

436-CAS-2011

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; San Salvador, a las ocho horas con treinta minutos del día catorce de julio de dos mil catorce.

Este Tribunal conoce del libelo impugnatorio interpuesto por el licenciado Luis Guillermo Flores, quien actúa en calidad de defensor particular del imputado **JUAN ALEX A. M.**, en oposición a la sentencia definitiva condenatoria, pronunciada por mayoría en el Tribunal Segundo de Sentencia de San Miguel, a las dieciséis horas del día tres de mayo del año dos mil once, en el proceso instruido en su contra, en tanto que fuera encontrado penalmente responsable por la comisión del delito calificado como **VIOLACIÓN AGRAVADA**, regulado en el Art. 162 Núm. 3° del Código Penal, en perjuicio de la libertad sexual de una víctima menor de edad, representada legalmente por su madre. Identificaciones nominales se omiten, en virtud del principio del Interés superior de la niña, niño y adolescente, previsto en los Arts. 12, 14, 46 y 51 Lit. c) de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, así como en el Art. 16 de la Convención Sobre los Derechos del Niño; y, finalmente, dentro de la legislación interna, reflejada en el Art. 106, Núm. 10, Lit. d) del Código Procesal Penal y el Art. 2 Inc. 2° de la Constitución de la República.

La presente causa se tramita conforme al Código Procesal Penal derogado pero aplicable al caso en discusión, de acuerdo a lo establecido en el Art. 505 Inc. 3° del Código Procesal Penal vigente, a partir del uno de enero del, año dos mil once, disposición que puntualmente consigna: *"Los procesos iniciados desde el veinte de abril de mil novecientos noventa y ocho, con base a la legislación procesal que se deroga, continuarán tramitándose hasta su finalización conforme a la misma"*. De tal forma que al hacerse referencia a algún precepto, se comprenderá que corresponde a la normativa citada.

Del escrito relacionado, el único motivo presentado ha cumplido los requerimientos de los artículos 406, 407 y 423, todos del Código Procesal Penal, que tornan viable su procedencia, cuales son, el señalamiento de la legislación considerada como inaplicada o erróneamente observada; la justificación que le sustente -pues a partir de ésta, Casación conocerá el supuesto déficit de la decisión-; y, finalmente la solución pretendida para el vicio alegado. En consecuencia y al amparo de los artículos 406, 407, 421, 422 y 423, todos del Código Procesal Penal, **ADMÍTASE** la causal contenida en el escrito del recurrente.

I. RESULTANDO.

Que mediante fallo de carácter condenatorio, pronunciado por la mayoría del Tribunal Segundo de Sentencia de San Miguel, en síntesis se resolvió: *"a) Declárase al señor JUAN ALEX A. M., de generales expresadas en el preámbulo de esta sentencia, RESPONSABLE DIRECTO del delito de VIOLACIÓN AGRAVADA, en perjuicio de la menor, y se le condena a sufrir la pena de DIEZ AÑOS DE PRISIÓN, la cual cumplirá el día veintidós de noviembre del año dos mil veinte; b) Absuélvase al sentenciado de responsabilidad civil y de costas procesales; c) Continúe en la detención en la que se encuentra."* (Sic)

II. MOTIVO DE CASACIÓN.

Al amparo del Art. 421 del Código Procesal Penal, el licenciado Luis Guillermo Flores, interpuso contra el pronunciamiento dictado, el correspondiente medio recursivo, en el cual se observa la invocación de una sola causal, acompañada de la fundamentación que la nutre. En ese orden de ideas, figura como defecto: *"AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y CONSECUENTE ERRÓNEA APLICACIÓN DE UN PRECEPTO LEGAL. Arts. 15 Cn., y 158 Pn."* Al respecto, ha expuesto: *"El principio de legalidad es violentado en la sentencia en el momento preciso de la elaboración del juicio de tipicidad del delito por parte del tribunal sentenciador, pues como lo exige el tipo penal contemplado en el Art. 158 del Código Penal, la realización del acceso carnal vaginal o anal, mediante la VIOLENCIA, elemento del tipo que no se configuró en el presente proceso por varias circunstancias: La primera, la ofendida ocultó el abuso sexual cometido en su perjuicio hasta que su madre se dio cuenta por los rumores que otras personas manifestaron, por lo que al decidir confrontarla la víctima denuncia un ACOSO SEXUAL y no una violación. En segundo lugar, según las cartas elaboradas por la menor que se encuentran dirigidas al procesado, se pueden leer los mensajes de amor y además el requerimiento de ayuda económica que la menor hacía al imputado. Ello corrobora la teoría que la relación entre la menor y el señor A. M., era una relación consentida por dicha menor, quien en ese momento era mayor de quince años. En tercer lugar, en el reconocimiento de órganos genitales practicados a la menor, el médico forense no observa señales de violencia en su cuerpo; ello tiene sentido porque la menor denunció meses después de ser "abusada" por mi representado, lo que impidió encontrar alguna evidencia que aclarara de mejor forma el hecho investigado y se debilita la credibilidad del testimonio de la víctima (...) Se tiene entonces, por establecido que el razonamiento hecho por el sentenciador para descartar la validez probatoria de las cartas en mención está alejado de las reglas de la sana crítica, en consecuencia, la teoría*

postulada por la defensa es válida y sustentada en elementos de prueba introducidos al proceso."(Sic.)

III. DEL EMPLAZAMIENTO.

De conformidad al Art. 426 del Código Procesal Penal, fue notificada respecto del medio impugnatorio interpuesto, la licenciada Sandra Jacqueline Quintanilla Nolasco, quien actúa en calidad de agente auxiliar del Fiscal General de la República, a fin de que vertiera su opinión técnica. Así pues, tal como consta a Fs. 146 del expediente judicial actualmente discutido, la referida profesional solicitó se inadmitiera el escrito, pues a su criterio, éste ha sido abordado de manera inadecuada, en tanto que omitió expresar el agravio ocasionado, ni el fundamento concreto por la cual recurre, destacando únicamente, que el sentenciador falló sin tener la certeza para condenar, ni hacer referencia a las disposiciones vulneradas. Por tales razones, estima que se está ante la presencia de una petición inconsistente que debe ser rechazada de entrada.

IV. CONSIDERACIONES DE ESTA SALA.

La reflexión inicial que este Tribunal agotará, se dirige a señalar que si bien es cierto, el memorial presentado por el Licenciado A. M., no fue sido dibujado bajo parámetros exhaustivos, ni de acuerdo a una satisfactoria técnica casacional; sus ideas más básicas permiten conocer a Casación, el defecto ocurrido en el análisis judicial. Es por ello que, el presente estudio estará encaminado a abordar los elementos del tipo penal del ilícito de Violación Agravada, en tanto que el recurrente fundamentó su queja precisamente en la ausencia de los elementos dogmáticos para tener por configurado el ilícito, al invocar el motivo de derecho denominado: *"Errónea aplicación de un precepto legal: Art. 158 del Código Penal"*.

Debido a que se ha propuesto como punto de análisis la comprensión del contenido intelectual de la norma sustantiva, es preciso desarrollar en primer término, el fundamento de los delitos sexuales y en seguida, aclarar los elementos esenciales de la figura básica de la Violación, para finalizar con las formas agravadas de comisión. Una vez que estos conceptos sean definidos, se procederá a cotejar los conceptos con la motivación jurídica que el sentenciador ha plasmado en la decisión actual objeto de comentario, todo ello a fin de concluir si con certeza subsiste el error denunciado.

(i) Fundamentos de los delitos sexuales.

La libertad sexual es una categoría de la libertad individual que por su contenido, merece igualmente la tutela penal; sin embargo, en atención al principio de "Mínima Intervención", que

caracteriza al Derecho Penal, sólo se reprimen aquellas conductas que en definitiva lesionan el bien jurídico de la libertad e indemnidad sexual.

Dentro del Título IV, Capítulo I del Código Penal, se regulan una serie de figuras punibles a través de las cuales el legislador sanciona los comportamientos que atentan la voluntad de ciertos individuos de asumir procederes sexuales, así como también contra aquellos actos sexualmente no deseados y cuya aceptación se trate de imponer al sujeto pasivo del ilícito.

En el caso de los adultos, se castigan las prácticas que obstaculicen la libre opción sexual; en el supuesto de los menores (sin entrar aquí a profundizar la discusión doctrinaria sobre la denominación indemnidad sexual), los tipos penales buscan preservar las condiciones básicas para que en el futuro ellos puedan alcanzar un libre desarrollo de su personalidad en la esfera sexual.

(ii) Elementos esenciales del tipo básico de la Violación.

Dentro de esta variedad de figuras contenidas en el acápite citado, se encuentra el tipo denominado: "VIOLACIÓN", el cual establece: *"El que mediante violencia tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con otra persona, será sancionado con prisión de seis a diez años"*. Respecto de este tipo básico, es necesario estudiar de manera minuciosa: a.) conducta típica, b.) sujeto activo y pasivo, y finalmente, c.) formas agravadas de ejecución.

a.) Conducta típica.

La violación es el ataque de máxima intensidad a la libertad sexual, y consiste en el acceso carnal o la penetración del miembro masculino en vía vaginal o anal de la víctima, realizado mediante violencia. El tratadista Creus, sostiene que esta especie de libertad es vulnerada al atacarse ilícitamente el ámbito de autodecisión de la persona, la cual consciente y libremente tiene la aptitud de resolver quién será o no admitido en su espacio esencial.

A propósito de la violencia, la doctrina es pacífica al distinguir los menoscabos realizados mediante violencia o *"vis física"*, de aquellos en los que el sujeto activo se vale de la intimidación, conocida también como *"vis compulsiva"*. La primera, se entiende que se dirige directamente sobre el cuerpo de la víctima, a modo de forcejeo corporal que obligue a practicar las relaciones íntimas, es decir, tiene que existir resistencia consciente de ella y su vencimiento por el autor. La violencia moral, consiste en lograr mediante actitudes y condiciones, la anulación de la capacidad de reaccionar o de actuar con ímpetu ante la acción del ofensor; aquí, es la amenaza de palabra o de obra de causar un daño inminente, posible y verosímil, el medio eficaz

para infundir temor al receptor. La coacción no requiere ser absoluta, ni irresistible, es suficiente que sea idónea, veraz y desprovista de indicios de broma o burla, para doblegar la voluntad de la destinataria. Así pues, puede concluirse que la violencia o intimidación no deben entenderse en términos absolutos, es decir que por su magnitud impidan cualquier reacción por parte de la perjudicada, bastando con que conste la utilización de la violencia, la agresión o la amenaza por parte del sujeto activo y la oposición decidida y constante de aquella, sin que le sean exigibles actos de resistencia más allá de lo que considere razonable atendidas las circunstancias. (Cfr. Calderón Cerezo, A. "Derecho Penal. Parte Especial". T. II, Edit. Bosch; Barcelona, 1999).

Entonces, la conducta radica en el contacto físico o corporal, entre el sujeto activo y la víctima, que se ve compelida a ejecutar un evento de naturaleza sexual contra su consentimiento.

Este tipo sólo exige la concurrencia del ánimo libidinoso o propósito lúbrico de satisfacer deseos sexuales, de manera tal, que únicamente se acepta la presencia del dolo directo.

b.) Sujeto activo y pasivo.

El autor de la infracción es quien comete el acceso carnal, al realizar la acción corporal descrita en el tipo.

En cuanto al sujeto pasivo, en párrafos precedentes se ha mencionado que son objeto de este ataque los adultos, los enfermos o deficientes mentales y los menores. Para el caso concreto, se explayará el estudio respecto de este último sector. En ese entendimiento, la especial protección a los menores, está sustentada en el derecho que les corresponde a no experimentar perturbación o daño en sus aptitudes físicas, psíquicas o emocionales, como resultado de su sometimiento a una actividad sexual indeseada o aún permitida, ya que esto, podría ocasionar una aptitud traumatizante que involucraría cualquier ejercicio inadecuado de la sexualidad. Ante este sector poblacional, el Estado toma una posición de garante, precisamente en tanto que se presume que el grupo ahí comprendido, no posee aquella capacidad para consentir o rechazar una relación sexual libremente, tampoco poseen madurez o capacidad para autodeterminarse en el ámbito de la sexualidad. Es necesario aclarar aquí, que para configurar la conducta punible, no es necesaria la utilización de la fuerza física o la grave amenaza, pues el delito de violación sexual de menor se configura aun cuando el autor cuente con el consentimiento de la víctima para realizar el acto sexual; es decir, a pesar que el menor exprese indudablemente su participación en el acto, éste se reputa sin valor legal.

iii.) Agravamiento.

Es claro que el Capítulo I de este Título, instaura una agravación genérica que afecta los tipos de "violación", "agresión sexual" y "otras agresiones sexuales", cuando concurren determinadas circunstancias que permiten al sentenciador incrementar la pena de forma muy importante, es decir, hasta en una tercera parte. Entre dichas circunstancias figura la número tres del Art. 162 del Código Penal: *"Cuando la víctima fuere menor de dieciocho años de edad"*.

El legislador consideró como factor de intensificación a la pena, que la víctima fuese menor de la edad citada, extendiendo así el rango de salvaguardia, y además, lo adecuó a los parámetros creados por la Convención sobre Derechos del Niño, Art. 1º la cual cita que niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad. Este resguardo descansa en el Principio del Interés Superior del Menor, el que goza de reconocimiento internacional, y pretende reforzar la tutela de los niños no sólo como plenos sujetos de derechos humanos, sino también por su calidad de grupo más vulnerable, concepto que debe primar al momento de resolver cuestiones que le afecten. De igual manera, descansa en el Principio de Protección Especial, acogido en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, y esta directriz supone que el niño por su falta de madurez física y mental, necesita amparo y cuidados especiales.

IV.) Contexto actual de la fundamentación jurídica de la decisión objeto de comentario.

Dentro del acápite titulado: "VALORACIÓN DE LA PRUEBA OFRECIDA Y ADMITIDA", el sentenciador expuso: *"Todo lleva a concluir al Tribunal con certeza positiva que el señor JUAN ALEX A. M., cometió el delito de VIOLACIÓN AGRAVADA, en perjuicio de la menor, al tener relaciones sexuales o sea, introduciéndole el pene vía vaginal, en contra de la voluntad de la menor, aprovechándose de la disparidad de la edad, la necesidad económica y el temor ocasionado en la víctima a través de la violencia o intimidación de ocasionarle daño a ella o a sus familiares cercanos, por lo que es procedente declararlo por mayoría responsable directo de dicho delito."* (Sic).

Si bien es cierto, el juicio de tipicidad no fue agotado con exhaustividad, es evidente que dentro de sus elementos fueron considerados, por una parte, la falta de consentimiento, y por otro, la violencia como innegable consecuencia que genera la ausencia de voluntad. Ante este nivel de discusión, el litigante ha insistido en señalar que, se está ante la presencia de una "relación consentida", y esto se fundamenta, en las diversas cartas de amor elaboradas por la víctima y dirigidas a la persona del imputado, las que conforman el acervo documental que fue incorporado oportunamente al proceso. Sobre este particular, es preciso insistir en lo que ha sido desarrollado

con amplitud en párrafos precedentes: los menores de dieciocho años no poseen suficiente discernimiento y madurez, para disponer sobre su sexualidad; y aún de mediar el consentimiento en una relación menor-adulto, esa anuencia resulta inválida e ineficaz.(Al respecto, véanse los fallos referencias 240-CAS-2009 y 151C2012, entre otros, pronunciados respectivamente a las diez horas del día tres de mayo del año dos mil doce y a las nueve horas con once minutos del día veintidós de mayo del año dos mil trece.)

Además, el inconforme indica que la ausencia de rastros físicos en el cuerpo de la menor, se debe a que se le practicó el examen de genitales con severos meses de posterioridad al supuesto ataque recibido y a consecuencia de ello, es imposible detectar la violencia cometida. Ante este punto, es preciso aclarar que las huellas o vestigios, son un dato confirmatorio respecto de la circunstancia de la violencia física o corporal ejercida en contra de la ofendida, pero su ausencia, tampoco implica suponer de manera inmediata que hubo consentimiento en el acto o mucho menos, que la transgresión no existió. Piénsese aquí, en esos supuestos de una diferencia considerable de edades, como en el presente caso, en el cual las fuerzas que el agresor despliegue para doblegar la voluntad de la víctima, serán evidentemente de menor intensidad. Entonces, suponer que por la mera ausencia del examen de genitales, en el contexto del caso en estudio -que la denuncia fue con meses anteriores a los abusos- resta fiabilidad o credibilidad a la deposición de la menor, es un equívoco por parte del litigante y que de ninguna manera resta validez al razonamiento judicial, el cual ha sido atinado en señalar, que la violencia no fue desarrollada en el campo físico, sino en el psicológico, pues consistió en las reiteradas manifestaciones del imputado de ocasionarle daño a la menor o a los familiares cercanos.

En definitiva, los conceptos empleados por el recurrente, no se adecuan a los elementos dogmáticos del delito de Violación Agravada y únicamente se encaminan a invalidar sin un sustento jurídico la figura punible por la cual fue condenado **JUAN ALEX A. M.**

POR TANTO: Conforme a los fundamentos vertidos, disposiciones legales citadas y Arts.50 Inc.2º No. 1, 357, 421, 422 y 427 del Código Procesal Penal, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala **RESUELVE:**

1. **NO HA LUGAR A CASAR LA SENTENCIA DE MÉRITO**, por el motivo de casación interpuesto por el licenciado Luis Guillermo Flores, quien actúa en calidad de defensor particular del señor **JUAN ALEX A. M.**

2. Remítanse las presentes diligencias al tribunal de origen, para los efectos legales

consiguientes.

NOTIFÍQUESE.

D. L. R. GALINDO----- R. M FORTIN H. -----M. TREJO-----

PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN.-----

-----ILEGIBLE-----SRIO-----RUBRICADAS.