20MATERIA%20PENAL%20-%20LUCIO%20E.%20HERRERA.pdf>

que se requieren para la aplicación de una regla de derecho y el segundo, se refiere al derecho objetivo.

En el derecho romano, debemos mencionar el papel jugado por el error de derecho en esta época, la regla dominante en este periodo es que dicho error no permite al sujeto excusarse, pues nace con vigor y aplicación plena el principio ***ignorantia juris nemine excusat*** (bajo su traducción literal “la ignorancia de la ley no es excusa”). No obstante, la aplicación de esta regla no era igualitaria para todas las personas, debido a que podía ignorarse y excusarse en quienes parecía existir una incapacidad natural, tal es el caso de las mujeres por su ***infirmitas sexus*** (la debilidad del sexo), los menores por su falta de capacidad ante el derecho, los campesinos por su ***símplicitas*** (simplicidad), y los soldados, quienes por virtud de su oficio no estaban en condiciones de estar al tanto de la legislación en vigor de su patria. Por tanto, la norma general era la inexcusabilidad del error durante el periodo post clásico y Justiniano, pero excepcionalmente poseía poder excusante.

En el Derecho Germánico, durante la Edad Media predominaba el principio de responsabilidad objetiva lo que por supuesto rechazaba la idea de fundar la responsabilidad en la culpabilidad, sin embargo, no se puede delimitar que las causas de justificación e inculpabilidad estaban relacionadas casi por completo a la casuística. No obstante algunas leyes de los lombardos como los Edictos de Rotario y Luitprando contenían dentro de ellas al error de hecho.²

Por su parte, el Derecho Canónico brindó un valioso aporte ya que alrededor del siglo XVI, se dieron una serie de excepciones al principio civilista fundamentado en que “la ignorancia de la Ley no exime de responsabilidad

² Lucio Eduardo Herrera, El error en materia penal. (Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1971), 25.
<http://www.poderjudicial.gob.do/consultas/biblioteca/Textos/EL%20ERROR%20EN%20MATERIA%20PENAL%20-%20LUCIO%20E.%20HERRERA.pdf>

penal” y se consagra una norma según la cual, cuando el error es invencible excluye la responsabilidad y la pena, incluso, cuando se trata de error de derecho, consagrándose esta norma en el Código de Derecho Canónico (Cantón 2202), en el cual se lee: "No se imputa la ignorancia legis inculpable"; en otros casos se disminuye la pena.³

En 1914, Wachenfeid trataba ya de diferenciar, a su modo, entre error de hecho y error de derecho, y los define así: Sólo puede hablarse de un error de derecho cuando el autor yerra sobre la conformidad o disconformidad de su acción con el derecho. Engisch, en 1930, rechaza el ensayo de unificar las exigencias del conocer de los hechos y de lo injusto, considerando la distinción entre error de hecho y error de derecho. Posteriormente, Graf zu Dohna trata, al parecer, de conservar las diferencias estudiadas, dando al error sobre los caracteres del tipo el título de error de hecho y al error sobre la prohibición el nombre de error de derecho, sin que, desgraciadamente, consiga tampoco con ello aclarar la equívoca terminología; pero en realidad debe ser incluido entre los escépticos de las pretendidas distinciones entre error de hecho y de derecho.⁴

Las dificultades para encontrar una precisa delimitación entre el error de hecho y de derecho eran inocultables, por lo que surgió en Alemania una nueva concepción de la teoría del error, que ganó adeptos en Italia y España. Se pretendió con ella trasladar el criterio distintivo entre las dos especies tradicionales del error, de la causa que les dio origen, a la naturaleza del objeto

³ José Fredesvindo Flores, “El Error En La Legislación Penal Salvadoreña” (Tesis pregrado: Universidad de El Salvador, 1994), 27.

<http://www.csi.gob.sv/BVirtual.nsf/0/43c7771efef6946806257643007154ee?OpenDocument>
⁴ Dinora Marisol Cortez Saravia, Evelin Mabel Martínez Martínez, “El error de tipo y el error de prohibición” (Tesis pregrado, Universidad Francisco Gavidia, 2004), 2.
<https://ri.ufg.edu.sv/jspui/bitstream/11592/8046/1/347.012-C828e.pdf>

afectado por la ignorancia, para hablar entonces de un error de tipo, Tarbestandsirrtum y de un error de prohibición Verbotsirrtum.⁵

1.2. Teorías del error

Desde la perspectiva del derecho penal especialmente en el contexto doctrinario, la figura del error se ha estudiado dentro de la esfera de la Teoría del delito, la cual tiene como finalidad definir las características generales con las que debe cumplir una conducta para ser imputada como hecho punible a través del análisis de sus elementos, los cuales son: acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. En términos generales es importante hacer una distinción de las distintas teorías del error planteadas por las escuelas dogmáticas más influyentes como lo son el Causalismo y el Finalismo.

En primer lugar se encuentra la Teoría del dolo estricta, divulgada por la Escuela Causalista respaldada por autores como Binding, Nagler y Mezger. A través de su análisis estratificado del delito distinguían cuatro estratos analíticos, conformados por la acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, a su vez, divide a sus tres primeros estratos analíticos como injusto, los cuales pertenecen a un análisis objetivo, en cuanto a su cuarto estrato, es decir la culpabilidad psicológica, se analizaba desde un carácter subjetivo, es en este estrato donde se le da tratamiento al dolo y la culpa. Tal y como lo menciona el jurista alemán Reinhart Maurach *“no basta con la culpabilidad del querer en el sentido usual, sino que se precisa, concretamente, la culpabilidad del querer maligno”*⁶ dicha afirmación supone dos cosas, primero, que el autor debió

⁵ Janneth Patricia Velásquez Cuervo, “Teoría del error antecedentes y panorama de su regulación en el nuevo código penal militar”, (Tesis posgrado, Universidad Militar Nueva Granada 2013), 36.
<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/10540/VelasquezCuervoJannethPatricia2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

⁶ Reinhart Maurach, Derecho penal parte general, Teoría General del derecho penal y estructura del hecho punible. (Buenos Aires: Editorial Astrea 1994) 647.

actuar conscientemente del ilícito, lógicamente se está refiriendo al dolo; segundo, si el autor no actuare conscientemente sobre el cometimiento del ilícito, no existirá dolo. Para esta teoría tanto al error de tipo como al de prohibición se aplicarían los mismos efectos.

Posteriormente se encuentra la Teoría estricta de la culpabilidad, difundida por la escuela finalista desarrollada en Alemania desde los años 1930 hasta 1970. El mayor representante fue el alemán Hans Welzel, esta escuela promovía la idea de que la acción humana se encuentra gobernada por la idea de finalidad buscada por el agente, es decir, que la acción del sujeto esta llevada por una voluntad final, el fin del resultado es lo que el sujeto quiere lograr. Para Welzel, la acción debe ser tanto injusta como culpable, para que sea concebida como delito, es decir, que la acción debe coincidir con la descripción legal, pues, si la acción no se encuentra tipificada como delito, se está frente a la atipicidad, asimismo, cabe resaltar que al no concurrir dolo o culpa en el actuar el hecho no podrá ser tomado como delito, el mismo tratamiento será cuando concurren causas de justificación. Otro planteamiento es que existe una desnaturalización del delito cuando la conducta es producida por un error.⁷

La teoría del error planteada por la escuela finalista diferencia dos tipos de error, error de tipo, el cual puede ser invencible o vencible, el primero elimina el dolo y la culpa, mientras que en el segundo solamente se elimina el dolo, puesto que deja subsistente el tipo culpo si estuviere previsto, la segunda clasificación se refiere al error de prohibición, el cual a su vez se divide también en invencible y vencible, cuando se trate del primer caso, al formar parte del elemento subjetivo de la culpabilidad y hacer alusión al entendimiento del

⁷ “StuDocu: Escuela finalista, Curso de Derecho Penal” StuDocu, acceso el 18 de agosto de 2020. <https://www.studocu.com/co/document/universidad-cooperativa-de-colombia/derecho-penal/apuntes/escuela-finalista-se-brinda-una-explicacion-asi-como-los-elementos-que-comprenden-la-escuela/2577328/view>

injusto o antijuricidad, se elimina la culpabilidad, por el contrario, cuando el error de prohibición sea vencible, únicamente se atenuara dicha culpabilidad.⁸

1.3. Clasificación

Es posible afirmar que el error en materia penal ha tenido varias clasificaciones a lo largo de la historia, muchos juristas y doctrinarios han tenido bien establecer los tipos de error, no obstante en este apartado se dará prioridad al error de hecho y el error de derecho. Respecto a esta clasificación el Derecho Romano, en donde ya se señala el error de hecho y el error de derecho; concibiendo al error de hecho o “error facti” como aquel que se refería a las condiciones materiales que se exigen para la aplicación de una regla de derecho y al error de derecho o “error iuris” es el que recae sobre los elementos jurídicos del delito concreto y está relacionado con el conocimiento correcto o incorrecto de la ley.

En este último supuesto se negó el carácter excluyente de responsabilidad penal al error de derecho, ya que únicamente se le daba valor excusante cuando recaía sobre elementos fácticos, o sea, sobre circunstancias de hecho derivadas de la acción delictiva, no teniendo efectos excluyentes cuando el error era sobre la ley, puesto que se presumía que las leyes eran conocidas por todos y si alguien actuaba ignorándolas, o errando con respecto a ellas, era responsable de su hecho y no podía excusarse basándose en el error.⁹ La expresión que fundamentó al Derecho Romano para negar la excusabilidad

⁸ Carlos Christian Sueiro, Bibiana Marys Birriel Moreira, “La teoría del error y sus limitaciones frente a la administrativización del derecho penal”, Revista de Derecho penal, n.22 <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/la-teoria-del-error-y-sus-limitaciones-frente-a-la-administrativizacion-del-derecho-penal/>

⁹ Dinora Marisol Cortez Saravia, Evelin Mabel Martínez Martínez “El error de tipo y el error de prohibición” (Tesis pregrado, Universidad Francisco Gavidia 2004) 24. <https://ri.ufg.edu.sv/jspui/bitstream/11592/8046/1/347.012-C828e.pdf>

del error de derecho fue la siguiente: "*iurisquidem ignorantiam euique norece factivero ígrantiam nos nocere*" la cual significa: "*la ignorancia de la ley o del derecho perjudica, la ignorancia del hecho no perjudica*".

Actualmente, esta clasificación ya no se utiliza debido a que en la práctica es casi imposible saber si se está frente a uno o el otro, por tanto resulta difícil, clarificar sobre su trascendencia a efectos de determinar la pena que se ha de imponer o, si quiera, determinar sobre la existencia del delito. Diversos autores mayoritariamente han abandonado la distinción entre error de hecho y error de derecho por la notoria dificultad de establecer una clara frontera entre ambos errores y actualmente se prefiere hablar de error de tipo y error de prohibición.

1.4. Antecedentes históricos del delito de violación

El Código de Hammurabi, fue creado en el año 1901 a.C., según la cronología media, es uno de los primeros conjuntos de leyes que se han encontrado y uno de los ejemplos mejor conservados de este tipo de documento de la antigua Mesopotamia y en breves términos se refiere a la conocida frase ojo por ojo, diente por diente. "Entre otras recopilaciones de leyes se encuentran el Códice de Ur-Nammu, rey de Ur (2050 a. C.), el Códice de Eshnunna (1930 a. C.) y el Códice de Lipit-Ishtar de Isín (1870 a. C.)"¹⁰ Este código mencionaba que la mujer no tenía independencia, o bien la mujer era una virgen prometida o una esposa legalmente casada. De acuerdo con este Código un hombre que violaba a una virgen prometida debe ser capturado y ajusticiado, pero a la joven víctima se le consideraba inocente. El artículo 1300 del Código de Hammurabi, exculpa a la ofendida, si había sido violentada por el agresor sexual, en cambio para el agente, no existía ninguna atenuante, "quien pagaba

¹⁰ Antonio Blavía Esquirol, Evolución del Pensamiento Político, (México: Equinoccio 1992), 200.

con su vida mediante apedreamiento o linchamiento por los familiares de la víctima y por los ancianos de la comunidad; y si pertenecía a la alta clase era ahorcado públicamente por la autoridad”¹¹

El Código de Hammurabi, decretó que un hombre que conocía a su hija es decir que cometía incesto, era simplemente desterrado fuera de los muros de la ciudad. Una mujer casada que tenía la desdicha de ser violada en Babilonia, tenía que compartir la culpa con su atacante, sin tener en cuenta cómo se había desarrollado el incidente, el crimen era considerado adulterio, esta era tomada y se arrojaba al río juntamente con su violador. Existía una posibilidad de apelación ya que se permitía al marido en caso de desearlo éste, que sacara a su mujer del agua, y si el rey así lo quería podía dejar libre a su súbdita. En el Código de Hammurabi de los babilónicos y caldeos se sancionaba de una manera enérgica, la agraviada, la sociedad y todos los dioses eran las víctimas. La sanción que se aplicaba al violador era pena de muerte mediante ahorcamiento en público¹².

En segundo lugar está el Código de Ur-Nammu, el cual se remonta a los años 2100 y 2050 a. C. y cuyo autor no se conoce con total certeza, pudiendo ser el mismo Rey Ur-Nammu o su hijo y sucesor Shulgi. Respecto a los delitos sexuales, contempla en la tablilla VI *“Si un hombre viola a la esposa todavía virgen de otro, será condenado a muerte”* es así como se introduce el término “violar” que no se contemplaba en el antiguo Código de Hammurabi, aun así, sigue manteniendo similitud respecto a la situación de la mujer, pues se entiende como un requisito indispensable el que esta mujer sea casta al momento de cometerse dicho ilícito, lo cual es un claro manifiesto de la

¹¹ Federico Lara Peinado, Código de Hammurabi. (Madrid: Aldebarán, 2000) 120.

¹² Cesar Adolfo Vera y Andrés Herrera, *El Código de Ur-Nammu* (IVº Congreso Nacional de Sociología Jurídica, Tucumán, 2003), 16-17.

injusticia social y a la discriminación a que eran sometidas las mujeres en los tiempos antiguos.

Existe otro texto histórico que contempla las violaciones es conocido como Fuero de Tudela, es así que en el artículo “Leyes de la Tudela medieval”¹³ se establecía que aquella mujer que fuera víctima de violación y prestara resistencia debía ésta denunciarlo a los primeros hombres que encontrase en su camino, manifestando quien la forzó y si conocía a su agresor, de igual forma debía someterse a ser examinada por otras mujeres para verificar si ésta era casta al momento de ser violada.¹⁴

1.4.1. El Derecho Romano

El derecho romano sancionó el delito de violación, considerándolo como una especie de delito de coacción, y algunas veces, de injuria. Se afirma que los romanos confundían la violencia carnal con el rapto, y en caso de concurso de estos dos delitos infringían pena de muerte, por eso se discutió si cuando la violencia no estaba acompañada de rapto, imponían o no la pena de muerte. La legislación no especifica cómo habría de realizarse dicha conjunción, aunque, si se admitían las violaciones de un hombre por otro, hay que aceptar que la penetración podría ser no sólo vaginal sino también anal.¹⁵

El antiguo derecho español, en el Fuego Juzgo, contemplaba distintas penas para las personas que cometían los de violación o agresión sexual y prescribía sanciones diversas para castigarlos, entre ellas se encontraban los azotes y la

¹³ Luis María Marín Royo. “*Leyes de la Tudela Medieval y algunas costumbres de la época*” (Consultado el 18 de mayo de 2020), 23. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3407022.pdf>

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ Victoria Rodríguez Ortiz. *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media* (Biblioteca Académica, Madrid: 1997), 68-69.

obligación de cuidar y alimentar a la mujer que violaron. El delito de violación a través de su historia ha tenido una característica muy especial, que lo ha diferenciado de cualquier otra clase de delitos y tal característica es el rigor que representa sus sanciones.

1.4.2. El Derecho Hebreo

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

En el Derecho Hebreo, también se refleja el sistema talional, ya que se encuentran similares disposiciones: “El que golpee a su prójimo de modo que lo deje con algún defecto o deformidad, sufrirá el mismo mal que haya ocasionado. Recibirá tortura, perderá ojo por ojo, diente por diente y será tratado como él trató al otro”¹⁶. El hebreo antiguo código de derecho esbozado en la Biblia, lamentablemente, carece de los detalles que se pueden encontrar en otros antiguos sistemas jurídicos como el babilónico y romano. El derecho hebreo, por otra parte, está marcado por referencias a Dios en todo. Dios está en el centro hebreo de la ley. La ley hebrea declaró que un hombre que violó una virgen fue así casado con ella y nunca podrá divorciarse de ella.

¹⁶ Miguel Toranzo Villatoro, El Derecho Hebreo Según el Antiguo Testamento, (México: Limusa, 1989) 239.

(Deuteronomio 22: 28). Casi todos los novios insistían en una novia virgen y ser capaz de demostrarlo. Si el novio cree que había recibido "mercancía dañada" tenía el derecho a impugnar su familia para producir la prueba.

1.5. Sujetos

En todo cometimiento de un delito, de una acción u omisión típica, antijurídica y culpable, se requiere la estricta participación de un sujeto pasivo, y un sujeto activo, entendido el primero como el que recibe para sí una acción o los efectos de una omisión, también llamado víctima, y entendido el segundo como aquel quien realiza la acción típica en perjuicio del primero, también llamado victimario.

1.5.1. Sujeto Activo

El sujeto se encuentra dentro de los elementos descriptivos del tipo penal, cabe destacar que este sujeto activo del delito coincide con el autor, respecto a este, serán las características de la tipicidad las que determinarán a quien puede considerarse como autor de un delito específico, es importante resaltar que los límites jurídicos tendrán que ver con la causalidad aunque en muchas ocasiones son los tipos los que reduce la autoría del delito a un círculo restringido de sujetos. En la comisión de los hechos delictuosos siempre interviene un sujeto que mediante un hacer o un no hacer, legalmente tipificado, da lugar a la relación jurídica material y posteriormente a la relación procesal.

1.5.2. Sujeto Pasivo

Al igual que el sujeto activo, este también pertenece a los elementos descriptivos del tipo y es aquella persona que sufre o soporta materialmente la acción. El sujeto pasivo es aquel sobre el cual recae la acción u omisión

constitutiva de delito, en otras palabras, es a quien se le vulnera el bien jurídico, considerado por la sociedad como importante¹⁷. Una gran parte de la doctrina se refiere al sujeto pasivo como víctima, no obstante el contenido proteico que otras ciencias le han asignado, no permiten o creen conveniente su empleo dentro de la dogmática.

¹⁷Adán Patricio Argueta Amaya, Elliot Abraham Asturias Umanzor y Rubén Antonio González Ventura, "La violación en menor o incapaz en el departamento de San Miguel 2003-2005" (Tesis pregrado, Universidad de El Salvador, 2005.) 70. <http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/4275/1/50101033.pdf>

CAPITULO II:

GENERALIDADES DEL ERROR Y DEL DELITO DE VIOLACIÓN. ELEMENTOS CONFIGURATIVOS DEL ERROR Y DEL DELITO DE VIOLACIÓN

El objetivo del presente capítulo es exponer las generalidades de la figura del error y del delito de violación, para generar una comprensión integral del tema, estudiando el error en la doctrina penal moderna, como se divide, ya sea en error de tipo y error de prohibición, sus elementos normativos jurídicos y elementos de hecho. De igual forma se estudia las generalidades del delito de violación y su composición, desde una perspectiva jurídica y doctrinal, tanto del sujeto activo, sujeto pasivo y el bien jurídico protegido. Finalmente se estudia el delito de violación desde la Teoría del Delito, abarcando los elementos esenciales del delito, aplicación de los elementos esenciales, elemento objetivo y elemento subjetivo.

2.1. Generalidades del error

Etimológicamente la palabra error proviene del latín “errare” cuyo significado es fallar o equivocarse, comúnmente se entiende al error como algo que se hizo mal, por lo tanto, es una consecuencia no deseada sobre algo. Ciertamente en la esfera del derecho al referirnos al error, este trae consigo consecuencias jurídicas en algunos casos, a lo largo de la historia han sido muchos doctrinarios los que han aportado su concepto sobre dicha figura.

De forma general, el error implica una falsa o equivocada concepción de la realidad, es decir, el desconocimiento parcial de algo que constituye parte de un todo, o bien, otorgarle a una determinada situación un significado que en verdad no le corresponde, sin embargo todo supuesto de error es vencible, ya que lo que se conoce en forma parcial no supone el desconocimiento, sino

falta de entendimiento, así mismo aquella hipótesis en donde como consecuencia del error se da a la cosa un significado distinto del que tiene, también es vencible, en virtud de que lo se conoce mal se pudo conocer bien¹⁸.

Para Francisco Pavón Vasconcelos al error lo define como: una idea falsa o errónea respecto a un objeto cosa o situación, constituyendo un estado positivo", es decir, el error como género comprende como una especie el error de hecho y el error de derecho.

Para Carlos Creus, cuando se habla de error e ignorancia se debe entender por error la desacertada apreciación sobre algo y por ignorancia el desconocimiento sobre algo. Este autor manifiesta que jurídicamente la ignorancia no es más que un supuesto de error, ya que dicho desconocimiento induce a error sobre el carácter de la conducta, debido a que la base de éste como factor negativo del delito es el desconocimiento de que se advierte una conducta antijurídicamente típica¹⁹.

Asimismo, en palabras de Luis Jiménez de Azúa la diferencia de error e ignorancia estriba, en que esta última es la ausencia de todo conocimiento, mientras que en el error, aunque es falsa, si existe alguno. Pese a esa clara explicación existen autores que relacionan el contenido del error con la ignorancia; así, se encuentra a Manzini y Florián que afirman que la ignorancia

¹⁸ Diana Paola Villafuerte Maldonado, "El error de tipo como causa de eliminación del dolo en la configuración de la responsabilidad penal en los delitos de violación correspondiente a los años 2010 al 2013 en los tribunales de garantías penales de Pichincha" (Tesis pregrado, Universidad Central del Ecuador, 2014), 62-63. <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/3868/1/T-UCE-0013-Ab-108.pdf>

¹⁹ Carlos Creus, "Derecho Penal, Parte General" (Buenos Aires, 3ra ed., Editorial Astrea, 1992) 348. <https://es.slideshare.net/EscuelaDeFiscales/derecho-penal-parte-general-carlos-creus-65440935>

comprende al error. Alimena por su parte realiza una exposición completa, destruyendo las diferencias que puedan existir o alegarse entre ambas²⁰.

Francisco Muñoz Conde conceptualiza al error como “la falsa representación o la suposición equivocada de la realidad o simplemente ignorancia”. Mientras que para Mazuelos es definido como: “conocimiento viciado de la realidad, que puede incidir sobre la totalidad del hecho, o un aspecto del mismo”. Así, se puede colegir, que el error presupone la carencia de concurrencia entre la representación de los hechos constitutivos de un delito o de su significación antijurídica y la realidad.

A lo largo de este debate han sido muchas las legislaciones que se han decidido por retomar las expresiones error y otras por el término ignorancia, motivo por el cual consideraron que este abarcaba el concepto de error, ya que tanto el error como la ignorancia podían consistir en causas de inculpabilidad si llegasen a producir en el agente el desconocimiento o un conocimiento equivocado sobre la antijuridicidad de su conducta en sí, en el error se aprecia un falso concepto de la realidad y en la ignorancia hay una total ausencia de conocimientos, por lo que en el error se conoce el hecho pero se conoce mal y en la ignorancia se presenta una laguna en el entendimiento porque nada se conoce ni errónea ni certeramente.²¹.

Con anterioridad se han abordado las teorías de las escuelas dogmáticas más importantes en materia penal, teorías de gran relevancia e influencia, no obstante, dos son las doctrinas sobre el error: una, clásica, que distingue el error de derecho del error de hecho, y la otra, moderna, que pretende tratarlo

²⁰ Eswin Alberto Castro Luna, “Regulación legal del error de prohibición en el código penal guatemalteco”. (Tesis pregrado, Universidad San Carlos de Guatemala, 2010), 1. http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_8608.pdf

²¹ Hugo Sánchez López, “Análisis jurídico del error en el derecho penal” (Tesis pregrado, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997) 53. <http://132.248.9.195/ppt2002/0249575/0249575.pdf>

como un solo todo. Esta última derivada de la legislación positiva alemana en la que no se distinguen formas o clases de error. A la primera se la denomina teoría de la diferenciación y a la segunda, teoría de la unificación.

En cuanto a la teoría de la diferenciación, existe una clasificación precisa entre el error de hecho y el error de derecho, es así que cada una de estas ofrece diversos efectos. Para Schweitzer los efectos de una y otra clase de error varían, pues, si el error recae sobre los hechos, es decir, sobre los elementos requeridos en el hecho para que la ley sea aplicable, el efecto de este error es excluir la culpabilidad. Por otro lado, si el error versa sobre una regla legal o de derecho, o si la misma ha sido mal interpretada, la calidad excusante de este error desaparece, debido a que no excluye la culpabilidad.

Referente a la teoría de la unificación, esta no reconoce la división entre error de hecho y de derecho, más bien los ubica dentro de un mismo nivel. Describe características generales de único error que esta corriente identifica como relevante jurídicamente. En otras palabras, los actos con gran relevancia jurídica están comprendidos por normas y hechos, los cuales solo adquieren significación en conjunto. La lista de autores que concuerda con la teoría unitaria es bastante amplia, hacen distinción de algunas características respecto de cada error, situándolo dentro de algunas de las causales de inculpabilidad y eliminando la separación entre error de tipo y error de prohibición, sin dejar de lado que sus estados subjetivos son diferentes en su contenido psicológico.

2.2. El error en la doctrina penal moderna

El error se encuentra consagrado en las legislaciones penales contemporáneas, cabe recalcar que muchos códigos penales lo regulan como error de tipo y error de prohibición. El Código Penal salvadoreño, introduce un

cambio fundamental como es la incorporación del tratamiento del error en materia penal, materializado mediante el artículo 28 de dicho Código, en el que se regula como Error vencible y Error invencible, es necesario mencionar que no existe posición alguna sobre definiciones legales que desde el Órgano Legislativo se introducen en la ley, tal y como ocurre con otros conceptos, en los cuales la ley da algunas definiciones.

Respecto a las dos formas de error que regula el Código Penal salvadoreño, es decir, vencible o invencible, cada uno requiere presupuestos distintos para su realización y por tanto los efectos de ambos son diferentes. El error vencible, es aquel que se hubiese podido evitar de observar el debido cuidado, entendiendo que el nivel de exigibilidad para definir el “debido cuidado” debe ser siempre analizando en primer lugar las circunstancias materiales del hecho y las subjetivas del sujeto, por tanto el efecto es que se excluye el dolo pero existe la consideración de la imprudencia, en definitiva, el error vencible excluirá el dolo, pero no la imprudencia, dejando subsistente la culpa.

Es más sencillo tratar de comprender este concepto con un ejemplo, si una persona va conduciendo un automóvil y uno de sus neumáticos esta flojo, a causa de este hecho el conductor pierde el control del vehículo y atropella a una persona que se encontraba en la acera causándole lesiones; se deduce que el conductor no tenía la intención de atropellar a dicha persona, pero antes de conducir pudo revisar el estado de sus neumáticos y ajustarlos, pudiendo evitar provocar un accidente. Se observa que no existe el dolo pero que aun así subsiste la culpa ya que este fue responsable de provocar el accidente y por ende perdura la responsabilidad penal.

Es menester resaltar la idea que Bacigalupo expone acerca de la imprudencia, en efecto, el error es evitable cuando el autor, observando el cuidado exigido, hubiera conocido o no conocido correctamente las circunstancias ignoradas o

falsamente representada. En tal sentido, la determinación del cuidado exigido debe de hacerse en función de la capacidad individual en las circunstancias concretas de la acción, ya que el texto legal señala que a tales fines se atenderá a las "...circunstancias del hecho y las personales del autor". Por lo anterior, respaldando la opinión de Bacigalupo, la ley ha dado un apoyo importante a la posición que exige en el delito culposo un deber individual de cuidado (determinado por las capacidades y conocimientos del autor), en oposición a un deber objetivo de cuidado.

El error invencible, se presenta cuando el error no se hubiese logrado evitar ni aun aplicando la diligencia debida (error "no imprudente"). Como lo señala Jescheck, se excluye el dolo, ya que no existe el conocimiento de todos o algunos de los elementos del tipo objetivo, se excluye también la imprudencia. En consecuencia, se está ante la impunidad de la conducta realizada, ello por la razón que en el sistema moderno únicamente cuenta con tipos dolosos o culposos, y la simple causación de un resultado lesivo sin dolo ni culpa resulta atípico.

2.3. Clasificación del error

En primer lugar se encuentra el error de hecho y el error de derecho, del cual se hacía mención con anterioridad, actualmente, esta clasificación ya no se utiliza debido a que en la práctica es casi imposible saber si se está frente a uno o el otro, por tanto resulta difícil, clarificar sobre su trascendencia a efectos de determinar la pena que se ha de imponer o, si quiera, determinar sobre la existencia del delito. Diversos autores mayoritariamente han abandonado la distinción entre error de hecho y error de derecho por la notoria dificultad de establecer una clara frontera entre ambos errores y actualmente se prefiere hablar de error de tipo y error de prohibición.

Respecto a la segunda clasificación, es decir, el error de tipo y de prohibición, se debe entender:

El error de tipo es el que incide sobre alguno, o todos, los elementos del tipo penal, es decir, la acción concretamente descrita en el Código Penal y considerado delito, y se considera que afecta al dolo de la conducta realizada. Mientras que el error de prohibición, por su parte, está relacionado con el desconocimiento de la ilicitud de la conducta, pudiendo ser a su vez un error directo o indirecto, según recaiga sobre la licitud de la conducta o sobre la existencia de una causa de justificación de esa conducta²².

En otras palabras, cuando el autor desconoce la concurrencia o realización de alguno o de todos los elementos del tipo injusto –tanto se trata de elementos descriptivos como normativos- se está ante lo que se llama error de tipo (...). Del error de tipo hay que distinguir otra clase de error que se refiere a la conciencia de la antijuricidad y que se llama error de prohibición, en el que incurre el sujeto que sabiendo perfectamente lo que hace materialmente desconoce que su acción es ilícita.²³

2.3.1. Generalidades del error de tipo

La terminología “error de tipo” ha sustituido en la doctrina actual la anteriormente empleada de “error de derecho”, la razón es que el tipo puede contener tanto elementos de hecho como de derecho, es decir, elementos

²² “DyRABOGADOS: Clases de error en Derecho Penal”, DyRABOGADOS, acceso el 15 de julio de 2020, <https://www.dyrabogados.com/clasesdeerrorenderechopenal/?fbclid=IwAR2HEX6IPN8oSwiFDdGfkF7pUsGe3Jll1jhiffjKifGJKZdxRcayFOAPKbo#:~:text=En%20t%C3%9rminos%20generales%2C%20podemos%20definir,%C3%ADntima%20relaci%C3%B3n%20con%20la%20ignorancia>

²³ Miguel Schweitzer Walters, El error de derecho en materia penal, (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1964), 35

normativos jurídicos y el error sobre todos ellos merece el mismo tratamiento con independencia de si son de hecho o de derecho.

Para Heiko H. Lesh en “Fundamentos Dogmáticos para el tratamiento del Error de Prohibición” un error de tipo existe cuando el autor no conoce una circunstancia que pertenece al tipo penal. El autor cree que su acción está permitida “porque él no sabe lo que hace”. Un ejemplo es cuando alguien seduce a una joven de 15 años de edad suponiendo que ella ya tendría 16 años; o alguien en el seminario, se guarda en el bolsillo el bolígrafo que pertenece al compañero de estudios que se encuentra sentado a su lado creyendo que se trata del suyo, y no nota que su compañero posee uno del mismo modelo. La edad de la joven, “inferior a los 16 años”, tanto como “ajenidad” de la cosa, es un elemento del tipo penal; en tanto que la existencia de una errónea representación configura un error de tipo²⁴.

Para Felipe A. es el error o ignorancia sobre uno o todos los elementos que integran el tipo objetivo. Puede suceder, que el sujeto activo no haya comprendido algún elemento típico, que existe objetivamente como la falta de representación, o sea que lo comprenda de diferente forma de cómo es realmente, es decir que tiene una falsa representación.

Para Raúl Zafaroni, en el “Manual de Derecho Penal” el error de tipo es el fenómeno que determina la ausencia del dolo cuando, habiendo una tipicidad objetiva, falta o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo. Así quien cree que está disparando sobre un oso y resulta que no se trata de un oso, sino de su compañero de casería, quien se apodera del

²⁴Enrique Gimbernat Ordeig, Acerca del dolo eventual en Estudios de Derecho penal, (España: Madrid, Editorial Tecnos 1990) 240.

abrigo que está en el perchero del café y sale con él, en la creencia que se trata de su propio abrigo²⁵.

El error de tipo para que pueda excluir la responsabilidad debe cumplir los siguientes requisitos:

1° Debe ser esencial.

2° No evitable.

Si se cumplen estas condiciones termina excluyendo el dolo, pero no la culpa. Pero incluso podría excluir la culpa en casos en que era inevitable, aunque no impide que subsista la culpa en las otras personas que participaron en el hecho.²⁶

2.4. Generalidades del error de prohibición

El legislador al expedir las leyes presupone en ellas y en su conocimiento la capacidad de persuadir a los destinatarios para que se abstengan de realizar comportamientos prohibidos. En otras palabras, las normas prohibitivas llevan implícita la expectativa del comportamiento contrario al descrito en ellas, la sociedad crea un prototipo o imagen del ciudadano ideal y espera que sus miembros actúen conforme a su modelo. De lo contrario, amenaza con el castigo a quienes se atrevan a desacatar sus mandatos o imperativos.

El error de prohibición tiene lugar respecto de la existencia y alcance de una regulación permisiva que levantaría la prohibición penal. En estos casos, el autor cree actuar amparado bajo una causa de justificación, lo cual no siempre resulta cierto en los hechos. Por ejemplo, el padre que castiga corporalmente

²⁵ Winfried Hassemer, Los elementos característicos del dolo. Tratado de Díaz Pita, en Anuario de Derecho penal (España: Madrid, 1990), 912.

²⁶ Solange Silva Quilodrán, "Nuevas tendencias en delitos contra la vida: el homicidio" (Tesis pregrado, Universidad de Chile, 2010), 76.
http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/107050/de-silva_s.pdf?sequence=3&isAllowed=y

a sus hijos bajo la creencia de que su poder disciplinario le autoriza a dicho castigo, o los estudiantes que destruyen las cosas que encuentran durante la marcha como parte de su supuesto derecho a manifestarse.

Hay que distinguir también el error de tipo del error de prohibición. No hay que olvidar que el error de tipo se analiza en la categoría de la tipicidad y surge cuando el autor se equivoca en uno de los elementos objetivos del tipo y por lo tanto elimina el dolo y no existe tipicidad, el error de prohibición en cambio se analiza cuando existe un desconocimiento de la antijuridicidad de actuar y puede eliminar la culpa, este surge cuando la persona no conoce que su conducta es antijurídica y por lo tanto piensa que está actuando de forma correcta, puede existir error de prohibición también sobre las causas de justificación, es decir la persona actúa creyendo que su conducta es válida porque está justificada, la consecuencia de que exista error de prohibición es el desconocimiento de la antijuridicidad de actuar que al no cumplirse elimina la culpabilidad dependiendo si este fuera vencible o invencible.²⁷

Para Zaffaroni habla de error de prohibición o (*verbotsirrtum*) cuando éste recae sobre la naturaleza anti normativa y antijurídica de la acción, por lo que se lo puede sub clasificar en error de prohibición en sentido estricto (de antinormatividad) y error de permisión (sobre la justificación). Para Armaza Galdos, obra en error de prohibición el sujeto que creyendo actuar lícitamente perjudica un bien jurídico tutelado, Dicha creencia equivocada de que su actuar es lícito puede provenir o de la ignorancia de que su comportamiento está prohibido por el ordenamiento jurídico o del pensamiento también equivocado de que su actuar está amparado por alguna causa que exime su responsabilidad penal.

²⁷Johselyn Patricia Espinoza Aviles. "Análisis doctrinal y jurisprudencial de la aplicación error de tipo como elemento de la dogmática jurídico penal". (Tesis pregrado, Universidad Católica del Ecuador. 2017) 92.

Este error se define como la ausencia de conocimiento o la percepción fallida, inexacta o defectuosa de la antijuridicidad de la conducta. En otras palabras, se trata del desconocimiento de su ilicitud, situación que se ubica en el campo de la culpabilidad (Pabón Parra, 1997), pues la conciencia de la ilicitud es considerada como parte de ésta (culpabilidad), junto con la imputabilidad y la exigibilidad de un comportamiento acorde a derecho o fundamentado en las exigencias normativas²⁸.

2.5. Generalidades del delito de violación

Etimológicamente la palabra “Violación” proviene del latín Violatio-onis, que significa acción y efecto de violar. La palabra violación tiene muchas acepciones, entre las cuales se encuentra la de infringir o faltar a una ley, profanar una iglesia, templo o lugar sagrado. Edgardo DONNA, manifiesta respecto al delito de violación, que consiste en el acceso carnal logrado en los casos en que medie fuerza o intimidación para vencer la resistencia u oposición del sujeto pasivo, o con persona que se encuentre físicamente imposibilitada para expresar su disenso o resistirse, o con quien, por estar privado de razón o ser menor, carece de la capacidad jurídica necesaria para consentir la relación sexual²⁹.

La violación sexual es aquella violencia que se manifiesta de forma explícita hacia la víctima en contra de su voluntad, es decir que se configura mediante

²⁸ Yecid Echeverry Enciso, “El error como eximente de la responsabilidad penal en Colombia”; Revista Derecho, (2013): 233.
<https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1729/2223>

²⁹ Diana Paola Villafuerte Maldonado, “El error de tipo como causa de eliminación del dolo en la configuración de la responsabilidad penal en los delitos de violación correspondiente a los años 2010 al 2013 en los tribunales de garantías penales de Pichincha” (Tesis pregrado, Universidad Central del Ecuador, 2014), 69.
<http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/3868/1/T-UCE-0013-Ab-108.pdf>

la coacción, violencia física y psicológica hacia una persona con la finalidad de someter el cuerpo y la voluntad de la víctima.³⁰ La Corte Interamericana de Derechos Humanos expresa que el concepto de violación sexual no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal, sino que también debe entenderse actos de penetración vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril.

2.6. Aspectos doctrinales del delito de violación

La violación es el acceso carnal con mujer u varón empleando fuerza grave o intimidación. Diversos tratadistas coinciden en que el delito de violación atenta principalmente contra la libertad sexual; porque la libre determinación de las personas en la esfera sexual se vulnera por la violencia, es decir, por la acción que vence toda resistencia. La violencia sexual es la manifestación de todo lo que busca la satisfacción del apetito carnal con imperativa barbarie, pretende el agente, pues, el sometimiento a su ansia desmedida. “El bien objeto de la tutela penal de este delito es primordialmente concerniente a la libertad sexual” contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia, constituye el máximo ultraje, ya que el violador realiza la fornicación sea por medio de la fuerza material en el cuerpo del ofendido, anulando así su resistencia (violencia física), o bien por el empleo de amagos constreñimientos psíquicos o

³⁰ Patricia Lizeth Callupe Almonacid, “Error de Tipo en los Delitos de Violación Sexual de Menores entre 10 Y 14 años en el Perú 2017” (Tesis pregrado, Universidad César Vallejo, 2018) 39.

amenazas de males graves que, por la intimidación que producen o por evitar otros daños le impiden resistir (violencia moral)³¹.

La concurrencia de la violencia física o de la moral, produce en la víctima un sufrimiento en su cuerpo, por un acto sexual que realmente no ha querido, lo cual acarrea una vulneración manifiesta su derecho personal de libre determinación en su conducta en materia erótica, en conclusión, se puede decir que la opinión más generalizada es que el delito de violación ataca la libertad sexual.

La violación sexual es toda actividad sexual no voluntaria, forzada mediante la violencia física, o por cualquier forma de coerción, agresión o abuso. Su práctica implica una relación de sometimiento en la cual la víctima ha rechazado el acto sexual o en que no ha tenido capacidad de consentir. La acción o conducta típica del delito de violación la constituye el tener acceso carnal por vía vaginal o anal con otra persona, con la concurrencia de un medio específico de comisión: la violencia. Tal conducta atenta contra la libre determinación sexual con los consiguientes efectos que genera; ésta violencia puede ser física o psicológica, en cuyo caso se denomina intimidación. El núcleo del tipo "Tuviere" acceso carnal por vía vaginal o anal. El elemento que complementa al núcleo: mediante violencia o sin el consentimiento de la persona ofendida. En cuanto a este elemento de la violencia en personas capaces y adultas, ésta debe ser:

- Real, no producto de la imaginación de la persona ofendida
- Necesaria, o sea la indispensable para lograr el acto, vale decir, para vencer la resistencia moral de la víctima;

³¹ Miguel Alberto Trejo Escobar, El Derecho Penal Salvadoreño vigente, antecedentes y movimientos de reforma, (San Salvador: Ministerio de Justicia, 1995), 97.

- Continuada persistencia, porque, si se Cesa en ella y la víctima accede al ayuntamiento, no se da el delito.

2.7. Aspectos jurídicos del delito de violación

En el ordenamiento jurídico salvadoreño este delito se encuentra tipificado en el Código Penal, en el art. 158, el cual literalmente dice “El que mediante violencia tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con otra persona, será sancionado con prisión de seis a diez años.” Al analizar el artículo se observa que este resulta un tanto ambiguo ya que solo menciona la palabra violencia, debiendo ser interpretada como uso de la fuerza física, coerción, intimidación, agresión, ensañamiento o arrebató; dando así la oportunidad a que cada hecho delictivo con sus circunstancias específicas se adecue al tipo penal descrito.

“...La violencia como elemento típico del delito de violación, puede ser de carácter físico aplicada directamente sobre el cuerpo de la víctima; asimismo, cabe la violencia moral o intimidación, en la cual no existe aplicación de la fuerza física sobre el cuerpo de la víctima, más la acción se enfoca sobre la autonomía de la voluntad, la cual se ve doblegada al caer en una condición psicológica en la que no puede dominar su elección sexual.”³²

De igual forma el artículo comprende como sujeto pasivo a una persona del sexo femenino o del sexo masculino al no hacer una distinción específica utilizando, la palabra “persona” para identificar a la víctima. “A nivel objetivo no se requiere mayores requisitos en la víctima en el tipo penal básico,

³² Sala de lo Penal, Sentencia de Casación, Referencia N ° 483C2018. (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2019.) <https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F2010-2019%2F2019%2F09%2FD8E5E.PDF&number=888414&fecha=26/09/2019&numero=483C2018&cesta=0&singlePage=false%27>

pues es necesario advertir que sujeto pasivo del delito de violación puede ser una mujer o un hombre mayor de edad, pues dicho ilícito contempla el acceso carnal anal o vía vaginal; por parte del sujeto activo, la naturaleza del delito prescribe su característica a la que la doctrina ha denominado como delito de propia mano, pues exige en el sujeto activo la posibilidad de ejercer el acceso carnal; circunstancias que en el presente caso se cumplen, pues se ha señalado como sujeto activo a una persona del sexo masculino y como sujeto pasivo o víctima a otra persona del sexo femenino.”³³

También está tipificado cuando la víctima de la violación es un menor o un incapaz, “Art. 159.- El que tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con menor de quince años de edad o con otra persona aprovechándose de su enajenación mental, de su estado de inconsciencia o de su incapacidad de resistir, será sancionado con prisión de catorce a veinte años. Quien mediante engaño coloque en estado de inconsciencia a la víctima o la incapacite para resistir, incurrirá en la misma pena, si realiza la conducta descrita en el inciso primero de este artículo.”

2.8. El bien jurídico protegido

La Libertad sexual: “es una manifestación más de lo que es la libertad individual, significa el reconocimiento del derecho de toda persona a desplegar aspectos sexuales de su propia responsabilidad, es decir a mantener o desarrollarse sexualmente en el ámbito de sus relaciones con los demás”³⁴. Supone desde el punto de vista del consentimiento que estas personas pueden desplegar, que, la libertad sexual es un bien jurídico de carácter

³³ Tribunal Segundo de Sentencia de Sonsonate, Sentencia Definitiva, Referencia N ° U-27-19-2-2. (El Salvador. Corte Suprema de Justicia, 2019.)

³⁴ Miguel Bajo Fernández, Compendio de Derecho Penal Parte Especial, (Madrid: Editorial S.A, 1998), 108.

disponible. La persona desde este punto de vista tiene derecho a disponer respecto al sostenimiento de relaciones sexuales. Implica que la persona tiene que entender, conocer y saber qué es lo que implica el despliegue de su personalidad en el ámbito sexual. Sólo se puede reconocer este derecho a una persona adulta plenamente capaz, mayor de edad.

La libertad sexual supone determinada capacidad para tener una comprensión del alcance del acto sexual: como una facultad volitiva indispensable para consentir. Si se está ante un caso de una enajenada completa, por ende, una libertad inexistente sin lugar a duda el delito existe; en este punto por ende no se protege la libertad sexual, sino la falta de libertad.

La indemnidad sexual: es un concepto que surge para evitar encuentros sexuales prematuros e inadecuados, de aquellas personas que, ya sea por su corta edad o una condición física o mental, son más vulnerables a abusos y agresiones sexuales que el resto de la población. El derecho parte de que esta condición priva al sujeto de capacidad, tanto volitiva como cognitiva, para consentir un encuentro sexual.³⁵

La libertad sexual, conforme lo explica Francisco Muñoz Conde, consiste en “aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y, en cierto modo, a la disposición del propio cuerpo.” El mismo autor señala que respecto de los niños, niñas y adolescentes lo que se busca con la tipificación de los delitos sexuales es “proteger la libertad futura, o mejor dicho, la normal evolución y desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual”, en tanto que respecto de las personas dictaminadas como incapaces y personas con discapacidad se pretende

³⁵ Marcos Rogelio Barsallo Villafuerte, Luis Roberto Miranda Quesada, “Análisis delito Relaciones sexuales con personas menores de edad, artículo 159 del Código Penal y sus implicaciones sobre los derechos sexuales de los adolescentes” (Tesis, Universidad de Costa Rica, sede Guanacaste, 2016) 37.

“evitar que sean utilizados como objeto sexual de terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos sexuales.”³⁶. Es por esa razón que el bien jurídico protegido en el caso de los menores e incapaces es la indemnidad sexual.

Las discusiones acerca del bien jurídico protegido en los casos de menores de edad, incapaces o quienes padecen un trastorno mental han sido muchas con el pasar de los años, pero se ha fortalecido la teoría en la que se niega que estos posean auténtica libertad sexual, debido a que al encontrarse la víctima en un estado o caso como los mencionados en el tipo, no se le reconoce su capacidad de autodeterminación, por tanto no se encuentra en condiciones de aceptar o rechazar el encuentro sexual, por tanto no tienen capacidad para ejercitar la sexualidad con otras personas de manera libre.

Es por esa razón que el Estado rodea de cautela la actividad sexual de estos sujetos, la cual no supone ausencia de libertad sexual en tales individuos, sino más bien el legislador presupone que cuando el menor entabla relaciones con el adulto éste puede manipularlo, y para proteger a aquél presume de derecho que no tiene capacidad para relacionarse con adultos; lo mismo cree del que padece enajenación mental, el que se encuentre en estado de inconsciencia o incapacitado para resistir.³⁷

³⁶ Francisco Muñoz Conde, Derecho Penal Parte Especial, (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch 1999), 196.

³⁷ Adan Patricio Argueta Amaya, Elliot Abraham Asturias Umanzor, Rubén Antonio González Ventura, “La violación en menor o incapaz en el departamento de San Miguel 2003-2005” (Tesis pregrado, Universidad de El Salvador, 2005), 35. <http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/4275/1/50101033.pdf>

2.9. Clasificación del sujeto en el delito de violación

2.9.1. Sujeto activo

Existen algunas teorías acerca de la posibilidad de que la mujer pueda ser sujeto activo de la violación, así, hay quienes aseguran que lo serán cuando a través de fuerza o intimidación hacia un hombre para el coito, es indudable que es el varón el único sujeto activo en el delito de violación, tal afirmación es robusta, puesto que es de la esencia de este delito la cópula que se caracteriza por el típico fenómeno de la introducción sexual, la que implica necesariamente una actividad viril, pues sin esta jamás se puede decir con propiedad que ha habido copulativa conjunción carnal.

Los antecedentes legislativos salvadoreños indican una posición legislativa acerca que solo el hombre puede ser sujeto activo; la lectura de capítulos de los delitos relativos contra el pudor y la libertad sexual del Código de 1973 determina una clara posición legal de considerar al hombre en sentido estricto como único sujeto activo del delito descartando a la mujer cuando da a entender a la mujer como único sujeto pasivo ya que se encontraba regulado de la siguiente manera: Título III delitos contra el pudor y la libertad sexual Capítulo I violación, estupro, abuso deshonesto y raptó. Figurando en el Artículo 192 el que tuviere acceso carnal con mujer ejerciendo sobre ella la violencia física o moral necesaria y suficiente para lograr tal propósito, será penado con prisión de cinco a diez años. Artículo 194 “es violación impropia el acceso carnal realizado por varón en otro varón o en mujer por vaso indebido, si concurriere cualquiera de la circunstancias de la violación. En estos casos la pena será de 4 a 8 años de prisión”.

En base a la legislación penal salvadoreña actual, en principio pueden ser sujeto activo de violación tanto hombres como mujeres, pues como se

considera al hacer mención a la conducta típica, la definición de esta como acceso carnal por vía vaginal o anal, permite castigar tanto la conducta del varón que, mediante violencia, consigue el acceso vaginal con una mujer o el acceso anal con una mujer o con un hombre, como la conducta de la mujer que, con violencia, obliga a un hombre a tener con ella acceso vaginal o anal o la de un hombre que, con violencia típica, obliga a otro hombre a tener con él un acceso anal.

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

Para algunos autores el acceso carnal supone sólo la introducción del pene, con exclusión de objetos o extremidades o prolongaciones corporales lengua, dedos, Otros en cambio amplifican la figura de violación, considerado igualmente como acceso carnal la relación sexual de la mujer, al hacerse invadir por sus cavidades o al disponer sexualmente de otra persona del mismo género.

“GARRIDO MONTT MARIO sostiene que el sujeto activo de violación puede ser tanto el varón como la mujer. Fundamenta su posición en la acepción que da al término acceso carnal, donde estima que aquel involucra activamente los órganos que biológicamente están destinados al orgasmo”⁸⁶. Es obvio que el hombre, bajo esta consideración es sujeto activo. Pero además y dado que la mujer dispone también de dichos órganos puede perfectamente ser sujeto activo. Entonces, y según el razonamiento del jurista, este artículo no sólo extiende la situación al lesbianismo, y como dicho artículo habla de

acceso carnal, se entiende que puede acceder carnalmente también una mujer. Agrega a lo disertado, un argumento gramatical y uno de historia fidedigna. En cuanto al gramatical, la expresión el que, el atribuye el significado de representar un sujeto genérico, y por ende, incluiría a la mujer. En cuanto a la historia, recurre a ella, aduciendo que era intención del legislador demostrada en el relato fidedigno de la constitución de la ley, el incluir a la mujer como sujeto activo del delito.

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

Se excluye la posibilidad de que se dé el delito de violación cuando se efectúa el acto sexual entre mujeres, porque es fácilmente deducible que en el frotamiento lésbico no existe propiamente la cópula o ayuntamiento por la ausencia de introducción sexual, estos actos a los que pueden dar lugar es a la comisión de delito que atenta contra el pudor en los casos en que se efectúen en niños impúberes, aunque presten su consentimiento o cuando recaigan en mujeres púberes sin su consentimiento. La violación carnal también es posible por parte de la mujer sobre el hombre, pero mal podrá configurarse la violencia carnal consumada por la mujer sobre un hombre, dentro de los términos de la violencia física y por eso habría de ubicar dicha hipótesis dentro de la violencia moral³⁸.

³⁸ Carlos Arturo Barrientos Zepeda, "El delito de violación", (Tesis posgrado, Universidad de El Salvador, 1977), 9.
<http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/20009/1/Incidencia%20Jur%C3%ADdica%20de%20la%20Prueba%20Cient%C3%ADfica%20de%20ADN%20en%20las%20Sentencias%20Relativas%20al%20Delito%20de%20Violaci%C3%B3n%20Emitidas%20por%20los%20Tribunales.pdf>

2.9.2. Sujeto pasivo

Desde el punto de vista del sexo de los posibles ofendidos en el delito de violación, existen dos corrientes que difieren en sus conclusiones. La primera considera que solo la mujer puede ser sujeto pasivo y la segunda, considera que la violación se puede dar indistintamente en mujeres y hombres. Su elemento constitutivo es la conjunción carnal como objeto y el empleo de la violencia como medio, suponiendo el despojo brutal del honor de una mujer³⁹.

Dada la esencial característica de este delito para configurarlo, es indiferente el sexo y la condición del sujeto pasivo, solamente se necesita que intervenga una persona. Puede tratarse tanto de una mujer como de un varón, de persona honesta como deshonesto. La prostituta incluso, también puede ser violada, porque lo que se viola no es su honestidad, mal pudiera hablarse de esta en una persona que no la tiene, sino la libertad de disponer bien de su voluntad o bien de su sexo.

2.10. Elementos configurativos del Delito de Violación con base a la teoría del delito

Para Muñoz Conde, la teoría general del delito se ocupa de las características comunes que debe tener cualquier hecho para ser considerado como delito, no importando si se está frente a una estafa, un homicidio o en el caso que en discusión, frente a una violación,

En esta investigación se entiende la teoría del delito como el análisis o estudio de los elementos comunes a todos aquellos hechos que se adecúan a la conducta establecida en la norma penal y la cual se encuentra sancionada con

³⁹ Francisco González de la Vega, Derecho Penal Mexicano “Los Delitos”, (México: Porrúa, 1961), 65.
<http://bibliotecadigital.tamaulipas.gob.mx/archivos/descargas/21bdf53ac388ed65715433f1f043ea033895cec.pdf>

una pena, es decir, todas aquellas conductas consideradas como delitos, y que por tanto poseen elementos sin los cuales no podrían configurarse tales hechos como delitos. Doctrinariamente se ha determinado que los elementos esenciales para la configuración del delito son tres: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, razón por la cual se sabe que toda conducta realizada por un sujeto que sea típica, antijurídica y culpable es reconocida como delito.

Respecto a la conducta realizada por el sujeto, se sabe que esta puede manifestarse mediante una acción, la cual puede ser de forma positiva (activa) u omisiva (pasiva) y de forma voluntaria, la primera no debe entenderse como una fuerza causal o una orientación hacia un fin, sino más bien a un concepto normativo creado por el derecho positivo, es decir, debe estar descrita previamente en la norma penal y por tanto, se adecua al verbo rector que describe el delito. En cuanto a la segunda, hace referencia a aquellos comportamientos pasivos, siempre que se encuentren regulados dentro de una norma penal y sancionada con una pena.

2.10.1. Elementos esenciales del delito: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad

Tipicidad: Se encarga del análisis de la conducta o hecho realizado por el sujeto activo, previsto dentro de la ley penal, bajo el imperativo del principio de legalidad, respecto del *nullum crimen sine lege*, es decir que solo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales. Respecto de la composición de los tipos penales, no se puede hacer una clasificación específica de sus elementos, pues estos variarían dependiendo del tipo penal que se esté analizando, no obstante, si se pueden mencionar algunos elementos que son generales al tipo penal, es decir, que se encuentran presentes constantemente en la composición de todos los tipos, estos son: sujeto activo, acción y bien jurídico.

En primer lugar se tiene al sujeto activo, como bien e sabe en el delito siempre debe concurrir un autor que es el que realiza la acción prohibida por la ley, generalmente e encuentra en las expresiones impersonales como “el que” o “quien”. En segundo lugar, se refiere a la acción, que hace referencia al comportamiento humano y la cual se describe en la norma mediante un verbo, el cual puede indicar una acción positiva o una omisión. Como tercer y último elemento general del tipo, se encuentra el bien jurídico, el cual es protegido por la norma penal.

Antijuricidad: Analiza si la conducta típica está permitida dentro del ordenamiento jurídico. Para Muñoz Conde, la antijuricidad es un juicio de valor negativo que recae sobre un hecho o acto humano contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico. Cabe aclarar que no todo comportamiento antijurídico es penalmente relevante, por tanto, la tipicidad de un comportamiento no implica que este sea a antijurídico, de esta idea se debe entender que tipo y antijuricidad son diferentes la una de la otra y que por tanto, cada una ocupa un lugar dentro de la teoría general del delito, siendo que, el tipo pueda desempeñar una función indiciaria de la antijuricidad, lo que es conocido como *ratio cognoscendi*, pero no es posible que se identifique con ella, es decir la *ratio essendi*.

Culpabilidad: Se encarga del análisis de la persona y su culpabilidad en la acción realizada, es decir, lo que se analiza es la imputabilidad del delito a la persona, por tanto, resulta necesario el conocimiento del delito por el sujeto. Respecto al planteamiento anterior, ya Muñoz Conde se encargaba de manifestar que la culpabilidad era aquel juicio de desvalor que recae sobre el autor del hecho. El referido autor, también manifestaba que la culpabilidad tiene elementos específicos sin los cuales no puede realizarse el juicio de atribución de la culpabilidad.

El primer elemento se refiere a la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, dentro de esta clasificación deben incluirse los supuestos que hagan referencia a la madurez psíquica y a la capacidad del sujeto respecto a la edad y a las enfermedades mentales, siendo que al concurrir alguna de estas resulta evidente que no se tienen las facultades psíquicas para ser motivado racionalmente.

El segundo elemento es el conocimiento de la antijuricidad del hecho cometido, la norma penal solo puede motivar al individuo en la medida en que este pueda conocer, a grandes rasgos, el contenido de sus prohibiciones, por tanto si el sujeto no tiene conocimiento que el acto que está realizando se encuentra prohibido, entonces no tendría ninguna razón para abstenerse de su realización.

Como tercer elemento está la exigibilidad de un comportamiento distinto, en este caso, el derecho exige la realización de comportamientos más o menos incómodos o difíciles, pero no imposibles. Por tanto, cuando el sujeto deba obedecer la norma, lo situará fuera de los límites de la exigibilidad, por tanto no se configurara este elemento y en consecuencia la culpabilidad.

2.10.1.2. Aplicación de los elementos de la teoría del delito al delito de violación.

El Código Penal Salvadoreño regula el delito de violación en el art. 158 y literalmente dice. “El que mediante violencia tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con otra persona, será sancionado con prisión de seis a diez años”. Es del artículo que antecede, es decir, del delito de violación, de donde se hará el análisis de sus elementos configurativos a la luz de la teoría del delito, y los cuales se explican a continuación:

Acción: Es un hecho previsto en la ley penal y dependiente de la voluntad humana. La actuación o acción delictiva puede consistir en un acto en sentido estricto, cuando hay una realización de un movimiento corporal; en una omisión pura o propia si se trata de un no hacer algo, o una combinación de ambas posibilidades, llamada comisión por omisión u omisión impropia.⁴⁰ En el presente caso está la acción “tuviere acceso carnal”, siendo que tuviere se constituye como verbo rector.

Tipicidad: Esta se refiere a una conducta que ya está descrita y contenida en la legislación y a la cual se le ha impuesto una pena.

a) Sujeto

Dentro de las clasificaciones de los delitos según el sujeto activo, se encuentran aquellos que se refieren a los de participación necesaria, en los cuales intervienen varios sujetos en la realización de la acción, no obstante, uno de los participantes permanece impune, debido a que es el titular del bien jurídico protegido en el tipo. Precisamente se está frente a esta clasificación en el delito de violación, ya que, tanto sujeto activo como sujeto pasivo están participando de la acción, es decir del acto sexual, sin embargo el sujeto pasivo no ha prestado su consentimiento para realizar dicho acto o, no posee aun la capacidad para decidir sobre su participación en ese acto y por tanto existe una vulneración al bien jurídico protegido, que en el primer caso sería la Libertad sexual y en el segundo la indemnidad sexual.

⁴⁰ Marta Cecilia Escalante Jiménez, María Magdalena Orellana Orellana y Fátima Guadalupe Miranda López, “El delito de violación en menor incapaz en el código penal salvadoreño” (Tesis pregrado, Universidad de El Salvador, 2009), 107. <http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/3832/1/EL%20DELITO%20DE%20VIOLACION%20EN%20MENOR%20E%20INCAPAZ%20EN%20EL%20C%3%93DIGO%20PENAL%20SALVADORE%20C3%91O.pdf>

Otra clasificación es la de los delitos de propia mano, en estos casos el tipo exige la realización de una acción específica y solamente quien se encuentre en posición de ejecutar de forma inmediata y corporalmente, por sí mismo la acción, cumple con lo requerido para ser sujeto activo o autor en sentido estricto de la acción descrita en la norma penal. En el delito de violación se está frente a este caso, pues el sujeto activo mediante el acceso carnal hacia el sujeto pasivo, logra configurar los elementos necesarios para estar frente a esta clasificación.

b) Acción

Dentro de este elemento se encuentran algunas clasificaciones de los delitos, una de ellas es la que se refiere a los delitos de mera actividad, los cuales se configuran cuando el tipo únicamente exige la mera realización de la acción, sin esperar nada más. Específicamente se toma en cuenta esta clasificación, debido a que, es la empleada al momento de referirse al delito de violación, ya que, basta con realizar el acceso carnal sin el consentimiento del sujeto pasivo, para estar en presencia de esta clasificación.

c) Bien jurídico protegido

En el delito de violación se encuentra frente al bien jurídico protegido de libertad sexual, entendiendo a este como la libertad o facultad de decidir con quién realizar actos de carácter sexual y con quien no, siendo que es necesario que exista por tanto consentimiento al momento de realizar dicho acto, es por eso, que al configurarse el delito de violación se está frente a la vulneración de este bien jurídico que se encuentra protegido por la norma penal,

Antijuricidad: (...) es un juicio negativo de valor que recae sobre el comportamiento humano y que implica que esa conducta es contraria a lo

establecido por el ordenamiento jurídico, asimismo se ha reconocido que lo que es antijurídico para una rama del derecho lo es para todas las demás. No obstante, no todo comportamiento antijurídico es penalmente relevante, sólo aquel que también sea típico, es decir que se adecue a una norma penal previamente establecida.⁴¹

Culpabilidad: La culpabilidad es un juicio de reproche que se formula al sujeto activo que teniendo posibilidad de ajustar sus acciones a las exigencias normativas, no actuó de esta manera. Dentro de este elemento deben analizarse como circunstancias la exigibilidad, la imputabilidad y el conocimiento de la ilicitud.⁴²

La conducta típica de este artículo se produce cuando el sujeto activo mediante el uso de violencia tiene acceso carnal el cual puede ser vaginal o anal con el sujeto pasivo. Y es de esa forma se lesiona el bien jurídico que se protege, que es el de la libertad sexual porque la víctima no ha brindado su consentimiento, quitándole en ese momento, el derecho de decidir con tiene o no relaciones sexuales.

Otro elemento que configura este delito es el uso de la violencia, que como ya se había establecido esta puede ser tanto física como psicológica, logrando mediante esta la intimidación y el sometimiento de la víctima, ya que en caso

⁴¹ Francisco Muñoz Conde, Derecho penal parte general (España: Tirant Lo Blanch, 2007), 197.

<https://www.ehu.eus/documents/1736829/2063941/09+Derecho+penal+general+%28Parte+1%29.pdf>

⁴² Adriana Fernández Delgado y Christopher Segura Campos, "Evolución del delito de abusos sexuales contra menores de edad e incapaces, período 1999-2016: perspectiva desde la seguridad jurídica". (Tesis de pregrado, Universidad de Costa Rica, 2018), 37.

<https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2019/05/TESIS-COMPLETA1212.pdf>

contrario de no existir violencia podría entender que la víctima sí dio su consentimiento.

Pero el código penal ha tipificado más supuestos que el de la “violación simple”, ya que en el art. 159 CP, describe una conducta agravada, en donde elimina el elemento de la violencia e incorpora el acceso carnal con un menor de quince años, la enajenación mental, estado de inconsciencia o incapacidad de resistir, siendo que el delito se configura a pesar que el menor de quince años haya brindado su consentimiento, porque ante la ley los menores de edad no poseen la capacidad volitiva ni cognitiva para permitir o rechazar un encuentro sexual así como las personas con enajenación mental.

El estado de inconsciencia puede ser consecuencia de muchos factores como el ingerir alcohol, el uso de drogas, desmayos, condiciones médicas como el estado de coma, la anestesia general y cualquier otro que no permita a la víctima expresar el desacuerdo y su falta de consentimiento para mantener relaciones sexuales. Así mismo la incapacidad de resistir puede estar generada por el sometimiento completo de la víctima, de forma física al no poder moverse o poder luchar en contra del agresor o la imposibilidad de expresarlo verbalmente.

Delitos de mera actividad: Son aquellos cuya descripción y contenido material se agota en la realización de una conducta, sin que se exija la producción de un resultado distinto del comportamiento mismo, por tanto, el delito de violación encaja dentro de esta clasificación.

Delitos de propia mano: El delito de violación pertenece a este grupo de delitos, es decir, a los que se denomina de propia mano debido a que el tipo básico contiene la exigencia de condiciones personalísimas en el autor, por tanto, existe una limitación en el ámbito de la autoría. Los autores de estos

delitos sólo pueden ser quienes estén en situación de ejecutar directa y corporalmente la acción prohibida, tal es el caso del delito de violación, en que el sujeto activo debe realizar personalmente y corporalmente la acción de acceso carnal en la víctima.

2.10.2. Elemento Objetivo

Acceso Carnal

El acceso carnal es la conducta típica de violación sexual que exige la concurrencia de un sujeto activo, que puede ser cualquier persona, dicha conducta se refiere a la realización del acceso carnal por vía vaginal o anal, mediante el uso de violencia que puede ser tanto física como psíquica debiéndose entenderse que en el caso de violación en menor e incapaz no es necesario la violencia para que haya delito.

Se entiende el acceso carnal como el acto de introducir el órgano genital masculino en la vagina o el ano del sujeto pasivo, ya sea de forma total o parcial, siendo posible la tentativa cuando no es posible la penetración o cuando el pene no supera el portal del himen, o los esfínteres anales en su caso. El acceso carnal es considerado como: “todo hecho en virtud del cual el órgano genital de una de las personas sujeto activo o pasivo es introducido en el cuerpo de la otra, por vía normal o anormal, en tal forma que haga posible el coito o un equivalente anormal de él”⁴³

Bien Jurídico Protegido

El bien jurídico protegido es la libertad sexual, referida a la libre disposición de toda persona de decidir sobre su sexualidad, en un doble sentido, pues es libre

⁴³ Hugo Mario Sierra, Lecciones de Derecho Penal parte General, (Argentina: Reud, 1997), 184. <https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/derecho-penal-parte-general.pdf>

de decidir mantener relaciones sexuales con determinado sujeto y el momento en que se llevara a cabo o decidir no proceder a realizar actos sexuales con dicho sujeto.

Sujetos

Según la postura clásica hombres son los únicos capaces de ser sujetos activos, pero con el pasar del tiempo se ha comprobado que también mujeres podrían llegar a encontrarse en ser sujetos activos, obligando a un hombre a penetrarla por vía vaginal o anal. En cuanto al sujeto pasivo pueden ser tanto hombres como mujeres víctimas de este flagelo. ⁴⁴

El sujeto pasivo, por otro lado, es aquel sobre el que recae el daño de la acción delictiva. En tal sentido, es la persona cuyo bien jurídico protegido ha sido puesto en peligro o lesionado por la conducta realizada por el sujeto activo. Para determinar al sujeto pasivo en la comisión de un delito, se debe identificar cuál es el bien jurídico protegido por la norma penal y si este ha sido puesto en peligro o lesionado.

2.10.2.1. Teoría: Indiferencia del agente: la mujer como sujeto activo o la "violación inversa"

El planteamiento de esta posición que se cierne como la minoritaria, es estimar no sólo el hombre como sujeto activo del delito de violación, sino incluir las conductas sexuales que involucrando penetración consideran a la mujer como agente, cuestión que ha sido denominada por la doctrina como "violación inversa" y criticada por representar para Díaz-Maroto y Villarejo "sólo casos de

⁴⁴ Edgardo Antonio López Ortiz, Shatnam Amparo Peña y Marcela Argentina Perla López, "Importancia de la prueba científica en el delito de violación y su regulación en la legislación procesal penal salvadoreña". (Tesis pregrado, Universidad de El Salvador, 2012) 27. <https://es.scribd.com/document/398742892/Importancia-de-la-Prueba-Cientifica-en-el-Delito-de-Violacion-y-su-regulacion-en-la-Legislacion-Procesal-Penal-Salvadorena-pdf>

laboratorio", excluyendo, los casos de relación sexual con un menor, de mayor factibilidad.

Conducta Típica

Consistente en lograr el acceso carnal con **violencia física o psicológica**, teniendo la falta de consentimiento de la víctima, puesto que el bien jurídico protegido es la libertad sexual de la persona, en el momento en que se tiene acceso carnal sin el consentimiento de la otra persona, es ahí donde se lesiona el derecho de la víctima a decidir con quién mantener una relación sexual y con quién no.⁴⁵

La falta de consentimiento de la víctima se denota en la violencia física y/o psicológica que el autor infringe en la víctima, dicha violencia conlleva a la intimidación, estos son otros de los elementos que no pueden faltar dentro de la configuración de este tipo penal, la intimidación debe ser grave, pues es con la cual se somete a la víctima con el fin de acceder a esta. Si este faltara ya no se podría hablar de violación sexual puesto que es evidente que el actor no tuvo necesidad de someter a la otra parte y se entenderá que esta otra dio su consentimiento para el acto sexual.⁴⁶

Es importante mencionar que dicha violencia no necesariamente es producida por quien realiza el acceso carnal, pero si es importante que a causa de la violencia ejercida fue posible lograr el acceso carnal. Para la configuración del delito de violación sexual, no es necesaria la penetración total del miembro masculino, así mismo tampoco se exige la eyaculación, ni mucho menos ruptura de himen.

⁴⁵ *Ibíd.* 28.

⁴⁶ *Ibíd.*

2.10.3. Tipo Subjetivo

El delito de violación, es posible mediante la realización de la conducta con dolo directo, es decir, con la plena intención por parte del sujeto activo de tener acceso carnalmente ya sea vía vaginal o anal con el sujeto pasivo. Es por ello que, como elemento subjetivo del delito, se encuentra:

El dolo

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

El dolo es un elemento que existe en la violación, incluso sirve para diferenciarlo de otros delitos como las agresiones sexuales. En el tipo penal del artículo 158 C.pn, existe la intención manifiesta de acceder carnalmente mediante la fuerza a la víctima, se excluye totalmente la violación culposa por parte del sujeto activo.

Perpetración del delito de violación

Este ilícito se configura en el momento en que se da la penetración o introducción del miembro viril masculino en vagina o en ano, ya que es un

delito de mera actividad. Se entiende como fronteras penales el himen en la vagina y los esfínteres anales y este acepta tentativa. Los delitos de mera actividad son aquellos que se perfeccionan con la sola conducta del agente, sin que se requiera para ello la producción de un resultado material, esto es, no requieren de un resultado, entendido éste, como un cambio exterior en la realidad.

Con respecto a la violación, encaja en ser un delito de mera actividad ya que cuando el sujeto activo accede carnalmente a su víctima, con esta sola conducta, y en la medida que exista ausencia de consentimiento, ya está violando, sin exigirse ningún resultado externo.

CAPITULO III:

APLICACIÓN DEL ERROR EN EL DELITO DE VIOLACIÓN

En la dogmática jurídica penal, se presentan supuestos, en los cuales la comisión del ilícito se encuentra enmarcada por aspectos negativos en su realización, conocidos como error de tipo y error de prohibición. El error de tipo es aquel en que no existe el conocimiento de los elementos objetivos del tipo; y el error de prohibición es el que recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta realizada.

Por otro lado, se encuentra la clasificación de la figura del error en Vencible o Invencible, donde el error vencible es cuando aplicando la diligencia debida o el debido cuidado, se hubiese evitado realizar la acción delictiva, mientras que en el error invencible aun aplicando la debida atención al hecho, no se puede evitar su realización ilícita.

En cuanto a su regulación en el código penal salvadoreño en el Art. 28, el error vencible se encuentra encaminado a atender las circunstancias del hecho y las personales del autor, el cual será sancionado como un delito culposo, mientras el error invencible, recae sobre la ilicitud del hecho o sobre una causa de exclusión de responsabilidad penal, por lo que exime de la infracción penal cometida.

3.1. Clasificación del error de tipo

Al ser el error de tipo un fenómeno que determina la ausencia del dolo por un falso conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo, al instante en el que el agente actúa se enfrenta a dos momentos, uno de estos hechos le brinda la posibilidad de salir del error, por esta razón dentro del tratamiento

jurídico del error de tipo se distinguen el error de tipo invencible y el error de tipo vencible.⁴⁷

3.1.1. Error de tipo invencible

Hay error de tipo invencible cuando la persona en el acto, aunque habría intentado no pudo evitarlo de ninguna manera. La persona desconoce totalmente que su actuación no está de acuerdo al derecho y por ello a pesar de todo no logra salir del error en que se encuentra, las consecuencias de que el autor caiga en este tipo de error es que se excluye tanto el dolo como la imprudencia es decir no hay delito. El error invencible genera que sea impune la conducta debido a que su actuación no es típica, lo que resulta realmente importante pues el autor que cometa error invencible no podría ser juzgado por esta causa.⁴⁸

3.1.2. Error de tipo vencible

El autor se enfrenta también a aquellos supuestos en los que exista imprudencia, es decir que no aplico la diligencia debida al momento de actuar tomando en cuenta las circunstancias y la persona a la que va dirigido el hecho ilícito, de tal manera que si el autor hubiese actuado de la manera exigida no caería en el error. La consecuencia de que exista error de tipo vencible tiene los siguientes efectos: se excluye el dolo debido a que el autor no actuó con voluntad de hacer daño, pero se mantiene la imprudencia al no actuar de forma debida. Existen casos en los cuales el delito es doloso per se, es decir no existe “hurto culposo” en esos casos se elimina el dolo.

⁴⁷Santiago Mir Puig, Derecho Penal Parte General (Argentina: B de F, 2003), 254. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30052.pdf>

⁴⁸Johselyn Patricia Espinoza Avilés, “Análisis doctrinal y jurisprudencial de la aplicación error de tipo como elemento de la dogmática jurídico penal” (Tesis pregrado, Universidad Católica del Ecuador. 2017), 102. <http://repositorio.puce.edu.ec/handle/22000/14033>

3.2. Clasificación del error de prohibición

El error de prohibición puede ser considerado desde dos puntos de vista, según exculpe o disminuya la culpabilidad, se puede hablar de error de prohibición invencible o vencible y, por otro lado, según el agente ignore o conozca la norma prohibitiva violentada, se está frente a un supuesto de error de prohibición directo o indirecto, al primero también se le conoce como error de prohibición “abstracto” y al último, como error de prohibición “concreto”.

3.2.1. Error de prohibición vencible

Existe error de prohibición vencible cuando el sujeto podría de alguna manera evitar el resultado de su error, lo cual hubiese sucedido si él prestaba la atención adecuada, o si de ser el caso se hubiere informado lo suficiente sobre el hecho para no cometerlo, la consecuencia en derecho penal es que el error de prohibición vencible no elimina el dolo, que este se encuentra en la tipicidad, pero el haber actuado por error de prohibición vencible no excluye culpabilidad, disminuye el reproche, y depende del juez la atenuación de la pena.⁴⁹

3.2.2. Error de prohibición invencible

El error de prohibición invencible en cambio surge cuando la persona no podía de ninguna manera conocer sobre la antijuridicidad de la conducta, elimina la culpabilidad, debido a que se excluye la conciencia de antijuridicidad por tanto sus características son que subsiste el dolo y la tipicidad, pero se elimina la responsabilidad al no existir conciencia de antijuridicidad, Por ende a pesar de

⁴⁹ Johselyn Patricia Espinoza Avilés, “Análisis doctrinal y jurisprudencial de la aplicación error de tipo como elemento de la dogmática jurídico penal” (Tesis pregrado, Universidad Católica del Ecuador. 2017), 95. <http://repositorio.puce.edu.ec/handle/22000/14033>

que la conducta sea típica y antijurídica el error de prohibición vencible genera la falta de culpabilidad.

Error de prohibición directo

Esta clase de error, se refiere a aquellos en los cuales el autor no percibe la norma, sea imperativa o prohibitiva, por lo cual cree que su acción no está regulada normativamente (o sea prohibida o mandada).

Este error se puede dar, por distintas razones:

1) Porque la persona no conoce la existencia de la norma (prohibitiva o imperativa).

2) o porque la persona, si bien conoce la existencia de la norma, yerra con respecto a sus límites, pues la ha interpretado erróneamente.

Error de prohibición indirecto

Es aquel error, en el cual incurre una persona, que si bien conoce la norma (prohibitiva o imperativa), cree erróneamente que en el caso concreto su conducta está justificada por la concurrencia de una causal de justificación.

Este error obedece a distintas situaciones:

1) Puede ser que el sujeto cree erróneamente en la existencia de una causa de justificación inexistente.

2) o su error se debe a que desconoce los límites de una causal de justificación existente.

Error sobre los presupuestos materiales u objetivos de una causa de justificación

Es el error que recae sobre las circunstancias que de haber existido realmente, conllevarían a la concurrencia de una causal de justificación realmente existente⁵⁰.

3.3. Error de tipo en el delito de violación

El error de tipo es el desconocimiento de los elementos objetivos que la normativa penal establece, para que sea realizada, esta clase de error puede recaer sobre la relación de causalidad por lo general se da en los delitos de resultado, sobre el objeto (error in persona), y en el golpe (aberratio ictus). En el delito de violación solo puede concurrir el error de tipo sobre el objeto, es decir sobre el sujeto pasivo sobre quien se realiza la acción, y será cuando una persona decide tener acceso carnal con otra, en las siguientes circunstancias:

- Cuando el acceso carnal sea en una persona que ha sido declarada enajenada mental, pero es de forma parcial, es decir que tiene lapsos de lucidez, razón por la cual no se le denota su enajenación.

3.3.1. Error de tipo vencible en el delito de violación

El error vencible es cuando aplicando la diligencia debida o el debido cuidado, se hubiese evitado realizar la acción delictiva. "...La consideración de que la vencibilidad del error de tipo, equivale a su evitabilidad, y para que esta clase de error sea evitable, ha de examinarse la capacidad de que el sujeto que

⁵⁰ Martín Alonso González Gaete, "Tratamiento Del Error Sobre Los Elementos De Valoración Global Del Hecho" (tesis pregrado, Universidad de Chile, 2018), 16. <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/153101/Tratamiento-del-error-sobre-los-elementos-de-valoraci%c3%b3n-global-del-hecho.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

conoce los elementos del tipo penal, haya observado el debido cuidado, que depende, de sus circunstancias sociológicas y culturales.

Consecuentemente, ha de entenderse, que el error de tipo vencible es aquel en el cual se pudo impedir la comisión del delito, empleando una diligencia normal o la que estuvo al alcance del autor en las condiciones en que actuó, ello en razón, de que se elimina el dolo dejando subsistente la responsabilidad culposa, lo que implica, que de encontrarse regulada la misma conducta en su forma imprudente, será sancionada con dicha penalidad”.⁵¹

Este error se denota en el caso que se dé una violación en un incapaz puede darse este error cuando una persona llega de visita a un lugar turístico del país, donde pasara sus vacaciones y ahí conoce a una mujer que aparenta ser normal y teniendo cualidades físicas que llaman la atención de un hombre, él hace lo posible por seducirla y sostiene relaciones sexuales con ella, pero ella en realidad tiene un trastorno mental (esquizofrenia aguda), en este caso el sujeto pudo evitar cometer el hecho, si hubiese consultado en el lugar turístico sobre esa persona, para tener más datos referentes a la mujer, donde él pudo descubrir la condición que ella padece.

Error de tipo invencible en el delito de violación

El error invencible es cuando aun aplicando la debida atención al hecho, no se puede evitar su realización ilícita, en el delito en análisis no encajaría esta modalidad de error, por las cualidades que presenta. Ya que dentro de los elementos esenciales que configuran el delito de violación se exige la utilización de la violencia, por lo cual se evidencia el dolo de cometer el hecho delictivo.

⁵¹ *Sala de lo Penal, Sentencia de Casación, Referencia 100-C-2012* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012). <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/20102019/2012/10/9B1D6.PDF>

Efectos del error de tipo en el delito de violación

Cuando el error de tipo fuere vencible el artículo 28 regula "si el error fuere vencible atendidas las circunstancias de hecho y las personales del autor la infracción será sancionada en su caso como culposa", pero en el caso de violación no existe la realización culposa del hecho; por el sistema de números clausus, que no autoriza sancionar conductas culposas que no se describan en el tipo penal. El artículo 18 del código penal en el último inciso establece que: "Los hechos culposos solo serán sancionados cuando la ley penal lo establezca de manera expresa".⁵²

3.3.2. El error de prohibición en el delito de violación

El error de prohibición, es aquel que recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad del hecho constitutivo de delito y este puede ser Directo o Indirecto, Vencible o invencible.

Error de prohibición vencible directo en el delito de violación

El error de prohibición vencible directo es cuando el sujeto desconoce que la acción realizada es contraria al ordenamiento jurídico, en este supuesto pueden concurrir tres casos:

- Que no sepa que la conducta está prohibida,
- Que conozca que la actitud es ilícita, pero crea que no está vigente, y;
- Que interpreta de una forma errónea el tipo (esto se conoce en la doctrina como error de subsunción).

⁵² Adán Patricio Argueta Amaya, Elliot Abraham Asturias Umanzor y Rubén Antonio González Ventura, "La violación en menor o incapaz en el departamento de San Miguel 2003-2005" (Tesis pregrado, Universidad de El Salvador, 2005.) 94. <http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/4275/1/50101033.pdf>

En el delito en estudio se puede dar el caso en que un sujeto que se fue del país hacia Estados Unidos en 1999, vuelve en 2005 a El Salvador, y conoce a una joven de 14 años con la que tiene relaciones sexuales, en este supuesto el individuo sabe que el acceso carnal con menores es prohibido, pero la norma que él consideraba vigente ya fue modificada (en 1998 era prohibido tener relaciones sexuales con menores de 12 años), en este caso es un error en la vigencia de la norma.

Error de prohibición vencible indirecto en el delito de violación

Recaerá sobre las causas de justificación de la conducta, en este supuesto concurre cuando el sujeto yerra en la creencia de que su acción estaba justificada o se excede en la aplicación de una justificante; para el delito de violación, se analizó en la antijuricidad que no concurren causas de justificación y por lo tanto no se dará la existencia de un error de prohibición indirecto.

Error de prohibición invencible en el delito de violación

El error de prohibición recae sobre la antijuricidad del hecho constitutivo del delito, en el delito de violación, se debe comprobar que la persona desconoce la normativa penal que sanciona cierto tipo de conductas. Este error se da cuando el sujeto no tiene la posibilidad de conocer la ilicitud del hecho, así pues, cuando un sujeto que es de una isla remota del oriente del país, donde ni siquiera tiene acceso a los servicios, no sabe leer ni escribir y nunca ha tenido conocimiento de lo que el código penal regula, cree en la que tener relaciones sexuales con menores no se castiga, visita la capital del país y tiene relaciones sexuales con una menor de 13 años, comete el delito de violación en menor o incapaz pero debido a las circunstancias que lo rodean no se pudo dar cuenta que el hecho es ilícito.

Efectos del error de prohibición en el delito de violación

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

3.4. Circunstancias atenuantes

Las atenuantes de la responsabilidad penal, son parte de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, éstas consisten en “aquellos estados personales o situaciones objetivas que concurren en el cometimiento del delito, que aun cuando por su carácter circunstancial no constituyen la esencia misma del hecho, determina su atenuación y por ende la menor responsabilidad del delincuente”⁵³, por ello se dice, que la circunstancia atenuante es todo lo que modifica un hecho o un concepto sin alterar su esencia, pues modifica la responsabilidad penal del autor, sin eliminarla por completo como se da en el caso de las excluyentes de responsabilidad penal.

Las atenuantes que se aplican de acuerdo al código penal salvadoreño se encuentran contenidas en el artículo 29 del mismo, siendo estas: La Inferioridad psíquica por intoxicación, que es cuando el sujeto activo se encuentra en un estado de intoxicación por ingesta alcohólica o de otra índole, que, sin ser pre ordenada al hecho, no llegue a tener plenitud de efectos sobre él, pero inciden en su estado de conciencia. Luego e encuentran el exceso en las causas de exclusión de la responsabilidad penal, las cuales en el caso del delito de violación en menor o incapaz como no se admite la concurrencia de excluyentes de la responsabilidad penal, debido a sus cualidades, referentes a la antijuridicidad y la culpabilidad; por ser elementos esenciales para la

⁵³ Código Penal de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1997) artículos 27, 29.

realización del delito. Por otro lado, están los estados pasionales, los cuales hacen referencia a las alteraciones que suponen la disminución de los presupuestos de la imputabilidad como lo son: la plena conciencia de la antijuridicidad, es decir, el pleno conocimiento que la conducta es contraria a la norma y la capacidad de auto determinarse con arreglo a la norma; no es tanto el estado emotivo sino la capacidad de autorregulación. En cuanto a la disminución del daño de parte del autor, provoca que se atenué su acción, aunque no en todos los tipos penales puede concurrir esta atenuante, debido a que la disminución del daño se puede notar en los delitos de resultado concreto, en cambio en los de mera actividad, no se podría aplicar esta disminución del daño ya que debe concurrir justamente después de lesionar el bien jurídico y ser adecuada la asistencia para evitar un daño mayor al causado. Por ultimo están cualquier otra circunstancia que a juicio del Juez o Tribunal se pueda considerar como atenuante, y se observa que en el caso de la interpretación por analogía, de cada supuesto de hecho, que puede dar la aparición de alguna circunstancia, que, si bien no se regula como atenuante de una manera expresa en el Código Penal, puede tener aplicación como tal, la aparición de alguna circunstancia que atenué la responsabilidad penal de manera analógica, que debe responder a las peculiares características personales del agente y a los elementos que rodean la ejecución del ilícito.

3.5. Legislación comparada

En este apartado, corresponde abordar lo referente al derecho comparado, es decir, a aquellas legislaciones que es menester tomar en cuenta para el desarrollo de esta investigación, respecto a la institución jurídica del error. Como bien se desarrolla en los antecedentes históricos, el error ha evolucionado en sus distintas teorías y clasificaciones doctrinarias, es así, que un gran número de países han tenido a bien incluir el error dentro de sus

legislaciones, por tanto, resulta importante mencionar algunos países que lo toman en cuenta y que, del análisis de su contenido se desprenden algunas similitudes y diferencias con la legislación penal salvadoreña.

3.5.1. El Error en el Código Penal Peruano

Código Penal Peruano derogado de 1924

La figura del error se encontraba regulado en el artículo 87, de la siguiente manera:

“Artículo 87.-En los casos de infracciones cometidas por una errónea apreciación de los hechos no proveniente de negligencia, o por ignorancia o error no culpables sobre el carácter delictuoso de un acto que el agente hubiera considerado lícito, el Juez podrá disminuir la pena hasta límites inferiores al mínimo legal. La ignorancia de la ley penal no modificará en ningún caso la represión de delitos que tengan señalada una pena mayor que la de prisión”.

Como puede apreciarse el planteamiento de la unificación del error visto en el artículo 87 del anterior CP de 1924 corresponde a la teoría causalista del delito propagada entre los impulsores del referido cuerpo normativo, pues consideraba al injusto como la afectación manifiesta del bien jurídico y al dolo causalista como elemento de la culpabilidad.

En ese sentido: “Se abandonó el régimen de atenuación facultativa de la pena prevista en el artículo 87 del CP de 1924 en lo referente a la figura del error y se opta por un régimen de tratamiento diferenciado, según el cual corresponde imputar a título de culpa al autor afectado por un error vencible sobre algún

elemento constitutivo del tipo y atenuar obligatoriamente la pena al autor que actúa bajo un error vencible sobre el carácter ilícito de su comportamiento.⁵⁴

La Exposición de Motivos del código penal peruano señala que la regulación y el tratamiento normativo del error de tipo tiene como fuente legislativa el 20.2 del Proyecto del CP alemán de 1962, en el 19.1 del Proyecto Alternativo del CP alemán y en el 16.1 del CP alemán de 1975. Asimismo, respecto al error de prohibición sigue la propuesta del anteproyecto del CP español de 1983 en el artículo 17 inciso 3 al decidirse por la atenuación facultativa, en caso de ser vencible.

La doctrina peruana respecto a la anterior figura del error indico que existía escasa claridad en la redacción del artículo 87, pues: “No permitía llegar a conclusiones mínimamente seguras respecto del tratamiento que se debería otorgar al error en el derecho penal peruano. El dispositivo en mención no aceptaba la exclusión de la responsabilidad penal en caso de error, sino que únicamente hacía posible la atenuación, más aun si la concurrencia del defecto de conocimiento en el marco de la sistemática causalista imperante en ese entonces, debería generar la falta de dolo.⁵⁵”

Código Penal Peruano de 1991

El error de tipo está previsto en el artículo 14 y se expresa de la siguiente manera:

“Artículo 14.- El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la

⁵⁴ Gilmer Pablo Cuba Valdiviezo, “Los Criterios para la aplicación del error de tipo en los delitos de violación sexual de menor” (tesis pregrado, Universidad Nacional de Trujillo Perú, 2017) 103. http://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/9299/CubaValdiviezo_G.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁵⁵ José Luis Castillo et al. Código Penal Comentado, (Perú: Gaceta Jurídica, 2011), 462. http://www.icap.pe/biblioteca_virtual/CODIGO_PENAL_comentado_tomol_GACETA_JURIDICA.pdf

responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena”.

El primer párrafo exime de responsabilidad penal al que actúa bajo la creencia de un error de tipo invencible y excluye al que incida sobre alguna circunstancia agravante de la pena. Asimismo, sanciona culposamente al que actúa bajo la influencia de un error de tipo vencible, siempre y cuando que se encuentre previsto como tal en la ley. El segundo párrafo establece el denominado error de prohibición, excluyendo de responsabilidad penal al que desarrolle el comportamiento bajo la creencia de un error tipo invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo del delito, y atenúa la pena al que actúa bajo la influencia de un error vencible.

3.5.2. El error en el Código Penal de Argentina de 1921. Ley 11.179.

El error está regulado en su Artículo 34 que literalmente dice:

“No son punibles:

1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.”

El artículo desarrolla más causas de imputabilidad en los numerales siguientes, pero es solamente en el primero que la figura del error es mencionada junto con la ignorancia, no haciendo así diferencias entre error de hecho y error de derecho, ni mucho menos distinción entre error de prohibición y error de tipo, dejando abierta la posibilidad de darle casi cualquier

interpretación de error ya que su regulación es de manera general y no específica; el artículo que regula el error está titulado como imputabilidad, seguido de “no son punibles”, es decir que no se le impondrá una pena a la persona que haya cometido un delito pero no hace una especificación de cuáles son los tipos de errores en los que el sujeto activo pueda encajar para que se aplique la inimputabilidad de la pena.

3.5.3. El error en el Código Penal de México

En primer lugar, está el Código Penal Federal de México, este código data del año 1931 y en dicho cuerpo normativo se regula al error en el artículo 15, fracción VIII, bajo el epígrafe de “*Causas de exclusión del delito*” y el cual establece que:

Artículo 15.- El delito se excluye cuando: VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible: a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal o; b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o que crea que está justificada su conducta. Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 66 de este código;

Artículo 66.- En caso de que el error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización. Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción la pena será de hasta una tercera parte del delito de que se trate.

De lo anterior, se encuentran algunos elementos de gran relevancia, el primero en cuanto al epígrafe, pues dicha legislación toma en cuenta al error como una causa de exclusión del delito, básicamente lo que en el Código Penal

salvadoreño se conoce como las “Causas de exclusión de responsabilidad penal” reguladas en el Capítulo II, artículo 27 del Código Penal, no obstante que el código no menciona dentro de los numerales del artículo 27 al error, si se encuentra contenido dentro del mismo Capítulo II, que engloba las causas que excluyen la responsabilidad penal, ya que se regula en el artículo 28 de mismo cuerpo normativo, haciendo referencia en el inciso primero al error de tipo, sea que este fuere vencible o invencible, y en el inciso segundo, desarrolla el error de prohibición, el cual también podrá ser vencible o invencible.

Se tiene por establecido que ambas legislaciones regulan tanto el error vencible como el error invencible, las cuales son sub-clasificaciones que se encuentran contenidas dentro del error de tipo y el error de prohibición respectivamente, no obstante, ni en la legislación mexicana ni en la salvadoreña se tiene determinado expresamente cuando se esta ante un error de tipo y cuando ante un error de prohibición, por tanto, es tarea de quien aplica dicha disposición analizar el tipo de error del que pretende hacer uso.

3.5.4. El error en el Código Penal de Costa Rica

En segundo lugar está el Código Penal de la República de Costa Rica, el cual regula la figura del error dentro del artículo 34 y como ya se mencionaba en el apartado referente a la legislación mexicana, son muchas las legislaciones que se han actualizado a las teorías establecidas por las escuelas doctrinarias, y referente a este tema, en el capítulo I de la presente investigación se establecen los antecedentes históricos, en el cual se hace mención del error de hecho y el error derecho como la teoría que en el derecho penal moderno se encuentra sustituida por la concepción del error de tipo y el error de prohibición.

Respecto al Código Penal de Costa Rica, este regula el error bajo la clasificación de error de hecho y error de derecho, estableciendo como error

de hecho: *que no es culpable quien al realizar el hecho incurre en error sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista, no obstante cuando el error provenga de la culpa, será sancionado solo si la ley señale pena por su realización.* También regula el error de derecho, en el artículo 35 y lo define como: *que no es culpable, quien por error invencible crea que el hecho que realiza no se encuentra sujeto a una pena, en caso de ser error vencible, la pena prevista podrá ser atenuada.*

CAPITULO IV:

ANALISIS DE CASOS JURISPRUDENCIALES Y DESARROLLO DE ENTREVISTAS

4.1. Análisis de Sentencias Nacionales con aplicación de la figura del Error en el Delito de Violación

Jurisprudencia

El estudio de la jurisprudencia nacional es de vital importancia para la comprensión de la figura del error en materia penal, ya que en el contenido de las sentencias, donde se encuentran los criterios jurisprudenciales que se aplican para el análisis del error en el proceso penal salvadoreño, lo cual ayuda tener una mejor idea de cómo hace el juzgador la aplicación de las reglas de la sana crítica y el juicio de tipicidad de cada caso para lograr identificar los hechos y personas responsables de la actividad delictiva y como encajan en el tipo penal para la aplicación objetiva del error.

A continuación, dentro de la jurisprudencia, se establece principalmente como se da la aplicación del error en el delito de violación en el país.

4.1.1. Sentencia con referencia 441-P-2018

Análisis de la sentencia

En la presente sentencia se da un caso de violación en menor o incapaz previsto y sancionado en el art.159 CP a una menor que tenía trece años y diez meses, por el motorista que la iba a dejar a la escuela, y que el hecho ocurrió en cinco ocasiones.

A) Datos generales de la sentencia

Sentencia con referencia 441-P-2018 de la Cámara Penal de la Cuarta Sección del Centro, Santa Tecla, Corte Suprema de Justicia, El Salvador, a las nueve horas y un minuto del día veintitrés de mayo del año dos mil diecinueve, en el proceso penal instruido en contra del imputado J.A.V. de cuarenta y un años de edad, por el delito de Violación en menor o incapaz, previsto y sancionado en los Art. 159 CP en perjuicio de la víctima, quien es representada legalmente por la Procuradora de Familia Licenciada Teresa Carmen Ortega de Orantes.

B) Relación de los hechos

Relata la menor que conoció a J.A.V. en el mes de marzo porque el manejaba el microbús particular que la iba a dejar y a traer de la escuela, que empezaron a conocerse y a los dos meses de conocerse el imputado le pidió que fueran novios y ella acepto, fueron novios durante tres meses, hasta que el 17 de agosto el imputado la llevo al motel y tuvieron relaciones sexuales pero cuando regreso a la escuela su hermano mayor la estaba buscando y le pregunto qué pasaba a lo cual ella le conto todo lo que sucedía con el señor J.A.V. y ese día interpusieron la denuncia.

C) Pruebas que desfilaron en dicha vista pública

El testimonio de la menor, así como Peritaje Psicológico, Peritaje de Trabajo Social, Peritaje de genitales de la víctima y Certificación de partida de nacimiento de la víctima.

D) Desarrollo de la calificación jurídica de los artículos

El delito que está en discusión en este proceso es el de Violación en menor o incapaz, previsto y sancionado en los Art. 159 CP que dice:

“Art. 159.- El que tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con menor de quince años de edad o con otra persona aprovechándose de su enajenación mental, de su estado de inconsciencia o de su incapacidad de resistir, será sancionado con prisión de catorce a veinte años.

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

El bien jurídico protegido es la libertad sexual y subsidiariamente la indemnidad sexual.

E) Fallo de la sentencia

Sentencia de Apelación en contra de la resolución la Sentencia Definitiva pronunciada el diecinueve de septiembre de dos mil dieciocho por el Tribunal Segundo de Sentencia de Santa Tecla, La Libertad; en donde el Juez titular en dicha resolución condenaba al imputado a la pena de cinco años de prisión así como la declaratoria de responsabilidad civil al acusado por el delito de Violación en menor o incapaz, regulado en el art. 159 CP, fundamentada dicha pena en el art. 28 y 69 CP, ya que el imputado había incurrido en el Error de Prohibición vencible.

En cuanto a la resolución de la Sentencia de Apelación, Cámara resolvió la anulación de la Sentencia y ordeno al Juez la fundamentación de la nueva resolución.

F) Aplicación del error al impartir la pena

Una de las consideraciones del Juez de Sentencia *“...De la prueba que se ha valorado, el tribunal considera, que dada la constitución física y características morfológicas de la víctima, hizo incurrir al procesado en un error de prohibición,*

al desconocer que era menor de quince años, dirigiendo su conducta, bajo la voluntad del sujeto pasivo en realizar esa relación sexual... ”⁵⁶

En este caso la Apelación versa sobre cinco motivos, uno de ellos es la falta de fundamentación de la sentencia ya que no se probó que el imputado hubiese incurrido en el error de prohibición vencible, respecto a la edad de la víctima, y este es uno de los puntos más importantes en los que se basa el juzgador para imponer la sentencia; en la relación circunstanciada de los hechos y en la declaración de la víctima surgen diversos hechos, como es el que la víctima conocía a la familia del imputado porque pasaba tiempo en la casa de este, que ambos sostenían una relación de noviazgo de tres meses y tenían cinco meses de conocerse, que mantuvieron relaciones sexuales en cinco ocasiones, que durante su captura y las tres audiencias realizadas el imputado hizo uso de su derecho a guardar silencio.

Fundamento de la Cámara “...*las reglas de la sana crítica, indican que quien crea no estar ante un delito de violación porque a su criterio la víctima es mayor de edad, la reacción lógicamente espontánea será la de expresar o hacer ver que ha habido un error y esa es la parte que detectamos que el señor Juez de Sentencia no analizó en lo absoluto; pues no se trata de su apreciación, sino de la apreciación del imputado...*”

Todos estos factores llevan a concluir que el imputado tuvo muchísimas ocasiones para conocer y preguntar la edad de la víctima y que a pesar de conocerla actuó de la forma ya descrita, sin importar las repercusiones que esto podría tener, a esto añadido que en ningún momento trató de defenderse expresando verbalmente el equívoco, que no existe ningún indicio que el

⁵⁶ Cámara de lo Penal, Sentencia de Casación, Referencia: 441-P-2018 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018). <https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F20102019%2F2019%2F05%2FDB12B.PDF&number=897323&fecha=23/05/2019&numero=441-P-18&cesta=0&singlePage=false%27>

imputado tuviere otra concepción respecto a la edad de la víctima y que por lo tanto no puede considerarse que el hecho incurra en otro tipo penal como es el error de prohibición vencible.

Otro de los aspectos a destacar es que el mismo juzgador en cierta forma valida que dicha relación tuviera lugar ya que la víctima aparentaba más edad y que dio su consentimiento, pasando por alto que en este tipo de delitos no se protege la libertad sexual si no la indemnidad sexual y que por lo tanto, la víctima no tenía la capacidad para brindar su consentimiento.

El juzgador desvalida toda la declaración de la víctima menos los hechos que versan sobre el último encuentro sexual y la captura del imputado, y de igual forma sustenta que dicha declaración es la única prueba testimonial y que no era suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, nuevamente omitiendo que en estos delitos en la mayoría de los casos solo existe el testimonio de la víctima, al ser delitos de alcoba, pero que ese testimonio es suficiente para apoyar una resolución condenatoria si es necesario. El error de prohibición vencible pudo haberse configurado, pero por las circunstancias específicas e individuales de este caso no dan lugar al mismo, lo que no es aplicable por lo cual la Cámara de lo Penal ordena al Juez de Sentencia a corregir y fundamentar para emitir una sentencia acorde a derecho.

4.1.2. Sentencia con referencia APE-78-CPRPN -2019

Análisis de la sentencia

En la presente sentencia se da el caso de violación en menor o incapaz previsto y sancionado en el art.159 CP, a una menor, de la edad de trece años que sostenía una relación con el imputado de veintiocho años de edad.

A) Datos generales de la sentencia

Sentencia referencia APE-78-CPRPN -2019 de la Cámara de la Segunda Sección del Oriente, Usulután, Corte Suprema de Justicia, El Salvador, a las quince horas con diez minutos del día veinticuatro de julio de dos mil diecinueve, en el proceso penal instruido contra el imputado contra el imputado J.C.S.G. veintinueve años de edad, a quien se le atribuye la comisión del delito de Violación en menor o incapaz, previsto y sancionado en el Art. 159 del Código Penal, en perjuicio de la víctima de diecisiete años de edad, representada legalmente por su madre, señora M.D.C.H.

B) Relación de los hechos

La víctima (de trece años de edad) y el imputado (de veintiocho años de edad) comienzan una relación de amistad que posteriormente termina en noviazgo, luego de dos años de noviazgo, el imputado le propone tener relaciones sexuales a lo cual ella acepta, luego ella queda embarazada y el imputado le dice que se hará cargo de ella y de su bebe porque quiere formar una familia con ella, se acompañan y se van a vivir juntos, él se va con otra mujer, y la victima da a luz a su hija. Al separarse la mamá de la víctima interpuso la denuncia contra el imputado.

C) Pruebas que desfilaron en dicha vista pública

En el presente caso se oferto Prueba documental: Acta de denuncia interpuesta por la madre de la víctima, Acta de denuncia interpuesta por la adolescente, Certificación de partida de nacimiento de la víctima, Certificación de partida de nacimiento de la menor, Informe Psicológico practicado a la víctima, Acta de inspección Ocular; Prueba Pericial Evaluación Psicológica practicada a la adolescente, Resultado comparativo de ADN; Prueba testimonial.

D) Desarrollo de la calificación jurídica de los artículos

En el presente proceso es el de Violación en menor o incapaz, previsto y sancionado en los Art. 159 CP que dice:

“Art. 159.- El que tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con menor de quince años de edad o con otra persona aprovechándose de su enajenación mental, de su estado de inconsciencia o de su incapacidad de resistir, será sancionado con prisión de catorce a veinte años.

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

E) Fallo de la sentencia

Sentencia Apelación, recurso interpuesto por el Agente Fiscal en contra de la Sentencia Condenatoria quince horas del día veintitrés de mayo del dos mil diecinueve pronunciada por el Tribunal de Sentencia de Usulután, en la cual se condenó al imputado por la pena de cuatro años y ocho meses, que era procesado por el delito de Violación en menor o incapaz regulado en el art.159 CP, en el cual se aplicó la figura del error de prohibición vencible para dictar el fallo.

Y en la presente Sentencia la Cámara confirmo el fallo dado por el Tribunal de Sentencia de Usulután.

F) Aplicación del error al impartir la pena

La Apelación interpuesta fundamenta sus motivos en la inobservancia de las reglas de la sana crítica y violación a las reglas de la lógica de coherencia de los pensamientos, y que las conclusiones que expresa la sentencia son contrarias a la realidad que reflejan las pruebas, es decir que con base a las pruebas que fueron objeto de discusión en el proceso, se desvirtuaba la

presunción de inocencia del imputado, ya que este tenía pleno conocimiento de la ilicitud de sus actos.

Esto en razón que la Juez a quo en su fundamento que motivo su resolución considero que el imputado había actuado bajo la creencia que sus acciones no eran constitutivo de delito ni iban contrario a la ley porque su intención era formar una familia con la víctima y no el de causarle daño. Fijando la pena entre la tercera parte del mínimo y la tercera parte del máximo.

“...Del contenido normativo del Art.28 Pn. y de lo que la doctrina enseña a ese respecto, es claro que el error de prohibición es viable de suscitarse en tres supuestos concretos: a) Cuando el sujeto desconoce la existencia de la norma prohibitiva (error directo); b) La falsa creencia de ostentar una autorización o permisión normativa; y, c) El sujeto obra en la creencia errónea de una causa de justificación inexistente (error indirecto estos dos últimos)...”⁵⁷

La Cámara al citar lo sostenido por la Sala de lo Penal, valida las consideraciones de la Juez, que no ha incurrido en la inobservancia de la Sana Crítica ni faltado a las reglas del pensamiento lógico, ya que el imputado actuó siendo consciente de la edad de la víctima, pero actuó bajo la falsa creencia de tener una autorización porque su finalidad era formar una familia, siendo así que en su relación procrearon dos hijas.

Podría inferirse que la pareja al ya no estar juntos el imputado no tenía en realidad la intención de formar una familia con la víctima, pero esas son conjeturas que no entran en el análisis de los hechos y circunstancias iniciales que originaron la relación entre ambos; porque a pesar del desenlace, el

⁵⁷ Sala de lo Penal, Sentencia de Casación, Referencia: 19-CAS-2004 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2004). <https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F20002009%2F2004%2F09%2F69B3.PDF&number=27059&fecha=21/09/2004&numero=19-CAS-2004&cesta=0&singlePage=false%27>

imputado incurrió en el error de prohibición vencible con las concepciones erróneas que no estaba actuando antijurídicamente por la intención con la que se originó la acción.

4.1.3. Sentencia con referencia: 27-3-2018

Análisis de la sentencia

A) Datos generales de la sentencia

Sentencia referencia 27-3-2018 pronunciada por el Tribunal Primero de Sentencia, San Salvador, Corte Suprema de Justicia, El Salvador, a las quince horas con treinta minutos del día veinte de abril de dos mil dieciocho, en el proceso penal instruido contra el imputado, a quien se le atribuye la comisión del delito de violación en menor o incapaz en su modalidad continuada previsto y sancionado en el artículo 42 y 159 CP.

B) Relación de los hechos

Cuando la víctima, tenía trece años de edad, conoció al imputado e inició una relación de noviazgo con él, posteriormente sostuvieron relaciones sexuales, producto de las reiteradas relaciones sexuales que el imputado sostuvo con la víctima, ésta quedó en estado de gravidez, dando a luz a un niño, en el mes de marzo del año dos mil dieciséis, situación que fue informada por dicho nosocomio a la Junta de Protección de la Niñez y Adolescencia, quien emitió el aviso correspondiente a sede fiscal, con lo que se dio inicio a la presente investigación. La víctima asegura que mintió respecto a su edad para que el imputado no la fuera a dejar, y que no se siente ofendida por los hechos.

C) Pruebas que desfilaron en dicha vista pública

En el presente caso se presentó Prueba Pericial: Reconocimiento médico forense de delitos sexuales practicado a la menor víctima, Peritaje Psicológico practicado a la víctima, Resultado de prueba comparativa de ADN; Prueba Documental: Certificación de Partida de Nacimiento de la víctima, Certificación de Imagen de Datos de Documento Único de Identidad del imputado, Orden de Detención Administrativa girada el día treinta de mayo de dos mil diecisiete.

D) Desarrollo de la calificación jurídica de los artículos

En el presente proceso es el de Violación en menor o incapaz, previsto y sancionado en los Art. 159 CP, en la modalidad de delito continuado previsto en el artículo 42 CP.

E) Fallo de la sentencia

“Declarase Culpable al imputado, de generales antes expresadas en el preámbulo de esta sentencia, por el delito de Violación en Menor o Incapaz, regulado en el Art. 159, del Código Penal del Código Penal, en perjuicio de la indemnidad sexual de la menor**, y en consecuencia condénesele a la pena principal de cuatro años ocho meses de prisión, esto en virtud de haberse considerado la existencia de un error de prohibición vencible de conformidad al artículo 28 inc. 2º en relación con el 69 CP., pena que deberá cumplir en el Centro Penal correspondiente”.

F) Aplicación del error al impartir la pena

La Fiscalía General de la República, consideró que se quebrantó la presunción de inocencia, por lo que solicitó una condena a veinte años de prisión y a la responsabilidad civil.

La defensa por su parte hizo un planteamiento de manera antagónica, sobre la base del artículo 28 CP, no se ha acreditado el elemento subjetivo del tipo penal, que el elemento cognitivo y volitivo del dolo no quedó acreditado.

Además, hizo énfasis que en el presente caso únicamente podía considerarse una violación única y no continuada. Sobre la base del error, argumentó que su patrocinado desconocía la edad de la víctima, que en varias ocasiones la manifestó tener dieciséis años de edad, por lo cual no tenía ese conocimiento y voluntad, y por ende insistió que no estaba acreditada la culpabilidad por no haber dolo en cuanto a la edad de la víctima. Por lo que sobre la base del artículo 12 Cn, y 398 CPP., solicitó una sentencia absolutoria⁵⁸.

Valoraciones sobre el error de Prohibición Vencible

El conocimiento de la existencia de una excluyente de responsabilidad penal; conocido como una causal de error de prohibición vencible que se evidencia en la conducta del justiciable era total y objetivamente vencible, debido a que en éste concurrían cualidades que superan al hombre inculto tales como: contar con dieciocho años siete meses de edad, ser jornalero y soltero, además, residente en una zona rural de la ciudad y con un grado de escolaridad sexto grado, cualidades mínimas que tornan posible y exigible para el imputado la representación mental de la inminente colisión de su conducta con el derecho, y la probable violación de normas sociales que permiten la pacífica convivencia; por lo que, hubiera sido suficiente con indagar con personas instruidas para salir del déficit cognoscitivo, habiendo contado con el tiempo suficiente para ello. Además, consta que cuando dio los datos para asentar a su menor hijo manifestó que su compañera de vida era de catorce años de edad, por ello le era exigible el deber de cuidado.

Respecto a este hecho se considera que se ha dado un error de prohibición vencible, donde el imputado pudo vencer el error en el cual estaba incurriendo

⁵⁸ *Sala de lo Penal, Sentencia de Apelación, Referencia: 27-3-2018* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2018). <https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F20102019%2F2018%2F04%2FD9F5B.PDF&number=892763&fecha=20/04/2018&numero=27-3-2018&cesta=0&singlePage=false%27>

al investigar o razonar detenidamente sobre las condiciones de que efectivamente había tenido relaciones sexuales con una menor de 15 años y conocer que su conducta se adecuaba al tipo penal del delito de violación sexual en menor o incapaz. Por esa razón el tribunal no podía eximirlo de responsabilidad penal.

Es por ello, que en el presente caso se llevó a cabo la dosimetría de la pena, teniendo en cuenta los criterios de determinación de pena que establecen los artículos 62 y 63 del Código Penal, en los que el legislador hace referencia que la pena al igual que la culpabilidad deben graduarse, ya que la pena debe de ser proporcional al hecho realizado por el autor y en ese sentido de conformidad al artículo 63 del cuerpo normativo citado: La extensión del daño y el peligro efectivo provocados, debe tenerse en cuenta que la indemnidad sexual de la menor víctima es el bien jurídico que se vio afectado, por lo tanto, el daño se determinó con las pericias psicológica y de reconocimiento de genitales, y esto es motivo de sanción penal por significar un peligro objetivo y real para la indemnidad sexual de la menor, y en consecuencia cumple la función de garantizar el bien jurídico.

Por otro lado los motivos que llevaron a cometer el hecho delictivo se colige que de conformidad a la prueba es decir que se procuraba obtener una satisfacción de tipo sexual, para establecer la mayor o menor comprensión del carácter ilícito del hecho, se toma en cuenta las circunstancias personales del autor, quien no mostró ninguna anormalidad, estado o prueba que haga creer, que no comprende la diferencia entre lo lícito o ilícito de su actuar, siendo por ello atendible afirmar que el acusado es mayor de edad y persona normal imputable, por lo tanto, entiende la trascendencia del aspecto particular y social, las consecuencias directas de lo ilícito de su actuar, así como la gravedad tanto del delito como de la pena del mismo, cuyo comportamiento se denota una ofensa de su moral social, que sus

circunstancias personales no le impide comprender el carácter ilícito de su comportamiento realizado así como de las circunstancias que rodearon al hecho y se valora que los hechos sucedieron en la casa.

4.1.4. Sentencia con referencia: 46-U2-2017

A) Datos generales de la sentencia

Sentencia con referencia 46-U2-2017 pronunciada por el Tribunal de Sentencia de Santa Tecla, Departamento de La Libertad, Corte Suprema de Justicia, El Salvador, a las quince horas con quince minutos del día trece de marzo del dos mil diecisiete, en el proceso penal en contra del imputado a quien se le atribuye el delito de violación en menor o incapaz continuada, previsto y sancionado en el artículo 159 en relación con el artículo 42 del Código Penal, en perjuicio de la Indemnidad Sexual de víctima.

B) Relación de los hechos

En el año 2016 la víctima conoce al imputado, comenzaron una relación de noviazgo, el imputado le pidió que fuera a vivir con él a su casa de habitación, y ella accedió, sostuvieron relaciones sexuales con frecuencia y como resultado quedo embazada La víctima afirma que tuvo relaciones sexuales consentidas, pues de lo dicho por la víctima se infiere que no hubo violencia, ni ningún tipo de maltrato o coerción; sino que fue ella quien accedió tener esos contactos sexuales y que cuando sucedieron los hechos ella tenía 14 años de edad.

C) Pruebas que desfilaron en dicha vista pública

En el presente caso desfilaron Prueba Testimonial: testigos de cargo y de descargo, declaración en cámara gessell de la víctima, Prueba Pericial: Reconocimiento médico forense de genitales practicado a la víctima, Peritaje psicológico practicado a la víctima, Dictamen Social Forense, Prueba

Documental: Certificación de Partida de Nacimiento de la víctima, Acta de inspección técnica ocular del lugar de los hechos.

D) Desarrollo de la calificación jurídica de los artículos

En el presente proceso es el de Violación en menor o incapaz, previsto y sancionado en los Art. 159 CP, en la modalidad de delito continuado previsto en el artículo 42 CP.

E) Fallo de la sentencia

El tribunal declaró culpable al acusado por el delito de violación en menor o incapaz regulado en el art. 159 CP. y fue condenado a la pena de veinte años de prisión.

F) Aplicación del error al impartir la pena

La incidencia del error es nula, debido a que en el juicio de tipicidad del delito se destacó:

1. La comisión del delito de violación en menor o incapaz continuada, previsto y sancionados en el Arts. 159 en relación al 42 del Código Penal, en perjuicio de la víctima, el cual fue acreditado con la declaración de la menor en la que refiere que fue con el imputado, con quien sostuvo relaciones sexuales en diversas ocasiones, aunado al Reconocimiento médico forense que lo comprueba.
2. Que el sujeto activo puede ser cualquier persona, ya que el tipo penal no exige ninguna cualificación social ni jurídica; en cambio, el sujeto pasivo si requiere que tenga una cualificación de carácter biológico y jurídico como menor de quince años de edad u otra persona enajenada mental. El Tipo subjetivo: requiere dolo, es decir, conocer los elementos de la prohibición y voluntad de realizarlos. Por ser aspectos de carácter subjetivo se debe inferir a partir del contexto factual.

3. Que en el delito de violación en menor o incapaz, el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, en el sentido que se protege a que personas de corta edad o que tengan una discapacidad psíquica o mental, pues el legislador entiende que las personas menores de quince años, en este caso, no poseen la capacidad para dar un consentimiento, como en el caso la menor tenía 14 años, dicho bien jurídico se vio violentado⁵⁹.

La representación de la defensa alegó un error de tipo invencible Art.28 cp., por considerar que el imputado desconocía la edad de la víctima. Pretensión inaceptable, pues un error de tipo invencible recae sobre los elementos objetivos del tipo penal, esto es los elementos descriptivos o normativos, yerro que ciertamente al acreditarse excluye de responsabilidad penal de una persona por ausencia de tipicidad pues no habría dolo; sin embargo, en el presente caso, el imputado tenía 19 años al momento de tener relaciones sexuales, con una escolaridad de sexto grado, además ya había estado acompañado con la hermana de la víctima con quien procreó un hijo, resulta inverosímil un error sobre la edad de la víctima; y un tanto surrealista que desconociere que introducirle el pene a la menor en su vagina no es tener relaciones sexuales sino otra cosa; simplemente es insostenible jurídicamente. El imputado se trata de una persona de un entorno rural con bajo nivel de escolaridad, pero tiene capacidad para motivarse conforme a derecho; las normas penales tienen pretensión de generalidad, sus destinatarios no son únicamente las personas del área urbana con alto nivel de escolaridad y

⁵⁹ *Tribunal de sentencia de Santa Tecla, Sentencia Condenatoria, Referencia: 46-U2-2017* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017). <https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F20102019%2F2017%2F03%2FC758D.PDF&number=816525&fecha=13/03/2017&numero=46-U2-2017&cesta=0&singlePage=false%27>

socialización, sino que por razones de seguridad jurídica hay que atender al concepto de “hombre medio”.

El actuar del acusado lesionó el bien jurídico indemnidad sexual de la víctima, en cuanto a la mayor o menor comprensión del carácter ilícito del hecho el hecho de realizar acceso carnal en una adolescente de catorce años de edad, pone de manifiesto la comprensión que el imputado tenía de la ilicitud del hecho, quien es mayor de edad, no adolece de ninguna enfermedad física o mental para comprender lo ilícito de su actuar, denotándose que está suficientemente instruido para comprender y saber lo ilícito de su actuación.

El imputado es persona sin discapacidades físicas o psíquicas que le impidan la búsqueda y realización de un trabajo, o de actividades educativas, no se comprobó que actuara en un estado de condiciones tales que no le fuera racionalmente posible la exigencia de otra conducta, es decir que haya actuado bajo una presión motivacional excepcional que el “hombre medio” no pudiera soportar; ni mucho menos hay constancia de que obrara en un estado de necesidad disculparse, es decir que lesionara el bien jurídico protegido en aras de salvaguardar otro bien jurídico de igual o mayor valor.

4.2. Análisis de Entrevistas Realizadas

Las presentes entrevistas fueron realizadas con la finalidad de conocer la aplicación práctica del error regulado en el artículo 28 del código penal en el delito de violación, partiendo de puntos de vista que cada entrevistado le daría a la figura para aplicarlo en la práctica.

La técnica utilizada fue la entrevista no estructurada, la cual está conformada por preguntas abiertas, las cuales no tienen una respuesta única o cerrada, dándole la libertad al entrevistado de contestar con amplitud la información que considere pertinente, con intervenciones ocasionales para realizar preguntas

que van surgiendo, incluyendo en la misma un dispositivo para grabación de audio.

MSC. JAIME DAVID GUEVARA VENTURA, JUEZ DE SENTENCIA DE CHALATENANGO

Referente a la apreciación que el Msc. Guevara, tiene respecto del error regulado en el artículo 28 del código penal, es que no tiene aplicabilidad y que pocas veces se invoca por la defensa y si se hace de oficio, lo que se logra es el cambio de calificación jurídica del delito, el ente fiscal conociendo la jurisprudencia de las Cámaras de lo Penal y de la Sala de lo Penal, recurren porque saben que van a modificar la resolución del tribunal sentenciador, quien es el que percibe con todos sus sentidos el desarrollo del juicio, se hace una idea y percepción de todo el panorama del caso, contrario a los tribunales superiores quienes resuelven con solo el expediente judicial. Expreso que, a su criterio, debería de modificarse la figura del error, de acuerdo a las costumbres y a la realidad salvadoreña.

El Msc. Guevara expreso que, es factible aplicar el error en el delito de violación, más que todo cuando se trate de error de prohibición vencible, donde se puede atenuar la pena, debido a las circunstancias subjetivas del sujeto activo, es decir las circunstancias sociológicas y culturales de éste. En cuanto los elementos sobre los cuales podría recaer el error de tipo en el delito de violación, manifestó que puede ser sobre las circunstancias materiales del hecho y sobre las circunstancias subjetivas del sujeto, es decir las circunstancias sociológicas y culturales, esto en el error vencible.

Para el Msc. Guevara, los parámetros que se deben de cumplir para que se alegue un error de tipo o de prohibición en el delito de violación son, el dolo, que el sujeto haya tenido la intención de ocasionar la violación, porque podría darse el caso en donde el sujeto sea obligado a cometer dicho hecho a costa

de su vida, en este caso habría ausencia de dolo, el dolo puede recaer sobre los elementos esenciales del tipo, pero también sobre elementos accidentales, como es el caso de los que sirven para elevar o disminuir la pena.

El Msc. Guevara expresó que sí podría existir vacíos en la valoración de los elementos del tipo penal de violación, para aplicar la figura del error. Uno de esos vacíos puede ser el hecho de no tomar en cuenta todas las circunstancias materiales del hecho, es decir, todas aquellas particularidades que se dieron en la ejecución del hecho; otra puede ser también, no tomar en cuenta las circunstancias culturales y sociales del sujeto activo. Pero resulta importante también decir que existe vacío de política criminal, de educación y prevención en el delito de violación, porque tal como están calificadas las conductas sexuales, dista de la realidad, en los pueblos, cantones y caseríos, los jóvenes se enamoran, se acompañan y se casan a temprana edad, las familias lo ven normal, y por lo tanto desconocen que tener relaciones sexuales consentidas, aunque sean novios, ello es delito de violación.

Respecto a que, si la mujer puede ser sujeto activo del delito de violación, el Msc. Guevara, manifestó que se podría decir que es posible que, si sea considerada como sujeto activo, aunque, la introducción de objetos vía vaginal o anal está calificada como Otras Agresiones Sexuales, art. 160 inc. 2° del Código penal. Lo cual, a su criterio, no está acorde a la realidad, ya que habría que ampliarlo por medio de una reforma, porque una mujer también podría ser sujeto activo del delito de violación.

En cuanto a la consideración del Msc. Guevara, respecto del error de subsunción, es que la doctrina mayoritaria no acepta el error de subsunción, ya que lo toma como un error especial de prohibición, al respecto no conozco de algún caso donde haya aplicado.

LIC. JOSÉ NORBERTO NERIO MARTINEZ, COORDINADOR DE LA UNIDAD DE DEFENSORÍA PENAL DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Con respecto a la apreciación de la figura del error el Licenciado manifestó que en el art. 28 CPn aparecen figuras doctrinarias que son importantes para conocer cómo se configura el error, partiendo del análisis del hecho como tal y sus características, y puede ser alegado el desconocimiento de la prohibición de una conducta pero tenemos un aforismo legal que dice “la ley desde que se hace se reputa conocida”, siendo así que nadie puede alegar ignorancia de la ley.

Se quiere proteger la integridad personal de los menores de edad, entran en juego también los tratados internacionales, la convención de los derechos del niño, el juez no tiene que resolver simplemente por la costumbre, si no sustentando con derecho nacional e internacional.

Con respecto al comportamiento que tiene el sujeto activo de la violación continua diciendo que estos son personas sociópatas, con habilidades sociales para relacionarse fácilmente, y que tienen premeditadas sus acciones, por lo cual rara vez en un proceso se decretan medidas alternas.

El licenciado expresa que los elementos objetivos del tipo y el error de prohibición donde ambos tiene su parte de ser vencible o invencible, el vencible es donde el sujeto puede sostenerse de no cometer el hecho pero aun conociendo la ilicitud del hecho lo comete en cambio en el de prohibición quiere aducir que desconocía que lo que cometía estaba prohibido.

Continúa expresando que en su opinión los motivos por los que se alega el error es por ignorancia, y la normalización que le da la sociedad a las relaciones entre menores de edad que aún no tienen la capacidad de decidir

y dar consentimiento para cometer un acto sexual, así como el desconocimiento de la ley misma.

En cuanto la atenuación de la pena que refiere el art. 69 CPn en el error de prohibición invencible manifestó que esto podía verse como un aval a las acciones del sujeto.

Difícilmente se podría aplicar la figura de error cuando una persona mayor de edad es el sujeto pasivo, comenta; los tipos de error pueden servir como estrategias de defensa para un defensor, la ley se debe castigar el acto mismo de haber abusado de un menor de edad.

Continuo manifestando que una mujer no puede ser considerada como sujeto activo del delito de violación ya que la expresión acceso carnal es clara, pero bien puede ser acusada de otros delitos relativos a la libertad sexual realizando actividades como proxeneta, , abuso sexual.

MSC. LEONARDO RAMIREZ MURCIA, MAGISTRADO DE LA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR

En cuanto a la apreciación que el Msc. Manifestó respecto apreciación del error regulado en el artículo 28 del Código Penal, es que el error, es entendido como la falsa apreciación que se tiene de un hecho, es decir la creencia que se está actuando de buena manera con forme a la ley, cuando en realidad se comete una infracción. Que se deben ver las variantes del error donde se encuentra el error vencible que es aquel que pudo haberse evitado de cierta manera y el invencible en el que por más que alguien hubiera querido evitar siempre lo habría terminado cometiendo.

Al hablar del error en persona adulta el Magistrado Ramírez considera que se vuelve realmente complicado, ya que es inequívoca la acción que pueda

impulsar el hecho en el sujeto activo y también en la mujer, salvo al hablar en el caso de una mujer adulta con deficiencias mentales ya que se encuentra disminuida en la voluntad, pudiendo alegarse que exteriorizo con su voluntad y con movimientos que efectivamente quería tener el acceso, cuando en realidad padece una deficiencia, pero no se debe olvidar evaluar ese elemento que disminuye sus capacidades mentales por lo tanto el concepto de voluntad se encuentra ausente. A criterio del Msc. Ramírez, no quedan excluidos de que suceda error en una relación con mujer adulta ya que se deben evaluar las circunstancias particulares que rodean el hecho, cuestiones que puedan salir de la misma lógica, donde uno se pregunta cómo habrá pasado en realidad ese hecho.

El Msc. Ramírez, manifestó que en menores de edad tuvo un caso, donde el tribunal fallo aplicando el error, cuando el tribunal examina la entrevista, la menor es bien desarrollada físicamente, talvez más allá conociéndola o preguntándole la edad, se consideraría que es mayor de edad por todo lo relativo a los aspectos fisiológicos, ella rondaba los 15 años, el imputado alegaba que creyó que era mayor de edad y en la entrevista la muchacha manifiesta que es menor de edad y que en varias ocasiones tuvieron relaciones, el esquema en el que se produce el hecho donde no hay violencia entre comillas es voluntario de parte de la menor tener relaciones sexuales. A criterio del magistrado, en cuanto a que si la mujer puede ser considerada sujeto activo del delito de violación manifestó que, si se trata de que el sujeto pasivo sea un menor, donde a pesar que tenga una erección, que este consciente y haya penetración, evidentemente podría suceder, en el caso de mayor de edad, a criterio del magistrado para que haya penetración se requiere de una erección y para que exista media el querer tener la voluntad de realizar el acto sexual.

El Msc. Ramírez expresó que bajo la idea de lo que estipula el código respecto del delito de violación, se está frente a un escenario típico de que la víctima es una mujer y el victimario un hombre, pero la casuística no siempre sucede así, por las diferentes circunstancias que rodean el hecho.

En cuanto a la opinión del Magistrado, sobre las uniones que regulaba el código de familia derogado con menores de edad, expresó que es una tendencia a que se constituya uniones de hechos entre adultos y menores de edad y se han ido manteniendo a lo largo del tiempo, por lo que son uniones permanentes, pero aunque se dan esas situaciones debe seguir una interpretación a favor de las menores, porque esto se ve como un obstáculo para el desarrollo mismo de la mujer alcanzando su adultez porque pierden estudios, formación, su propio desarrollo y se entendería también que una menor que no está preparada para formar un hogar le resulta difícil y frustrante construir un hogar, por lo que entra a ser sometida por el hombre, y lo principal es que esto es un impedimento para su desarrollo físico y emocional.

Respecto a la experiencia del Msc. Ramírez, en casos en los que haya concurrido la aplicación del error ya sea de tipo o de prohibición, el magistrado manifestó que si, tuvo un caso de un menor de edad de sexo masculino el cual era obligado a penetrar a otro sujeto de sexo masculino, dentro de este caso bajo un análisis se adecuó el rol que cada individuo ocupaba, siendo que, en la penetración el sujeto activo era el menor de edad y el sujeto pasivo la persona adulta de esta manera se evidencia se invierte los roles en el tipo penal de violación ya que el sujeto pasivo es el menor de edad y el activo el adulto que ha acosado y obligado al menor.

En cuanto a si podrían existir vacíos en la valoración de los elementos objetivos del tipo penal en el delito de violación, el magistrado expresó que si pueden existir, puesto que se regula una situación atípica y consecuentemente

se podría hablar de una agresión sexual en una persona y por tanto, cualquier agresión sexual que no sea constitutiva de violación como la que consistiere en acceso carnal bucal o introducción de objetos vía vaginal o anal, es decir, que acá estamos hablando de objetos no del miembro masculino, entonces de tal manera queda en el limbo la penetración del miembro masculino y si no es dentro del tipo de violación, en donde lo vamos ubicar, queda entonces ese vacío. En este caso, el magistrado manifestó que hay que hacer un esfuerzo de interpretación y adecuación de la norma, pero de no estar comprendido y si no estoy convencido de que el artículo 158 del código penal lo absorbe entonces posiblemente puede llevarme a la agresión sexual pero la agresión sexual, dentro de otras agresiones sexuales no me está refiriendo con claridad que se trate del miembro masculino entonces podría conducirme a una impunidad que sancione el sujeto activo.

El magistrado manifestó que en cuanto a lo que expresa el artículo 69 del código penal, en cuanto a la disminución de la pena en caso de un error invencible, en la parte de la pena a aplicar y la relevancia de que sea vencible o invencible tiene relevancia a partir de la dosificación de la pena, porque no es lo mismo de aquel que es vencible, que lo pudo prever y que, no obstante, lo hizo que aquel invencible que lo pudo prever, pero hizo lo posible y no lo pudo evitar.

DR. GILBERTO RAMÍREZ MELARA, JUEZ DE INSTRUCCION DEL JUZGADO DE ILOPANGO

La presente entrevista fue realizada con la finalidad de conocer la aplicación práctica del error regulado en el artículo 28 del código penal en el delito de violación, partiendo del punto de vista que un juez de instrucción le daría a la figura para aplicarlo en la práctica, en la fase del proceso que le corresponde.

La técnica utilizada fue la entrevista no estructurada, la cual está conformada por preguntas abiertas, las cuales no tienen una respuesta única o cerrada, dándole la libertad al entrevistado de contestar con amplitud la información que considere pertinente, con intervenciones ocasionales para realizar preguntas que van surgiendo, incluyendo en la misma un dispositivo para grabación de audio.

En la práctica las cosas no son siempre como se ven manifestó el Dr., dentro del artículo 28 del código penal están dos tipos de error, que comprenden error de tipo y error de prohibición.

También se debe ser cuidadosos ya que muchas veces se acusa de delitos, en la creencia que se está frente a uno diferente; en el caso del delito de violación se debe tener en cuenta que el delito es o no es violación, cabe la tentativa, pero para que se configure el delito se deben reunir los elementos del tipo penal.

En lo personal, manifestó que no puede encontrar la aplicación del error al delito de violación, tal vez en la apreciación de los hechos, según lo que consta en la investigación.

Luego del planteamiento que la víctima adolece de una discapacidad y que no es notoria, el Dr. Opina que sí puede darse, podría de alguna manera determinarse posteriormente que la víctima adolecía de una discapacidad y el imputado no lo sabía, pero esa es otra circunstancia que no tiene que ver con el error del cual empezamos a hablar, los retrasos responden a diferentes cuestiones, al no recibir una formación y factores culturales, que deben de probados. Las valoraciones las hace el juez al dictar sentencia basado en los insumos que le han proporcionado. Pero esa libertad realmente queda sujeta a una serie de valoraciones, creencias religiosas, que el juez haya sufrido una circunstancia similar de un pariente etc. Debe de probarse con estudios

sociales, psiquiátricos, cosas importantes y el medico puede determinar si la apariencia de edad es diferente.

Expresó que en la normativa salvadoreña la mujer como sujeto activo puede caer en complicidad, una coautoría, de la violación. En la legislación salvadoreña no cabe porque el acceso carnal se le atribuye al hombre al miembro viril.

Con respecto al derecho que protege la violación manifiesta que es el de la libertad sexual pero que este cambia cuando se trata de un menor e incapaces se protege la indemnidad sexual, como se traduce la indemnidad es la afectación psicológica que pesa sobre la víctima en el normal desarrollo de su vida.

CONCLUSIONES

Se logra determinar que existe poco desarrollo de la figura del error ya sea de tipo o prohibición en la práctica, ya que muchos estudiantes de la licenciatura en ciencias jurídicas, abogados particulares, procuradores y jueces desconocen la figura del error regulada en el artículo 28 del código penal.

En la realidad práctica, se vuelve realmente difícil encontrar un criterio cerrado y unificado de parte de profesionales del derecho, para aplicar el error de tipo o prohibición en el delito de violación, ya que cada uno posee un criterio propio de lo que comprende la figura y de cómo llega a evaluar los elementos del tipo penal para verificar su aplicación.

El error es una figura jurídica de la que pocos hablan en el ámbito jurídico salvadoreño, sin embargo, tiene una aplicación importante ya que incide en la pena que cumplirá el imputado en el caso del delito de violación, pues de su aplicación podría resultar, que sea culpable, exento de responsabilidad penal o con una atenuación de la pena, dependiendo el tipo de error que se aplique.

La aplicación de la figura del error en el delito de violación en menor o incapaz se configura más como una estrategia de defensa del sujeto activo buscando una salida fácil, como un intento de justificar y atenuar la gravedad de sus acciones, al escudarse bajo la costumbre, situaciones socioculturales, y nivel educativo, y como consecuencia perpetua las violaciones a derechos humanos de la niñez, creando una perturbación a su pleno desarrollo.

Por los elementos del tipo que constituyen el delito de violación del art. 158 C.Pn. es muy difícil o casi imposible poder adecuar la figura del error de tipo o de prohibición en la violación simple, ya que por cómo se produce genera lesiones al bien jurídico tutelado de la víctima llamado libertad sexual.

El delito de violación como uno de sus elementos del tipo requiere de “acceso carnal” el cual en doctrina puede ser realizado tanto por un hombre como por una mujer, pero en la práctica y por como está establecido el artículo en El Salvador no se procesan casos donde la mujer sea sujeto activo de la violación, pero si puede ser procesada por el delito de otras agresiones sexuales.

Que los niños, niñas y adolescentes se encuentran privados de capacidad, tanto volitiva como cognitiva, para consentir un encuentro sexual, y a pesar de que la incapacidad es relativa y aún no les ha nacido el derecho de libertad sexual, sino más bien lo que se protege por el Estado es la indemnidad sexual, garantizando sus derechos, protegiendo su normal evolución y desarrollo personal.

Que es el Estado de El Salvador el encargado de velar por el sano desarrollo físico, moral, emocional e intelectual de todos los niños, niñas y adolescentes, tanto presente como futuro, por tanto, le corresponde al Órgano Judicial por medio de los tribunales de sentencia, cámaras y a la Sala de lo Penal, emitir resoluciones orientadas y fundamentadas a dar una interpretación a favor de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren involucrados como sujetos pasivos en el delito de violación en menor o incapaz, regulado en el artículo 159 del Código Penal, entendiendo que aun cuando el menor justifique el abuso por

tener la falsa creencia que por haber dado su “consentimiento” es una relación permitida por la ley, está claramente no se encuentra permitida por la norma, debido a la incapacidad que poseen los niños, niñas y adolescentes para decidir sobre su sexualidad.

RECOMENDACIONES

A la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, fomentar en los programas de estudios del departamento de derecho penal el desarrollo de la figura del error en términos generales y su aplicación en los diversos delitos que regula el código penal salvadoreño.

A los jueces de paz, instrucción y de sentencia del sistema de justicia de El Salvador, adquirir la adecuada preparación y conocimiento de la figura del error con respecto a la división que hace el artículo 28 del código penal y su aplicación en sus dimensiones de vencible e invencible, para lograr sentar criterios uniformes de aplicación en el caso del delito de violación.

A los futuros profesionales del derecho, involucrar en su formación profesional lo referente al error regulado en el artículo 28 del código penal salvadoreño, incluyendo estudios ya sea de la doctrina referente al error de tipo y prohibición, así como el análisis de jurisprudencia, para tener conocimiento de lo que comprende la figura del error.

Al Ministerio de Educación, a generar programas que vayan enfocados a la educación de personas en áreas rurales para terminar con creencias que van en contra de la ley y que están arraigadas en dichas sociedades.

Al Consejo Nacional de la Judicatura, a impartir capacitaciones sobre la correcta utilización del Art.28 CPn. en delitos en los cuales sea poco común su aplicación y delimitar parámetros para su utilización.

Al Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia (CONNA) a ejecutar programas que beneficien a niños, niñas y adolescentes que hayan sido víctimas del delito de violación, con la finalidad de que puedan superar dicho trauma y a generar las condiciones para que se desarrollen de forma sana, armónica y equilibrada en la sociedad.

A la Asamblea Legislativa, a efecto de que se cree una Ley de Educación Sexual, con el objetivo de crear programas educativos para que se imparta en los diferentes ejes educativos información sobre educación sexual, así como concientización sobre derechos y deberes de los niños, niñas y adolescentes.

Al Ministerio de Educación, para que implementen permanentemente dentro de su programa educativo la enseñanza de derechos y deberes de los niños, niñas y adolescentes establecidos en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

FUENTES DE INFORMACIÓN

LIBROS

Bajo Fernández, Miguel. Compendio de Derecho Penal parte especial. Madrid: Editorial S.A, 1998.

Blavia Esquirol, Antonio. Evolución del pensamiento político. México: Equinoccio. 1992.

Creus, Carlos. “Derecho Penal, Parte General” (Buenos Aires: Astrea, 1992).
<https://es.slideshare.net/EscuelaDeFiscales/derecho-penal-parte-general-carlos-creus-65440935>

Gimbernat Ordeig, Enrique. Acerca del dolo eventual en estudios de derecho penal. Madrid: Tecnos, 1990.

González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano “Los Delitos”. México: Porrúa, 1961.

<http://bibliotecadigital.tamaulipas.gob.mx/archivos/descargas/21bdf53ac388ed65715433f1f043ea033895cec.pdf>

Hassemer, Winfried. Los elementos característicos del dolo. Tratado de Díaz Pita, en anuario de derecho penal. Madrid: 1990.

Herrera, Lucio Eduardo. El error en materia penal. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot. 1971.

<http://www.poderjudicial.gob.do/consultas/biblioteca/Textos/EL%20ERROR%20EN%20MATERIA%20PENAL%20-%20LUCIO%20E.%20HERRERA.pdf>

Maurach Reinhart. Derecho penal parte general, teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994.

Mir Puig, Santiago. Derecho Penal Parte General. Argentina: B de F, 2003.
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30052.pdf>

Muñoz Conde, Francisco. Derecho penal parte general. España: Tirant Lo Blanch, 2007.

<https://www.ehu.eus/documents/1736829/2063941/09+-+Derecho+penal+general+%28Parte+1%29.pdf>

Lara Peinado, Federico. Código de Hammurabi. Madrid: Aldebarán, 2018.

Rodríguez Ortiz, Victoria. Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media (Biblioteca Académica, Madrid: 1997).

Schweitzer Walters, Miguel. El error de derecho en materia penal. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1964.

Sierra, Hugo Mario. Lecciones de Derecho Penal parte General. Argentina: Reud, 1997.

<https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/derecho-penal-parte-general.pdf>

Toranzo Villatoro, Miguel. El Derecho Hebreo Según el Antiguo Testamento. (México: Limusa, 1989).

TRABAJOS DE GRADUACIÓN

Argueta Amaya, Adán Patricio, Elliot Abraham Asturias Umanzor y Rubén Antonio González Ventura. “La violación en menor o incapaz en el

departamento de San Miguel 2003-2005”. Tesis pregrado, Universidad de El Salvador, 2005.

<http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/4275/1/50101033.pdf>

Barsallo Villafuerte, Marcos Rogelio, Luis Roberto Miranda Quesada. “Análisis delito Relaciones sexuales con personas menores de edad, artículo 159 del Código Penal y sus implicaciones sobre los derechos sexuales de los adolescentes” Tesis pregrado, Universidad de Costa Rica, sede Guanacaste, 2016.

Barrientos Zepeda, Carlos Arturo. “El delito de violación”. Tesis posgrado, Universidad de El Salvador, 1977.

<http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/20009/1/Incidencia%20Jur%C3%ADdica%20de%20la%20Prueba%20Cient%C3%ADfica%20de%20ADN%20en%20las%20Sentencias%20Relativas%20al%20Delito%20de%20Violaci%C3%B3n%20Emitidas%20por%20los%20Tribunales.pdf>

Callupe Almonacid, Patricia Lizeth. “Error de Tipo en los Delitos de Violación Sexual de Menores entre 10 Y 14 años en el Perú 2017”. Tesis pregrado, Universidad César Vallejo, 2018.

Castro Luna, Eswin Alberto. “Regulación legal del error de prohibición en el código penal guatemalteco”. Tesis pregrado, Universidad San Carlos de Guatemala, 2010.

http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_8608.pdf

Cortez Saravia, Dinora Marisol, Martínez Martínez, Evelin Mabel. “El error de tipo y el error de prohibición”. Tesis pregrado. Universidad Francisco Gavidia, 2004.

<https://ri.ufg.edu.sv/jspui/bitstream/11592/8046/1/347.012-C828e.pdf>

Cuba Valdiviezo, Gilmer Pablo. “Los Criterios para la aplicación del error de tipo en los delitos de violación sexual de menor”. Tesis pregrado, Universidad Nacional de Trujillo Perú, 2017.

http://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/9299/CubaValdiviezo_G.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Escalante Jiménez, Marta Cecilia et al. “El delito de violación en menor incapaz en el código penal salvadoreño”. Tesis pregrado, Universidad de El Salvador, 2009.

<http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/3832/1/EL%20DELITO%20DE%20VIOLACION%20EN%20MENOR%20E%20INCAPAZ%20EN%20EL%20C%3%93DIGO%20PENAL%20SALVADORE%3%91O.pdf>

Espinoza Avilés, Johselyn Patricia. “Análisis doctrinal y jurisprudencial de la aplicación error de tipo como elemento de la dogmática jurídico penal”. Tesis pregrado, Universidad Católica del Ecuador, 2017.

<http://repositorio.puce.edu.ec/handle/22000/14033>

Fernández Delgado, Adriana y Christopher Segura Campos. “Evolución del delito de abusos sexuales contra menores de edad e incapaces, período 1999-2016: perspectiva desde la seguridad jurídica”. Tesis de pregrado. Universidad de Costa Rica, 2018.

<https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2019/05/TEISIS-COMPLETA1212.pdf>

Flores, José Fredesvindo. “El error en la legislación penal salvadoreña”. Tesis pregrado. Universidad de El Salvador, 1994.

<http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/0/43c7771efef6946806257643007154ee?OpenDocument>

González, Martin Alonso. “Tratamiento Del Error Sobre Los Elementos De Valoración Global Del Hecho”. Tesis pregrado, Universidad de Chile, 2018.

<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/153101/Tratamiento-del-error-sobre-los-elementos-de-valoraci%c3%b3n-global-del-hecho.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

López Ortiz, Edgardo Antonio, Shatnam Amparo Peña y Marcela Argentina Perla López. “Importancia de la prueba científica en el delito de violación y su regulación en la legislación procesal penal salvadoreña”. Tesis pregrado, Universidad de El Salvador, 2012.

<https://es.scribd.com/document/398742892/Importancia-de-la-Prueba-Cientifica-en-el-Delito-de-Violacion-y-su-regulacion-en-la-Legislacion-Procesal-Penal-Salvadorena-pdf>

Sánchez López, Hugo. “Análisis jurídico del error en el derecho penal”. Tesis pregrado, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997.

<http://132.248.9.195/ppt2002/0249575/0249575.pdf>

Solange, Silvia Quilodrán. “Nuevas tendencias en delitos contra la vida: el homicidio”. Tesis pregrado, Universidad de Chile, 2010.

http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/107050/de-silva_s.pdf?sequence=3&isAllowed=y

Velásquez Cuervo, Janneth Patricia. “Teoría del error antecedentes y panorama de su regulación en el nuevo código penal militar”. Tesis posgrado. Universidad Militar Nueva Granada. 2013.

<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/10540/VelasquezCuervoJannethPatricia2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Villafuerte Maldonado, Diana Paola. “El error de tipo como causa de eliminación del dolo en la configuración de la responsabilidad penal en los delitos de violación correspondiente a los años 2010 al 2013 en los tribunales de garantías penales de Pichincha”. Tesis pregrado, Universidad Central del Ecuador, 2014.

<http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/3868/1/T-UCE-0013-Ab-108.pdf>

LEGISLACIÓN

Código Penal de El Salvador. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1997.

JURISPRUDENCIA

Cámara de lo Penal. Sentencia de Casación, Referencia: 441-P-2018. 2018. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018.

<https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F20102019%2F2019%2F05%2FD9F5B.PDF&number=897323&fecha=23/05/2019&numero=441-P-18&cesta=0&singlePage=false%27>

Sala de lo Penal. Sentencia de Apelación, Referencia: 27-3-2018. 2018. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018.

[https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F20102019%2F2018%2F04%2FD9F5B.PDF&](https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F20102019%2F2018%2F04%2FD9F5B.PDF&number=897323&fecha=23/05/2019&numero=441-P-18&cesta=0&singlePage=false%27)

[number=892763&fecha=20/04/2018&numero=27-3-2018&cesta=0&singlePage=false%27](https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F20002009%2F2004%2F09%2F69B3.PDF&number=892763&fecha=20/04/2018&numero=27-3-2018&cesta=0&singlePage=false%27)

Sala de lo Penal. Sentencia de Casación, Referencia: 19-CAS-2004. 2004. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2004.

<https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F20002009%2F2004%2F09%2F69B3.PDF&number=27059&fecha=21/09/2004&numero=19-CAS-2004&cesta=0&singlePage=false%27>

Sala de lo Penal. Sentencia de Casación, Referencia 100-C-2012. 2012. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2012.

<https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/20102019/2012/10/9B1D6.PDF>

Sala de lo Penal. Sentencia de Casación, Referencia N ° 483C2018. 2018. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2019.

<https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F2010-2019%2F2019%2F09%2FD8E5E.PDF&number=888414&fecha=26/09/2019&numero=483C2018&cesta=0&singlePage=false%27>

Tribunal de sentencia de Santa Tecla. Sentencia Condenatoria, Referencia: 46-U2-2017. 2017. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017.

<https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F20102019%2F2017%2F03%2FC758D.PDF&number=816525&fecha=13/03/2017&numero=46-U2-2017&cesta=0&singlePage=false%27>

Tribunal Segundo de Sentencia de Sonsonate. Sentencia Definitiva, Referencia N ° U-27-19-2-2. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2019.

DOCUMENTOS INSTITUCIONALES

Castillo Alva, José Luis, José Urquiza Dlaeehea Dino, Carlos Caro Caria, César San Martín Castro Perey y Enrique Revilla Llaza Gareía. Código Penal Comentado. Perú: Gaceta Jurídica, 2011.

http://www.icap.pe/biblioteca_virtual/CODIGO_PENAL_comentado_tomo-I_GACETA_JURIDICA.pdf

Trejo Escobar, Miguel Alberto. El Derecho Penal Salvadoreño vigente, antecedentes y movimientos de reforma. San Salvador: Ministerio de Justicia, 1995.

SITIOS WEB FUENTES HEMEROGRAFICAS

DyRABOGADOS: Clases de error en Derecho Penal. DyRABOGADOS, acceso el 15 de julio de 2020.

<https://www.dyrabogados.com/clasesdeerrorenderechopenal/?fbclid=IwAR2HEx6lPN8oSwiFDdGfkF7pUsGe3JlI1jhiffjKifGJKZdxRcayFOAPKbo#:~:text=En%20t%C3%9rminos%20generales%2C%20podemos%20definir,%C3%ADntima%20relaci%C3%B3n%20con%20la%20ignorancia>

Marín Royo, Luis María. “Leyes de la Tudela medieval y algunas costumbres de la época”. (Consultado el 18 de mayo de 2020).

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3407022.pdf>

StudDocu: Escuela finalista, Curso de Derecho Penal. StuDocu, acceso el 18 de agosto de 2020.

<https://www.studocu.com/co/document/universidad-cooperativa-de-colombia/derecho-penal/apuntes/escuela-finalista-se-brinda-una-explicacion-asi-como-los-elementos-que-comprenden-la-escuela/2577328/view>

FUENTES HISTÓRICAS

Vera, Cesar Adolfo y Andres Herrera. El Código de Ur-Nammu (IVº Congreso Nacional de Sociología Jurídica, Tucumán, 2003).

OTRAS FUENTES

Echeverry Enciso, Yecid. “El error como eximente de la responsabilidad penal en Colombia”, Revista Derecho. (2013): 233.

<https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1729/222>

3

Sueiro, Carlos Christian, Birriel Moreira, Bibiana Marys. “La teoría del error y sus limitaciones frente a la administrivización del derecho penal”, Revista de derecho penal, n.22. (2005)

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/la-teoria-del-error-y-sus-limitaciones-frente-a-la-administrativizacion-del-derecho-penal/>

ANEXOS

ENTREVISTAS

CUESTIONARIO CONTESTADO POR ESCRITO

MSC. JAIME DAVID GUEVARA VENTURA, JUEZ DE SENTENCIA DE CHALATENANGO

Preguntas:

- 1- En cuanto a su experiencia ¿Cuál es la apreciación general que tiene de la figura del error regulado en el Art.28 del Código Penal en el proceso penal salvadoreño?**

Referente a la apreciación que el Msc. Guevara tiene respecto del tema de investigación, es que este no tienen aplicabilidad y que pocas veces se invoca por la defensa y si se hace de oficio, lo que se logra es el cambio de calificación jurídica del delito, el ente fiscal conociendo la jurisprudencia de las Cámaras de lo Penal y de la Sala de lo Penal, recurren porque saben que van a modificar la resolución del tribunal sentenciador, quien es el que percibe con todos sus sentidos el desarrollo del juicio, se hace una idea y percepción de todo el panorama del caso, contrario a los tribunales superiores quienes resuelven con solo el expediente judicial. Expresa que debería de modificarse la figura del error, de acuerdo a las costumbres y a la realidad nuestra.

- 2- ¿Considera factible la aplicación del error en el delito de violación, si o no, por qué?**

Sí es factible aplicar el error en el delito de violación, más que todo cuando se trate de error de prohibición vencible, donde se puede atenuar la pena, debido a las circunstancias subjetivas del sujeto activo, es decir las circunstancias sociológicas y culturales de éste.

3- Debido a lo que comprende el error de tipo, Según su criterio ¿Sobre qué elementos recaería un error de tipo ya sea vencible o invencible en el delito de violación?

Los elementos sobre los cuales podría recaer el error de tipo en el delito de violación, puede ser sobre las circunstancias materiales del hecho y sobre las circunstancias subjetivas del sujeto, es decir las circunstancias sociológicas y culturales, esto en el error vencible.

4- A su criterio, ¿Cuáles son los parámetros que se deben cumplir para que se alegue un error de tipo o de prohibición en el delito de violación?

Los parámetros que se deben de cumplir para que se alegue un error de tipo o de prohibición en el delito de violación son: uno de ellos es el dolo, que el sujeto haya tenido la intención de ocasionar la violación, porque podría darse el caso en donde el sujeto sea obligado a cometer dicho hecho a costa de su vida, en este caso habría ausencia de dolo. Es decir que el dolo puede recaer sobre los elementos esenciales del tipo, pero también sobre elementos accidentales, como es el caso de los que sirven para elevar o disminuir la pena.

5- A su criterio, ¿podrían existir vacíos en la valoración de los elementos objetivos del tipo penal en el delito de violación para aplicarle la figura del error?

Sí podría existir vacíos en la valoración de los elementos del tipo penal de violación, para aplicar la figura del error. Uno de esos vacíos puede ser el hecho de no tomar en cuenta todas las circunstancias materiales del hecho, es decir, todas aquellas particularidades que se dieron en la ejecución del hecho; otra puede ser también, no tomar en cuenta las circunstancias culturales y sociales del sujeto activo.

Pero resulta importante también decir que existe vacío de política criminal, de educación y prevención en el delito de violación, porque tal como están calificadas las conductas sexuales, dista de la realidad, en los pueblos, cantones y caseríos, los jóvenes se enamoran, se acompañan y se casan a temprana edad, las familias lo ven normal, y por lo tanto desconocen que tener relaciones sexuales consentidas, aunque sean novios, ello es delito de violación.

6- Desde su punto de vista, ¿cuál considera que es el bien jurídico protegido en el delito de violación, en los casos que la víctima sea un incapaz?

En el caso de los incapaces el bien jurídico protegido en el delito de violación es la indemnidad sexual.

7- Con la entrada en vigencia de la prohibición del matrimonio infantil que deroga el inciso segundo del artículo 14 del código de familia, que contrariaba las disposiciones penales, ¿Cree usted que usted que las personas seguirán actuando con base a lo que establecía el inciso?

No deberían de actuar conforme al inciso segundo derogado del art. 14 del Código de Familia, sin embargo, es obvio que quien actúe de tal manera, le puede acarrear consecuencias legales.

8- A su criterio, ¿puede una mujer ser sujeto activo del delito de violación?

Podríamos decir que es posible que sí, aunque, la introducción de objetos vía vaginal o anal está calificada como Otras Agresiones Sexuales, art. 160 inc. 2° Pn.

9- ¿Considera usted que la descripción del tipo penal, específicamente respecto al elemento objetivo del delito de

violación regulado en el artículo 158 cp, está acorde a la realidad en relación con quién puede ser sujeto activo de dicho delito?

No está acorde a la realidad, habría que ampliarlo por medio de una reforma, porque una mujer también podría ser sujeto activo del delito de violación.

10- ¿En qué casos considera que sea posible que exista lo que se conoce doctrinariamente como error de subsunción respecto del delito de violación?

Teniendo claro que la doctrina mayoritaria no acepta el error de subsunción, ya que lo toma como un error especial de prohibición, al respecto no conozco de algún caso donde haya aplicado.

LIC. JOSÉ NORBERTO NERIO MARTÍNEZ, COORDINADOR DE LA UNIDAD DE DEFENSORÍA PENAL DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA REPÚBLICA

1. En cuanto a su experiencia ¿Cuál es la apreciación general que tiene de la figura del error regulado en el Art.28 del Código Penal en el proceso penal salvadoreño?

Con respecto al error vencible e invencible, la doctrina juega un papel importante, el error desde la perspectiva del hecho como tal y no por ser una “tradicón” que las niñas de trece años en adelante tienen relaciones sexuales, el sujeto considera que no hay ningún problema porque es el uso que se le da, y el sujeto lo que está haciendo es justificándose y desconociendo la normativa como tal, pero tenemos un aforismo legal que dice que “la ley desde que se hace se reputa conocida”.

El error de tipo se basa en las características del tipo penal propiamente dicho, los elementos tipos del hecho el acto ilícito lleva a la persona a representarse la antijuricidad si la ley prohíbe o permite, en el error vencible conoce que puede cometer el hecho y aun así lo hace, el invencible puede darle un error en el tipo donde no conoce la edad de la víctima, un defensor que arme una estrategia de defensa lo puede llevar por cualquiera de las dos vías, error de tipo o de prohibición.

El juez no tiene que resolver simplemente por la costumbre, sustentando con derecho nacional e internacional.

2. A su criterio ¿Cómo se analiza el comportamiento del sujeto activo en el delito de violación?

Los violadores generalmente son sociópatas, amables que se acercan con mucha facilidad a la gente y cuando se trata de acercarse a mujeres es fundamental para ellos esa inter relación.

3. ¿Cuáles son los elementos que se deben configurar para determinar la aplicación del error en el delito de violación?

Elementos objetivos del tipo y el error de prohibición donde ambos tiene su parte de ser vencible o invencible, el vencible es donde el sujeto puede sostenerse de no cometer el hecho pero aun conociendo la ilicitud del hecho lo comete en cambio en el de prohibición quiere aducir que desconocía que lo que cometía estaba prohibido.

4. A su criterio ¿Cuáles cree que son los motivos por los que se alega la aplicación de algún tipo de error en materia penal?

Generalmente en países como el nuestro siempre se cae por ignorancia, eso se debe tener claro. Por el otro lado está el desconocimiento de la ley misma,

la ignorancia de algunas cosas o prohibiciones son las que nos hacen caer en algún tipo de error,

5. ¿Cuál es su apreciación en el caso del error de prohibición vencible, cuando se hace referencia a la atenuación de la pena en los términos que expresa el artículo 69 del Código penal?

Cuando el error de prohibición es vencible existe una atenuación en la sanción, la cual puede verse como un aval al sujeto que comete el hecho, por eso el tipo de error es complicado.

6. ¿Podría alegarse algún tipo de error en el delito de violación en el caso que el sujeto pasivo sea una persona mayor de edad?

Los tipos de error en la defensa, los puede sustentar el defensor como tal como estrategia para defender en su momento, pueda darse entre personas adultas una especie de error.

La ley se debe castigar el acto mismo de haber abusado de un menor de edad y para ello están que las pruebas periciales y científicas porque a la prueba testimonial le trasciende la prueba pericial ambas se refuerzan entre si.

7. A su criterio ¿Puede ser una mujer considerada como sujeto activo del delito de violación?

No, ya que para que una mujer sea considerada sujeto activo del delito de violación, será únicamente a través de objetos extraños, pero no de forma carnal sino por otro tipo de objetos, pero al final son otras agresiones sexuales no violación.

MSC. LEONARDO RAMIREZ MURCIA, MAGISTRADO DE LA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Preguntas:

1. Según su experiencia ¿Que apreciación tiene sobre el error regulado en el artículo 28 del Código Penal?

Respecto a la idea que se tiene de error, es entendido como la falsa apreciación que se tiene de un hecho, es decir la creencia que se está actuando de buena manera con forme a la ley, cuando en realidad se comete una infracción. Se encuentra el error vencible que es aquel que pudo haberse evitado de cierta manera y el invencible en el que por más que alguien hubiera querido evitar siempre lo habría terminado cometiendo.

2. ¿Se podría aplicar el error en el caso de una violación en persona adulta?

En persona adulta se vuelve realmente complicado, difícil que se configure el error. Es más probable que se aplique el error en el delito que atentan contra la libertad sexual como el de violación, la casuística es limitada y probablemente polémica, a mi criterio no quedan excluidos de que suceda error en una relación con mujer adulta ya que se deben evaluar las circunstancias particulares que rodean el hecho

3. En su experiencia ¿Se le ha presentado algún caso práctico en el cual se aplique la figura del error?

Tuve un caso, donde el tribunal fallo aplicando el error, cuando el tribunal examina la entrevista, la menor es bien desarrollada físicamente, ella rondaba los 15 años era muy suelta para expresarse, fornida y estatura desarrollada, el imputado alegaba que creyó que era mayor de edad y en la entrevista la muchacha manifiesta que es menor de edad y que en varias ocasiones tuvieron relaciones, el esquema en el que se produce el hecho donde no hay violencia entre comillas es voluntario de parte de la menor tener relaciones sexuales. Dada la circunstancia que se entiende por ley la ausencia de voluntad para poder otorgar consentimiento de una menor de edad, pero en la

creencia que estaba con una persona con las capacidades y autorización legal para poder decidir por sí sola, se aplica un tipo de error.

4. A su criterio ¿puede la mujer ser sujeto activo del delito de violación?

Si se trata de que el sujeto pasivo sea un menor, donde a pesar que tenga una erección, que este consciente y haya penetración, evidentemente podría suceder, en el caso de mayor de edad a mi criterio para que haya penetración se requiere de una erección y para que exista media el querer tener la voluntad de realizar el acto sexual.

5. A su criterio ¿Considera que el acceso carnal es únicamente de parte de un hombre en una mujer?

El elemento propio del tipo penal es que, aunque el acceso puede ser pasivo o activo, aquí lo que corresponde es ubicar el rol de cada uno de los sujetos que intervienen para poder determinar quién es el sujeto pasivo, se está frente a un escenario típico de que la víctima es una mujer y el victimario un hombre, pero la casuística no siempre sucede así, por las diferentes circunstancias se podría disminuir el hecho el cual resulte en una agresión sexual.

6. A su criterio, ¿podrían existir vacíos en la valoración de los elementos objetivos del tipo penal en el delito de violación para aplicarle la figura del error?

Si, puesto que se regula una situación atípica y consecuentemente podríamos hablar de una agresión sexual en una persona y por tanto, cualquier agresión sexual que no sea constitutiva de violación como la que consistiere en acceso carnal, bucal o introducción de objetos vía vaginal o anal, entonces de tal manera queda en el limbo la penetración del “miembro masculino” y si no es

dentro del tipo de violación, en donde lo vamos ubicar, surge entonces ese vacío.

7. Con la entrada en vigencia de la prohibición del matrimonio infantil que deroga el inciso segundo del artículo 14 del código de familia, que contrariaba las disposiciones penales, ¿Cree usted que las personas seguirán actuando con base a lo que establecía el inciso?

Es una tendencia a que se constituya uniones de hechos entre adultos y menores de edad y se han ido manteniendo a lo largo del tiempo, por lo que son uniones permanentes, pero aunque se dan esas situaciones debe seguir una interpretación a favor de las menores, porque esto se ve como un obstáculo para el desarrollo mismo de la mujer alcanzando su adultez porque pierden estudios, formación, su propio desarrollo y se entendería también que una menor que no está preparada para formar un hogar le resulta difícil y frustrante construir un hogar, por lo que entra a ser sometida por el hombre, y lo principal es que esto es un impedimento para su desarrollo físico y emocional y caen como contrapeso al argumento popular de que así son las cosas.

8. En su experiencia ¿Ha tenido algún caso en el que haya concurrido la aplicación del error ya sea de tipo o de prohibición?

Si, tuve un caso de un menor de edad de sexo masculino el cual era obligado a penetrar a otro sujeto de sexo masculino, dentro de este caso bajo un análisis se adecuó el rol que cada individuo ocupaba, siendo que, en la penetración el sujeto activo era el menor de edad y el sujeto pasivo la persona adulta de esta manera se evidencia se invierte los roles en el tipo penal de violación ya que

el sujeto pasivo es el menor de edad y el activo el adulto que ha acosado y obligado al menor a mantener esa relación sexual

9. ¿Considera usted que la descripción del tipo penal, específicamente respecto al elemento objetivo del delito de violación regulado en el artículo 158 del Código penal, está acorde a la realidad en relación con quién puede ser sujeto activo de dicho delito?

No está acorde, ya que, en la casuística, es decir en la realidad no siempre ocurre en la forma planteada en el tipo penal por lo tanto al adecuar otro tipo existe una disminución del hecho.

10. ¿piensa que el artículo 69 C.P se puede aplicar como una atenuante en los casos de error invencibles contemplados en el artículo 28 del C.P se hace la disminución de la pena?

Es la parte de la pena a aplicar y la relevancia de que sea vencible o invencible tiene relevancia a partir de la dosificación de la pena, porque no es lo mismo de aquel que es vencible, que lo pudo prever y que, no obstante, lo hizo que aquel invencible que lo pudo prever, pero hizo lo posible y no lo pudo evitar.

DR. GILBERTO RAMÍREZ MELARA, JUEZ DE INSTRUCCION DEL JUZGADO DE ILOPANGO

Preguntas:

1. En su experiencia ¿Ha tenido que resolver algún caso de error en el delito de violación?

En la práctica las cosas no son siempre como se ven, dentro del artículo 28 del código penal encontraran dos tipos de error, que comprenden error de tipo y error de prohibición, el error de tipo y la precisión de las normas donde podrá

existir algún tipo de error en la apreciación del hecho que se le atribuye a la persona, hablando del error de tipo, distinguiendo cuando se está frente al delito de violación per se y si es realmente el delito de violación.

En el caso del delito de violación se debe tener en cuenta que el delito es o no es violación, pero para que se configure el delito se deben reunir los elementos del tipo penal, que serían, por ejemplo, el acceso carnal utilizando los medios que la ley plantea, como que la víctima no está consintiendo dicha conducta y que existe el ejercicio de la violencia, la cual puede ser psicológica o física es ahí donde se deben evaluar los temas referentes a las pruebas.

En lo personal no puedo encontrar la aplicación del error al delito de violación, tal vez en la apreciación de los hechos, según lo que consta en la investigación.

2. Con la entrada en vigencia de la prohibición del matrimonio infantil que deroga el inciso segundo del artículo 14 del código de familia, que contrariaba las disposiciones penales, cree usted que usted que las personas seguirán actuando con base a lo que establecía el inciso.

Es una cuestión más sociológica, porque no es lo mismo que una menor de catorce, quince años comience una relación de noviazgo con un muchacho de unos diecisiete años y suceda el acceso carnal, caso que no ha sido alegado aquí, pero a la luz de la ley, efectivamente es una violación, pero a tratar de emparejar a una menor de edad con una persona de unos veinticinco, veintiséis años.

3. Al abordar otro caso, cuando la víctima tiene una discapacidad y esta no es notoria.

Si puede darse, va a depender de las condiciones en que la persona pueda vivir, la víctima empieza una relación sentimental con el sujeto activo, mantengan relaciones y posteriormente se determinarse que la víctima adolecía de una discapacidad y el imputado no lo sabía, pero esa es otra circunstancia que no tiene que ver con el error del cual empezamos a hablar, los retrasos responden a diferentes cuestiones, al no recibir una formación y factores culturales, que deben de probados.

El juez debe auxiliarse de la sana crítica, inciden varios factores, las valoraciones las hace el juez al dictar sentencia basado en los insumos que le han proporcionado. Pero esa libertad realmente queda sujeta a una serie de valoraciones, creencias religiosas, que el juez haya sufrido una circunstancia similar de un pariente etc. Debe de probarse con estudios sociales, psiquiátricos, cosas importantes y el medico puede determinar si la apariencia de edad es diferente.

4. Y el error de tipo puede caber en el delito de violación, porque el error de tipo si es más aplicada a la norma.

¿Pero está claro en que consta el delito de violación?

5. A su criterio, ¿puede una mujer ser sujeto activo del delito de violación?

En nuestra normativa realmente lo único que podría caber es una complicidad, una coautoría. En nuestra legislación no cabe porque el acceso carnal se le atribuye al hombre al miembro viril.