



UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

El error de tipo como causa de eliminación del dolo en la configuración de la responsabilidad penal en los delitos de violación correspondiente a los años 2010 al 2013 en los Tribunales de Garantías Penales de Pichincha

Tesis previa a la obtención del Título de
ABOGADA

AUTORA: Villafuerte Maldonado Diana Paola
e-mail: veroca_1688@hotmail.com

TUTOR: Dr. Rodríguez Noboa Ramón

Junio, 2014
Quito

DEDICATORIA

A mi familia y amigos
por su apoyo incondicional
y perseverante, ante todas las
cosas que he realizado en mi vida.

Diana Villafuerte.

AGRADECIMIENTO

A Dios por ser mi guía en todos los momentos de mi vida, que me ha permitido culminar con esta primera etapa de formación académica de manera satisfactoria.

A mis padres y hermanos por sus consejos y enseñanzas valiosas, siendo piezas claves y ejemplos, que han influido para el cumplimiento de mis metas a pesar de las adversidades.

A mis amigos que siempre confiaron en mí y que han estado en los momentos que los he necesitado con su entusiasmo y colaboración a fin de cumplir con los objetivos planteados aportando directa o indirectamente.

A la Gloriosa Universidad Central del Ecuador por darme la oportunidad de formarme como profesional, mediante una educación superior pública, gratuita y de calidad.

A mi Tutor, Dr. Ramón Rodríguez Noboa, catedrático de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales de la carrera de Derecho en especial por ser una gran persona, digno de estima, por su colaboración, orientación, sugerencias, disposición de tiempo, dedicación y sobre todo paciencia durante la dirección y revisión de la presente tesis.

Diana Paola Villafuerte Maldonado.

DECLARATORIA DE ORIGINALIDAD

Quito, 18 de junio de 2014

Yo, **Villafuerte Maldonado Diana Paola**, autor de la investigación, con cédula de ciudadanía No. 171909762-6, libre y voluntariamente DECLARO, que el trabajo de Grado titulado: “**EL ERROR DE TIPO COMO CAUSA DE ELIMINACIÓN DEL DOLO EN LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN CORRESPONDIENTE A LOS AÑOS 2010 AL 2013 EN LOS TRIBUNALES DE GARANTÍAS PENALES DE PICHINCHA**” . Es de mi plena autoría, originalidad y no constituye plagio o copia alguna, constituyéndose en documento único, como mandan los principios de la investigación científica, de ser comprobado lo contrario me someto a las disposiciones legales pertinentes.

Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad.

Atentamente,



Villafuerte Maldonado Diana Paola
C.C. 171909762-6
Correo: veroca_1688@hotmail.com

AUTORIZACIÓN DE LA AUTORÍA INTELECTUAL

Yo, Villafuerte Maldonado Diana Paola, en calidad de autora de la tesis realizada sobre: “**EL ERROR DE TIPO COMO CAUSA DE ELIMINACIÓN DEL DOLO EN LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN CORRESPONDIENTE A LOS AÑOS 2010 AL 2013 EN LOS TRIBUNALES DE GARANTÍAS PENALES DE PICHINCHA**”, por la presente autorizo a la UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR, hacer uso de todos los contenidos que me pertenecen o parte de los que contienen esta obra, con fines estrictamente académicos o de investigación.

Los derechos que como autor me corresponden, con excepción de la presente autorización, seguirán vigentes a mi favor, de conformidad con lo establecido en los artículos 5, 6, 8, 19 y demás pertinentes de la Ley de Propiedad Intelectual y su Reglamento.

Quito, 18 de junio de 2014



FIRMA: _____

C.C.: 171909762-6

APROBACIÓN DEL TUTOR DE TESIS

Señor Doctor:

Walter Martínez Vela

DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

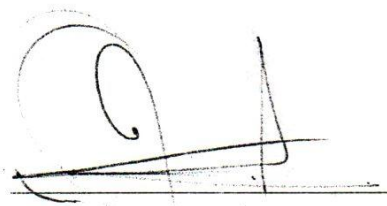
Presente.-

Señor Decano:

Me es grato informarle que la señorita estudiante DIANA PAOLA VILLAFUERTE MALDONADO, ha culminado la investigación de su tesis previo a la obtención del título de Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República con el tema denominado **“EL ERROR DE TIPO COMO CAUSA DE ELIMINACIÓN DEL DOLO EN LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN CORRESPONDIENTE A LOS AÑOS 2010 AL 2013 EN LOS TRIBUNALES DE GARANTÍAS PENALES DE PICHINCHA”**, cuya dirección estaba bajo mi cargo. La estudiante ha aceptado las recomendaciones que le han sido sugeridas para la elaboración de su tesis y ha cumplido con el esquema inicial de la investigación. Considero que el trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometidos a la presentación pública y evaluación por parte del tribunal examinador que se designe, por lo que lo **APRUEBO**. La estudiante debe seguir con los trámites respectivos correspondientes.

Quito, a 13 de diciembre del 2013

Atentamente;



Dr. Ramón Rodríguez Noboa

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA



RECIBIDO

2013.12.19

9

APROBACIÓN DEL TRIBUNAL CALIFICADOR

Los miembros del Tribunal Examinador declaran que la presente tesis denominada “**EL ERROR DE TIPO COMO CAUSA DE ELIMINACIÓN DEL DOLO EN LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN CORRESPONDIENTE A LOS AÑOS 2010 AL 2013 EN LOS TRIBUNALES DE GARANTÍAS PENALES DE PICHINCHA**”, elaborada por la señorita Diana Paola Villafuerte Maldonado, egresada de la Carrera de Derecho, ha sido revisada y verificada, dando fe de la originalidad del presente trabajo.

Por lo expuesto, el Tribunal Examinador ha emitido el siguiente veredicto: Se aprueba el trabajo de Grado para su Defensa Oral.

Para constancia firman:

PRESIDENTE

VOCAL

VOCAL

ÍNDICE DE CONTENIDO

DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTO.....	ii
DECLARATORIA DE ORIGINALIDAD	iii
AUTORIZACIÓN DE LA AUTORÍA INTELECTUAL.....	iv
APROBACIÓN DEL TUTOR DE TESIS	v
RESUMEN EJECUTIVO	xii
ABSTRACT.....	xiii
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I.....	2
EL DELITO	2
1.1 Concepciones del delito.....	3
1.1.1 Concepción jurídica.....	4
1.1.2 Concepción filosófica.....	6
1.1.3 Concepción Dogmática	6
1.1.4 Concepción Sociológica	7
1.2 Categorías o estructura dogmática del delito	8
1.3 La conducta humana.....	9
1.4 La Tipicidad	13
1.4.1 Clases de tipos penales.....	14
1.5 La antijuricidad	16
1.5.1 La ausencia de la antijuricidad (causas de justificación).....	19
1.6 La culpabilidad	22
1.7 La punibilidad.....	28
CAPÍTULO II	30
VIOLACIÓN.....	30
2.1 Definiciones	30
2.2 Bien Jurídico Protegido.....	31
2.3 El ámbito sexual y la libertad	34
2.4 Disposición Legal y Tipo Penal	35
2.5 La Acción Típica.....	36
2.5.1 La introducción de objetos en el delito de violación	38
2.5.2 Violación al menor de catorce años	39

2.5.3	Violación a persona privada de razón	45
2.5.4	Violación a persona privada del sentido.....	47
2.5.5	Violación a persona imposibilitada de defenderse.	48
2.5.6	Violación a persona usando la violencia.	51
2.5.7	Violación a persona usando amenaza o intimidación.....	54
2.6	Sujeto Activo.....	55
2.7	Sujeto Pasivo.....	56
2.8	Tipo subjetivo voluntad y conciencia.....	57
2.9	Consumación y tentativa	59
CAPITULO III.....		61
ERROR		61
3.1	Error e ignorancia.....	62
3.1.1	Error	62
3.1.2	Ignorancia.....	64
3.2	Error de Hecho y Derecho.....	65
3.3	Error de prohibición.	66
3.3.1	El error de prohibición vencible.....	67
3.3.2	El error de prohibición invencible.....	68
3.3.3	Error directo de prohibición	68
3.3.4	Error indirecto de prohibición	69
3.4	Error de tipo	69
3.4.1	Exclusión del dolo.....	71
3.4.2	Error objetivamente vencible:	71
3.4.3	Error objetivamente invencible:	72
3.4.4	Clases especiales de error de tipo.....	74
3.4.4.1	Error sobre elementos normativos del tipo.....	74
3.4.4.2	Error sobre elementos accidentales del tipo	74
3.4.4.3	Error sobre el curso causal, “dolus generalis”, error “ <i>in objecto</i> ” o error “ <i>in persona</i> ” y “ <i>aberratio ictus</i> ”	75
a)	Error sobre el curso causal (o sobre la causalidad)	75
b)	“ <i>Dolus generalis</i> ”	75
c)	Error sobre el objeto o la persona.....	76
d)	Aberratio ictus	77
3.4.4.4	Error directo y error inverso (de tipo o de previsión).....	79
CAPITULO IV.....		81

ERROR DE TIPO INVENCIBLE EN EL DELITO DE VIOLACION SEXUAL A UNA MENOR DE EDAD.....	81
4.1 Legislación comparada.....	95
CAPITULO V	98
ESTADISTICAS, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	98
5.1. Resultados de la encuesta, análisis e interpretación	98
5.2. CONCLUSIONES	112
5.3. RECOMENDACIONES	114
BIBLIOGRAFIA.....	115

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1: Pregunta 1	99
Tabla 2: Pregunta 2	100
Tabla 3: Pregunta 3	101
Tabla 4: Pregunta 4	102
Tabla 5: Pregunta 5	103
Tabla 6: Pregunta 6	105
Tabla 7: Pregunta 7	107
Tabla 8: Pregunta 8	109
Tabla 9: Pregunta 9	111

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1 : Resultados Pregunta 1.....	99
Figura 2: Resultados Pregunta 2.....	100
Figura 3: Resultados Pregunta 3.....	101
Figura 4: Resultados Pregunta 4.....	102
Figura 5: Resultados Pregunta 5.....	103
Figura 6: Resultados Pregunta 6.....	105
Figura 7: Resultados Pregunta 7.....	107
Figura 8: Resultados Pregunta 8.....	109
Figura 9: Resultados Pregunta 9.....	111

RESUMEN EJECUTIVO

“El error de tipo como causa de eliminación del dolo en la configuración de la responsabilidad penal en los delitos de violación correspondiente a los años 2010 al 2013 en los Tribunales de Garantías Penales de Pichincha”

El juzgador está obligado a aplicar principios jurídicos que forman parte del bloque de constitucionalidad, así como la doctrina y la jurisprudencia. Por el mismo se entenderá que a pesar de la existencia de una acción perseguida por el derecho penal, la doctrina considera que a la acción ejecutada por el sujeto activo, existe la posibilidad de eliminar el dolo en dicha acción, pues en efecto se ha llegado a determinar que en efecto existe un sin número de acciones que son ejecutadas sin conciencia y voluntad; es decir en ausencia de dolo, evento al cual la doctrina denomina error de tipo, circunstancia que elimina el dolo de la tipicidad, pues existe error en esta categoría dogmática, toda vez que en esta institución jurídica existen tanto elementos objetivos y subjetivos, estando el dolo en el segundo de estos, por lo cual al cumplirse con los dos presupuestos de la tipicidad, esta no llega a perfeccionarse y por consiguiente no se forma el injusto al cual se le pueda formular un reproche, derivando por defecto en la inexistencia de delito.

Palabras Claves: ERROR, TIPO, DOLO, RESPONSABILIDAD, VIOLACION, TIBUNALES.

ABSTRACT

Type Error as a Cause for Elimination of Offense in the configuration of Penal responsibility in violation offenses from 2010 to 2013 Penal Warranties Courts of Pichincha

A judge is obliget to apply juridical principles that are a part of the constitutionality block, as well as doctrine and jurisprudence. It shall be understand that, although the existence of an action prosecuted by the penal law, doctrine deems that for the action perpetrated by an active subject, there is the possibility of eliminating offense in such an action. The existence of a certain number of actions executed with no consciousness and will has been determined; hence, in absence of offense, whose event is so-called type error by the doctrine, which in turn eliminates typicality offense due to the circumstance. Error is involved in such dogmatic category, taking into account that in such juridical institution, there are objective and subjective elements, being offense in the second one. At the compliance of those two typicality budgets, no perfection is reached and hence no unfair element is constituted, against which a regret can be posed, deriving for default in the inexistence of offense.

Keywords: ERROR, TYPE, OFFENSE, RESPONSIBILITY, VIOLATION, TRIBUNALS.

I certify that I am fluent in both English and Spanish languages and that I have prepared the attached translation from the original in the Spanish language to the best of my knowledge and belief.



Ernesto Andino G.
Translator



INTRODUCCIÓN

Actualmente en el seno legislativo de la República del Ecuador, se encuentra en debate el proyecto del “Código Orgánico Integral Penal”, que incorpora en el Derecho Penal Ecuatoriano una serie de instituciones jurídicas, entre las cuales se encuentran los denominados *error de tipo* y *error de prohibición*, los cuales han sido ampliamente debatidos por la doctrina y aplicados en diversas legislaciones.

Este proyecto supone un cambio radical en la forma en la que se conciben los delitos en el Ecuador y por lo mismo amerita un arduo estudio debido a su connotado grado de importancia, en tanto que el error de tipo y el error de prohibición, importan consigo la exclusión de tipicidad o de culpabilidad, respectivamente.

De la misma manera es de advertir, que las causas por las cuales se puede invocar la aplicación de estas instituciones jurídicas, debe obedecer a un evidente error al momento de actuar, en el que el agente desconozca la acción que está ejecutando o desconozca la prohibición existente al momento de ejecutar la acción.

Tanto el error de tipo como el error de prohibición, no siempre excluyen completamente la tipicidad o la culpabilidad, ya que el error que se ejecuta al momento de actuar no siempre obedece a circunstancias inevitables, sino que por el contrario, puede ser evitado por el agente; hechos, que el legislador toma en cuenta para configurar el error vencible e invencible, siendo la segunda hipótesis en la que el actor responderá por delito culposos.

CAPITULO I

EL DELITO

El delito fue siempre una valoración de la conducta humana condicionada por el criterio ético de la clase que domina la sociedad. Desde su origen etimológico que proviene del latín **Delictum**, hasta nuestros días, podemos decir que los conceptos más aceptados de delito son los que ha aportado los juristas entre estos, se mencionan y analizan algunos de los más acertados:

Una de las definiciones más completas es la del Tratadistas (Jiménez De Azúa, 1925, pág. 251) quien nos dice:

“el delito es un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad y que se haya conminado con una pena o en ciertos con determinada medida de seguridad en remplazo de ella”.

Una definición más breve, pero que encierra todos los elementos que debe contener el concepto de lo que es el delito, es la de (Cuello Calón, 1965, pág. 280), quien manifiesta: *“El delito es la acción humana antijurídica, típica, culpable sancionada por la ley”.*

(Rodríguez Deversa, 1973, pág. 321), al respecto dice: *“El delito es una acción típicamente antijurídica y culpable a la que está señalada una pena”.*

(Muñoz Conde, 2012, pág. 41), señala que:

“En efecto, el delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena”. Además afirma que: “El concepto de delito como conducta castigada por la ley con una pena es, sin embargo un concepto puramente formal que nada dice sobre los elementos que debe tener esa conducta para ser castigada con una pena.” (Muñoz Conde, 2012, pág. 198)

Se podrán citar muchas otras definiciones, pero tenemos que tomar en cuenta que aquí es precisamente donde entra en acción la Teoría del delito, ya que ésta se ocupa de reunir todas aquellas características comunes que son esenciales para que un hecho pueda ser considerado como delito y dichas características son las que deben ser aplicables a todo hecho delictivo.

El Derecho penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección. (Roxin, 1997 , pág. 4)

Entendido que el derecho penal, presupone el derecho del Estado a penar -ius puniendi-; es necesario entender que el derecho penal, actúa cuando una persona comete una conducta prohibida, es decir, cuando comente un delito; así mismo la teoría del delito tiene por objeto analizar y estudiar los presupuestos jurídicos de la punibilidad de un comportamiento humano sea a través de una acción o de una omisión, en estos términos dicho análisis no solo alcanza a los “delitos” sino incluso a todo comportamiento humano del cual pueda derivar la posibilidad de aplicar una consecuencia jurídico penal.

1.1 Concepciones del delito

Hay que señalar que los conceptos de delito se desarrollan en los siglos XVIII, XIX y XX. Y pueden ser agrupadas así:

Concepciones formales o nominales. Establecen que el delito es una conducta humana que se opone a lo que la ley manda o prohíbe bajo la amenaza de una pena. En tal virtud, es la ley la que establece que hechos son delitos, la que nombra que hecho va ser considerado como delito, designa y fija caracteres delictuales a un hecho, si en algún momento esta ley es derogada el delito desaparece. Se obtienen entonces, las llamadas “*concepción jurídica*” y “*filosófica*” del delito.

Concepciones substanciales o materiales. Establecen elementos y requisitos como presupuestos para que un acto voluntario humano sea considerado como delito, así para estas

concepciones el delito es un acto típicamente antijurídico culpable y sancionado con una pena de carácter criminal. Sigue el método analítico. Se obtienen entonces las llamadas “*concepción dogmática*” y la “*concepción sociológica*” del delito.

La dogmática penal identifica a la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad, como elementos del delito, que para nosotros constituyen más bien las categorías sobre la base de las cuales se realiza el estudio del delito y de la teoría del delito (Plascencia, 2004, pág. 16) tanto es así que (Muñoz Conde, 2012, pág. 200) afirma que la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son características comunes a todo hecho delictivo, esto es porque todo delito debe partir de una conducta humana que se adecúe a un tipo penal, para así poder referirnos a una conducta típica, la cual es el punto de partida para las demás valoraciones; es decir, solo cuando se haya establecido la conducta típica se podrá hablar de antijuridicidad, la cual no es más que la desaprobación de acto, y la culpabilidad esa atribución del hecho a su responsable.

En criterio crítico de (Zaffaroni & Otros, pág. 36), la sistemática finalista culminaba y perfeccionaba la sistemática valorativa que había iniciado el neokantismo, ya que cumplía mucho mejor con la funcionalidad decisoria y facilitaba la selección valorativa. El sistema de Welzel, según el argentino, "*era orientado firmemente por una idea de funcionalidad: el poder punitivo se legitimaba porque fortalecía el sentimiento ético mínimo de la sociedad.*"

En los años setenta comenzó a perfilarse un general abandono del concepto finalista de la acción y más aún de la teoría de las estructuras lógico-reales, que si se hubieran llegado hasta el plano de las penas y del poder punitivo en general, el funcionalismo ético de la teoría de Welzel hubiese entrado en gravísima crisis"

1.1.1 Concepción jurídica

Toda ley penal -en su estructura- tiene un presupuesto (lo que no se debe hacer o lo que manda a hacer) y una consecuencia jurídica. Es lo que se conoce como concepción jurídica del delito, misma que fue desarrollada por Juan Domingo Romagnosi, Giovanni Carmignani y Francisco Carrara. (Machicado, 2010, pág. 4)

El **delito** para Romagnosi *es la agresión al bienestar*, si queda impune destruiría a la sociedad. Para que no ocurra tal cosa, la sociedad y el Derecho deben eliminar la impunidad.

Para Carrara el **delito** es la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad ciudadana, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso. Es un ente jurídico (creación de la ley) y no un fenómeno social (ente de hecho). Es un ente jurídico porque es una contradicción entre el hecho del hombre y la ley. Por eso no se define como acción sino como infracción, lo que supone la antijuridicidad la esencia del delito y no solo su elemento.

Al decir “*acto externo*”, se refiere a que no son sancionables los actos internos o pensamientos, sólo los actos exteriorizados del hombre. El pensar en matar no es delito, mientras no lo exteriorice.

Con “*acto positivo*” se refiere las acciones voluntarias humanas. Con acto negativo, se refiere, a un no hacer lo que la ley manda a hacer, o sea se refiere a la omisión.

“*Moralmente imputable*”, significa a que el hombre comete el delito en base a su libre albedrío, el hombre puede escoger entre la comisión de un delito o no. El ser humano puede elegir un comportamiento particular o no.

Con “*políticamente dañoso*” se refiere a que el delito al vulnerar los derechos subjetivos de otra persona, también está perjudicando a la sociedad.

Señala (Machicado, 2010, pág. 5), que la concepción jurídica del delito no es aceptada, porque el delito no es algo creado por la ley, la ley solamente la define, es más, sólo la describe en el tipo. El delito es un hecho humano, aparece con el hombre, y desaparecerá con él. El delito es al hombre como la enfermedad a él.

1.1.2 Concepción filosófica

La concepción filosófica del delito fue desarrollada por (Pellegrino) y Franck Enrique Pessina. Quieren conceptualizar al delito para todos los tiempos y todos los lugares. Es decir quieren formar un concepto universal de delito. La pretensión de validez es socavada porque lo que ayer fue delito deja de serlo con el paso del tiempo y con la abrogación de la ley que lo concibió como delito.

Por ejemplo esto ocurrió con el adulterio, que era un delito que contravenía el deber de fidelidad, hoy ya no es delito sino, es simplemente una causal de divorcio.

Para la concepción filosófica del delito el delito *consiste en la violación de un deber*.

1.1.3 Concepción Dogmática

Esta concepción de delito fue desarrollada por Karl Binding, Ernst von Beling, Max Ernest Mayer, Edmundo Mezger. El **delito** es la *acción u omisión voluntaria típicamente antijurídica y culpable*. La *concepción dogmática del delito* enumera los elementos constitutivos del delito.

El *concepto dogmático del delito* tiene origen en la *Teoría de las Normas* de Binding que dice que el delincuente vulnera el supuesto hipotético de la norma jurídica no la ley. La norma es un *deber ser*: “no matarás”. El *deber ser*, guía a lo que es bueno y a lo que es malo. La ley establecida *es un ser*, o sea, ley positiva. “*El que matare tendrá 30 años de...*”. El delito “*vive*” en el ser, o sea en la ley, el delito no vulnera la ley, vulnera el supuesto hipotético de la norma jurídica penal. Es más, el delito es ser, es una conducta positiva.

Más tarde, Edmundo Mezger, se ayuda de la *Teoría del Tipo* de Ernst von Beling que dice que cuando se infringe el *supuesto hipotético* de norma jurídica penal, esa infracción, ese acto debe encajar en lo descrito por la ley como delito, es decir la infracción debe encuadrarse al *tipo penal*. (Machicado, 2010, pág. 6)

La *concepción dogmática del delito* enumera los elementos constitutivos del delito. El “*delito es un acto u omisión voluntaria*”, quedan descartadas las conductas que no son conducidas por la voluntad, como las conductas por fuerza irresistible, acto reflejo o situaciones ajenas a lo patológico (sueño, sonambulismo, hipnotismo). En estos supuestos no existe conducta, por tanto no hay delito.

En la descripción de delito se dice que “*delito es un acto típico*”, esto porque todo acto humano para considerarse como delito debe adecuarse al tipo penal. Si no hay adecuación no hay delito, o peor aún, si no hay tipo, la conducta no es delito. Por eso, todo lo que no está prohibido u ordenado, está permitido.

Cuando se señala que “*delito es un acto típicamente antijurídico*”, significa que el delito está en oposición a la norma jurídica, debe lesionar o poner en peligro un bien jurídicamente protegido. Un acto típicamente antijurídico puede dejar de ser tal si median las causas de justificación.

El “*delito es un acto típicamente antijurídico y culpable*”, porque para que la culpabilidad pueda ligarse a una persona, deben existir los siguientes elementos de culpabilidad: imputabilidad, dolo o culpa y exigibilidad de un comportamiento distinto.

Si al acto típicamente antijurídico le falta algún elemento de la culpabilidad o se dio alguna causa de inculpabilidad el delito deja de ser tal, no hay delito.

El último elemento constitutivo del delito es la *punibilidad*. Un acto típicamente antijurídico y culpable debe ser sancionado con una pena de carácter criminal. Algunas veces a quien haya cometido un acto típicamente antijurídico y culpable no se le puede aplicar la sanción por las llamadas causas de impunidad.

1.1.4 Concepción Sociológica

Desarrollada por Rafael Garófalo, Enrico Ferri, Gabriel Tarde, Colangetti, Emilio Durkheim. Bajo esta concepción, delito es la lesión de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad

y probidad en la medida media en que son poseídos por la comunidad y en la medida media en que son indispensables para la adaptación del individuo a la sociedad.

Aunque esos sentimientos son inherentes al ser humano, no son los únicos. Este concepto rechaza lo que la ley considera como delito.

Actualmente se afirma y es aceptado por la doctrina y la jurisprudencia que las características comunes o elementos de todo delito son: acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, es decir, tiene generalizada aceptación la concepción dogmática del delito. En este sentido el Art. 18 del (Código Orgánico Integral Penal, Libro I- Comisión de Justicia y Estructura del Estado- aprobado en Segundo Debate por el Pleno de la Asamblea Nacional en Sesión del 13 de Octubre del 2013), cuyo texto fue aprobado por la Asamblea Nacional, indica lo siguiente: *“Infracción penal es la conducta típica, antijurídica y culpable, cuya sanción se encuentra prevista en este Código.”*

Un delito es un comportamiento que, ya sea por propia voluntad o por imprudencia, resulta contrario a lo establecido por la ley. El delito, por lo tanto, implica una violación de las normas vigentes, lo que hace que merezca un castigo o pena.

1.2 Categorías o estructura dogmática del delito

La doctrina penal influida por el derecho continental europeo ha definido al delito como una acción típica, antijurídica y culpable (otros agregan) y punible.

La consideración del delito como acción típica, antijurídica y culpable, es funcional a la vigencia de los principios sustantivos consagrados constitucionalmente. El principio de la acción, que impide que se considere delito cualquier hecho o estado de cosas que no sea una conducta humana, se concreta en este concepto de delito que coloca a la acción como pilar de la definición. El principio de tipicidad, que analizamos como derivado del principio de la acción, y que se vincula estrechamente con el de legalidad, se materializa en la exigencia de adecuación típica de la conducta.

El estrato de la antijuridicidad (a diferencia de lo que ocurre con los otros) no es exigido como condición sine qua non para la vigencia de los principios sustantivos, pero de todos modos su deslinde con la tipicidad es necesario para separar el modo de solución de problemas de naturaleza diversa; asimismo, y como en la antijuridicidad se analizan situaciones en las que se producen la colisión de intereses individuales, su existencia será sumamente útil para el abordaje jurídico-constitucional de situaciones conflictivas.

Por último, es obvio que el estrato sistemático de la culpabilidad es el ámbito para la concretización del principio constitucional que lleva su nombre, aunque la vigencia de este principio tiene ribetes sistemáticos en toda la estructura del delito, a punto tal que determina su pilar fundamental porque el juicio de reproche sólo puede recaer respecto de una acción. (Silvestroni, 2004, pág. 185)

1.3 La conducta humana

La conducta humana (acción u omisión) es la base sobre la cual descansa toda la estructura del delito. Si no hay acción humana, si no hay conducta, no hay delito. Sin embargo, el concepto de acción engloba igualmente el de omisión, en la cual existe una conducta en la que conscientemente se evita una acción concreta.

(Creus, 1992, pág. 128), afirma que: *“El hecho humano es conducta en tanto sea una manifestación de voluntad. El hombre observa una conducta cuando quiere hacer (acción en sentido propio o positivo) o no hacer (acción negativa u omisión).”*

(Silvestroni, 2004, pág. 121), en su Teoría Constitucional del Delito, con todo acierto, señala que:

“La consagración de la acción humana como presupuesto para la aplicación de una pena constituye el pilar fundamental del denominado derecho penal de acto contrapuesto al derecho penal de autor. Sólo la acción y nada más que ella puede ser desvalorada por el derecho y, consecuentemente, merecedora de una reacción coactiva. Sólo ella puede ser motivada mediante normas imperativas o vedada mediante normas

prohibitivas. En el derecho penal de acto las leyes pretenden regular conductas y prevén sanciones para el incumplimiento de las expectativas normativas. La persona en sí misma, sus características, su personalidad, sus ideas, no son objeto de desaprobación legal, porque todos tienen derecho de vivir, de ser y de pensar en condiciones de igualdad, esto es, en un marco de tolerancia de la diferencia. El derecho penal de autor desvalora a la persona por lo que es mientras que el de acto por lo que hace o deja de hacer”.

Así, el objeto de las normas penales es la conducta humana, esto es, la actividad o pasividad corporal del hombre sometida a la capacidad de dirección final de la voluntad. Esta conducta puede ser una acción (el ejercicio efectivo de actividad final), o la omisión de una acción (el no ejercicio de una actividad final posible).

(Jiménez de Azúa, 1958, pág. 210), manifiesta que:

“El primer carácter del delito es ser un acto. Empleamos la palabra acto (e indistintamente acción, lato sensu) 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. Así aclarado el vocablo, puede definirse el acto: manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda”.

(Muñoz Conde, 2012, pág. 211), señala que:

“Se llama acción a todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Sólo es acto voluntario puede ser penalmente relevante y la voluntad implica siempre una finalidad. No se concibe un acto de voluntad que no vaya dirigido a un fin u objetivo determinado. El contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir un fin. De ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final, una acción dirigida a la consecución de un fin.”

Entonces, puede decirse que la acción penal es aquella que se origina a partir de un delito y que supone la imposición de un castigo al responsable de acuerdo a lo establecido previamente por

la ley. De esta manera, la acción penal es el punto de partida del proceso judicial. La acción es el movimiento corporal consciente que provoca un cambio o peligro de cambio en el mundo exterior.

El resultado, para que la acción tenga relevancia para el Derecho Penal, tiene que producir un cambio en el mundo exterior, que puede ser formal (actualización de la hipótesis legal) o material (daño de un bien tutelado), y que puede colocarse en el peligro a que se sujeta un bien jurídico. El nexo causal entre la acción efectuada y el resultado producido, es una relación de causa-efecto, que puede consistir en que el acto produzca directamente ese resultado o que la omisión no impida su producción.

En este sentido, (Bacigalupo, 1999, pág. 219), expone que:

“La exposición de la teoría del hecho punible como teoría de la imputación tiene lugar tradicionalmente en dos partes: la de los delitos caracterizados por la ejecución de una acción y aquella de los delitos caracterizados por la omisión de una acción ordenada por el ordenamiento jurídico. Los primeros implican la infracción de una prohibición, mientras los segundos la desobediencia de un mandato de acción”.

La omisión es la ausencia del movimiento corporal esperado por la ley o que no evita la producción del resultado material tipificado, la omisión puede ser simple y de comisión.

La omisión simple es la inactividad ante el deber de obrar legalmente establecido. La comisión por omisión es la no evitación de la producción de un resultado material delictivo, cuando se tiene la obligación de evitarlo, que viola la norma contenida en el tipo que lo prevé y es sancionado conforme a éste.

Sin embargo, puede hablarse de la ausencia de acción cuando los movimientos corporales realizados u omitidos, se efectúan en ausencia de la conciencia, de tal forma que se actúa simplemente de manera mecánica o totalmente determinado por fuerza exteriores. Ésta puede presentarse de las siguientes maneras: sueño y sonambulismo; excluyendo la embriaguez del sueño y el estado crepuscular hipnótico, donde se encuentran elementos de volición.

Sugestión e hipnosis, entendida esta como un conjunto de situaciones especiales del sistema nervioso, producidas por maniobras artificiales, en las que se puede dar la sugestión intra o posthipnótica. Inconsciencia en alto grado: (actos reflejos) producidos por situaciones fisiológicas o el estado de sideración emotiva. Fuerza irresistible: Cuando el sujeto se mueve obligado por una fuerza exterior, superior e irresistible que puede provenir de una energía humana (vis absoluta) o subhumana (vis maior).

(Muñoz Conde, 2012, pág. 215), indica que:

“Puesto que el Derecho penal se ocupa de acciones voluntarias, no habrá acción penalmente relevante cuando falte la voluntad. Sucede esto en tres grupos de caso:

a) Fuerza irresistible. La fuerza irresistible es una condición de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente. El agente opera como una masa mecánica. La fuerza ha de provenir del exterior, es decir, de una tercera persona o incluso de fuerzas naturales. Tanto la doctrina como la jurisprudencia española consideran que los impulsos irresistibles de origen interno (arrebato, estados pasionales, desesperación, etc.) no pueden dar lugar a esta eximente, porque se trata de actos en los que no está ausente totalmente la voluntad, aunque esto impide que pueda servir de base a la apreciación de otras eximente (como la de trastorno mental transitorio) que excluye o disminuyen la imputabilidad o capacidad de culpabilidad.

b) Movimientos reflejos. Los movimientos reflejos, tales como las convulsiones epilépticas, no constituyen acción, ya que el movimiento no está en estos casos controlado por la voluntad.

c) Estados de inconsciencia. También falta la acción en los estados de inconsciencia, tales como el sueño, el sonambulismo, la embriaguez letárgica, etc. En estos casos los actos que se realizan no dependen de la voluntad y por consiguiente, no pueden considerarse acciones penalmente relevantes.”

1.4 La Tipicidad

La tipicidad es adecuación de la acción al modelo descrito por el legislador (tipo). Se denomina tipicidad al encuadramiento de la conducta humana al tipo penal. Así cuando la ley describe el homicidio diciendo "*el que matare a otro*", la conducta típica está dada por el hecho concreto de matar a otro.

(Fontán Balestra, 1998, pág. 233), manifiesta que:

“Con carácter provisional, podemos decir que la cualidad de típica está dada por la identificación de una conducta con la prevista en una figura de delito. Las leyes penales prevén las acciones punibles a través de abstracciones que condensan en fórmulas estrictas las características que deben reunir los actos que se cumplen en la vida real”.

(Muñoz Conde, 2012, pág. 251), señala que:

“La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de hecho se hace en la ley penal. Por imperativo del principio de legalidad, en su vertiente de nullum crimen sine lege, sólo hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales. Ningún hecho, por antijurídico que sea, puede llegar a la categoría de delito si, al mismo tiempo, no es típico, es decir, si no corresponde a la descripción contenida en una norma penal.”

En el tipo se incluyen todas las características de la acción prohibida que fundamenten positivamente su antijuricidad. Pero no siempre se pueden deducir directamente del tipo estas características y hay que dejar al juez la tarea de buscar las características que faltan. Ello se debe a la dificultad de plasmar legalmente tales características en el tipo legal.

(Silvestroni, 2004, pág. 128), explica que:

“De la premisa de que el delito es una acción, se deriva la necesidad de que la ley individualice, mediante una descripción lo más precisa posible, la conducta penalmente

relevante que será objeto de desvaloración jurídica. La herramienta utilizada por el legislador para llevar a cabo esa individualización es el tipo penal al que se define como la descripción concreta y material de la conducta penalmente relevante. Ningún otro instrumento legal puede llevar a cabo esa función”.

El tipo penal es la descripción de acción que hace el legislador tutelando una norma de cultura y previendo una sanción: objetivos son los elementos normales, de naturaleza descriptiva, referencias a personas, cosas y modos de obrar; los subjetivos son referencias a un determinado propósito o fin de la acción, o a un ánimo específico con que debe cometerse y los normativos hacen referencia a un juicio de valor remitiendo a otras disposiciones del ordenamiento jurídico (ajenidad en el robo) u obligan al juez a hacer un juicio de valor (honestidad en el antiguo estupro).

Entre las funciones de la tipicidad, (Fontán Balestra, 1998, pág. 234), indica que:

“La descripción legal, con sus características de rigidez y no comunicabilidad es, como idea genérica, lo que constituye la tipicidad. Pero el principio se va perfeccionando, para adquirir una triple función, delimitada a través del desarrollo actual de la doctrina: a. Función prejurídica, condicionante de las legislaciones: función de garantía; b. función cualificativa de todos los demás elementos del general delito; más exactamente, de las otras características de la acción; c. función de determinación del particular delito, a través de los tipos penales, tipos de delito o simplemente tipos”.

1.4.1 Clases de tipos penales

Los tipos penales son:

- a) **Básicos**, que describen de manera independiente un modelo de acción por lo que se aplica sin sujeción a ningún otro tipo;

- b) **Especiales**, que no dependen de la existencia del tipo básico porque contienen elementos nuevos o modifican los requisitos previstos en el tipo fundamental, pudiendo atenuar o agravar la pena del básico;

- c) **Subordinados**, señalan determinadas circunstancias o aspectos que califican la acción prevista en el tipo básico del cual dependen, y pueden tener naturaleza agravante o atenuante de la punibilidad;

- d) **Compuestos**, refiriéndose a un mismo bien jurídico, en estos tipos hay una pluralidad de acciones previstas con distintos verbos rectores;

- e) **Autónomos**, no es necesario que al aplicarse la ley penal se acuda a otro ordenamiento para comprender el significado de estos tipos penales, pues describen un modelo al cual se adecua directa o inmediatamente la acción del sujeto activo del delito;

- f) **En blanco**, para precisar el contenido de la acción prevista, el legislador remite a otro o al mismo ordenamiento jurídico;

- g) **Abiertos**, el tipo penal no está completo en cuanto a la diferenciación de la acción prohibida y de la permitida, para lo cual es necesario acudir al complemento que realiza otro ordenamiento legal como guía objetiva para completar el tipo;

- h) **Cerrados**, sus elementos son suficientes para entender en qué consiste la acción prohibida;

- i) **De daño**, o puesta en peligro en atención al bien jurídico tutelado en el tipo, los primeros exigen su lesión o destrucción, y los segundos, que se le coloque en posición de riesgo.

(Bacigalupo, 1999, págs. 219-220), expone que:

“La primera comprobación es la materia propia de la "tipicidad", es decir, de la coincidencia del hecho cometido con la descripción abstracta, que es presupuesto de la pena, contenida en la ley. La ausencia de tipicidad o atipicidad es cuando en la acción falta alguno de los elementos descritos en la ley, y puede darse por falta de: calidad en el sujeto activo; calidad en el sujeto pasivo; elemento valorativo en el objeto del delito; referencias temporales o espaciales; medio previsto; elementos subjetivos del injusto.

Lo que trae por consecuencia la imposibilidad de que la acción se adecue a todos los elementos que el legislador ha empleado para hipotetizar el delito. Si un comportamiento es "típico" (ha violado la norma, coincide con el supuesto de hecho del delito) entonces surge el problema de su "antijuridicidad", es decir, de su eventual justificación. Se tratará de saber si el autor realizó el hecho típico autorizado por la ley o no. Si careció de tal autorización (por ejemplo, la legítima defensa) el hecho típico será, además, antijurídico”.

La ausencia de tipo se da cuando el legislador no prevé acción alguna en el tipo penal que pretende aplicarse y sólo hace alusión a ella, o simplemente la menciona sin describirla, por lo que, en consecuencia, la acción no podrá adecuarse a un tipo que en rigor no existe.

La categoría de la tipicidad, constituye un elemento fundamental del delito que se encarga de describir los elementos normativos, la parte externa del hecho delictivo y la dirección de la voluntad del autor; no es otra cosa que la descripción de un acto considerado como delito de conformidad con la ley, misma que contiene elementos objetivos (los que describen a la acción, el bien protegido, los sujetos activo y pasivo, el resultado de la acción) y elementos subjetivos (los que se refieren al dolo y la culpa).

1.5 La antijuridicidad

La categoría de la antijuridicidad, es la violación de las normas de cultura reconocidas por el Estado y constituye el elemento del delito que termina de perfilar el injusto penal. Para que una conducta tenga el carácter de injusto penal, no basta con que sea típicamente relevante, sino que resulta necesario que cuente con un nivel de desvalor que permita sustentar su contrariedad al ordenamiento penal.

(Jiménez de Azúa, 1958, pág. 265), manifiesta que:

“Lo antijurídico es una expresión desaprobadora que requiere esclarecimiento a fondo, porque tanto lo justo como lo injusto han sido enturbiados por pretendidas exigencias de moral y de política”.

La antijuridicidad es aquel disvalor que posee un hecho típico contrario a las normas del Derecho en general (no sólo al ordenamiento penal). Es lo contrario a Derecho, por lo tanto, no basta que la conducta encuadre en el tipo penal, se necesita que esta conducta sea antijurídica, considerando como tal, a toda aquella definida por el ordenamiento, no protegida por causas de justificación.

En este sentido, (Silvestroni, 2004, pág. 285), explica que:

“La antijuridicidad es la contradicción de la acción típica con todo el ordenamiento jurídico. Esa contrariedad existe cuando no concurre ninguna causa de justificación que ampare a la conducta antinormativa. Se suele decir que estas eximentes pueden provenir de todo el ordenamiento jurídico, pero en general son los propios códigos penales los que establecen las causales que remiten al resto de las ramas del derecho; por ejemplo, cuando se consagra como causal de justificación al ejercicio de un derecho, se remite al resto de las normas que consagran tales derechos, pero la causal de justificación surge del propio Código Penal”.

La antijuridicidad precisamente radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica. Para que sea delictuosa, la conducta ha de ser típica, antijurídica y culpable. La antijuridicidad es otro de los elementos estructurales del delito.

(Jiménez de Azúa, 1958, pág. 267), manifiesta que: *“Provisionalmente puede decirse que la antijuridicidad es lo contrario al Derecho. Por tanto, el hecho no basta que encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto, sino que se necesita que sea antijurídico, contrario al Derecho”.*

Se le puede considerar como un "elemento positivo" del delito, es decir, cuando una conducta es antijurídica, es considerada como delito. Para que la conducta de un ser humano sea delictiva, debe contravenir el Derecho, es decir, ha de ser antijurídica.

(Silvestroni, 2004, pág. 286), afirma que:

“La antijuridicidad es independiente de la tipicidad. Existen conductas antijurídicas que no son típicas porque el legislador se limita a regularlas en otras ramas del derecho distintas al penal. En realidad, un sistema jurídico racional, en el que el derecho en sí es la última ratio, debería caracterizarse por este tipo de regulaciones, aunque en general casi todos los conflictos humanos prevén una faceta punitiva que con el correr del tiempo y el avance de la estupidez humana se amplía cada vez más”.

Se considera un concepto jurídico que supone la comparación entre el acto realizado y lo establecido por el ordenamiento y que denota como ésta es una conducta contraria a Derecho, "lo que no es Derecho", aunque en realidad la conducta antijurídica no está fuera del Derecho, por cuanto éste le asigna una serie de consecuencias jurídicas.

(Creus, 1992, pág. 219), expone que:

“La caracterización de antijurídica de una acción depende del ordenamiento jurídico general y que, por lo tanto, lo jurídico es algo que precede al tipo penal, ya que depende de los mandatos de aquél”.

(Muñoz Conde, 2012, págs. 198-199), señala que:

“Antijuridicidad es la desaprobación del acto; mientras que la culpabilidad es la atribución de dicho acto a su autor para hacerle responsable del mismo. En estas dos grandes categorías, antijuridicidad y culpabilidad, se han ido distribuyendo luego los diversos componentes o elementos delictivos. En la primera se incluyen la conducta, sea por acción u omisión, los medios y formas en que se realiza, sus objetos y sujetos y la relación causal y psicológica con el resultado. En la segunda se encuentra las facultades psíquicas con el resultado.

En la segunda se encuentra las facultades psíquicas del autor (la llamada imputabilidad o capacidad de culpabilidad), el conocimiento por parte del autor del carácter prohibido de su acción u omisión y la exigibilidad de un comportamiento distinto”.

La juridicidad es un elemento esencial para la existencia de los tipos penales y subsecuentemente para la posibilidad de la existencia del delito, ya que la acción delictiva no viola la ley (la cual es meramente prescriptiva) sino que se ajusta a ella (tipicidad), lo que resulta violado es la norma de cultura que el legislador reconoce a través de la tipificación.

El Derecho es un orden prominentemente normativo y cultural, entendiendo por cultura, el cultivo de un interés común y de la situación que resulta de tal cuidado, situación que siempre está vinculada a un valor. A través de las normas de cultura ordena y prohíbe ciertas acciones correspondiendo a sus intereses valorativos, y sólo cuando el Estado las privilegia con su tutela al reconocerlas en la ley, adquieren el rango de jurídicas.

Antijuridicidad formal: Estriba en la colisión que se da entre la acción delictiva y la norma de cultura legislada. Una acción es formalmente antijurídica, cuando infringe una norma que el Estado ha incorporado al orden jurídico.

Antijuridicidad material: Dado que el fin del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, la acción será sustancialmente antijurídica sólo cuando lesione, ponga en peligro o sea idónea para poner en peligro un bien jurídico

1.5.1 La ausencia de la antijuridicidad (causas de justificación)

Las acciones que se realizan amparadas por una causa de justificación se adecuan a las previsiones legales tanto del tipo que prevé el delito cometido al amparo de una causa justificante, como a los requisitos que prevén el fundamento de dichas causas.

Las causas de justificación tienen una naturaleza objetiva por descansar en circunstancias ajenas al sujeto que comete el delito, con lo que, al faltar el elemento esencial de violación de la norma se excluye el disvalor que resulta de la misma.

Las causas de justificación hallan su fundamento en la supremacía del interés por el que se actúa (en el ejercicio de un derecho), que se protege (en estado de necesidad) o defiende (con la legítima defensa) o del deber que se cumple (en el cumplimiento de un deber), y operan actualmente en un sistema de regla-excepción, que consiste en que en el mismo cuerpo de abstracciones legales que establecen los delitos, se prevé la regla que encuentra su excepción, estableciendo las circunstancias en las cuales una acción será considerada legítima.

La legítima defensa, repulsa realizada por el titular del bien puesto en peligro o por terceros, necesaria para evitar una lesión antijurídica posiblemente causada por una persona que ataca, siempre que la agresión sea real, actual e inminente, y que el contraataque al agresor no traspase la medida necesaria para la protección del bien amenazado.

(Muñoz Conde, 2012, pág. 319), manifiesta que:

“La naturaleza de la legítima defensa como causa de justificación parece fuera de duda, aunque durante mucho tiempo estuvo confundida con las causas de exculpación, planteándose como un problema de miedo o perturbación del ánimo en que se defiende al ser objeto de un ataque. Pero en la medida en que la defensa sea respuesta proporcionada a una agresión injusta, no cabe duda que, cualquiera que sea la actitud anímica del que se defiende, existe una auténtica causa de justificación que legitima el acto realizado.”

El estado de necesidad es el ataque de bienes ajenos jurídicamente protegidos, en salvaguarda de bienes jurídicos propios o ajenos de igual o mayor jerarquía que los sacrificados; por hallarse en una especial situación de peligro actual causada por acontecimientos de la naturaleza y excepcionalmente de orden humano, que sólo es evitable violando los intereses legítimos de otro.

(Muñoz Conde, 2012, pág. 327), manifiesta que:

“Por un lado estaría el estado de necesidad justificante, surge de la colisión de dos bienes jurídicos de distinto valor cuando se opta por el sacrificio del bien de menor valor para salvar el de mayor valor; por ello se dice que en estos casos es fundamental aplicar el criterio de ponderación de bienes. Pero junto a esta forma de estado de necesidad, habría otra que sería meramente exculpante, presidida por el principio de no exigibilidad de un comportamiento distinto y que se daría cuando los bienes en conflicto fueran de igual valor.”

El ejercicio de un derecho, excluye la antijuridicidad por ejecución de la ley por cuanto se ejercita una facultad derivada de la ésta siempre que en su actuación, las vías de hecho no traspasen la facultad de defender el derecho negado y no haya exceso en la ejecución de la ley.

El cumplimiento de un deber, se trata igualmente un caso de ejecución de la ley que puede consistir en actos ejecutados en cumplimiento de un deber legal resultante del empleo, autoridad o cargo público que ejerce el sujeto, o los ejecutados en cumplimiento de un deber legal que obliga a todos los individuos, entendiendo que en el deber legal no sólo se encuentran los que limitativamente establece la ley, sino los derivados directamente de la función misma impuesta por la norma.

(Muñoz Conde, 2012, pág. 335), afirma que:

“Lógicamente, el cumplimiento del deber o el ejercicio del derecho que se justifica es el que realiza dentro de los límites legales y conforme a derecho. Este requisito de la << conformidad a derecho >> del que actúa al amparo de esta eximente, plantea dificultades interpretativas que casi siempre remiten a otras ramas del ordenamiento jurídico. En efecto, para saber cuándo un médico un funcionario, un policía, etc., actúan dentro de sus respectivas competencias o atribuciones jurídicas, es necesario conocer cuál es el contenido de la regulación jurídica (administrativa, laboral, etc.) que rige dicha actuación”

El consentimiento del ofendido, para que opere esta eximente sobre las acciones delictivas ejecutadas, el titular del bien jurídico lesionado debe tener voluntad consciente y libre, el

consentimiento deberá manifestarse expresamente y sólo en forma tácita de manera excepcional, por cuanto a la causa, la torpeza o la ilicitud no invalidan el consentimiento otorgado, otorgamiento que debe manifestarse con anterioridad o de manera simultánea a la acción, y sólo es válido el consentimiento que se hace sobre bienes jurídicos de los que puede disponer el titular que lo otorga.

(Muñoz Conde, 2012, pág. 343), señala que:

“Para que el consentimiento pueda actuar como causa de justificación es necesario que se den determinados requisitos:1) Facultad reconocida por el Ordenamiento jurídico a una persona para disponer válidamente de determinados bienes jurídicos propios. Esta facultad es cuestionable respecto de determinados bienes jurídicos como la vida o la integridad física.2)capacidad de disponer , que no tiene que coincidir necesariamente con la capacidad civil, pero que, igual que ésta, exige unas facultades intelectuales para comprender el alcance y significación de sus actos por parte de quien consiente.3) Ausencia de vicios: cualquier vicio esencial de la voluntad del que consiente (error, coacción engaño, etc.) invalida el consentimiento.4)El consentimiento ha de ser dado antes de la comisión del hecho y ha de ser conocido por quien actúa a su amparo.”

El impedimento legítimo, se refiere esta causa de exclusión de la antijuridicidad, solamente a omisiones, ya que se considera que no comete delito quien no ejecuta lo que la ley le ordena, porque se lo impide otra disposición superior y más apremiante que la misma ley. Tampoco delinque quien no realiza el hecho que debiera haber practicado, a causa de un obstáculo que no estaba en su mano vencer.

1.6 La culpabilidad

La culpabilidad, constituye la última categoría dogmática de la teoría del delito, misma que no puede estar desligada del injusto penal. El tipo culposo individualiza una conducta (al igual que el doloso). La conducta no se concibe sin voluntad, y la voluntad no se concibe sin finalidad, la conducta que individualiza el tipo culposo tendrá una finalidad, al igual que la que individualiza el tipo doloso.

(Bacigalupo, 1999, pág. 413), manifiesta que:

“La comprobación de la realización de una acción típica y antijurídica en la que no se renuncia a la punibilidad por la irrelevancia del contenido de ilicitud, no es suficiente para responsabilizar penalmente a su autor. La responsabilidad penal o responsabilidad criminal depende de que aquél haya obrado culpablemente. La culpabilidad, por tanto, constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica sea criminalmente responsable de la misma. La cuestión de cuáles son esas condiciones dependerá del punto de vista que se adopte respecto de la pena.”.

La culpabilidad es el resultado del juicio de valor que da origen al reproche al autor de la acción delictiva por la relación psicológica entre él y su resultado, siempre que en la misma fuere posible exigírsele proceder conforme a las normas.

(Silvestroni, 2004, pág. 325), expresa que:

“La teoría de la culpabilidad es fruto del derecho continental europeo. En sus comienzos era la conexión subjetiva entre el hecho y el autor (lo que se entiende por dolo y culpa) y, posteriormente, evolucionó hacia su consideración como un juicio de reproche que se formula al autor de una conducta típica y antijurídica. Desde allí, y a partir de la crítica a la noción de libre albedrío y a la posibilidad de formular un reproche al autor, la culpabilidad terminó siendo un simple análisis sobre la necesidad funcional (preventiva) de aplicar una pena”.

El dolo es la voluntad tendiente a la ejecución de un hecho delictuoso y a la producción de un resultado antijurídico. Es intelectual el conocimiento y previsión de un resultado que se sabe injusto, así como la contemplación de las consecuencias objetivas de la acción. Es emocional cuando la voluntad viciada de causar el resultado delictivo.

Es directo cuando el resultado coincide con el que se propuso el sujeto activo.-Es indirecto cuando el agente se propone el fin delictivo, sabe que con certeza causará otros resultados típicos. Es eventual al momento que se prevén posibles resultados antijurídicos colaterales al fin propuesto, que no se quieren.

La preterintención es la intención inicial del sujeto se ve rebasada produciendo un resultado más grave que el previsto y querido.

La culpa es la causación de un resultado antijurídico previsto o previsible, no querido ni aceptado por el agente; por un actuar u omitir voluntarios con negligencia, imprudencia, impericia o falta de cuidado. Con previsión del resultado: el sujeto activo prevé como posible la producción de un resultado antijurídico pero espera que no surja. Sin previsión del resultado: se da en resultados previsible y evitables, cuando el sujeto no lo prevé por falta de cuidado o precaución.

Además (Silvestroni, 2004, pág. 329), manifiesta que:

“Culpabilidad no es más el reproche por no haberse motivado en la norma; no es más el haber violado el mandato legal a pesar de haber podido obrar de otro modo: culpabilidad es haberse comportado de un modo que no se puede tolerar si se quiere mantener la vigencia de la norma”.

(García Caveró, 2012, pág. 633), afirma que: *“En la doctrina tradicional desde el finalismo, la culpabilidad abarca tres elementos constitutivos: La imputabilidad, el conocimiento del carácter antijurídico del hecho y la exigibilidad de otra conducta”.*

En este sentido, el maestro jurisconsulto (Donna, 1996, pág. 245), señala que:

“...el juicio de culpabilidad se construye una vez afirmada la responsabilidad por el hecho. Se dirige aquí un reproche al autor; se lo juzga sobre la base de su capacidad de juicio y de dirección en el momento del acto, sobre la base de su capacidad de juicio y de dirección del acto, es decir, si actuó de manera distinta a lo que él podía. Por lo cual se requiere que el autor actúe con capacidad de culpabilidad y con la conciencia del ilícito. La culpabilidad es pues el reproche dirigido al autor respecto de un determinado hecho punible, debido al abuso de su capacidad de culpabilidad”

Pero el tipo culposo no individualiza la conducta por la finalidad sino porque en la forma en que se obtiene esa finalidad se viola un deber de cuidado. Formas de Culpa:

- 1.- Imprudencia: Afrontar un riesgo de manera innecesaria pudiendo evitarse;
- 2.- Negligencia: Implica una falta de actividad que produce daño. (No hacer);
- 3.- Impericia: Se presenta en aquellas actividades que para su desarrollo exigen conocimientos técnicos especiales;
- 4.- Inobservancia de Reglamentos: implica 2 cosas; conociendo las normas estas sean vulneradas implicando “*Imprudencia*”; o se desconozcan los reglamentos debiendo conocerse por obligación implicando “*Negligencia*”. Las causas de atipicidad se dan en los supuestos en los que concurren unas determinadas circunstancias que suponen la exclusión de la tipicidad de la conducta, negando con ello su inclusión dentro del tipo penal.

La ausencia de culpabilidad (la inculpabilidad), al estar fundada la culpabilidad en la posibilidad de hacer un reproche al autor de una acción antijurídica y típica, siendo imputable, cuando dicha acción está irregularmente motivada, porque el sujeto estaba en el invencible error de actuar conforme a Derecho, o por hallarse en una especial situación de necesidad o por la presencia de algún otro motivo suficiente para poder exigírsele una acción conforme al ordenamiento jurídico; por faltar en el agente el conocimiento o la voluntad que serían el motivo del juicio en qué consiste la culpabilidad, faltará este elemento y no será por lo tanto, inculparable.

(García Cervera, 2012, pág. 642), indica que:

“La imputabilidad es un causa de exclusión de la culpabilidad que se presenta cuando quien realiza el injusto penal no reúne las condiciones para ser sujeto de una imputación penal. La exculpación de la culpabilidad se sustenta en la falta de idoneidad del agente de poder comunicar, mediante sus actos, un hecho penalmente relevante.”

Para que el error opere como eximente de incriminación, excluyendo el dolo y la culpa, este debe ser esencial (debe impedir la posibilidad de que el agente se represente mentalmente la valoración jurídico penal de los hechos, es decir, no poder comprender la criminalidad del acto

por recaer el error en algún elemento de la figura delictiva, no lo serían el aberratio ictus el resultado producido no es el mismo que se producía pero sí lo es su significación jurídica: matar a una persona que no se quería, ni el error in objeto vel in persona en que el error sólo recae en el objeto material del delito) e inculpable (que se haya incurrido en él aún después de haber puesto en la realización de la acción, la diligencia normal que se requiere según la naturaleza de los hechos), si el error es culpable, subsiste la culpa.

El error de hecho es cuando la falsa apreciación concurre sobre la representación real del hecho, es decir, impide que el agente se represente mentalmente la realidad objetiva de la acción punible (apoderarse de una cosa que se cree propia pero en realidad es ajena, sería un error de hecho que impediría se sancionara por la comisión del delito de robo).

Actualmente se pretende sustituir por el llamado error de tipo que amplía su ámbito respecto del error de hecho, pues comprende la equivocada creencia de que no se presenta un elemento del hecho (errores sobre los elementos normativos del tipo; cuando el autor supone que actúa justificadamente, o cuando versa sobre una circunstancia del hecho típico).

El error de derecho consiste en la ignorancia de la antijuridicidad de la conducta que se ejecuta, por desconocimiento de la ley penal o por un conocimiento imperfecto que lo lleva al error. Ahora se la limita con el error de prohibición, que sólo prevé la creencia de que el hecho no está prohibido porque el autor no conoce o conoce mal la ley.

Las eximentes putativas, consiste en una clase específica de error en la que el sujeto activo piensa que actúa de modo legítimo, consciente de que su obrar producirá un resultado antijurídico y típico, pero creyendo que las circunstancias en que la realiza lo justifican (por ejemplo cuando el agente comete un homicidio creyendo equivocadamente que fue ilegítimamente agredido, y por lo tanto está convencido de actuar en legítima defensa).

La obediencia jerárquica es cuando en la esfera de sus atribuciones y en la forma legal, un superior ordena la ejecución de una acción que en la entraña implica antijuridicidad, el inferior que la realiza en obediencia del mandato, está exculpado, siempre que la jerarquía esté impuesta

por la ley. Es requisito además para que entre en función esta eximente, que el sujeto no conocía la naturaleza delictuosa del mandato.

La violencia moral (*vis compulsiva*), es la violencia ejercida recae no en el cuerpo del agente (*vis absoluta*), sino sobre su voluntad, la cual a pesar de estar presente no es libre por estar determinada por la amenaza de sufrir un mal grave e inminente, siempre que el agente no tenga la obligación legal de sufrir el mal con que se amenaza. La violencia moral generará en el agente el miedo o el temor que lo determinarán a actuar en contravención a la norma legalmente protegida.

El estado de necesidad es excluyendo de incriminación por ausencia de culpabilidad, siempre que los bienes jurídicos que colisionan son de igual jerarquía. La no exigibilidad de otra conducta, se trata de una eximente de origen supralegal, nacida del análisis particular de hechos en que las circunstancias particulares en que se comete una acción delictiva, no permite exigir al agente de la misma el comportarse de manera distinta a la efectuada por hallarse suficientemente determinado externa o internamente.

(García Caverro, 2012, pág. 656), establece que:

“El estado de necesidad exculpante tiene como contexto situacional un peligro actual que amenaza la vida, la integridad corporal o la libertad de una persona. Esta amenaza debe darse en una situación tal que no exista más alternativa que la realización de un hecho antijurídico para evitar su concreción en una lesión”.

El caso fortuito es un grado mínimo de culpa que queda fuera de la previsibilidad normal humana, que consiste en la producción de un resultado delictivo por mero accidente, por un hecho casual o contingente en el que lo que opera es el azar y no la voluntad que se halla ausente.

1.7 La punibilidad

La punibilidad, cualidad de punible, es decir aquella conducta a la que se tiene la posibilidad de aplicar una pena (dependiendo de ciertas circunstancias), en el terreno de la coerción materialmente penal no es una característica del delito sino el resultado de la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable que cumple determinadas condiciones.

La voz “*punibilidad*” tiene dos sentidos:

- 1) puede significar merecimiento de pena, en este sentido todo delito es punible;

- 2) también puede significar posibilidad de aplicar penas; en este sentido no a cualquier delito se le puede aplicar pena. La afirmación de que el delito es punible, en el sentido primer sentido, surge de la afirmación de que es delito, pero la coercibilidad a que da lugar el delito no siempre opera, porque hay una problemática que le es propia y que ocasionalmente impide su operatividad (en el segundo sentido).

(Muñoz Conde, 2012, pág. 400), afirma que:

“La penalidad o punibilidad es, por tanto una forma de recoger y elaborar una serie de elementos o presupuestos que el legislador, por razones utilitarias, diversas en cada caso y ajenas a los fines propios del Derecho pena, puede exigir para fundamentar o excluir la imposición de una pena y que sólo tiene en común que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuricidad, ni a la culpabilidad, y su carácter contingente, es decir, sólo se exigen en algunos delitos concretos. En la penalidad existen causas que la fundamentan (las llamadas condiciones objetivas de punibilidad) y causas que la excluyen (las llamadas causas de exclusión o anulación de la penalidad o excusas absolutorias)”.

(García Caverro, 2012, pág. 807), señala que:

“Por regla general un injusto culpable es punible. Sin embargo, en determinados delitos existen circunstancias especiales cuya ausencia o presencia determinan la efectiva imposición de la pena. Estas circunstancias se agrupan en la llamada categoría de la punibilidad que, por no estar presentes en todos los delitos, se le considera inesenciales o accidental. Pese a la relevancia de la punibilidad en la imposición de la pena de determinados delitos, esta categoría dogmática no ha recibido por parte de la doctrina una atención equiparable a la ofrecida a las categorías del delito como la tipicidad, la antijuricidad o la culpabilidad. Esta situación explica, en cierta forma, por qué la situación sistemática y los contornos de la punibilidad se encuentran tan poco definidos”.

CAPÍTULO II

VIOLACIÓN

Mucho se ha dicho referente al tipo penal de violación, empezando por la caduca idea que sólo existía este delito cuando la víctima era doncella, lo cual, fue desechado cuando se comprendió que toda persona podría ser objeto de este ilícito, ya que el sujeto pasivo lo puede ser tanto hombre como mujer, sin atención a la edad. (Chimbo, 2013, pág. 50)

2.1 Definiciones

(Soler, pág. 291), afirma que la violación consiste en el acceso carnal con persona de uno u otro sexo ejecutado mediante violencia real o presunta.

(Creus, Derecho Penal. Parte Especial, 1998, pág. 168), señala que el delito de violación se verifica *“Cuando el consentimiento de la víctima falta en absoluto, porque el autor le impone su voluntad o porque aquélla no puede prestar un consentimiento mínimamente válido”*.

(Muñoz Conde, Derecho Penal, Parte Especial, 18ª edición, 2010), manifiesta que:

“Dentro de la libertad en general, la libertad sexual, entendida como aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y, en cierto modo, a la disposición del propio cuerpo, aparece como un bien jurídico merecedor de una protección penal específica, no siendo suficiente para abarcar toda su dimensión con la protección genérica que se concede la libertad. La libertad sexual tiene efectivamente su propia autonomía y, aunque los ataques violentos o intimidatorios a la misma son también ataques a la libertad que igualmente podrían ser castigados como tales, su referencia al ejercicio de la sexualidad le da a su protección penal connotación propias”.

Finalmente Edgardo DONNA, manifiesta respecto al delito de violación, que consiste en el acceso carnal logrado en los casos en que medie fuerza o intimidación para vencer la resistencia u oposición del sujeto pasivo, o con persona que se encuentre físicamente imposibilitada para expresar su disenso o resistirse, o con quien, por estar privado de razón o ser menor, carece de la capacidad jurídica necesaria para consentir la relación sexual.

El concepto de violación sexual no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal, sino que también debe entenderse actos de penetración vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006, pág. 106)

En conclusión se define a la violación, como la penetración, mediante coerción física o de otra índole, de la vagina o el ano con el pene, otra parte del cuerpo o un objeto, a una persona de cualquier sexo.

2.2 Bien Jurídico Protegido.

(Soler, pág. 292), manifiesta que el bien lesionado por tal conducta es la libertad sexual, además, dice que dicha libertad *“se vulnera invadiendo ilícitamente la esfera de reserva propia de ese ámbito de la persona, en la que ella, consciente y libremente, puede permitir penetrar a quien desee o impedir que otros lo hagan”*

A pesar de que en forma generalizada, la doctrina, los juristas y administradores de justicia coinciden de que en el delito de violación lo que se protege es en efecto, la libertad sexual, esta afirmación quedaría excluida en los casos en los que estos delitos se perpetran en contra de personas menores de edad, pues, ellos carecen de capacidad jurídica para prestar su libre consentimiento y en consecuencia, carecen de capacidad para ejercer libremente de su sexualidad.

A razón de lo expuesto, (Carmona Salgado, pág. 242), con todo acierto, manifiesta que no puede aceptarse tan fácilmente que el bien jurídico es la libertad sexual en los casos de violación a un menor o de la persona privada de sentido, ya que no existe tal libertad. De allí que se pretende proteger a estas personas por la misma situación de incapacidad, por lo cual se habla de intangibilidad sexual o de indemnidad sexual.

La Corte Nacional de Justicia Primera Sala de lo Penal el 11 de enero del 2011, en el proceso No. 268-2010-CT, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por O.R.E Tomando en consideración que si una norma jurídica no se aplica, mal puede alegarse una inadecuada aplicación y esta última tampoco puede confundirse con un equivocado sentido normativo, pues mientras en lo mal aplicado el vicio se produce por la inadecuada subsunción de la conducta, v. gr. El juzgar a un ciudadano por una violación, debiendo hacerlo por estupro, en la errónea interpretación, es la misma norma la que en el ejemplo es la violación o el estupro a la que se le atribuye un sentido distinto, aplicando de forma inadecuada las reglas de interpretación, teológica, histórica, etc.

La violación es un delito por el cual se produce “*el acceso carnal, con la introducción total o parcial del miembro viril por vía oral, anal o vaginal; o la introducción por vía vaginal de objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a un persona de cualquier sexo,...*”. Esta conducta protege la libertad sexual como bien jurídico principal, pues también protegen otros bienes como la dignidad, la salud y la libertad en sí misma. La característica o elemento normativo del tipo es aquella conducta se realice o con violencia; o con amenaza; o con intimidación y para su realización es necesario concurren elementos objetivos y subjetivos, Los primeros consisten en la conducta de carácter sexual realizada en el cuerpo de otra persona sin su consentimiento. Además es necesario un elemento subjetivo del injusto caracterizado por la finalidad lubrica que persigue el sujeto activo, el animus libidinoso. Este animus, en principio se presume en todo caso, de lo que se desprende que es suficiente con que el sujeto conozca que realiza un acto sexual sin el consentimiento sin consentimiento del sujeto pasivo (Jurisprudencia Especializada Penal de la Corte Nacional de Justicia, Tomo 4., 2013, pág. 240)

En el mismo sentido, (Portillo Aragón, pág. 6), señala que:

“El bien jurídico protegido estaría definido por los conceptos de indemnidad o intangibilidad sexuales, que procede de la doctrina italiana y reconocida por la doctrina española a finales de los años setenta”. Bramont y García, citados por (Chero Medina), manifiestan que “hay comportamientos dentro de los delitos sexuales en los que no puede afirmarse que se proteja la libertad sexual, en la medida que la víctima carece de libertad. Se busca proteger la indemnidad o intangibilidad sexual, o sea la seguridad o desarrollo físico o psíquico normal de las personas”.

(Caro Coria & San Martín Castro, 2000, pág. 48), indica que *“la indemnidad o intangibilidad sexual, son las condiciones físicas y psíquicas para el ejercicio sexual en libertad, las que puede alcanzar el menor de edad, recuperar quien este afectado por una situación de incapacidad transitoria, o como ocurre con los retardados mentales quienes nunca lo obtendrían”.*

(Muñoz Conde, Derecho Penal, Parte Especial, 19ª Edición, 2013, pág. 207), define la indemnidad o intangibilidad sexual como

“el verdadero bien jurídico que se tutela con las conductas delictivas previstas en los tipos penales. Se relaciona con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal del ámbito sexual de quienes no han logrado madurez suficiente, como es el caso de los menores y los incapacitados, por tanto el Estado debe proteger la sexualidad de las personas que por sí solas no pueden defenderlo al no tener la capacidad suficiente para valorar una conducta sexual”.

La indemnidad sexual, se relaciona directamente con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente para ello, como es el caso de niños y adolescentes; asimismo de quienes por anomalías psíquicas, carecen de plena capacidad para llegar a tomar conciencia de lo que significa una relación sexual.

Al referirme a la inhabilitación jurídica del derecho a ejercer la libertad sexual, quiero dar a entender que el menor está jurídicamente imposibilitado de ejercer un derecho que le es legal y por lo tanto reconocido, por cuanto el derecho a la libertad sexual del menor está establecido en el Capítulo Sexto, Derechos de libertad, Art. 66, numeral 3, literal a) de la Constitución de la

República del Ecuador; por consiguiente se desprende que el menor es el titular de este derecho, pero está incapacitado jurídicamente de usarlo¹.

En el delito de violación, de los niños, niñas y adolescentes, es importante establecer que el bien jurídico tutelado por el Estado es la indemnidad o intangibilidad sexual de la persona, que por su edad no tiene la facultad de discernir válidamente sobre su libertad sexual, por cuanto se considera que carecen de autonomía para determinar ciertas conductas o comportamientos sexuales.

2.3 El ámbito sexual y la libertad

A pesar de que puede existir una especie de constante discusión sobre el o los bienes jurídicos tutelados en el delito de violación, existe también una especie de acuerdo en la mayoría de legislaciones y textos consultados que identifican la libertad sexual. Como parte de la investigación documental de este trabajo de investigación y con el objeto de profundizar en el tema se hará referencia a la obra de Bodanelly quien cita a los siguientes autores:

- a. *“Bobbio, distingue entre libertad de querer o de voluntad (libertad positiva), y libertad de obrar (libertad negativa) a. La libertad de querer o voluntad, es autodeterminación, la misma que no es otra cosa que la situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo de tomar decisiones sin verse determinado por la voluntad de otros.*
- b. *La libertad de obrar, supone realizar u omitir el comportamiento que se tiene voluntad de efectuar o de omitir, sin que un tercero no autorizado interfiera en dicha realización u omisión.*
- c. *Diez, dice que los delitos de la libertad sexual tienen dos aspectos: a) lo positivo, significa libre disposición de las propias capacidades y potencialidades*

¹ Art. 66.- CR. Derechos civiles. Se reconoce y garantizará a las personas (...) 3. El derecho a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual .

sexuales, tanto en su comportamiento particular como en su comportamiento social; y, b) lo negativo, se mira en un sentido defensivo y remite al derecho de toda persona a no verse involucrada sin su consentimiento en un contexto sexual.

- d. *Bajo, dice que la libertad sexual debe entenderse de dos maneras: a. como libre disposición del propio cuerpo, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena; b. Como facultad de repeler agresiones sexuales de terceros.*
- e. *Caro, dice que la libertad sexual debe entenderse como: a. Sentido positivo-dinámico de la libertad sexual, se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales. b. Sentido negativo – pasivo, se concreta en capacidad de la persona de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no desea intervenir. Esta división se hace con fines pedagógicos, ya que la libertad sexual en su vertiente positiva como negativa no se oponen entre sí, ambos constituyen un complemento que refleja distintos aspectos de un mismo bien jurídico” (Bodanelly, 1958, pág. 108)*

Se debe señalar que la libertad sexual es la facultad de la persona para auto determinarse en el ámbito de su sexualidad, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena, facultad que se expande hasta utilizar el propio cuerpo a voluntad, seguir en cada momento una u otra tendencia sexual, hacer y aceptar las propuestas que se prefieran, así como rechazar las no deseadas.

2.4 Disposición Legal y Tipo Penal

El Art. 512 del Código Penal de 1971, señala que:

“Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o, la introducción, por vía vaginal o anal, de los objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos:

1. *Cuando la víctima fuere menor de catorce años;*
2. *Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistirse; y,*
3. *Cuando se usare de violencia, amenaza o de intimidación.”*

En el mismo sentido el Art. 172 del Código Orgánico Integral Penal, cuyo texto fue aprobado por la Asamblea Nacional, define a la violación como:

“el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo. Quien la comete, será sancionado con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años en cualquiera de los siguientes casos:

1. *Cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse.*
2. *Cuando se use violencia, amenaza o intimidación.*
3. *Cuando la víctima sea menor de catorce años”.* (Comisión de Justicia y Estructura del Estado. Código Orgánico Integral Penal, Libro I, aprobado en Segundo Debate por el Pleno de la Asamblea Nacional en Sesión del 13 de octubre del 2013.)

De las normas penales transcritas, tanto del Código Penal del 1971, así como del Código Orgánico Integral Penal próximamente en vigencia, podemos advertir que el legislador no ha introducido ningún cambio sustancial en cuanto se refiere en las causales clásicas que configuran el delito de violación, por lo tanto nos corresponde analizar las respectivas causales del presente ilícito:

2.5 La Acción Típica

Clásicamente se ha sostenido que el núcleo del tipo penal violación se halla constituido por el “acceso carnal”. En este sentido, (Frías, 1995, pág. 266), manifiesta que:

“el elemento material de la violación se halla constituido por la conjunción carnal como fin, contra o sin la voluntad del sujeto pasivo y empleando la violencia como medio o aprovechando de la especial condición del mismo señalada por la ley”.

Por otra parte, es elemento fundamental de la tipicidad objetiva de este delito, conforme se encuentra establecido en los tres numerales del Art. 512 del Código Punitivo, la ausencia de consentimiento del sujeto pasivo, sea porque la manifestación de voluntad es irrelevante (numeral 1), porque no hay manifestación de voluntad (numeral 2) o porque la conducta se ha realizado contra la voluntad (numeral 3).

En cuanto a la primera forma, en efecto, en numeral primero de la norma indicada establece: *“Cuando la víctima fuere menor de catorce años”*, lo cual significa que el sólo establecimiento de la minoría de esta edad es suficiente para probar la existencia de la violación, pues se presume la incapacidad para la libre disposición sexual, desde que el legislador ha considerado que las personas que se encuentran en este rango de edad no se encuentran en condiciones de asumir, sin consecuencias para el desarrollo de su personalidad, el acto sexual, debido al estado de inmadurez que presentan sus esferas intelectivas, volitiva y afectiva

Para (Manzini, 1964, pág. 257), *“acceso carnal”* es el acto por el cual el órgano genital de una de las personas, que puede ser sujeto activo o pasivo, es introducido en el cuerpo de la otra, por vía normal o anormal, de modo que haga posible el coito o un equivalente del mismo.

(Ure, 1952, pág. 15), por su parte manifiesta que por la expresión *“acceso carnal”* debe entenderse a la penetración del órgano sexual masculino en orificio natural de la víctima, de modo de posibilitar la cópula o un equivalente de la misma, sea por vía normal o anormal.

Finalmente, como consecuencia de las varias definiciones anotadas concluyen (Molinario & Aguirre, 1996, pág. 420), que el acceso carnal significa introducción del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima, pues, es la posición de la mayoría de la doctrina.

La Corte Nacional de Justicia-Primera Sala Especializada de lo Penal el 24 de mayo del 2011, en el proceso No. 806-2009-CT, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por J.

I. V. Tomando en consideración que el inciso primero del Art. 512 del Código Penal establece que el acceso carnal en una persona menor de catorce años, es violación; ha de probarse por lo tanto esta circunstancia con la relación cronológica entre la fecha de nacimiento de la víctima y de la relación del acceso carnal.

La conducta se reprime exclusivamente por el “abuso” de la inferioridad o incapacidad en que la ley presume se encuentra la menor, de la cual se aprovecha el sujeto activo del delito, quien no tiene necesidad de acudir a la violencia para vencer una oposición que la menor no presenta. Ante la falta de resistencia de esta última, el autor del hecho no requiere desplegar ninguna fuerza para obtener su cometido.

El acceso sexual produce efectos graves en la víctima y en su familia. Estos efectos pueden destruir la autoestima, pueden conducir a las víctimas hacia el consumo de drogas o alcohol, producir estrés, miedo a los adultos, deseos de morir agresividad con los animales y otros problemas emocionales que deben solucionarse a tiempo y de la mejor manera posible garantizándole a las personas afectadas sus derechos. (Jurisprudencia Especializada Penal de la Corte Nacional de Justicia, Tomo 4., 2013, pág. 175)

Sin embargo, en cuanto respecta al ordenamiento jurídico ecuatoriano, la acción típica del delito de violación, no solamente se configura cuando se acredita la conjunción carnal en contra o sin la voluntad de la víctima, sino que además, la existencia de este ilícito también se produce mediante la introducción de dedos u otra clase de objetos, en las cavidades vaginales o anales del sujeto pasivo.

2.5.1 La introducción de objetos en el delito de violación

En lo que se refiere al concepto de objeto constante en la normativa, (Orts, 1995, pág. 182), propugna que sólo debería tenerse por tal, a aquella cosa corpórea y material que por sus características e intención del autor, sea susceptible de sustituir de alguna forma al órgano sexual del varón.

Para (Suárez Rodríguez, 1995), el concepto de objeto debía ser aquello representativo de “*un sustituto psicológico del falo*”. A lo que se une, que este tendría que ser por su tamaño y forma, o al menos la parte que se introduzca, equivalente a un pene de proporciones normales. Con ello el autor sostiene que se excluyen cuerpos en estado líquido y gaseoso. Afirma que no pueden considerarse objeto, partes del cuerpo humano, señalando como casos que no estarían comprendidos por la figura, la introducción de los dedos o la lengua.

Por un concepto amplio de objeto se pronunciaba (Bajo & Díaz-Maroto, 1995, pág. 221), quien lo entendía en toda su amplitud terminológica, por lo que en su concepto el delito se configuraba por la introducción de “*cualquier cosa u objeto distinto del pene que suponga un atentado contra la libertad sexual del sujeto pasivo (hombre o mujer), aunque normalmente será de la clase de objetos destinados específicamente a la excitación sexual del sujeto o susceptibles de sustituir de alguna forma al miembro sexual del varón*”

En este caso, se entiende que el agresor del acceso carnal prohibido en lugar de hacer uso de su órgano sexual natural u objetos, introduce en su víctima vía vaginal o anal, partes del cuerpo. Se entiende que en esta hipótesis delictiva, el agente sustituye al pene u objetos con apariencia de pene, con partes del cuerpo que puedan cumplir la misma finalidad cual es acceder sexualmente a la víctima. Partes del cuerpo comprende cualquier órgano o miembro corporal que indudablemente tenga apariencia de pene.

El supuesto se presenta cuando por ejemplo, el agente introduce por la vagina o el ano del sujeto pasivo, los dedos, la lengua, la mano completa, etc. Aquí las partes del cuerpo a que hace referencia el tipo penal, pueden ser tanto del agente como de la misma víctima, pues aquel muy bien haciendo uso de la fuerza puede coger la mano de su víctima-mujer por ejemplo e introducirlo en su vagina. (Salinas Siccha, 2005, pág. 49)

2.5.2 Violación al menor de catorce años

Las niñas, niños y adolescentes, ejercen sus derechos de manera progresiva de acuerdo a sus condiciones emocionales, físicas y mentales, por lo tanto, esto debe ser valorado al momento de analizar los tipos penales de carácter sexual en contra de menores, puesto que las maniobras

sexuales en la persona de un niño, niña o adolescente afectan su derecho a una vida digna libre de violencia; es así, que de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 y, ratificada por el Estado ecuatoriano el 23 de marzo de 1990, en sus Arts. 19 y 34, obliga al Estado a otorgarle protección “...contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, **incluido el abuso sexual**, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo...”; y, proteger “...al niño contra todas las formas de explotación y abusos sexuales...”.

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su Art. 68, preceptúa que

“...constituye abuso sexual todo contacto físico, sugerencia de naturaleza sexual, a los que se somete a un niño, niña o adolescente, aun con su aparente consentimiento, mediante seducción, chantaje, intimidación, engaños, amenazas o cualquier otro medio.”.

La Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 44 manifiesta que “*El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas*”; la (Corte Interamericana de Derechos Humanos.) (Opinión Consultiva OC-17/2002, de fecha 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), absuelve la consulta recurrida manifestando respecto al principio del interés superior del niño, que “...*implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos, deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas, en todos los órdenes relativos a la vida del niño.*”.

En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia, destacando la postura adoptada sobre esta temática por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del mismo país vecino, en la causa T-078/10, ha dicho que:

“La descalificación del testimonio de los niños parece hoy cosa del pasado, al tiempo que el proceso de visualización del fenómeno de abuso sexual infantil cobra trascendencia en todos los niveles, particularmente en el reconocimiento que la

jurisprudencia ha hecho del testimonio de los menores de edad en los casos de abusos sexuales.

Es así como la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia del 26 de enero de 2006 (radicación 23706), retomó, ratificó y complementó sus líneas jurisprudenciales en cuanto a la impropiedad de descalificar ex ante el testimonio de un menor alegando supuesta inmadurez, especialmente si se trata de niñas y niños víctimas de abuso sexual.

En esa ocasión la Corte sostuvo que a partir de investigaciones científicas es posible concluir que el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales. Además de lo anterior, en jurisprudencia que se mantiene hasta el presente, sobre el tópico ha sostenido la Corte Suprema de Justicia: 'Es igualmente equivocado calificar de falso un testimonio tan solo por provenir de un menor de edad.

Es cierto que la psicología del testimonio recomienda analizar con cuidado el relato de los niños, que pueden ser fácilmente sugestionables y quienes no disfrutan de pleno discernimiento para apreciar nítidamente y en su exacto sentido todos los aspectos del mundo que los rodea; pero, de allí no puede colegirse que todo testimonio del menor sea falso y deba desecharse.

Aquí, como en el caso anterior, corresponde al juez dentro de la sana crítica, apreciarlo con el conjunto de la prueba que aporten los autos para determinar si existen medios de convicción que lo corroboren o apoyen para apreciar con suficientes elementos de juicio su valor probatorio'.

Así, la Corte Suprema de Justicia, a través de sus últimos pronunciamientos, ha venido sosteniendo que no es acertado imponer una veda o tarifa probatoria que margine de toda credibilidad el testimonio de los menores, así como el de ninguna otra persona por su mera condición, como suele ocurrir con los testimonios rendidos por los ancianos y algunos discapacitados mentales, con fundamento en que o bien no han desarrollado (en el caso de los niños o personas con problemas mentales) o han perdido algunas facultades sico-perceptivas (como ocurre con los ancianos).

Tales limitaciones per se no se ofrecen suficientes para restarles total credibilidad cuando se advierte que han efectuado un relato objetivo de los acontecimientos. Tales planteamientos se acompañan con el denominado interés superior que ha adquirido el menor en la sociedad concepto que como ya se indicó en precedencia, transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad.

Del contenido de los pronunciamientos anteriores emitidos por altos organismos judiciales extranjeros, se pueden extraer dos conclusiones:

a) Que la tendencia actual en relación con la apreciación del testimonio del infante, víctima de vejámenes sexuales, es el de considerarlo como prueba esencial y, como tal, tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente, atendido el hecho de que el sujeto activo de la conducta, por lo general, busca condiciones propicias para evitar ser descubierto y, en esa medida, es lo más frecuente que sólo se cuente con la versión del ofendido, por lo que no se lo puede despreciar tan ligeramente; y,

b) Que a partir de investigaciones científicas se infiere que el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de actos impúdicos, de ahí que desconocer la fuerza conclusiva que merece el mismo, implica perder de vista que dada su inferior condición

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica prevén que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

En el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño se reconoce la falta de madurez física y mental del niño, y se establece, en consecuencia, la necesidad de protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal tanto antes como después del nacimiento.

En dicho instrumento se impone que las medidas que adopten los tribunales y las autoridades legislativas, entre otras, deberán considerar primordialmente el interés superior del niño, y se

compromete a los Estados para que adopten medidas legislativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico, mental o sexual.

Es evidente la importancia que la normatividad internacional reconoce al principio de primacía del interés superior del menor, respecto del cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que *“se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”*, de igual forma que la expresión interés superior implica que el desarrollo del niño y *“el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”*.

Por su parte, la Corte Constitucional de nuestro país, sobre el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, ha señalado que :

“(…) interpretada en su integridad e interconexión es un principio rector guía, en los términos que ha desarrollado la Corte, una garantía social que obliga al Estado a una actuación concreta y efectiva para garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes, y a la vez, es un principio constitucional directamente aplicable y justiciable, pero en igualdad con otros principios y derechos de acuerdo a lo que establece el Art. 11 numeral 6 de la Constitución vigente (...)”.

(Muñoz Conde, Derecho Penal, Parte Especial, 19ª Edición, 2013, pág. 218), manifiesta que:

“En el caso de menores, el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida en que se puede afectar a la evolución y desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o en su equilibrio psíquico en el futuro.”

En cuanto se refiere al trato sexual con una persona menor de catorce años, el legislador ha considerado que dicha persona está incapacitada para comprender el sentido del acceso carnal, por lo cual, no puede prestar válidamente su consentimiento, pues conforme lo señala:

(Creus, Derecho Penal. Parte Especial, 1998, pág. 172), “esta incapacidad del menor para consentir el acto sexual, es considerada por la doctrina y la jurisprudencia como una incapacidad presunta iuris et de iure, por lo cual, no es necesario reconocerla en cada caso concreto; para acreditar la tipicidad es suficiente la prueba de la edad real”.

Bajo el mismo principio de inmadurez jurídica, que anula o imposibilita al menor de catorce años a prestar su consentimiento para conjugar un acto sexual, ha hecho que varias legislaciones opten por el mismo principio, pero disminuyendo la edad de la víctima de catorce a doce años, como es el caso de la legislación argentina.

Es por esto que el dogmático (Donna E. , 2001, pág. 397), amparado en dicho principio sostiene que habrá violación si la víctima fuere menor de 12 años, puesto que:

“la criminalidad del acceso carnal reside en la falta de madurez mental de este menor para entender el significado fisiológico y social del acto sexual en el sentido cultural, situación de la que el sujeto activo se aprovecha y abusa para lograr realizar el acto sexual”.

“La ley presume iuris et de jure la falta de conocimiento por la edad y voluntad de la víctima y por ende la imposibilidad de prestar consentimiento para el acto. No es que la ley presuma la falta de capacidad de consentimiento del menor, sino que la presunción es sobre la validez del consentimiento jurídico. Es, como afirma Núñez, una presunción basada en razones de cultura y no de aptitud sexual propiamente dicha”.

Del estudio de la norma legal y los argumentos sostenidos up supra, se desprende que lo que castiga el legislador, no es la violencia, la amenaza o la intimidación, sino únicamente el acto sexual, perpetrado con un menor; por lo cual el tema a discutir, es la clase de consentimiento que puede o no puede dar el menor, ya que Donna sostiene que la ley no presume la falta de capacidad de consentir del menor, sino sobre la validez del consentimiento jurídico, puesto que la invalidez del consentimiento jurídico es una presunción iuris et de jure, por cuanto la capacidad de consentir el acto sexual, nace del ejercicio de la libertad sexual, es decir, del derecho de consentir cuando o por quien es accedida.

(Muñoz Conde, Derecho Penal, Parte Especial, 19ª Edición, 2013, pág. 217), señala que:

“El problema especial que presentan estos delitos es precisamente que no se puede hablar ya de la libertad sexual como bien jurídico específicamente protegido en ellos, dado que los sujetos pasivos sobre los que recaen son personas que carecen de esta libertad, bien de forma provisional (menores) bien de forma definitiva (incapaces). Si algo caracteriza a las personas que se encuentran en esa situación (por ej., menor de trece años, oligofrénico profundo, etc.), es carecer de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual”.

2.5.3 Violación a persona privada de razón

Según nuestro (Código Civil - Libro IV- Codificación 10, Registro Oficial- Suplemento 46 del 24 de Junio del 2005), en el Art. 1463, nos dice textualmente:

“Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas.

Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos”.

Una persona esta privada de la razón o del sentido, hay que comprender que "*privación de razón*", es como tal, toda enajenación mental con base somática, como la psicosis, oligofrenias; por lo tanto, quien por estar en ese estado, presta su consentimiento o no se resiste a conjugar el acto sexual, dicho consentimiento sea expreso o tácito, jurídicamente es inválido, por estar viciado por la ausencia del elemento cognitivo y volitivo.

(Creus, Derecho Penal. Parte Especial, 1998, pág. 172), manifiesta que:

“Por víctima privada de razón se entiende aquella que efectivamente-y no por presumirlo la ley, como en el supuesto anterior carece de la capacidad necesaria para comprender el significado del acceso carnal. Se ha indicado que la víctima debe estar en condiciones parecidas a las de los sujetos que se pueden catalogar como penalmente inimputables, es decir, encontrarse ante la imposibilidad de formular "un juicio práctico sobre el acto”

(Núñez, 1988, pág. 255), afirma que:

“La persona que se encuentra “privada de razón” es aquella que no posee la capacidad de comprender, en este caso, el significado del acto sexual. Dicha situación se diferencia del supuesto del menor de 12 años porque en éste, a los efectos de apreciar la capacidad de la víctima, deberá determinarse su edad sin examen de su capacidad real de comprensión, en tanto que la falta de razón exige que ello se averigüe”

Según (Carmona Salgado, pág. 256):

“La razón de la punición reside en el abuso de la situación de la persona privada de razón, por ello no alcanza que el sujeto pasivo esté en esas condiciones, sino además que el autor abuse de la situación. Por ende, el autor debe saber el estado de la víctima y querer realizar el acto sexual aprovechándose de tal situación”.

(Creus, Derecho Penal. Parte Especial, 1998, pág. 172), además indica que:

“La carencia de razón tiene que tener influencia sobre la prestación del consentimiento, lo cual indica que no cualquier trastorno mental puede considerarse típicamente relevante, sino el que sea capaz de influir sobre el juicio concerniente al acto, así como también que el consentimiento prestado por la víctima en un intervalo lúcido deja también el hecho al margen de la punibilidad”.

2.5.4 Violación a persona privada del sentido.

La “privación de sentido”, se entiende en cambio a un estado de inconsciencia por embriaguez, drogas, etcétera, que hacen que la persona o agente receptor del acto sexual -sujeto pasivo- esté imposibilitado de prestar su consentimiento y por lo mismo no ejerce su derecho a consentir libremente el acto sexual, lo que genera como consecuencia, que el acto sexual, por ser no consentido, se transforme en violación.

(Donna E. , 2001, pág. 399), establece que:

“Son casos que la doctrina y la jurisprudencia han conceptualizado como formas de pérdida o trastorno de la consciencia, que le impiden a la víctima comprender la significación de su acto. Se puede ejemplificar: sueño, ebriedad total, desmayo, sonambulismo, etcétera.”

El significado de esta figura no es el de que el autor haya puesto a la víctima en situación de inconsciencia, por el uso de hipnóticos o narcóticos, Basta que ese estado de la víctima sea aprovechado por el autor; es decir que el agente tiene que haberse aprovechado de la inconsciencia de la víctima, pero, como acabamos de ver, es indiferente que él mismo haya creado la condición (por sí o por medio de cómplices), o simplemente la haya encontrado creada por terceros ajenos a su plan.

(Creus, Derecho Penal. Parte Especial, 1998, pág. 172), manifiesta que:

“en el supuesto de la víctima privada de sentido, tiene presente la ley la falta de capacidad para comprender el sentido del acto; no se trata, sin embargo, de un estado de la persona como en el caso anterior: si bien la normalidad de sus facultades mentales aparece incólume, en su condición actual no puede estructurar ni expresar válidamente su voluntad. Ése es el efecto que debe producir el estado de inconsciencia que, por tanto, puede ser total o presentarse bajo la forma de una gran perturbación de conciencia, en la que el sujeto, aunque acciona, no obra.”

2.5.5 Violación a persona imposibilitada de defenderse.

Es violación, el acto sexual ejecutado con una persona que por su estado físico, no pueda consentir el acto sexual; por ejemplo, una persona que tiene acceso carnal con otra que se encuentra en estado de coma, comete directamente el delito de violación, por cuanto jurídicamente no está presente el consentimiento, entendiéndose por lo tanto que en este caso no es necesario que la víctima se encuentre privada de la posibilidad de comprender lo que el acto significa, sino que se halle en cualquier situación en que carezca en absoluto de la posibilidad de llevar a cabo movimientos de resistencia, porque su propia condición se lo impida (el caso del paralítico); pero, tal imposibilidad física para repeler el acto sexual debe ser total, toda vez que ante la mínima fuerza que practique la víctima para resistir la acción del autor, que incite al sujeto activo a la utilización de violencia para vencer tal resistencia.

Las mujeres con discapacidad son más vulnerables a ser marginadas y padecer casos de violencia. Los recursos más eficientes para combatir la discriminación y la violencia contra la mujer con discapacidad ha sido nuestro sistema judicial, caso contrario cuál sería la seguridad que brindan las autoridades judiciales en la lucha por integrar a personas con discapacidad a la sociedad, cuando están desprotegidos ante este tipo de delitos.

Según estudios recientes de la Confederación Coordinadora Estatal de Minusválidos Físicos de España, las mujeres con discapacidad padecen entre 4 y 10 veces más violencia que el resto de las mujeres y que el 80 % de las mujeres con algún tipo de discapacidad ha sufrido violencia de género, además de ser cuatro veces más vulnerables a la violencia sexual.

Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, establecen que el sector justicia en general, es el responsable de garantizar ese acceso sin discriminación, respetando la diversidad. La persona en condición de vulnerabilidad se convierte en el centro; se reconocen y pretenden materializar los derechos que en estas reglas se desarrollan. Sin temor a equívocos, es posible afirmar es importante identificar y reivindicar esos derechos, con el firme propósito de que la justicia sea un servicio accesible, que garantice su calidad y ofrezca un trato digno, sin discriminaciones que tome en consideración las características y necesidades particulares de las personas.

Si bien la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de la política pública, es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad dado que éstas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio. (htt23)

Entre los beneficiarios de estas reglas, se establece en la Sección Segunda numeral 3 las personas con discapacidad, y refiere a que se entiende por discapacidad la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

Se procurará establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación.

Las personas discapacitadas son víctimas fáciles de violaciones sexuales debido al simple hecho de que con frecuencia estas están bajo el cuidado o la autoridad de personas que de alguna manera u otra ejercitan poder físico o institucionalizado sobre ellas. Este desequilibrio de poder puede causar que los violadores escojan a personas discapacitadas como su blanco u objetivo y pueden lograr hacer más difícil que estas personas reciban los servicios requeridos y apropiados después de una violación sexual.

Aquellas personas que abusan sexualmente de personas discapacitadas, con frecuencia tienden a socializar con sus víctimas para hacerles creer que la violación sexual es normal y aceptable. Las víctimas pueden crecer sin entender la diferencia entre una conducta sexual apropiada y no apropiada.

Además los sobrevivientes pueden confundirse si la violación fue causada por una persona al cuidado de ellos o por un familiar quien también puede hacer cosas buenas y apropiadas por el sobreviviente. *“La violación sexual es un crimen, pero es mucho mayor e inhumano si es cometido contra una persona discapacitada tratando de sacar ventaja de su misma condición”*

Como en ninguna otra figura penal, en los delitos sexuales las víctimas son cuestionadas por su “participación” en el delito. Se ven expuestas a un procedimiento penal en el cual su vida es motivo de investigación y escrutinio y están expuestas a exigencias poco razonables en materia de pruebas, el rechazo del testimonio no corroborado de la víctima, la evocación de su pasado.

(Creus, Derecho Penal. Parte Especial, 1998, pág. 173), indica que:

“También en este caso la condición tiene que ser aprovechada por el agente para acceder a la víctima. Normalmente el tipo se dará en situaciones no provocadas por el mismo agente; pero nada obsta a que aproveche una situación creada por él, siempre y cuando no implique el despliegue de violencia, aunque fuere en medida mínima (p.ej., el médico que aprovecha la posición ginecológica de la paciente para accedería, en la cual la incapacidad de resistir proviene de dos factores: la posición de la víctima y la sorpresa de la acción del agente); pero, insistimos, cuando la situación la ha creado el autor desplegando cualquier clase de violencia, por medio de la cual coloca a la víctima en imposibilidad de resistir”

A estas formas violación, (Donna E. , 2001, pág. 400), las define como casos de acceso abusivo, pues el autor accede a la víctima aprovechándose de determinadas circunstancias que excluyen la posibilidad del sujeto pasivo de dar un consentimiento válido debido a una deficiencia en la comprensión del sentido del acto.

Carlos CREUS afirma que:

“La ley enuncia específicamente entre las causas que pueden impedir la resistencia, a la enfermedad, o sea el proceso patológico en curso que, sin privar de razón o de sentido a la víctima, le impide asumir la actividad necesaria para lograr su defensa. Las secuelas de una enfermedad que ya ha cesado en su evolución quedan, por supuesto, comprendidas en las otras causas mencionadas por el tipo”.

(Donna E. , 2001, págs. 400-401), *manifiesta que:*

“Al referirse la ley en este apartado a "enfermedad" como causal, debe entenderse por tal cualquier proceso patológico orgánico funcional que le impida al sujeto pasivo oponer resistencia al acto sexual de acuerdo a su voluntad (por ej.: parálisis, hemiplejía, estado febril, etc. Un impedimento psíquico que excluya la reacción física adecuada de la víctima por incomprensión del acto, cae en la hipótesis de falta de razón o de sentido)”.

(Núñez, 1988, pág. 258), establece que:

“Cuando la norma hace referencia a "cualquier otra causa" quiere decir cualquier situación que imposibilite al sujeto pasivo a oponerse físicamente, ya sea por falta de capacidad física (secuela de parálisis) o de reacción (persona atada)”

2.5.6 Violación a persona usando la violencia.

Por violencia se entiende a todo acto de apremio físico ejercido sobre las personas; es decir, si el sujeto activo utiliza la fuerza para vencer la resistencia, de quien no ha prestado su consentimiento para conjugar el acto sexual, comete el delito de violación.

Para (Carmona Salgado, pág. 248), la fuerza ha de tener un significado eminentemente físico o material, resultando idónea para vencer en cada momento y según las circunstancias concurrentes en el caso concreto la voluntad de la víctima. Tampoco la fuerza debe durar durante todo el tiempo del delito, bastando que se manifieste en su inicio, ya sea previa o coetánea.

La fuerza debe entenderse al empleo de violencia material, esto es energía física aplicada por el autor sobre la víctima o en su contra con el fin de anular o vencer su resistencia y con ello tener acceso carnal. Si bien la fuerza puede ser irresistible es suficiente con que sea eficaz para doblegar la voluntad de la víctima

Es de entender que la fuerza, es decir, la violencia física, debe, en principio, aplicarse sobre la víctima, pero también aparece cuando se la ejerce sobre cosas que impiden el acceso carnal mismo p.ej., ciertas prendas; para ser más explícito la violencia física debe llevarse a cabo para vencer la resistencia de la víctima al acceso carnal o para impedir que esa resistencia se produzca, lo cual requiere la actual resistencia de la víctima o la posibilidad de que la despliegue; queda fuera del tipo la violencia cometida durante el desarrollo del acto carnal consentido por la víctima con finalidades extrañas al logro mismo de la cópula (p.ej., actos de sadismo) . (Creus, 1998, pág. 174)

Donna refiriéndose a la fuerza, sostiene que algunos tratadistas han dicho que la resistencia opuesta por la víctima debe ser seria y constante, con lo cual se quiere significar que no se tiene que tratar de una simulación de resistencia que no responda a la intención de proteger el bien jurídico (p.ej., la mujer que opone una resistencia destinada a excitar al agente, por el cual quiere ser accedida) y que debe ser mantenida hasta las últimas posibilidades; esta postrer exigencia puede dar lugar a equívocos que debemos aclarar: si la resistencia la abandona la víctima cuando pudiendo continuarla decide no hacerlo y prestar libremente su consentimiento, el agente deja de desplegar la violencia en ese momento y accede a la víctima con su consentimiento; pero si ha llegado al acceso por medio de la violencia, la tipicidad del hecho no desaparece porque la víctima ya accedida decida -durante el acceso- admitir que se complete el acto y aun favorecerlo (p.ej., la mujer accedida con violencia que encuentra satisfacción en el acceso). (Creus, 1998, pág. 175)

El Estado debe garantizar el acceso a una tutela judicial efectiva, para remediar actos de violencia, para garantizar el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia y discriminación. El hecho que nuestro país haya ratificado la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará) así como también la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

La violencia contra la mujer es un problema público y relevante. La impunidad sistemática en las actuaciones y en el procesamiento judicial de casos de violencia genera una sensación de inseguridad, indefensión y desconfianza en la administración de justicia por parte de las víctimas y además, perpetúa la violencia contra las mujeres, como un hecho aceptado en las

sociedades americanas, en menoscabo de sus derechos. La Convención Belém do Pará establece que los problemas de violencia y la discriminación no afectan en igual medida a todas las mujeres debido a que algunas de ellas están más expuestas al menoscabo de sus derechos.

La Comisión Interamericana manifiesta una gran preocupación, ante el hecho de que la mayoría de los actos de violencia contra las mujeres quedan en la impunidad, perpetuando la aceptación social de este fenómeno y reitera la necesidad de mejorar la respuesta judicial de los Estados para cumplir plenamente con su obligación de debida diligencia.

(La Convención Interamericana para Prevenir, Castigar y Erradicar la Violencia contra la Mujer), sostiene que *“la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades.”*

Es necesario dejar absolutamente claro que el concepto violencia contra las mujeres tiene un significado jurídico propio. En efecto, la definición de delito de violencia contra las mujeres es aceptada a nivel internacional en los términos definidos en los instrumentos internacionales creados para el efecto, a saber: La Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de diciembre de 1993, y para la región la Convención Interamericana para Prevenir, Castigar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención Belem do Pará. En la medida en que estos instrumentos son vinculantes, en esta y otras regiones del mundo hay importantísimos avances en materia doctrinal y un importante acumulado en materia de administración de justicia.

Según la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, violencia contra las mujeres es:

“todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o a privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”. (La Convención Interamericana para Prevenir, Castigar y Erradicar la Violencia contra la Mujer)

Esta definición abarca, de manera amplia la violencia física, sexual y psicológica en la familia, incluidos los golpes, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital y otras prácticas tradicionales que atentan contra la mujer, la violencia ejercida por personas distintas del marido y la violencia relacionada con la explotación; la violencia física, sexual y psicológica al nivel de la comunidad en general, incluidas las violaciones, los abusos sexuales, el hostigamiento y la intimidación sexual en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros ámbitos, el tráfico de mujeres y la prostitución forzada; y la violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra.

La violencia sexual ejercida contra las mujeres por el hecho de ser tales, es una violación a los derechos humanos en la medida en que atenta contra derechos fundamentales como la integridad personal, la libertad, el derecho a decidir sobre el ejercicio de la sexualidad y la reproducción, entre otros. De esta manera, se convierte a la sexualidad y a la capacidad reproductiva de las mujeres y a sus cuerpos en un espacio sobre el que se perpetran las formas de violencia más brutales.

2.5.7 Violación a persona usando amenaza o intimidación.

La amenaza o intimidación configuran dos verbos rectores distintos que activan el tipo penal, por cuanto el término <<o>> que se utiliza para separar ambos verbos no se trata de una conjunción gramatical copulativa, sino disyuntiva; es decir, que denota exclusión, alternancia o contraposición.

En el caso que nos ocupa, la distinción entre estas dos, radica en el factor tiempo; tal es así, que la <<intimidación>> trae consigo el temor de un mal inminente o inmediato, que doblega la resistencia de la víctima para llegar al acceso carnal (p.ej., el hecho que el sujeto activo valiéndose de un arma de fuego, doblegue la voluntad de la víctima para llegar al acto sexual); mientras que la <<amenaza>> por el contrario, llega a doblegar la voluntad de la víctima, por el temor infundido en ella, quien tratando de evitar un suceso futuro, permite el acto sexual (p. ej., la mujer que permite ser accedida, para evitar la muerte de un hijo plagiado).

(Donna E. , 2001, pág. 403), establece que:

“La intimidación es todo acto de violencia moral idóneo para producir temor en el ánimo del sujeto pasivo en forma tal que éste se encuentre obligado a soportar o ejecutar la acción que el agente propone. Se trata de la violencia moral o vis compulsiva, que consiste en la amenaza de un mal futuro que el autor profiere a la víctima. El temor debe ser razonado y tener un fundamento, ya que es requisito básico de la amenaza. Representa la amenaza de sufrir un mal grave, injusto, determinado, posible, futuro y dependiente de la voluntad del autor, que podrá recaer sobre cualquier bien, persona, o interés del sujeto pasivo. El anuncio del mal debe ser de tal magnitud que intimide a la víctima y que le infunda un miedo que doblegue la resistencia”.

2.6 Sujeto Activo

Aunque ya dijimos que como autor material directo únicamente puede actuar el hombre, esa limitación no se extiende a los partícipes en los grados de coautoría participativa (p.ej., quien despliega la violencia para que otro logre el acceso) o complicidad (p.ej., quien facilita instrumentos para desplegar la violencia), ni al instigador, que pueden ser personas de uno u otro sexo.

Como lo señala (Castillo Alva, 2002, pág. 69),

“el delito de violación sexual puede ser cometido por cualquier persona, independientemente del sexo que posea. Cualquiera puede atentar contra la libertad sexual de otro empleando violencia o amenaza. La mujer si bien no puede penetrar se encuentra en condiciones de poder obligar a un varón a que la penetre o a la práctica de una forma del sexo oral a otra mujer, o a un hombre, situación que representa la posibilidad de realizar de manera directa el injusto típico de la violación sexual. No cabe duda también respecto a que la mujer puede ser considerada como coautora del delito, bien porque ejerce el condominio del hecho con otras personas al emplear violencia o la grave amenaza para que otro realice el acto sexual u otro análogo o bien porque ella práctica el acto sexual mientras otro realiza los comportamientos típicos de la violencia o grave amenaza”

Actualmente la doctrina mayoritaria sostiene que siendo el bien jurídico protegido la libertad sexual, cualquier persona que imponga el acceso carnal sexual, lesionando con ello la libertad sexual del sujeto pasivo, será autor del delito de violación sexual.

Así (Monge Fernández, 2004, págs. 275-276), manifiesta que:

“el delito de agresiones sexuales violentas es uno común, y por lo tanto sujeto activo del mismo puede serlo cualquiera que realice la acción típica. Desde luego la autoría del delito no está limitada a personas de uno u otro sexo. Por lo tanto, puede ser sujeto activo tanto el hombre como la mujer, del mismo modo que ambos pueden ser sujetos pasivos del delito”

Concluyendo, se puede afirmar que acuerdo con nuestra legislación tanto el varón como la mujer son iguales en tanto sujetos activos o protagonistas de una relación sexual.

2.7 Sujeto Pasivo

Sujeto pasivo, por el contrario -también lo dijimos- puede ser una persona de cualquier sexo que esté viva (nuestra ley no pune ni los actos de bestialidad con animales ni los de ultrajes sexuales a los cadáveres, como lo hacen otras leyes, aunque en distintos títulos).

(Castillo Alva, 2002, pág. 71), indica que:

“No hay delito de violación sexual si la supuesta víctima sobre la que se emplea la fuerza física o la grave amenaza y se practica el acto sexual u otro análogo se encuentra muerta o si el comportamiento recae sobre un cadáver”.

En este sentido también se pronuncia (Bustos Ramírez, 1991, pág. 115), quien manifiesta que: *“El hecho que la prostituta ejerza como profesión lucrativa la relación sexual, no da derecho alguno sobre ella a los demás, ni siquiera al cliente habitual”*

Se puede afirmar que el sujeto pasivo no debe tener ninguna otra condición que la de ser persona natural con vida, sin importar desde luego su edad, raza, cultura, ocupación, clase social, credo religioso, habilidad, etc., y dejar de lado el mito de que los hombres solo pueden ser violados por homosexuales.

2.8 Tipo subjetivo voluntad y conciencia.

El delito de violación es en todas sus formas doloso, ya que, sea por el abuso de situación, sea por la violencia o la intimidación, es incompatible cualquier otra clase de dolo, como el indirecto o el eventual.

Según el destacado jurista (Roxin, 1997 , pág. 308): *“Por dolo se entiende, según una usual formula abreviada, el conocimiento (saber) y voluntad (querer) de los elementos del tipo objetivo”*

El dolo trae consigo un elemento imperativo para que pueda originarse, como lo es << el designio>>, elemento dominante sobre la acción querida, toda vez que no puede hablarse de designio sin la intención de querer hacerlo, de hecho repugna la idea que una persona pueda ser sancionada por un imperativo que trae consigo el designio, si este actor no tuvo la intención de cometer la acción prohibida, es por esto que existen los delitos culposos, en los cuales el actor no tuvo el <<designio>> de causar el mal o lesionar un objeto de protección por parte del Estado, pero su imprudencia lo llevó a cometerla y por esto debe ser sancionada como no querida.

Conforme se especificó up supra <<el dolo>> debe ser querido por el agente, por lo tanto, la intención dañosa del autor comprende el conocimiento de los elementos objetivos del tipo; es decir, el sujeto activo, debe conocer que su accionar recae sobre el sujeto pasivo y lesiona un bien jurídico tutelado por el Estado y por consiguiente produce un resultado punible.

Para (Bramont-Arias Ttorres, 2005, págs. 204-205):

“Existe dolo cuando el sujeto realiza el acto con conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo, es decir, el sujeto sabe lo que hace y lo quiere hacer. La conciencia es el conocimiento de estar realizando el tipo objetivo, debe ser actual, es decir debe estar presente en el momento que se realiza el hecho; el conocimiento no tiene que ser exacto o científico, sino el propio de un profano-persona promedio-. No se exige que el sujeto conozca que ese hecho está en contra del ordenamiento jurídico. La voluntad es querer realizar los elementos objetivos del tipo”.

En síntesis podemos señalar que el Dolo (en relación al delito de violación sexual) consiste en la conciencia y voluntad de tener acceso carnal sexual contra la voluntad de la víctima.

Como lo menciona (Monge Fernández, 2004, págs. 296-297):

“durante mucho tiempo, en la doctrina científica ha sido mayoritaria la opinión de que en el tipo subjetivo de los delitos sexuales habría que requerir el ánimo lubrico o la tendencia lasciva como un elemento subjetivo del tipo adicional al dolo, opinión que se ha llevado incluso a elevar a los delitos sexuales como prototipos o modelos de los denominados de tendencia interna”.

Para (Peña Cabrera, 1995, pág. 342), también clasifica este ánimo lubrico dentro de lo que es Elemento subjetivo distinto del dolo (Elemento de *“Tendencia interna intensificada”*), así señala *“En lo que es Elementos de Tendencia Interna Intensificada, en este grupo no se pide un resultado más allá del señalado por el tipo, aquí el autor endilga a la misma acción típica en específico contenido subjetivo v.gr.,”.*

Así también el estudioso (Diez Ripolles, 1985, pág. 123), señala

“si aquel elemento subjetivo adicional, que la doctrina lo etiqueta como animus lubricus o animo lascivo, no se verifica en la realidad y por ejemplo, el agente solo actúa motivado por la finalidad de lesionar a su víctima introduciéndole ya sea por la cavidad vaginal o anal, objetos o partes del cuerpo, se descartara la comisión del delito de acceso carnal sexual violento”

2.9 Consumación y tentativa

Tal como se ha venido afirmando el delito de violación se consuma con el "*acceso carnal*", cualquiera sea el grado de penetración, de modo que no se requiere penetración completa ni el perfeccionamiento fisiológico del acto sexual.

La violación admite la tentativa ya que es un delito de resultado, por tal motivo, antes de la penetración serán admisibles actos de ejecución que, guiados por el dolo de violación, se conduzcan hacia el fin propuesto y que no se consume por razones ajenas a la voluntad del autor.

Así como ocurre en las conductas sexuales ya descritas, el delito de acceso sexual de menor de edad se perfecciona o consume con la penetración total o parcial de la víctima (menor, ya sea vía vaginal, anal o bucal). O en su caso, cuando comienza la introducción parcial o total de objetos o partes del cuerpo en la cavidad vaginal o anal de la víctima. Esto es, habrá penetración cuando el miembro viril del varón se introduce en alguna de las cavidades ya indicadas del sujeto pasivo-menor de edad o cuando alguna de aquellas cavidades venga a introducirse en el pene del varón-menor agredido.

Sin embargo, a pesar de lo precitado, el tema de la consumación del delito de violación sexual en menores de edad no es nada pacífico, y existen discusiones, como por ejemplo, el caso de que la agresión se produzca contra un infante de 1 año o meses de nacido. Sin lugar a dudas aquí la consumación es más compleja.

Como lo señala (Bramont-Arias Torres, 1996, pág. 224):

“El delito se consuma con la penetración total o parcial del pene en la vagina o en el ano del menor. No hay inconvenientes en admitir la tentativa. Es preciso indicar que, si se realiza el acto sexual, p. Ej., con un niño de tres años resulta imposible lograr la penetración, aunque sea parcial, del pene, dada la desproporción de los órganos genitales; en estos casos, el delito se consumaría con el simple contacto de los órganos

sexuales, hecho que, en la práctica, indudablemente va a generar graves problemas de prueba.”

La tentativa es una manifestación delictiva con un déficit en el tipo objetivo o, dicho en otros términos, en la tentativa se da que, junto a un tipo penal subjetivo cumplido plenamente, existe un tipo penal objetivo incompleto.

Este delito sexual de menor constituye un delito de resultado, en consecuencia es posible que el injusto penal se quede en el grado de tentativa, es decir que el agresor sexual inicia la comisión del acceso carnal sexual o análogo que ha decidido voluntariamente realizar, sin embargo por causas extrañas a su primigenia intención ó voluntariamente decide no consumar el hecho punible.

Un ejemplo del primer supuesto se da cuando un sujeto intercepta a un menor y bajo amenazas lo conduce a unos arbustos en un lugar de poca iluminación , para luego obligarle a despojarse de sus prendas íntimas con el propósito de practicarle el acto sexual, no llegándose a consumar el ilícito por la aparición oportuna de un vigilante de la zona, debiéndose colegir que la acción subjetiva del individuo estuvo dirigida a practicar el acto sexual, que no se llegó a consumar por causas evidentemente ajenas a su voluntad.

Un ejemplo del segundo supuesto se da cuando el menor ya cautivo pueda asustarse y gritar, en consecuencia el sujeto agresor por evitar ser descubierto o el escándalo, huye del lugar, o también se da en el caso de que el sujeto agresor recapacite de su accionar y deje al menor huyendo del lugar. En estos dos casos se verifica un acto de tentativa con arrepentimiento.

CAPITULO III

ERROR

El error que puede operar como razón para la exclusión de la imputación de un comportamiento como hecho penalmente, (Herrera, 1972, pág. 11), asimila el error a vocablos como “equivocación” y “desacierto” y a expresiones como “concepto equivocado” y “vicio del consentimiento”.

La dogmática penal reconocía al error de hecho que consiste en el error sobre los elementos que configuran la tipicidad de la conducta (“*error facti*”) y o (“*error iuris*”) que no tenía relevancia alguna para el derecho penal, pues era imperante el principio de presunción del conocimiento de la ley penal, que se reputaba en todo momento conocida por todos los habitantes sometidos a su imperio.

Este antiguo principio tiene su origen en el derecho romano, y se refería al “*error sobre las consecuencias jurídicas del derecho civil*”. El principio de presunción del conocimiento de la ley penal o “*error juris criminalis nocet*” gozaba de gran respaldo dentro de la doctrina dominante de la época.

El derecho penal de principios del siglo XX tuvo en Karl Binding a uno de los detractores de este principio, quien sostenía que los casos de error sobre hechos y sobre normas eran siempre jurídicamente relevantes. Posteriormente Alexander Graf Zu Dohna sugiere reemplazar las expresiones de error de hecho y error de derecho por las de error de tipo y error de prohibición.

Esta denominación fue sostenida y continuada por Hans Welzel, y a raíz del finalismo se convirtió en terminología dominante de la dogmática penal del error hasta nuestros días.

En el Derecho Penal Ecuatoriano, las concepciones doctrinarias y aplicación jurisprudencial respecto al error de tipo y de prohibición como causas eximentes de la responsabilidad penal

han pasado inadvertidas. Sin embargo, siendo parte de las fuentes del Derecho era impostergable la incorporación de tan importantes instituciones jurídicas, es así que se avizora la futura aplicación en la normativa ecuatoriana a partir de la promulgación del Código Orgánico Integral Penal.

3.1 Error e ignorancia

Los requisitos del dolo son conocimiento y voluntad, pues aparte de la ausencia de voluntad (que provocaría imprudencia), la otra forma de exclusión del dolo es la ausencia del elemento intelectual o conocimiento de los elementos del tipo. Esta falta de conocimiento puede consistir en una absoluta ignorancia o bien en un cierto conocimiento, pero erróneo, de la situación típica.

(Creus, Derecho Penal Parte General, 1992, pág. 347), manifiesta que:

“Entiéndase por error la falsa noción sobre algo y por ignorancia el desconocimiento sobre algo. Jurídicamente la ignorancia funciona como un caso de error; el desconocimiento induce a error sobre el carácter de la conducta, ya que el fundamento de éste como factor negativo del delito es el desconocimiento de que se observa una conducta antijurídicamente típica”.

Si bien la inferencia lógica en el texto acabado de citar que realiza Creus, parecería verdadera respecto a la similitud entre ignorancia y error, para demostrar lo contrario es fundamental distinguir entre uno y otro:

3.1.1 Error

Antes era inconcebible pretender que existía el “error” en el accionar de las personas, ya que se presumía que las personas sabían y conocían el derecho, de allí apareció el famoso “*principio de que la ley es conocida por todos*”, que se presume, que las personas conocen el derecho y que su ignorancia no les exime de responsabilidad penal, además se agregaba de que por simple raciocinio todas las personas saben que acción es buena y que acción no es tan buena.

Esto parecía simple y sencillo sin embargo el derecho penal fue utilizado como un instrumento político y se dieron leyes en materia penal que quebrantaban cualquier razonamiento lógico, de tal forma que el derecho civil o cualquier otra rama del “*derecho extrapenal*” podía permitir una acción mientras que el derecho penal a la misma acción le imponía una pena.

Es así que el “*principio de que la ley es conocida por todos o el desconocimiento no protege contra la pena o el error juris (criminalis) nocet*” que en un inicio cortaba de raíz al “*error*” fue cambiando y abría la posibilidad de que efectivamente las personas podían actuar bajo los efectos del “*error*”.

El error y la ignorancia en la ley penal, además de ser un problema complejo y de vigencia actual, se presentan como uno de los conflictos más añejos y difíciles no solo del Derecho Penal, sino del Derecho en general.

Los términos de error e ignorancia tienen significados diferentes, el error implica una falsa o equivocada concepción de la realidad, es decir el desconocimiento parcial de algo que constituye parte de un todo, o bien, otorgale a una determinada situación un significado que en verdad no le corresponde, sin embargo todo supuesto de error es vencible, ya que lo que se conoce en forma parcial no supone el desconocimiento, sino falta de entendimiento, así mismo aquella hipótesis en donde como consecuencia del error se da a la cosa un significado distinto del que tiene, también es vencible, en virtud de que lo que se conoce mal se pudo conocer bien.

Conjuntivamente, como si se tratara de lo mismo, se hace referencia al conocimiento falso sobre los elementos requeridos por la definición legal del delito (error de tipo) o sobre el carácter prohibido de la conducta en que éste consiste (error de prohibición), lo que da vida al error; situación que resulta totalmente aberrante y carente de toda técnica jurídica.

Desde luego, el referido concepto cubre en forma más adecuada la definición respecto del término error, ya que descarta el desconocimiento y limita su ubicación a la concepción equivocada o falsa sobre determinada situación, lo que además conlleva a producir efectos determinantes en cuanto a la manifestación de la voluntad.

(Herrera L. E., 1991, pág. 11), manifiesta que: *“El error consiste en la falsa idea que tenemos de algo, ya que no resulta ser tal cual la creemos”*.

(Fontán Balestra, 1998, pág. 349), establece que:

“Es común entre los autores clásicos el estudio del error como causa excluyente del dolo. Más exacto es hacerlo como causa de inculpabilidad, pues si bien es cierto que la consecuencia más frecuente del error es eliminar el dolo, dejando subsistir la culpa, puede también excluir totalmente la culpabilidad. La distinta naturaleza de la ignorancia y el error radica en que la primera supone la ausencia total de conocimiento, en tanto que el error implica un conocimiento equivocado”.

3.1.2 Ignorancia

En tanto que la ignorancia implica el desconocimiento total o un estado de ceguera completo, en donde, quien sufre, no cuenta con los medios necesarios para conocer, ni se le puede exigir, que al realizar determinada conducta, conociera lo desconocido, por lo que creo firmemente, que tratándose de la ignorancia siempre será invencible.

La palabra ignorancia existe en todos los idiomas y se emplea por toda clase de personas, es una palabra de uso común, utilizada por el hombre inculto como por el letrado, por lo que su significado es perfectamente comprendido por todos, por lo menos en un significado vulgar; sin embargo, cabe resaltar que en las definiciones sobre la ignorancia, se observa una drástica diferencia con la del error.

La primera idea que tenemos de la palabra ignorancia es completamente clara: El que ignora, el que no sabe, el que desconoce, por eso se le ha definido de la siguiente manera:

De acuerdo con las definiciones dadas respecto al primero, se trata de un conocimiento falso equivocado, en tanto que en el concepto de ignorancia implica un desconocimiento total del Derecho, o bien, como dice la transcripción, de ciertos hechos jurídicamente relevantes.

En conclusión, los términos de error y de ignorancia son conceptualmente diferentes; no obstante, me he podido percatar que se les da un trato indistinto, inclusive un gran sector de la doctrina los considerara cómo sinónimos; sobre lo anterior y desde cualquier ángulo que se le vea se refiere a situaciones diversas como se pudo apreciar en las definiciones que se anotaron sobre los términos error e ignorancia, respectivamente.

3.2 Error de Hecho y Derecho

Error de derecho, ocurre cuando se ignora la existencia de una disposición legal, o cuando se cree inexistente una norma en vigor.

El error de hecho, se presenta en tres formas: 1.- error esencial, que implica la ausencia absoluta de voluntad, que genera la nulidad absoluta del acto o contrato. 2.- error sustancial, apenas vicia la voluntad y produce como lógica consecuencia la anulabilidad, rescisión o nulidad relativa sustancial del contrato. Y, 3.- error accidental, que no incide en la validez o eficacia del negocio jurídico.

(Lascano, 2005, pág. 283), afirma que:

“Inicialmente se hablaba de error de hecho-como categoría opuesta al error de derecho que no eximía de responsabilidad penal- ya que no se advertía que en los tipos había-además de los elementos fácticos-componentes normativos”.

(Fontán Balestra, 1998, pág. 350), manifiesta que:

“los actos con significación jurídica se componen tanto de normas como de hechos; es el conjunto lo que constituye los hechos con esa significación. El error que versa sólo sobre los hechos, sin que de él resulte ninguna modificación jurídica, no puede tomarse en consideración”.

(Herrera L. E., 1991, pág. 43), establece que:

“La división del error en el Derecho Romano en error de hecho y de derecho. El primero era el que se refería a las condiciones materiales que se exigen para la aplicación de una regla de derecho, y el segundo el que versaba sobre el derecho objetivo”.

(Creus, Derecho Penal Parte General, 1992, pág. 347), señala que:

“Durante mucho tiempo, siguiendo fielmente la teoría general del hecho ilícito civil, con principios normalmente extraídos del derecho civil, se distinguió el error de hecho (que versa sobre los elementos fácticos del delito: la acción como conducta manifestada, incluyendo por supuesto el proceso causal), del error de derecho (que versa sobre los elementos jurídicos del delito: la prohibición penal de la conducta tipo y los elementos o aspectos normativos antijuridicidad que integran su descripción).”

(Welzel, 1956, pág. 178), manifiesta que:

“Por lo tanto, error de hecho y de derecho, por una parte, y error de tipo y de prohibición, por la otra, son dos pares de conceptos de índole completamente distinta. Hay errores de derecho que son errores de tipo: p. ej., el error sobre características normativas del tipo, como lo ajeno de la cosa; y hay errores de hecho que son errores de prohibición: el error sobre los presupuestos reales de un fundamento de justificación”.

3.3 Error de prohibición.

(Welzel, 1956, pág. 177), afirma que:

“El error de prohibición, en cambio, deja intacto el dolo del hecho y se refiere -con pleno conocimiento de las circunstancias objetivas del hecho- a otros fundamentos que están fuera del tipo, que excluyen la antijuridicidad según la opinión del autor. El autor o

no conoce la norma jurídica o la desconoce (la interpreta erróneamente), o acepta erróneamente un fundamento de justificación”.

(Mir Puig, 1982 , pág. 80), sostiene que el tema del *error de prohibición* puede someterse a revisión desde la perspectiva de la función preventiva de la norma penal en el Estado social. Tal función sólo puede desarrollarse intentando motivar al sujeto en el momento de su actuación, prohibiéndole que lleve a cabo ningún comportamiento voluntariamente dirigido a la lesión de *bienes jurídicos*, o cuya peligrosidad para éstos advierta o pueda advertir según el conocimiento que posea de la situación.

(Zaffaroni, Derecho Penal Parte General, Segunda edición, 2002, pág. 533), indica que: “...*el error de prohibición recae sobre la naturaleza antinormativa y antijurídica de la acción, por lo que se lo puede subclasificar en error de prohibición en sentido estricto (de antinormatividad)...”*

El Artículo 37 de la (Comisión de Justicia y Estructura del Estado. Código Orgánico Integral Penal, Libro I, aprobado en Segundo Debate por el Pleno de la Asamblea Nacional en Sesión del 13 de octubre del 2013.), cuyo texto fue aprobado por la Asamblea Nacional, expresa que:

“Existe error de prohibición cuando la persona, por error o ignorancia invencible, no comprende la ilicitud de la conducta. Si el error es invencible no hay responsabilidad penal. Si el error es vencible se aplica la pena mínima prevista para la infracción, reducida en un tercio”.

3.3.1 El error de prohibición vencible

(Herrera L. E., 1991, pág. 99), manifiesta que:

“En el evitable error de prohibición no existe el actual conocimiento del injusto, pero tal ausencia efectiva de conocimiento perjudica al autor, porque para esta corriente de opinión, le basta con el potencial conocimiento.”

Finalmente (Lascano, 2005, pág. 493), señala que:

“El error de prohibición vencible deja paso a una imprudencia iuris por falta de cuidado en el sujeto al no haber advertido la antijuridicidad, determinándose una atenuación de la responsabilidad criminal”

3.3.2 El error de prohibición invencible

(Herrera L. E., 1991, pág. 99), señala que:

“El inevitable error de prohibición, suprime, sin más, la culpabilidad, no obstante, desde el punto de vista de la estructura del delito, el hecho sigue siendo doloso.”

(Lascano, 2005, pág. 493), manifiesta que:

“El error de prohibición invencible impide la infracción de la norma primaria penal, y con ello, se excluye la primera condición de la culpabilidad o atribuibilidad individual, determinándose la impunidad”.

(Bacigalupo, 1999, pág. 509), indica que:

“...con error de prohibición inevitable la solución es la misma, pues le ha faltado a aquél la capacidad para obrar de otra manera, mientras el autor mediato es tal precisamente porque se ha servido de esa incapacidad del instrumento, similar en sus efectos a la incapacidad de culpabilidad”.

3.3.3 Error directo de prohibición

(Silvestroni, 2004, pág. 347), manifiesta que:

“El error de prohibición directo, que es aquel que recae sobre la propia existencia de la norma: el sujeto desconoce que su conducta está descrita en un tipo penal”.

Al respecto (García Caveró, 2012, pág. 650), señala que:

“El error de prohibición directo es aquel que se produce cuando el autor desconoce la existencia de la prohibición penal. Este desconocimiento lleva a que el autor desconozca luego el carácter antijurídico de su hecho, por lo que se presentaría una superposición con el error sobre el carácter antijurídico del hecho, el cual ha sido ubicado en el ámbito de la imputación subjetiva del injusto”

3.3.4 Error indirecto de prohibición

(García Caveró, 2012, pág. 650), manifiesta que:

“El error de prohibición tiene lugar respecto de la existencia y alcance de una regulación permisiva que levantaría la prohibición penal. En estos casos, el autor cree actuar amparado bajo una causa de justificación, lo cual no resulta cierto en los hechos. Por ejemplo, el padre que castiga corporalmente a sus hijos bajo la creencia de que su poder disciplinario le autoriza a dicho castigo, o los estudiantes que destruyen las cosas que encuentran durante la marcha como parte de su supuesto derecho a manifestarse”

3.4 Error de tipo

El error de tipo es el fenómeno que determina la ausencia del dolo cuando, habiendo una tipicidad objetiva, falta o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo. Así quien cree que está disparando sobre un oso y resulta que no se trata de un oso, sino de su compañero de cacería, quien se apodera del abrigo que está en el perchero del café y sale con él, en la creencia que se trata de su propio abrigo.

(Welzel, 1956, pág. 177), manifiesta que:

“La distinción entre el error de tipo y el error de prohibición, ha dado lugar a dificultades por su condicionamiento histórico, ya que siempre fue mezclada con los conceptos error facti y error juris. Error de tipo es el desconocimiento de una circunstancia de hecho objetiva, perteneciente al tipo de injusto, sea de índole real descriptiva o normativa. Error de tipo es, por lo tanto, no solamente el error sobre lo material, como cosa, cuerpo, causalidad, sino también sobre "lascivia" de la acción, ajeno de la cosa, embargo, documento, funcionario”.

(Zaffaroni, Derecho Penal Parte General, Segunda edición, 2002, pág. 533), señala que:

“...el error de tipo recae sobre elementos del tipo objetivo y elimina el dolo en cualquier caso, restando solo la posibilidad de considerar una eventual tipicidad culposa si se trata de un error vencible...”

(Herrera L. , 1972, pág. 92), señala que: *“Constituye error de tipo el que versa sobre las características objetivas del tipo penal, es decir, sobre su realización objetiva...”*

El Artículo 29 del (Código Orgánico Integral Penal, Libro I- Comisión de Justicia y Estructura del Estado- aprobado en Segundo Debate por el Pleno de la Asamblea Nacional en Sesión del 13 de Octubre del 2013), cuyo texto fue aprobado por la Asamblea Nacional, define así al Error de tipo:

“No existe infracción penal cuando, por error o ignorancia invencibles debidamente comprobados, se desconocen uno o varios de los elementos objetivos del tipo penal. Si el error fuere vencible, la infracción persiste y responde por la modalidad culposa del tipo penal si aquella existe. El error invencible que recae sobre una circunstancia agravante o sobre un hecho que califique la infracción, impide la apreciación de esta por parte de las juezas y jueces”.

3.4.1 Exclusión del dolo

El error sobre cualquier elemento del tipo, es decir, el desconocimiento de la concurrencia de un elemento fundamentador de la prohibición legal de esa conducta, excluye en todo caso el dolo, ya que éste requiere conocimiento de todos los elementos del tipo global de injusto, o sea, de todos los elementos, positivos y negativos, que fundamentan la específica prohibición y desvaloración jurídica de esa conducta, incluyendo el conocimiento de la ausencia de los presupuestos de las causas de justificación.

(Bacigalupo, 1999, pág. 325), expone que:

“El dolo se excluye cuando el autor ha obrado con un error sobre los elementos del tipo objetivo, es decir, sobre la concurrencia de circunstancias y elementos que permiten conocer la existencia de un peligro concreto de realización del tipo. Si el autor ignora que detrás de una mata, sobre la que dispara con el propósito de probar el funcionamiento del revólver, hay un vagabundo durmiendo y lo mata, no habrá obrado con el dolo del homicidio, y eventualmente sólo podrá ser responsabilizado por un homicidio imprudente”.

(Silvestroni, 2004, pág. 224), indica que:

“El dolo se ve desplazado por el error de tipo, que es la falta de conocimiento sobre la realización de un elemento del tipo objetivo. Se presenta cuando el sujeto realiza objetivamente los elementos objetivos del tipo pero sin saber que ello está ocurriendo”.

3.4.2 Error objetivamente vencible:

Si el error podía haber sido evitado prestando la debida atención o diligencia en la comprobación, ello significa que ha habido imprudencia, y para determinar esto hay que atender a las posibilidades del hombre medio ideal según la correspondiente posición jurídica, colocado en la situación del autor y con los conocimientos de éste.

(Zaffaroni, Derecho Penal Parte General, Segunda edición, 2002, pág. 533), establece que:

“El error de tipo será vencible cuando el sujeto, si aplicaba el cuidado debido, podía salir del error en que se hallaba y, por ende, no realizar el tipo objetivo. En tal supuesto, si existe tipo culposo y se dan los demás requisitos de esa tipicidad, la conducta será típica por imprudencia, pero nunca por dolo. Cuando el agente, aplicando el cuidado debido, tampoco hubiese podido salir del error en que se hallaba, la acción no sólo será atípica del tipo doloso sino también de su eventual tipicidad culposa”.

(Lascano, 2005, pág. 288), señala que: *“El error se considera invencible o no imputable cuando no hubiera podido evitarlo una persona cuidadosa y diligente, en las mismas circunstancias que rodearon la conducta del autor”*

3.4.3 Error objetivamente invencible:

Si el error es invencible *“excluye la responsabilidad criminal”*, ya que es objetivamente inevitable aun para el hombre medio ideal colocado en la situación del autor, con los conocimientos de éste y empleando toda la diligencia objetivamente debida.

(Roxin, La Teoría del Delito en la Discusión Actual, Primera Edición, Traducción de Manuel Avanto Vásquez, 2007, págs. 195,197), señala que:

“Se presenta un error de tipo cuando el autor se equivoca sobre una circunstancia que sea necesaria para complementar el tipo legal. Así, el tipo de homicidio exige que mate dolosamente a una persona. Cuando el autor, en el campo, mata a balazos a una persona que no reconoce como persona, sino que ha tenido por un espantapájaros, entonces se encuentra en un error de tipo. O, para dar un segundo ejemplo: el tipo de hurto presupone la sustracción de una ajena. Una cosa es ajena cuando se encuentra en propiedad (o copropiedad) de otro. Cuando el autor, al sustraer una cosa ajena, cree que ella le pertenece (o sea que sería de su propiedad), cae nuevamente en un error de tipo).- Por el contrario se da un error de prohibición cuando el autor, al conocer todas las circunstancias que completan en su totalidad cuando el autor, al

conocer todas las circunstancias que competan en su totalidad el tipo legal, no extrae sin embargo de ellas la conclusión referida a una prohibición legal sino cree que su conducta está permitida. P. ej. Alguien sabe que comete un aborto pero cree que esto no estaría prohibido. O: en Alemania son punibles los juegos de azar sin una autorización de la autoridad; luego, actúa bajo un error de prohibición quien organiza tal juego de azar sin tener autorización creyendo que ella no sería necesaria.”

(Silvestroni, 2004, pág. 225), en este sentido manifiesta que: “El error de tipo invencible elimina el dolo y la culpa, mientras que el error vencible deja subsistente la responsabilidad culposa, para el caso de que esté prevista esa forma típica”.

(Righl, 2003, pág. 134), señala que:

“..en el ámbito de la teoría del error, pues al colocarse sistemáticamente en el mismo nivel del tipo como elementos negativos, corresponde tratar el error sobre los presupuestos de la justificación como errores de tipo. Es por lo anterior que este modelo llega a resultados similares a la teoría del dolo, pues si bien:

i) refiere el dolo al conocimiento del tipo;

ii) como considera que la tipicidad no depende sólo de la adecuación del comportamiento al tipo (elemento positivo) sino también de la ausencia de Justificación (elemento negativo);

iii) no sólo la descripción sino también la ausencia de justificación necesitan ser captadas por el dolo;

iv) por lo que rigen las mismas reglas tanto al error sobre la concurrencia de un elemento positivo (la adecuación) como negativo (la ausencia de justificación), y

v) con lo que aplica las reglas del error de tipo al que recae sobre los presupuestos de las causas de justificación”. En el mismo sentido manifiesta que:

“Así quedó establecida la distinción entre i) el error de tipo, como el que recae sobre una circunstancia objetiva del hecho del tipo legal, que excluye el dolo de la realización típica (dolo de tipo), pudiendo el autor ser castigado por hecho culposo, cuando está sancionado con pena, y ii) el error de prohibición, que recae sobre la antijuricidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo, es decir con pleno dolo de tipo. En este último, el autor sabe lo que hace, pero supone erróneamente

que estaría permitido, porque no conoce la norma jurídica, no la conoce bien (la interpreta mal) o supone erróneamente que concurre una causa de justificación” (Righl, 2003, pág. 152).

3.4.4 Clases especiales de error de tipo

3.4.4.1 Error sobre elementos normativos del tipo

La principal trascendencia de la distinción entre elementos descriptivos y elementos normativos del tipo se produce precisamente en materia de error; pues para el conocimiento de los elementos descriptivos basta normalmente con la percepción sensorial o el entendimiento lógico de las circunstancias, mientras que para el conocimiento de la concurrencia de elementos normativos es precisa además la comprensión de su sentido o significado conforme a normas que lo definen.

(Lascano, 2005, pág. 285), manifiesta que:

“Un error de tipo sobre un elemento normativo se da cuando en el delito de evasión fiscal el sujeto desconoce que está alcanzado por el deber de tributar por la donación de un departamento que recibe de su padre; o cuando en el hurto del autor cree que la cosa de la cual se apodera es suya de acuerdo a la ley civil”

3.4.4.2 Error sobre elementos accidentales del tipo

Cuando el error recae sobre elementos accidentales del tipo, hay que distinguir según se trate de elementos que dan lugar a un subtipo cualificado o a un subtipo privilegiado:

a) Cuando recae sobre algún elemento que sólo determina una cualificación agravatoria, es decir, que tal error, sea vencible o invencible, excluye la apreciación del subtipo agravado, respondiendo el sujeto sólo por el tipo básico, que sí se realiza dolosamente.

b) Cuando el error verse sobre un elemento accidental que da lugar a un subtipo privilegiado, pero la solución sería prácticamente la misma.

3.4.4.3 Error sobre el curso causal, “*dolus generalis*”, error “*in objecto*” o error “*in persona*” y “*aberratio ictus*”

a) Error sobre el curso causal (o sobre la causalidad)

(Plascencia Villanueva, 1998, pág. 110), señala que:

“Se refiere a ciertas desviaciones inesenciales o que no afectan la producción del resultado querido por el autor (verificar si hay coma o punto) son irrelevantes. (X dispara contra Y con ánimo de privarle de la vida, pero sólo logra herirlo con levedad, Y muere a los pocos días como consecuencia de una hemorragia provocada por la falta de coagulación de la sangre en la herida.) En el sentido contrario si el resultado se produce de un modo desconectado de la acción del autor, sólo podrá imputarse el hecho como tentativa (en el ejemplo anterior, X muere a consecuencia de un terremoto que derrumba el hospital donde se encuentra internado).”

Generalmente una desviación inesencial sobre el curso causal es irrelevante y no excluye el dolo, pero cuando ésta puede desviar la imputación objetiva se suele analizar cada caso.

b) “*Dolus generalis*”

Esto se conoce como “*dolus generalis*”, a través del cual el autor llega a la situación de creer erróneamente que ha ocasionado la muerte a su víctima, y sin embargo cuando lo mata es en un momento posterior al simular que la víctima se ha suicidado por ahorcamiento. Estos casos se tratan como un único delito de homicidio doloso.

(Fontán Balestra, 1998, pág. 357), manifiesta que:

“cuando son distintos (¿los medios?: aclare) de los propuestos, pero idénticos para causar el mismo resultado. Así, por ejemplo, alguien creyendo muerta a su víctima sólo desvanecida a consecuencia de los golpes sufridos, la arroja al mar, produciéndole la muerte por asfixia. En ambos casos el medio empleado es idóneo para causar la muerte”.

(Silvestroni, 2004, pág. 227), indica que:

“El dolus generalis se presenta cuando el sujeto cree que ya ha producido el resultado pero éste se realiza recién con una acción posterior del propio autor. Ejemplo, A propina un fuerte golpe a B con dolo homicida y lo abate, creyéndolo muerto; instantes después y con el fin de arrojar dudas sobre la causa de la muerte decide inyectar veneno a lo que cree que es un cadáver; causando la muerte con esa conducta. El problema que presenta este caso es que al momento del dolo no se causa el resultado, pero cuando se causa el resultado no existe dolo”.

c) Error sobre el objeto o la persona

Se trata de un error acerca de la identidad del objeto sobre el que recae la acción típica (error in objeto), que en ocasiones puede consistir precisamente en una persona, equivocándose el autor sobre su identidad (error in persona), que por tanto no es sino un caso particular del error in objeto.

(Plascencia Villanueva, 1998, pág. 110), establece que:

“Se refiere a la equivocación en torno al objeto hacia el cual dirige el comportamiento el sujeto activo, es decir, la actividad del sujeto se dirige a un objeto determinado pero previamente éste puede ser confundido por otro, en principio resulta irrelevante la equivocación, es decir da lo mismo que prive de la vida a X en lugar de Y, salvo que se trate de un supuesto en el cual el sujeto tenga cierta relación con X y eso dé lugar a la concreción de un tipo distinto como podría ser el homicidio con relación al parentesco

(parricidio, fraticidio, conyugicidio, infanticidio), caso (verificar la cita) el cual podríamos hablar de una tentativa de homicidio en contra de Y un homicidio con relación al parentesco culposo en contra de Y.”

(Fontán Balestra, 1998, pág. 357), afirma que:

“aquí el error versa sobre el objeto mismo. En la hipótesis que nos ocupa, por ejemplo, el autor hace fuego sobre una persona distinta, suponiendo que es aquélla a la que se quiere herir. El actor dispara sobre Pedro confundiéndolo con Juan”.

(Silvestroni, 2004, pág. 227), establece que:

“El error en la persona o en el objeto, ocurre cuando el autor dirige su acción respecto de un objeto porque lo confunde con otro. Por ejemplo, dispara contra A, gemelo de B, porque lo confunde justamente con éste. En ese caso hay dolo porque la acción alcanza el objeto al que se dirigía y porque los motivos por los que el autor puso en marcha el curso causal son indiferentes al derecho. Éste es un supuesto de error irrelevante que no tiene consecuencia jurídica alguna”.

d) Aberratio ictus

Literalmente significa “*desviación del golpe*” y se produce cuando se desvía o modifica el curso causal previsto por el autor y tampoco alcanza al objeto ni al concreto bien jurídico representado y querido por aquél, sino a otro objeto o bien jurídico distinto y más o menos cercano al primero.

(Plascencia Villanueva, 1998, pág. 109), indica que el Aberratio ictus:

“Se integra cuando el sujeto dirige su actividad a un objeto determinado pero por desviación su actividad recae en otro distinto, más que un error se trata en este caso de una desviación externa de la actividad del sujeto. El ejemplo clásico refiere al autor que pretende privar de la vida a Y, pero en virtud de su mala puntería alcanza a X. En

este caso encontramos una tentativa de delito de homicidio doloso en concurso con un homicidio consumado por imprudencia”.

(Zaffaroni, Derecho Penal Parte General, Segunda edición, 2002, pág. 539), manifiesta que:

“...la solución para la llamada aberratio ictus dependerá de que lo realmente sucedido sea o no indiferente para el plan concreto: el que quiere matar a alguien de un grupo concreta el dolo en su plan hasta ese límite y, si efectivamente logra matar a alguien del grupo, habrá obtenido el resultado propuesto...”.

Al igual que en el error in objeto o in persona, este error es irrelevante, pues se quería lesionar un objeto y se ha lesionado otro objeto idéntico con el mismo bien jurídico y por tanto hay un único delito doloso consumado, a no ser, claro está, y al igual que en los otros errores, que el objeto alcanzado sea de distinta naturaleza y provoque un cambio de calificación típica.

(Silvestroni, 2004, pág. 226), señala que:

“La aberratio ictus, o error en el golpe, existe cuando un sujeto dirige su acción respecto de un objeto pero yerra y alcanza a otro objeto de similar valor jurídico; por ejemplo, dispara contra A pero mata a B. Es casi pacífica la opinión de que, en este caso, el evento efectivamente ocurrido (muerte de B) no está abarcado por el dolo porque existe una desviación esencial del curso causal. En ese caso existirá una tentativa de homicidio respecto de A y, eventualmente, un homicidio culposo respecto de la muerte de B”.

En el caso normal de aberratio ictus no hay dolo de lesionar el concreto bien jurídico, que resulta alcanzado, sino solo la falta de cuidado debido porque, dada su situación, la conducta era ex ante indebidamente peligrosa para el mismo, pero el sujeto no se da cuenta de ello- imprudencia inconsciente- o lo percibe pero pese a todo confía en no alcanzarlo.

(Lascano, 2005, pág. 286), establece que:

“ En la aberratio ictus (error en el golpe)” el curso causal previsto por el autor se produce según una mecánica no esperada, en virtud de la cual el resultado querido se produce, pero sobre una persona distinta de la tenida en mira por el autor. Ejemplo: Santiago quiere matar a Luis, disparándole con un revólver; pero el proyectil se desvía en su dirección, roza un poste de alumbrado público e impacta contra un peatón, causándole la muerte”.

En tal virtud (Fontán Balestra, 1998, pág. 357), señala que:

“no siendo el resultado producido el mismo que se perseguía es, sin embargo, idéntico en su significación jurídica. Es el supuesto de quien, queriendo matar a Juan que es su enemigo, por su mala puntería mata a Pedro, que no lo es. En ambos casos se habrá cometido un homicidio simple: para la ley, idéntica significación tiene matar a Pedro que matar a Juan”.

3.4.4.4 Error directo y error inverso (de tipo o de previsión)

El error directo es el desconocimiento de un elemento del tipo o de la prohibición. Del mismo hay que distinguir claramente el *“error inverso”* o *“error al revés”*, que es exactamente lo opuesto al error (directo), es decir, la creencia errónea de que concurre un elemento típico que realmente no se da en el momento de la actuación -error inverso de tipo-, o de que la conducta está prohibida cuando no lo está -error inverso de prohibición-.

El error de tipo inverso, como implica actuación dolosa pero con imposibilidad de entrada de que se produzca el tipo objetivo, es decir, que aunque hay desvalor de la acción pero de entrada está excluido el desvalor del resultado, constituye una tentativa imposible punible. (Por ejemplo A cree matar a B, pero realmente dispara contra un cadáver, o M cree abortar ingiriendo un producto abortivo, pero no está embarazada o el feto estaba ya muerto, o si un conductor cree abandonar en grave peligro al peatón que ha atropellado, pero éste realmente había muerto ya en el accidente... etc.)

(Cavallero, 1983, pág. 130), manifiesta que:

“Los casos de ausencia de tipo que ya hemos examinado conforman, al igual que los de tentativa inidónea, un error de tipo invertido. En efecto, en el error de tipo hay tipicidad objetiva sin dolo (el autor cree que proporciona una sustancia inocua y da veneno causando la muerte); en cambio, en el error de tipo invertido que proviene de la ausencia de tipo el autor cree que está presente una circunstancia del tipo objetivo que en realidad no existe (inyecta veneno a un muerto creyéndolo con vida); y finalmente, el error de tipo invertido propio de la tentativa inidónea recae sobre la idoneidad de los medios o el comportamiento (el autor quiere matar con azúcar que ha tomado con error vencible por veneno)”.

En cambio en el error de prohibición inverso no hay verdadero dolo pues el contenido de lo representado no es algo desvalorado jurídicamente; por ello no hay tentativa, ni siquiera inidónea, sino sólo una falsa creencia de que está prohibida una conducta que el derecho no prohíbe, es decir un “*delito putativo o imaginario*”, que es impune (por ejemplo, una persona adulta mantiene relaciones homosexuales creyendo que está prohibido por el Ordenamiento Jurídico pero como no es así, no comete ningún delito).

CAPITULO IV

ERROR DE TIPO INVENCIBLE EN EL DELITO DE VIOLACION SEXUAL A UNA MENOR DE EDAD.

Conforme se analizó en capítulos anteriores, la ausencia de conocimiento de los elementos objetivos del tipo configura el denominado error de tipo, el mismo que puede presentarse o admitirse en la mayoría de los tipos delictivos contenidos en las diversas normas penales, incluyendo a la violación sexual cuando es perpetrada contra una menor de 14 años.

La exclusión del dolo que tiene lugar por la deficiencia cognoscitiva del autor abarca tanto los elementos fácticos o descriptivos como los normativos del tipo objetivo, de tal manera que el error de tipo puede tener una raíz de derecho en atención a que la bipartición entre error de hecho y error de derecho ya ha sido abandonada y tales categorías no coinciden siempre con las de error de tipo y error de prohibición.

Es menester recordar que el delito de violación sexual efectuado en contra de la menor de 14 años, tiene como elementos de la tipicidad objetiva los siguientes:

1. La acción en el delito de violación, se consuma con el acceso, esto es con la penetración del miembro viril en el orificio vaginal o anal.
2. El sujeto activo o el autor del hecho delictivo.
3. El sujeto pasivo u ofendido, es la persona titular del bien jurídico protegido agraviada por la acción ilícita, en el caso que nos ocupa es una menor de 14 años.
4. El bien jurídico protegido por tal conducta es la libertad sexual, en los casos de una menor de 14 años y de la persona privada de sentido, ya que no existe tal libertad, de allí que se pretende proteger a estas personas por la misma situación de incapacidad, por consiguiente, se habla de la intangibilidad sexual o de indemnidad sexual.

(Albán Gómez, 2011, pág. 371), señala que:

“La exigencia del dolo, como el elemento subjetivo indispensable de la violación, lleva a considerar los posibles casos de error que se podrían producir y podrían afectar la existencia de dolo. En efecto podría darse errores de prohibición (que en la práctica ecuatoriana se considera errores de derecho y errores de de tipo (errores de hecho esenciales).

El primer caso se daría si el sujeto activo desconoce que el delito existe cuando el sujeto pasivo tiene menos de catorce años de edad. El segundo caso se produciría cuando el sujeto cree erróneamente que el sujeto pasivo tiene más de catorce años o ignora que sufre una perturbación mental y, por lo tanto, considera que su consentimiento tiene plena validez. En este caso el sujeto activo no habría actuado con el dolo propio de la violación: realizar el acceso carnal sin contar el consentimiento válido de la otra persona.”

Prueba de lo manifestado lo encontramos en el juicio penal No. 17243-2012-0188, que se sustanció en el Tercer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha en el cual se ratificó el estado de inocencia del acusado J.A.M.A, empleando dicha figura jurídica.

La defensa del acusado argumentó que la menor le había dicho a su defendido que ella era una persona mayor de edad por lo cual ella comparecía a lugares públicos como discotecas, bares, que en ningún momento le manifestó que era una persona menor de edad, mediante un carnet que certificaba que tenía la mayoría de edad, que de la prueba solicitada por fiscalía y de las pericias se estableció el pleno consentimiento ha sido al haber mantenido relaciones sexuales, y que previamente ya había mantenido relaciones sexuales con otras personas a quienes también les había manifestado que era mayor de edad, así como en las diferentes redes sociales del Facebook, en las cuales aseveraba que la menor era casada con el señor J. M., que iba a demostrar en la audiencia de juicio sobre el error de prohibición, que se recurre al reproche porque el injusto permanece.

Pero es imposible aplicar una pena, que nunca ha negado las relaciones por un error y no por un desconocimiento, que cuando se dicte sentencia se tome en consideración todas y cada una de las circunstancias, la prueba actuada en audiencia es sobre el error en el cual estaba inmerso el

señor J. A. M. A, error del que hablan los tratadistas de la jurisprudencia quienes de forma concordante, univoca, dicen que es el error de prohibición, que una persona no puede ser penada.

Es evidente el desconocimiento por parte del abogado al tratar de argumentar la existencia del error no puede diferenciar entre el error de tipo y el error de prohibición. (Martínez Escamilla & Otros, 2012, pág. 138), establece que:

“El error de tipo es aquel que recae sobre los elementos que integran el tipo objetivo, es decir, sobre alguno de los elementos necesarios para que un comportamiento sea penalmente relevante, para que pueda subsumirse en alguna infracción penal. Hay error de tipo cuando el sujeto ignora que en su conducta concurren todos o alguno de los elementos que definen un tipo penal. El error de prohibición es aquel que recae sobre la antijuridicidad de la conducta. El sujeto conoce la realidad, sabe lo que hace, pero desconoce que está prohibido, es decir, piensa que su comportamiento está permitido cuando en realidad está prohibido”.

Por otra parte la Fiscalía sostenía que el consentimiento dado por la víctima a otra persona es irrelevante, que este consentimiento no vale, prescindiéndose del derecho por parte de quien se ha considerado por nuestro ordenamiento jurídico, es decir la persona que ya tiene 18 años de edad, manifestó que iba aprobar las premias fácticas de como sucedió los hechos y ha probado que la edad de la menor en julio del 2012, era de 13 años un mes, ella cumplió los 13 años en junio de 2012, ella se inserta en el contenido de la circunstancia del delito del numeral 1 del Art. 502, que la edad del acusado al momento de los hechos era de 18 años.

El Art. 512 dice que es violación la introducción parcial de un objeto vía anal, vaginal de un miembro distinto, que el examen médico legal acreditado por el médico legista Dr. Edgar Ramos, determina que la menor de 13 años al momento de examen médico tenía lesiones en el cuerpo, tenía lesiones genitales, que las lesiones del cuerpo, del cuello y de las piernas eran producto del castigo que le dio su madre el día viernes antes de irse de la casa pero en el área genital quedó probado a través del Médico Legista que tenía lesiones antiguas a nivel de himen porque la menor y el acusado habían manifestado que habían tenido relaciones un mes antes, y estas son adquiridas por un periodo de 8 días antes, que a nivel del ano tenemos lesiones recientes producidas en las 48 horas.

Que cuando le preguntó si esas lesiones pudieron ser producidas de viernes a domingo dijo que sí, la menor dijo que tuvo relaciones sexuales vía anal y vaginal, que las relaciones sexuales vía vaginal fueron el día sábado y vía anal también, en consecuencia existió la introducción del miembro viril en la menor y que la defensa se basó en normas y en doctrinas que no constituyen sino base para el aprendizaje y diferenciación del derecho penal, que hay una contradicción evidente porque dice que no conocía de la ilicitud, qué dijo que no quería tener problemas con la chica, porque la mamá es Policía, al respecto la Fiscal no toma en cuenta que la doctrina y jurisprudencia son fuentes del derecho, y que el derecho es parte de la administración de justicia conforme lo prescribe el Art. 28 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Así expuestos los argumentos de las s procesales el Tribunal para resolver el caso realizó las siguientes consideraciones:

- a) *Principio de dolo o culpa*", la diferencia entre error e ignorancia, es que en la primera al conocimiento deformado de la realidad o de su significación social o jurídica y el segundo es la ausencia total de conocimiento perceptivo o valorativo sobre algo.

Aunque se presentan como dos ideas diferentes, que tiene los mismos efectos jurídicos, será indiferenciable que el sujeto menoscabe un bien jurídico por que pareció un error invencible o porque simplemente ignoraba que era un bien jurídico valioso para los demás y protegido por un sistema coercitivo penal.

- b) En el error sobre el tipo, el sujeto no percibe de forma correcta la realidad de su conducta, ya que conoce algunos de sus elementos pero no todos.- (Cerezo Mir, 2013, pág. 441), manifiesta que:

“El error sobre un elemento del tipo excluye el dolo. Si el sujeto ignora lo que cree erróneamente que no concurre en su conducta un elemento del tipo, queda excluido el dolo. En principio podrá darse una responsabilidad por imprudencia si el error era vencible y existe una figura delictiva en la castigue la correspondiente conducta imprudente...”

c) En este sentido, de lo analizado se desprende que en el presente caso estamos frente a un error de tipo:

1. La menor tenía una vida sexual activa previa a la relación sexual con el acusado J. M.; en ese sentido (Garrido Montt, 2010, pág. 289), indica que:

“La menor edad de la víctima como elemento del delito de violación se funda en la ausencia de capacidad para autodeterminarse en materia sexual. Se puede afirmar que la causal importa la consagración de una presunción "iuris et de iure", que determina la irrelevancia absoluta del consentimiento que pudiere concurrir a la realización de la conducta. Así, quien no haya cumplido 14 años no podrá manifestar su sexualidad en forma legítima, aun cuando efectivamente cuente con la madurez mental y la capacidad real de comprender su sentido y alcance.”

2. La menor muestra ser una persona fantasiosa, con relaciones sexuales continuas, que tenía una falta de control de sus impulsos por su edad y su inmadurez, tal como concluye la Dra. Paola Obando quien realizó la evaluación psicológica de la menor; (Garrido Montt, 2010, págs. 264-265), señala que:

“La libertad de autodeterminación en materia sexual se eleva como interés de protección central que justifica la existencia de estos delitos, autodeterminación que incide en la facultad humana de consentir o rechazar la realización de actos de significancia sexual” y además establece que: “El ejercicio de la libertad sexual presupone la protección de las condiciones objetivas que hacen factible su utilización y, por ende, el ámbito de su protección debe extenderse a aquellas condiciones que constituyen el proceso de gestación, consolidación y definición de esa sexualidad. Junto a la autodeterminación sexual se protege, en forma complementaria, la denominada indemnidad o intangibilidad sexual, entendida en su doble dimensión: como facultad humana inviolable, y como referente del derecho de cada persona al normal desarrollo y configuración de su sexualidad”; (Garrido Montt, 2010, pág. 267)

3. La menor tiende a mentir mucho, como concluye la Lcda. Nancy Lojano quien realiza pericia del entorno social, acotando que la menor ha sido agredida por varias ocasiones por la madre, que la misma se presenta como desamparada y sola por la labor de la madre;

4. Que el acusado creía que la menor tenía 16 a cumplir 17 años, que le ofreció ir a dejarle donde el papá, lo que ella no quiso e inclusive se enojó con él; y,
5. Que efectivamente el acusado J. M. es detenido cuando la acompañaba llevándole a su casa, siendo de lógica jurídica que sí conocía previamente de las consecuencias de su conducta, de lo ilícito de su accionar no hubiese pretendido retornarla a su casa, exponiéndose a su detención como efectivamente ocurrió, tanto así que el acusado se muestra temeroso por la condición de policía de la madre, más no por la edad de la menor, que creía que tener relaciones con ella no era malo; que ella entraba a discotecas y bares, y como afirma la menor por varias ocasiones el acusado intentó y le dijo que regrese a la casa, pero que ella no quería porque tenía miedo que le peguen, que él la cuidaba, que se enojó cuando tuvo relaciones con su primo, porque la quería, razones éstas, que a la luz de la sana crítica hace presumir efectivamente el desconocimiento de la edad de la menor ofendida.

En la especie, efectivamente el acusado señor J. A. M. A., ha mantenido relaciones sexuales con la menor en forma voluntaria, que han sido enamorados, pero se demostró con los testimonios contradictorios por parte de la madre, del tío y de la menor; así como, de la correspondencia existente entre los testimonios técnicos periciales, que el acusado no estuvo consiente que la menor tenía menos de catorce años.

Por lo que, el Tribunal, consciente de la existencia de este error de tipo invencible, tiene la obligación legal de confirmar la inocencia del acusado, ya que el tipo penal por el que es traída a juicio no admite la culpa, sino solamente el dolo, y éste se encuentra desvirtuado.

En lo relacionado al error sobre la edad del sujeto pasivo es importante señalar algunos conceptos para luego derivar cómo funciona aquel elemento es así que queda claro que cuando el autor desconoce, ignorancia o conoce en forma equivocada, de alguno de los elementos del tipo, ya sean elementos descriptivos o normativos, se está ante lo denominado como error de tipo que funciona como excluyente del dolo insertado en el tipo subjetivo.

(Muñoz Conde, Derecho Penal, Parte General, 8va edición actualizada, 2012, pág. 276), manifiesta que:

“El error invencible, es decir, aquél que el autor no hubiera podido superar ni aun empleando una gran diligencia, excluye la responsabilidad tanto a título de dolo como de imprudencia, por lo que ni siquiera puede hablarse de tipicidad penal”.

(Reyes Echandía, 1999, pág. 189), manifiesta que:

“...el error invencible sobre el tipo, no es penalmente responsable por falta de culpabilidad en sus formas dolosa o culposa; la inculpabilidad de su comportamiento por ausencia del dolo surge de la consideración de que el error sobre uno cualquiera de los elementos del hecho punible (y sobre el tipo mismo) impide al actor el adecuado y recto conocimiento de la tipicidad de la propia conducta, o lo que es igual, del aspecto cognoscitivo de aquella forma de culpabilidad; y la inculpabilidad por falta de culpa emerge de que actuó con el deber de cuidado que exige conforme a sus condiciones personales y a las circunstancias en que su comportamiento desarrollo; en uno y otro caso, su conducta no es jurídicamente reprochable.”

Conforme a la prueba presentada y analizada, y de conformidad con lo que dispone los Art. 32 del Código Penal, la presunción de inocencia, garantizada para el procesado en el Art. 76.2 de la Constitución de la República, no ha sido desvirtuada por la Fiscalía General del Estado.

El criterio de los magistrados que emitieron la sentencia producto de mi análisis fue confirmada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha quien ha decidido desechar el recurso interpuesto por Fiscalía, según el acta de Audiencia de fecha 18 de noviembre del 2013.

Si bien la figura del error de tipo es un precepto doctrinario que empieza a ser aplicado por los administradores de justicia en nuestro país, existe divergencias de criterio en cuanto a su concepción o forma de apreciar su existencia en un juicio penal, muestra de lo manifestado es la sentencia que a continuación se analizará, en donde a pesar de existir circunstancias similares al de anterior caso el fallo es opuesto:

En el juicio penal No. 17243-2012-0157, el 21 de marzo del 2013, el Tercer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha dictó sentencia condenatoria en contra de K. E. R. C. por considerarle autor del delito de violación, previsto en el Art. 512, numeral 1 del Código Penal y sancionado según el Art. 513 ibídem, en concordancia con el art. 42 del mismo cuerpo de leyes y se le impuso la pena de **DIECISESIS AÑOS DE RECLUSION MAYOR EXTRAORDINARIA.-**

La Dra. Gabriela Álvarez en su calidad de defensora pública en representación de su defendido el acusado K. E. R. C expresó que la teoría con la cual la defensa el día de hoy se manejó fue que el señor Klever Reyes desconocía la edad verdadera de la menor Emily, en razón de que ella le mencionó que tenía 16 años.

La teoría con la que se manejó la Fiscalía contradictoria con la de la acusación particular en el punto de que Fiscalía dijo que logra escapar fortuitamente del supuesto raptor; la acusación particular dice que por un operativo policial lograron rescatar a la menor; una de las tantas contradicciones que se pudieron comprobar en esta audiencia; en el momento de receptar el testimonio de la acusadora particular, madre de la ofendida empieza a hacer un relato y exclusivamente menciona que tenía un cómplice mi defendido.

En ningún momento dio pistas, nombres de quien era; cuando de parte de Fiscalía se le pregunta a la madre de la menor en relación a Heidi, la tía de Emily ella dice que tenían una relación afectiva muy cercana, es más cuando Emily rinde su testimonio no la llama tía le dice ñaña y que si se toma en cuenta el testimonio del señor Klever Reyes dice que la tía Heidi por varias ocasiones se pudo contactar con él y con la menor, que en ningún momento se ha podido comprobar que el señor Reyes raptó a la menor, es más con el testimonio del señor Reyes pudieron comprobar que fue voluntad de la menor acompañarlo a él.

La Dra. Sandra Rosillo en su calidad de fiscal actuante en la etapa de juicio, en su alegato final, de clausura o debate manifestó que a lo largo de esta audiencia Fiscalía ha podido establecer fehacientemente con las pruebas aportadas tanto la existencia material de la infracción como la responsabilidad del acusado en esta causa; en cuanto a la existencia material se escuchó el testimonio de la Dra. Linda Mena Álvarez, quien realizó el examen médico ginecológico a la ofendida y estableció que existió penetración vía vaginal que existe una certeza en el momento

en que ella evalúa a la menor ofendida que lo hace el 13 de junio del 2012; es decir, el día en que recién regresa desde cuando fue obligada a realizar este tipo de actos de naturaleza sexual, ella indicó que observó a la menor ofendida afectada, triste, con ganas de llorar a cada momento y al realizar la evaluación efectúa una toma de muestra que posteriormente son enviadas a las Oficinas de ADN de la Fiscalía y se dispone realizar un estudio de espermatozoides en primera instancia; es así que la Lcda. María Elisa Lara realiza este estudio de espermatozoides de las muestras que se le toma a la ofendida y establece que sí existe espermatozoides y existe la proteína P-30 en cuanto a los fluidos seminales; con esta determinación que ella realizó también la Fiscalía dispuso realizar el examen de ADN; así la Lcda. Verónica Miño compareció indicando que de las muestras de sangre que se le tomó al hoy acusado y de las muestras que fueron obtenidas se realizó un cotejamiento y se obtuvo como conclusión que existía una certeza que el perfil genético del hoy acusado se encontraba en las muestras de la hoy ofendida, que no se podía hacer un porcentaje fehaciente pero que tenía una probabilidad altísima de que este perfil pertenezca al acusado que daba certeza de este hecho, también se presentó el testimonio del Policía que realizó el reconocimiento del lugar de los hechos quien indicó inclusive con fotografías que fueron tomadas en los dos lugares en donde la menor ofendida fue obligada a hacer este tipo de actos.

Así indicó que había concurrido en primera instancia al Hostal San Luis en donde toma contacto con el propietario de este lugar señor Ricardo Tenesaca quien también ratifica dos hechos importantes primero que el acusado si ingresó a este lugar, le indica inclusive y le entrega las hojas de registro de los libros que se llevan en el hotel en donde el acusado se registra como Adrián Reyes dando su número de cédula verdadero con el cual se puede establecer su identidad, el ratifica que vio al acusado en compañía de la menor ofendida, estos hechos son corroborados en el Hotel Boston en donde la menor ofendida también ingresa obligada por el hoy acusado.

Así lo ratifica la señora Janneth Molina quien es la propietaria de este lugar y ella refiere inclusive estuvieron hospedados en la habitación No. 4 de su hotel, con estos antecedentes se ha establecido fehacientemente la existencia material del delito, existió una introducción vía vaginal en el cuerpo de la menor ofendida además de haber justificado fehacientemente la edad de ella es decir que tuvo trece años en el momento en que sucedieron los hechos conforme se ha logrado establecer con la partida de nacimiento conferida por la Dirección Nacional de Registro Civil, Identificación y Cedulación; en cuanto a la responsabilidad del hoy acusado el testimonio

de la ofendida fue claro y conmovedor cuando se lo vio psicológicamente afectada y que lloraba constantemente por esos hechos de los cuales ella fue víctima.

Ella indicó que conoció al acusado que se le presentó con el nombre de Adrián Reyes que los días 11, 12 y 13 de junio ella estuvo con el hoy acusado que prácticamente con engaños en razón de que su tía le llamaba porque le decían que no iban a presentar una denuncia por encontrarse en poder de su captor y en ese momento pudo ser rescatada por la Policía, ella indicó especialmente que existieron tres aspectos importantes en primera instancia ella indicó que la ofendida tenía 14 años, pero que cuando su tía le llama al siguiente día el 11 de junio del 2012 el acusado ya conocía la edad de la ofendida él conocía que ella tenía 13 años y sin embargo procedió a seguir teniendo relaciones sexuales sin que se pueda alegar por parte de la defensa error de prohibición ni error de tipo porque el acusado en ese momento llegó a conocer la edad de la ofendida.

Aparte se cumple con otro de los elementos consecutivos del tipo penal de violación establecidos en el Art. 512 numeral 3; es decir, que el acusado utilizó la fuerza, la violencia tomándola por los brazos obligándola a mantener la relación sexual conociendo de su edad y además amenazándola e intimidándola creando en ella un miedo en el sentido de que haría algo en contra de ella o de sus padres o hermanos si es que ella no accedía a sus pretensiones, así la intimidó y logró obtener el resultado de este acto doloso.

El Dr. José Logacho Nacato, Abogado de la Acusadora Particular, Germania Del Rocío Jiménez Abad, expresó que la Fiscalía ha sido muy clara y explícita en demostrar la materialidad de la infracción y la responsabilidad penal del hoy procesado, a esta defensa le queda demostrar que de acuerdo al examen médico practicado por la Dra. Linda Mena Álvarez cuando esta Defensa le hace la pregunta en el contra interrogatorio que informe sobre la conclusión y la recomendación del numeral 4to. lo ha dicho específicamente que existió la violación, existió la penetración, por eso la defensa hace uso de este documento de lo que entregó Fiscalía y el testimonio de Linda Mena Álvarez, perito médico legista.

La Dra. Sandra Sigüenza, psicóloga trabajadora social, lo ha demostrado en forma muy categórica sobre la situación que la familia Noboa Jiménez es organizada que nunca hubo conflicto entre la menor Emily con sus padres, de la misma manera la Lcda. María Elisa Lara ha

sido explícita, categórica y contundente con relación a los espermatozoides y de acuerdo a los hisopados vaginales ha podido observar la presencia de espermatozoides y ha podido observar la proteína P-30 ratificándose el examen de espermatozoides la Lcda. Verónica Miño, perito de genética forense donde se estableció a quien pertenencia la proteína P-30; ella hizo dos ejemplos cuando dice que las muestras de sangre de Klever Reyes Castro conjuntamente con los dos hisopados vaginales y el calzonario de Emily Noboa han sido confirmados que existe P-30 del señor Reyes Castro Klever.

El Tribunal Tercero de Garantías Penales de Pichincha a fin de llegar a la resolución en la presente causa expone que: concluyéndose que este tuvo el dominio del acto al haberlo perpetrado de forma directa e inmediata, con pleno conocimiento de causa y voluntad, pues si bien la propia menor ha reconocido que en un primer momento le mintió afirmándole tener catorce años de edad, del testimonio de la tía de la menor a día siguientes el acusado estuvo en conocimiento de que la misma tenía sólo trece años de edad al ser informado por la tía de este particular pese a lo cual se continuo manteniendo relaciones sexuales hasta el día de su recuperación.

Es decir con plena conciencia y voluntad, adecuando de esta manera su conducta a los elementos el tipo penal de violación, el acusado tuvo el dominio factico del resultado típico, pues su voluntad de realización fue dirigida a un resultado, lo que ocasionó la vulneración de las barreras de protección del bien jurídico tutelado que la indemnidad sexual en este caso, en este sentido su conducta se enmarca en actos principales directos e inmediatos tendientes a la perpetración del acto punible, lo que le ubica en la calidad de autor del cometimiento del delito, pues existió la voluntad individual e independiente, sin valerse de terceros para el cometimiento del hecho típico.

La Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha, acepta parcialmente el recurso interpuesto por K. E. R. C. y reforma la sentencia venida en grado, en éstos términos, imponiéndole al recurrente, la pena de 14 años de reclusión mayor extraordinaria.

El consentimiento del menor para realizar el acto sexual es nulo y por tanto irrelevante. El menor carece de capacidad jurídica para que pueda alegarse consentimiento por parte del agente.

(Cerezo Mir, 2013, pág. 647), señala que:

“El consentimiento solo puede eximir de responsabilidad penal en los delitos en que el portador del bien jurídico protegido es un individuo (una persona física una persona jurídica). El consentimiento no puede eximir de responsabilidad en los delitos que se protejan bienes jurídicos supraindividuales, es decir, cuyo portador sea la sociedad o el estado”

En la Unidad Interinstitucional de Flagrancia del Distrito Metropolitano de Quito dentro del expediente No. 17281-2013-3282 el 28 de octubre del 2013 se llevó a cabo la AUDIENCIA DE CALIFICACIÓN DE FLAGRANCIA Y LEGALIDAD DE LA DETENCIÓN.

Se le concedió la palabra al representante de la Fiscalía, quien procedió a dar lectura a las circunstancias de la detención de M. B. C. S, conforme consta del parte policial de fecha 27 de octubre del 2013, a las 18h30 en la calle de las Toronjas; en razón que la policía ha tomado contacto con la señora Rosa Chacón, donde ha indicado que su hija menor de trece años María Belén Córdor Chapi había llegado a su domicilio indicando que ha tenido relaciones sexuales con su novio Cristian Murillo.

Por lo que se ha trasladado a realizar un examen médico legal y se ha procedido a detener al señor Cristian Murillo en la calle de las Toronjas, y se ha dado lectura a sus derechos constitucionales, por lo que encontrándonos dentro del plazo previsto por la ley solicito se califique la flagrancia.

La indemnidad es aquel derecho que tiene una persona para que no se le cause un daño o perjuicio. Sin embargo los menores de edad son quienes tienen derecho a la tutela penal de este bien jurídico.

En efecto, existe unanimidad en la doctrina en señalar como bien jurídico protegido la libertad sexual cuando sancionan comportamientos como el acceso carnal y el acto sexual violento, ya que en estos casos no existe de parte del sujeto pasivo la posibilidad de ejercer ese derecho

constitucional, con ocasión de la actualización del sujeto activo. (Universidad Externado de Colombia, 2011, pág. 875)

Al respecto (Salinas Siccha, 2005, pág. 183), indica que:

“La indemnidad también se le conoce como intangibilidad sexual, como protección del desarrollo normal de la sexualidad de los menores, quienes no han alcanzado el grado de madurez para determinarse sexualmente de forma libre y espontánea”

El Detenido manifestó que eran novios hace nueve meses, incluso que iban hablar con el padre de su novia para que les dé permiso para estar juntos pero ella le tiene mucho miedo a su padre, porque le pegaba mucho y que por eso no quería regresar a la casa.

El menor de 14 años tiene, por un lado, derecho a mantenerse incólume, indemne, intacto frente a cualquier tipo de actividad sexual; y, por otra parte, tiene el derecho de gozar de un ambiente donde puede evolucionar y formarse sin ningún tipo de intromisión que le permita, llegado el momento, disponer de su libertad sexual una vez tenga la capacidad para disponer de ella, lo que significa que el bien jurídico que se tutela. (Universidad Externado de Colombia, 2011, pág. 876)

Él quería pedir la mano de ella para casarse pero no contaba que iban a estar los policías.- El Defensor Público Penal dijo que en este caso se trata de una relación sentimental que tenía su defendido con la menor, nunca existió engaño ni fuerza conforme consta del mismo examen médico legal y psicológico.

(Cerezo Mir, 2013, pág. 650), indica que:

“En relación con el menor, hay que renunciar a establecer todo límite de edad, salvo que venga impuesto por la Ley; en el delito de abusos sexuales carece de relevancia el consentimiento otorgado por un menor de trece años aunque tuviera la capacidad natural de juicio”

La chica fue bien recibida por los familiares del señor Murillo y cuando iban a pedir su mano se ocasionó su detención, de lo manifestado por Fiscalía; así como del examen médico legal y psicológico de la menor, existió pleno consentimiento. Si bien es cierto no existen agresiones físicas en éste hecho pero debe tomarse en cuenta que se trata de una menor de trece años de edad.

(Muñoz Conde, Derecho Penal, Parte General, 8va edición actualizada, 2012, pág. 343), manifiesta que:

“Para que el conocimiento pueda actuar como causa de justificación es necesario que se den determinados requisitos:1) Facultada reconocida por el Ordenamiento Jurídico a una persona para disponer válidamente de determinados bienes jurídicos propios como la vida o la integridad física. 2) Capacidad de disponer, que no tiene que coincidir con la capacidad civil, pero que, igual que ésta exige unas facultades intelectuales para comprender el alcance y significación de sus actos por parte de quien consiente.3) Ausencia de vicios: cualquier vicio es esencial de la voluntad del que consiente (error, coacción, engaño, etc.) invalida el consentimiento.4)El consentimiento ha de ser dado antes de la comisión del hecho y ha de ser conocido por quien actúa a su amparo.”

En razón que éste tipo de delitos de violación se encuentra sancionado con una pena de reclusión, a fin de garantizar la inmediación procesal y por encontrarse reunidos los requisitos del Art. 167 del Código de Procedimiento Penal se ORDENÓ LA PRISIÓN PREVENTIVA del procesado M. B. C. S.

Como precisa (Jescheck, 1993, pág. 787), en la individualización judicial de la pena el Juez debería liberarse de los prejuicios personales, las simpatías y las emociones, y orientar su sentencia exclusivamente conforme a criterios objetivos de valoración.

4.1 Legislación comparada

Entre otros, algunos de los países que han incorporado en sus legislaciones las figuras jurídicas del error de tipo y de prohibición son El Salvador, Costa Rica, España.

En el Código Penal de El Salvador. Decreto 1030 del 30 de abril 1997. Artículo 28.

“El error vencible sobre el hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad penal. Si el error fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será sancionada en su caso como culposa. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal o de una causa de exclusión de responsabilidad penal, exime de ésta. Si el error fuere vencible, se atenuará la pena en los términos expuestos en el Artículo 69 de éste Código”.

En el Código Penal de Costa Rica. Ley No. 4573 actualizado a 26 de febrero 2002, establece en el Artículo 34. No es culpable quien, al realizar el hecho, incurre en error sobre alguna de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción. No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará solo cuando la ley señale pena para su realización a tal título. Las mismas reglas se aplicarán respecto de quien supone erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado.

En España, está expresamente legislado el error de tipo así como el error de prohibición en el código penal, el cual establece: Artículo 14:

1 *“El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.*

2. *El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su agravación.*

3. *El error invencible sobre una ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible se aplicará la pena inferior en uno o dos grados*". (Chamale, 2006)

Al respecto, es importante mencionar que en el delito contra la libertad sexual, no en todos los países existe uniformidad en la descripción o modalidades de este tipo de delito.

En el Código Penal de España se instituye varios artículos relacionados con los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, los mismos que serán definidos a continuación: (178)

" El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años."

(179) *"Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años"*.

En el Código Penal de Costa Rica los Artículos: (156)

"Será sancionado con pena de prisión de diez a dieciséis años, quien se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona de uno u otro sexo, en los siguientes casos:

- 1) *Cuando la víctima sea menor de trece años.*
- 2) *Cuando se aproveche de la vulnerabilidad de la víctima o esta se encuentre incapacitada para resistir.*

- 3) *Cuando se use la violencia corporal o intimidación. La misma pena se impondrá si la acción consiste en introducirle a la víctima uno o varios dedos, objetos o animales, por la vía vaginal o anal, o en obligarla a que se los introduzca ella misma”;*

(159) “Será sancionado con pena de prisión de dos a seis años, quien aprovechándose de la edad, se haga acceder o tenga acceso carnal con una persona de uno u otro sexo, mayor de trece años y menor de quince años, por la vía oral, anal o vaginal, con su consentimiento. Igual pena se impondrá si la acción consiste en la introducción de uno o varios dedos, objetos o animales por la vía vaginal o anal. La pena será de cuatro a diez años de prisión cuando la víctima sea mayor de trece años y menor de dieciocho años, y el agente tenga respecto de esta la condición de ascendiente, tío, tía, hermano o hermana consanguíneos o afines, tutor o guardador”.

En el Código Penal del Salvador en el Artículo 158 define a la violación: *“El que mediante violencia tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con otra persona, será sancionado con prisión de seis a diez años”.*

CAPITULO V

ESTADISTICAS, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Con la finalidad de reafirmar o desvirtuar mi hipótesis de que la implantación de la institución jurídica y doctrinaria denominada “error de tipo” en la normativa penal ecuatoriana, permitiría la impunidad del delito, debido a la falta de actualización académica y jurídica de los juzgadores, considerando que cuando los litigantes argumenten la existencia del error en los casos que les lleguen a su conocimiento para el respectivo juzgamiento, he creído conveniente recurrir a varias técnicas, entre las cuales se encuentran contemplada la entrevista y la encuesta, llevada a efecto mediante un formulario estandarizado, mismo que ha sido aplicado a un total de 40 profesionales del derecho entre Jueces, Fiscales y Defensores Públicos.

Por lo tanto, este capítulo, analizaré el resultado producto del cuestionario y entrevista que se aplicaron, y finalmente, apoyada en todo el proceso investigativo y en la información recopilada durante la realización del presente trabajo, emitiré mis respectivas conclusiones y finalmente en base a las mismas, formularé mis recomendaciones y propuestas.

5.1. Resultados de la encuesta, análisis e interpretación

La entrevista y encuesta fueron aplicadas exclusivamente a profesionales del derecho íntimamente relacionados con la actividad judicial en la materia penal, toda vez que por sus conocimientos, vinculación y experticia en el tema materia del presente trabajo, nos brindan un panorama claro sobre el error y tipo como causa de eliminación del dolo en los delitos de violación sexual. Así:

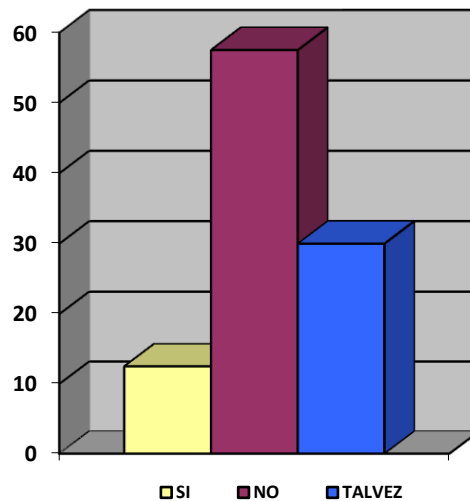
Pregunta No. 1

¿Es correcto afirmar que el error de tipo, es aquel que recae sobre alguno de los elementos objetivos del tipo penal?

Tabla 1: Pregunta 1

Variable	Frecuencia	Porcentaje
SI	5	12,5%
NO	23	57,5%
TALVEZ	12	30%
TOTAL	40	100%

Figura 1 : Resultados Pregunta 1



Como se ha manifestado durante el desarrollo de la presente tesis, se entiende por “error de tipo”, al desconocimiento de alguno de los elementos objetivos del tipo penal por parte del sujeto activo de la infracción.

Aunque la afirmación contenida en la pregunta planteada era la correcta, desconcertante fue la respuesta negativa o dubitativa que emitió la mayoría de encuestados, lo cual denota la falta de preparación por parte de quienes conformación el sistema judicial inseparable (jueces, fiscales, defensores públicos).

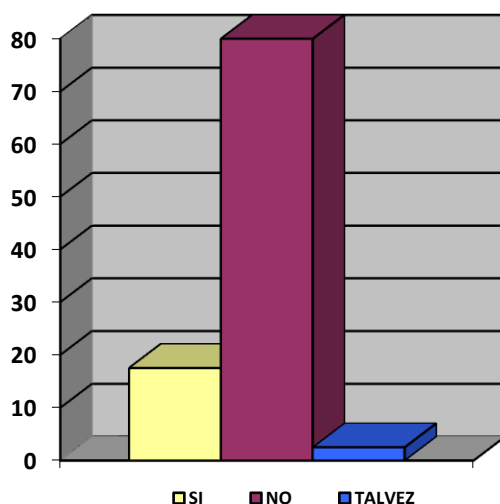
Pregunta No. 2

¿Usted en su carrera como funcionario judicial, ha tenido procesos penales donde el inculgado actuó bajo los efectos del error de tipo?

Tabla 2: Pregunta 2

Variable	Frecuencia	Porcentaje
SI	7	17,5%
NO	32	80%
TALVEZ	1	2,5%
TOTAL	40	100%

Figura 2: Resultados Pregunta 2



El 80% de los encuestados respondió que NO han estado involucrados en procesos penales donde el inculgado actuó bajo los efectos del error de tipo. La diferencia entre el porcentaje de funcionarios que han tenido alguna experiencia respecto a este tipo y de quienes no la han tenido es abismal.

Es entonces a toda luz evidente, que el error de tipo no es una figura doctrinaria a la cual recurren con frecuencia o habitualidad los litigantes, ello quizá se debe a que como lo he manifestado durante el desarrollo de la presente tesis, que el error de tipo es una figura doctrinaria que ha sido acoplada a las legislaciones penales de varios países latinoamericanos y por vez primera pretende ser implantada en la legislación ecuatoriana.

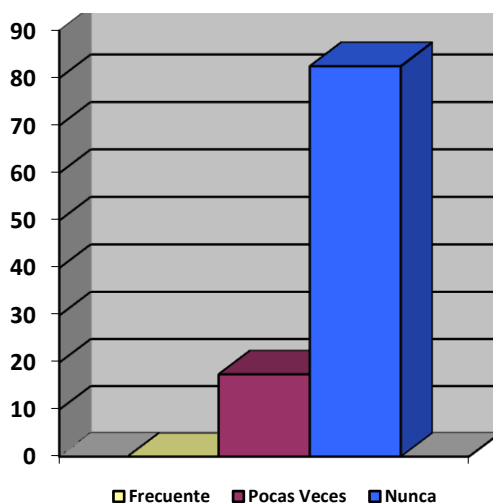
Pregunta No. 3

¿En cuántos procesos aproximadamente desde enero del 2010 hasta el presente mes de noviembre del 2013, ha participado donde el inculpado actuó bajo los efectos del error?

Tabla 3: Pregunta 3

Variable	Frecuencia	Porcentaje
FRECUENTE	0	0%
POCAS VECES	7	17,5%
NUNCA	33	82,5%
TOTAL	40	100%

Figura 3: Resultados Pregunta 3



En este ítem, quienes conforman parte del sistema judicial, ponen de manifiesto la falta de experiencia respecto al manejo del error de tipo en los juzgados y tribunales penales, lo cual no es inconsistente con la realidad y la praxis jurídica ecuatoriana, pues al no constar esta clase de instituciones jurídicas doctrinarias incorporadas en nuestra legislación, poco recurren a ellas los profesionales del derecho inmersos en la actividad judicial, esta es la razón fundamental por la cual, el 82,5% de los encuestados y entrevistados manifestaron han participado en un proceso penal desde el año 2010 hasta el mes de noviembre del 2013, en donde se halla invocado que el procesado actuó bajo error.

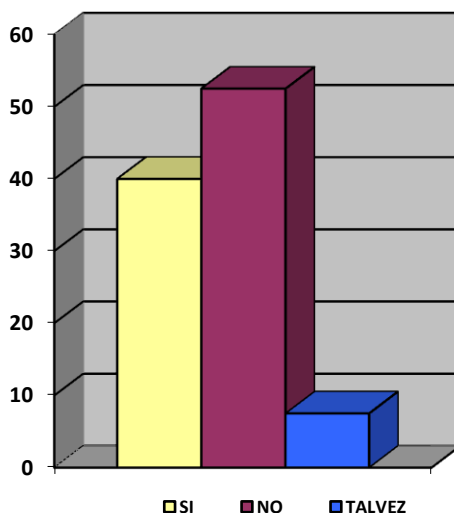
Pregunta No. 4

¿Cree usted, que el Juez de Garantías Penales puede aplicar a un caso concreto, aquellos preceptos doctrinarios que no se encuentran plasmados en nuestra legislación?

Tabla 4: Pregunta 4

Variable	Frecuencia	Porcentaje
SI	16	40%
NO	21	52,5%
TALVEZ	3	7,5%
TOTAL	40	100%

Figura 4: Resultados Pregunta 4



Aunque en el presente ítem, no se indagó directamente sobre el error de tipo, el mismo se encontraba implícito dentro de la interrogante formulada. Se indagó acerca de que si los juzgadores pueden aplicar preceptos doctrinarios que no se encuentran incorporados en nuestra legislación, a fin de resolver un caso concreto.

Si bien la respuesta en sentido negativo es superior a la emitida en sentido positivo, cabe indicar que el criterio de mayoría no es acertado, pues, entre las fuentes del derecho tenemos precisamente a la doctrina, así en concordancia a lo manifestado el Art. 28 del Código Orgánico de la Función Judicial, preceptúa que “*Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia.*”.

Pregunta No. 5

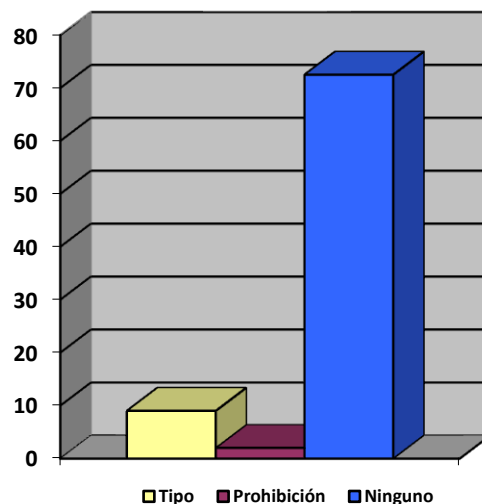
En el siguiente caso práctico, ¿existe error de tipo o error de prohibición?

Ana es una chica nacida en Chone, tiene 13 años de edad pero aparenta tener 20 años. Se enamoró de Juan a quien le dijo tener 18 años. Un día se disponen a ingresar a una discoteca en donde Ana le enseña al guardia una cédula de identidad de su prima mayor de edad que es muy parecida físicamente a ella; a la salida, Ana y Juan deciden ir a un Motel, en donde le solicitan la cédula a Ana y vuelve a presentar el mismo documento de identidad. Cuando Juan y Ana abandonaban el Motel, un hermano de Ana los descubre y llama a la Policía asegurando que Ana tiene 13 años, por lo que Juan la ha violado, siendo este detenido en delito flagrante.

Tabla 5: Pregunta 5

Variable	Frecuencia	Porcentaje
DE TIPO	9	22,5%
DE PROHIBICIÓN	2	5%
NINGUNO	29	72,5%
TOTAL	40	100%

Figura 5: Resultados Pregunta 5



La respuesta dada a la presente interrogante, demuestra una clara falta de preparación académica respecto a los preceptos doctrinarios que fundamentan tanto el error de tipo y el error de prohibición aplicables en materia penal. No obstante, el 22,5% de los profesionales encuestados y entrevistados, acertadamente respondió que en el caso planteado existe el denominado error de tipo.

Aunque existe una pequeña discordancia entre si dicho error era vencible o invencible, quedó claro que Juan desconocía uno de los elementos objetivos del tipo penal, pues, a pesar de que ingresó al Motel con Ana, pensaba que copulaba con una chica mayor de edad, pues sus características fisionómicas eran las de una chica de 20 años de edad, le dijo a Juan que tenía 19 años, e ingresó a la discoteca con una cédula de mayor de edad que aunque no le pertenecía, reafirmaba la creencia de Juan de que aquella mujer era mayor de edad.

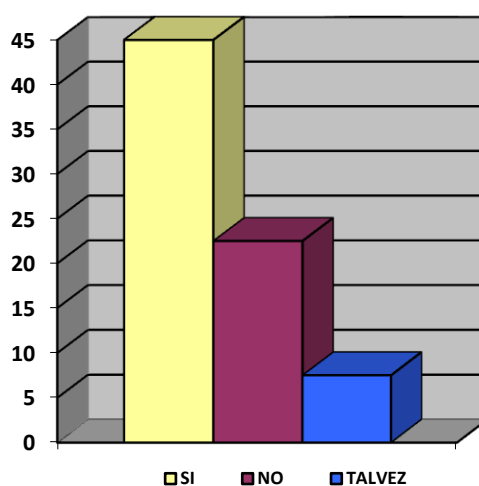
Pregunta No. 6

¿Cree usted que con la implementación del error de tipo y de prohibición en la normativa penal ecuatoriana, se lograría una justicia más equitativa y flexible?

Tabla 6: Pregunta 6

Variable	Frecuencia	Porcentaje
SI	18	45%
NO	9	22,5%
TALVEZ	13	7,5%
TOTAL	40	100%

Figura 6: Resultados Pregunta 6



El 45% de los encuestados se inclinaron positivamente respecto a que la implementación del error de tipo y de prohibición en la normativa penal ecuatoriana, se lograría una justicia más equitativa y flexible. El fundamento de aquello según lo entrevistados, sería que el actual Código Penal, prescribe que el juez debe atenerse estrictamente a la letra de ley, con el agregado de que el mismo Código, señala que se presume de derecho que las leyes penales son conocidas por todos los habitantes de la República y por lo tanto nadie puede invocar su ignorancia como causa de disculpa.

Es este sentido, señalan que si una persona que desconoce ciertas circunstancias que le llevan a cometer un delito sin que este tenga conocimiento de que con su accionar lo está realizando, tal cual se señala en el ejemplo impuesto en la pregunta No. 5 de este cuestionario, sería injusto castigar a esa persona, pues todo el tiempo estuvo convencido de que obraba con apego a la Ley y que no cometía ilícita alguno, sin embargo, debido a las circunstancias de que la muchacha le mintió respecto a su edad con el agregado de que entraba a la discoteca con una cédula que no le pertenecía; este joven jamás tuvo una intención delictuosa.

Sin embargo, debido a la rigurosidad de la ley penal, inevitablemente tendría que responder por el delito de violación, sin embargo, con la incorporación de estas figuras sobre el error, se haría justicia en su caso y se lo eximiría de toda responsabilidad penal, he allí que efectivamente la incorporación del error, tornaría a la justicia flexible y equitativa.

Si bien el criterio esgrimido por la mayoría en torno a esta pregunta es coherente, no es menos cierto que aunque en la actualidad el Código Penal no contemple al error como causa de excusa de la responsabilidad penal, los administradores de justicia deben necesariamente aplicar en cada caso los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones de la ley penal, conforme lo prescribe el Art. 28 del Código Orgánico de la Función Judicial.

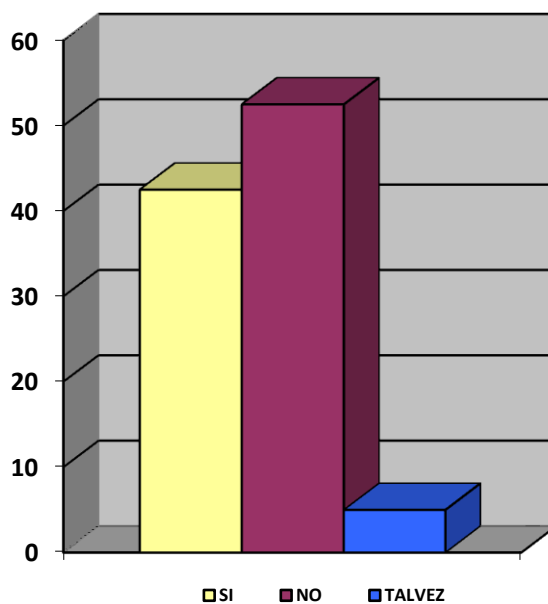
Pregunta No. 7

¿Cree usted que con la eliminación de la presunción de derecho del conocimiento de las leyes penales de la normativa ecuatoriana y por ende, de la invocación de la ignorancia como causa de disculpa, aumentará el índice de impunidad de los hechos delictivos?

Tabla 7: Pregunta 7

Variable	Frecuencia	Porcentaje
SI	17	42,5%
NO	21	52,5%
TALVEZ	2	5%
TOTAL	40	100%

Figura 7: Resultados Pregunta 7



Al responder el presente cuestionamiento, la mayoría se muestra positiva en el sentido de que con la eliminación de la presunción de derecho respecto al conocimiento de las leyes penales, no aumentará el índice de impunidad de los delitos.

El argumento de esta respuesta, es que los juzgados con personas que para decidir respecto de la situación jurídica del acusado, no simplemente se basa en la norma jurídica conforme se encuentra escrita, sino que además cuentan con el sistema de libre valoración de la pruebas. De conformidad con las reglas de la sana crítica, lo que significa, que el Juez, debe además tomar una decisión de conformidad con la lógica, la experiencia y la lucidez, todo lo cual hace que no baste el argumento de quien lo emite respecto a la existencia de alguna clase de error como causa de disculpa, sino que será el Juez quien para tomar la decisión, deba basarse no solo en el argumento esgrimido por alguna de las partes, sino que deberá valorar en conjunto el acervo probatorio que se aporte durante en el juicio y en base de aquello emitir el fallo que en derecho corresponda.

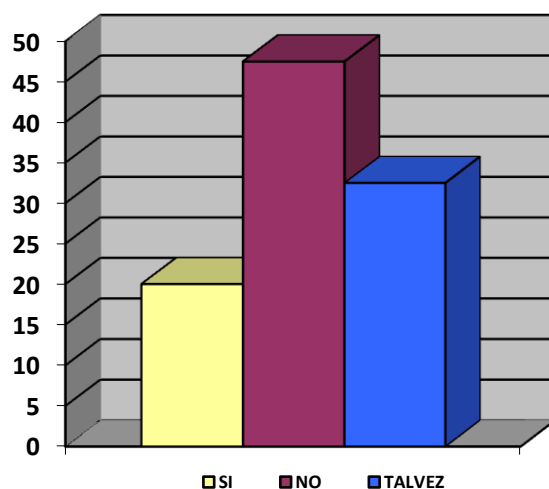
Pregunta No. 8

¿Cree usted que los abogados defensores de quienes han sido vinculados en un proceso penal, puedan argumentar indiscriminadamente la existencia del error con la finalidad de obtener una sentencia favorable para sus representados?

Tabla 8: Pregunta 8

Variable	Frecuencia	Porcentaje
SI	8	20%
NO	19	47,5%
TALVEZ	13	32,5%
TOTAL	40	100%

Figura 8: Resultados Pregunta 8



Al responder el presente ítem, la mayoría se pronunció respecto a que los abogados defensores de los imputados, no recurrirían al argumento de la existencia del error con la finalidad de obtener una sentencia favorable; el principal argumento de quienes se manifestaron en este sentido, fue de que hoy en día, las actuaciones de los abogados son fiscalizadas por el Consejo de la Judicatura, quien tiene la potestad de sancionarlos en caso de deslealtad profesional, e incluso, podrían responder penalmente por el delito de inducir a error o engaño al juez, por lo

que la utilización indiscriminada de esta figura del error sea de tipo o de prohibición, es una eventualidad casi imposible de concretarse.

Sin embargo, es de notar que el 20% de los encuestados respondió que si se recurrirá a esta figura jurídica de manera indiscriminada, a quienes se les sumas el 32,5% de indecisos respecto a dicha posibilidad.

En todo caso, me sumo al criterio emitido por el primer grupo, ya que efectivamente, las actuaciones de los abogados durante el juicio no solo son fiscalizadas por el Consejo de la Judicatura, sino que de conformidad con el Código de Procedimiento Penal, en la misma sentencia que emita el Juez, debe de manera obligatoria pronunciarse sobre la actuación de las partes intervinientes durante el juicio.

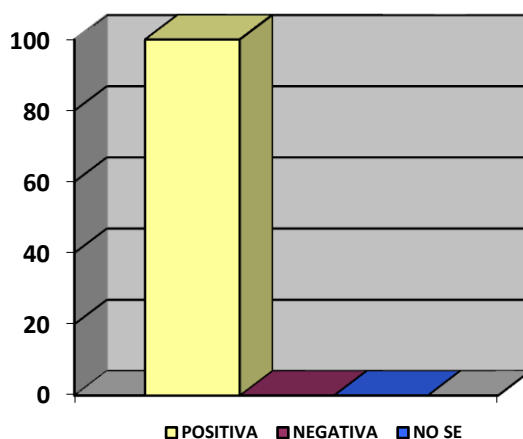
Pregunta No. 9

¿Cómo califica usted a la incorporación como norma de ciertas figuras doctrinarias en el proyecto de Código Orgánico Integral Penal?

Tabla 9: Pregunta 9

Variable	Frecuencia	Porcentaje
POSITIVA	40	100%
NEGATIVA	0	0%
NO SÉ	0	0%
TOTAL	40	100%

Figura 9: Resultados Pregunta 9



Ante la interrogante planteada en esta novena pregunta, fue unánime la respuesta de los entrevistados, quienes manifestaron en su mayoría, que la incorporación de las figuras jurídicas propuestas por las varias corrientes doctrinarias, enriquecen notablemente al proyecto de Código Integral Penal, pues, siendo los preceptos doctrinarios una de las fuentes del derecho, los legisladores irremediamente tienen que estar al día respecto a los avances doctrinarios que se desarrollan en todo el mundo, a fin de acoplarlos en los procedente, coherente y razonable a la normativa penal del Ecuador; considerando que nuestro vigente Código Penal data de 1971 y por lo mismo es obsoleto y retrógrada, es una deuda social la actualización de la normativa penal acorde a los avances jurisprudenciales, doctrinarios y pro humanen, en ese sentido, el enriquecimiento de la normativa penal mediante la incorporación de principios, garantías y derechos, es siempre positivo para un país y por supuesto, bien recibido por los juristas.

5.2. CONCLUSIONES

1. En el “*Código Orgánico Integral Penal*”, se incorpora una serie de instituciones jurídicas entre las cuales encontramos a los denominados error de tipo en Art. 29.-“*No existe infracción penal cuando, por error o ignorancia invencibles debidamente comprobados, se desconocen uno o varios de los elementos objetivos del tipo penal. Si el error fuere vencible, la infracción persiste y responde por la modalidad culposa del tipo penal si aquella existe. El error invencible que recae sobre una circunstancia agravante o sobre un hecho que califique la infracción, impide la apreciación de esta por parte de las juezas y jueces*” y error de prohibición en el Art. 37.- “*Existe error de prohibición cuando la persona, por error o ignorancia invencible, no comprende la ilicitud de la conducta. Si el error es invencible no hay responsabilidad penal. Si el error es vencible se aplica la pena mínima prevista para la infracción, reducida en un tercio*”, respectivamente que han sido ampliamente debatidos por la doctrina y aplicados en diversas legislaciones.
2. Los términos de error e ignorancia tienen significados diferentes, el error implica una falsa o equivocada concepción de la realidad, es decir el desconocimiento parcial de algo que constituye parte de un todo, o bien, otorgarle a una determinada situación un significado que en verdad no le corresponde, mientras que la ignorancia, es el desconocimiento total o un estado de ceguera completo, en donde, quien sufre, no cuenta con los medios necesarios para conocer, ni se le puede exigir, que al realizar determinada conducta, conociera lo desconocido.
3. La libertad sexual puede ser entendida desde un doble aspecto: positivo-dinámica, por un lado, como la capacidad de libre disposición del propio cuerpo a los efectos sexuales, es decir, el consentimiento de la víctima de mantener trato sexual con terceros con arreglo a su querer libre y consciente y, por otro, negativo-pasiva, esto es la capacidad del sujeto para no ejecutar actos de naturaleza sexual que no desee.
4. La indemnidad sexual, se relaciona directamente con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente para ello, como es el caso de niños y adolescentes; asimismo de quienes por anomalías psíquicas, carecen de plena capacidad para llegar a tomar conciencia de lo que significa una relación sexual.

5. El error de tipo consiste en el desconocimiento por parte del agente de alguno o algunos de los elementos descritos en el tipo. El error de prohibición se refiere cuando a la antijuridicidad de la conducta realizada, ya sea porque se cree que la conducta no está prohibida o porque se considera que está autorizado a realizarla.

6. El error de tipo invencible excluye cualquier forma de tipicidad, por ejemplo el sujeto activo cree erróneamente que el sujeto pasivo tiene más de catorce años o ignora que sufre una perturbación mental y, por tanto, considera que su consentimiento tiene plena validez.

7. Se evidencia la falta de experiencia en la aplicación de la figura jurídica del error por parte de los Juzgadores en razón que no les permite discriminar cuándo la existencia es real o falsa.

5.3. RECOMENDACIONES

1. Los asambleístas antes de crear normas jurídicas, deben prepararse tanto doctrinariamente como legalmente a fin de asegurar el cumplimiento de las disposiciones.
2. Es necesario que se difunda la figura jurídica del error de tipo y del error de prohibición, con el objeto de lograr su correcta aplicación, por parte de quienes influyen directamente en la administración de justicia (defensores, fiscales y jueces).

BIBLIOGRAFIA

- Albán Gómez, E. (2011). *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Tomo II, Parte Especial, Primera Edición*. Quito.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho penal Parte General. Segunda Edición*. Buenos Aires: Editorial Hammurab.
- Bajo, M., & Díaz-Maroto, J. (1995). *Manual de derecho penal parte especial, 3ª ed.* Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S.A.
- Bodanelly, P. (1958). *Delitos sexuales*. Argentina. Buenos Aires: Edit. Bibliográfica.
- Bramont-Arias Torres, L. A. (1996). "*Manual de Derecho Penal Especial*". Editorial San Marcos, 2da edición.
- Bramont-Arias Ttorres, L. M. (2005). "*Manual de Derecho Penal-Parte General*". Lima-Perú: Editorial y Distribuidora de Libros S.A.; Tercera Edición.
- Bustos Ramírez, J. (1991). "*Manual de Derecho Penal-Parte Especial*". Barcelona-España: Editorial ARIEL S.A; 2da edición.
- Carmona Salgado, C. (s.f.). *Delitos contra el honor, en Cobo del Rosal-Curso de Derecho Penal. Parte Especial T-I*.
- Caro Coria, D., & San Martín Castro, C. (2000). *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Lima: GRIJLEY.
- Castillo Alva, J. L. (2002). "*Tratado de los Delitos Contra la libertad e indemnidad Sexuales*". Lima-Perú: Editorial Gaceta Jurídica S.A., 1era edición.

- Cavallero, R. J. (1983). *El Delito Imposible la Tentativa Inidónea en el Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Editorial Universidad S.R.L.
- Cerezo Mir, J. (2013). *Derecho Penal, Parte General*. Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A).
- Chamale, P. (2006). *El Error Penal como Causa de Inculpabilidad*. Universidad de San Carlos Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- Chero Medina, F. (s.f.). *El delito de violación de la libertad sexual*. Obtenido de <http://www.monografias.com/trabajos64/delito-violacion-libertad-sexual/delito-violacion-libertadsexual>. .
- Chimbo, D. F. (2013). *La Impunidad de la Violación al Menor de Catorce Años. Tesis de Grado, Universidad Central del Ecuador, Carrera de Derecho*.
- Código Civil - Libro IV- Codificación 10, Registro Oficial- Suplemento 46 del 24 de Junio del 2005*. (s.f.).
- Código Orgánico Integral Penal, Libro I- Comisión de Justicia y Estructura del Estado- aprobado en Segundo Debate por el Pleno de la Asamblea Nacional en Sesión del 13 de Octubre del 2013*. (s.f.).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*.
- Comisión de Justicia y Estructura del Estado. Código Orgánico Integral Penal, Libro I, aprobado en Segundo Debate por el Pleno de la Asamblea Nacional en Sesión del 13 de octubre del 2013*. (s.f.).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.).

- Creus, C. (1992). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Creus, C. (1998). *Derecho Penal. Parte Especial*. Astrea, 6ta. Ed., t. I.
- Cuello Calón, E. (1965). *Derecho Penal*. Barcelona-España: Editorial Bosch-Casa.
- Diez Ripolles, J. L. (1985). “*La protección de la libertad sexual-insuficiencias actuales y propuestas de reforma*”. Barcelona-España.
- Donna, E. (2001). *Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I*. Rubinzal - Culzoni Editores.
- Donna, E. A. (1996). *Teoría del Delito y de la Pena. Fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad. Segunda Edición*. Buenos Aires: Editorial ASTREA SRL.
- Fontán Balestra, C. (1998). *Derecho Penal Introducción y Parte General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Frías, C. (1995). *El proceso ejecutivo del delito, 2a ed.* Buenos Aires: Bibliográfica Argentina.
- García Cavero, P. (2012). *Derecho Penal, Parte General, Segunda edición*. Lima- Perú: Juristas Editores E.I.R.L.
- Garrido Montt, M. (2010). *Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, Cuarta Edición*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- (s.f.). Obtenido de <http://rcasa.wordpress.com/2010/03/22/violaciones-sexuales-personas-discapacitadas/>
- Herrera, L. (1972). “*El error en materia penal*”. Buenos Aires: Abeledo – Perrot.
- Herrera, L. E. (1991). “*El error en materia penal*”. Buenos Aires: Abeledo – Perrot.

- Jescheck. (1993). *Tratado de Derecho Penal. Parte General. 4ª ed. Granada.*
- Jiménez De Azúa, L. (1925). *Tratado de Derecho Penal.* Madrid, España: Editorial Reus.
- Jiménez de Azúa, L. (1958). *Principios de Derecho Penal, La Ley y El Delito.* Buenos Aires: Editorial Sudamericana-Abeledo Perrot.
- Jurisprudencia Especializada Penal de la Corte Nacional de Justicia, Tomo 4.* (2013). Quito: editorial jurídica El Forum
- La Convención Interamericana para Prevenir, Castigar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.* (s.f.).
- Lascano, C. J. (2005). *Derecho Penal, Parte General, Primera edición.* Córdoba: Advocatus.
- Machicado, J. (2010). *Concepto de Delito- Apuntes Jurídicos.* Bolivia.
- Manzini, V. (1964). *Trattato di Diritto Pénale italiano. T- VII.* Torino.
- Martínez Escamilla, M., & Otros. (2012). *Derecho Penal, Introducción, Teoría jurídica del delito, Materiales para su docencia y aprendizaje.* Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Mir Puig, S. (1982). *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho, 2ª Edición, BOSCH.* Barcelona: Casa Editorial, S. A.
- Molinario, & Aguirre, O. (1996). *Los delitos: Tomo I.* Buenos Aires: Tea.
- Monge Fernández, A. (2004). “*Consideraciones de Dogmática sobre los tipos penales de agresiones sexuales violentas y análisis de su Doctrina Jurisprudencial*” en *Revista Peruana de Ciencias Penales, Nro. 14.* Lima.

- Muñoz Conde, F. (2013). *Derecho Penal, Parte Especial, 19ª Edición*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (2010). *Derecho Penal, Parte Especial, 18ª edición*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (2012). *Derecho Penal, Parte General, 8va edición actualizada*. Valencia.
- Núñez, R. (1988). *Tratado de Derecho Penal. Parte especial, t. III* . Lerner.
- Orts, E. (1995). *Delitos contra la libertad sexual*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Pellegrino, R. (s.f.). *Primer clásico reconocido por todos. Asesinado por su pensamiento político. El Derecho penal para Rossi es un orden moral que todos los seres libres e inteligentes debemos de seguir*.
- Peña Cabrera, R. (1995). “*Tratado de Derecho Penal-Estudio Programático de la Parte General-Tomo I*”. Lima-Perú: Editora Jurídica GRIJLEY E.I.R.L. 2da edición.
- Plascencia Villanueva, R. (1998). *Teoría del Delito.- Instituto De Investigaciones Jurídicas. Primera edición*. México.
- Plascencia, V. (2004). *Teoría del delito*.
- Portillo Aragón, I. (s.f.). *Análisis Jurídico de las Causas de Impunidad en los Delitos de Violación Sexual. Tesis de Grado, Universidad de San Carlos de Guatemala*. Guatemala.
- Reyes Echandía, A. (1999). *Culpabilidad, Tercera Edición*. Colombia-Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis. S.A.
- Righl, E. (2003). *La culpabilidad en materia penal, 1ra. Edición, Ad-Hoc*. Buenos Aires.

- Rodríguez Deversa, J. (1973). *Derecho Penal Español*. Madrid: Editorial Harla.
- Roxin, C. (2007). *La Teoría del Delito en la Discusión Actual, Primera Edición, Traducción de Manuel Avanto Vásquez*. Editora Jurídica Grijley.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*.
- Salinas Siccha, R. (2005). *"Delito de Acceso Carnal Sexual"*. Lima-Perú: Editorial IDEMSA.
- Silvestroni, M. (2004). *Teoría Constitucional del Delito*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Soler, S. (s.f.). *Derecho Penal argentino-Tomo III*. Buenos Aires: Ejea.
- Suárez Rodríguez, C. (1995). *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*. Pamplona: Aranzadi.
- Ure, E. (1952). *Los delitos de violación y estupro*. Buenos Aires: Ideas.
- Universidad Externado de Colombia. (2011). *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*. Colombia: Departamento de Derecho Penal y Criminología, Segunda Edición.
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal Parte General-Traducción de Carlos Fontán Balestra*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor.
- Zaffaroni, E. R. (2002). *Derecho Penal Parte General, Segunda edición*. Buenos Aires-Argentina: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.
- Zaffaroni, E. R., & Otros. (s.f.). *Derecho Penal. Parte General*.