

UNIVERSIDAD ANDINA “SIMON BOLIVAR”

SEDE ECUADOR

MAESTRIA

DERECHO PROCESAL

“LA VIOLACIÓN”

LUIS ENRIQUE GUAYGUA CANDONGA

AÑO LECTIVO

2007-2008

QUITO-ECUADOR

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magister de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

LUIS ENRIQUE GUAYGUA CANDONGA

UNIVERSIDAD ANDINA "SIMON BOLIVAR"
SEDE ECUADOR
MAESTRIA
DERECHO PROCESAL
"LA VIOLACIÓN"
LUIS ENRIQUE GUAYGUA CANDONGA
AÑO LECTIVO
2007-2008
QUITO-ECUADOR

TUTORA: DRA. PATLOVA GUERRA

Esta tesis se elaboró y se culminó en la biblioteca particular del suscrito aspirante a magister.

RESUMEN DE LA TESIS

El tema en sí, me llamo enormemente la atención en virtud que existe una degeneración moral y degradación de los valores éticos, en la sociedad ecuatoriana y porque no decirlo del mundo, en virtud que en los últimos tiempos se observa que existe una guerra de irrespeto entre: padre-hija, tío-sobrino, hermano-hermana, nieto-abuela, etc., llegando en cada uno de ellos a cometer la violación, en niñas, adolescentes y ancianas, que es el propósito de este trabajo que lo justificaré más adelante con casos específicos que al darse y una vez cumplida la investigación y el debido proceso estos casos han recibido sentencia condenatoria o absolutoria, pero este último no porque no han ameritado imponer una pena, sino más bien porque como se trata de asuntos de familia han tratado de solucionar entre ellos y no han colaborado con la justicia permitiendo en la mayoría de las veces que quede en la impunidad.

El plan de tesis puesto a consideración de la Universidad, ha sido aceptado, de suerte que en base a esos temas consignados, iremos desarrollando paulatinamente en el orden que consta en este plan; empezando desde el aspecto ancestral que viven nuestros pueblos y que por su manera de vivir en sus costumbres ha permitido ver el mundo para ellos de distinta manera y han interpretado las cosas a su modo, en forma equivocada desde luego, demostrando que se han quedado varados en el tiempo y que estando en pleno siglo XXI, para ellos es como que el tiempo no ha transcurrido. Luego analizaremos a los sujetos activo y pasivo que intervienen en el proceso, que son los sujetos principales del hecho antijurídico para luego exponer los casos con los cuales por sus circunstancias se verá que no necesariamente la víctima de la violación puede ser una menor de catorce años como lo tipifica nuestro Código Penal, sino también una adolescente e incluso una anciana.

AGRADECIMIENTO

Al elaborar y presentar esta tesis, expreso mi profundo agradecimiento a:

- 1.-A Dios por iluminarme y darme valor para prepararme cada vez de mejor manera, en aras de servir de mejor manera a la Institución (Función Judicial) y a la ciudadanía en la delicada función de juez, actualmente de la Niñez y la Adolescencia.
- 2.-A mis hijos, fuente de mi inspiración, ferviente anhelo de ser mejor para que ellos se sientan orgullosos de mí y sirva de inspiración para que también ellos se esfuercen y se preparen para ser cada día mejor que yo, y sobre todo porque tuvieron la enorme paciencia para aceptar mi ausencia por dedicarme al estudio, pudiendo departir momentos de esparcimiento juntos.
- 3.-A la Universidad Andina “Simón Bolívar”, por darme la oportunidad de prepararme en sus aulas con maestros de alto conocimiento en cada una de las materias que allí se han impartido y que han permitido ampliar nuestros conocimientos con sus experiencias-
- 4.-A todos ellos mi profundo reconocimiento de gratitud de todo corazón, gracias.

INDICE

LA VIOLACIÓN

INTRODUCCION

CAPITULO I CONTORNO FAMILIAR

1.1.-ASPECTO ANCESTRAL

1.2.-ASPECTO CULTURAL

1.3.-ASPECTO ECONÓMICO

CAPITULO 2 SUJETOS Y CIRCUNSTANCIAS

2.1.-SUJETO ACTIVO

2.2.-SUJETO PASIVO

2.3.-VÍCTIMAS INFANTILES

2.4.-VICTIMAS ADOLESCENTES

2.5.-VÍCTIMAS ANCIANAS

2-6.-VÍCTIMA IMPOSIBILITADA DE RESISTIRSE EL ACTO

2.7.-ACCESO LOGRADO VIOLENTAMENTE

2.8.-ACCESO LOGRADO MEDIANTE EL USO DE LA FUERZA

2.9.-ACCESO LOGRADO MEDIANTE INTIMIDACIÓN

CAPITULO 3 ACCION EN EL DELITO

3.1.-VOLUNTAD Y CONCIENCIA

3.2.-TEORÍA DE LA VOLUNTAD

3.3.-LA ACCIÓN

4.4.-DISVALOR DE LA ACCIÓN

CAPITULO 4 TIPOS DE DELITO

4.1.-DELITO

4.2.-ACCESO CARNAL

4.2ª.-DELITO DOLOSO

4.2B.-DELITO CULPOSO

4.2C.-DELITO PUTATIVO

4.3.-CULPABILIDAD

4.3ª.-LA CULPA

4.3B.-CULPA Y REPROCHABILIDAD

4.4.-RESPONSABILIDAD

CONCLUSIONES

LA VIOLACIÓN

INTRODUCCION

En los años ochenta, el Ecuador vivió bajo un signo de terror, ante el supuesto de una alteración masiva en la conducta sexual. Nadie aceptaba la posibilidad que un solo sujeto podía causar tantas violaciones continuadas, en los más alternados pueblos de la República. Las noticias señalaban, en efecto, de Ambato a Guayaquil y de Quito, a la provincia de El Oro, para luego ir a otros lugares o regresar a los ya nombrados y daban cuenta de pérdidas de niños y de mujeres y de descubrimiento de cadáveres indistintos. La angustia y el desconcierto se detuvieron cuando en Ambato fue apresado PEDRO ALONSO LÓPEZ, un Herodes errante, quien había sido la persona que estaba cometiendo estos hechos execrables.-

Tras el alivio momentáneo, vino un nuevo sacudón. La prensa, a poco tiempo volvió a dar cuenta de otras desapariciones y de más cadáveres insepultos y en el país, se extendió la creencia de que muchos hombres se habían vuelto contumaces violadores sexuales. Al respecto, he pensado que hay, de tiempo en tiempo, una especie de contagio delincencial inexplicable. Del mismo modo que en el mundo asoman, parecería cíclicamente, brotes de histeria, así se presentan hoy en día con más fuerza masiva e insistentes violaciones en el Ecuador y desde luego en otras partes del mundo y sobre todo, en Estados Unidos, al punto que ya no son solo los hombres los que violan sino también las mujeres (profesoras a sus alumnos) como los últimos escándalos suscitados en el país americano.

Lo expuesto, más lo conocido por el suscrito como Juez Penal (en el Cantón Santo Domingo de los Colorados, hoy Provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas), me ha impulsado a esbozar de alguna manera este tipo de delitos que constituyen actitudes de reproche e indignación, porque no se respeta en absoluto a nadie, como digo anteriormente, el padre viola a

su hija, el abuelo a su nieta, el tío a su sobrina, el hermano a su hermana, el nieto a su abuela, dándose una guerra total de irrespeto, donde los valores morales se han perdido porque han quedado varados en el pasado, puesto que su comportamiento se demuestra en lo ancestral.

Hablar de la sexualidad humana es hablar de la existencia del ser humano en su totalidad; es hablar de la personalidad, una sexualidad que se vive, se siente y se expresa de múltiples maneras y de las formas más raras sea como “varón” o como “mujer”.

En la adolescencia cobra interés vivo en sus diversas manifestaciones; donde la heterosexualidad, el enamoramiento y el despertar de los impulsos sexuales se apoderan del mundo sexual del adolescente; y, no es justo, entonces, que un depravado venga y destruya todos estos valores humanos y en cuestión de segundos utilizando su fuerza, la intimidación, la amenaza, etc., alcance sus malsanos instintos venciendo toda la libertad de la persona, que no comprende en ese momento que mismo es lo que sucede.

Por esto y mucho más, presento este tema de la violación que trataré de desarrollar de la mejor manera posible con la doctrina, las leyes y casos que se han dado, con lo cual justificaré que la violación si opera después de los catorce años y por sus resultados, no se puede hablar de un estupro-

CAPITULO I CONTORNO FAMILIAR

1.1.-ASPECTO ANCESTRAL

El tema propuesto en la materia de la violación realmente es novedoso, porque debemos enmarcarlo dentro del ámbito penal y para ello nos vemos en la imperiosa necesidad de partir de su concepto, de lo que se entiende por ancestral para de allí, ir dilucidando las curiosidades que empaten en el comportamiento ilegal o ilícito en el derecho positivo penal; así tenemos:

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, nos dice: "*Perteneciente o relativo a los antepasados. Tradicional y de origen remoto*" y se ahonda aún más, cuando al referirse a la palabra ANCESTRO, se expone: "*Antepasado, herencia (rasgos característicos que se transmiten)*"

Esto nos da a entender que se refiere a sus costumbres sociales, culturales y, evidentemente penales; lo que resulta hasta cierto punto forzado por cuanto no sabemos ni podemos decir con certidumbre sus leyes penales, el procedimiento que observaban en sus juicios por lo que la distribución del tiempo son completamente desconocidos.

Nos remitimos solamente a afirmaciones o crónicas y relatos de la gente con quienes hemos dialogado sucintamente de sus experiencias por lo que no podemos menos de reconocer la doble dificultad que un estudio de esta índole tiene para el jurista.

Los obstáculos se derivan de la temática misma que nos ocupa, cuya especialización, dentro de la investigación histórica, es del todo como decimos ajena a la preocupación jurídica propia de nuestra actividad; pues, este tema lo resaltamos más llena de curiosidad, no siendo en consecuencia este nuestro campo propio de actuación, que pertenece al ámbito del historiador antropológico.

Es por ello que, avocados en esta tarea, sólo nos queda advertir precisamente, que nos movemos en un período plagado de hipótesis relativas a la organización social y jurídica de nuestros pueblos, que la ausencia de investigación exhaustiva no puede salvarse por intuiciones y que no es tarea nuestra desentrañar la veracidad de tales nexos, delimitando la leyenda de la historia.

Hemos visto que nuestros pueblos y las comunidades en sí, han delineado sus normas, costumbres y reglas a las que se sujetan sus relaciones internas y externas, contando con una

tradición oral de las normas de comportamiento, y en lo penal podemos afirmar determinados elementos decisorios, como la presencia de prohibiciones de naturaleza "tabú", concepción religiosa de la justicia, formas aberrantes de imputación (responsabilidad por la causa, hechicería, responsabilidad colectiva) y venganza.

Así es, vemos sorprendidos pero es cierto que en pleno siglo XXI, la venganza que se afirmaba por la vigencia de la Ley del Tali3n, que permitía utilizar el mismo castigo en la antigüedad para conjurar el hecho cometido, y junto a ella lo que se aplicaba una especie de composición como medio de restituir el daño y que la venganza recorría todo el sistema de reacción penal, tanto la venganza privada o venganza de sangre, como la venganza social y la venganza divina, esta última como legitimadora de la reacción e imbuida por las primigenias formas de religión, el animismo y la magia, están presente a la fecha.

Nuestra gente parece que se ha quedado estancada en el tiempo, los jefes de las comunas, los tenientes políticos y nuestras autoridades en sí, al parecer no han hecho nada para despertarles, por ello es necesario no sólo tener clara la conducta prohibida, sino la razón de su prohibición; correlativamente, analizar la reacción que produce, la razón y sentido de esa reacción, puesto que predomina la agresividad, por lo que evidentemente, hay que matizar reflexionando convenientemente sobre ello desde el punto de vista antropológico, reconociendo los aspectos etic y emic de la cultura.

Debemos ser frontales en manifestar que en el Ecuador actual coexisten, efectivamente, comunidades con escaso o nulo influjo, relativo a los procesos de asimilación del derecho exterior, por su extremo aislamiento y que conservan, pese a mayores contactos, modalidades consuetudinarias específicas.

Todo ello exige una reflexión sobre el papel del Derecho Penal y su implicancia en el mundo indígena, lo que reclama un trato diferenciado en la aplicación del propio derecho, dependiendo de si el destinatario desconoce, comparte o no, las normas de cultura sobre las que se asienta el derecho aplicable, pero que si podemos decir es que en nuestros pueblos la costumbre y la tradición son sus elementos.

La educación no es lo mismo que la instrucción. La educación se inicia en el hogar, en la familia. La instrucción se inicia en la escuela. La primera se refiere a los sentimientos, a la conducta, al modo de actuar dentro de la familia y la sociedad; la segunda mira a la inteligencia, a la adquisición de conocimientos, a la cultura, tomando esta palabra en su sentido más restringido, esto es, en el cúmulo de conocimientos que, sobre una ciencia o un grupo de ciencias, adquiere el hombre.

A nuestras comunidades, los avances de la ciencia y la tecnología no les llama la atención, los valores morales y éticos, en lugar de mejorar, se han devaluado así como el dólar, sus comportamientos no son los adecuados, viven de las costumbres de los antepasados, al punto que se ha perdido el respeto a sus semejantes, falta una orientación concienzuda de los valores humanos sobre todo en el campo de la sexualidad en donde parece que ha despertado inquietud porque a tempranas edades los niños se dedican al sexo, por lo que en su afán de satisfacción caen en el ámbito de la violación y cuya solución pacífica ha caído en la realización de las uniones de hecho tempranamente, porque según sus padres a los once o doce años, las mujercitas tienen marido o macho.

La degradación del comportamiento, ha llevado al cometimiento de ilícitos sexuales que en la mayoría de los casos ha quedado en la impunidad con la supuesta solución del matrimonio o uniones de hecho, observándose que una niña cuida a otra niña (madre-hija), sus congéneres no

han realizado ninguna gestión para corregir este comportamiento anómalo para lo sociedad, no se les ha concientizado en el buen comportamiento sobre todo del respeto y han permitido que los jóvenes sigan cometiendo actos inmorales, aprovechándose de la ingenuidad de las niñas en crecimiento que desde luego aparecen por su aspecto físico, como mujeres hechas y derechas y que su edad en casi nada se afecta por su apariencia, lo que ha provocado para que en el ámbito de la sexualidad aparezca más bien la delincuencia; porque con su conducta antisocial no entienden que es reprimida por la ley penal, sino que el ser humano establece normas y reglas para su convivencia en la sociedad y éstos tienen y deben ser respetados por todos.

Los padres de los infractores, poco o nada han realizado para corregir este comportamiento anormal e ilógico, sin comprender que quienes la infringen, atentan contra el conglomerado y alteran la paz social y que el ser humano esta obligado a respetar los cánones, lógicos, morales y legales que le rigen.-

Es menester que entendamos que la carencia del bienestar social, la desigualdad social, altera su paz, su salud, la intranquilidad e inseguridad de las personas y del Estado; y, si los jóvenes siguen cometiendo los actos ilícitos en cuanto al delito de violación, y sus congéneres no hacen nada para rectificar estos hechos, es como que no hubiera ley ni sanción, consecuentemente viva la delincuencia. Vemos que la delincuencia nace del conflicto entre el hombre y la sociedad, este desajuste social le convierte al delincuente en un gregario, sedentario, desadaptado y mira como única alternativa para la supervivencia el desviarse de las normas que rigen a la sociedad. Nuestros semejantes impregnados en sus costumbres ancestrales no comprenden que con sus soluciones pacíficas o de hacerles casar o que vivan en unión de hecho, no solucionan nada, olvidándose que existe un marco jurídico-penal que trata de corregir la actitud de la ilicitud a través de la imposición de una pena y que nuestra Constitución lo que pretende es que la pena

”re-educar” al condenado, esto es, que borre de la personalidad del penado todo aquello que afecte profundamente sus sentimientos, que lo haga comprender en la necesidad de respetar las reglas de juego impuestas por la sociedad a través del ordenamiento jurídico, con lo que, a la vez, estaría rehabilitando, es decir, haciendo al condenado capaz de poder actuar en un oficio o profesión que le permita justificar su existencia dentro de la sociedad, como presupuesto necesario para poder ser admitido dentro de la comunidad, es decir, para que, al momento de ser ”reincorporado” al medio social, pueda desenvolverse dentro del mismo con una personalidad diferente a la que tenía antes de su ingreso a la cárcel.

1.2.-ASPECTO CULTURAL

Con el devenir de nuestros días, la juventud se ha ido preparando cada día de mejor forma, especialmente en la educación lo que ha permitido que sus ideas y pensamientos difieran de los suyos y tal vez entran en contraposición de opiniones, reflejándose también esto en todas las áreas de la vida incluso con culturas extrañas lo que lleva a irritaciones y malos entendidos y frecuentemente faltan los elementos que ayudan para el acercamiento entre diferentes culturas; y por ello es necesario que entendamos bien lo que es cultura.

Frecuentemente se habla de “cultura”, pero esto no significa que exista una claridad en la definición. Igual que otros conceptos, también el de cultura depende en forma importante del respectivo contexto socio-histórico.

Durante la larga historia de los intercambios de características culturales, que traspasaron pueblos y fronteras, se han desarrollado las culturas de la humanidad. Hemos de entender en consecuencia, que ninguna cultura se desarrolló en un vacío, sino que lo hizo a partir del encuentro y la comparación con otras.

Los pueblos culturales tienen la virtud de haber sabido crear instituciones que representen la esencia del proceso cultural. No se encargan de regir, por que toda manifestación de cultura oficial huele mal, sino de permitir el flujo de la creatividad de todos. Saben que la calidad de la cultura no depende de ellas, pero crean las condiciones para que la cultura tenga calidad. En nuestro medio la Casa de la Cultura Ecuatoriana ha cumplido ese papel mientras ha entendido así su misión. Cada vez que la ha olvidado se ha sumado al coro de la mediocridad; el Consejo Nacional de Cultura y otros organismos similares, viven muriendo en su incapacidad.

Sin embargo al hablar de cultura, debemos recordar que este lado del planeta que más tarde se llamó América, ya existía una cultura, leyes y costumbres que cada una de las tribus de cada región, las aplicaban a raja tabla, acotando que tenían conocimientos de astrología, astronomía física, matemáticas, botánicas medicina, entre otras ciencias, por lo tanto lo que trajeron los conquistadores, simplemente fue el idioma y algunas costumbres, que lamentablemente se arraigaron en la mente del indígena americano.

También debemos recordar, que jamás existió un intercambio cultural entre los conquistadores y los conquistados, porque ellos, los vencedores creían tener siempre la razón, aunque en la mayoría de los casos estuvieron equivocados; de tal manera que las costumbres indígenas, de respetar la tierra en que vivían, cuidar de los ancianos, las mujeres, los niños, respetar a los mayores, a los sabios, y amar al prójimo; en tierras americanas ya se practicaba, es más para el indígena no le era desconocido, el respeto y el amor al prójimo; una de las aculturaciones que el indígena rápidamente asimiló fue la mentira, el engaño, la traición, ingerir alcohol, a robar entre otros vicios, que fueron adoptados, y que por cierto los indígenas reprimieron, sin embargo para los conquistadores esto ya era una mala costumbre que ahora la llamamos corrupción.

He allí una razón para que el sector indígena, no celebren, el 12 de octubre como el día de la raza o el descubrimiento de América, sino que cada 12 de octubre se celebra los 500 años de resistencia indígena; aunque la frase tenga un tinte idealista, rebelde, nacionalista o revolucionario, hay que entender que los conquistadores nunca conquistaron nada, sino que fueron conquistados por nuestra gente, nuestra tierra, nuestra cultura y nuestras costumbres, he ahí para pensar que el tema de la resistencia, sea una realidad; jamás han logrado conquistar a una América libre, rebelde y solidaria, en donde la libertad y el humanismo, han sido nuestra bandera, mal haríamos desconocer las cualidades de nuestra gente, pues son pocos los que aparentemente se sienten extranjeros en nuestra propia tierra, porque sencillamente no aman a su tierra a su gente y su familia.

Curiosamente, en temas de educación no se han profundizado mucho, es poco a casi nada la inversión de los gobiernos, para temas de cultura, educación y salud, estas son áreas estratégicas más desprotegidas, a las que en todos los gobiernos han desatendido, no por falta de recursos, sino por que se ha practicado una política de retraso, de abandono, una vieja táctica aplicada desde inicios de la Colonia, y que en aquellos tiempos le dio resultado, pues hay que recordar que en ese entonces los pobres, los criollos y los indígenas les estaba prohibido acceder a las escuelas regentadas por los religiosos, aparentemente existía la idea de que los grupos antes mencionados no tenían derecho a ser educados y la otra hipótesis que se manejaba, era entre más educado sea un pueblo, se incrementaban las posibilidades de rebelión.

De lo anterior se deduce entonces que el sistema educativo viene fallando enormemente en la formación de los jóvenes, por falta de calidad y el humanismo del maestro, mientras los profesores de tal o cual plantel, vivan en ese mundo subjetivo de lo celestial, de lo sublime, que aparentemente se creen que son seres extraterrestres y actúan como enemigos de los estudiantes,

de los padres de familia, la educación no cambiará, sencillamente tendremos alumnos mediocres, incapaces y sobre todo irresponsables, que no son capaces de decidir su futuro a base de esfuerzo y sacrificio.

La falta de los valores culturales ha permitido el desvío de los jóvenes en la delincuencia que han llevado a comportamientos alejados de la realidad, olvidándose el propósito principal de la comprensión de la cultura como ente ordenado y sistémico.

La mala formación y la falta de concientización en la juventud ha llevado a una degradación de su actitud que lo ha llevado a no diferenciar entre el respeto y el cometimiento de ilicitudes que como el caso de la violación ya dejamos anotado en el capítulo anterior.

1.3.-ASPECTO ECONÓMICO

Es doloroso hablar sobre este tema, pero a la vez es la realidad en que viven las comunidades, pues como vemos la educación no llega a los hogares de familia humildes y pobres, pues, los hijos tienen que abandonar sus estudios para ayudar a sus padres o a sus madres abandonadas del marido, según sea el caso o para cuidar de sus hermanos más pequeños y es un círculo vicioso que se repite de generación en generación no teniendo así una formación o educación que los haga reflexionar o prevenir para caer en el delito de abandono de sus hijos. Ahora en nuestras calles es común ver niños deambulando por ellas sin oficio ni beneficio, simplemente porque han sido abandonados por sus padres o ellos han abandonado sus hogares por muchas circunstancias.-

La falta de formación moral, la desprotección social de parte de las Autoridades del Gobierno de turno ha alcanzado un índice elevado no teniendo una educación básica, peor podrán tener una formación moral, con respecto a la familia, por lo que no les permite tener una base sólida, para la formación de la célula más importante como es la familia; en la actualidad

los jóvenes no piensan, no se preparan para cumplir con éste fin, simplemente actúan llevados por sus pasiones, sin medir las consecuencias de traer hijos al mundo sin estar preparados y son éstos los que corren más riesgos de caer en la delincuencia porque no se les ha inculcado buenos hábitos de fe, creencia y respeto a sus semejantes.

En pleno siglo que vivimos, con la pérdida de la fe, respeto a si mismo, esta de moda los hogares desorganizados, un elevado porcentaje se forman de personas inmaduras, no preparadas para asumir un rol tan grande como es el matrimonio. Jóvenes aún menores de edad, sin pensar o meditar, simplemente llevados por sus instintos de apetito sexual forman hogares y tienen hijos que al cabo de uno o dos años ya los están abandonando a su suerte y la madre queda con toda esa responsabilidad que más tarde le puede ser imposible asumir y ésta es una de las consecuencias como se integra la familia, esos hogares, jóvenes que no valen o se preocupan de darles una formación a los hijos, sino que son abandonados a veces por ambos progenitores, forman luego las llamadas pandillas juveniles, por ende, dan lugar a la delincuencia juvenil.

En nuestro país en las últimas décadas se vive un alto índice de pobreza, lo que acarrea que un 70% de la población viva en una miseria que los envuelve debido al alto costo de la vida, falta de atención Social a las familias ecuatorianas, como los mismos medios de subsistencia. La miseria en que se desenvuelven obligan generalmente a las madres a dejar abandonados a sus hijos o, a regalarlos, etc., por no tener las principales fuentes de subsistencia, siendo otro de los factores que influye mucho en la conformación de la delincuencia. Esto ha inducido que las niñas sean presas fáciles de la violación y que luego para solucionar el problema han realizado acuerdos económicos y han permitido que delitos de esta naturaleza queden en la impunidad porque en la fase intermedia desisten de su acusación particular y luego han dejado completamente abandonado al representante del Ministerio Público porque ya no les interesa

que el hecho delictuoso llegue a las últimas consecuencia, habiendo por lo tanto, sacrificado a la justicia y utilizado prácticamente a la niña, menor adolescente, etc., para a través del dinero causar satisfacción para ellos, pero no para la justicia por lo que los tribunales se han visto obligados prácticamente a dictar sentencias absolutorias como analizaremos y dejaremos constancia más adelante en este trabajo, pero lo que si podemos expresar es que en la delincuencia es fundamental reconocer, que es el resultante de un factor social o exógeno y la expresión de una serie de exigencias y limitaciones interiores, que son endógenas, es decir, la causa económico-social, la falta de cultura, la lacerante disociación familiar, la falta de educación, el ambiente negativo, la inestabilidad laboral, ciertas enfermedades, etc.; en suma, como estamos en el tema de la violación diremos que la delincuencia implica una desorganización social, el delito, el trastorno de conducta, puesto que es un acto inmoral que debe ser reprimido y sancionado, pero más que eso, fomentar una orientación socio educativa para de alguna manera frenar dicho desorden porque la desnutrición psíquica, conduce muy probable al crimen y lo contrario a aceptar lo económico como medio de solución al delito cometido y como dije anteriormente a dejar en la impunidad el hecho execrable porque un delito de violación es una acto de reproche por la alarma social que causa en la sociedad.-

CAPITULO 2 SUJETOS Y CIRCUNSTANCIAS

2.1.-SUJETO ACTIVO.-El Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas, lo define de la siguiente manera: *“El autor, cómplice o encubridor; el delincuente en general”*.¹

El concepto expuesto es interesante porque en este sujeto se encuentra todo el movimiento del cometimiento o no de la infracción o contravención, pues, diremos que es el generador para que la normativa jurídica se ponga en movimiento por cuanto se lo ha despertado para que valore lo

¹ Guillermo Cabanellas, Diccionario Jurídico Elemental , Pág. 302.

que se le ha lesionado y, hacer un seguimiento para su juzgamiento; de suerte que el sujeto activo es el promotor principal en el hecho antijurídico cometido por que en el tema de la violación implica desde luego, un ataque a la libertad sexual, pero no es ella el bien que con este delito se lesiona, sino el sentimiento del pudor que resiste a las relaciones sexuales fuera de la normalidad y moralidad, por parte del sujeto activo.

Las características de la tipicidad siempre determinarán –en general- quien puede ser considerado autor de un delito específico, en lo que mucho tendrán que ver los límites jurídicos de la causalidad; pero a veces los tipos reducen la autoría del delito a un círculo restringido de sujetos.

Francesco Carnelutti, en su libro EL DELITO, considera que no se lo debería llamar sujeto activo, sino más bien ofensor, porque estima que en su estructura psíquica el delito es una ofensa, y que la figura del reo ocupa el centro del derecho penal, indudablemente por su puesto que el delito tampoco puede existir sino es un hombre el que actúa, aunque más adelante mencionaremos que existen autores que consideran que el sujeto activo no constituye solamente el hombre sino también la mujer y, si para estudiar, hay que descomponerlo, el primer elemento que resulta de la descomposición es el hombre. Hombre al cual debemos considerarlo en su realidad, como delito mismo; de suerte que no ha de confundirse, en ningún campo del derecho, ni en el de la realidad, el objeto con el concepto; lo que existe y hay que conocer es el primero, no el segundo; el concepto es un medio de conocer, no lo que debe ser conocido. Son estas advertencias elementales, de las que no se debiera tener necesidad si la confusión ahora indicada no fuese desgraciadamente un vicio común de los hombres de estudio y en particular de los estudiosos del derecho penal, muchos de los cuales han creído y siguen creyendo que para conocerlo basta leer el código y los libros escritos acerca de él; mientras que el dato más

importante para observar son los hombres de carne y hueso que han cometido el delito; observar, decimos, naturalmente, en el significado propio de asidua aplicación del espíritu a esa parte de la realidad.

Hemos de entender que el Derecho Penal, que lleva en sí, por definición, los ataques más sensibles y profundos en el patrimonio, en la libertad, en el honor, incluso en la vida de los ciudadanos, caería en un estado insufrible de incertidumbre, de falta de seguridad. Por ello resulta imprescindible que el mismo sujeto activo se procure al adecuado remedio y la claridad, indispensable para que su ámbito la antijuridicidad, por lo menos en lo que concierne a la fundamentación del delito, aparezca determinada de manera precisa e inequívoca-

El delito es acción antijurídica, pero al mismo tiempo y siempre, típicamente antijurídica, el fundamento de tal exigencia lo encontramos en el Art. 2 de nuestro Código Penal y de manera fundamental en el Art. 32 del citado Cuerpo Legal, al referirse que “*nadie puede ser reprimido por una acto previsto por la ley como infracción, si no lo hubiera cometido con voluntad y conciencia*”; refiriéndose en consecuencia, al principio de legalidad; es decir, la acción sólo puede ser castigada con una pena si ésta se halla determinada legalmente antes de que la acción se perpetrara. La decisión respecto de determinada conducta que cae en la esfera del Derecho punitivo resulta de la consideración, de que, como fundamento de la exigencia penal del Estado, no es suficiente cualquier acción antijurídica, sino que es preciso una antijuridicidad especial, “tipificada”, “típica”, esto implica que no toda acción antijurídica del sujeto activo es punible; para que esto ocurra es preciso que el Derecho penal mismo la haya descrito previamente en un tipo especial. No debemos olvidarnos que en siglos anteriores toda acción antijurídica y culpable desencadenaba sin más trámites, en una sanción penal, lo cual constituía un acto inhumano.

En la antigüedad, en algunas legislaciones de los países se llegó a creer en el absurdo de que los animales y aún los seres inanimados podían ser sujetos activos de la realización de los delitos. Tan cierto puede ser esto que según Luis Jiménez de Asúa en Lecciones de Derecho Penal, nos dice que existieron Abogados especialistas incluso en defender a los rayos que habían caído y producido algún daño.

Según Eduardo López Betancourt, en su Teoría del Delito, nos dice: “En la actualidad no es difícil concebir al ente humano como la única criatura capaz de ser sujeto activo de los delitos, ya que la capacidad de delinquir sólo reside en los seres racionales, pues no es posible hablar de delincuencia y culpabilidad sin el concurso de la conciencia y de la voluntad, facultades exclusivas del hombre.

De esta manera, el hombre es sujeto activo cuando realiza la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible; o bien, cuando participa en la comisión del delito, contribuyendo a su ejecución proponiendo, instigando o auxiliando al autor, con anterioridad a su realización, concomitante con ella o después de su consumación.

Según los juristas clásicos y los de la escuela positiva, el delito tiene como primer elemento un sujeto activo que es el hombre”.²

Nosotros creemos que lo último tiene plena validez por cuanto nuestro Código de Punición establece la conciencia y voluntad, facultades que son inherentes exclusivamente al ser humano, quien para cometer el acto delictuoso, planifica, ejecuta y consume, es decir discierne lo que en verdad quiere realizar, porque quiere ejecutarlo a sabiendas que se le puede imponer una pena por su acto reprochable; su comportamiento llega a determinarse por parte del organismo jurisdiccional en tratándose del sujeto activo como: autor material, coautor, aunque esta figura

² Eduardo López Betancourt, Teoría del Delito, Editorial Porrúa, Av. República Argentina 15 México, pág. 34, 35

no esta establecida dentro de nuestra normativa penal, sino que lo determina la doctrina y otras legislaciones, autor intelectual, autor mediato, cómplice, encubridor; y asociación. Todo esto, nos lleva a determinar que una acción humana que no constituye una *conditio sine qua non* para la producción de un resultado, no entra en consideración como causa del mismo, aun cuando ella, tomada en sí misma, esté destinada y sea adecuada para producir ese resultado, en otras palabras de un resultado no se responsabiliza a cualquiera, pero sí a aquél que ha causado el resultado y únicamente a él. Según ello, la causalidad del hacer es en los delitos de resultado el primero e irrenunciable presupuesto de la responsabilidad. Por ello, concuerdo con lo expresado por Alexander Graf Zu Dohna, en la Estructura de la Teoría del Delito, cuando dice que: *“El precepto rige, por tanto, sin excepción, para el autor como para el partícipe. Es causal de un resultado, únicamente quien ha puesto una condición sin la cual el resultado no se habría producido (conditio sine qua non)”*.

Lo expuesto últimamente, se une al criterio de Enrique Ferri, en su libro Elementos y Circunstancias del Delito, cuando expresa: *“El hombre que infringe la ley penal puede ser examinado como hombre delincuente, en su conducta antisocial (psicología criminal), como procesado, en su conducta procesal (psicología judicial), y como condenado, en su conducta carcelaria (psicología carcelaria). Pero en relación al delito legal y como autor del mismo, debe ser estudiado como sujeto (individual o colectivo) de derechos.”*³

Como individuo, el sujeto activo del delito es el hombre, sean cualesquiera las condiciones bio-psíquicas de normalidad, de falta de madurez o de anormalidad grave (permanente o transitoria) en que se encuentre, siempre que tenga la posibilidad de realizar la acción o de

³ Alexander Graf Zu Dohna, La Estructura de la Teoría del Delito, pág. 19.
Enrique Ferri, Elementos y Circunstancias del Delito, pág. 19.

concurrir a las acciones de un tercero, y su acto –positivo o negativo- aparezca como la expresión de su personalidad y no sea forzosamente impuesto por otro...”.

Como vemos el tema sobre el sujeto activo resulta muy interesante y enriquecedor a la vez, para finalizar sobre el contenido de este elemento en cuanto dijimos anteriormente que la doctrina de ciertas legislaciones no consideran sujeto activo únicamente al hombre, sino también a la mujer, tenemos a Jorge Daniel López Bolado, en Violación, Estupro y Abuso Deshonesto, que dice: *“La posibilidad de considerar a la mujer como sujeto activo del delito de violación ha dado lugar a una seria controversia en razón de los diferentes criterios con que el tema fue y es tratado en las diversas legislaciones.*

*CARRARA admitió la posibilidad de que la mujer apareciera como sujeto activo del delito de violación, pero solamente en casos de violación moral, nunca de violencia física. Gómez sigue el mismo criterio pero no admite que cuando el sujeto activo sea mujer, también lo pueda ser el sujeto pasivo. “la mujer no puede ser sujeto activo del delito de violación, cuando se vale de los medios que la ley reprime para tener contacto sexual con otra mujer”.*⁴

Nosotros consideramos que la mujer si puede ser sujeto activo, sobre todo cuando en estos últimos tiempos se ha conocido de casos en Estados Unidos en donde una maestra obligaba a sus alumnos (niños de escuela) a mantener relaciones sexuales con ella, lo que implica entonces que si lo hace por la fuerza o la intimidación plenamente se constituye en sujeto activo la mujer del hecho antijurídico, pero en nuestra legislación penal en el Art. 512, en cambio, claramente se determina al hombre cuando se consigna: *“Es violación el acceso carnal con introducción total o parcial del miembro viril”*, aunque más abajo se deja en la duda por cuanto se expresa: *“de los objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril a una persona de cualquier sexo”*,

⁴ Jorge Daniel López Bolado, Violación, Estupro, Abuso Deshonesto, Lerner Ediciones, 1991, pág. 34.

pero los casos conocidos como digo en estos últimos tiempos en Norteamérica, podemos decir que la mujer esta plenamente para ser sujeto activo de un acto delictuoso, concordando con lo que expresa el eminente señor ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador y profesor de la materia de Derecho Penal de la Universidad Andina Simón bolívar, Arturo Donoso Castrillón, cuando en su libro denominado Derecho Penal Parte Especial, Delitos Contra Las Personas, expone: *“Antiguamente se creía que una relación sexual sólo podía en el campo penal entenderse como aquella violenta entre un hombre respecto de una mujer. Los tiempos han cambiado y ahora el universo de tales relaciones hace que hombres y mujeres se interrelacionen en diversos niveles con iniciativa de uno y otro lado.”*⁵⁵ lo que ha llevado como bien lo manifiesta al Ecuador a introducir una reforma o a determinar con claridad sobre este aspecto.

Finalmente dos aspectos quiero consignar respecto del tema tratado en este numeral y que son:

1.-Que cuando se habla de delincuencia, se ha de entender el compendio de la totalidad de las conductas delictuosas de un individuo: preparadas, ejecutadas y consumadas en una sociedad. La delincuencia cubre todos los actos que recogen los catálogos penales en un tiempo determinado, cierto que el Estado no llega a conocer la mayoría de los hechos, por falta de denuncia, de acusación, de investigación policial, sin embargo, esta aparente indiferencia no puede dejar de importar sobre la constancia de la delincuencia. La delincuencia legal debe llegar hasta la condena mediante el trámite correspondiente, pero sobre todo, con el respeto al debido

⁵⁵ Arturo J. Donoso Castrillón, Derecho Penal, Parte Especial, Delitos contra las personas, Editora Jurídica Cevallos,, Primera Edición, Quito, Abril 2005,pág. 81.

proceso conforme lo determinan los numerales 26 y 27 del Art. 23 y Art. 24 de nuestra Constitución actual.

El sujeto activo de un hecho antijurídico, por su naturaleza es un ser generalmente imputable, o sea, con la suficiente capacidad de entender y querer, es decir, de actuar con voluntad y conciencia sobre un hecho determinado, por ello es que, visto técnicamente el sujeto activo, es quien realiza un acto previsto y sancionado por la norma penal, desde el modo de concepcion de la sociedad. El sentido antisocial de la conducta humana no está determinado con pulcritud por su mera antijuridicidad, -contrario a la ley-. Pues, sí así fuese, tendrían que incluirse en el concepto de delincuencia las acciones meramente culposas o las que, como algunos delitos políticos pueden reconocer un profundo fundamento legal, para que quede integrado el sentido antisocial de un acto.

2.-Que el sujeto activo, constituye un elemento subjetivo que tiene la facultad de hacer o no hacer una cosa. En Derecho Penal, el elemento subjetivo sería jurídicamente el IUS PUNIENDI, que resulta limitado por las propias leyes que los Estados dictan. Esto es así en garantía de la libertad, ya que las actividades estatales han quedado, por lo mismo, concretadas a lo que la ley establece: NULLUM, CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE, determinado en el Art. 2 de nuestro Código de Punición; es decir la conducta delictiva del sujeto activo debe estar establecida con anterioridad así como la pena que se la ha de imponer por ese hecho delictuoso.

2.2.-SUJETO PASIVO.-

Nosotros pensamos que el sujeto pasivo es la persona física que sufre y soporta materialmente la acción que no siempre es el ofendido por el delito, expresión que se reserva para designar al titular del bien jurídico atacado y bien puede ocurrir que no se haya desplegado sobre él dicha acción

Para Carlos Creus en Derecho Penal, Parte General, nos dice que: “sin salir de los elementos descriptivos, el tipo puede contener referencias al sujeto pasivo del delito. Recordemos que si bien en muchos delitos el sujeto pasivo es el mismo titular del bien jurídico atacado y bien puede ocurrir que no se haya desplegado sobre él dicha acción”;⁶ por consiguiente, mientras el sujeto pasivo del delito siempre tiene que ser una persona física, el ofendido puede ser también una persona jurídica, de suerte que para la existencia del delito, debe recaer en el primero de los nombrados, en este sentido podemos decir que si la acción no recae sobre el sujeto caracterizado por el tipo, no habrá delito; en otras en tratándose del delito de violación el acceso carnal tiene que perpetrarse en una mujer.

Es menester dejar constancia que nuestra legislación procesal penal, no trata y peor habla de sujeto pasivo, sino más bien de ofendido al directamente afectado por el delito (Art. 68 del Código Adjetivo Penal), a falta de este a su cónyuge, a su conviviente en unión libre, a sus ascendientes o descendientes y a los demás parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, pero jamás se habla de sujeto pasivo.

La doctrina en cambio nos habla de perjudicado, de paciente y ofendido, lo cual caería en el plano de lo jurídico establecido por nuestra legislación y al referirse al ofendido, Carnelutti, considera que: *“Si el delito es un daño, y daño es la lesión de un interés, el cual a su vez es una relación entre un hombre y un bien, no puede darse un reo contra el cual no se presente un perjudicado...la pluralidad indefinida de los perjudicados quita por sí sola a este concepto todo valor jurídico e induce, por tanto, a excluir que se pueda considerar en el perjudicado la otra*

⁶ Carlos Creus, Derecho Penal, Parte General, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, pág. 159.

figura que debe hallarse al lado o más bien frente a la figura del reo en el fotograma del delito...”⁷

Nosotros aplicando el contenido del Artículo y Cuerpo Legal anteriormente enunciado, diremos que ofendido es, como el reo, persona, la medida en que el derecho reconoce su personalidad natural constituye su capacidad jurídica, que por tanto, es la idoneidad de la persona natural para ser ofendida y, en consecuencia, para reaccionar jurídicamente contra la ofensa realizado en su contra. La misma experiencia y las mismas razones en que y por las cuales se constituye el aspecto de la institución penal que llamamos capacidad penal activa, o sea la capacidad del ofensor, determinan la constitución de la capacidad penal pasiva, que es la capacidad del ofendido; entonces tenemos que ofendido para la legislación ecuatoriana, no es cualquier perjudicado. El sujeto pasivo en la perpetración de un delito es quien sufre directamente la acción, es sobre quien recae todos los actos materiales utilizados en la realización del ilícito, en otras palabras es el titular del derecho dañado o puesto en peligro.

Algo muy importante de resaltar es el que consigna Eduardo López Betancourt, en Teoría del Delito, cuando dice que un muerto es sujeto pasivo y expresa: *“Podemos partir de la base de considerar al cadáver como sujeto pasivo, cuando éste sea consecuencia de un homicidio, ya que en este caso el bien jurídico tutelado es la vida, pero al caso de delitos sobre inhumaciones y exhumaciones, los sujetos pasivos serán los familiares por ser ellos los titulares del bien jurídico tutelado.”*, de lo cual se deduce que solo los seres humanos pueden ser sujetos pasivos del delito, ni los animales, ni las cosas pueden serlo, ya que se debe atender al titular del derecho dañado o puesto en peligro, pues, no debemos olvidarnos que nuestro Código de Punición reprime la tentativa según lo estipulado en el Art. 16, al manifestar que quien practica

⁷ Francesco Carnelutti, El Delito, Leyer Editorial, Bogotá D.C. Colombia, 2005, pág. 46.

actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica, en tal virtud, descartamos por completo que los animales y las cosas sean titulares de alguno.⁸

Tenemos entonces, que en el sujeto pasivo y el perjudicado por la comisión del delito no siempre recae sobre la misma persona, tal es el caso, para seguir ejemplificando, del homicidio, en el que el sujeto pasivo será el titular del bien jurídico protegido por la ley penal: la vida en este caso el “de cuius”, siendo los perjudicados sus familiares, acorde a lo expuesto en el numeral 1 del Art. 68 de nuestro Código de Procedimiento Penal; de una u otra manera vemos que según lo determinado por el Art. 512 del Código Penal, cualquier persona física puede ser sujeto pasivo de la violación, aunque este contenido es tan amplio que caben dentro de él todos los casos que puedan presentarse en la realidad, no obstante el grado de honestidad de la víctima, el estado de sus facultades mentales o su edad.

En conclusión sólo la persona humana, cualquiera sean las condiciones bio-psíquicas sin tomar en cuenta su edad, sexo, raza, constituye el sujeto pasivo y, que, pero el hombre muerto no puede ser sujeto pasivo porque frente al sujeto activo no tiene ninguna relación jurídica, pero si se constituirían en sujetos pasivos los parientes.-

2.3.-VÍCTIMAS INFANTILES

La ola del crimen nos quiere arrollar, basta echar una mirada diaria a los periódicos de la localidad, para sorprendernos y alarmarnos por el aumento inmisericorde especialmente de los crímenes de sangre y últimamente el de violación, en donde he de insistir existe una guerra inmisericorde de irrespeto, puesto, que por alcanzar sus instintos malsanos, no se considera o no

⁸ Eduardo López Betancourt, Teoría del Delito, Editorial Porrúa, Av. República Argentina 15, México, 2003, pág. 54.

se diferencia el grado de parentesco para cometer el acto sexual, conforme lo justificaremos documentadamente más adelante; al punto que la actitud de irrespeto se ha convertido en endémica, ha sembrado sus raíces sangrientas, especialmente en las ciudades mayores donde no se respetan ni estado ni condición, ésta recorre todas las clases sociales, es decir la delincuencia nace del conflicto entre el hombre y la sociedad, este desajuste social le convierte al delincuente en un gregario, sedentario, desadaptado y mira como única alternativa para la supervivencia el desviarse de las normas que rigen a la sociedad.

Ponemos como ejemplo de este tipo de víctima infantil, el caso de violación a la niña ALEXANDRA ANDRADE MACAY de nueve años de edad, acaecido en la Concordia, del Cantón Santo Domingo en ese entonces de los Colorados, en el cual la niña fue a casa de su abuelita Mariana Zambrano a pedirle veinte centavos a su tío Kléver Patiño, para comprar unas pastillas, pero no le encontró, de pronto salió Ernesto Raúl Patiño Basantes, desadaptado que a la fuerza le había tirado a la cama, le saco la ropa, le amarro las manos a la cama y los pies abiertos también amarrada a la cama tapándole la boca para que no grite la violó. Este caso luego de haber cumplido el debido proceso llega a su culminación en el Tribunal Quinto de lo Penal de Pichincha, y se le ha impuesto la pena 12 años de reclusión,

De una u otra forma, las niñas que han sido víctimas de cualquier delito no solo de violación, pueden tener problemas de concentración, memoria y sus capacidades cognitivas pueden verse afectadas. Las niñas que han sido víctimas pueden tener problemas de autoestima, autoconocimiento y autopercepción sobre sus propias capacidades de llevar a cabo con éxito cualquier acción que pretenda desarrollar

La prensa escrita y hablada, diariamente nos llenan de noticias que se ha violado a niñas o que el padre, el abuelo, el tío ha violado a una niña, lo cual constituye realmente algo muy

reprochable, pues su comportamiento al parecer empieza en una deliberada o exposición a actividades sexuales (caricias, comentarios, explotación, etc.) y, dada la inmadurez y vulnerabilidad frente al poder de los adultos, los niños (y también los adolescentes) se consideran incapaces de poder dar un consentimiento libre para participar en actividades sexuales. De esta manera, cualquier actividad erótica que excita a un adulto estimula, avergüenza o confunde a un niño –tanto si el niño protesta como si no, y tanto si hay contacto genital como si no- constituye un abuso sexual.

En tratándose de las víctimas infantiles en el delito de violación hemos de manifestar que el requisito sine qua nom, es que sea menor de catorce años, y el fundamento de la incriminación de este caso reside en la ineficiencia del consentimiento que puede dar la víctima, es decir, esa ineficiencia resulta del grado de inmadurez psicofísica de los menores de catorce años, presumiéndose entonces, la incapacidad de la menor para comprender el significado social y fisiológico del acto.

Jorge Daniel López Bolado, en *Violación-Estupro-Abuso Deshonesto*, nos dice: “En consecuencia, el consentimiento no tiene relevancia jurídica. Se comete el delito aunque el menor consienta en participar del acto; pues, lo que se protege es el candor, la inocencia, la sencillez o la ineptitud por falta de madurez mental”⁹. Se trata entonces, de que es suficiente que la víctima sea menor de los catorce años, lo cual si se ha realizado el acto, no se admite prueba en contrario por tratarse de un elemento objetivo y en donde la ignorancia es igualmente inexcusable, lo cual bastará justificar la edad tan sólo con la partida de nacimiento, que efectivamente es menor de catorce años y, podemos expresar que la acción del sujeto activo

⁹ Jorge Daniel López Bolado, *Violación, Estupro, Abuso deshonesto*, Lerner Ediciones, Buenos Aires, 1991, pág. 45

automáticamente cae en el plano del aspecto antijurídico, por haber atacado el bien jurídico protegido no admitido por el derecho; siendo entonces, un juicio de valor para determinar si la acción subjetiva es valiosa o disvaliosa para el derecho, a pesar que como dejamos anotado anteriormente no se admite prueba en contrario por la edad de la niña, indefensa criatura que tiene que soportar los instintos malsanos de los depravados antisociales.

En otro caso de violación de enorme trascendencia, concretamente el seguido contra VÍCTOR HUGO CISNEROS un hombre de la tercera edad, que había violado varias ocasiones a la niña GLADYS PATRICIA ERAZO BRAVO, y que pese a existir todas las circunstancias de hecho y de derecho, quizá por un arreglo económico los representantes de la niña no concurrieron a la Audiencia de juicio, lo que sirvió para que el Tribunal Quinto de lo Penal de Pichincha, lo absolviera, conforme se conocerá con el proceso que se adjunta en copia.-

2.4.-VICTIMAS ADOLESCENTES

Las víctimas adolescentes se encuentran en el periodo de transición de la niñez a la vida adulta durante el cual acontece la maduración sexual, empieza diríamos, el período de operaciones formales, y ocurre la preparación para ingresar en el mundo de los adultos. Una tarea psicosocial importante de esta etapa es la formación de una identidad positiva, que se puede ver truncada si la persona adquiere la condición de víctima. Durante esta etapa a medida que los adolescentes buscan a su vez, una mayor independencia de los padres y núcleo familiar, buscan a su vez, un mayor contacto y un sentido de pertenencia y compañía de su grupo de pares.

Este grupo de víctimas es susceptible de sufrir maltrato bajo sus distintas formas, el abuso o el abandono durante la adolescencia forman parte de un problema que ya viene marcada desde la infancia por el conservadorismo de las costumbres antropológicas y que empeorará cuando

este adolescente intente hacerse independiente ya que los padres encontrarán mayores dificultades para controlar su conducta, por cuanto la rebeldía y desobediencia de estos adolescentes va en aumento; de tal manera que los adolescentes víctimas de una agresión, pueden haber aprehendido a controlar la agresión con agresión, no habiendo aprehendido otra forma de hacer frente a sus problemas y adquieren conductas autodestructivas, cuya incidencia es mayor en este grupo de víctimas, situándose en consecuencia, en una edad de riesgo propicia para caer en manos de los desadaptados.

Entonces hemos de consignar que la violación se diferencia del estupro porque en aquel no existe la seducción y peor el engaño; el mismo Carrara nos dice: *“Mi definición del estupro es la siguiente: conocimiento carnal de una mujer libre y honesta, precedido de seducción verdadera o presunta, y no acompañada de violencia”*; ¹⁰ es decir, el último elemento destruye todo lo concerniente al delito de estupro y se impone el delito de violación sobre el tipo penal de estupro. Puede ser que se trate e indudablemente así se lo cataloga a la mujer como honesta, pero se puede dar la utilización de la violencia y que la desfloración sea reciente o como producto del acto carnal, lo cual implicaría que se agrava la situación, por ello, no concuerdo en que no se admita la violación tan sólo por ser mayor de catorce años, cuanto más si se cumplen los requisitos de fuerza, intimidación, etc.

De igual manera que en el caso anterior, vamos a exponer sucintamente el caso de la adolescente LISETH QUEVEDO VERA de 16 años, que fue violada en la Coop. Juan Eulogio de la ciudad de Santo Domingo de los Colorados, en la que interviene el ciudadano DIEGO EDGAR LARCO LÓPEZ, quien a eso de las 21H00, con cuchillo en mano, le hala del cabello y la lleva a un terreno baldío por el cementerio del sector, la viola amenazándole incluso que si

¹⁰ Francesco Carrara, Programa de Derecho Criminal, Editorial Temis, S.A., Bogotá Colombia 1988, pág. 184.

decía algo la mataba; de igual manera cumplido todos los actos procesales, este caso por cumplir con los requisitos de la violación, ha sido sentenciado a CATORCE AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR EXTRAORDINARIA.

En nuestro medio generalmente cuando se ha producido la violación, uno de los mecanismos de solución ha sido el matrimonio o la unión de hecho, o, en su defecto un arreglo económico como lo dijimos anteriormente, diferenciándose sustancialmente con la normativa de otras legislaciones en donde el autor de estupro, aun el simple y el acompañado de desfloración justificada, tenía que elegir, según algunos legisladores, entre casarse con la doncella estuprada o dotarla de conformidad con sus bienes; o también según otros legisladores más severos, entre dotar a la doncella, casándose con ella, o ir a las galeras, por lo cual se multiplicaron las bodas desiguales e incluso hasta la actualidad.-

El delito no se comete solamente el momento que se ejecuta, sino también con la tentativa, por ello Carlos Creus, en Derecho Penal, Parte General, nos dice: *“TENTATIVA Y PARTICIPACION.-La redacción de los tipos es pensada por el legislador tomando en consideración el delito consumado realizado por un autor (salvo en los casos de autoría plural). Pero el Derecho Penal también castiga actos anteriores a la consumación, si van dirigidas a ella (tentativa) e intervenciones “activas” de otros sujetos que no pueden calificarse propiamente como autores o de varios autores de un delito, para cuya tipicidad es suficiente la actividad de un solo autor (participación)”*¹¹. Nuestra legislación también lo tipifica la tentativa en el Art. 16 del Código Penal, cuando expresa: *“Quien practica actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica. Si el autor desiste voluntariamente de la acción*

¹¹ Carlos Creus, Derecho Penal, Parte General, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, Pág. 179.

está sujeto solamente a la pena por los actos ejecutados, siempre que éstos constituyan una infracción diversa, excepto cuando la ley, en casos especiales, califica como delito la mera tentativa...”.

Como se aprecia, en las víctimas adolescentes existe el conocimiento pleno de la relación sexual, pero en cambio se obtiene mediante la violencia en donde la resistencia o sea los medios de defensa que la víctima debe operar para no sufrir en el acto sexual en contra de su voluntad, es un requisito que ofrece problemas en su valoración; pero ciertos tratadistas exigen que la resistencia sea constante y de igual intensidad por la violencia, no tomando en cuenta la falta de consentimiento puede ser no tan sólo quebrantada sino anulada por la impresión o miedo que el sujeto pasivo experimente a causa de la agresión, como en el caso expuesto, pero no resulta fácil determinar el grado de resistencia ya que en ella intervienen factores como la edad, y condiciones físicas de la víctima para valorar la resistencia.-

En suma diremos que tratándose de las víctimas adolescentes la violación se entiende, el acceso carnal que sin derecho a exigirlo jurídicamente, realiza el varón sobre otra persona por medio de la violencia o aprovechando la inmadurez o el estado mental o de indefensión de la víctima; y, en cuanto al bien jurídico, diremos que se violenta la libertad sexual, ya que cada ser humano tiene derecho a elegir libremente cual será el objeto de su actividad sexual o aún a prescindir totalmente de ella sí así lo prefiere.

2.5.-VÍCTIMAS ANCIANAS

Este tema resulta muy interesante, puesto que la ancianidad es un momento de ajustes, particularmente a los cambios en las capacidades físicas, a las situaciones personales y sociales, y a las relaciones interpersonales. Es necesario prestar una mayor atención al cuidado de la salud para prolongar el vigor físico y el bienestar. En esta edad, cabe la posibilidad de

convertirse en víctimas de malos tratos físicos como psíquicos, las personas que se encargan de su cuidado y manutención lo hacen negligentemente como el caso de la señora Fidela Castillo González, referente a la instrucción fiscal N° 58-04, del Juzgado Vigésimo de lo Penal de Pichicha, en la que entre otras cosas se dice: “El día sábado, 18 de septiembre del año 2004, aproximadamente a las 02H00 (dos de la mañana), en circunstancias en que me encontraba sola en mi domicilio, ya que mi conviviente se encontraba trabajando en el recinto la Unión, Provincia de Esmeraldas, uno de mis hijos Rigoberto Garcés Castillo, ambas trabajan juntos y mi otro hijo, había salido, no se encontraban en la casa, sorpresivamente, luego de dañar la puerta de ingreso a la vivienda proceden los señores WILSON GONZÁLEZ Y JOSÉ CHICHANDE MALA, a ingresar a la vivienda y en forma abusiva empiezan a dar rienda suelta a sus instintos delictivos, como es la VIOLACIÓN a mi persona, de uno en uno, y que pese a mis súplicas de que no hagan semejante daño no me hicieron caso más lo que hicieron es golpearme a mi rostro. Luego de cometer este delito estos individuos, huyen de mi vivienda para internarse en sus domicilios no sin antes dejar abandonados un par de zapatos de WILSON GONZÁLEZ, un palo que usaron de palanca para abrir la puerta...WILSON GONZÁLEZ Y JOSE CHICHANDE MALA, quienes antes de su detención, WILSON GONZÁLEZ, fue hasta el domicilio de una de mis hijas que es vecina de mi casa y le manifestó riéndose. ME COMI EL COCO DE LA VIEJA DE TU MADRE, YO LA VIOLE CON JOSÉ CHICHANDE MALA A TU MADRE...”. Vemos que la violencia es el elemento que distingue en este tipo de delito y sobre todo al igual que la niña, sus fuerzas están mermadas y se encuentran en condición de especial vulnerabilidad, como consecuencia de su edad. En estos casos, la persona tiene mermada su capacidad de protección o defensa, pudiendo derivar como decimos anteriormente

en estado de indefensión, en los que se incluirían no solamente los ancianos sino también las víctimas infantiles.

Es lamentable pero es cierto que este caso siendo de conmoción social, la viejita como dejamos señalado en líneas anteriores, quizá por arreglo económico o porque se trataba de familia, en la Audiencia de Juicio, se retracta de su denuncia y con el objeto de favorecer a los acusados manifiesta que ellos no han sido y destruye todo el trabajo del fiscal y lo que ha servido de base para que el Tribunal penal los absuelva, conforme la sentencia que se adjunta a este trabajo.-

2-6.-VÍCTIMA IMPOSIBILITADA DE RESISTIRSE EL ACTO

Nuestro Código de Punición en su Art. 512, entre los requisitos para que opere la VIOLACIÓN, requiere: a) Cuando la menor fuera menor de 14 años.-En tratándose de este requisito, observamos que la cuestión de fondo se refiere que las niñas o niños, deben tener fundamentalmente, una edad menor a los catorce años; b) Cuando por cualquier causa no pudiera resistirse; y, c) Cuando se usare, violencia, amenaza o intimidación.

Vamos a exponer un caso de Violación a una niña, concretamente la referente a la Instrucción Fiscal N° 3444-07, iniciada por denuncia de MARIA DEL QUINCHE OLMEDO MUÑOZ, en la cual entre otras cosas se dice: "...Desde hace un año, me he enterado de que Julio Rubén Elizalde Moreira, había violado a mi hija Gina Lizbeth Rodríguez Olmedo, sin embargo en una ocasión anterior, ya fue denunciado por parte de mi hermano, David Dolores Olmedo Muñoz, hoy fallecido, en el INFA, pero en esa ocasión mi conviviente acepto que en verdad había manoseado las partes íntimas de mi hija, y allí quedó todo,... este sujeto procedió a amenazarnos de muerte, además si es que le denunciábamos a la policía le contábamos a otra persona, iba a matar a toda nuestra familia, empezando por mi padre mis hermanos y finalmente

acababa degollándolos...por el día del padre mi conviviente, quiso como regalo que mi hija Gina Lizbeth Rodríguez y yo tuviéramos relaciones sexuales con él, situación que no accedí sin embargo más tarde nos obligó a desnudarnos, pero en la noche bajo amenazas de muerte nos obligo a tener relaciones sexuales con él, hace dos semanas me enteré que mi hija se encontraba embarazada, situación que le molestó muchísimo, y dijo que había que hacer algo para deshacernos del niño....luego la obligó a tomarse esas pastillas, por lo que mi hija empezó a vomitar constantemente, pero al parecer tomó la decisión de acabar con nuestras vidas, al ver que la situación era grave, en un descuido huí de casa para avisar a la policía pero en ese momento no había ningún uniformado en el sector, por lo tanto procedí a esconderme en la casa de un vecino...”.

Estos hechos se encuentran detallados en este proceso, ventajosamente esta causa tuvo su feliz término, pues el Tribunal Quinto de lo Penal de Pichincha, lo ha sentenciado a veinte años de Reclusión Mayor Especial.

Como vemos, existe el acto irresistible por parte de las víctimas para no poder oponerse a las pretensiones del sujeto cuando les amenazaba no solamente con matarlas, sino incluso con quemarlas y cuando prácticamente ya se vio en graves aprietos es lo que decide matarlas y la madre de la menor logra escaparse y detiene prácticamente lo que aspiraba el reo, pero para ello ya consumo la violación a la menor, quien, como se deja anotado en líneas anteriores no pudo resistirse al acto cometido por su padrastro precisamente porque utilizó la amenaza de que le iba a matar si acaso le denunciaba, además, la utilización del arma; ello implica que la víctima comprende el significado del acto, pero no puede actuar voluntariamente contra él y oponerse materialmente al mismo por una ineptitud física y psíquica, debiendo distinguirse perfectamente del caso en que la resistencia ofrecida debilita las fuerzas del sujeto pasivo.

La imposibilidad de resistirse se traduce en el impedimento físico y no de una enfermedad mental, puesto que está comprendida dentro del concepto analizado en el punto referido a la víctima privada de razón. En tal virtud, debe tratarse de aquellas que imposibilitan la resistencia material a la fuerza física, con comprensión total del acto y sus consecuencia; por ello, la madre de la menor no podía denunciar sino sólo hasta cuando logró escaparse como lo manifiesta su misma hija, lo cual determina que se encontraban en completa indefensión y se concluye que las continuas amenazas tanto de palabras como con el arma fueron los mecanismos que utilizó el sujeto activo y por las cuales no pudieron resistirse al acto delictuoso madre e hija por ignorancia y ha permitido su propia victimización al facilitar la actuación del conviviente y padrastro a la vez.

Por todo lo expuesto, concuerdo con lo expresado por Jorge Daniel López Bolado, en Violación, Estupro, abuso deshonesto, cuando expresa que: “En efecto, puede ser que la víctima sea una pacífica receptora del actuar del acusado, toda vez que, además de ser totalmente sorprendida por los actos abusivos de éste, no cuente con los elementos suficientes como para “resistir”, puesto que nada hasta el momento podía hacerle suponer que se hallaba en peligro. En este caso, el ataque se consuma contra la voluntad del sujeto pasivo, pues éste se halla en condiciones que le impiden la menor defensa contra la sorpresiva agresión, que no conoció ni previó...NÚÑEZ es de una claridad meridiana, y dice al respecto: “La naturaleza del abuso, que lo vuelve susceptible de más fácil realización que el acceso carnal, tiene influencia en lo que atañe a la configuración del caso del fraude impeditivo de la resistencia de la víctima. Respecto al abuso, la sorpresa, es una circunstancia que, respecto de determinados actos abusivos, como son los manoseos, los besos y abrazos impúdicos, ya es suficiente para evitar la posibilidad de resistencia de la persona ofendida y afirmar la no aceptación del acto

*por su víctima...la “imposibilidad de resistencia” puede manifestarse por la sorpresa con que el ataque es llevado a cabo”.*¹²

2.7.-ACCESO LOGRADO VIOLENTAMENTE

En los casos expuestos se resalta la violencia con la que han actuado cada uno de los sentenciados o absueltos y para conocer un poco más de este tipo penal, tenemos el seguido contra HERIBERTO MARQUEZ BONE por violación a su misma hija, con similares situaciones que las anteriores, pero que así mismo, luego del cumplimiento del debido proceso esta causa ha resultado con sentencia condenatoria de DIEZ Y SEIS AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR EXTRAORDINARIA; por ello acojo lo que expone Jorge Daniel López Bolado en el libro anteriormente detallado cuando manifiesta: *“El acceso carnal se logra violentamente cuando su realización supone la resistencia física consciente de la víctima y su vencimiento por el autor del hecho. Sin el concurso de ambos extremos, violencia-resistencia, no existe el delito de violación, y aún cuando ambos concursaran, si la resistencia contemporánea de la violación no se opusiere al designio sexual del violador, tampoco se configuraría.”Entre la violencia y la resistencia debe mediar una relación de oposición respecto del objetivo sexual del autor.*

La existencia de la violencia surge en todos aquellos casos en que la voluntad contraria de la víctima o se hizo impotente por medio de la fuerza física o fue subyugada por medio de una fuerza moral, consistente en la amenaza de males graves presentes e irreparables;...”, de tal manera que no se necesita el empleo brutal de la misma ni una resistencia heroica del sujeto pasivo, bastando solamente que sea capaz de sujetar e inutilizar la resistencia de una persona común lo cual tiene asidero lo que concuerdo con el eminente Carrara que considera que la

¹² Jorge Daniel López Bolado, Violación, Estupro, Abuso Deshonesto, Lerner Ediciones, Buenos Aires, 1991, Pág. 188 a 189.

violencia carnal tiene asidero cuando el conocimiento carnal recae sobre una persona que se resiste, y se obtiene empleando violencia verdadera o presunta. Concretamente Carrara en su Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Volumen II, consigna: *“Pero no es necesario que se haya consumado la cópula para que se mantenga el hecho bajo el titulo de violencia carnal; basta que la cópula haya sido el fin del agente y que los actos de este no se hayan dirigido a un simple desahogo de la propia sensualidad, sin tender a la consumación del coito. De modo que es suficiente que el conocimiento carnal haya estado en el fin, aunque no haya estado en el resultado, cuya frustración de origen al titulo de violencia carnal intentada; y al distinguir este titulo del de actos lujuriosos violentos, suelen presentarse en la práctica gravísimas dificultades...La esencia del hecho del delito de violencia carnal está constituida por dos elementos: el conocimiento carnal y la violencia.”*

Cuando la doctrina considera que no es necesario que se haya consumado la cópula para que se mantenga el hecho bajo el titulo de violencia carnal; sino que basta que la cópula haya dirigido a un simple desahogo de la propia sensualidad, sin tender a la consumación del coito, esto implica en nuestra legislación el intento, o mejor dicho la tentativa que también esta reprimida y sobre todo lo formulado en el Art. 508 del Código Penal: “Existencia del delito.-El atentado existe desde que hay principio de ejecución”.-

2.8.-ACCESO LOGRADO MEDIANTE EL USO DE LA FUERZA

El Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas de Torres, al referirse a la fuerza nos dice: *“Dominio material de otro. Violación de una mujer. Todo atropello y acto opuesto a razón y derecho.”*, y claro que la palabra fuerza nos dice que efectivamente es la que se impone en contra de la libertad o voluntad de otra persona para lograr algo, en el caso específico de nuestro tema, sería la violación; y, el concepto más claro que el anterior tenemos en el

Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, que nos dice: “*Acto de obligar a alguien a que asienta a algo, o a que lo haga. Grueso o parte principal, mayor y más fuerte de un todo*”.¹³

De lo anterior, diremos entonces, que Fuerza es la violencia material consistente en una energía física, animal, mecánica o de otra naturaleza, desplegada por el autor o por un partícipe sobre la persona de la víctima o en su contra, con el propósito de lograr el acceso carnal, y que excluye a los medios puramente morales.

La fuerza esta encaminada necesariamente a vencer al sujeto pasivo para consumir el acceso carnal, por ello el numeral 3° del Art. 512 de nuestro Código Penal, nos dice cuando se usare de violencia; es decir, a la víctima no le queda otra alternativa que ceder ante dicha fuerza y por ello concordamos con lo que manifiesta Jorge Daniel López Bolado cuando expresa: “*La resistencia constituye un elemento fundamentalmente para estimar la existencia de violencia física real. Aunque no es posible establecer de antemano reglas para acreditarla y consecuentemente establecer el grado de violencia...la fuerza física debe ser bastante como para vencer una resistencia seria y constante. No se requiere el empleo brutal de la misma ni una resistencia heroica del sujeto pasivo, bastando solamente que sea capaz de sujetar e intimidar la resistencia de una persona común*”, totalmente de acuerdo porque nuestro Código Penal en verdad no nos da muchos detalles de la fuerza en si, se limita solamente diciendo “*violencia, amenaza o intimidación...*”¹⁴

En la Instrucción Fiscal No 193-06 del Juzgado Vigésimo de lo Penal de Pichincha, seguido contra HERNAN DAVID GUANANGA TREJO por VIOLACIÓN a Ana Victoria Chica

¹³ Francesco Carrara, Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Volumen II. Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1986, Pág. 239.

¹⁴ Jorge Daniel López Bolado, Violación, Estupro, Abuso Deshonesto. Lerner Ediciones, Buenos Aires, 1991, Pág. 53.

Santos, encontramos los requisitos anteriormente detallados cuando se dice: “A las 11 de la noche del día domingo ocho de Octubre del 2006, en circunstancias que me encontraba sola en mi casa ubicada en la dirección antes mencionada, mi trabajador agrícola de nombres David Hernán Guananga Trejo, llegó repentinamente a mi domicilio tomado y con engaños me pidió prestado la escopeta doméstica y al negarme él vino y se lanzó contra mi persona golpeándome y brutal y salvajemente y con su fuerza brutal me lanzó al suelo y me golpeo, me arrastro y me desvistió y procedió a violarme, penetrándome su pene en mi vagina y acabando terminando su necesidad en mi cuerpo, una vez terminado conmigo este se fue a la casa de mi hija y se fue insultándome y diciendo vieja puta ya sacie mis necesidades contigo y ahora voy donde tu hija para violarla y para que se acuerden de mi, al no abrir la puerta mi hija María Elena de la casa de un hermano quien se encontraba acompañando a su padre que se encuentra postrado en una silla de ruedas por tener una grave enfermedad, este individuo regresó a las 6 de la mañana más o menos y nuevamente me pegó y me arrastró hasta la bodega de mi casa y me violó por segunda vez, mientras me violaba llegó otro trabajador de nombre Policarpio Solórzano, él llamaba para pedir las herramientas de trabajo y yo no pude responder por cuanto el estaba violándome en la bodega ya que me tenía tapada la boca para que no contestará...”, todo lo cual se enmarca en el contenido del numeral 3° del Art. 512 del Código de punición ecuatoriano.

Como hemos visto, dicha selección la realiza, básicamente, por medio de la puntualización de los bienes jurídicos que por su importancia merecen la superprotección de la pena, o , como acabamos de exponer, por el mayor peligro que para ellos representan ciertas “formas” de ataque, lo que servirá sin lugar a duda para valorizar la acción del sujeto activo en el ordenamiento jurídico y que en la realidad de los hechos, el sujeto violador no pudo justificar o deslindar su participación el hecho fáctico, lo que hizo que se lo llevara a juicio, porque su

actitud se adecua al tipo penal; de ahí que, concuerdo con Carlos Creus, en su Derecho Penal, Parte General, cuando expresa: *“Para nosotros una conducta justificada es una conducta que no puede caber en el tipo, porque éste implica, necesariamente, la antijuridicidad de la conducta que selecciona para aplicarle una pena. Aunque en virtud de que el tipo, al seleccionar determinadas conductas, puede mostrar la conveniencia de examinar la antijuridicidad a partir de él, en orden a la generación del delito es impensable sin el previo reconocimiento de la antijuridicidad.”*¹⁵

2.9.-ACCESO LOGRADO MEDIANTE INTIMIDACIÓN

Nuestro Código Penal al referirse a la intimidación no nos dice en que consiste, solamente lo utiliza el término y nada más, correspondiendo en consecuencia al juzgador o al abogado litigante argumentar o utilizarlo bien el término, para Guillermo Cabanellas la intimidación aunque lo hace desde el punto de vista civil, pero que por sus términos y sus consecuencias para nosotros recae en el ámbito penal, consiste: *“cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, ascendientes o descendientes”*, porque decimos que recae en el campo penal?, simplemente porque para cometer el delito de violación, se ha utilizado los términos si no accedes mato a tu madre, a tu padre o no te olvides que tienes una hermanita pequeña y hacia ella o contra ella me pego si no accedes, siendo en consecuencia otro de los medios de lograr la violación al margen de la fuerza, utilizando la violencia moral que al contrario de aquélla, que influye sobre la libertad física del individuo, lo hace sobre su libertad psíquica. Es, en consecuencia, *“todo acto de violencia moral, idóneo para producir temor en el*

¹⁵ Carlos Creus, Derecho Penal, Parte General, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, Pág. 185.

ánimo del sujeto pasivo, en forma tal que éste se encuentre obligado a soportar o ejecutar la acción que el agente propone.

López Bolado, al referirse a este tema nos dice: "...la naturaleza de la intimidación requerida para que el acto se convierta en violación se identifica con la necesaria para cometer el delito de extorsión, diferenciándose en que en la primera el actor procura una ventaja de orden sexual, mientras que en la segunda lo hace en pos de una ventaja patrimonial. Los demás elementos son los mismos, requiriéndose para ambos casos la amenaza de sufrir un mal grave, inminente, injusto, determinado, posible, futuro y dependiente de la voluntad de quien amenaza. El tipo de intimidación que infunda el miedo o el terror necesario para inmovilizar a una persona y que doblegue su resistencia puede recaer sobre cualquier bien, persona o interés del sujeto pasivo, siendo imposible fijar reglas determinadas para su apreciación...No es necesaria, en este supuesto, la resistencia seria y constante que se requiere para la fuerza física, además, la prueba del hecho se dificulta por la carencia de rastros que deja el mismo, ya que en los casos de intimidación, sobre todo cuando es verbal, no quedan como en el caso de resistencia física, lesiones, señales de desarreglos y otros signos que permitan acreditar fehacientemente lo ocurrido...".¹⁶

En la causa No. 91-07, seguido contra EDISON HONORIO MENDEZ MINDA por Violación a Elena Mercedes Castillo Simisterra, podemos encontrar los requisitos de la amenaza moral para lograr la violación, cuando la ofendida entre otras cosas dice: "...se acostó en la cama y me dijo que me acercara para conversar... él me dijo que le diera un abrazo y me abrazo y me tiró a la cama,...me comenzó a apretar fuerte del brazo pero él me dijo que si me seguía

¹⁶ Jorge Daniel López Bolado, Violación Estupro, Abuso Deshonesto, Lerner Ediciones, Buenos Aires, 1991, pág. 53 y 54.

alterándome iba a golpear, entonces yo le dije que se tranquilizara y el me dijo que no, el me dijo que sacara los zapatos que me sentara más arriba en la cama y yo le dije que no, como yo no quería hacer las cosas que él me decía, él se fue a la sala y trajo un machete y me dijo que si no lo hacía me iba hacer daño, de ahí me cogió y me sacó los zapatos y el me dijo que quite el bolso y yo le dije que no, pero él me dijo que saque el bolso y la correa pero yo seguía diciendo que no, pero él con una mano alzaba el machete y me amenazaba y con la otra me cogía y me desabotonaba el pantalón y me sacaba la correa, de ahí me sacó el pantalón y me quería quitar el interior pero yo no quería entonces yo quería defenderme pero él me amenazó y me dijo que a él no le costaba nada tirarme al Toachi y que me iba hacer daño estaba muy agresivo, cuando me saco el interior, se tapo con una cobija y comenzó a manosearme y luego comenzó a abusar de mi sexualmente...”. Este caso luego de cumplir con el Debido Proceso, tuvo su sentencia condenatoria conforme los documentos que en copia adjuntare al presente trabajo.

Como vemos se trata de actos antijurídicos porque se violenta no solo a las víctimas sino fundamentalmente el bien jurídico protegido por el Estado y que es necesario la amenaza grave e inminente para que el hecho se configure como delito, pues, por ser la violación cometida de esa forma, es una agravante, constituyéndose en consecuencia toda amenaza, intimidación en los términos establecidos en el numeral 3° del Art. 512 de nuestro Código Penal. Es verdad que la mujer que se opone a la caída de su honestidad tiene armas más que suficientes para luchar por ésta. La experiencia judicial nos enseña que rara vez se da el caso típico del sujeto pasivo con el que se logra consumar el acto pese a sus esfuerzos por oponerse. Generalmente el acceso se produce por el paulatino aniquilamiento de la fuerza de la mujer, de sus reservas físicas, pero mientras éstas estén incólumes, con sólo adoptar cierta posición haría imposible la penetración del miembro masculino. En cambio, cuando teniendo todos los medios de defensa a su alcance

la mujer resulta doblegada sin que los haya ejercido en su totalidad, debe desconfiarse de la seriedad y constancia de su resistencia, ya que los tribunales conocen diariamente de caso en los que la denuncia es motivada por circunstancias ajenas al verdadero perjuicio causado por el acto. Se han dado muchos casos en que el despecho o el ánimo de venganza llevan a la mujer a soportar la humillación de un proceso con tal de ver la condena de su amante, o las niñas “vírgenes” apelan al recurso de la denuncia para dejar a salvo su honra luego de acceder voluntaria y gustosamente al coito, pero así mismo ha servido para que muchos casos queden en la impunidad.-

CAPITULO 3 ACCION EN EL DELITO

3.1.-VOLUNTAD Y CONCIENCIA

La voluntad y conciencia es el generador del cometimiento de un hecho delictuoso, porque requiere tal como lo dice el Art. 32 de nuestro Código Penal: *“Culpabilidad.-Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, sino lo hubiere cometido con voluntad y conciencia”*, es decir con su inteligencia, lo que determina que lo que el sujeto activo esta realizando es querido por él, esta consciente el resultado que tendrá de su comportamiento; por ello concuerdo con Carlos Creus, Derecho Penal, Parte General, cuando expresa: *“voluntad implica finalidad, lo cual indica que tienen que darse en el autor, en primer lugar la ideación de la acción como proyecto, es decir como entidad que se transferirá al mundo exterior en el que se insertará como realidad; de ahí que el proyecto importe la posibilidad de prever el desarrollo de la acción en el mundo exterior. Faltara, pues, la voluntad y con ello la acción como conducta, en todos los casos en que el sujeto no haya proyectado desde su ideación su actividad o inactividad (actos involuntarios, movimientos reflejos y fisiológicos), o cuando se lo*

hace intervenir en el proyecto de otros, en el que no converge con el suyo propio (fuerza física irresistible).

La circunstancia de que la voluntad no puede concebirse sino como ideación proyectada explica que dentro de los conocimientos fundadores de la ideación que convierte a la acción en conducta, muchas veces tengan que estar comprendidos el objeto (material) del delito, los modos de actuar sobre él, los medios a emplear para hacerlo y las consecuencias que su utilización producirá (directas o indirectas, queridas o simplemente previstas); lo que indica que, en alguna medida, la acción-conducta requiere la previsión del curso causal (lo que se producirá o se podrá producir en el mundo exterior)".¹⁷

Como vemos en los ejemplos detallados en los respectivos temas de la violación, se aprecia claramente estas circunstancias en la que se encuentran inmersos los sujetos activos, pues, ellos planearon conscientemente lo que querían realizar (la violación), por ello escogían a la víctima y sabían cuando ejecutarla y consumarla; de tal manera que la punibilidad del resultado presupone que éste se encuentre en relación de causalidad con el acto de voluntad del que actúa. El acto de voluntad respecto al resultado cuando, suprimido "in mente" desaparecerá también el resultado en su forma concreta; por ello acojo lo que Edmundo Mezger en *El Delito como acción*, nos consigna: *"La responsabilidad penal ha de fundamentarse respecto a la acción y a su resultado. El presupuesto primero e imprescindible de esta responsabilidad es que el resultado concreto se halle en relación de causalidad con el actuar del agente. La controversia científica sobre esta teoría de la causalidad es sólo producto de una época muy próxima...El concepto de causalidad no es un concepto jurídico, sino lógico. Es una "forma de nuestro conocer" que ha de entenderse como categoría, un medio originario, "apriorístico" de nuestro*

¹⁷ Carlos Creus, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, pág. 133 y134.

pensar, al objeto de la comprensión del mundo sensible. O dicho de modo más preciso: una determinada posición de nuestra actividad de pensamiento por medio de la que tratamos de comprender las conexiones dentro del mundo de la experiencia. Esta forma del conocer no es ciertamente obtenida, sacada de la experiencia, sino más bien aplicada, llevada a la experiencia, al objeto de poder dominarla mediante nuestra actividad de pensamiento. También el razonamiento jurídico debe servirse de esta forma de actividad del pensamiento, so pena de perder el contacto con el mundo de la experiencia y con el restante pensamiento científico. Este concepto de causalidad o de causación es un concepto que supone una referencia, es decir nos informa sobre una referencia, sobre una conexión entre dos procesos; entre “la causa” por un lado, y “el efecto” por el otro. Y nos dice que causa es lo que no puede suprimirse “in mente” sin que desaparezca también el efecto, que causa es la condicio sine qua non, la “condición” del efecto.”

Diremos entonces, que la conciencia y voluntad es la acción misma que recae en la actividad o el hacer voluntario dirigido a la producción de un resultado típico o extra típico. Es por ello, que da lugar a un tipo de prohibición; siendo por lo tanto al primer elemento de la acción el movimiento o actividad corporal que realiza el sujeto, sin olvidar como precedente a la voluntad del sujeto, la que constituye el aspecto subjetivo de la acción, porque hemos de entender que la voluntad es la facultad que tienen únicamente los seres racionales de gobernar libre y conscientemente sus actos externos o internos.

Así mismo, hemos de manifestar que la acción se realiza por manifestación de la voluntad, dirigida conforme a su esencia, a un fin. El que un determinado comportamiento relevante socialmente, “movimiento corporal”, pueda ser valorado como acción depende de que esta conducta física esté o no dirigida por la voluntad. Pero también hemos de dejar constancia que

del ámbito de la acción se deben separar, pues, aquellas formas de conducta que no son producto de una voluntad rectora, como por ejemplo el aborto autorizado por la mujer, el marido o sus familiares como lo determina el Art. 447 de nuestro Código de Punición, el médico realiza voluntariamente, pero lo hace por coacción exterior, diríamos por situación de necesidad; siendo por tanto, el comportamiento del médico inimputable, porque su acción no es libre de decisión volitiva. En tal virtud los límites entre falta de acción y de atribuibilidad de una acción existente, no se pueden trazar siempre con seguridad. Esto quiere decir que existen situaciones en las que no se pueden atribuir ciertas conductas a los sujetos en virtud que han actuado en forma involuntaria o inconsciente, presentándose la ausencia de conducta, como es el caso de los movimientos reflejos, fuerza mayor, fuerza física superior irresistible, etc..

Por ello, una misma acción puede, en un determinado país y en un concreto ordenamiento, ser reputada antijurídica en cuanto contradice algún precepto jurídico, y sin embargo en otro Estado, o en el mismo pero en diferente época histórica, resultar adecuada a derecho por no infringir norma jurídica alguna. Desde esta perspectiva, nuestra legislación penal se halla inmersa en un incesante proceso de doble signo: criminalizador de nuevas formas de actuación delictiva, y desincriminador de obsoletas hipótesis de comportamiento criminal. El legislador ecuatoriano ha de proceder a crear nuevas modalidades delictivas o a dejar en anteriores tipos de delito anclados en ancestrales concepciones jurídico-penales. De suerte que la conducta del médico que practica el aborto podrá pasar a ser adecuada a derecho conforme a las exigencias de la sociedad actual, por muy reprobable que históricamente fuera, o merecerá ser tipificada conformando una nueva figura legal de delito.

Sin la realización de un comportamiento antijurídico que por su intrínseca gravedad requiera la conminación penal, y sin la presencia de un objeto de protección que por su significación

social exija la garantía punitiva, el propio Derecho penal carecería de sentido como orden jurídico de valor y como medio de control político-criminal. Por ello, destacar el valor del bien jurídico en el Derecho penal constituye tarea obvia pero en todo caso ineludible. El reconocimiento del concepto de bien jurídico representa un presupuesto básico imprescindible para la justificación normativa del sistema penal; porque un ordenamiento punitivo que no aspirara desde sus orígenes a proveer la salvaguarda de los valores más trascendentales para la coexistencia humana sería un ordenamiento carente de base substancial y no inspirado en los principios de Justicia sobre los que debe asentarse toda regulación jurídica de la realidad social, y –en cuanto tal- insensible para normar la vida humana en sociedad.

En suma estamos viendo que desde el plano substancial referido a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, puede entenderse comprendida en aquel concepto la conciencia de la antijuridicidad, según el punto de vista de la teoría del dolo, dentro de la estructura causal del delito; cabe estimar entonces, que el momento de la conciencia y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo, conectado con la dirección de voluntad al quebranto de un bien jurídico, no es susceptible de ser comprendido sin el conocimiento de que el bien o valor que se trata de perjudicar se halla penalmente protegido, es decir, ignorado que el comportamiento contra los bienes o valores tutelados en los tipos legales es contrario a derecho, tanto en sentido substancial como en el de pura exigencia jurídica formal.

Conforme a tal entendimiento, la conciencia de la antijuridicidad habrá de ser considerada dogmáticamente como un elemento integrante del dolo, entendido éste como forma del juicio de reproche de la culpabilidad que, al propio tiempo, se muestra relevante como momento constitutivo del injusto, en el aspecto material de determinadas figuras delictivas y grados ejecutivos imperfectos.

Conciencia y voluntad en el marco de la consideración de referencia, un ulterior aspecto de las relaciones entre el objeto de tutela y las formas de manifestación del juicio de reproche de la culpabilidad es puesto de relieve con la apreciación de la circunstancia de que la naturaleza de ciertos bienes jurídicos y la modalidad de ataque a los mismos determinan, en ocasiones, precisamente la exigencia de la concreción dolosa de algunas hipótesis típicas delictivas.

La conciencia de la antijuridicidad representa el momento conceptual que más directamente establece la recíproca dependencia en sentido dogmático entre los bienes y valores de la vida social merecedores de la tutela penal, de un lado, y el juicio de reprobación dirigido al autor a causa del comportamiento típico contrario a los mismos, de otro.

3.2.-TEORÍA DE LA VOLUNTAD

El tomar punto de partida en cuanto a los elementos que estructuran el dolo y a su misma definición, nos lleva en forma breve a referirnos a la teoría de la voluntad.

Para ésta la esencia del dolo está en el elemento volitivo, en el querer del agente, hay una determinación de la voluntad con el propósito de lograr una lesión jurídica y se asienta en los predios del dolo la conciencia de la antijuridicidad. Si el dolo consiste en querer la acción es imposible jurídica y lógicamente prescindir de la representación del resultado querido. Vista así la situación la teoría de la voluntad llevaría implícita la representación del resultado; porque el dolo esta conformado por la conciencia de lo que se quiere y por la decisión de querer realizarlo, estos elementos constituyen el dolo, entonces el dolo pertenece a la acción y a través de ella al tipo penal, siendo en consecuencia, la acción subjetiva la ejecución finalista del dolo, porque dolo es el conocimiento y querer la concreción del tipo, porque comprende a todo lo que se extiende la voluntad de concreción, es decir no solamente la meta aspirada, sino también los medios necesarios y las consecuencias secundarias.

Francesco Carrara, en su Programa de Derecho Criminal, Parte General, Volumen I, nos dice claramente: “el hombre tiene la facultad de determinarse en sus acciones, ay que puede preferir, a su agrado, obrar o no obrar, según las apreciaciones de su inteligencia. Esta facultad es la que constituye su libertad de elección, y precisamente en virtud de ella se le pide cuenta de los actos a que se determina.”¹⁸

Como hemos anotado en capítulos anteriores al tratar de los que cometieron la violación, el sujeto activo tuvo plena libertad para decir lo que él quería realizar a sabiendas de las consecuencia que le podía sobrevenir, siendo su acción voluntaria porque él elige a la vez, el quiso realizar su acción en la violación; lo cual se puede determinar que en el momento que toma su decisión existen dos aspectos: a) Que el hombre obre físicamente, esto es, cuando obra sobre el cuerpo de la víctima; y b) Moral porque obra sobre su estado de ánimo.

De lo anterior, podemos decir que la salvaguarda de los bienes jurídicos se confiere por el legislador frente a conductas humanas, y no frente a meras realizaciones objetivas, casuales o mecánicas, en las que se halle ausente el momento subjetivo de la voluntad personal del autor. El punto de partida es, pues, la propia consideración de la teoría de los hechos como criterio de distinción entre acción y hecho. Como paso previo al estudio del concepto de acción en la teoría del delito, se hace necesario distinguir la acción de lo que no es acción; porque los hechos pueden ser no humanos, como aquellos que se producen por la naturaleza o por los seres irracionales, y humanos, que son los únicos eventos externos que interesan al Derecho Penal, pueden ser a su vez involuntarios, que tienen su origen en el hombre pero no expresan un determinado contenido de voluntad humana, y voluntarios, que contienen una manifestación de

¹⁸ Francesco Carrara, Programa de Derecho Criminal, Parte General Volumen I, Editorial Temis S. A., Bogotá Colombia, 1988, pág. 192 y 193

voluntad personal en el mundo externo de la convivencia social. Los hechos humanos voluntarios, contemplados en el ámbito positivo de las descripciones típicas, dejan de ser hechos, en sentido propio, y pasan a constituir acciones, únicas manifestaciones de la voluntad del hombre capaces de cumplir los tipos legales de delito en los que se conminan penalmente determinados comportamientos individuales.

Mirando desde el punto de la violación, los hechos se encuentran reflejados en la autoría personal del sujeto que comete el hecho antijurídico, porque se producen en el mundo social precisamente por obra del hombre, que les imprime la fuerza creadora de su voluntad para cometer tal hecho. Consecuentemente no existe en el delito que nos ocupa el hecho involuntario, porque éste no se comete sin pensarlo ni de modo mecánica o ciegamente causal, porque de ser así, carecerían de relevancia típica, pues no debemos olvidarnos que nuestro derecho penal, exige para que una acción pueda considerarse como delictiva, que la misma sea realizada por un sujeto al cual pueda ser imputada la conducta realizada con conciencia y voluntad. Entonces, para que esta cualidad jurídica se acredite en la realidad de la actuación producida, resulta a su vez necesario que el sujeto activo en cuestión goce de la capacidad necesaria para sustentar la imputación del acto a su voluntad personal. Los hechos humanos así en forma voluntaria substancialmente se caracterizan porque tienen como sujeto activo a un ser humano que realiza una determinada manifestación de voluntad, penalmente relevante. El autor conduce voluntariamente su actuar, de suerte que lleva a efecto la práctica de una acción dependiente de una resolución voluntaria que expresa el contenido concreto de su voluntad en el mundo externo y que es atribuible a la misma; a esto lo refuerza el criterio del Dr. Walter Sempertegui Pesantez, en su libro *Violación a Menores de Edad en el Ecuador*, cuando dice: “*SUJETO ACTIVO.-Es la persona que comete este delito. En nuestra legislación se lo declara como sujeto*

*activo solamente al hombre, ya que si se habla de violación, se presume que esta consiste en introducir el miembro viril en los genitales o recto de una mujer o ano de un hombre...*¹⁹

Entonces tenemos, que la capacidad de voluntad es lo determinante para la existencia de la acción jurídico-penalmente relevante. La verificación de la culpabilidad y la problemática de la imputación subjetiva de la acción de matar por ejemplo es otro cantar; en tal virtud, diremos que el derecho penal es un ordenamiento regulador de conductas humanas voluntarias, las cuales selecciona, tipifica y conmina con una consecuencia jurídica. En conclusión, en la violación el comportamiento descrito en la norma se contrae a la realización de un movimiento corporal voluntario, producido en el mundo externo y perceptible sensorialmente.

3.3.-LA ACCIÓN

Lo anterior nos lleva a pasar a este tema muy importante por cuando la acción se define como aquella actividad que realiza el sujeto, produciendo consecuencias en el mundo jurídico, puesto que en dicha acción debe darse un movimiento por parte del sujeto, de esta manera, la conducta de acción tendrá: Movimiento, resultado y relación de causalidad conforme lo determina el inciso primero del Art. 13 de nuestro Código de Punición, que expresa: *“El que ejecuta voluntariamente un acto punible será responsable de él, e incurrirá en la pena señalada para la infracción resultante, aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar, o recaiga en distinta persona de aquella a quien se propuso ofender”*.

Estamos conscientes entonces, que únicamente la persona humana es capaz de realizar conductas, y al Derecho Penal sólo le interesan éstas. El hombre puede ser sujeto activo del delito y punible a las sanciones penales, ya que es el único ser capaz de tener voluntad. La acción consiste en una actividad corporal, externa, y el Derecho se ocupa sólo de estos actos, en

¹⁹ Dr. Walter Sempertegui Pesantez, Violación a Menores de edad en el Ecuador, Primera Edición, pág. 33 a 34.

virtud de que los actos puramente espirituales, los pensamientos, las ideas o intenciones solas como dijimos anteriormente, no son sancionados penalmente, por estar fuera del Derecho Positivo.

La acción en sentido estricto es la actividad voluntaria realizada por el sujeto, consta de un elemento físico y de un elemento psíquico, el primero es el movimiento y el segundo la voluntad del sujeto; esta actividad voluntaria produce un resultado y existe un nexo causal entre la conducta y el resultado; entendemos entonces que el hecho humano es conducta en tanto sea una manifestación de voluntad, el hombre observa una conducta cuando quiere hacer (acción) algo, este querer hacer o no hacer nos dice por sí mismo que la acción-conducta es un querer de finalidad.

En la mayor parte de los delitos existe la posibilidad de que la acción sea ejecutada por una persona que no adquiere por ello el carácter de autor, cuando a su conducta le faltan rasgos de culpabilidad, traspasándose ese carácter a quien hizo actuar u omitir a ella, empleándola como instrumento de su obra. Pero así mismo hay delitos en que sólo el ejecutor material de la acción puede adquirir la categoría de autor, sin posibilidad de que se dé una situación de autoría por tercero, según lo explicado precedentemente en los que dijimos que son delitos de propia mano y, que así ocurre es en el delito de violación o el estupro, donde sólo puede ser autor el ejecutor de la acción; es decir, el que accede carnalmente.

Hemos dicho que, en resumidas cuentas, voluntad implica finalidad, lo cual indica que tiene que darse en el autor, en primer lugar, la ideación de la acción como proyecto, es decir como entidad que se transferirá al mundo exterior en el que se insertará como realidad; de ahí que el proyecto importe la posibilidad de prever el desarrollo de la acción en el mundo exterior. Faltará, pues, la voluntad y con ello la acción como conducta, en todos los casos en que el sujeto

no haya proyectado desde su ideación su actividad o inactividad, como son los actos involuntarios, movimientos reflejos y fisiológicos, o cuando se lo hace intervenir en el proyecto de otro, en el que no converge con el suyo propio, o sea, la fuerza física irresistible.

Entonces estamos viendo que la conducta de esta suerte descrita es siempre una conducta humana, puesto que como dijimos anteriormente sólo el hombre y sólo el hacer y omitir del hombre es punible, por ello hemos de concordar con Edmundo Mezger, en su obra *El Delito Como Acción*, cuando dice: *“El concepto de la acción está comprendido el concepto del resultado.-Resultado del delito es la total realización típica exterior; por ello, el resultado comprende, tanto la “conducta corporal del agente” como el “resultado externo” causado por dicha conducta...La acción como hacer activo (delito de acción) exige como fundamento un querer del agente. Con esta palabra (querer) se designa el acto concreto de voluntad –no la voluntad en general-, en consecuencia, un acto interno, anímico, por el que el agente se coloca a sí mismo como causa de la realización de un resultado que se ha representado...”*.²⁰ En consecuencia, el querer y el movimiento corporal precisan hallarse en la acción en relación de causalidad, como ya lo señalamos el Art. 13 de nuestro Código Penal; es decir, a la acción le pertenece todo lo que ha sido causado por el querer y por el movimiento corporal determinado por el querer.

En los casos detallados en este trabajo hemos visto esta acción y precisamente esa acción ha causado el resultado, siendo por tanto, autor en sentido del Derecho Penal vigente, como lo determina el Art. 42 del Cuerpo Legal antes mencionado, que a la letra nos dice: *Se reputan autores, los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa...”*, concomitante implica en tanto su

²⁰ Edmundo Mezger, *El Delito Como Acción*, Leyer Editorial, Bogotá Colombia, 2005, pág. 19 y 41.

actividad no revista los caracteres de la instigación o de la complicidad. Pero así también, debemos tomar muy en cuenta lo que nos dice Enrique Ferri, en su libro Elementos y Circunstancias del Delito: *“Todo acto del hombre –y, por tanto, el delito- es siempre valorado, no en su materialidad exterior, aun cuando ésta sea el requisito preliminar del proceso valorativo, sino en el estado de ánimo que la ha precedido –animus occidendi, animus furandi, animus injuriandi, etc.- esto es, en la voluntad guiada por la intención para alcanzar el fin...”*,²¹ lo que concuerda con lo expresado por Alexander Graf Zu Dohna, en la Estructura de la Teoría del Delito: *“Los delitos que se concretan al través de una acción positiva, o son delitos de actividad o de resultado. La diferencia se manifiesta claramente en más de un aspecto. En aquellos, está puesta bajo pena una actividad de determinada naturaleza, en estos la producción de un resultado, no estando, las más de las veces, determinada la naturaleza de la actividad. Ello tiene consecuencias en la teoría de la tentativa y de la participación...”*, como bien lo determina el Art. 16 de nuestro Código Penal ecuatoriano, que se analizó anteriormente; implica entonces, que actúa dolosamente porque sabe lo que hace, aquello que el autor sabe o no sabe, es la concreción de un tipo objetivo de delito. Entonces, según ello, actúa dolosamente quien actúa con conciencia de concretar un tipo de delito; y, este tipo, se compone de la acción, como núcleo del tipo y las circunstancias de hecho que lo acompañan.

De la misma manera hemos de dejar constancia que quien mediante una acción positiva concreta un tipo penal, actúa antijurídicamente, siempre que no exista un fundamento de justificación, que sería la legítima defensa prevista y establecida en los Arts. 19, 20, 21, 22 y 23 de nuestro Código de Punición, lo que si debemos diferenciar es acto de hecho, porque como bien lo expresa Luis Jiménez de Asúa, en Lecciones de Derecho Penal: *“Ser un acto es el*

²¹ Enrique Ferri, Elementos y Circunstancias del Delito, Leyer Editorial, Bogotá Colombia D.C. 2005, pág. 36.

primer carácter del delito. Empleamos la palabra acto (e indistintamente acción lato) y no hecho, porque hecho es todo acaecimiento de la vida y lo mismo puede proceder de la mano del hombre que del mundo de la naturaleza. En cambio, acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta.

*Adviértase, además, que usamos de la palabra acto en una acepción más amplia, comprensiva del aspecto positivo acción y del negativo omisión... ”.*²²

En definitiva, diremos que con la acción se actúa antijurídicamente cuando se contradice las normas objetivas del Derecho, puesto que la acción como ya lo señalamos es punible si es antijurídica, estableciéndose un juicio respecto a la acción, en el que se afirma la contradicción de la misma con las normas del Derecho; en tal virtud, en Derecho Penal una acción es acción prohibida o no prohibida, y, por tanto, conforme a Derecho o antijurídica. El proceso fáctico como tal, y en su caso el estado creado por él, es, sustantivamente, un “injusto”, una “antijuridicidad”.

4.4.-DISVALOR DE LA ACCIÓN

Con lo consignado precedentemente, tenemos que manifestar que el disvalor de la acción forma parte de la estructura del tipo culposo, es el eje central de la culpa. Por La dirección real impresa que viola el deber objetivo de cuidado en la forma de cuidado en la forma de ejecución de la dirección finalista impuesta –como por ejemplo, cuando se conduce un auto-, se determina el disvalor de la acción en el tipo culposo, siendo disvaliosa la acción por la manera de conducirse omitiendo el cumplimiento del mandato de cuidado que exige el ordenamiento jurídico.

²² Luis Jiménez de Asúa, Lecciones de Derecho Penal, Biblioteca, Clásicos del Derecho Penal, Oxford, University Press, 2003, pág. 141.

El disvalor específico de acción de los delitos culposos no radica por tanto en la dirección finalista que ha desplegado realmente el autor, sino en la dirección finalista impuesta, que va más allá y que el autor no ha impuesto a su actividad; por lo tanto es la falta de una acción finalista real de acuerdo con la acción finalista impuesta; es decir, el disvalor de la acción de los tipos culposos consiste en la omisión de una dirección finalista mejor, impuesta por el derecho con miras a evitar lesiones de bienes jurídicos.

Puede acontecer que en un caso concreto el autor no pudo conocer y observar el cuidado exigido por el ordenamiento porque se trataba de un enajenado mental, se soluciona el problema porque se considera la conducta del sujeto como culposa -al no haber el aporte finalista que evitara el daño-, en el juicio de culpabilidad no se le puede formular reproche en razón de que no pudo personalmente conocer y cumplir con el mandado de cuidado por ser un insano mental. El acto, entonces, es típicamente culposo, pero el autor es inculpable. No cumplió con el deber objetivo de diligencia pero no podía cumplirlo, no estaba en condiciones mentales y es entonces inculpable.

En consecuencia de lo anterior, diremos que la norma jurídica se dirige a prohibir la ejecución de acciones que lesionen o pongan en peligro de lesión de los bienes jurídicos cuando no se cumple con el cuidado o la prudencia necesarios, de suerte que la norma puede ser prohibitiva cuando se traduce en un no actúes en forma imprudente o negligente, no violes el deber objetivo de cuidado y es imperativa cuando se la concreta en un actúa en forma diligente y cuidadosa, respeta el deber objetivo de cuidado que impone el ordenamiento jurídico. No es en sí disvaliosa la acción porque sí, sino porque se omite cumplir con una exigencia impuesta que prohíbe determinadas acciones.

Por otro lado diremos también que partiendo del entendimiento de que el concepto técnico de resultado en el Derecho penal está constituido por la alteración producida en el mundo externo como consecuencia de un movimiento corporal que manifiesta la voluntad del agente, se hace preciso aludir al disvalor de resultado junto al disvalor de acto, como modalidades de valuación posible del comportamiento típico objeto de desaprobación penal.

Según las características propias de los peculiares tipos legales de delito, el juicio de reproche de la antijuridicidad se determinará basándose en la reprobación –ya del disvalor del acto, ya del disvalor de resultado- de la manifestación voluntaria externa contraria a Derecho. La índole de tal incidencia efectiva sobre el objeto protegido depende de la singular estructura de los tipos legales, y de la propia naturaleza y significado del bien o valor que se tutela, ya frente a una destrucción lesiva, ya ante un mero momento situacional de peligro para el mismo apreciable según el estadio ejecutivo del delito.

En los delitos de peligro, en los que el aseguramiento del bien se establece legalmente frente a la puesta en peligro del respectivo objeto tutelado, la consumación típica, y, por tanto, el desencadenamiento del resultado externo de la conducta, coincide con el contenido material del injusto determinado por la puesta en peligro del objeto jurídico.-

Por otro lado, diremos que en las fases de ejecución el bien jurídico puede ser puesto en peligro de lesión; en otras palabras diremos que existe la tentativa que especifica nuestro Código Penal en su art. 16, cuando a la letra nos dice: *“Quien practica actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica.*

Si desiste voluntariamente de la acción está sujeto solamente a la pena por los actos ejecutados, siempre que éstos constituyan una infracción diversa, excepto cuando la ley, en

casos especiales, califica como delito la mera tentativa...”, de una u otra manera hemos de entender como dice Carlos Creus, en Derecho Penal, Parte General, “que la antijuridicidad en la teoría general del hecho ilícito y, por ende, en la teoría del delito, únicamente puede ser mentada como una característica de la conducta, como un calificativo de la acción. La antijuridicidad en sí es un adjetivo que se “realiza” al ser referido a una acción; lo que “existe” es “la acción antijurídica”, no la antijuridicidad sin esta referencia.”²³

En suma nos atrevemos a manifestar que en tratándose del disvalor de la acción estamos hablando de un delito imperfecto, por ello acogemos lo que Francesco Carrara, en Programa de Derecho Criminal, Parte General, Volumen I, nos expresa: *“El delito es perfecto cuando se ha consumado la violación del derecho que protege la ley penal, y es imperfecto cuando dicha violación no ha ocurrido, aunque el culpable haya realizado, con voluntad dirigida a ese fin, actos externos capaces de producirla...Considerado el delito como ente jurídico, tal vez era más exacta la locución antigua, pues, en efecto, es muy natural que a la intención imperfecta corresponda un delito imperfecto. Limitada ya la expresión delito imperfecto para designar la imperfección en su fuerza física, debe notarse que dicha imperfección resulta de la ausencia de la fase consumativa, sea que esta falte en cuanto a su subjetividad, porque no fue ejecutada, o porque fue ejecutada de manera insuficiente; ...Por lo tanto, la falta de las fases físicas precedentes al acto consumativo, hace imperfecto el delito únicamente cuando el resultado no haya ocurrido a causa de tal falta de esa fase precedente, que impidió el acto consumativo o que lo hizo ineficaz para producir la ofensa jurídica que constituye la esencia especial del*

²³ Carlos Creus, Derecho Penal, Parte General, Editorial, Buenos Aires, 1988, pág. 182.

delito a que se tendía...”;²⁴ esto significa entonces, que en la acción de disvalor puede darse dos aspectos una tentativa y otra un delito frustrado, como ya se ha detallado pormenorizadamente.-

CAPITULO 4 TIPOS DE DELITO

4.1.-DELITO

Hemos de empezar manifestando que para determinar el cometimiento de un delito, siempre se ha de estudiar los aspectos constitutivos del hecho antijurídico, por cuanto cuando se tiene noticia que un hombre ha cometido un delito se forma por intuición en la conciencia pública de los pueblos, predispuesta por tradiciones y experiencias seculares, como hemos dejado anotado anteriormente, un doble juicio: se piensa que aquella acción se halla prohibida y castigada por la ley y que, por tanto, es una acción antijurídica: y se piensa que es también una acción inmoral que revela en un hombre tendencias antisociales más o menos peligrosas al cometer la violación que es nuestro tema. Los creyentes ancestralmente pueden añadir que dicha acción es un pecado; y se puede decir, en muchos casos, que constituye también una inconveniencia.

El comportamiento humano aparece así vista desde cuatro puntos a saber: la buena educación o formas sociales o costumbres, la religión, la moral, y la ley, resulta que todo acto individual que infringe el mínimum de disciplina social que tales normas imponen es juzgado como infracción de uno de estos órdenes de normas o de todos a la vez; de suerte que debe apoyarse, necesariamente, en la teoría de los hechos ilícitos de los que el autor responde subjetivamente, o sea de aquellos en los que la efectivización de la consecuencia para el agente depende de un reproche que formula el derecho a la voluntad que impulsó su conducta. Tal conclusión impone que, para desarrollar la teoría del delito, tengamos que contar inicialmente con las características

²⁴ Francesco Carrara, Programa de Derecho Criminal, Parte General, Volumen I, Editorial Temis S. A. Bogotá Colombia, 1988, pág. 238 y 239.

generales de los hechos ilícitos, de los que se responde por constituir una conducta reprochable, esto es tiene que tratarse de una acción u omisión que puede catalogarse como conducta de un hombre antijurídica por ser contraria al mandato con que el derecho protege el bien jurídico y culpable, es decir, subjetivamente reprochable para el derecho.

*Lo expuesto concuerda con lo que Enrique Ferri, en Elementos y Circunstancias del Delito, nos consigna: “La observación escueta de los hechos nos dice que cuando se tiene noticia (y, tanto más, si se ha sido testigo) de que un sujeto ha matado, herido, robado, estafa, estuprado o injuriado a otra persona, aparte la impresión de repugnancia moral y de alarma. El pensamiento se detiene en la víctima del delito y en el daño sufrido injustamente por ella, que constituye la lesión del derecho propio (a la vida, a la integridad personal, a la propiedad, al pudor, al honor, etc.). Y si el delito fue realizado no contra un solo individuo, sino contra la seguridad de los ciudadanos (incendio, inundación, desastre ferroviario, etc.), se piensa también en los daños que se produjeron o que pudieron producirse para todo el que se encontró o pudo encontrarse en aquella situación de peligro. Y también se pensará en el desprecio de la ley por parte del delincuente, y, en consecuencia, en la contradicción entre su acto y la voluntad del Estado, que, por motivo de la defensa social de las personas honradas contra los delincuentes, estableció la prohibición y castigo de aquel hecho y ahora aplicará la pena al que lo ha cometido”.*²⁵

El estudio de lo anterior ha de permitir al juzgador la determinación del autor inmediato o directo y el de autor mediato, tomando en cuenta que el primero es el que actúa exteriormente su propia voluntad en relación a la concreción de la acción típica, lo cual puede hacer por sí mismo, desplegando él la actividad, o dejando de actuar en la omisión, o sustituyendo a la suya

²⁵ Enrique Ferri, Elementos y Circunstancias del Delito. Leyer Editorial, Bogotá D.C. Colombia, Pág. 31.

la voluntad de otro sujeto, a quien fuerza a desplegar la actividad que él quiere como autor o lo condiciona para que no realice la acción haciéndolo omitir y también en la forma típica que él ha querido, lo que puede hacer física o psíquicamente; pero al tratarse de la violación y sobre todo en los casos expuestos de ejemplo, vemos claramente que se puede determinar principalmente como autor inmediato o directo.

Lo último es conocido dentro de la doctrina penal, como delitos de propia mano, lo cual es cierto, porque el autor generalmente en la violación actúa sólo y, estos delitos de propia mano, no aceptan la autoría mediata,; es decir, se cumple con lo previsto en el Art. 512 del Código Penal, cuando se habla del acceso carnal con introducción total o parcial del miembro viril...de los objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril a una persona de cualquier sexo...”; consecuentemente, se han de analizar en los delitos de propia mano, también los actos preparatorios, puesto que el autor se preocupa de los instrumentos con que piensa llevar a cabo el delito o se coloca en situación de perpetrarlo; esto es lo que se denomina actos preparatorios, que, normalmente, quedan al margen de la punibilidad.

De lo expuesto precedentemente y en especial de los ejemplos detallados en el capítulo dos, podemos decir que el delito de violación lo vemos conformado de los siguientes elementos:

1.-INFRACCIÓN DE LA LEY.-El cumplimiento de las normas jurídicas está garantizado por la fuerza, especialmente cuando ese conjunto de normas establecidas, se han violentado, diríamos cuando se lo ha despertado, cuando se lo ha provocado para que entre en acción. De acuerdo con la Constitución Política, la fuerza pública esta destinada a conservar y defender el ordenamiento jurídico. Para el caso de transgresión o inobservancia de las leyes de la República, el Estado obliga a las personas a acatarlas por medio de la fuerza coercitiva que es parte de su poder y, su incumplimiento conlleva necesariamente una sanción.

2.-PROMULGADA PARA PROTEGER LA SEGURIDAD DE LOS CIUDADANOS.-Para lograr la igualdad, la libertad, la paz, el orden, la seguridad y el bien a favor de la sociedad, el derecho anhela una meta profundamente anclada en el “ser social”, la justicia, que es una categoría universal, teórica, valorativa y práctica.-Estamos viendo hoy en día que la conciencia jurídica popular no siente pasión por el ordenamiento jurídico, sino que ha perdido su fe y tiene hambre y sed de justicia como máximo ideal. En otras palabras la inobservancia de la ley que según lo previsto en el Art. 3 de nuestro Código Penal que dice: *“Presunción de conocimiento.- Se presume de derecho que las leyes penales son conocidas de todos aquellos sobre quienes imperan. Por consiguiente, nadie puede invocar su ignorancia como causa de disculpa”*, implica que debemos cumplirla a cabalidad; pero así mismo, existen como en el caso de la violación depravados que a sabiendas de sus consecuencias violentan la seguridad jurídica cometiendo actos antijurídicos y violentando la paz de la sociedad.

3.-RESULTA DE UN ACTO.-Claro, no debemos olvidarnos que el acto es la expresión espontánea, libre y consciente de la voluntad de una persona generalmente capaz o competente, cuyos efectos produce la creación, modificación, reconocimiento o extinción de derechos u obligaciones. El principal elemento del acto jurídico, en consecuencia, es la “voluntad”.

En términos jurídicos “la voluntad” es la aptitud o facultad humana manifestada con discernimiento, intención y libertad para hacer algo u obrar en sentido determinado. Mediante el discernimiento -el individuo puede apreciar, juzgar y distinguir el valor de sus propias acciones y las ajenas-, por medio de la intención -lo mueve a obrar en sentido determinado-; y a través de la libertad adopta esa determinación sin coacción alguna. Entonces vemos que el acto es el primer elemento del delito, inicial y básico de éste, por ello hablamos de acto típico, antijurídico y culpable.

Lo expuesto lo encontramos determinado claramente en los Arts. 2, 10, 11, 13, 18, 32 y 33 del Código de Punición, cuando se expresa: “por un acto”, “un acto”, “cuando el acto” o “como actos conscientes y voluntarios”; de lo cual volvemos al inicio del tema para decir que el acto es la conducta humana guiada por la voluntad.

4.-ACTIVIDAD DEL HOMBRE.-El hombre es el único caso dentro del reino animal que ha llegado al más alto grado de evolución cerebral; y el exclusivo ser capaz de analizar, intuir y pronosticar su conducta, pero en ocasiones se olvida que esta sujeto a normas de convivencia y control social. Cuando el hombre ha cometido el delito, el único ser como lo dice el Art. 32 del Código de Punición que actúa con conciencia y voluntad, la parte final del Art. 4 del Cuerpo Legal ya invocado, lo identifica con la palabra reo, pero nosotros creemos que más acertado sería llamarlo “ofensor”, porque es el hombre el que ofende al bien jurídico protegido; siendo en consecuencia el hombre el único ser que puede cometer delitos y recibir sanciones. En cambio en la antigüedad se interpretaba de distinta manera y ello, nos dice claramente Luis Jiménez de Azua, en Lecciones de Derecho Penal: “...*El Pritaneo juzgaba a las cosas; árboles, piedras, etc.,... No descansaba el reproche en los elementos subjetivos y sólo se contemplaba el resultado dañoso. Por otra parte, razones de orden religioso hicieron pensar que las bestias podían ser capaces de intención...*”,²⁶ un absurdo, pero que para la época debe habérselo mirado como algo normal, pero las bestias no actúan con conciencia y peor con voluntad, porque no tienen esa capacidad de discernimiento.

5.-ACTO EXTERNO.-Claro que tiene necesariamente que ser un acto externo, porque no se puede hablar de dolo en las ideas, en los pensamientos, sino que el sujeto activo, en nuestro caso en la violación, es el que concreta el tipo de un delito, por cuanto con su acción ha motivado la

²⁶ Luis Jiménez de Asúa, Lecciones de Derecho Penal, Biblioteca Clásicos del Derecho Penal, pág. 134 y 135.

concreción del tipo penal, nadie llama autoría a la mera ayuda. Naturalmente, pueden haber participado en una acción varias personas como autores, pero entonces se supone que todos ellos cooperan en la ejecución; ellos deben realizar acciones ejecutivas, que quiere decir como concreciones de características abstractas del tipo. Diremos entonces que es necesario que la acción del hombre sea actuado, para que pueda recaer sobre sí una sanción, puesto que, nadie sufre una pena del pensamiento.

6.-ACTO POSITIVO O NEGATIVO.-El Art. 11 del Código Penal, al referirse a la relación de causalidad, a la letra nos dice: “Nadie podrá ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si el acontecimiento dañoso o peligroso de que depende la existencia de la infracción, no es consecuencia de su acción u omisión.”, diríamos entonces que hablamos de una ejecución de acción o la no ejecución de una acción; según el contenido del artículo antes descrito, implica que la omisión simple y la comisión responden a la naturaleza de la norma. Si esta es prohibitiva, no violarás, su quebrantamiento crea un delito de acción; si es imperativa: socorrerás, el no cumplimiento de este socorrer, supone un delito de omisión.

7.-ACTO MORALMENTE IMPUTABLE.-En términos generales podría decirse que la imputabilidad es un modo de ser de la persona que influye en su comportamiento y del cual se derivan determinadas consecuencias jurídicas. La imputabilidad sería, así, una cualidad que un sujeto necesariamente debe tener para que la norma penal le sea suficiente o pueda referirse a él; porque los inimputables no teniendo conciencia y voluntad normales, como nos especifica el Art. 32 del Código de Punición, no tienen capacidad de conocer la norma como los locos por ej., y no son, por lo mismo, capaces de obediencia, es decir, de sentir la amenaza contenida en la norma y de regular su conducta en la forma que el precepto dispone y por lo mismo, no son idóneos para ejecutar hechos con voluntad jurídicamente relevante. De suerte que solamente las

personas imputables pueden sentir la amenaza de la norma penal, la imputabilidad debe entenderse como capacidad de pena. Entonces la imputabilidad es al propio tiempo un modo de ser y un modo de actuar; lo primero porque refleja el estado en que se encuentra la personalidad en un determinado momento, de acuerdo con la forma que funcionen sus esferas intelectual y volitiva; aquella le permite al individuo aprehender e identificar los estímulos y responder a ellos adecuadamente, vale decir, conocerlos y complementarlos; esta le sirve para decidir la actitud que ha de tomar frente al estímulo –responder o abstenerse de hacerlo-.El modo de actuar es la consecuencia natural de la decisión tomada por la conciencia y la voluntad, expresada en términos de dinamismo vital.

8.-ACTO SOCIALMENTE DAÑOSO.- Al referirnos a la violación, el delito surge cuando el hombre realiza actos de oposición social, es decir, comportamientos que causan daño al conglomerado en cuanto alteran y dificultan el normal proceso de desarrollo y bienestar del grupo y contra los cuales este reacciona negativamente reprochándolos y rechazándolos. La situación personal del sujeto en lo que respecta a su esfera intelectual y volitiva orienta su comportamiento en determinada dirección, pero cualquiera que ella sea, la acción que surge de esa interacción de fuerzas se refleja en un resultado que implica modificación del mundo exterior, en la medida en que ocasiona disturbio social; especialmente cuando se ha vulnerado la ley que se ha promulgado para garantizar la seguridad de los ciudadanos.

De todo lo consignado, diremos que en el delito de violación, el punto de partida para descomponer el delito en sus elementos es que el delito constituye un daño, claro que puede un daño no ser delito, pero no puede darse un delito que no sea un daño, existe entonces dolo, por su deseo inminente de causar daño.

Al referirse al daño el Art. 14 del Código Penal, en el inciso segundo y siguientes, nos dice: “La infracción dolosa, que es aquella en que hay el designio de causar daño es: Intencional, cuando el acontecimiento dañoso o peligroso, que es el resultado de la acción o de la omisión de que la ley hace depender la existencia de la infracción, fue previsto y querido por el agente como consecuencia de su propia acción u omisión; y, Preterintencional, cuando de la acción u omisión se deriva un acontecimiento dañoso o peligroso más grave que aquel que quiso el agente”, esto último se puede dar indudablemente porque han existido casos en que no se ha producido solamente la violación, sino también la muerte de la víctima; consecuentemente, el delito tiene en el daño su elemento físico o material. En definitiva, sobre el delito como es obvio, existen varios conceptos cuantos tratadistas y penalistas existen, pero el que más acertado considero es el de Francesco Carrara, que en su Programa de Derecho Criminal, Parte General, Volumen I, dice: “...es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso”,²⁷ este concepto se halla desmenuzado anteriormente.

4.2.-ACCESO CARNAL

Hemos de dejar en claro que la sola realización del acceso carnal no configura el delito de violación carnal, sino que solamente lo es cuando el acceso carnal se lo realiza en una de las circunstancias constitutivas de violación, conforme lo determina el Art. 512 del Código Penal; esto es, cuando el sujeto pasivo es menor de catorce años, o cuando se hallare privado de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistirse; o

²⁷ Francesco Carrara, Programa de Derecho Criminal, Parte General, Volumen I, Editorial Temis S.A., Bogotá Colombia, 1988, pág. 42.

cuando el sujeto activo empleare la violencia, la amenaza o la intimidación para obtener el acceso carnal. Estas situaciones, especialmente las últimas se han dado en los casos que hemos consignado como ejemplos para el desarrollo de la violación, a una niña, a una adolescente y, a una anciana.

La conducta constitutiva del acceso carnal, requiere que se cumpla con la frase “introducción total o parcial del miembro viril por vía vaginal, anal o bucal”; es decir, necesariamente debe ser efectuada por un hombre, porque si es una mujer la que realiza el acceso carnal, hemos de tomar en cuenta que la mujer carece de miembro viril, pero puede darse el caso que introduzca una prótesis al sujeto pasivo cualquiera que fuere su sexo, aunque simule miembro viril a la perfección, pero en este caso no se configura el acceso carnal, sino un acto impúdico lúbrico apto para configurarse el delito de agresión sexual asimilada a la violación carnal, pero no acceso carnal; incluso Luis Alberto Kvitko, en el libro *La violación*, al respecto expone: *“Nosotros entendemos, sin incurrir en ningún tipo de interpretaciones que pretenden llegar más allá de donde debe llegar la letra el espíritu de la ley, que la violación es acceder carnalmente a la mujer por vía vaginal y/o anal y al hombre por ésta última, y el límite que indica que más allá de él es violación...”*²⁸

El acceso carnal tiene tres modalidades a saber:

1.-La modalidad primaria del acceso carnal consiste en la introducción del miembro viril por vía vaginal. La introducción puede ser total o parcial y solamente es posible en una relación heterosexual.

²⁸ Luis Alberto Kvitko, *La Violación*, Editorial Trillas, Impreso en México, 2004, pág. 18, 19 y 20.

2.-La introducción del miembro viril por el ano constituye la segunda modalidad y puede realizarse tanto en el hombre como en la mujer. En el primer caso nos encontramos ante relaciones homosexuales de hombre a hombre; y,

3.-Introducción del miembro viril por la boca, que puede realizarse tanto en el hombre como en la mujer. No se requiere que la introducción sea total, sino únicamente que el miembro viril traspase el cerco dentario en mínima proporción.

Es importante dejar constancia como manifiesta Carlos Creus, en Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, al referirse al Acceso carnal y sus modalidades que: *“Todas las figuras pertenecientes a este capítulo tienen en común la característica de que sus acciones están constituidas por el acceso carnal ilícito...Cuando el consentimiento de la víctima falta en absoluto, porque el autor le impone su voluntad o porque aquella no puede prestar un consentimiento mínimamente válido, se da la figura de la violación; cuando la víctima ha prestado un consentimiento que la ley considera insuficiente por al calidad de aquella o lo ha prestado erróneamente a causa de las circunstancias que rodeaban el hecho, estamos ante la figura del estupro...”*.²⁹

Como se observa si el sujeto activo impone su voluntad constituye violación, por ende es un acto ilícito, porque se vence la voluntad del sujeto pasivo, lo cual constituiría un asalto sexual, porque puede darse entre dos o más personas, lo cual sería un acceso carnal agravado y peor si para lograrlo, se utiliza armas.

4.2ª.-DELITO DOLOSO

Al respecto, Carlos Creus, en Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, nos dice: “Por delito doloso entiéndese, en el concepto del tipo, a toda infracción que la ley penal castigue por la

²⁹ Carlos Creus, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983, pág. 178 y 179.

voluntariedad del ataque al bien jurídico protegido. Siempre que sea una ley penal la que dispone el castigo,...”, en el caso de la violación claro que la ley castiga, y, lo hace con una pena grave, cual es la reclusión, precisamente por la gravedad del acontecimiento, por ser un acto reprochable y de alarma social.

El sujeto activo del delito, actúa con conocimiento de causa, sabe lo que quiere y a donde esta dirigida su acción y sabe el resultado que se ha de dar de su actitud antijurídica porque precisamente lesiona el bien jurídico protegido; pero además, actúa con voluntad; es decir, el toma la libre decisión de alcanzar sus protervos instintos cual es la violación, su satisfacción personal. Si se cumplen estos dos aspectos el conocimiento y el deseo voluntario de realizar el acto antijurídico, entonces el delito doloso estará completo.

Así mismo, hemos de dejar consignado que si se cumplen los aspectos antes señalados, el sujeto activo de ese acto antijurídico, será culpable, por lo cual concuerdo con lo expresado por Alexander Graf Zu Dohna, en su libro *La Estructura de la Teoría del Delito*, cuando dice: “*Quien concreta dolosamente el tipo de una acción punible, actúa culpablemente...*”,³⁰ su conducta tiene necesariamente que ser juzgada como en los casos puesto como ejemplo, en virtud que lo contrario quedaría en la impunidad. No debemos olvidarnos que la sanción no opera solamente cuando el delito ha sido consumado, sino también cuando ha sido tentado, por ello el Art. 16 del Código Penal, no consigna: “Quien practica actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la naturaleza de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica...”, y para ahondar un poco más, esta misma tentativa, se encuentra penada en el Art. 46 del Cuerpo Legal antes invocado, cuando se expresa: “*Pena de la*

³⁰ Alexander Graf Zu Dohna, *La Estructura de la Teoría del Delito*, Leyer Editorial, Bogotá D.C. Colombia, 2005, pág. 56.

tentativa.-Los autores de tentativa sufrirán una pena de uno a dos tercios de la que se les habría impuesto si el delito se hubiere consumado. Para la aplicación de la pena se tomará necesariamente en consideración el peligro corrido por el sujeto pasivo de la infracción y los antecedentes del acusado”, pero en los casos de violación, vemos claramente que existe un autor por cuanto es la persona que concreta el tipo de un delito, porque con su acción ha motivado la concreción del tipo penal; de suerte que, si falta la adecuación típica o la antijuridicidad, no se puede hablar de participación punible. Entonces tenemos que, todo lo externo es sinónimo de antijuridicidad, y todo lo interno pertenece a la culpabilidad.

Finalmente, respecto del delito doloso consideramos necesario anotar que no todo sujeto activo es sujeto de la imposición de una pena, cuando ha cometido un delito, puesto que nuestra misma legislación penal nos enseña que son menos imputables los menores, aunque en ellos se compruebe la capacidad de entender y de querer, así lo determina el Art. 40 del Código de Punición al manifestar: *“Las personas que no hayan cumplido los 18 años de edad, estarán sujetos al Código de la Niñez y la Adolescencia.”*

La experiencia nos demuestra que como se dan enfermedades físicas, se dan también enfermedades mentales, más o menos graves, esta experiencia la toman ciertos artículos del Código Penal como son: 34: *“No es responsable quien, en el momento en que se realizó la acción u omisión, estaba por enfermedad, en tal estado mental, que se hallaba imposibilitado de entender o de querer...”*, Art. 447: *“El aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer o de su marido o familiares íntimos, cuando ella no estuviere en posibilidad de prestarlo, no será punible...”*

Lo expuesto concuerda con lo consignado por Francesco Carnelutti, en su libro titulado El Delito: *“Capacidad para delinquir.-El reconocimiento de la imputabilidad plena no agota el*

interés del estudio del reo ni la importancia de su personalidad a los fines penales. Más allá del límite de la incapacidad de entender y de querer se perfila aquí el concepto de la capacidad para delinquir, la cual se resuelve no tanto en la idoneidad cuanto en la inclinación a cometer delitos; la distinción entre imputabilidad y capacidad para delinquir es paralela a la diferencia entre posibilidad y probabilidad del delito.

Para comprender plenamente este concepto, considérese que, superada la zona de la enfermedad mental, o sea, de estable incapacidad de entender y de querer, la generalidad de los hombres no posee en igual medida esta capacidad por el contrario se sube por una larguísima escala desde los semi imputables, a través de los hombres medios, poco a poco y paso a paso, hasta los pocos en que se verifica el extremo opuesto de la capacidad estable de entender y de querer; probablemente la capacidad de querer y de entender y de querer absolutamente estable es la sanidad... ”.³¹

Finalmente nuestra normativa penal, en su Art. 14, inciso segundo, nos consigna: “La infracción dolosa, que es aquella en que hay el designio de causar delito es: Intencional, cuando el acontecimiento dañoso o peligroso, que es el resultado de la acción o de la omisión de que la ley hace depender la existencia de la infracción, fue previsto y querido por el agente, como consecuencia de su propia acción u omisión.

Preterintencional, cuando de la acción u omisión se deriva un acontecimiento dañoso o peligroso más grave que aquel que quiso el agente.”; lo cual implica que existe voluntad y conciencia para cometer el delito.

4.2B.-DELITO CULPOSO

³¹ Francesco Carnelutti, El Delito, Leyer Editorial, Bogotá D.C. Colombia, 2005, pág. 40.

Empezaremos manifestando que en el ámbito de los delitos culposos, la incidencia perjudicial sobre el objeto de tutela es atribuible al autor en virtud de infracción del deber de cuidado, que jurídicamente le es exigible en orden a la actuación por el sujeto con una diligencia de tal naturaleza que evite las consecuencias de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido en las respectivas descripciones típicas.

Sin la infracción del deber jurídico aludido, no puede ser fundamentada la característica de la culpabilidad, desde el punto de vista de la concepción normativa, que cifra la esencia de la misma en la omisión del deber de cuidado en el actuar del sujeto, y no en una mera relación psicológica libre de todo carácter valorativo.

El ámbito de la realización típica culposa es determinado por exigencias jurídico-positivas de nuestro ordenamiento, concernientes al momento subjetivo, característico de la tentativa consistente en la dirección de la voluntad a concretar los elementos objetivos de un tipo de delito, así como por necesidades derivadas de la consideración del punto de vista material del injusto típico, cuyo fundamento requiere de manera esencial en los tipos culposos una incidencia perceptible en sentido objetivo, sobre el bien jurídico protegido, originada por la infracción del deber de cuidado impuesto por la norma jurídica.

Debe tenerse presente que, en el círculo típico de los delitos culposos, las formas de repercusión del actuar humano voluntario sobre el objeto jurídico protegido poseen un margen de eficacia de límites más reducidos que en la esfera de los delitos dolosos, toda vez que la incidencia sobre el bien jurídico ha de ser en aquello externo-objetivamente apreciable bajo las modalidades de lesión o puesta en peligro.

La dimensión subjetiva del querer del autor de una realización perjudicial al bien jurídico no puede ser aplicada en el ámbito de la comisión culposa, por cuanto el momento anímico de la

orientación de la voluntad a un resultado típico no pertenece a la estructura propia de los tipos culposos, sino precisamente a la peculiar de los supuestos delictivos dolosos.

Entonces como vemos, cuando de los delitos culposos se trata, también en éstos, la acción humana sigue siendo un obrar, en donde la voluntad se dirige a un fin, para conseguir ese fin hace una selección de medios de la acción necesarios para cumplir lo propuesto, pero tanto en la selección de los medios como en la utilización de éstos deben prever las consecuencias que pueden derivar o confluir junto con el fin o aparecer en lugar de éste.

Por eso surge el ordenamiento jurídico mandando que en toda acción que puede ocasionar en forma no querida la lesión de un bien jurídico se observe el cuidado necesario para evitar esas consecuencias. Hay en los delitos culposos una divergencia entre la acción realmente comprendida y la que debía haber sido realizada en virtud del cuidado necesario; es decir, que no puede haber concurso de personas en los delitos culposos, en los cuales por definición esta excluido el elemento intencional.

Para aclarar lo expuesto, se une y quizá nos aclara aún más, Francesco Carnelutti, en el Libro El Delito, al decirnos: “Delito culposo.-Que no haya entre el fin y el evento la coincidencia por la cual el delito es doloso...En cuanto a la ilicitud penal, el principio según el cual la falta de dolo no siempre excluye la punibilidad del hecho,...”,³² situaciones que se cumplen con la falta de cuidado y sobre todo con lo previsto en el último inciso del Art. 14 del Código Penal que dice: “La infracción es culposa cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia, o inobservancia de la ley, reglamento u órdenes.”, lo cual se configura en la falta de cuidado.

4.2C.-DELITO PUTATIVO

³² Francesco Carnelutti, El Delito, Leyer Editorial, Bogotá D.C. Colombia, 2005, pág. 143.

Delito putativo es el hecho de realizar una acción que el propio autor estima delictiva, pero carente de tipo; en otras palabras sin objeto. Se trata de una fase intermedia entre el pensamiento y la acción externa, con falta de referencia a un tipo penal. En el llamado delito putativo hay actos externos, no constitutivos de preparación ni de tentativa, como por ejemplo el sujeto que hurta la cosa propia creyendo ajena; es decir, lo que existe es un error del agente acerca del contenido del derecho.

Lo narrado en pocas palabras tiene concordancia con lo que manifiesta Carlos Crus, en Derecho Penal, Parte General: *“El delito putativo surge, pues, básicamente, del convencimiento del autor en la delictuosidad de su acción. Ese convencimiento es erróneo cuando la tipicidad falta totalmente por ausencia de norma legal...o falta de ausencia de alguno de los elementos requeridos por el tipo incluido en el catálogo legal...La doctrina contemporánea incluye dentro del delito putativo los casos de “error de prohibición al revés”, por que tampoco en ellos el delito existe “y la imaginación del autor no puede fundar la antijuridicidad”, lo cual tiene asidero con el ejemplo expuesto anteriormente. A todo ello, se une el criterio de Francesco Carnelutti, cuando sobre el tema expone: “Cualquiera ve que, faltando en tal caso el evento punible, no puede existir delito; si se castigara al agente, se castigaría la moera cogitatio. ...los caracteres constitutivos del delito no existen siquiera en el fin, y la opinio criminis se funda en un error de derecho...”*³³

En conclusión, diremos que en el delito putativo, hablamos de elementos constitutivos inexistentes porque la acción no esta realizada en forma que violente o cause daño a la norma legal o a persona alguna; constituyendo en consecuencia, un “delito imposible”, pues el evento

³³ Carlos Crus, Derecho Penal, Parte General, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, pág. 300.
Francesco Carnelutti, El Delito, Leyer Editorial, Bogotá D.C. Colombia, 2005, pág. 144.

representado en el fin, no llegan a existir, lo cual es precisamente uno de los tipos del delito putativo; decimos delito imposible porque como dejamos anotado no causa daño en absoluto, ejemplo, un sujeto dispara a otro con un fusil de juguete o cuando se apuñala a un ciudadano que yace muerto.

4.3.-CULPABILIDAD

En una consideración primaria de las relaciones entre bien jurídico y culpabilidad, es preciso tener presente que el juicio de reproche jurídico-subjetivo, en que la culpabilidad en esencia se sustancia, es dirigido al autor con base en un actuar típicamente antijurídico del mismo, lo cual recae, en los ejemplos que hemos consignado sobre la violación; porque todo cumplimiento de un tipo de injusto requiere, para la determinación del carácter antijurídico de la conducta, la existencia de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. El modo en que la voluntad humana repercute en una tal incidencia desvalorada, sobre un objeto de protección, asume trascendencia en el ámbito propio de la teoría de la culpabilidad.

Acto seguido, de verificarse que en la conducta típica de acceso carnal sexual no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico continuará con el análisis para determinar la conducta típica y antijurídica que puede ser atribuida a su autor. En esta etapa tendrá que verificarse si al momento de actuar el agente era imputable es decir, mayor de dieciocho años de edad y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable. En el primer caso, es una persona capaz para delinquir y como dice Berthold Freudenthal, en Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal, la culpabilidad es la reprochabilidad de la conducta antijurídica, la desaprobación que se sintetiza en un juicio de reproche y nos ahonda cuando expresa: “...el viejo “elemento subjetivo” del ilícito penal, perimetrado en torno al dolo y a la culpa como su contenido material, y descriptivo sintéticamente como una relación o nexo psicológico entre el

*sujeto y el resultado, pasará a exhibir una fisonomía normativa, aprehendiendo a la culpabilidad como un puro juicio de reproche, formulado al autor a raíz de su conducta antijurídica; de lo cual se intuye que se debe determinar que el sujeto tenga capacidad de culpabilidad, siendo esta necesaria para que pueda aparecer como digna de censura. Únicamente quien ha alcanzado una determinada edad y no sufre de graves perturbaciones psíquicas posee aquel mínimo de capacidad de autodeterminación que el ordenamiento jurídico requiere para la responsabilidad jurídico-penal;*³⁴ por ello, se dice que debe actuar con conciencia y voluntad acorde a lo previsto en el Art. 32 del Código Penal. Cuando falta la capacidad de culpabilidad el autor puede, ciertamente actuar –a diferencia de lo que sucede cuando concurre incapacidad de acción en los actos reflejos o inconsciencia- pero no devenir culpable, ya que el hecho no obedece a una actitud interna ante el Derecho digna de Desaprobación.

Entonces diremos que la capacidad de culpabilidad esta orientada a considerar la edad y la madurez biológica del sujeto, así como la salud psíquica mental que tiene el autor, esto es, no se puede formar un concepto de culpabilidad hasta haber hecho un estudio del grado de madurez moral, fuerza de voluntad y desarrollo intelectual que ha alcanzado, y así analizar hasta qué grado el individuo tiene comprensión de que sus actos son ilícitos.

Nuestro Código Penal, determina de un modo típico-negativo que personas no son capaces o lo son, solo restringidamente de obrar de modo culpable, conforme lo hemos detallado anteriormente. Como consecuencia de ese punto de vista, no sólo de la pena sino del Derecho Penal quedan excluidos aquellos sujetos que cometen un delito en condiciones de alteración de

³⁴ Bethold Freudenthal, Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal, Editorial IB de F, Montevideo, Buenos Aires, pág. 25.

sus facultades mentales que les priven de la capacidad de comprender y de determinarse; de tal manera que el hombre es responsable porque es inteligente y libre, antes de violar la ley en los hechos la ha violado en su corazón y es de esa falta de lo que responde.

Sobre la capacidad nos habla Eduardo López Betancourt, en Teoría del Delito, al exponer: “la capacidad de entender o capacidad de comprensión, abarca aspectos como un cierto grado de desarrollo intelectual, así como un grado de madurez ética.

Esta capacidad de entender, se desarrolla en el proceso de la conciencia. La conciencia para Maggiore es “un acto de distinción y de relación, en el acto mediante el cual distinguimos, y al mismo tiempo asociamos, el sujeto y el objeto, el yo y el no yo” ...B...La capacidad de querer consiste en determinar la voluntad, para realizar el hecho.

*Así resaltamos que el concepto de la capacidad de querer, es la propia autonomía espiritual”.*³⁵

Entonces diremos que, la culpabilidad es el juicio de reproche que se dirige al dueño de ese acto típicamente antijurídico que es ya delito, pues hay dos momentos valorativos: el del acto por el que se llega a concluir una vez que se constata la adecuación a un tipo penal, que es violatorio de una norma jurídica y por ende antijurídico; y el del juicio de reprochabilidad que se endereza en contra del autor (del dueño del acto que es delito).

La culpabilidad es la reprochabilidad de la resolución de la voluntad, porque el autor habría podido adoptar, en reemplazo de la resolución de voluntad antijurídica, una resolución conforme con el derecho. Cuando se destaca la voluntad como presupuesto del juicio de reproche, afirmamos categóricamente que sólo el hombre al ser dotado de inteligencia y voluntad es sujeto de culpabilidad y, por ende, de responsabilidad penal. No pueden ser sujetos de responsabilidad

³⁵ Eduardo López Betancourt, Teoría del Delito, Editorial Porrúa, Av. República Argentina 15, México, pág. 187, 188 y 189.

penal las personas jurídicas o corporaciones porque no tienen capacidad de voluntad, en esto hay que recordar nuevamente que nuestro Código Penal en el Art. 32, dice: “*Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción sino lo hubiere cometido con voluntad y conciencia*”, esto es que solo el hombre como ser dotado de conciencia y voluntad es capaz penalmente.

Diremos entonces, que la voluntad de la acción es antes que nada un elemento de la acción, en tanto que el dolo es un elemento subjetivo del tipo penal, así también la voluntad de la acción que como consecuencia de una falta de observancia del cuidado debido realiza en forma no dolosa un tipo es un presupuesto de la antijuridicidad en los delitos culposos.

4.3ª.-LA CULPA

Este tema, lo trataremos brevemente, por cuanto si bien es cierto los actos que dan lugar a la culpa, se realizan por falta de observancia en el deber de cuidado, no es menos cierto que no se encuentran inmersos en lo que constituyen los delitos, así:

El Diccionario Jurídico Elemental, de Guillermo Cabanellas de Torres, al referirse a la culpa nos dice: “En sentido amplio se entiende por culpa cualquier falta, voluntaria o no, de una persona que produce un mal o daño; en cuyo caso culpa equivale a causa.”, esto significa entonces, que se sanciona a las personas porque incumplen un deber, asignado a todo individuo; el de actuar con el necesario cuidado, con la diligencia indispensable, para evitar necesariamente que sus actos causen daños a las personas o a la comunidad. Esto no da la oportunidad de acoger lo que Carlos Creus en Derecho Penal, Parte General, nos manifiesta: “La conducta violatoria del deber de cuidado y que por esa razón es antijurídica, penetra en el tipo penal en consideración a su consecuencia, es decir, cuando ha producido el resultado previsto en él.”

De lo anterior tenemos que la culpa puede ser consciente o inconsciente, pero más que ello, podemos hablar de los elementos cognoscitivo porque requiere el conocimiento de la antijuridicidad en los términos de que la conducta que se asume viola el deber de cuidado; por ende ese conocimiento confluye a través de la previsibilidad del resultado típico; y, el volitivo porque el agente que realiza el acto conoce que la falta en el deber de cuidado es voluntaria de elegir su comportamiento, por lo tanto, conoce que es atentatoria a la normatividad, lo que tienen similitud con el dolo; pero en sí, la culpa se realiza por la negligencia, imprudencia, impericia, lo cual constituyen las formas de la culpa, lo cual implica que existen acciones sin finalidad o, con más prudencia pero igual error, pero se hace necesario conocer su comportamiento para poder determinar la tipicidad imprudente.

En conclusión podemos decir que la característica fundamental de la culpa, constituye el elemento involuntario que se comete al realizar un acto y que la esencia de la culpa, reside totalmente en la previsibilidad.

Todo lo anterior se enmarca en el contenido del inciso último del Art. 14 del Código Penal, al manifestar: “La infracción es culposa cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia, o inobservancia de la ley, reglamentos u órdenes”, consecuentemente las formas por las cuales se puede dar la culpa, son muy claras, pero en tratándose de la violación, no se comete con ninguna de aquellas.-

4.3B.-CULPA Y REPROCHABILIDAD

Hemos de entender que la tutela jurídica tiende a reforzar la ley moral que no tiene en sí la fuerza de su propio cumplimiento. Existe un orden en el universo físico, pues nada hay que no esté regulado en el mundo y Dios sometió todo lo creado a perpetua armonía. Las leyes físicas

se cumplen de manera inexorable, no así las leyes morales que necesitan refuerzos, ya que el hombre tiende a perturbarlas impulsado por las pasiones. El derecho criminal, que es un orden compulsivo, tiene por misión la tutela del derecho, a la vez, la defensa de él.

El derecho de amenazar al hombre con un mal si ofende injustamente a sus semejantes, a fin de disuadirlo de ofender, y el derecho de infligirle este mal cuando haya causado la ofensa, con el objeto de que la amenaza no se convierta en palabra vana, no es, pues, tampoco un invento del hombre. La sociedad tiene que defenderse de todo el que le cause daño, sin que importe indagar por la existencia o no de la libertad; basta con que la persona dañe o pueda dañar, para que la sociedad esté legitimada para actuar.

Berthold Freudenthal en Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal, nos aclara este panorama cuando expone: "...la culpa viene en consideración dos cosas distintas: primero, objetivamente, si el autor prestó el cuidado in concreto debido para la no realización del tipo. Si la respuesta es afirmativa, entonces la segunda averiguación resulta innecesaria; antes bien, el autor debe ser absuelto. Si la respuesta es negativa, hay que examinar subjetivamente si el autor, de acuerdo con el plexo de su personalidad, estaba en condiciones de abstenerse de la realización del tipo. Es decir, solo entonces estará dada la reprochabilidad sin la cual la conducta del autor no puede ser culpable. "El deber de evitar presupone poder evitar". Tal comportamiento individual, naturalmente, no puede ignorar las circunstancias bajo las cuales hubo de obrar el autor".³⁶

Según esto, para que exista la reprochabilidad es necesario que el sujeto en la culpa haya demostrado la desatención del cuidado factible y prescrito para ellos como debido, así como también que grado de prudencia y pericia poseía, y sí según ello, estaba en condiciones de

³⁶ Berthold Freudenthal, Editorial IB de F, Montevideo, Buenos Aires, pág . 77.

advertir lo inseguro de la información de que dispuso al cometer el acto antijurídico. En suma para que la culpa sea reprochable, debe necesariamente cumplir con los requisitos de la culpa; de suerte que, ha de existir la contrariedad al deber, cuya comprobación supone entrar a considerar las circunstancias concretas en su conjunto. La acción debiera llevar en sí un incumplimiento de aquella medida de atención y cuidado del bien común cuya prestación pueda ser razonablemente exigida al autor.

En conclusión, diremos que todo acto antijurídico, siempre será reprochable, porque el mismo hecho de ofender a la norma jurídica y a la persona, siempre será reprochable.

4.4.-RESPONSABILIDAD

Según Guillermo Cabanellas de Torres, la responsabilidad es “la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado”.

Partiendo de este concepto nos atrevemos a decir que la responsabilidad lo miramos desde dos puntos de vista:

1.-DE LIBRE ALBEDRIO.-Decimos de libre albedrio por cuanto el hombre siendo el único ser que ha alcanzado su máximo desarrollo intelectual y cerebral, que por ello se diferencia de los animales, es el único ser que responde por sus actos, siendo en consecuencia, responsable penalmente por el hecho antijurídico cometido, esto es, se hace acreedor a una pena, en cuanto es moralmente imputable. Hay imputabilidad moral, cuando el hombre, a más de ser la causa material o física de un hecho, es también su causa moral, por cuanto en los ejemplos de las causas de violación que dejamos anotados en líneas anteriores, el sujeto activo, tuvo libertad de elegir a la víctima y de obrar sobre ella; nadie le obligo a cometer el delito, nadie lo pago para

que lo realizará, sino que actúo con plena voluntad y conciencia, por ello, decimos que constituye delito de mano propia.

2.-DE ACCIÓN DETERMINISTA.-El hombre es imputable y consiguientemente responsable, porque su conducta es producto de la personalidad física y psíquica, la misma que está determinada por factores como inicialmente en este trabajo lo expresamos, físicos, antropológicos y sociales. La responsabilidad entonces, nacida de la imputabilidad física, que es consecuencia de una elaboración psíquica, no libre, sino determinada por factores varios.

Por esta razón, para que el hecho antijurídico no quede impune, la acción realizada en forma voluntaria es que el estado tiene pleno poder para imponer una pena y el individuo está consciente de este poder y sin embargo el súbdito por su querer, realiza el acto, contraviniendo plenamente las disposiciones legales establecidas, como es la norma jurídica penalmente protegida. Y porque el individuo esta consciente del poder de penar que tiene el Estado es que no sólo acepta la imposición de la pena, sino que espera tal imposición, porque sabe que el ordenamiento jurídico y, por ende, la seguridad de la sociedad sólo será respetada si el Estado hace uso de su poder; puesto que lo contrario, perjudicaría de manera muy grave a la sociedad, la que como hemos visto en los últimos tiempos no tiene fe en la justicia ordinaria y ha tratado a como de lugar de aplicar la justicia social ante el delincuente impune.

De lo anterior tenemos que la culpabilidad significa un presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal. A su vez, la culpabilidad es el resultado de una imputación reprobatoria, en el sentido de que la defraudación que se ha producido viene motivada por la voluntad defectuosa del sujeto activo al realizar su acto antijurídico.

De esto tenemos también, que la responsabilidad es Subjetiva, porque supone necesariamente la culpabilidad del autor, no existe sino bajo la circunstancia de que el injusto penal que causa

daño y peligro provenga de su culpa o dolo. Por lo tanto, para saber si la hay, es de rigor académico y científico analizar la conducta del sujeto activo del delito, determinar a ciencia cierta si él cometió pero algo más importante, si es capaz para ser imputado, ¿porque sino lo es, de que responsabilidad hablaríamos?; por esta razón se llama responsabilidad subjetiva.

A decir de Edmundo Mezger en *El Delito como Acción*, el derecho penal “es causa que fundamenta la responsabilidad toda condición del resultado concreto. Todas las condiciones del resultado deben ser equivalentes, no sólo en el aspecto causal, sino también en el jurídico; en este sentido para declarar la responsabilidad penal a una persona, habrá necesariamente que estudiar todos sus elementos constitutivos que lleve a determinar precisamente si es o no autor el sujeto que ha infringido la ley...”.³⁷

Pero también hemos de señalar la responsabilidad del Estado, la misma que se centra en regularizar la convivencia social, por lo tanto, es su obligación dar protección a sus coasociados y sus bienes. Por estas razones, es útil mencionar unas pocas distinciones en cuanto a dicho encargo supremo. La primera es la distinción entre la eficaz obligación de proteger el bien común y la reparación del daño a la víctima, esto significa legitimidad del Estado. La segunda distinción consiste entre el cumplimiento de la suprema misión y la rebelión contra su autoridad, es decir, el Estado pierde legitimidad y se torna ineficaz su cometido.

Y es algo más que discutible, cuando se entiende que dicha responsabilidad tiene como objetivo –objetivo que no podría alcanzarse, si no hubiera esta misión legítima del Estado- en dar seguridad y protección obligatoria a sus coasociados conforme lo detallamos al hablar que la ley es promulgada para proteger la seguridad de la ciudadanía. Esto, ciertamente, tiene un claro componente democrático, digno de un Estado social de derecho. Aunque en realidad, adoptar

³⁷ Edmundo Mezger, *El Delito Como Acción*, Leyer Editorial, Bogotá, D.C.-Colombia, 2005, pág. 52.

una negativa a reconocer y reparar las consecuencias de un ejercicio deficiente, inadecuado o arbitrario del poder, está sujeto a propagar su deslegitimación, lo cierto es que se justifica la rebelión contra su autoridad o desconocerla por medios violentos y eso puede ser origen de muchos males futuros. Entonces, o se afina en este aspecto o el remedio pudiera ser peor que la enfermedad.

Vemos en la actualidad como dijimos en líneas anteriores que la ciudadanía tiene poca fe en la justicia y trata de obrar por su propia cuenta, esto es la justicia social, por ello consideramos que el fundamento de la responsabilidad del Estado frente a las víctimas del delito de violación y las víctimas en general, está vinculado a la esencia misma de su razón del ser, que consiste en activar toda su maquinaria institucional para tutelar y hacer respetar los derechos humanos de las personas.

CONCLUSIONES

De lo analizado y como conclusión tenemos las siguientes:

1.-Que la orientación y enseñanza en la escuela fundamentalmente y en la secundaria no se estaría dando una calidad y humanismo de parte de los profesores, pues, mientras los profesores de tal o cual plantel, vivan en su mundo subjetivo de lo celestial, de lo sublime, que aparentemente se creen que son seres extraterrestres y actúan como enemigos de los estudiantes, de los padres de familia, la educación no cambiará, sencillamente tendremos alumnos mediocres, incapaces y sobre todo irresponsables, que no son capaces de decidir su futuro a base de esfuerzo y sacrificio.

2.-¿Algunos me dirán y en donde queda la responsabilidad de los padres de familia?, la responsabilidad existe con la misma eficacia, que los profesores. La responsabilidad, no solo es en el dinero que se aporta, sino también, en el apoyo que se les da a los chicos en casa, el tratar

de hacerlos ciudadanos de bien en servicio de la comunidad, lamentablemente en estos momentos este hecho se ha convertido en una lucha desigual, cuando el padre intenta guiar sus hijos por el camino que considera correcto, en los mismos planteles, les permiten ligerezas que atentan contra el pensamiento y el ideal de los padres de familia.

3.-En una evaluación realizada a miembros del magisterio actualmente, una gran mayoría no ha pasado las pruebas, entre ellas, las de razonamiento lógico. El hecho pone a la vista la pobre capacitación y formación de un importante grupo de educadores que, con deficiencias de conocimiento, poco o nada podrán aportar a sus alumnos. Estos últimos a su vez salen de escuelas y colegios fiscales mal preparados a enfrentar desafíos más profundos, ya sea al intentar continuar sus estudios superiores o incorporándose al mercado laboral en donde, por las precarias destrezas desarrolladas, a más de las restricciones propias de un país deficiente en la generación de empleo, acumulan más de una frustración dirigiendo su comportamiento hacia hechos delictuosos e inmorales como el caso específico de la violación que es el tema de este trabajo.

4.-¿Cómo encontrar la explicación científica, si siempre persisten los mismos elementos sociales –individuo y medio ambiente- y si no se ha educado al primero y modificado al último?
¿Cómo querer que desaparezcan los desastrosos efectos?

5.-Las épocas de mayor prosperidad han coincidido con una disminución de la delincuencia, por ello cuando el pueblo trabaje y su desgaste de energía este bien remunerado, con un salario suficiente para sus apremiantes necesidades, tiene mayores aspiraciones; trata de instruirse en la escuela, y el grado de educación a que llegue, será el motivo de su probable regeneración.-

6.-Entiendo que el campo de la reforma penal ha disfrutado de la más prolongada y amplia discusión en todos los tiempos; sin embargo, la trascendencia de la materia no ha sido concebida

por los legisladores y gobernantes en el que ha primado su antagonismo, ante la solución y, vemos atónitos como un Código Penal obsoleto de 1936 rige al país; un nuevo Código de Procedimiento Penal del 2000, es vanguardia de un catálogo adjetivo es protector de los delincuentes para que los delitos queden en el mejor ejemplo de la corrupción, la impunidad.

7.-Lo central de esta tesis, la violación, ésta queda determinada que en los ejemplos consignados, no sólo a una niña constituye violación, sino también a la menor adolescente y a la anciana, por cuanto en cada una de ellas, se violento su libertad de elegir sexualmente; sobre todo porque se utilizó en unos casos la violencia, en otros la fuerza o la intimidación.

8.-Para nosotros, los delitos de violación, constituyen delitos de mano propia, por ello en los ejemplos anotados recibieron sentencia condenatoria.

9.-Cuando se utiliza la fuerza, la intimidación o la amenaza, son elementos indispensables que configuran en el campo de la violación conforme lo determina el Art. 512 del Código Penal y que por sus circunstancias no es necesario que la víctima sea necesariamente una niña y peor que se trate de un estupro.

10.-En los casos expuestos y analizados, no existe seducción o engaño como lo determina el Art. 509 del Código Penal, sino más bien la fuerza, la intimidación y la amenaza.

11.-Estamos conscientes que si la violada es en menor de doce años, no requiere de otros requisitos, sino que la edad es la determinante.

12.-Demostrado los requisitos de violencia, amenaza o intimidación en la violación, constituyen circunstancias agravantes de la infracción; consiguientemente queda de lado las circunstancias atenuantes o modificatorias, por ende se impondrá la máxima de la pena.

BIBLIOGRAFIA

- Código Penal: "Corporación de estudios y publicaciones"
- Carnelutti Francesco: "El delito", Editorial Leyer, Bogotá-Colombia 2005
- Cabanellas De Torres Guillermo: "Diccionario jurídico", Editorial Heliansta S.R.I.1988 Argentina
- Carrara Francesco: "Programa de Derecho Criminal, Parte General, Volumen I", Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia 1988
- Carrara Francesco: "Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Volumen II", Editorial TEMIS Librería, Bogotá-Colombia 1986
- Creus Carlos: "Derecho Penal, Parte Especial Tomo I", Editorial ASTREA, Buenos Aires 1983
- Creus Carlos: "Derecho Penal, Parte General", Editorial ASTREA, Buenos Aires 1988
- Donoso Castrillón Arturo J: "Derecho Penal Parte Especial, Delitos contra las personas", Editora Jurídica Cevallos, Quito-Ecuador 2005
- Diccionario De La Lengua Española: "Real Academia Española", Editorial Espasa Calpe S.A. Madrid 2002
- Freudenthal Berthold: "Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal", Editorial IB de f Montevideo-Buenos Aires 2003
- Ferri Enrique: "Elementos y circunstancias del delito", Leyer Editorial, Bogotá-Colombia 2005
- Graf Zu Dohna Alexander: "La Estructura de la Teoría del Delito", Leyer Editorial, Bogotá-Colombia, 2005
- Jiménez De Asúa Luís: "Lecciones de Derecho Penal", OXFORD University Press México, 2003
- Jiménez De Asúa Luís: "Psicoanálisis Criminal", Del Arco Ediciones, Cuenca-Ecuador,
- Kvitko Luís Alberto: "La violación", PRINTED IN MEXICO, 2004
- López Bolado Jorge Daniel: "Violación, Estupro, Abuso Deshonesto", Lerner Ediciones, Buenos Aires 1991
- López Betancourt Eduardo: "Teoría del Delito", Editorial Porrúa, Av. República Argentina 15, MEXICO, 2003
- Mezger Edmundo: "El delito como acción", Editorial Leyer, Bogotá-Colombia 2005
- Sempertegui Pesantez Walter: "Violación a Menores de Edad en el Ecuador", Guayaquil-Ecuador 1994
- Urosa Ramírez Gerardo Armando: "El Cuerpo del Delito y la Responsabilidad Penal", Editorial Porrúa, Av. República Argentinas 15, MEXICO 2004
- ANEXOS: Ocho casos de los cuales hemos tomado como ejemplo para este trabajo y, en los cuales se ve que intervienen sus mis familiares y se ha determinado la responsabilidad del acusado o su absolución.-

