Guía de Actuación (Manual de Procedimientos) Fiscal para la investigación de los delitos de Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes y delitos contra la Libertad Sexual relacionados

ÍNDICE

		Página
Introducción		4
ASPECTOS PRELIMINARES		7
I.	DEFINICIONES	7
1.1.	Trata de personas y tráfico ilícito de personas	7
1.2.	Explotación Sexual Comercial	9
II.	NORMATIVA INTERNACIONAL APLICABLE	9
2.1.	Instrumentos sobre la delincuencia organizada relacionada con delitos de trata de personas y ESC	10
2.2.	Instrumentos sobre los derechos de las mujeres	13
2.3.	Instrumentos sobre los derechos de niños, niñas y adolescentes	14
2.4.	Instrumentos sobre el trato adecuado a víctimas	17
CONTENIDO DOGMÁTICO Y PROBATORIO DE LOS DELITOS DE TRATA, ESC Y DELITOS CONEXOS		19
I.	DELITOS DE TRATA Y TRÁFICO ILÍCITO DE PERSONAS	19
Trata de Personas		19
Agravantes al delito de Trata de Personas		30
Tráfico Ilegal de Personas		32
II.	DELITOS DE ESC Y CONEXOS	42
BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL		42
Violación		44
Violación en Menor o Incapaz		52
Otras Agresiones Sexuales		58
Agresión Sexual en Menor e Incapaz		64

Violación y Agresión Sexual Agravada 67

Estupro 72

Estupro por Prevalimiento 75

Acoso Sexual 77

Acto Sexual Diverso 80

Corrupción de Menores e Incapaces 83

Corrupción Agravada 88

Inducción, Promoción y Favorecimiento de Actos Sexuales o Eróticos 90

Remuneración por Actos Sexuales o Eróticos 95

Determinación a la Prostitución 98

Oferta y Demanda de Prostitución Ajena 103

Exhibiciones Obscenas 105

Pornografía 109

Utilización de Personas menores de 18 años e incapaces o deficientes en Pornografía 115

Posesión de Pornografía 122

Agravantes de 173-B 125

Indemnizaciones Especiales 127

CUADROS RESÚMENES DE TIPOS PENALES 128

BIBLIOGRAFÍA 131

LEGISLACIÓN 134

JURISPRUDENCIA 136

ABREVIATURAS 137

INTRODUCCIÓN

La trata de personas y las diversas formas de explotación sexual comercial –en adelante, también denominada "ESC"– constituyen dos de las más terribles formas de la esclavitud moderna. Su efectivo combate requiere respuestas idóneas tanto de política criminal; de la dogmática jurídico–penal; de técnicas efectivas de investigación y procesamiento a los responsables, así como de atención a las víctimas.

La trata de seres humanos afecta a ingentes grupos de personas en todo el mundo. Ya en 2005, la OIT apreciaba que "[e]*l número mínimo estimado de personas en situación de trabajo forzoso en un momento dado como consecuencia de la trata es de 2,450,000*.",[1] de los cuales, a ese año, aproximadamente 250 mil personas se encontraban en los países de América Latina y el Caribe.

De lo anterior, y específicamente sobre la trata de seres humanos con fines de explotación sexual comercial, "*[…] una abrumadora mayoría del 98 por ciento son mujeres y niñas*",[2] constituyéndose en una de las más graves expresiones de violencia de género –por configurar prácticas de discriminación basadas en el sexo– dados los prejuicios y estereotipos contra la mujer, otorgándoles un carácter de "objeto sexual" que busca negar su dignidad humana.[3]

Tanto la oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Relatora Especial de las Naciones Unidas para la Violencia Contra las Mujeres, el Fondo de las Naciones Unidas para la infancia (UNICEF) como la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) –entre otras– han reconocido que la trata de seres humanos constituye violaciones a derechos humanos que se realizan en actos de ESC, trabajo forzado, servidumbre, esclavitud, etc.

Así, estas violaciones a derechos humanos generan para los Estados las obligaciones tanto de investigar, procesar y sancionar a los responsables, como de procurar la reparación a las víctimas.[4]

---

[1] OIT: *Una alianza global contra el trabajo forzoso*, p. 15.
[2] *Ídem*, p. 16.
[3] "*El género se refiere a las diferencias creadas entre unos y otras por la sociedad, así como a las percepciones construidas en los ámbitos cultural y social sobre esas diferencias. Es una creación social que frecuentemente se contrasta con el término 'sexo', que se refiere más bien, a las diferencias biológicas entre hombres y mujeres.*" IIDH: *Los derechos humanos de las mujeres: fortaleciendo su promoción y protección internacional*, p. 74.
[4] Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con competencia contenciosa para El Salvador, ha sostenido que "[e]*l Estado parte de la Convención Americana tiene el deber de investigar las violaciones de los derechos humanos y sancionar a los autores y a quienes encubran dichas violaciones. Y toda persona que se considere víctima de éstas o bien sus familiares tienen derecho de acceder a la justicia para conseguir que se cumpla, en su beneficio y en el del conjunto de la sociedad, ese deber del Estado*". Cfr., entre otras, las siguientes sentencias de la Corte IDH: *Caso Bulacio Vrs. Argentina*, de 18 de septiembre de 2003, párr. 110; *Caso Juan Humberto Sánchez Vrs. Honduras*, de 7 de junio de 2003, párr. 184.

En ese sentido, el Código Penal de El Salvador vigente desde el año 1998, optó por regular los delitos contra la libertad sexual en el Título IV denominado de esa manera, el cual contiene cuatro capítulos: I.- De la violación y otras agresiones sexuales; II.- Del estupro; III.- Otros ataques a la libertad sexual; y IV.- Disposición común, que comprenden del Art. 158 al 174 de tal normativa. Sin embargo, aún con esa regulación, la legislación no prohibía con contundencia y claridad el fenómeno de la explotación sexual comercial, principalmente de niños, niñas y adolescentes.

En tal contexto, a nivel internacional se desarrollaron diversos instrumentos de Derecho relacionados con el tema, entre ellos el Convenio 182 de la OIT sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil (2000); la Convención Interamericana de la OEA sobre Tráfico Internacional de Menores (2001); la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2004) y su Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños (2004) y el Protocolo Facultativo de la Convención de naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1990) relativo a la Venta de Niños, Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en Pornografía (2004).

Tal normativa internacional contiene, con diversas formulas, la obligación de los Estados partes de adecuar las leyes nacionales a sus contenidos mínimos, lo que llevó a un proceso de reformas a las normativas penales de diversos países, en particular de la región centroamericana y en el caso de El Salvador, al proceso de revisión de la legislación que concluyó en los años 2003 y 2004 con la promulgación de los Decretos 210 y 457 que reforman el Código Penal en los delitos contra la libertad sexual, agravando sus penas o reformando los elementos típicos; se introducen nuevos tipos penales como la Remuneración por Actos Sexuales o Eróticos (Art. 169-A); Oferta y Demanda de Prostitución Ajena (Art. 170-A; Trata de Personas (Art. 367-B) y una tipificación de sus agravantes (Art. 367-C), entre otros, que son objeto principal de análisis en el presente documento.

Todo el proceso anterior tuvo una incidencia importante en el desarrollo institucional de la Fiscalía General de la República, pues como consecuencia de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, se crea, a finales de 1992, la Unidad de Delitos del Menor y la Mujer, inicialmente ubicadas sólo en las oficinas centrales en San Salvador, a efecto de que personal especializado atendiera a las víctimas más vulnerables de estos delitos, como son la niñas, niños y mujeres. En 1993 se crearon equipos multidisciplinarios compuestos por psicólogos y trabajadores sociales, iniciando con la atención de la violencia intrafamiliar.

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la nueva normativa penal y procesal penal en abril de 1998, la Fiscalía se descentraliza y crea oficinas subregionales, para tener presencia en las 14 cabeceras departamentales y en determinadas ciudades del área metropolitana de San Salvador, completando 19 oficinas, en cada una de las cuales se creó una Unidad de Delitos del Menor y la Mujer y algunas fueron dotadas también con equipo multidisciplinario.

Para el año 2003, en virtud de la identificación de conductas que no se encontraban sancionadas penalmente y de las obligaciones asumidas internacionalmente, la Asamblea Legislativa, por medio de la Comisión de la Niñez y Familia, convocó a diversos sectores a integrar mesas de discusión sobre las necesidades de reformas, en las que participan activamente miembros de las Unidades de Delitos del Menor y la Mujer de la Fiscalía General de la República. Tales discusiones dan lugar a las reformas penales de ese y del siguiente año.

Llegados a este punto, es vital realizar un análisis dogmático y de elaboración de parámetros de investigación y recolección de evidencias, que permitan llevar a mejor término los procedimientos fiscales en estos delitos, así como en todos aquellos relacionados con la libertad sexual, a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

El presente manual se ha dividido en dos grandes secciones: la primera, sobre cuestiones preliminares, contiene dos capítulos. El primero de éstos aborda las definiciones más comunes, particularmente en lo referido a la trata de personas, el tráfico ilícito de personas y las diferentes modalidades de explotación sexual comercial, definiciones todas que tienen efectos jurídicos.

En el capítulo II se desarrolla una breve explicación de los principales instrumentos internacionales sobre la materia, aplicables en El Salvador, según las siguientes categorías de interés para el trabajo fiscal: instrumentos sobre delincuencia organizada; sobre delitos de trata de personas y ESC; sobre los derechos de las mujeres; sobre los derechos de niños, niñas y adolescentes, e instrumentos sobre el trato adecuado a víctimas.

En la segunda sección se desarrolla el análisis dogmático y probatorio de los delitos de Trata de Personas, Tráfico Ilegal de Personas, delitos de Explotación Sexual Comercial y otros delitos contra la libertad sexual.

El desarrollo del análisis dogmático en cada delito responde a una estructura común: bien jurídico protegido; sujetos activo y pasivo; conducta(s) típica(s); tipicidad subjetiva; formas de autoría y participación y concursos.

Sobre los aspectos de investigación y prueba, se han desarrollado los elementos y/o diligencias básicos –no se agotan ya que cada caso es diferente– para establecer tanto la responsabilidad penal como la responsabilidad civil.

Finalmente, esta guía de actuación fiscal ha sido desarrollada gracias a la valiosa contribución de decenas de fiscales de todo el país, quienes participaron en talleres de recolección de insumos y de validación del documento. Ellos y ellas realizaron grandes aportes desde su experiencia práctica en la investigación y promoción de la acción penal de todos estos delitos.

ASPECTOS PRELIMINARES

I. DEFINICIONES

1.1. Trata de personas y tráfico ilícito de personas

El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas especialmente mujeres y niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional[5] –en adelante, el "Protocolo CNUDOT define que, para los fines del protocolo:

> *1. Se entiende por Trata de Personas "la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos".*
>
> *2. El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar, no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en el numeral anterior.*
>
> *3. La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "Trata de Personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo.*
>
> *4. Por niño se entenderá toda persona menor de 18 años.*

La trata de personas es pues, "[…] *un acto o serie de actos cometidos por grupos o individuos que abusan de la vulnerabilidad de otros con fines de lucro.*"[6]

Sin embargo, cabe aclarar que hay diferencias sustanciales entre trata de personas y tráfico ilícito de migrantes. Así, el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por

[5] Ratificado mediante Decreto Legislativo No. 238, del 18 de diciembre de 2003, publicada en el D.O. 240, Tomo 361, del 23 de diciembre de 2003.

[6] PLANT, Roger: "Explotación laboral en el siglo XXI", 2008. Recurso disponible en www.ilo.org/sapfl/Informationresources/NonILOpublications/lang--es/docName--WCMS_091964/index.htm

Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional[7] -en adelante, el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes– ha señalado que:

> a) *Por "tráfico ilícito de migrantes" se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material;*
> b) *Por "entrada ilegal" se entenderá el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor;*
> c) *Por "documento de identidad o de viaje falso" se entenderá cualquier documento de viaje o de identidad:*
>
> *i) Elaborado o expedido de forma espuria o alterado materialmente por cualquiera que no sea la persona o entidad legalmente autorizada para producir o expedir el documento de viaje o de identidad en nombre de un Estado; o*
>
> *ii) Expedido u obtenido indebidamente mediante declaración falsa, corrupción o coacción o de cualquier otra forma ilegal; o*
>
> *iii) Utilizado por una persona que no sea su titular legítimo;*
>
> d) *Por "buque" se entenderá cualquier tipo de embarcación, con inclusión de las embarcaciones sin desplazamiento y los hidroaviones, que se utilice o pueda utilizarse como medio de transporte sobre el agua, excluidos los buques de guerra, los buques auxiliares de la armada u otros buques que sean propiedad de un Estado o explotados por éste y que en ese momento se empleen únicamente en servicios oficiales no comerciales*.[8]

Así entonces, se comprende que el tráfico ilícito de migrantes no implica la explotación o los fines de explotación –sexual, laboral, extracción de órganos, etc. – que sí requiere la trata de personas.[9] Más bien, el tráfico ilícito lo que pretende es burlar los controles migratorios de los Estados, con fines de lucro para el traficante, sin importar el riesgo en que eventualmente se coloque a la persona con la cual se trafica.

Otra diferencia importante es que el tráfico ilícito implica la intención de ingresar a personas en territorios extranjeros, sin la autorización prevista para cada caso; en cambio la trata puede efectuarse dentro del territorio del Estado en que la víctima es nacional, sin requerirse necesariamente la intención o paso a otro país.

Finalmente, la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes es que en el primero de los delitos, se utilizan medios como la abducción o secuestro, la coerción o amenazas, el engaño y la violencia física –excepto en el caso de NNA, que, como se ha señalado *supra*, no es imprescindible– y en el tráfico ilícito no es necesario que tales medios estén presentes.

---

[7] Ratificada mediante Decreto Legislativo No. 237, del 18 de diciembre de 2003, publicada en el D.O. 240, Tomo 361, del 23 de diciembre de 2003.
[8] Art. 3 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes.
[9] *Cfr.* OIT: *Trata de seres humanos y trabajo forzoso como forma de explotación*, p. 12.

1.2. Explotación Sexual Comercial

El Protocolo CNUDOT determina que por explotación se entiende, como mínimo, "[…] *la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos*".[10]

La ESC es una forma de explotación que comporta la aplicación de medios aberrantes como la violencia física (agresiones, lesiones, golpes, privación de alimentación o de atención médica, etc.), violencia psíquica (como las amenazas, insultos, coacciones, etc.), la privación de libertad, entre otras.

Explotación Sexual Comercial implica, pues, el uso de un ser humano como objeto, en actividades de naturaleza lúbrica, como prostitución, producción de materiales pornográficos, actos eróticos, etc., como resultado de haber sido sometido mediante la abducción, amenaza o coerción, abuso de autoridad, endeudamiento o engaño y con un ánimo de lucro por parte de el o los explotadores.

Pese a lo anterior, hay que aclarar que en el caso de personas menores de 18 años de edad, no es necesaria la aplicación de los métodos antes descritos ya que aún cuando no existan, la mera utilización de niños, niñas o adolescentes –en adelante, también NNA– en cualquier actividad de prostitución, producción de material pornográfico, etc., se considerará ESC.

La Organización Internacional del Trabajo –en adelante, la OIT– ha identificado las siguientes formas de ESC:[11]

- Relaciones sexuales remuneradas, que no se refieren exclusivamente a las relaciones coitales, sino que incluyen otras actividades de naturaleza erótica que implique un acercamiento lúbrico entre el cliente – explotador y la víctima.
- Producción, distribución, divulgación –inclusive por Internet– de material pornográfico.
- Espectáculos sexuales de carácter público o privado.
- Demanda de explotadores locales.
- Demanda de explotadores extranjeros (conocido como "turismo sexual").
- Trata de NNA con fines de explotación sexual.

II. NORMATIVA INTERNACIONAL APLICABLE

La preocupación de la comunidad internacional sobre los graves efectos provocados por la criminalidad organizada y la comisión de delitos de trata, explotación sexual comercial y aquellos conexos, ha generado diversos instrumentos internacionales aplicables en El Salvador que podemos dividir de la siguiente forma:

[10] Art. 3.a) del Protocolo CNUDOT.
[11] Cfr. OIT: *Línea de Base sobre Explotación Sexual Comercial de niños, niñas y adolescentes en el municipio de San Salvador 2004*, pp. 18-19.

2.1. Instrumentos sobre la delincuencia organizada relacionada con delitos de trata de personas y ESC

En virtud de las modalidades que la delincuencia utiliza para realizar tanto el tráfico ilegal de personas como la trata de seres humanos, en el que por regla general están involucrados más de una persona –coyotes, polleros, traficantes, tratantes–, para distribuirse todas las funciones que supone tanto el traslado como la explotación de las víctimas de estos ilícitos,[12] los Estados Partes de la ONU adoptaron la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional –en adelante, la Convención de Palermo[13]–, a fin de "[…] *promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional*".[14]

La Convención de Palermo –entre otros aspectos– contiene:

a) Definiciones sobre lo que los Estados partes deben entender por determinados conceptos básicos del derecho sustantivo penal, como: grupo delictivo organizado, delito grave, grupo estructurado, bienes, producto del delito, delito determinante y otros.
b) Las obligaciones de los Estados partes sobre la penalización de conductas vinculadas con el crimen organizado que deben adoptar, entre las que se encuentran: Participación en un grupo delictivo organizado, blanqueo del producto del delito, corrupción y responsabilidad de las personas jurídicas.
c) Regulación sobre los procedimientos o procesos que deben adoptarse para sancionar todas esas conductas, la cooperación internacional que deben brindarse los Estados partes y regulación sobre el proceso de extradición para los sujetos procesados por la comisión de los delitos a que se refiere la Convención.

En tal sentido la Convención de Palermo entiende por crimen o delincuencia organizada las siguientes categorías:

a. "Por "grupo delictivo organizado" se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material;
b. Por "delito grave" se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave;

[12] En virtud que este tipo de crímenes requieren, por lo general, la intervención de múltiples actores que van desde las personas que ofrecen el servicio o reclutan para la actividad ilícita por cualquier medio; los que guían en el espacio geográfico, en distintos territorios de un mismo país, o en el de varios países; aquellos que dan custodia, alojamiento o protección mientras se desarrolla travesía, hasta los que realizan el cobro posterior a la conclusión del viaje o realizan la explotación de las víctimas de trata.
[13] Por haber sido firmada por los plenipotenciarios de los Estados Partes en Palermo, Italia, el 12 de diciembre de 2000. Ratificada mediante Decreto Legislativo No. 164, del 16 de octubre de 2003 y publicada en el D.O. 211, tomo 361 de fecha 12 de noviembre de 2003.
[14] Art. 1 de la Convención de Palermo.

c. Por "grupo estructurado" se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada;".[15]

Además dispone que lo que se entenderá por delito transnacional al indicar que:

"[…] *el delito será de carácter transnacional sí:*

a. Se comete en más de un Estado;
b. Se comete dentro de un solo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado;
c. Se comete dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades en más de un Estado; o
d. Se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado."[16]

Esta convención, como lo ha señalado GÓMEZ TAGLE LÓPEZ[17] "[…] *es valorada como uno de los instrumentos más importantes que se han firmado en los últimos tiempos, en virtud de que ha logrado reunir un alto consenso internacional*",[18] posee tres Protocolos que la complementan:

1) Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional.[19]
2) Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional.[20]
3) Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones que complementa la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional.[21]

---

[15] Art. 2 de la Convención de Palermo.
[16] Art. 3.2 de la Convención de Palermo.
[17] GOMEZ TAGLE LÓPEZ, E: *La explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes. Una aproximación sociológica*,, p. 219.
[18] En la página web de la Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito (ver: www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/signatures.html**)** se señala que a la fecha son signatarios de la CNUDOT 147 Estados y son parte del mismo 146. En cuanto al Protocolo CNUDOT, son 117 Estados signatarios y 123 Estados partes; y en el de Migración por Tierra, Mar y Aire son 112 Estados signatarios y 114 Estados partes.
[19] Protocolo CNUDOT. Ver *supra* cita 5.
[20] Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes. Ver *supra* cita 7.
[21] Ratificada mediante Decreto Legislativo No. 238, del 23 de octubre de 2003, publicada en el D.O. 218, Tomo 361, del 21 de noviembre de 2003.

Por el contenido relevante para el presente análisis, los dos primeros protocolos ya han sido relacionados, sin embargo, en el caso del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes, además de distinguir la conducta que debe ser sancionada por los Estados partes de la trata de personas contenida en el primer Protocolo, establece que los Estados partes se comprometen a penalizar, de acuerdo a su derecho interno, los siguientes actos:

> *"1.* […]*cuando se cometan intencionalmente y con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material:*
> *a) El tráfico ilícito de migrantes;*
> *b) Cuando se cometan con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes:*
> *i) La creación de un documento de viaje o de identidad falso;*
> *ii) La facilitación, el suministro o la posesión de tal documento.*
> *c) La habilitación de una persona que no sea nacional o residente permanente para permanecer en el Estado interesado sin haber cumplido los requisitos para permanecer legalmente en ese Estado, recurriendo a los medios mencionados en el apartado b) del presente párrafo o a cualquier otro medio ilegal.*
>
> *2.* […]*:*
> *a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo;*
> *b) La participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al apartado a), al inciso i) del apartado b) o al apartado c) del párrafo 1 del presente artículo y, con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al inciso ii) del apartado b) del párrafo 1 del presente artículo; y*
> *c) La organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo.*
>
> *3.* […]*considerar como circunstancia agravante de los delitos tipificados con arreglo al apartado a), del inciso i) del apartado b) y al apartado c) del párrafo 1 del presente artículo y, con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, de los delitos tipificados con arreglo a los apartados b) y c) del párrafo 2 del presente artículo toda circunstancia que:*
> *a) Ponga en peligro o pueda poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados; o*
> *b) Dé lugar a un trato inhumano o degradante de esos migrantes, en particular con el propósito de explotación.*
>
> *4. Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo impedirá que un Estado Parte adopte medidas contra toda persona cuya conducta constituya delito con arreglo a su derecho interno.*

2.2. Instrumentos sobre los derechos de las mujeres

Como se ha sostenido en la introducción de la presente guía, la ESC de mujeres constituye una forma de discriminación contra éstas. Al respecto, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer[22] -conocida como CEDAW, por sus siglas en inglés– señala que:

> "[…] *la expresión 'discriminación contra la mujer' denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económicas, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera*".[23]

Estableciendo, además, la obligación de los Estados Partes de esta Convención de tomar

> "[…] *todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer*".[24]

Por su parte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –mejor conocida como Convención de Belém do Pará–[25] establece que:

> "[…] *debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado."*[26]

Por lo anterior, la Convención de Belém do Pará determina que los actos de violación, abuso sexual, trata de personas, prostitución forzada y acoso sexual, entre otros, son constitutivos de violencia contra la mujer,[27] y que en ese sentido, constituyen "[…] *una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales* […]" además de ser "[…] *una ofensa a la dignidad humana*", por lo cual los Estados Partes, incluido El

[22] Adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Ratificada por Decreto Legislativo 705 de fecha 2 de junio de 1981 y publicada en el D.O. 105, tomo 271 de fecha 9 de junio de 1981.
[23] Art. 1 de la CEDAW.
[24] Art. 6 de la CEDAW.
[25] Por haber sido adoptada en Belém do Pará, Brasil, por la Asamblea General de la OEA el 9 de junio de 1994. Decreto Legislativo N° 430 del 23 de agosto de 1995, publicada en el D.O. 154, Tomo 328 del 23 de Agosto de 1995.
[26] Art. 1 de la Convención de Belém do Pará.
[27] Art. 2.b de la Convención de Belém do Pará.

Salvador, se han comprometido a "[…] *actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer*".[28]

2.3. Instrumentos sobre los derechos de niños, niñas y adolescentes

Los Estados reunidos en la ONU han tenido presente que "[…] *el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento*".[29]

Así, la Convención sobre los Derechos del Niño establece que "[…] *se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*"[30] y que "[l]*os Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero*".[31]

Por su parte, la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores[32] precisa que:

> "*a) 'Menor' significa todo ser humano cuya edad sea inferior a dieciocho años.*
> *b) 'Tráfico internacional de menores' significa la substracción, el traslado o la retención, o la tentativa de substracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos.*
> *c) 'Propósitos ilícitos' incluyen, entre otros, prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro propósito ilícito, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se halle localizado.*
> *d) 'Medios Ilícitos' incluyen, entre otros, secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro medio ilícito ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se encuentre."*[33]

La misma Convención ordena que "[l]*as autoridades competentes de un Estado parte que constaten en el territorio sometido a su jurisdicción la presencia de una víctima de tráfico internacional de menores deberán adoptar las medidas inmediatas que sean*

[28] Art. 7.b) de la misma Convención.
[29] Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada el 27 de abril de 1990 y publicada en el D.O. 108, tomo 307 de fecha 9 de octubre de 1990.
[30] Art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.
[31] Art. 11 de la misma Convención.
[32] Ratificada por Decreto Legislativo 651 de fecha 17 de marzo de 2005 y publicada en el D.O. 77, tomo 367 de fecha 26 de abril de 2005.
[33] Art. 2 de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.

necesarias para su protección, incluso aquellas de carácter preventivo que impidan el traslado indebido del menor a otro Estado".[34]

Sobre la ESCNNA, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización en la Pornografía –en adelante denominado Protocolo de la CDN–[35] ha determinado lo siguiente:

> "*a) Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución;*
>
> *b) Por prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución;*
>
> *c) Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales*."[36]

Agregando que:

> "*1. Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente:*
>
> *a) En relación con la venta de niños, en el sentido en que se define en el artículo 2:*
>
> *i) Ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio, un niño con fines de:*
>
> *a. Explotación sexual del niño;*
>
> *b. Transferencia con fines de lucro de órganos del niño;*
>
> *c. Trabajo forzoso del niño;*
>
> *ii) Inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción;*

[34] Art. 16.1 de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.
[35] Ratificado por D.L. No 280 de fecha 25 de febrero de 2004 y publicado en el D.O. 57, tomo 362 de fecha 23 de marzo de 2004.
[36] Art. 2 del Protocolo CDN.

> *b) La oferta, posesión, adquisición o entrega de un niño con fines de prostitución, en el sentido en que se define en el artículo 2;*
>
> *c) La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el artículo 2.*"[37]

Por su parte, el Convenio sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación, de la OIT, –mejor conocido como el Convenio 182 de OIT–[38] establece que dentro de la expresión de "peores formas de trabajo infantil" se encuentran:

> "*a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;*
> *b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas*".[39]

El Convenio 182 obliga, entonces a:

> "*1. Todo Miembro deberá adoptar cuantas medidas sean necesarias para garantizar la aplicación y el cumplimiento efectivos de las disposiciones por las que se dé efecto al presente Convenio, incluidos el establecimiento y la aplicación de sanciones penales o, según proceda, de otra índole.*
>
> *2. Todo miembro deberá adoptar, teniendo en cuanta la importancia de la educación para la eliminación del trabajo infantil, medidas efectivas y en un plazo determinado con el fin de:*
>
> *a) Impedir la ocupación de niños en las peores formas de trabajo infantil;*
>
> *b) Prestar la asistencia directa necesaria y adecuada para librar a los niños de las peores formas de trabajo infantil y asegurar su rehabilitación e inserción social;*
>
> *c) Asegurar a todos los niños que hayan sido librados de las peores formas de trabajo infantil el acceso a la enseñanza básica gratuita y, cuando sea posible y adecuado, a la formación profesional;*

[37] Art. 3 del mismo Protocolo citado *supra*.
[38] Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por D.L. Nº 28, del 15 de junio de 2000, publicado en el D.O. 134, tomo 348, del 18 de julio de 2000.
[39] Art. 3 del Convenio 182.

> *d) Identificar a los niños que están particularmente expuestos y entrar en contacto directo con ellos; y*
>
> *e) Tener en cuenta la situación particular de las niñas.*"[40]

De la misma forma, la OIT ha recomendado a todos los Estados Miembros que deben:

> "[…] *tomar disposiciones a fin de que se consideren actos delictivos las peores formas de trabajo infantil que se indican a continuación:*
> *a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;*
> *b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas.*"[41]

2.4. Instrumentos sobre el trato adecuado a víctimas

Debemos recordar que, según el Art. 1 de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder,[42] se entenderá por víctimas "[…] *las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder*".

Dadas las graves afectaciones a los más elementales derechos que pueden haber sufrido las víctimas de esta clase de delitos, su bienestar físico y psíquico debe procurarse en todas las etapas de la investigación y del proceso penal.

Como tales, las víctimas deberán ser "[…] *tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.*"[43]

Lo anterior implica, entre otros aspectos, la protección de "[…] *la privacidad y la identidad de las víctimas de la trata de personas, en particular, entre otras cosas, previendo la confidencialidad de las actuaciones judiciales relativas a dicha trata.*"[44]

Por otra parte, en cada caso se deben tomar las medidas necesarias para "[…] *proteger a las víctimas de trata de personas, especialmente las mujeres y los niños, contra un nuevo riesgo de victimización*".[45]

---

[40] Art. 7 del Convenio 182.
[41] Recomendación 190 de la OIT sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil. Art. 12.
[42] Adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.
[43] Art. 4 de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder.
[44] Art. 6.1 del Protocolo CNUDOT.
[45] Art. 9.1.b) del Protocolo CNUDOT.

El deber de respeto y consideración a las víctimas implica el conocimiento y comprensión de las particularidades que pueda presentar cada una de ellas, en virtud tanto del tipo de delitos a los que se hacen referencia,[46] como por las consecuencias que éstas sufren en los planos tanto físico, psicoemocional, sexual y conductual.[47] Así, por ejemplo, es preciso en cada caso, diseñar una estrategia para sortear las dificultades que, en muchas ocasiones, comporta la obtención de declaraciones de las víctimas de delitos de trata y de ESC. OIT ha señalado que "[l]*as propias víctimas pueden mostrarse reacias a prestar testimonio, no sólo por temor a las represalias de quienes las explotan, sino quizá también a las medidas que podrían emprender contra ellas las autoridades de inmigración u otras instituciones encargadas de velar por el cumplimiento de la ley*".[48]

También es importante recordar que cuando se trate de víctimas extranjeras, inclusive aquellas que –de alguna forma, voluntaria o coaccionada– han cometido algún ilícito en el país (como uso de documentos falsos o uso falso de documento de identidad), habrá que adecuar la actuación a las obligaciones dimanantes de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares,[49] que, en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, obliga a respetar y hacer valer derechos a favor del extranjero, entre los que están el derecho a la información sobre la asistencia consular y el derecho a la notificación consular.

El primero –el derecho a la información– consiste en ser avisado, sin dilación, de que tiene los siguientes derechos: a) el derecho a la notificación consular, y b) el derecho a que cualquier comunicación que dirija a la oficina consular sea transmitida sin demora.

Por otra parte, el derecho a la notificación consular consiste en el derecho del nacional del Estado remitente, a solicitar y obtener que las autoridades competentes del Estado receptor informen sin retraso alguno sobre su arresto, detención o puesta en prisión preventiva a la oficina consular del Estado que envía.[50]

---

[46] A manera de ilustración, la organización Save the Children señala que entre las características de las víctimas de trata están las siguientes: "*Temen denunciar la situación por temor a ser deportadas o encarceladas: Muchas de ellas utilizan documentos de identidad alterados o falsificados, hecho por el cual temen ser detenidas. Muchas veces no conocen el idioma, lo que les impide poder comunicarse adecuadamente. No saben a donde acudir en busca de ayuda: se encuentran en un país o lugar extraño. Son engañadas con anuncios publicados en la prensa, ofreciendo empleo en el exterior o localmente, con salarios altos. Son despojadas de sus documentos personales. Adquieren una deuda con el tratante, incluyendo pasajes, alojamiento, alimentación y vestido. No conocen sus derechos como víctimas de la trata de personas: la mayoría se considera sujetos sin derechos. Temen a sus tratantes y/o contratantes: han sido víctimas de amenazas en su contra o en contra de sus familiares.*" SAVE THE CHILDREN: '"La trata de personas", folleto informativo.

[47] *V.gr.*, "[…] *alteraciones en la percepción y el pensamiento; anulación retroactiva (minusvalía, baja autoestima, pérdida de ideales); cambios radicales en la escala de valores; culpa y autorreproches; depresión, desorden de estrés postraumático; distorsión de la propia imagen,; miedo y desconfianza generalizada; perturbaciones en el estado de ánimo, por mencionar algunas*[…]". GÓMEZ TAGLE LÓPEZ, E.: *Op. Cit.* p. 29.

[48] OIT: *Una alianza global contra el trabajo forzoso*, 2005, p. 2.

[49] Ratificada el 31 de octubre de 1972 y publicada en el D.O. 214, tomo 237 de fecha 17 de noviembre de 1972.

[50] Cfr. Corte IDH: Opinión Consultiva OC-16/99, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, de fecha 1 de octubre de 1999.

CONTENIDO DOGMÁTICO Y PROBATORIO DE LOS DELITOS DE TRATA, ESC Y DELITOS CONEXOS

I. DELITOS DE TRATA DE PERSONAS Y TRÁFICO ILÍCITO DE PERSONAS

TRATA DE PERSONAS

Art. 367-B.- *El que por sí o como miembro de una organización nacional o internacional con el propósito de obtener un beneficio económico reclute, transporte, traslade, acoja o recepte personas, dentro o fuera del territorio nacional, para ejecutar cualquier actividad de explotación sexual, mantenerlas en trabajos o servicios forzados, en prácticas análogas a la esclavitud, o para extracción de órganos, adopciones fraudulentas o celebración de matrimonios forzados, será sancionado con pena de cuatro a ocho años de prisión.*

DEROGADO.

Todo aquel que facilitare, promoviere o favoreciere cualquiera de las actividades anteriores será sancionado con pena de tres a seis años de prisión.

Cuando las acciones descritas se realizaren en locales comerciales o de cualquier naturaleza que requiera permiso de autoridad competente, ésta deberá revocarlo procediendo al cierre inmediato del mismo.

Como se ha mencionado antes, el Protocolo CNUDOT establece que por trata de personas "*se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.*"[51]

Sobre la trata de seres humanos se ha manifestado que "[l]*a intervención penal en esta materia se ha ceñido tradicionalmente a los supuestos en que el tráfico de inmigrantes ilegales tiene por fin ulterior la explotación del mismo, en particular en los ámbitos laboral y sexual, esto es, lo que en el Derecho Internacional (Apdo.3) suele denominarse "trata de personas" (trafficking in persons). En estos casos el tráfico suele ir acompañado del empleo de engaño, violencia, intimidación e incluso de atentados a la integridad física (p.ej. cuando se dirige al tráfico de órganos o como resultado del empleo de violencia dirigida a controlar a la víctima) o la libertad sexual (cuando se dirige a la explotación sexual por medio de la prostitución, la elaboración de pornografía*

[51] Art. 3.a) del Protocolo CNUDOT.

o en otros sectores de la industria del sexo, o cuando tiene como fin la celebración de matrimonios convenidos), irrumpiendo así en tipos delictivos clásicos, como las amenazas, las coacciones, la detención ilegal, las lesiones, la prostitución forzada y la agresión y el abuso sexual.[52]

- **Bien jurídico protegido**

El legislador salvadoreño ha considerado la "humanidad" como bien jurídico protegido, según la ubicación sistemática en el Código Penal. En este sentido, se ha sostenido que "[e]*l bien jurídico protegido es la Humanidad, que protege la dignidad de la población migrante que pudiera verse colocada en condiciones de desamparo por la clandestinidad o irregularidad de su tránsito a nuestro país o a otros, sin más protección que la del propio traficante o las personas que las alojan y dan cobertura*".[53]

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ expresa que la observación en el plano criminológico, este delito "[…] *muestra palmariamente una variedad de bienes jurídicos que pueden resultar comprometidos: desde bienes jurídicos individuales como la dignidad, la libertad, la libertad sexual, la salud e integridad física, e incluso la vida*".[54]

Es posible entender, entonces, que la trata de personas lesiona a la humanidad en tanto su comisión constituye una de las más graves violaciones a derechos humanos por realizar un ataque directo de "*la dignidad y la proscripción de las torturas y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, la protección de la vida privada y familiar, la libertad y la interdicción de la esclavitud y de la sumisión a servidumbre, la igualdad, la seguridad y la posibilidad de acceder a un recurso efectivo ante los juzgados y tribunales, la libertad de opinión y de expresión y la libertad de elección del trabajo, con acceso al ejercicio del mismo en condiciones equitativas y satisfactorias*".[55]

Por lo anterior, el delito es pluriofensivo, en virtud de lesionar simultáneamente múltiples bienes jurídicos de notable importancia: uno comunitario (la "Humanidad" y su conciencia de dignidad como tal) y otros individuales (pertenecientes a la persona que directamente sufre la trata: libertad, integridad personal, etc.).

- **Sujetos**

Es un delito común que puede ser cometido por cualquier persona, ya sea "por sí misma" o "como miembro de una organización nacional o internacional".

---

[52] SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I: "Protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros (con atención a las reformas introducidas por las L.O. 15/2003 y 11/2003)" en A.A.V.V., *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, p. 809.

[53] Tribunal de Sentencia de Santa Tecla, sentencia 429-1-2007. En igual sentido se pronunció el Tribunal de Sentencia de Ahuachapán en la sentencia 59-AP-3-2007.

[54] SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: *Op.Cit.*, pp. 817-818.

[55] MORENO CARRASCO, F: "Extranjeros emigrantes y prostitución. Ideas «Criminológicas». Realidades delictivas", en AA.VV.: *El tratamiento del género en el ordenamiento español*, p. 611.

En lo relativo a la "organización nacional o internacional" las definiciones contenidas tanto en la Convención de Palermo como en la Ley contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja pueden ser de utilidad.

Así, la Convención especifica que por "grupo delictivo organizado" se entenderá "[…] *un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material*".[56]

Por su parte, la Ley contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja dispone que "[s]*e considera crimen organizado aquella forma de delincuencia que se caracteriza por provenir de un grupo estructurado de dos o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos*".[57]

Como señala MORENO CARRASCO, "[l]*as actuaciones penalmente relevantes pueden tener como sujetos activos a personas individuales o a auténticas organizaciones que surgen, crecen y se alimentan de los flujos migratorios a los que explotan (…): podría hablarse incluso de que hay una importación de personas para la prostitución, que es la actividad que llevan a cabo las asociaciones delincuenciales*".[58]

Respecto del sujeto pasivo puede ser cualquier persona y, al igual que en el delito de Tráfico Ilegal de Personas, el término "personas" únicamente sirve para hacer referencia a seres humanos, sin que sea necesario que la trata se realice en una pluralidad de víctimas, ya que basta que se cometa en perjuicio de una sola.

- **Conducta típica**

Los verbos rectores previstos por el Código Penal son:

- Reclutar
- Transportar
- Trasladar
- Acoger
- Receptar

→ Personas

- Facilitar
- Promover
- Favorecer

→ Cualquiera de las actividades establecidas en el Inc. 1º

[56] Art. 2.a) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
[57] Art. 1 Inc. 2º de la Ley contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja.
[58] MORENO CARRASCO, F: "Extranjeros emigrantes y prostitución. Ideas «Criminológicas», p. 614.

- Reclutar:

  Según la RAE, reclutar es "[r]*eunir gente para un propósito determinado*." El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional adopta el término "captar", que es "[a]*traer a alguien, ganar la voluntad*". Los tribunales salvadoreños han considerado que reclutar es "[a]*buscar adeptos o personas para un propósito*".[59]

  Esta acción puede suponer actividades tanto en el país de origen, en el de tránsito o en el de destino. Es necesario tener en consideración mientras se realizan actividades de "reclutamiento", lo más probable es que haya una voluntad afirmativa de la víctima, quien por lo general desconoce las actividades finales a las que se verá sometida.

- Transportar y trasladar: Es llevar personas o cosas de un lugar a otro.[60] El mismo "[…] *puede correr a cargo de traficantes o de líneas aéreas o de otras compañías de transporte* […]".[61] El traslado comprenderá las actividades de individuos que faciliten la trata en los países de tránsito.[62]

- Acoger y receptar: Etimológicamente, acoger es "[…] *admitir en su casa o compañía a alguien. Servir de refugio o albergue a alguien. Admitir, aceptar* […]".[63] La RAE establece que receptar es un sinónimo de acoger. En todo caso, receptar se entiende por ocultar o recibir clandestinamente.

- Promover: iniciar o impulsar.
- Facilitar: permitir, proporcionar los medios o eliminar obstáculos
- Favorecer: ayudar, apoyar un intento

Lo que se facilita, promueve o favorece es cualquiera de las actividades objetivo de la trata: la explotación sexual, el mantenimiento en trabajos o servicios forzados en prácticas análogas a la esclavitud, la extracción de órganos, la adopción fraudulenta o el matrimonio forzado.

Aunque algunos tribunales salvadoreños han venido considerando que la Trata de Personas es un delito de resultado,[64] la selección de verbos rectores hacen considerar que se trata de un delito de mera actividad, el cual se consuma con la simple realización de cualquiera de las actividades allí descritas (reclutar, transportar, receptar, etc.), con

[59] Tribunal de Sentencia de Santa Tecla: sentencia 429-1-2007.
[60] *Cfr.* RAE. www.rae.es
[61] OIT: *Trata de seres humanos y trabajo forzoso como forma de explotación*, p. 10.
[62] *Idem.*
[63] *Cfr.* RAE. www.rae.es
[64] *V.gr.* Tribunal de Sentencia de Santa Tecla: sentencia 429-1-2007.

cualquiera de los propósitos (explotación sexual, matrimonio forzado, etc.) y con un fin de lucro, sin que sea necesario que efectivamente se realice la explotación sexual o cualquiera de los otros propósitos. En esta misma línea, MARTÍNEZ OSORIO afirma que "[e]*l delito contemplado en el art. 367-B CP, puede ser clasificado como un delito de mera actividad, es decir, que basta la realización de alguna de las conductas estipuladas en la descripción típica para que acaezca la consumación. Por lo tanto, es difícil hablar de tentativa, ya que todas aquellas conductas del* iter *delictivo son castigadas de forma autónoma. Y aún las formas previas al reclutamiento o la captación, ya quedan comprometidas como actos de promoción o favorecimiento conforme a lo señalado en el inciso tercero.*"[65]

El tipo penal admite tanto la trata internacional ("fuera del territorio nacional") como la trata doméstica ("dentro del territorio nacional"). En este sentido, será constitutivo de este ilícito, por ejemplo, el traslado interno con cualquiera de los objetivos que se han previsto.

Por otra parte, en los casos de trata de personas con fines de ESC, el delito se comete aun cuando las víctimas del mismo "[…] *se hubieran prostituido con anterioridad a su comisión o, incluso, hubieran consentido inicialmente su traslado a un determinado país aceptando algún trabajo relacionado con esta práctica (*v.gr*., camareras, bailarinas de espectáculos, etc.), ya que lo definitivo a efectos típicos es que después se las prive de sus derechos fundamentales (entre ellos, sin duda, se encuentra el derecho a su integridad moral) al quedar sometidas a una auténtica forma de esclavitud*".[66]

Por otra parte, y de conformidad a lo dispuesto en el Art. 3.b) del Protocolo CNNDOT,[67] el consentimiento de la víctima en los casos de trata no tiene relevancia penal como eventual causa de justificación. Lo anterior en virtud de que ese consentimiento estaría viciado por el engaño o la violencia. Sobre lo anterior, la doctrina ha expresado que a tal conclusión puede llegarse, entre otras razones, "[…] *porque recordemos que prácticamente la mayoría de los autores se pronuncian en favor de un bien jurídico de carácter universal o colectivo -respecto de los que no es admisible el consentimiento de una víctima como causa de justificación-, tampoco lo admiten quienes entienden que el tipo penal protege la dignidad humana*".[68]

- **Tipicidad subjetiva**

El delito se comete con dolo. Habrá dolo directo siempre que el sujeto activo conozca y quiera realizar cualquiera de las conductas típicas a las que se ha hecho referencia anteriormente: reclutamiento, transporte, acogida, etc.

---

[65] MARTÍNEZ OSORIO, M.: *El delito de trata de personas en el Código Penal Salvadoreño. Aspectos criminológicos y legales*, pp. 61-62.

[66] CARMONA SALGADO, C.: "Trata sexual de mujeres y prostitución forzada. Algunas notas críticas con motivo de la LO 11/2003" en A.A.V.V. *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, p. 197.

[67] Que dispone que "[e]*l consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado*".

[68] SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Op.Cit.*, p. 827.

Sin embargo, el tipo subjetivo no se agota en el dolo anterior. Hay un dolo ampliado que implica tanto un objetivo o propósito para la ejecución de cualquiera de aquellos verbos rectores, como un fin ulterior que mueve al tratante a realizar el ilícito. Tanto el propósito como el fin están incluidos en el dolo ampliado, formando parte del elemento subjetivo del injusto.

En los términos del tipo penal, el objetivo del reclutamiento, transporte, etc. de las víctimas puede ser cualquiera de los siguientes:

- Ejecutar cualquier actividad de explotación sexual: prostitución, pornografía, actos sexuales o eróticos, etc.

- Mantenerlas en trabajos o servicios forzados, en prácticas análogas a la esclavitud: Al respecto, los plenipotenciarios de los Estados participantes en la Convención sobre la Esclavitud,[69] establecieron que "[l]*a esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercen los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos*".[70] Dentro de estas modalidades de trabajo forzoso análogo a la esclavitud puede encontrarse: servidumbre doméstica, agrícola o industrial para el pago de deudas con el tratante; sin percibir salarios o remuneraciones, en condiciones inhumanas, con privación de libertad, etc. También dentro de estas posibilidades se encuentran el utilizar a las víctimas como "mulas" o "camellos" para el tráfico de drogas o bien para la explotación de la mendicidad.

- Para extracción de órganos[71]: En los términos de la trata de seres humanos, la extracción de órganos es para fines de comercialización, sin importar el uso final del órgano extraído (transplante, investigación científica, etc.). Así, y a tenor de lo dispuesto en los Arts. 147 Inc. 1º, 147-B Inc. 1º, ambos del Código Penal, y Art. 128 del Código de Salud de El Salvador,[72] no será constitutivo del delito de Trata de Personas, por ejemplo, el transporte de una persona que, ejerciendo su libre voluntad, viaje para donar un órgano a otra persona, en virtud que la extracción de

---

[69] Convención sobre la Esclavitud, de la ONU, firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926.

[70] Art. 1.1 de la Convención sobre la Esclavitud.

[71] Órgano es "[…] *aquella parte diferenciable del cuerpo humano constituida por diversos tejidos que mantiene su estructura, vascularización y capacidad para desarrollar funciones fisiológicas con un grado importante de autonomía y suficiencia*." Art. 128 – C del Código de Salud.

[72] Que, entre otros aspectos regula: Art.- 128-B.- *La práctica de trasplante de órganos o tejidos humanos se realizará en estricto apego a las normas de la ética y con base a principios de equidad, justicia, solidaridad, voluntariedad y sin distingo de ninguna naturaleza*; Art. 128-J.- *La autorización para la extracción de órganos o tejidos en personas vivas será siempre revocable, inclusive un momento antes de la intervención quirúrgica. En ningún caso la revocación implicará repercusión legal alguna en contra del donante*. Art. 128-P.- *Queda terminantemente prohibida la extracción de órganos y tejidos cuya separación pueda causar incapacidad parcial, total o la muerte del donante*. Art. 128-Q.- *Se prohíbe la extracción de órganos o tejidos con fines de lucro u otro beneficio que no sea terapéutico ni científico*.

órganos no es ilícita a menos que sea para fines de comercialización y sin los requerimientos que ya establece el Código de Salud.

- Adopciones fraudulentas: Las adopciones fraudulentas son todas aquellas prácticas de incorporación de personas –generalmente niños o niñas– en el seno de familias, obviando los trámites legales establecidos, que incluyen, entre otros, la autorización de los padres naturales para realizar la adopción, o bien la declaratoria de la pérdida de la autoridad parental de aquellos; estudios multidisciplinarios tanto al NNA como a la familia que adoptará; sentencia judicial, etc.[73] En relación a las adopciones internacionales, serán fraudulentas cuando se obvien los parámetros y disposiciones establecidas en la Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional.[74] Finalmente, la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores establece que "[l]*as adopciones y otras instituciones afines constituidas en un Estado Parte serán susceptibles de anulación cuando su origen o fin fuere el tráfico internacional de menores. En la respectiva acción de anulación, se tendrá en cuenta en todo momento el interés superior del menor*".[75]

- Celebración de matrimonios forzados: Por matrimonio forzado se entiende la coerción que se ejerce sobre una persona para someterse a un matrimonio en contra o sin su voluntad. Se ha entendido que es "[…] *toda institución o práctica en virtud de la cual una mujer sea prometida en matrimonio por una contrapartida en dinero; el derecho del marido de cederla a un tercero por título oneroso y/o poder transmitirla por herencia* […] *venta de novias por correo*"[76]

El fin ulterior de la Trata será siempre obtener un beneficio económico, que, al igual que en los delitos de Hurto, Estafa, etc., no importa si es para sí mismo o para un tercero.[77]

---

[73] En este sentido, el Art. 21 de la CDN establece: "*Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;*[…] *d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella*".

[74] Ratificada por D.L. 339 de fecha 2 de julio de 1998, publicada en el D.O. 140, tomo 340 de fecha 27 de julio de 1998.

[75] Art. 8 de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.

[76] GÓMEZ TAGLE LÓPEZ, E.: *Op.Cit.*, pp. 217-218.

[77] El Tribunal de Sentencia de Ahuachapán dictó sentencia absolutoria en un juicio por Trata de Personas, al considerar que "[c]*on la prueba testimonial y documental se acreditó fehacientemente*[…] *que tal reclutamiento ocurrió en la población de Jucuapa del departamento de Usulután de esta República; que dicha acción la realizó la señora* […] *sin el propósito de obtener ventajas económicas*[…] *por tal razón no concurre en el presente caso la conducta descrita en el Inciso 1º de dicho artículo, por la ausencia del elemento subjetivo antes dicho, el cual no se estableció en juicio*". Sentencia 64-AP-1-2006.

Además, como en aquellos delitos, no es necesario, para efectos de consumación que efectivamente se haya logrado el lucro ni que se haya materializado la prostitución de la víctima, la extracción de órganos, etc.[78]

Respecto de la clase de dolo admisible, éste será dolo directo, tal como lo contemplan autores como DE LEÓN VILLALBA que sostiene que "[…] *la presencia de una conducta base, el tráfico de personas, separada de lo que únicamente constituye un ánimo tendencial, la finalidad de explotación sexual,* […] *exige considerar el dolo como única forma de expresión del tipo subjetivo, lo cual no deja de plantear importantes dudas sobre la posibilidad de constatar el conocimiento y la voluntad de actuar necesarios, en aquellas personas que eventualmente pueden convertirse en meros instrumentos ocasionales del traslado, como el caso de un conductor temporal. Problema que no se suscitará cuando, por el contrario, los sujetos participantes formen parte de una red organizada en el que la participación de cada sujeto está predeterminada para la consecución del ilícito traslado. Por otro lado, la finalidad última de explotación sexual, hace que sea indiferente que sea el propio favorecedor quien pretenda forzar a la víctima a prostituirse o un tercero. La presencia de ese interés entiendo que impide la admisión de la conducta a título de dolo eventual, exigiendo el dolo directo, pero no respecto de las diversas fórmulas que pueden ser utilizadas para someter a la víctima, con la consecuente afección de otros bienes jurídicos de naturaleza personal. Y por último, dada el marcado carácter económico de la finalidad buscada, podría hacer pensar en requerir, igualmente, el ánimo de lucro, pero al igual que en los supuestos anteriores, el principio de legalidad impide una interpretación en tal dirección*".[79]

- **Autoría y participación**

Autor directo será quien ejecute cualquiera de los verbos rectores "por sí mismo", y coautores serán quienes lo realicen "como miembro de una organización nacional o internacional", cuando se configuren los requisitos de la coautoría, por lo menos con dominio funcional del hecho.

No hay óbice para considerar la responsabilidad de cómplices necesarios y no necesarios en este tipo de delitos.

- **Concursos**

Puede encontrarse concurso ideal o real –dependiendo del caso- de delitos con los que resulten efectivamente: la determinación a la prostitución; la utilización de menores en actividades de pornografía; lesiones, etc.

[7878] Al respecto, el Tribunal de Sentencia de Santa Tecla ha considerado que "[e]*l dolo de autor debe comprender tanto el beneficio económico como el propósito de que las personas acogidas, receptadas, reclutadas o transportadas, es para que realicen las actividades de explotación sexual, mantenerlas en trabajos o servicios forzados, en prácticas análogas a la esclavitud o para la extracción de órganos, adopciones fraudulentas o celebración de matrimonios forzados*." Sentencia 429-1-2007.

[79] DE LEÓN VILLALBA, F.: *Tráfico de personas e inmigración ilegal*.

- **Aspectos de investigación y prueba**

a) Para la determinación de la responsabilidad penal:

a.1) Testimoniales

- Declaración de la victima, en la misma se deberá establecer en lo posible, la forma en que es captada, reclutada, trasladada, y acogida; de igual modo, la forma en que fue sometida a la realización de la actividad determinada. En la medida de lo posible esta declaración debe coincidir con la de los testigos.
- Entrevista de testigos tales como vecinos del lugar, vigilantes y otros empleados del establecimiento, etc.
- Declaraciones anticipadas con las correspondientes formalidades, en los casos en que la victima sea extranjera o menor de edad, en atención a que la Convención de Palermo establece que los menores de edad deberán declarar en un ambiente no formal.

a.2) Documentales

- Informe de movimientos migratorios aéreos, terrestres y marítimos, tanto de la victima como de los imputados.
- Informe de Embajadas acreditadas en nuestro territorio, según origen de las victimas.
- Carnet de minoridad o partida de nacimiento certificada u original para acreditar la minoría de edad de la victima.
- Certificación de la ficha de DUI de la victima y del imputado al momento de la individualización de este último.
- Pasaporte o informe de la embajada correspondiente o consulado acreditado en nuestro país cuando la victima es extranjera.
- Boletos utilizados para cualquier medio de transporte utilizado por el tratante o la victima.
- Certificación de la partida de defunción, en caso que la victima haya fallecido.
- Contrato de arrendamiento del establecimiento donde se facilitare, promoviere o favorecieren la trata de personas.
- Permiso de la municipalidad para el funcionamiento del establecimiento.
- Publicaciones o clasificados de diarios, revistas, hojas volantes, u otros medios en los que se publicite servicios relacionados con este delito: ofertas de trabajos en el extranjero, a bordo de barcos, etc.
- Contratos, pagarés, letras de cambio, etc. que hayan sido firmadas por las víctimas y a favor de los tratantes.
- Bitácoras de llamadas entrantes y salientes de los números que se logren identificar como frecuentes o que vinculen a los involucrados; y solicitar el cruce de llamadas para establecer las comunicaciones que existieron.
- Actas de inspecciones de los lugares donde se cometió el delito de Trata de Personas juntamente con personal de INTERPOL, cuando el ilícito haya sido cometido en cualquiera de los países pertenecientes al CA-4, las que deberán ser autenticadas con las formalidades que la ley requiere, para ser incorporadas en legal forma.

- Croquis de ubicación geográfica del lugar donde se cometió el delito.
- Álbum fotográfico, con el propósito de ilustrar el lugar y las condiciones en las que se cometió el delito.
- Informe de movimientos bancarios de los imputados, con el propósito de establecer el estado de sus cuentas, el beneficio económico percibido y la relación con el delito.
- Informe del Centro Nacional de Registro de la Propiedad de las propiedades inscritas a nombre de los imputados.
- Informe de SERTRACEN para acreditar existencia de vehículos inscritos a nombre de los sujetos activos del delito que probablemente hayan recibido como consecuencia de la actividad delictiva a la que se dedican; y/o de aquellos que hayan utilizado para cometer o facilitar la Trata de Personas, aún cuando estén a nombre de otra persona.
- Solicitar a otros países en donde se haya cometido parte del delito, con fundamento a la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y el Convenio de Palermo, la documentación que permita acreditar la existencia del delito de Trata de Personas, tales como: certificaciones de partida de nacimiento, movimientos bancarios de imputados, movimientos migratorios vía aérea, terrestre y marítima, etc.

a.3) Periciales

- Peritaje de genitales, cuando sea procedente.
- Peritajes psicológicos, de trabajo social y socio-económicos, que permitan establecer vulnerabilidad de las víctimas y secuelas traumáticas como consecuencia del delito.
- Expediente clínico, en caso de que la victima haya recibido tratamiento medico, psicológico o psiquiátrico.
- Estudio social del entorno de la victima antes y después de la comisión del delito.

a.4) Otras diligencias

- Utilización de la figura del agente encubierto para establecer con certeza la conformación de la estructura delincuencial, que puede ser nacional o internacional. En el caso de ser una estructura internacional con nexos en nuestro país, se deben establecer las coordinaciones con INTERPOL, a fin de poder establecer la identidad y demás generales de los contactos que utilizan, las rutas de tránsito que trazan, las personas que colaboran con la estructura, la persona que efectúa el primer contacto con las victimas, etc.
- Secuestro de dinero para verificar el beneficio económico que se obtiene y la procedencia de actividad ilícita.
- Establecer a través de prueba documental o testimonial la actividad o trabajo al que fue sometida la victima, así como las condiciones en que se desarrollaron. Lo importante en este caso es poder establecer con certeza el fin de la organización delictiva.
- Vigilancia y seguimientos controlados de los lugares en que se lleva a cabo la trata de personas, con el propósito de documentar y probar la comisión del

delito. Así como establecer con certeza quien promueve, facilita, favorece o administra, estas actividades delictivas.

- Establecer a través de prueba documental o testimonial, que en muchas ocasiones para este tipo de estructuras u organizaciones, trabajan personas que se dedican exclusivamente a ejecutar las órdenes de los miembros de la organización, reclutar, transportar o acoger a las victimas.
- Establecer a través de la declaración de la victima o testigo idóneo, quien fue la primera persona con la que se contactó al imputado o la persona que presta la colaboración necesaria o no para la realización del delito.
- Individualización del imputado a través de reconocimientos de personas o por fotografía.
- Informe de análisis de las estructura delincuencial si fuere el caso, el cual deberá ser realizado por los analistas de la División de Fronteras de la PNC.
- Decomiso de teléfonos celulares para establecer nexos o comunicaciones frecuentes entre los miembros de la organización delictiva, con las victimas o sus parientes.
- Inspección en el lugar de los hechos, fijación de todos los indicios encontrados, recolección de los mismos, de tal forma que se preserve la cadena de custodia.

b) Para la determinación de la responsabilidad civil:

- Peritajes efectuados con el propósito de establecer las secuelas del delito, el tiempo de duración de las terapias que se hayan ordenado y su valor económico, así como el valor aproximado de las que haga falta practicar.
- Documentos que comprueben los gastos en que incurrió la victima como producto del delito cometido en su perjuicio.

AGRAVANTES AL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

Art. 367-C.- *El delito al que se refiere el Art. 367-B del presente Código, será sancionado con la pena máxima correspondiente aumentada hasta en una tercera parte del máximo e inhabilitación del ejercicio de su profesión durante el tiempo que dure la condena, en los siguientes casos:*

> *1.- Si fuere realizado por funcionarios, empleados públicos y municipales, autoridad pública, agente de autoridad y los agentes de la Policía Nacional Civil.*
>
> *2.- Cuando la víctima sea menor de dieciocho años de edad o incapaz.*
>
> *3.- Si fuere realizado por personas prevaleciéndose de la superioridad originada por relaciones de confianza, doméstica, educativa, de trabajo o cualquier otra relación.*
>
> *4.- Si como consecuencia de la comisión del delito anterior los sujetos pasivos sufren privaciones de libertad en el extranjero, fueren víctimas de delitos de cualquier orden o fallecieren por causas de naturaleza dolosa o culposa.*

1. Si fuere realizado por funcionarios, empleados públicos y municipales, autoridad pública, agente de autoridad y los agentes de la Policía Nacional Civil.

Siguiendo a MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO, el fundamento de esta agravante radica en el incremento tanto del desvalor de acción como del desvalor de resultado que implica que el delito haya sido cometido, precisamente, por aquellas personas "*investidas de deberes* («officium») *tuitivos*"[80].[81]

2. Cuando la víctima sea menor de dieciocho años o incapaz.

Como señala CARMONA SALGADO, "[…] *el fundamento de su específica contemplación como supuesto hiperagravado del presente delito radica en el hecho de que solo por tratarse de menores e incapaces tales individuos ya se encuentran inmersos en una situación de peligro, cuando menos abstracto, si se trafica sexualmente con ellos, con independencia de las condiciones concretas en las que dicho tráfico se ejecute* […]".[82]

3. Si fuere realizado por personas prevaleciéndose de la superioridad originada por relaciones de confianza, doméstica, educativa, de trabajo o cualquier otra relación.

Sobre esta agravante, nos atenemos a lo señalado *infra* en los artículos 162 num. 7) y 173-B lit. d) C.P.

---

[80] Tuitivo: que *guarda, ampara y defiende. Cfr. RAE*. www.rae.es.
[81] MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R.: *Op.Cit.*, p. 391.
[82] CARMONA SALGADO, C.: "Trata sexual de mujeres y prostitución forzada. Algunas notas críticas con motivo de la LO 11/2003" en A.A.V.V., *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, p. 202.

4. Si como consecuencia de la comisión del delito anterior los sujetos pasivos sufren privaciones de libertad en el extranjero, fuesen víctimas de delitos de cualquier orden o fallecieren por causas de naturaleza dolosa o culposa.

Esta agravante deberá ser aplicada en el caso de que el autor o coautor de la trata tenga, todavía, dominio –aunque sea funcional– del hecho, para evitar incurrir en la aplicación de la responsabilidad objetiva, prohibida en el Inc. 2º del Art. 4 C.P. Su aplicación automática, por ende, está proscrita al plantear la posibilidad de una hiperatribuibilidad y permitir un *regressum ad infinitum*, propio de las teorías causalistas de la acción, ampliamente superadas por la dogmática jurídico penal moderna.[83]

- **Aspectos de investigación y prueba**

a.1) Testimoniales

- Declaraciones que establezcan la prevalencia de las relaciones de confianza u otras con la víctima.

a.2) Documentales

- Certificaciones de credenciales, nombramientos, acuerdos o contratos que acrediten la calidad de funcionario, empleado público o municipal, agente de autoridad o autoridad pública del sujeto activo.
- Certificación de partida de nacimiento o reconocimiento pericial de edad media de la víctima.
- Certificaciones de reportes extendidos por autoridades extranjeras que acrediten los delitos que sufrieran las víctimas de trata en los otros países.

a.3) Periciales

- Peritaje psicológico y/o psiquiátrico que establezca la incapacidad de la víctima.

[83] Al respecto, la doctrina ha manifestado que la aplicación de la mera causalidad jurídica en contravención a la responsabilidad subjetiva puede implicar consecuencias notablemente injustas, por lo cual "[u]*na de las grandes tareas encomendadas a la elaboración dogmática es depurar el Código de formulaciones legales que puedan albergar vestigios de responsabilidad objetiva o métodos que puedan conducir a ella. Precisamente, la razón de ser de la teoría de la imputación objetiva es precisamente la de cerrar el paso, desde el tipo objetivo, a cualquier forma de* versari in re illicita". BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y otros: *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, p. 167.

TRAFICO ILEGAL DE PERSONAS

Art. 367-A.- *La persona que por sí o por medio de otra u otras, en contravención a la ley, intentare introducir o introduzca extranjeros al territorio nacional, los albergue transporte o guíe, con el propósito de evadir los controles migratorios del país u otros países, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años.*

Con igual pena, será sancionada la persona que albergue, transporte o guíe a nacionales con el propósito de evadir los controles migratorios del país o de otros países.

En igual sanción incurrirán las personas que con documentación falsa o fraudulenta trataren de hacer o hicieren salir del país a salvadoreños o ciudadanos de cualquier otra nacionalidad; o los que utilizaren documentación auténtica, cuyo titular es otra persona.

Si como consecuencia de la comisión de este delito los sujetos pasivos sufren privaciones de libertad en el extranjero, fueren víctimas de delitos de cualquier orden o fallecieren por causas violentas, o de naturaleza culposa, la pena se incrementará en las dos terceras partes.

- **Bien jurídico protegido**

En virtud del epígrafe del título en el que se encuentra contemplada esta figura delictiva, estamos en presencia de un tipo penal que tutela el bien jurídico denominado "Humanidad", entendido en los términos ya indicados para el delito de trata de personas, por lo que ahí nos remitimos; pero no debe perderse de vista que aunque ese bien indicaría que se trata de un bien jurídico difuso o supraindividual, cuenta con un referente de carácter individual en virtud de verse afectada la dignidad humana por el trato al que son sometidos durante el traslado los migrantes nacionales o extranjeros, como pueden ser la sujeción a las decisiones de los traficantes, la limitación, en algunos ocasiones hasta con el uso de la fuerza; de la libertad ambulatoria para garantizar la seguridad de los sujetos activos, el empleo de medios vejatorios para proceder al traslado (en el interior de camiones, rastras o furgones, pipas, trenes, etc.), pues se realizan con gran aglomeración de personas, en espacios reducidos y sin ventilación; la limitación de la comunicación con personas ajenas a la acción, sobre todo los familiares de las víctimas, e inclusive el abandono a su suerte de los migrantes en territorios desconocidos y desolados.

En tal sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de El Salvador, al señalar "[e]*l bien jurídico protegido es la Humanidad, que protege la dignidad de la población migrante que pudiera verse colocada en condiciones de desamparo por la clandestinidad o irregularidad de su tránsito a nuestro país o a otros, sin más protección que la del propio traficante o personas que las alojan y dan cobertura*."[84]

La jurisprudencia salvadoreña también ha hecho referencia a que el delito de tráfico ilegal de personas, "[…] *es un tipo eminentemente doloso* […] *atentando tanto con la*

[84] Tribunal de Sentencia de Santa Tecla, 27 de marzo de 2008.

seguridad de un país, como contra la humanidad",[85] lo que se ve apoyado con algunos autores que hacen referencia a que estas regulaciones, "[…] *solo procuran que los flujos migratorios se produzcan a través de los mecanismos legales*",[86] o como señala ARROYO ZAPATERO "[…] *desde un punto de vista político-criminal, que la tipificación de un delito de inmigración ilegal debe perseguir tutelar la política migratoria del Estado frente a los ataques más graves a la misma*".[87]

No obstante que estas últimas valoraciones sobre el bien jurídico apuntan a intereses del Estado como tal que poseen relevancia social para su protección jurídico penal, consideramos que el carácter personalistas de los bienes jurídicos humanidad y dignidad humano debe privar sobre cualquier valoración, pero en todo caso compartimos que el tipo que nos ocupa es pluriofensivo, pues afecta por lo menos los dos bienes jurídicos relacionados.

- **Sujetos**

Sujetos pasivos pueden ser cualquier persona, sin requerir ninguna cualidad especial, sin perjuicio que el tipo en un inciso se refiere a extranjeros o nacionales, y en otro a salvadoreños o ciudadanos de cualquier otra nacionalidad, pues todas esas formulas se refieren a cualquier persona.

Cabe hacer notar que aún cuando en el tipo se utilice el plural, este es un uso eminentemente gramatical, pues también debe configurarse el delito cuando se trata de la realización de cualquiera de las conductas típicas con una sola persona como sujeto pasivo.

De acuerdo con la formulación típica "*La persona que por sí o por medio de otra u otras*", indica que pueden ser sujetos activos cualquier persona, por lo que nos encontramos en presencia de un delito común.

Sin embargo esa misma formulación indica que no sólo se contempla la autoría individual, cuando afirma "por sí", sino también las figuras de autoría plural o coautoría, e inclusive la intervención de crimen organizado en su ejecución, al decir "por medio de otra u otras", pues de no ser comprendida así, "el por medio", debería indicar el uso de un instrumento, por parte del autor mediato, pero por regla general la concurrencias de dos o más personas en esta clase de ilícitos es a través de una distribución de roles y acuerdo previo que indica la coautoría o la concurrencia de crimen organizado.

- **Conducta típica**

Los verbos rectores utilizados en el tipo son los siguientes:

[85] Tribunal Primero de Sentencia Santa Ana, 8 de septiembre de 2004.
[86] MORENO CARRASCO, *Op.Cit*., p. 1193
[87] Citado por SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Op.Cit*., p. 819.

a) Intentar introducir e introduzca. De acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española introducir es "*conducir a alguien al interior de un lugar*",[88] en el contexto del tipo penal al territorio nacional, evadiendo los controles migratorios comentados. Por lo conjugación utilizada, tanto es una conducta típica la intención de realizarlo como el ejecutarlo, lo que equipara la sanción de la tentativa y de consumación del verbo rector.
b) Albergue, es definido como acción y efecto de brindar resguardo, cobijo o alojamiento a personas en un lugar destinado a ello.
c) Transporte, nos remitimos a lo dicho para este verbo en el delito de Trata de Personas.
d) Guíe, es la conjugación en presente del verbo guiar, que significa "*ir delante mostrando el camino*",[89] o en todo caso, ayudando a recorrer el mismo que puede o no ser desconocido por el sujeto pasivo de la acción.[90]

Tales acciones deben realizarse "en contravención con la ley", por lo que nos encontramos en presencia de un tipo penal en blanco,[91] es decir, aquellas que "[…] *prevén la sanción que corresponde aplicar a un supuesto de hecho que, sin embargo, no se contempla de una forma acabada en la misma ley, sino que para su completa determinación hay que acudir a otra u otras disposiciones del ordenamiento jurídico*",[92] en algunos casos, hasta reglamentarias.

Para el tipo penal que analizamos se refieren a las leyes y demás reglamentación que regulan los controles migratorios para el ingreso de extranjeros al país y para la salida de los salvadoreños al exterior, en primer lugar entonces debe referirse a la Ley de Migración, que en su Art. 1 establece como comprensión del control migratorio:

> "[…] *la organización y coordinación de los servicios relativos a la entrada y salida de los nacionales y extranjeros del territorio de la República, mediante el examen y calificación de sus documentos; el estudio de los problemas que este movimiento origine y la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones legales respecto a la permanencia y actividades de los extranjeros en el país*".

También tal normativa establece en su Art. 3 los lugares autorizados para el tránsito migratorio, siendo los siguientes:

---

[88] *Cfr*. RAE. www.rae.es
[89] *Cfr*. RAE. www.rae.es
[90] Juzgado de Instrucción de Jujutla, Ahuachapán, 12 de julio de 2003. "*La acción típica gira* […] *giró sobre el verbo genérico de "guiar", el cual designa un comportamiento físico de acompañar mostrando el camino, ayudando a recorre el mismo; siendo tal ayuda con el objeto de evadir controles migratorios*".
[91] La doctrina reconoce que existen dos tipos de leyes penales en blanco: a) Las que remiten a una norma extrapenal de mismo rango que la ley penal; y b) Las que remiten a una norma extrapenal de menor rango que la ley penal. La primera no representa un atentado al principio de reserva de ley, pues remite a una norma jurídica de su misma categoría; por el contrario, es la segunda la que arroja dudas sobre su constitucionalidad. Ver MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, parte general*, pp. 38-39.
[92] SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J., *Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal*, Lima-Perú, 1999, p 32.

a)- Los fronterizos cruzados por vías férreas autorizados para el comercio internacional;
b)- Los fronterizos cruzados por carreteras o caminos internacionales; y,
c)- Los puertos marítimos y aéreos habilitados.

Adicional a ello, desarrolla las condiciones en que los extranjeros pueden ingresar al territorio nacional y las calidades en que pueden realizarlo: turista, residente temporal, residente definitivo, condiciones laborales, etc. todas las cuales deben ser cumplidas para tener un ingreso y permanencia legal en el territorio de El Salvador. En igual sentido debe tomarse en cuenta la Ley de Extranjería.

Por lo señalado, los verbos rectores del tipo penal deben ser realizados con el objeto de contravenir la ley para evadir los controles migratorios. Lo cual no resulta difícil de establecer cuando la conducta es realizada teniendo como sujetos pasivos a los extranjeros que se intente o sean introducidos al territorio de El Salvador.

En el caso de los salvadoreños debe tomarse en cuenta en primer lugar que el Art. 5 de la Constitución de la República establece como uno de los derechos fundamentales de todos los salvadoreños, el derecho de libertad ambulatoria, que tiene por una de sus manifestaciones el entrar y salir del territorio nacional cumpliendo las condiciones legales correspondientes.[93]

Esas condiciones se encuentran establecidas en diversas legislaciones, que deben tomarse en cuenta para resolver supuestos de hecho en que se involucren a salvadoreños. Entre ellas tenemos:

a) La ley de expedición y revalidación de pasaportes y autorizaciones de entrada a la República, que dispone las forma, requisitos y autoridades competentes para expedir el documento de viaje aceptado internacionalmente, como es el Pasaporte.
b) La ya relacionada Ley de Migración que faculta al Órgano Ejecutivo para que por simple acuerdo con las demás Repúblicas Centroamericanas, establezca el libre tránsito entre sus respectivos territorios, sin necesidad de pasaporte. Art. 71
c) Resolución del CA-4 adoptada por los Viceministros de Gobernación el día 16 de septiembre de 1997, relativa a la extensión de la libre movilidad de personas;, para lo cual únicamente se necesita el documento de identidad correspondiente a cada país conocido como paso fácil**.**
d) Acuerdo del CA-4 de la Comisión Centroamericana de Directores de Migración (OCAM) del 1 de abril de 1998, en relación al paso fácil, formulario único y homologación de horarios;

[93] **Art. 5.** Toda persona tiene libertad de entrar, de permanecer en el territorio de la República y salir de éste, salvo las limitaciones que la ley establezca.
Nadie puede ser obligado a cambiar de domicilio o residencia, sino por mandato de autoridad judicial, en los casos especiales y mediante los requisitos que la ley señale.
No se podrá expatriar a ningún salvadoreño, ni prohibírsele la entrada en el territorio de la República, ni negársele pasaporte para su regreso u otros documentos de identificación. Tampoco podrá prohibírsele la salida del territorio sino por resolución o sentencia de autoridad competente dictada con arreglo a las leyes.

e) Acuerdo del CA-4 de Viceministros de Gobernación o Interior, los Directores Generales de Migración y Extranjería de las Repúblicas de El Salvador, Honduras, Guatemala y Nicaragua, reunidos en la Secretaría General del SICA, en El Salvador, el 11 de mayo de 2000,[94] por el cual se han uniformado y simplificado los documentos utilizados para el tránsito de personas entre las fronteras de los países involucrados.

La conducta prohibida necesita mayor clarificación en el caso del inciso segundo, pues se refiere a los mismos verbos rectores, con la evidente exclusión de la introducción al territorio, pues el sujeto pasivo ya se encuentra en él y de manera legitima pues se trata de un nacional.

Entonces la interrogante que surge es ¿Qué controles migratorios del país, puede tener el propósito de evadir un nacional?

En virtud de la regulación citada, aún cuando la acción consista en trasladar a una persona de forma ilegal a cualquier país ubicado geográficamente después de cualquiera de los países fronterizos, pero a efecto de salir de El Salvador, el sujeto pasivo nacional adulto utiliza en regla los documentos validos para salir del país, no se podrá hablar de una acción típica pues el evadir el control migratoria no lo será en el territorio nacional, sino en el de otro país, y el principio de territorial de la ley penal lo impediría Art. 8 C.P.

Por ello, para que en el caso de un sujeto pasivo adulto la realización de los verbos rectores sea típica, será indispensable que se despliegue además alguna de las conductas del inciso tercero, pues el utilizar documentación falsa o fraudulenta o los documentos auténticos cuyo titular es otra persona, evidencia el propósito de evadir los controles migratorios a que hemos hecho referencia.

No es igual en el caso de los sujetos pasivos menores de edad, pues para su salida del país se requieren mayores requisitos legales (permiso de ambos padres, y pasaporte exclusivamente), por lo que si no se cuenta con ellos pero se puede establecer el propósito de trasladarlo fuera del país con la evasión de los controles migratorios, la conducta será típica. Piénsese en los traficantes de personas que para sacar del país a menores de edad lo hacen por pasos no autorizados, sin la utilización de documentación salvadoreña falsa, pues ésta la obtendrán en el vecino país.

En relación al inciso cuarto del tipo penal analizado, por ser de igual redacción que la agravante 4 del delito de Trata de Personas Art. 367-C CP, ahí remitimos para su delimitación.

Respecto a la modalidad de la parte objetiva del tipo penal, es decir si es de resultado o de mera actividad, la jurisprudencia salvadoreña se inclina por considerar que es de resultado. Así lo señala el Juzgado de Instrucción de Jujutla[95] al decir "[e]*ncontrándonos ante un tipo penal de resultado y no de mera actividad, […] en ese sentido es de señalar que la adecuación típica de los delitos de resultado comprende la acción lesiva y*

[94] Se encuentra disponible en *www.sica.int/busqueda/busqueda_archivo.aspx?Archivo=acta_1333_1_03062005.pdf*
[95] Ahuachapán, 16 de julio de 2003

el resultado de vulneración, menoscabo o puesta en peligro, la acción y el resultado deben enlazarse de tal manera que una sea el presupuesto de la otra, el sólo propósito de evadir los controles migratorios se debe entender como lesionado el bien jurídico tutelado"[96].

Por el contrario, la jurisprudencia española, para el delito equivalente al que se analiza, ha señalado que "[p]*ara la consumación no se requiere que la víctima haya entrado, salido o transitado por territorio español, basta con la conducta de promoción, favorecimiento o facilitación. Así en la SAP de Barcelona, de 5.1.2004 se dice la conducta típica del 318 bis 'es conducta delictiva de mera actividad que se consuma por la realización de los amplios y posibles actos que abarcan las expresiones promoción, favorecimiento o facilitación de tráfico ilegal de personas que de alguna manera viajen, se dirijan o salgan, o intenten viajar, dirigirse o salir, hacia o desde España, siendo irrelevante que no se concluya la operación de que se trate por causas ajenas a la voluntad del agente, tales como la posible intervención policial o, como es el caso, por detectarse el fraude en la propia vía administrativa'; también en la SAP de Las Palmas nº 48/2004, de 22.3 se nos dice que 'se trata de un delito de mera actividad, que se consuma con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración ilegal, ya se ejecuten para facilitar la entrada en cualquier parte del territorio español o para su traslado entre dos puntos de éste o hacia el territorio de otro Estado, en todo caso tratando de eludir o habiendo eludido los requisitos de entrada en España que la legislación administrativa establece'; y la SAP de Málaga nº5/2001, de 13.3, donde se indica que 'al tratarse de un delito de peligro abstracto la consumación se alcanza con la realización de las conductas antedichas sin que sea necesario acreditar la existencia de un perjuicio para el sujeto pasivo. Tampoco será necesario acreditar que la víctima del tráfico ilegal haya efectivamente salido, entrado o transitado por territorio español. No cabe, en consecuencia, un desarrollo imperfecto del tipo'.*"[97]

Se considera que se debe adherir a esta posición pues los verbos rectores del tipo, como se ha señalado párrafos arriba, no requieren la efectiva introducción al país de los extranjeros o la salida de los nacionales, con la evasión de los controles migratorios, sino que basta para su consumación que la conducta se intente con lo cual no es posible exigir un resultado espacio temporal separado de la acción, que es lo que caracteriza a los delitos de resultado.

Finalmente, es necesario destacar que el tipo penal que nos ocupa no requiere un ánimo de lucro ni la materialización de este, por lo que el recibir por parte del sujeto activo una beneficio económico no es relevante para la conducta que se sanciona; ello indica que en este apartado el derecho penal salvadoreño se separa del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes.

- **Tipicidad subjetiva**

Es un tipo doloso, que requiere el conocimiento y la voluntad de realizar las conductas descritas en el tipo.

[96] En igual sentido el Tribunal de Sentencia de Santa Ana, 8 de septiembre de 2008.
[97] SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Op.Cit.* p. 823

- **Autoría y participación**

Es susceptible de ser realizada la conducta tanto por autores individuales, como en coautoría y por miembros de una red organizada para el tráfico de personas, que por la forma en que se ejecuta este delito, distribución de funciones, varios miembros en la red, y conocimiento de lo que realizan los demás, es la que más relevancia tiene para el derecho penal.

- **Concursos**

En relación a la realización de la acción típica con otros delitos, cabe referirse a lo dispuesto en el inciso tercero del delito que nos ocupa, al contemplar como elemento típico el que se utilice documentación falsa o fraudulenta, o se utilizare documentación auténtica, cuyo titular es otra persona, ya se encuentra desvalorando estas acciones dentro del tipo de tráfico ilegal de personas, por lo que estaremos en presencia de un concurso aparente de leyes, en el que este último delito subsume a las conductas falsarias.

- **Aspectos de investigación y prueba**

a) Para la determinación de la responsabilidad penal:

a.1) Testimoniales

- Declaración de las victimas a través de la cual se establezcan circunstancias de tiempo, lugar y forma en que se contactó al imputado y lo que éste ofreció; así como si fue guiada directamente por el imputado o a través de otras personas.
- Declaraciones de testigos, entre los que se pueden encontrar agentes policiales, agentes migratorios, entre otros.
- Entrevista del propietario o administrador del hotel o inmuebles dedicados a hospedar personas, con el propósito de determinar quien cubre los gastos de alojamiento y alimentación de las victimas, la frecuencia con que se utilizan estos lugares, así como la valoración de la posibilidad de que el propietario o administrador pueda reconocer a la persona que contrata los servicios del lugar.

a.2) Documentales

- Informe de movimientos migratorios de imputado y víctima subsidiaria.
- Informe de Embajadas con sede en nuestro país sobre la existencia o no de visa, residencia y cualquier otro estatus migratorio de victimas y testigos, así como de detenciones sufridas en el extranjero a causa de haber ingresado de forma ilegal.
- Solicitar a las diferentes embajadas formatos de visas, o la descripción de las medidas de seguridad con que cuentan sus documentos migratorios o visas para poder establecer con certeza la autenticidad al momento de un peritaje.

- Informe de la Dirección General de Migración y Extranjería sobre las causas de deportación de las victimas y certificación de ficha de deportación.
- Documentos tales como: recibos de gastos en que se haya incurrido con motivo del viaje, escritura de constitución de hipoteca, boletos aéreos, terrestres, marítimos, transferencias de dinero recibidas o enviadas al exterior, etc.
- Documentación que proporcione la victima obtenida en su proceso de deportación.
- Informe de embajadas y consulados acerca del ingreso en forma ilegal de la victima, a determinado país y su situación migratoria temporal
- Informe de movimientos bancarios tanto de la victima como de los imputados.
- Informe del Centro Nacional de Registro de la Propiedad acerca de las propiedades inscritas a nombre tanto de la victima como de los imputados.
- Informe de SERTRACEN para acreditar existencia de vehículos inscritos a nombre de los sujetos activos del delito que probablemente hayan recibido en pago o hayan adquirido con el pago producto del delito; así como de aquellos que aún cuando no estén registrados a nombre de los sujetos activos, hayan sido utilizados para transportar a las víctimas.
- Certificación de la ficha del Documento Único de Identidad del sujeto activo del delito.
- Certificación del correspondiente documento de identidad cuando el imputado es extranjero. Este documento se solicita a la Embajada competente o a través de INTERPOL.
- Certificación de la partida de defunción de la victima en el caso que la victima haya fallecido y la denuncia sea interpuesta por sus familiares.
- Informe de empresas de telefonía, en los que conste el nombre y dirección del titular de línea telefónica celular o fija, así como bitácora de llamadas entrantes y salientes durante los períodos de comisión del delito de Tráfico Ilegal de Personas, tanto de la víctima como del imputado.
- Elementos tales como documentación con los que se demuestre que la victima fue objeto de privación de libertad o de la comisión de otros delitos en el extranjero, como consecuencia del tráfico ilegal.

a.3) Periciales

- Peritajes (grafotécnicos, sellos, marcas, entre otros) para determinar la falsedad de los documentos con los que se trataba de hacer salir o introducir al país a las victimas.
- Resultado de los peritajes que demuestren la autenticidad de los documentos con los que se intentaba salir del país pero que el titular de los mismos es otra persona diferente a la que los intentaba usar.
- Peritajes correspondientes a otros delitos de los que hayan sido victima con motivo del tráfico ilegal de personas.
- Peritajes psicológicos y socioeconómicos de la victima.
- Solicitar mediante la vía diplomática los peritajes de ADN cuando la víctima haya fallecido en el extranjero.

- Peritaje de análisis de llamadas realizado sobre la base de las bitácoras de llamadas entre la línea telefónica fija o celular, este peritaje debe ser realizado por técnicos de la División de Fronteras.

a.4) Otras diligencias

- Ubicación de lugares donde la victima refiere que fue albergada, debiendo elaborarse acta de inspección, croquis de ubicación y fotografías de dichos lugares.
- Diligencias de inspección, ubicaciones de lugares, solicitud de certificación en el extranjero con base al Convenio de Asistencia Penal Mutua entre los Estados suscriptores. Es importante hacer notar, que la cantidad de requisitos que demandan con el convenio que se menciona retarda la obtención de la información en algunos casos; por lo que también se recomienda solicitar la misma cooperación con base a la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en tanto que ésta ofrece resultados más expeditos.
- Croquis planimétrico y álbum fotográfico del sitio donde es interceptada la victima con el fin de ilustrar y establecer geográficamente el lugar, en los casos de delitos en flagrancia.
- Secuestro de libro de registros de huéspedes en hoteles.
- Individualización del imputado a través de reconocimientos de personas o por fotografía.
- Actas de vigilancia y seguimiento efectuadas por la PNC con el propósito de demostrar los movimientos de los imputados y las relaciones con las victimas.
- Informe de análisis de las estructura delincuencial si fuere el caso, el cual deberá ser realizado por los analistas de la División de Fronteras de la PNC.
- Utilización de la figura del agente encubierto para establecer con certeza la conformación de la estructura delincuencial, los contactos que utilizan, las rutas de tránsito que trazan, las personas que colaboran, etc.
- Estudio social realizado en el entorno del imputado en el que se pueda obtener información por parte de los amigos, vecinos y otros acerca del modo de operar o las actividades a las que se dedica. etc.
- Solicitar a la embajada correspondiente, la colaboración de intérprete, para aquellos casos que la víctima no hable el idioma castellano.
- En caso de registro y/o allanamientos, solicitar la ratificación de secuestro de la documentación u objetos relacionados sujetos a la propiedad de cualquiera de los intervinientes.

b) Para la determinación de la responsabilidad civil:

- Peritajes efectuados con el propósito de establecer las secuelas del delito, el tiempo de duración de las terapias que se hayan ordenado y su valor económico, así como el valor aproximado de las que haga falta practicar.
- Documentos que comprueben los gastos en que incurrió la víctima como producto del delito cometido en su perjuicio.

- Otros documentos que demuestren el perjuicio económico de la victima tales como recibos, facturas, mutuos, pagarés, letras de cambio, escrituras de compra-venta o constitución de hipoteca, informes de movimientos bancarios.

II. DELITOS DE ESC Y CONEXOS

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

De acuerdo con el epígrafe del Título IV del Código Penal de El Salvador, todos los tipos penales contenidos en el se configuran alrededor del bien jurídico "libertad sexual".

La libertad sexual se relaciona con el ejercicio del derecho general de libertad pero en un ámbito particular, el de la propia sexualidad[98] o de la autodeterminación sexual actual o futura.[99] Desde esta perspectiva se ha deslindando cualquier contenido moral o religioso del bien jurídico protegido y se ha considerado que contiene dos vertientes, una en sentido positivo y otra en sentido negativo.

- Vertiente en sentido positivo: Se atiende a la libre disposición de la persona, de sus propias potencialidades sexuales, tanto en el aspecto particular como frente a los demás.

- Vertiente en sentido negativo: Es el derecho de la persona a no verse involucrada -sin su consentimiento- en un contexto sexual.

La libertad sexual, entonces, está integrada por varios aspectos:

- La posibilidad de elegir y practicar la opción sexual preferida.
- Utilizar y servirse del propio cuerpo sin más limitaciones que el respeto a la libertad y moralidad ajena cuando ella se integre a otro bien jurídico protegido, como puede ocurrir con el delito de exhibiciones obscenas establecido en el Art. 171 del CP al cual referimos.
- La posibilidad de escoger compañero o compañera.
- La posibilidad de rechazar proposiciones indeseadas y de repeler eventuales ataques[100].

Como puede observarse, todas las acciones u omisiones vinculadas con la libertad sexual, tienen como base el reconocimiento de la capacidad de adoptar decisiones sobre ellas, y esto implica, desde la perspectiva del derecho general de libertad, "[…] *la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos –que constituye lo que se conoce como 'libertad negativa'–, (…o) la situación en la que una persona tiene la real posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, es decir la facultad de tomar decisiones sin verse determinado por la voluntad de otros, incluido el Estado –denominada clásicamente 'libertad positiva', 'autodeterminación' o*

[98] MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 200. En igual sentido se pronuncia RUEDA GARCÍA, L. "Artículo 158", en MORENO CARRASCO, F. y RUEDA GARCÍA, L: *Código penal de El Salvador comentado*, p. 399.

[99] MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R: *Op.Cit.*, p. 304.

[100] En ese sentido se pronuncia ORTS BERENGUER, "Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales", en AA.V.V., VIVES ANTÓN, T. y otros, *Derecho Penal Parte Especial*, p. 230.

'autonomía'–"[101]. Estamos, entonces, en presencia de la capacidad de comprender las consecuencias de tomar determinadas decisiones y actuar conforme a ellas.

En otras palabras, la libertad sexual es la capacidad cognoscitiva y valorativa del sujeto pasivo, referida al significado y trascendencia del acto sexual, así como del consentimiento que, eventualmente, pueda prestar a él. De ello se deriva que, donde falte esa capacidad, faltará también la libertad sexual, que por tanto no puede ser violada o menoscabada.

Por consiguiente, la libertad sexual no es aplicable para aquellas personas que el ordenamiento jurídico considera que carecen total o parcialmente, de manera temporal o permanente de tal capacidad; estamos en los supuestos de incapacidad legal, tales como la minoría de edad, la enajenación mental o la deficiencia mental. En estos casos, la doctrina en general ha considerado que lo protegido es la indemnidad sexual.

En consecuencia indemnidad se refiere a que la ley considera sexualmente intocables o indemnes a ciertas personas que posean determinadas cualidades o que se encuentran en determinadas situaciones, y a consecuencia de ello las protege. Dicho de otra forma, para algunos autores sería el derecho de estas personas a estar "*exentas o libres de cualquier actividad sexual*"[102], o como se prefiere afirmar, se trata de proteger el libre desarrollo de la personalidad de las personas sujetas a esas cualidades o situaciones, preservándoles de sufrir cualquier tipo de trauma en su desarrollo sexual, ocasionado por terceras personas.

Por lo anterior debemos considerar que nuestro ordenamiento jurídico, clasifica como atentados contra el bien jurídico de la libertad sexual, incluso a los delitos contra la indemnidad sexual.

Establecido lo anterior, procederemos a analizar los tipos penales vinculados con la ESCNNA y los delitos contra la Libertad Sexual relacionados.

[101] Constitución de la República de El Salvador y jurisprudencia, Corte Suprema de Justicia, p. 12

[102] COBO DEL ROSAL, citado por AGUADO LÓPEZ, S., *El Delito de Corrupción de Menores (Art. 189.3 CP)*, p. 109.

VIOLACIÓN

Art. 158.- *El que mediante violencia tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con otra persona, será sancionado con prisión de seis a diez años.*

- **Sujetos**

Puede ser sujeto pasivo de este delito cualquier persona, hombre o mujer, sin distinción alguna.

En cuanto al sujeto activo, la doctrina considera que hay acceso carnal cuando el órgano genital de una persona penetra en la cavidad vaginal o anal de otra. Lo anterior hace que no haya discusión alguna sobre la posibilidad de que el hombre sea sujeto activo del delito pues el órgano genital masculino puede penetrar o introducirse en la cavidad vaginal o anal, para cometerse este delito.[103]

El debate, nada pacífico, radica al analizarse la posibilidad de que la mujer puede ser sujeto activo del delito[104] o bien los casos en que un hombre que utilice la violencia para hacerse acceder por otro.

Un considerable sector doctrinario y judicial considera que el contar con el dominio de la acción solo es posible para aquel que cuenta con el medio idóneo para realizarlo: el hombre; de ahí que consideran excluida como sujeto activo del delito de violación a las mujeres, quienes indudablemente pueden cometer agresión sexual. Respecto de nuestro tipo penal, se señala, entonces, que al decir *"El que mediante violencia tuviere*", se utiliza la conjugación del futuro simple del verbo tener, indica según su significado, entre otras acepciones, *asir o mantener asido algo, poseer, mantener, o dominar*.[105]

En virtud de lo señalado, este sector razona que el hombre que mediante violencia obliga a otro a que lo acceda, debe ser resuelto en el mismo sentido; por lo que no queda otra consecuencia que reconducirlo al delito de otras agresiones sexuales, del inciso primero, aún cuando la pena sea sustancialmente menor al delito de violación, pues un interpretación distinta solo es posible, con una transgresión al principio de taxatividad o mandato de certeza que rige en el derecho penal, mediante una interpretación analógica en el sentido que es igual tuviere acceso carnal con obligare a que lo accedan carnalmente.[106]

---

[103] Así RUEDA GARCÍA, L.: *Op.Cit*, p. 400. En igual opinión se pronuncian MORALES PRAT y GARCÍA ALBERO al señalar "Resumiendo: acceso carnal es igual a coito (vaginal, anal, bucal), lo que implica la penetración, por dichas vías, del órgano sexual masculino (pene). MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R.: *Op.Cit*., p. 304. También puede confrontarse a MUÑOZ CONDE, F, *Op. cit*., p. 200.

[104] A favor de esta postura, además de los ya citados se pronuncia BLANCO LOZANO.

[105] www.rae.es

[106] Al respecto en el caso de Costa Rica para no incurrir en tal violación al principio de mandato de certeza, se prefirió en 1999 realizar una reforma al Art. 156 que a partir de esa fecha dispuso: 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 cualquier sexo.

Sin embargo, existe otra teoría que propugna por que la mujer que obliga a un hombre (niño o adolescente, en el caso del siguiente tipo penal) a que la penetre podría cometer violación.[107] Así, este otro sector considera que si el legislador hubiera deseado que únicamente el hombre fuera sujeto activo, no habría utilizado como verbo rector el "tener", sino el "realizar acceso carnal". Una parte de la doctrina española propugna también por esta posición. Al respecto en la legislación española se ha señalado que con la particular redacción del Art. 179 del Código Penal Español a partir de la última reforma[108] el tipo "[…] *implica llanamente imponer, con violencia o intimidación, la realización de un coito vaginal, anal o bucal, con independencia del rol sexual que asuman autor y víctima en dicho acto*".[109]

Aunque la primera postura es más aceptada por los juzgadores salvadoreños, a petición a la Fiscalía General de la República, algunos tribunales nacionales ya están emitiendo sentencias condenatorias contra mujeres como sujetos activos de violación, al haber obligado a otro a tener acceso carnal con ella.

Así, por ejemplo, –y aunque referido al delito de Violación en Menor e Incapaz– el Tribunal de Sentencia de Ahuachapán condenó a Milagro Esmeralda Martínez García, de 27 años de edad, por el delito de Violación en Menor e Incapaz en perjuicio del niño Manuel N., de 12 años. En la sentencia, se sostiene: "(…) *se acreditó que la sujeto activo del delito tuvo acceso carnal por vía vaginal con un varón menor de quince años de edad, introduciéndose el pene del sujeto pasivo en la vulva,*(…)".[110]

[107] En ese sentido se pronuncia RUEDA GARCÍA, L.: *Op.Cit*., pp. 399 a 400, al decir: "*En principio pueden ser sujeto activo tanto hombres como mujeres (…), como la conducta de la mujer que, con violencia, obliga a un hombre a tener con ella acceso vaginal o anal o a la de un hombre que, con la violencia típica, obliga a otro hombre a tener con él un acceso carnal*". A lo cual añade: "*Por acceso carnal por vía vaginal o anal se conoce la introducción del órgano genital masculino en la vagina femenina. La conducta castigada es tener acceso carnal por esta vía empleando violencia para ello, por lo que se castiga tanto al hombre como a la mujer que emplean la violencia para el acoplamiento de los órganos sexuales*". Así también MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R.: *Op. Cit*., p. 246 "*Ya se ha apuntado que (…) la expresión acceso carnal es el epónimo que refiere, indistintamente, al coito vaginal, anal o bucal, sea heterosexual u homosexual, y con independencia del rol que asuman agresor y víctima, exigiéndose en todo caso la presencia del órgano sexual masculino (con exclusión por tanto de las relaciones lésbicas)*".

[108] 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 doce años.

[109] MORALES PRAT, F. y GARCÍA ALBERO, R.: *Op Cit*., p. 245.

[110] Tribunal de Sentencia de Ahuachapán: sentencia 32-AP-C-2008-1 de 21 de abril de 2008.

- **Conducta típica**

Concepto de violación:

La doctrina española considera a la violación como el uso de la violencia para la introducción del órgano genital masculino en una cavidad de cuerpo de la otra, sin que sea necesario una propia eyaculación.

El tipo penal se constituye objetivamente a partir de una acción violenta o intimidadora encaminada a yacer con otra persona, ya sea por vía vaginal o anal, es decir logrando de hecho para la consumación siquiera un mínimo de penetración (*inmissio penis*) sin que se exija en tal proceder delictual la eyaculación o introducción de semen (*inmissio seminis*).

Del tipo penal, la doctrina y la jurisprudencia han delimitado los siguientes componentes básicos del ilícito:

1. **Una acción evidentemente lúbrica**: se describe como toda acción corporal, lujuriosa, concreta y particular en que se manifieste el instinto sexual, afectando de un modo relevante la sexualidad ajena en el que intervienen los órganos genitales y cuyo fin implica penetración (acceso carnal), que como se observa se refiere al tipo subjetivo.[111]

2. **La utilización de violencia o intimidación**: violencia es considerada como sinónimo de fuerza (física o moral) que se proyecta e infiere sobre el cuerpo de la víctima (si lo fuere sobre el cuerpo de alguien de su entorno cercano, estaremos en presencia de intimidación), suficiente como para lograr el fin deseado por el sujeto activo; la fuerza se mide por su idoneidad y eficacia, no por su cantidad.

   Es necesario que entre ésta y la agresión sexual ejecutada, exista una relación causal, de modo tal que pueda afirmarse que esta última se ha producido como consecuencia de haberse utilizado la primera. En todo caso, la violencia debe ser de tal naturaleza que sea idónea para doblegar la voluntad del sujeto pasivo.

[111] Por ello, cuando no se ha considerado que existe ese ánimo, aún cuando se hayan introducido objetos en los órganos genitales, la jurisprudencia no ha estimado un delito contra la libertad, sino contra otro bien jurídico. STS de 30 de abril de 1991. Delito de lesiones por obligar a la víctima a introducirse por el ano dos tubos de desodorante y que no pudo sacarse por sus propios medios más que uno y «ante la agravación de dolores abdominales, acudió al día siguiente al Hospital San Lázaro de Tarrasa donde tras la primera asistencia facultativa que objetivó los referidos dolores y la presencia de un cuerpo extraño en el recto, fue sometido a una intervención quirúrgica con anestesia total al objeto de poder sacar el referido cuerpo». La adaptación al tipo de este hecho probado en la nueva redacción dada al art. 420 por la Ley 3/89 (RCL 1989\1352), es evidente, ya que las lesiones requirieron para su sanidad, asistencia facultativa y tratamiento quirúrgico. Ninguna duda hay pues del hecho de las lesiones y tampoco puede haberla de faltar el ánimo de menoscabar la salud pues la introducción por el ano de dos tubos de desodorante de 10 y 15 centímetros de longitud es cuando menos, altamente previsible, que le dañe (…).”

Por otro lado, la intimidación equivale a un constreñimiento psicológico, a una amenaza de palabra o de obra de causar un daño injusto, posible, irreparable y presente, que infunde miedo en el ánimo de la víctima, produciéndole una inhibición de la voluntad ante el temor de sufrir un daño mayor que la misma entrega carnal. No es más que otra forma de ejercer violencia, esta vez de carácter psicológica, contra la víctima, que debe contar con cierta entidad[112]. En tal sentido "[…] *la gravedad, concreción, persona a la que va dirigido, posibilidades de realización, se han de valorar en función de los factores concurrentes en cada caso, personales y circunstanciales, por lo que cualquier apriorismo desconoce que lo decisivo es que despierte o inspire en el receptor un sentimiento de temor, angustia o coacción psicológica que resulte eficaz para producir una inhibición anímica*".[113]

En consecuencia, la violencia debe ser:

a) Real, no producto de la imaginación de la persona ofendida.
b) Necesaria, o sea, la indispensable para lograr el acto, vale decir, para vencer la resistencia física y moral de la víctima.
c) Continuada, porque, si se cesa en ella y la víctima accede voluntariamente (no porque tema a un incremento de violencia si se continua oponiendo) al yacimiento, no se da el delito.[114]

3. **Contra o sin el consentimiento del sujeto pasivo**: se incluyen aquí dos circunstancias:

   a) Contra el consentimiento; es decir, cuando el sujeto pasivo inequívocamente niega el asentimiento al sujeto activo para yacer con él y éste, usando la violencia física o moral, rompe tal negativa y accede carnalmente a la víctima; y,
   b) Sin el consentimiento: cuando por razones de inconsciencia, edad, enfermedad o incapacidad psíquica, el sujeto pasivo no oponga resistencia a los deseos sexuales de su agresor, que corresponde al delito del artículo siguiente.

4. **Acceso carnal por vía vaginal o anal:** El delito de violación se consuma mediante el acceso carnal: que es la cópula, coito o relación sexual o penetración sexual.

---

[112] En tal sentido la jurisprudencia española ha rechazado que exista intimidación suficiente cuando el objeto utilizado para realizar la amenaza sea un alfiler. STS 16 de enero 1991, "sobre la intimidación no puede el Tribunal conformarse con la simple alusión a la amenaza de «pincharla», sin indagar su fuerza persuasiva con sustento en la propia descripción de la agraviada; y el alfiler, que el acusado se limitó a sacar y colocar en el parasol del automóvil, ni por su aptitud lesiva, ni por la forma en que fue utilizado, pudo ser instrumento idóneo para paralizar la voluntad de la mujer -que no era una adolescente- frente al ultraje sexual".

[113] RUIZ ANTÓN, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), *Código penal comentado*, 1990, citado por BLANCO LOZANO, C., *Tratado de Derecho Penal Español*.

[114] Tribunal de Sentencia de Mejicanos, sentencia del 07 de mayo de1999.

> Finalmente este tipo penal sólo es posible realizarlo cuando el acceso carnal se de por las dos vías expresamente señaladas vaginal, que hace exclusivamente referencia a las mujeres; o anal, que también incluye como sujeto pasivo a los hombres.

Respecto a las fases del *iter criminis* el delito admite la tentativa sin ningún problema, pues claramente el sujeto activo puede dar principio "*a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor*[115]", lo relevante en la estructura típica se encuentra en el tipo subjetivo, consistente en la voluntad de consumación y la ausencia de desestimiento voluntario; sin embargo para su consumación no se necesita la introducción total del órgano masculino, bastando que sea parcial para que se entienda como delito perfecto.

- **Tipicidad subjetiva**

Sólo es posible realizar la conducta prohibida por medio de dolo directo, pero como se ha señalado, la doctrina reconoce que en el ánimo se debe comprender una intención lubrica o libidinosa, es decir con evidente ánimo sexual.

- **Autoría y participación**

La mayoría de la doctrina continúa considerando el delito de violación como delito de propia mano, en el que solo puede ser autor, en sentido estricto, el que realiza la acción corporal descrita en el tipo penal, es decir, la persona que tiene la penetración o el acceso carnal.[116] Interesante es la discusión si este delito se puede cometer por la modalidad de coautoría.

Para algunos autores las particularidades propias de esta clase especial de delitos de propia mano imponen recurrir a criterios distintos de aquellos que constituyen los rasgos generales del "dominio del hecho", el cual, en consecuencia, resulta excluido (ROXIN). Para otros, como WELZEL lo que ocurre es que, además de poseer tal dominio, resulta indispensable que quien lo detente realice el delito en forma personal.

Por último, otro sector considera que no existen razones para excluir el dominio del hecho, pero interpretan que en los delitos de propia mano solo lo posee quien ejecute personalmente la acción prohibida; en otras palabras, en estos casos dominio del hecho es sinónimo de realización personal de la conducta, de manera que quien intervenga ejecutando otros actos distintos de los descritos en el tipo (por ejemplo, el individuo que sostiene a la víctima para que el otro la acceda carnalmente) carece del dominio del hecho y por lo tanto no puede catalogarse como autor, con prescindencia de la naturaleza y necesidad de las acciones por él llevadas a cabo encaminadas a lograr la ejecución del delito. Así entonces se excluye tanto la autoría mediata como la coautoría de quien no ejecute personalmente aquella conducta.

[115] *Ibídem*, p. 338
[116] Sentencia Tribunal de Sentencia Sonsonate, 26 de marzo de 1999

Otros doctrinarios que también admiten que la violación constituye un delito de propia mano y que (según la mayoría de los autores) solo puede ser realizado por el hombre, también aceptan que la mujer pueda ser coautora si ejecuta un acto esencial o necesario para que se produzca el acceso carnal, puesto que actos como la violencia o la intimidación son contemplados por la ley como medios típicos para realizar el delito (que admite, por tanto, ser fragmentado), quien los ejecute, aunque sea distinto de la persona que mantiene el acceso carnal, es coautor por tomar parte en la acción ejecutiva.

La doctrina, entonces, se ha visto obligada, entonces, a distinguir entre la "verdadera" coautoría y la llamada "coautoría participativa" que corresponde a los cómplices o instigadores que, por expresa disposición legal, serán considerados autores, en virtud del aporte con el que contribuyen al hecho.

Así, CREUS considera que *"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 (por ejemplo., quien despliega la violencia para que otro logre el acceso) o complicidad (por ejemplo, quien facilita instrumentos para desplegar la violencia), ni al instigador, que pueden ser personas de uno u otro sexo."*[117]

En la misma lógica MIR PUIG establece que "*autoría es **pertenencia** del delito; es autor todo aquél que contribuye al delito en condiciones tales que puede imputársele como suyo… Lo acertado es, pues, considerar coautores no sólo a los que ejecutan en sentido formal los elementos del tipo, sino a todos quienes aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva. A todos ellos "pertenece" el hecho, que es "obra" inmediata de todos, los cuales "comparten" su realización al distribuirse los distintos actos por medio de los cuales tiene lugar*."[118]

En tal sentido, el hecho le pertenece tanto al que ejerce la violencia como al que accede carnalmente, por lo que es válido afirmar que puede existir una coautoría de un hombre o una mujer que usa la violencia para someter a la víctima, para que otro la acceda carnalmente. Para reforzar lo anterior, FIERRO sostiene que "*tratándose el delito de violación de un delito compuesto (violencia más acceso carnal), nada impide que sea la mujer quien lleve a cabo la violencia sujetando fuertemente a la víctima, en tanto el hombre es quien la accede carnalmente*".[119]

- **Concursos**

Si la violencia, particularmente la física ha consistido en la necesaria para doblegar la voluntad de la víctima, deberá considerarse subsumida esta acción en el tipo penal de violación, sin embargo de existir excesos estos deben desvalorarse a través de una figura concursal. En igual sentido en virtud de la conducta típica requerida por el delito de violación, una acción que implique el acceso carnal típico de este delito y el acceso carnal por vía oral, requerido en el artículo 160, también debe ser valorado a través del

[117] CREUS, C.: *Derecho Penal, parte especial*, p.
[118] MIR PUIG, S.: *Derecho Penal Parte General*, p. 384.
[119] FIERRO, G.: *Teoría de la participación criminal*, p. 55.

concurso de delito, como real, pues son dos acciones diferentes desvaloradas jurídicamente de esa manera.

Tampoco existe obstáculo para considerar la realización de un delito continuado conforme al Art. 42 del CP.

- **Aspectos de investigación y prueba**

a) Para la determinación de la responsabilidad penal:

a.1) Testimoniales

- Declaración de la victima.
- Declaración de testigos debidamente identificados.

a.2) Documentales

- Expediente clínico, en caso de que la victima haya recibido tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico.

a.3) Periciales

- Peritajes de genitales.
- Peritajes psicológicos.
- Examen de ADN como anticipo de prueba, en caso de haberse recolectado y conservado debidamente el material genético idóneo para ese fin, tal como vellos púbicos, hisopado vaginal, cabellos, saliva, sangre, etc.
- Otros peritajes clínico-forenses (exámenes de laboratorio en sangre u otros fluidos no necesariamente ADN).
- Peritaje con el que se demuestre que la victima está embarazada, si fuera el caso.
- Estudio social del entorno de la victima antes y después del delito.
- Peritaje psicológico o psiquiátrico del imputado (si es posible)

a.4) Otras diligencias

- Inspección en el lugar de los hechos, fijación de todos los indicios encontrados, recolección de los mismos, de tal forma que se preserve la cadena de custodia.
- Croquis de ubicación geográfica del lugar donde se cometió el delito.
- Control de ingreso y egreso de vehículos, si el delito fue cometido en un auto hotel, motel, pensión, etc.
- Álbum fotográfico, con el propósito de ilustrar el lugar y las condiciones en las que se cometió el delito.
- Actas y entrevistas policiales que contribuyan al esclarecimiento del hecho o a la individualización o identificación del imputado.

- Reconocimientos en rueda de personas o por fotografía efectuados por la victima o por los testigos, tendientes a la individualización del imputado.

b) Para la determinación de la responsabilidad civil:

- Peritajes efectuados con el propósito de establecer las secuelas del delito, el tiempo de duración de las terapias que se hayan ordenado y su valor económico, así como el valor aproximado de las que haga falta practicar.
- Facturas que comprueben los gastos en que incurrió la victima por las terapias, medicamentos, transporte, cambio de domicilio, etc.
- El valor aproximado del costo de las terapias, en caso de haberse practicado en cualquier institución pública u otra clínica de asistencia gratuita.

VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ

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

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

- **Bien jurídico protegido**

En relación al bien jurídico protegido, en virtud de lo señalado párrafos arriba se trata de la indemnidad sexual en el caso de menores de 15 años de edad y personas que padezcan de enajenación mental, mientras que se afectará la libertad sexual cuando se trate del aprovechamiento del estado de inconsciencia o de la incapacidad de resistir, remitiéndonos ahí para las razones de la distinción.

- **Sujetos:**

Al igual que ocurre en la violación, puede ser sujeto pasivo cualquier persona, hombre o mujer que se encuentre en cualquiera de las siguientes condiciones:

a) La edad: Menor de 15 años. Por medio de su establecimiento, el legislador sanciona de modo absoluto, las conductas sexuales incluidas en el tipo, realizadas con un menor de esta edad. Esta edad ha sido incrementada a 15 años a partir de la reforma vigente desde enero del año 2004[120], ya que anteriormente la edad límite era de 12 años, en virtud que se ha considera, que una persona por debajo de esa edad no posee la madurez necesaria para comprender adecuadamente el sentido y carácter de comportamientos con contenido sexual y por ende debe ser considerado sexualmente indemne.

b) Enajenación mental: Es la deficiencia mental que coloca -al que la padece- en una situación de inferioridad para la defensa por sí mismo de sus derechos. Es a su vez, la incapacidad para una persona de representarse situaciones debido a su carencia imaginativa de realidades y a su déficit de experiencia. Estos hechos hacen que se puedan cometer en ella situaciones que en otras personas no serían naturales.

Sin embargo, en el Código Penal en diferentes tipos relativos a la libertad sexual se utilizan cuatro categorías en principio diferenciables, incapaz o incapaces, que es utilizado como *nomen iuris* de los delitos de los Arts. 159, 161 y 167 CP; enajenación mental, utilizado como parte del tipo de los Arts. 159 y 161 CP; deficiente mental, introducido con la reforma del Art. 167 CP, del año 2004; y estado de inconsciencia o incapacidad de resistir de los Arts. 159 y 161 CP.

[120] D.L. N° 210, del 25 de noviembre del 2003, publicado en el D. O. N° 4, tomo 362, del 08 de enero del 2004.

Al respecto, al realizar una interpretación sistemática de todas esas categorías es necesario considerar incapaz o incapaces como un término genérico que hace referencia a la imposibilidad, natural o legal, de contar con la capacidad de comprensión de la realidad, total o parcialmente y temporal o permanentemente, por lo que comprendería las restantes categorías de enajenación mental, deficiencia mental, estado de inconsciencia o incapacidad de resistir.

Por otra parte, aunque médica o psiquiátricamente enajenación mental es diferenciable de deficiencia mental[121], pues mientras la primera se vincula con enfermedades mentales, el deficiente mental etimológicamente –también denominado retrasado mental– es aquel "*que tiene algún defecto o que no alcanza el nivel considerado normal*".[122] Es decir, es aquella persona que no ha podido llegar al desarrollo completo de su capacidad intelectual, situándola por debajo del límite inferior normal. El Art. 6 de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental de la ONU[123] establece que "[…] *el retrasado mental debe ser protegido contra toda explotación y todo abuso o trato degradante*."

Por su parte, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad[124] establece que "[…] *el término discapacidad significa "una 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 y agravada por el entorno económico y social."*[125]

Por ello en virtud de la utilización del legislador salvadoreño, en los tipos contra la libertad sexual: violación en menor o incapaz, agresión sexual en menor e incapaz y en corrupción de menores e incapaces, resulta sistemáticamente adecuado considerar que se están utilizando como sinónimos pues de lo contrario habría que entender que en el último de los tipos no se está protegiendo a los enfermos mentales, que ostensiblemente también se encuentran en una situación de inferioridad psíquica de la que se puede aprovechar otra persona para ponerlo en contacto con actividades sexuales.

La doctrina reconoce la existencia de los siguientes tipos de enajenación o deficiencia mental, también denominadas oligofrenias:[126]

---

[121] Mientras enajenación mental ha sido entendido por la doctrina española como contentivo de enfermedades mentales (entre ellas las psicosis y las psicopatías); y oligofrenias, deficiente mental se ha reservado para estas últimas. Al respecto ver MIR PUIG, *Op. Cit*, p. 557.

[122] www.rae.es

[123] Proclamada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971.

[124] Ratificada por D.L. 610 de fecha 15 de noviembre de 2001 y publicada en el D.O. 238, tomo 353 de fecha 17 de diciembre de 2001.

[125] Art. 1.1. de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

[126] Suponen "una insuficiencia cuantitativa del grado de inteligencia (en griego *oligos* significa "poco" y *phren* "inteligencia). Ibidem, p. 558

- La idiocia: Adulto con edad mental de 0 a 2 años, coeficiente intelectual menor de 25.
- La imbecilidad. Adulto con edad mental de 3 a 6 años, coeficiente intelectual entre 25 y 50.
- Debilidad mental: Adulto con edad mental de 7 a 9 años, coeficiente intelectual de 50 a 80[127].
- Inteligencia liminar: Retraso mental.
- Mongolismo.

A efectos penales, en relación con la declaración de enajenación o deficiencia mental, caben dos posibilidades: "*a) exista sentencia judicial declaradora de la incapacidad del sujeto en cuyo caso no existirán dudas sobre su consideración de sujeto pasivo de esta tipología delictual; b) no concurriendo sentencia judicial el sujeto presente una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma. En este supuesto será necesaria una determinación pericial que verifique tales hechos, procediendo a estimarse o no el estado de incapacidad a efectos penales. En cualquier caso, como indica, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo 456/2000, de 21 de marzo [RJ 2000\1479], «la víctima, más allá de la pura expresión formal o aparente al aceptar la relación sexual, no ha prestado un verdadero y auténtico consentimiento valorable como tal, porque su patología excluye la aptitud de saber y conocer la trascendencia y repercusión de la relación sexual*".[128]

Por otra parte, el inciso primero también prevé la comisión del delito en casos de personas que por situaciones propias o anteriores a la comisión de este delito, se encuentren:

- En estado de inconsciencia (el sujeto pasivo se encontraba en coma, anestesiado, embriagado o drogado por él mismo, etc.)
- En incapacidad para resistir (en casos de personas que se encuentran parapléjicas o también en estado de embriaguez o drogadicción que no hace que pierdan completamente el sentido pero sí que disminuye sensiblemente su capacidad de defenderse).

Cabe señalar que como elemento típico en todos estos supuestos, el sujeto activo debe aprovecharse de cualquiera de estas circunstancias para tener acceso carnal, por lo que atendiendo los diversos grados o niveles de enajenación mental cabe considerar que bajo determinadas circunstancias es posible reconocerle a las personas en estado de deficiencia mental, capacidad de entender y decidir realizar las actividades sexuales[129].

En relación al sujeto activo en virtud de la formulación típica, en los supuestos prohibidos puede serlo tanto un hombre como una mujer.[130]

---

[127] Ibidem, p. 559.
[128] MORILLAS FERNÁNDEZ, D: *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*, p. 219
[129] En este sentido Moreno Carrasco, ob cit., p. 604
[130] Vid. *supra* cita 110.

- **Conducta típica**

Esta clase de violación es absoluta, no necesita violencia, pues el legislador suple ello al considerar como bien jurídico la indemnidad sexual, pues entiende que debe protegerse en todo caso a los sujetos pasivos del delito. Por ello en el caso de los menores 15 años de edad es irrelevante el consentimiento que puedan brindar para el sostenimiento de tales relaciones, de ahí que algunos autores hablen de violación presunta.

En todos los demás elementos del tipo debemos referir a lo sostenido en el delito del artículo anterior.

En el inciso segundo se prevé los casos en que haya sido el victimario quien colocó a la víctima, mediante engaño, que puede ser de cualquier naturaleza, en estado de inconsciencia o bien en incapacidad para resistir.

- **Tipicidad subjetiva**

Al igual que en el delito de violación, estamos en presencia de un tipo subjetivo doloso, en el cual resulta relevante que es necesario conocer la situación de minoría de 15 años de edad o de la situación de enajenación o deficiencia mental, en todo caso, pues de no concurrir, puede alegarse un error de tipo, que podría llevar a una excluyente completa, pues el Art. 28 CP remite al tipo culposo, que en este caso no existe, cuando es invencible. Es más difícil pensar en un error en la prohibición, ya que con el desarrollo actual de las sociedades y sus comunicaciones, es más probable que ello sea de conocimiento general.

- **Autoría y Participación**

Se aplican las mismas consideraciones señaladas en el artículo anterior, pero debe resaltarse que en el presente tipo penal no necesariamente habrá una distribución en la ejecución de los verbos rectores –uno ejerce violencia y otro el acceso carnal– , pues no es imprescindible la violencia. Sin embargo la presencia de una pluralidad de adultos que no realicen el acceso carnal en un menor de edad o incapaz, puede tener ese mismo efecto sobre el sujeto pasivo.

También, se han dado casos de coautoría en comisión por omisión, cuando el coautor tiene posición de garantía respecto a la víctima. A manera de ejemplo, la madre de la víctima que sabe que ésta es continuamente violada por su padre o padrastro, y conociendo lo anterior, no impide tales hechos, puede ser condenada como coautora en el ilícito. Así, el padre o padrastro habrá cometido el delito por acción y la madre en comisión por omisión, de acuerdo al tenor del Art. 20 Pn.

- **Concursos**

Contrario a lo que ocurre con el delito del artículo anterior, el empleo de violencia no es un requisito, particularmente la física –aunque la psicológica también tiene relevancia jurídica penal-, sobre todo por que no es un elemento del tipo, deberá desvalorarse a

través de una figura concursal con el delito de lesiones, de acuerdo con la gravedad de ellas.

Por otra parte, la realización de la conducta típica requerida por el delito de violación en menor o incapaz, y el acceso carnal por vía oral, requerido en el inciso 3ro. del artículo 161, también debe ser valorado a través del concurso de delito, como real, pues son dos acciones diferentes desvaloradas jurídicamente de esa manera.

Tampoco existe obstáculo para considerar la realización de un delito continuado conforme al Art. 42 del C.P.

- **Aspectos de investigación y prueba**

a) Para la determinación de la responsabilidad penal:

a.1) Testimoniales

- Declaración de representante legal.
- Declaración de víctima (en caso sea posible).
- Declaraciones de testigos.

a.2) Documentales

- Certificación de partida de nacimiento de la víctima.
- Certificación de la ficha del Documento Único de Identidad del victimario.
- Certificación de expediente o de historia clínica en caso de haber recibido tratamiento por facultativo, como consecuencia de la violación.
- Certificación de expediente clínico con el que se establezca la enajenación mental, el estado de inconsciencia o la incapacidad de resistir.

a.3) Periciales

- Peritaje de edad media, si es necesario.
- Peritaje de genitales.
- Peritaje psicológico o psiquiátrico.
- Peritajes toxicológicos, con el propósito de establecer la existencia de cualquier sustancia que coloque a la victima en estado de inconsciencia o la incapacite para oponer resistencia.
- Peritaje con el que se demuestre que la victima está embarazada, si fuera el caso.
- Estudio social del entorno de la victima antes y después del delito.
- Examen de ADN como anticipo de prueba, en caso de haberse recolectado y conservado debidamente el material genético idóneo para ese fin, tal como vellos púbicos, hisopado vaginal, cabellos, saliva, sangre, etc.
- Otros peritajes clínico-forenses (por ejemplo, para la determinación de contagio de enfermedades venéreas o del virus del VIH).

- Estudio social y peritaje psicológico o psiquiátrico del imputado (si es posible)**.**

a.4) Otras diligencias

- Estudio social del entorno de la victima antes y después del delito.
- Inspección en el lugar de los hechos, fijación de todos los indicios encontrados, recolección de los mismos, de tal forma que se preserve la cadena de custodia.
- Croquis de ubicación geográfica del lugar donde se cometió el delito.
- Control de ingreso y egreso de vehículos, si el delito fue cometido en un auto hotel, motel, pensión, etc.
- Álbum fotográfico, con el propósito de ilustrar el lugar y las condiciones en las que se cometió el delito.
- Actas y entrevistas policiales que contribuyan al esclarecimiento del hecho o a la individualización o identificación del imputado.
- Reconocimientos en rueda de personas o por fotografía efectuados por la victima o por los testigos, tendientes a la individualización del imputado.

b) Para la determinación de la responsabilidad civil:

- Peritajes efectuados con el propósito de establecer las secuelas del delito, el tiempo de duración de las terapias que se hayan ordenado y su valor económico, así como el valor aproximado de las que haga falta practicar.
- Facturas que comprueben los gastos en que incurrió la victima por las terapias, medicamentos, transporte, cambio de domicilio, etc.
- El valor aproximado del costo de las terapias, en caso de haberse practicado en cualquier institución pública u otra clínica de asistencia gratuita.

OTRAS AGRESIONES SEXUALES

Art. 160.- *El que realizare en otra persona cualquier agresión sexual que no sea constitutiva de violación, será sancionado con prisión de tres a seis años.*

Si la agresión sexual consistiere en acceso carnal bucal, o introducción de objetos en vía vaginal o anal, la sanción será de seis a diez años de prisión.

- **Bien Jurídico Protegido**

Es la libertad sexual, por lo que referimos a lo sostenido *supra*.

- **Sujetos**

Puede ser sujeto pasivo cualquier persona, hombre o mujer.

En cuanto a sujetos activos en este tipo, no hay discusión alguna que lo pueden ser tanto hombres como mujeres.

- **Conducta típica**

Aunque el tipo penal no contempla expresamente la violencia, esta se deduce del empleo del término "agresión sexual", pues agresión en su significado gramatical se refiere al "*acto de acometer a alguien para matarlo, herirle o hacerle daño*" (violencia física) y en su calificativo de sexual "*la que por atentar contra la libertad sexual de las personas y realizarse con violencia o intimidación es constitutiva de delito*."[131]

En una formulación negativa en la redacción, el tipo establece que las conductas que sanciona son aquellas que no sean constitutivas de violación, es decir acceso carnal por vía vaginal o anal, por lo que algunos autores consideran que en principio se encontrarían comprendidas el obligar al sujeto pasivo a "*soportar tocamientos o besos de otra persona o a realizar tales tocamientos o besos a otra persona, sea esta o no el sujeto activo,* (…) *pero no la mera contemplación de la desnudez*[132]". Ello nos lleva a indicar, en conjunto con la jurisprudencia de tribunales del país, que es indispensable el contacto físico entre agresor y víctima para configurar el tipo.

Si no hay tal contacto físico, no puede atribuirse este tipo penal. Así, por ejemplo, en el caso que un sujeto activo obliga a un pasivo (adulto) a realizar en sí mismo o en un tercero distinto del sujeto activo, actos sexuales distintos de los comprendidos en la violación, habrá que reconducir al delito de coacciones del Art. 157 C.P.[133] en el que pierde relevancia la connotación sexual de la acción pero que comparte todos los demás elementos del tipo. Si el sujeto pasivo a quien se obliga a realizar estos actos que no

[131] www.rae.es. En tal sentido MORENO CARRASCO, *Op..Cit*.
[132] *Ibídem*, p. 607
[133] Art. 153.- El que por medio de violencia obligare a otro a realizar, tolerar u omitir alguna acción, será sancionado con prisión de uno a tres años.
Cuando la coacción ejercida tuviere por objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental, se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años.

implican contacto con el agresor es un NNA, el tipo penal aplicable será el de Corrupción de Menor o Incapaz Art. 167 C.P.[134]

En tal sentido "*se establece como uno de los elementos esenciales del tipo que exista una agresión sexual, es decir, que la conducta ejecutada por el sujeto activo atente contra el bien jurídico protegido que lo constituye la libertad sexual, lo que significa que tiene que existir un contacto corporal entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, orientado a tener relaciones sexuales en contra de la libertad sexual del sujeto pasivo*".[135]

Es más difícil distinguir esta conducta, del Acoso Sexual Art. 165 C.P., principalmente cuando en ambos tipos el "tocamiento" puede ser una modalidad para cometer la conducta típica en ambos delitos. A su vez, la falta Actos Contrarios a las Buenas Costumbres y al Decoro Público, Art. 392 No. 4 C.P., también hace alusión a tocamientos.[136]

Sin embargo para realizar la necesaria distinción es posible acudir a criterios objetivos derivados del bien jurídico protegido y atendiendo a la gravedad de la acción, de tal manera que se estará en presencia de "tocamientos" relevantes para el tipo penal del Art. 160 C.P. en los siguientes supuestos:

a) Cuando estos se lleven a cabo en zonas corporales de la víctima de indubitable referencia sexual como los órganos genitales de la mujer y el hombre, los glúteos y las mamas; en relación a la boca aunque también pueda tener un connotación sexual, es difícil asignarle el desvalor de este tipo penal, aun con la introducción de objetos o miembros del cuerpo, por lo que debe reconducirse al tipo penal de acoso sexual. Estas acciones pueden darse con el empleo de cualquier miembro corporal del sujeto activo, pero no el pene pues de utilizarse se estaría en presencia de la agravante del inciso segundo, así como obligar a tocamientos del sujeto pasivo al activo en esas mismas zonas corporales, sin perderse de vista que esto debe ocurrir mediante el uso de violencia;

---

[134] En relación con esto punto, posición contraria sostiene la Sala de lo Penal al decir que "La agresión sexual implica en nuestra legislación, actos de acceso corporal como coito bucal o formas diversas de aquel como rozamiento de los órganos genitales, tocamientos impúdicos que pueden implicar algunos de accesos digitales o linguales u otros instrumentos que estén fuera del contexto corporal del sujeto activo del delito en los órganos genitales de la víctima. Es una figura delictiva con múltiple perfil de salvaguardar la libertad sexual, aunque puede resultar difícil hacer el juicio de tipicidad de esta conducta en relación a otras, basta sólo hacer una interpretación sistemática, para hacer las distinciones, puesto que en este tipo penal quedan comprendidas conductas de imposición violenta o intimidatoria de relaciones o contactos sexuales y no es requisito indispensable que haya penetración de algún miembro y órgano corporal humano o un objeto o instrumento en los orificios naturales de la víctima. La agresión sexual exige de un contacto físico violento o intimidatorio, no necesariamente se tiene que hacer sobre el cuerpo del sujeto pasivo, ni tampoco tiene porque ser ejecutado por el sujeto activo del delito, puesto que son admisibles otras formas comisivas, como por ejemplo, obligar a la víctima a realizar tocamientos sobre el cuerpo del victimario o de un tercero o inclusive en el cuerpo del mismo sujeto pasivo. Sentencia 73-CAS-2004 de las 09:30 horas del día 9/11/2004".

[135] Tribunal de Sentencia de Sensuntepeque, sentencia de 16 de enero de 2002.

[136] Art. 392.- Será sancionado con diez a treinta días multa:
4) El que aprovechándose de aglomeraciones públicas o del descuido de quien transita por calles o lugares públicos, realizare tocamientos impúdicos;

b) El contexto en que se realicen, comprendiendo un lugar que permita la realización de tales tocamientos por parte del sujeto activo sin la posibilidad de ser visto o detenido por otras personas diversas de la víctima y que le garanticen cierta impunidad.

Mientras tanto estaremos en presencia de acoso sexual, si los tocamientos ocurren en partes del cuerpo distintas a las señaladas, pero siempre con relevancia para un sentido sexual, como la boca, las orejas, el cuello, los muslos, la manos y los pies, etc., si estas acciones ocurren exclusivamente sobre la ropa y en un contexto que no permita completamente la impunidad; y se estará en presencia de la falta cuando sea siempre sobre la ropa, en un impulso único, sin posibilidad de permanencia y en un lugar público con aprovechamiento de aglomeraciones.

En este sentido han señalado los tribunales salvadoreños que "*el simple tocamiento no constituye en ningún momento agresión sexual, sino más bien que los actos deben tener, en el contexto social en que se produce y según los sujetos intervinientes, contenido sexual debiendo tener cierta gravedad y trascendencia y ser potencialmente idóneos para afectar de modo relevante la sexualidad ajena*".[137]

El tocamiento a que hace referencia el Art. 392 No. 4 C.P se dará siempre en un lugar público, y con aprovechamiento de aglomeraciones o del descuido del transeúnte; diferente, entonces, de las conductas de Agresión Sexual o Acoso Sexual en generalmente, el sujeto activo busca lugares solitarios.

En relación a las conductas del inciso segundo, cabe referir a lo dicho sobre acceso carnal en el tipo de violación, sin embargo en cuanto a la introducción de objetos en vía vaginal o anal, existen dos posturas al respecto:

1. La que sostiene que, cuando las normativas se refieren al término "objeto" se hace alusión a cualquier elemento extraño que ingrese en las cavidades anal y vaginal, distinto al órgano genital masculino. Para esta postura, la introducción de los dedos es considerada como introducción de objetos.

2. La que considera que un objeto es una cosa que no forma parte del cuerpo humano y que por lo tanto la introducción de los dedos en las cavidades relacionadas no se enmarca en la situación agravante del Art. 160.[138]

Así, debe considerarse incluidos los dedos y la lengua en el concepto de objeto, en virtud que de esa forma son utilizados para obtener satisfacción sexual por parte del sujeto activo, es decir como objetos extraños que ingresan en las cavidades corporales.

---

[137] Tribunal de Sentencia de Sensuntepeque, sentencia de 16 de enero de 2002.

[138] Parte de la doctrina española considera excluidos del concepto de objetos los miembros del cuerpo distintos al pene (penetración digital o lingual), pues el sentido gramatical de objetos no permite incluirlos. Objeto, es equiparable a cosa, y esta se entiende como todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta, u objeto inanimado, por oposición a ser viviente. www.rae.es. Ello es lo que llevó al legislador español a introducir una reforma en la que expresamente se haga referencia a la introducción de miembros corporales como parte del tipo:."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 doce años".

En virtud de la modalidad de la parte objetiva del tipo, la agresión sexual es un delito de mera actividad, por lo que el hecho punible queda consumado desde que se inician los actos sexuales distintos del acceso carnal o la introducción de objetos. No existe una separación espacio-temporal entre la acción y el resultado.[139]

- **Tipicidad subjetiva**

Otro elemento de este delito, que es eminentemente doloso, lo constituye que generalmente ocurre un ánimo lúbrico del sujeto activo, cuya perversidad es la de satisfacer o excitar sus impulsos sexuales. Sin embargo en algunos casos no existe este "*animus*", sino que la motivación puede ser: vengarse, burlarse, avergonzar a alguien, etc., sin que por ello se deje de cometer el delito. Ello permite sostener la atipicidad de conductas como la asistencia médica ginecológica en menores de edad, que impliquen la introducción de objetos en la vagina femenina.

A este punto, es conveniente reflexionar sobre la diferencia que puede existir entre la tentativa de Violación y las Agresiones sexuales. Para solventar el problema, se deben aplicar los criterios de la tentativa.

Ahora bien, es importante ver las circunstancias y características del caso, y deberá observarse si el "*animus*" del sujeto activo es el acceso carnal, entiéndase la relación sexual como la penetración; o bien se pueda deducir de los hechos, que el "*animus*" era tener una conducta sexual diferente del acceso carnal.

En otro caso, si el sujeto no muestra intención de penetración, sino por ejemplo de obtener sexo oral, masturbación, etc., entonces podría descartarse el "*animus*" del acceso carnal, subsistiendo el de la agresión sexual. Debe advertirse que no existen fórmulas mágicas para solucionar estos problemas de la tentativa y las agresiones sexuales, por lo que debe analizarse con sumo cuidado cada caso.

- **Autoría y participación**

En virtud que este delito también requiere violencia para su consumación le es aplicable todo lo analizado en el delito del Art. 158 C.P.

- **Concursos**

En relación a las figuras concursales se remite a lo dicho con respecto a ello en el delito de violación.

[139] MIR PUIG, *Op. Cit*, p. 219.

- **Aspectos de investigación y prueba**

a) Para la determinación de la responsabilidad penal:

a.1) Testimoniales

- Declaración de la víctima.
- Declaraciones de posibles testigos.

a.2) Documentales

- Certificación del expediente de historia clínica en caso de haber recibido tratamiento por facultativo, como consecuencia del delito.

a.3) Periciales

- Peritaje psicológico o psiquiátrico.
- Peritaje de genitales.
- Examen de ADN como anticipo de prueba, en caso de haberse recolectado y conservado debidamente el material genético idóneo para ese fin, tal como vellos púbicos, hisopado vaginal, cabellos, saliva, sangre, etc.
- Otros peritajes clínico-forenses como exámenes de sangre u otros fluidos que no conlleven la necesidad de practicar ADN.
- Estudio social y peritaje psicológico o psiquiátrico del imputado (si es posible)**.**

a.4) Otras diligencias

- Inspección en el lugar de los hechos, fijación de todos los indicios encontrados, recolección de los mismos, de tal forma que se preserve la cadena de custodia.
- Croquis de ubicación geográfica del lugar donde se cometió el delito.
- Control de ingreso y egreso de vehículos, si el delito fue cometido en un auto hotel, motel, pensión, etc.
- Álbum fotográfico, con el propósito de ilustrar el lugar y las condiciones en las que se cometió el delito.
- Actas y entrevistas policiales que contribuyan al esclarecimiento del hecho o a la individualización o identificación del imputado.
- Reconocimientos en rueda de personas o por fotografía efectuados por la victima o por los testigos, tendientes a la individualización del imputado.

b) Para la determinación de la responsabilidad civil:

- Peritajes efectuados con el propósito de establecer las secuelas del delito, el tiempo de duración de las terapias que se hayan ordenado y su valor económico, así como el valor aproximado de las que haga falta practicar.

- Facturas que comprueben los gastos en que incurrió la victima por las terapias, medicamentos, transporte, cambio de domicilio, etc.
- El valor aproximado del costo de las terapias, en caso de haberse practicado en cualquier institución pública u otra clínica de asistencia gratuita.

AGRESIÓN SEXUAL EN MENOR E INCAPAZ

Art. 161.- *La agresión sexual realizada con o sin violencia que no consistiere en acceso carnal, en menor de quince años de edad o en otra persona, aprovechándose de su enajenación mental, de su estado de inconsciencia o de su incapacidad de resistir, será sancionado con prisión de ocho a doce años.*

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

Si concurriere cualquiera de las circunstancias señaladas en el inciso segundo del artículo anterior, la sanción será de catorce a veinte años de prisión.

- **Bien jurídico protegido**

Es la indemnidad o libertad sexual, por lo que referimos a lo sostenido en la introducción del presente documento.

- **Sujetos**

Son sujetos pasivos de este delito cualquier persona que sea menor de quince años o personas que se encontraran en cualquiera de los estados mencionados en el tipo y tal circunstancia fuere aprovechada por el sujeto activo para realizar la conducta.

Son sujetos activos cualquier persona conforme a lo explicado en el delito de violación en menor o incapaz.

- **Conducta típica**

El verbo rector es realizar, es decir, "efectuar, llevar a cabo algo o ejecutar una acción"[140], que en este caso consiste en los restante elementos del tipo, que a continuación se analizan.

Existe un problema de interpretación en cuanto a la palabra "*agresión"* que el legislador ha incluido en esta disposición. (ver el Art. 159 en donde no es utilizada). Es curioso que se mencione en esta disposición la posibilidad de que ocurra una "agresión sin violencia". Lo cierto es que al tenor de lo inmediatamente dispuesto en este artículo, "con o sin violencia", esta última puede faltar, por eso se considera que la acción es "*ope legis*", es decir que aunque no haya violencia, se considera un ataque, siempre que ocurran los demás elementos del tipo.

Esa conjunción de términos -agresión sin violencia-, ha llevado a considerar que "el artículo 161, al definir la conducta como `*la agresión sexual que no constituyere violación', exige de modo implícito, como en el artículo anterior, que en esta conducta esté presente la violencia como medio comisivo, de modo que, por ejemplo, una relación*

[140] www.rae.es

sexual oral con persona menor de doce años no se podría penar por este artículo, sino, en su caso, por aplicación del artículo 165, con una más que notoria rebaja de pena."[141]

Sin embargo la jurisprudencia salvadoreña ha considerado que "*se debe entender que el sustantivo "agresión" tiene varias acepciones dando la idea de ataque, acometimiento, lanzarse contra alguien para herirle, golpearle o causarle cualquier daño, las cuales son aplicables a la redacción del artículo 161 del Código Penal, en relación a la utilización de la violencia, pero como esta figura penal por el bien jurídico que protege (la indemnidad sexual) también puede realizarse sin violencia deberá entenderse este término además como el acto que lesiona o infringe el derecho de otro, para el caso el de la libertad sexual*."[142] A esta opción nos adherimos, pues en este tipo penal aunque se hace referencia a agresión, del cual hemos señalado que se entiende o infiere violencia, cuando el tipo penal inmediatamente después indica que ello puede ser sin violencia, indica que su empleo no es en ese sentido, sino en el señalado por la jurisprudencia relacionada, por lo que contrario a lo señalado por MORENO CARRASCO, si es posible tipificar los casos que propone con el artículo que ahora analizamos.

- **Tipicidad subjetiva**

Se aplica lo mismo señalado para el delito de Violación en Menor e Incapaz.

- **Autoría y Participación**

En este tipo es aplicable lo dicho para el delito de violación en menor o incapaz por lo que ahí remitimos.

- **Concursos**

Respecto de las relaciones concursales, también es aplicable lo señalado para el delito anterior.

- **Aspectos de investigación y prueba**

a) Para la determinación de la responsabilidad penal:

a.1) Testimoniales

- Declaración de representante legal.
- Declaración de víctima (en caso sea posible).
- Declaraciones de testigos.

a.2) Documentales

- Certificación de partida de nacimiento de la víctima.

[141] MORENO CARRASCO, *Op. Cit.*
[142] Tribunal de Sentencia de Nueva San Salvador (ahora, Santa Tecla), sentencia de fecha 16 de febrero de 2002.

- Certificación de la ficha del Documento Único de Identidad del victimario.
- Certificación de expediente o de historia clínica en caso de haber recibido tratamiento por facultativo, como consecuencia de la agresión sexual.
- Certificación de expediente clínico con el que se establezca la enajenación mental, el estado de inconsciencia o la incapacidad de resistir.

a.3) Periciales

- Peritaje de edad media, si es necesario.
- Peritaje de genitales.
- Peritaje psicológico o psiquiátrico.
- Peritajes toxicológicos, con el propósito de establecer la existencia de cualquier sustancia que coloque a la victima en estado de inconsciencia o la incapacite para oponer resistencia.
- Estudio social del entorno de la victima antes y después del delito.
- Examen de ADN como anticipo de prueba, en caso de haberse recolectado y conservado debidamente el material genético idóneo para ese fin, tal como vellos púbicos, hisopado vaginal, cabellos, saliva, sangre, etc.
- Estudio social y peritaje psicológico o psiquiátrico del imputado (si es posible)**.**

a.4) Otras diligencias

- Estudio social del entorno de la victima antes y después del delito.
- Inspección en el lugar de los hechos, fijación de todos los indicios encontrados, recolección de los mismos, de tal forma que se preserve la cadena de custodia.
- Croquis de ubicación geográfica del lugar donde se cometió el delito.
- Control de ingreso y egreso de vehículos, si el delito fue cometido en un auto hotel, motel, pensión, etc.
- Álbum fotográfico, con el propósito de ilustrar el lugar y las condiciones en las que se cometió el delito.
- Actas y entrevistas policiales que contribuyan al esclarecimiento del hecho o a la individualización o identificación del imputado.
- Reconocimientos en rueda de personas o por fotografía efectuados por la victima o por los testigos, tendientes a la individualización del imputado.

b) Para la determinación de la responsabilidad civil:

- Peritajes efectuados con el propósito de establecer las secuelas del delito, el tiempo de duración de las terapias que se hayan ordenado y su valor económico, así como el valor aproximado de las que haga falta practicar.
- Facturas que comprueben los gastos en que incurrió la victima por las terapias, medicamentos, transporte, cambio de domicilio, etc.
- El valor aproximado del costo de las terapias, en caso de haberse practicado en cualquier institución pública u otra clínica de asistencia gratuita.

VIOLACIÓN Y AGRESIÓN SEXUAL AGRAVADA

Art. 162.- *Los delitos a que se refieren los cuatro artículos anteriores serán sancionados con la pena máxima correspondiente, aumentada hasta en una tercera parte, cuando fueren ejecutados:*

> *1) Por ascendientes, descendientes, hermanos, adoptantes, adoptados o cuando se cometiere en la prole del cónyuge o conviviente;*
> *2) Por autoridad pública o por cualquier otra persona que tuviere bajo su custodia a la víctima;*
> *3) Cuando la víctima fuere menor de dieciocho años de edad;*
> *4) Por persona encargada de la guarda, protección o vigilancia de la víctima;*
> *5) Cuando se ejecutare con el concurso de dos o más personas;*
> *6) Cuando se hiciere uso de medios, modos o instrumentos especialmente brutales, degradantes o vejatorios; y,*
> *7) Con abuso de relaciones domésticas o de confianza derivada de relaciones de trabajo.*

1) Por ascendientes, descendientes, hermanos, adoptantes, adoptados o cuando se cometiere en la prole del cónyuge o conviviente

En este apartado, se agrava el delito contra la libertad sexual por la relación de ascendencia o descendencia, en cualquier grado, o de fraternidad, así como la relación directa derivada de la adopción; o la mera relación de hecho determinada por la existencia de matrimonio del sujeto activo, con el padre o la madre del sujeto pasivo, o por la existencia de una material convivencia.

Esta agravante se sustenta en que en las acciones contra estas personas, existe una mayor perversidad en el sujeto activo, puesto que el agresor posee un deber moral, no sólo de no agredir a la víctima, sino que debe protegerle, ya que de alguna manera ejerce una función protectora natural sobre su víctima.

Los tribunales salvadoreños han estimado que si aunque "*el bien jurídico tutelado no resulta más lesionado cuando la acción recae sobre un pariente o cuando recae sobre un extraño, lo que se toma en cuenta en esta agravante específica, es la especial situación en que se encuentra la víctima con respecto al autor, el ámbito donde se produce el ataque, que en cierta medida favorece la actuación del victimario, al restringir las posibilidades de defensa y posterior denuncia de los hechos y sobre todo, de consideraciones de carácter moral. Recordemos que, cuando la violación es entre parientes, muy difícilmente la víctima acude a los órganos de justicia, simplemente calla su agresión por temor al reproche social e inclusive familiar, o en último caso, es la forma de evitar algún conflicto parental, con esto, más que un mensaje de reflexión al victimario se le fomenta su capacidad reiterada de agresión y su impunidad*".

2) Por autoridad pública o por cualquier otra persona que tuviere bajo su custodia a la víctima;

El concepto de autoridad pública es el establecido en el Art. 39 del Código Penal. El problema que se plantea en la interpretación, es que si para aplicar la agravante, basta el "ser" autoridad pública, o si es necesario que el delito sea cometido en el ejercicio de esa autoridad. Esta última manifestación es la que se acepta normalmente, es decir, que se considera que esta agravante ocurre, por ejemplo, en aquellos casos en los que el sujeto pasivo esté bajo la custodia "oficial" del agresor, quien en ese momento debe encontrarse investido de su "*imperium autorictas*".

Se ha establecido también por la doctrina, que debe entenderse que la agravación por este motivo se aplicará, cuando se haya producido un abuso de función por parte de la autoridad, del que ésta se haya servido para la comisión del delito, aunque la víctima no esté bajo su custodia directa.

En la segunda parte del numeral, se hace referencia a toda persona distinta a la autoridad pública que tenga a la víctima bajo su custodia, haciendo referencia a situaciones en las que el sujeto activo pueda ejercer potestades sobre el sujeto pasivo.

3) Cuando la víctima fuere menor de dieciocho años de edad

Esta agravante es aplicable a los tipos analizados pero, evidentemente no entra en juego cuando ya se prevé especialmente que la víctima tenga menos de 15 años, como ocurre en los artículos 159 y 161, pues de estimarse se realizaría una violación de la prohibición de múltiple persecución, en este caso de múltiple valoración de circunstancias agravantes, pues la minoría de 15 años ya ha sido valorada por el legislador para que concurra una concreta figura agravada, pero sí resulta aplicable cuando la víctima es menor de 18 años, pero mayor de 15 años.

La razón de la agravación deviene en la existencia de una situación de prevalimiento, es decir, de superioridad sobre el sujeto pasivo.

Por otro lado, existe el problema en aquellos casos en los que el sujeto activo alegue que la víctima "parecía de más de 18 años", y por ello incurrió en error. Sobre este punto, doctrinariamente se dice que no se aplicaría esta agravación y que el delito ocurriría de la manera simple. Obviamente que en estos casos, el juez tendrá que aplicar la sana crítica, cuyos elementos son: la lógica, la psicología y la experiencia, para poder discernir sobre la veracidad o no de lo relatado por el sujeto activo. La realidad nos mostrará dos cosas: por una parte, que es muy difícil que un imputado vaya a confesar una violación (puesto que sería esto necesario para establecer el error) y por otra parte, se tendría el hecho de que la víctima efectivamente puede establecer su edad sin mayores problemas, con lo que dificultaría un poco el establecimiento del error.

4) Por persona encargada de la guarda, protección o vigilancia de la víctima

Guardar significa conservar o defender una persona. La guarda o tutela es un cargo impuesto a ciertas personas a favor de los menores de edad o incapaces no sometidos a autoridad parental, para la protección y cuidado de su persona y bienes y para representarlas legalmente según el artículo 272 C.F.

Proteger es un concepto similar que implica evitar los riesgos que acechen al protegido, mientras que vigilar es velar por una persona atendiéndola. Para la aplicación de este numeral, basta con que la situación planteada exista objetivamente, sin importar el origen de la misma. Ejemplos: que los delitos aludidos sean cometidos por guardaespaldas, tutores, maestros, enfermeras, médicos, etc. cuando ejercen las funciones antes indicadas.

5) Cuando se ejecutare con el concurso de dos o más personas

Como sostiene RUEDA, se castiga el supuesto de violencia sexual colectiva que implica un mayor riesgo lesivo para la víctima, la cual ve reducida sus posibilidades de defensa, no siendo imprescindible que todos los intervinientes realicen la conducta típica, bastando que más de dos hayan realizado una parte del tipo.[143]

Para que se configure la agravante en el delito de violación es necesario que las personas actúen conjuntamente. La idea de grupo, implica un acuerdo previo o simultáneo a la agresión, entre todos ellos. Puede darse en estos la responsabilidad de la persona por el delito consumado y como coautor respecto de los delitos cometidos por los demás, por tratarse de una acción conjunta. (Sentencia del 07/V/99, TS. Mejicanos)

6) Cuando se hiciere uso de medios, modos o instrumentos especialmente brutales, degradantes o vejatorios; y,

Es necesario que estos medios se utilicen como medios para ejercer la violencia sobre la víctima o para el desarrollo de la conducta sexual. Por ejemplo: actividades que denoten sadismo, o que lesionen o dañen a la víctima con alguna clase de arma, es decir, alguna actividad que se exceda la brutalidad que por sí misma implican estos delitos.

7) Con abuso de relaciones domésticas o de confianza derivada de relaciones de trabajo.

La mención de las relaciones domésticas, debe de entenderse como "*aquellas que se desarrollan en el entorno del domicilio*[144]" y en general junto con el abuso de confianza, debe entenderse como aquella de la que el sujeto activo se favorece para la comisión del delito, la que puede derivarse de una previa relación con el sujeto pasivo, quien, de alguna manera, esperaba su apoyo y no su agresión.

[143] RUEDA GARCÍA, L.: *Op. Cit*. p. 410.
[144] *Idem*.

En tal sentido el Tribunal Supremo Español ha entendido que "*la agravante de abuso de confianza, presupone una confianza depositada en el reo como consecuencia de una determinada relación personal* (…) *habiendo considerado reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala que tal relación personal de confianza, con el consiguiente deber social de lealtad, puede derivar de las propias relaciones laborales, aparte de otra serie de situaciones o relaciones personales*".[145]

En el caso de la legislación salvadoreña, las relaciones de confianza deben surgir a raíz de las relaciones de trabajo, por el tiempo que se comparte, por trabajos en común, por el trabajo en la casa, es decir, a raíz de ocasiones en las que, con facilidad, una persona puede llegar a tener la confianza antes descrita.

Existe en este caso, una situación de prevalimiento, es decir, de superioridad sobre el sujeto pasivo, no importando las causas que originen dicha superioridad. La relación debe ser de tal naturaleza, que efectivamente origine una situación de inferioridad–superioridad entre ambos. La edad cronológica del menor, por sobre la edad del agresor y las relaciones familiares o cuasifamiliares entre ellos, indudablemente la colocan en esta agravante específica.

- **Aspectos de investigación y prueba**

  Además de las diligencias para la determinación del correspondiente delito:

  a.1) Testimoniales

  - Declaración de la víctima y testigos (en caso de ser posible) para determinar la participación de dos o más personas en la comisión del crimen o bien para determinar la relación de confianza y/o doméstica entre víctima y victimario.
  - En el caso de los convivientes puede probarse por testigos, ya que lo que se pretende probar es la unión de dos personas que hacen vida en común, de una manera bastante permanente y no en los términos jurídicos de una unión no matrimonial bajo la concepción del derecho de familia.

  a.2) Documentales

  - Certificación de partida de nacimiento, con el propósito de demostrar la edad y el vínculo familiar con el sujeto activo del delito.
  - Certificación de partida de matrimonio con la que se demuestre la calidad de cónyuge del sujeto activo del delito.
  - Documentos que acrediten la calidad de autoridad pública del victimario.
  - Certificación de la sentencia que acredite la calidad de tutor del victimario.

  a.3) Periciales

  - Peritaje de edad media, si es necesario.

[145] STS del 9 de octubre de 1989.

a.4) Otras diligencias

- Estudio socio-familiar.

ESTUPRO

Art. 163.- *El que tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal mediante engaño, con persona mayor de quince años y menor de dieciocho años de edad, será sancionado con prisión de cuatro a diez años.*

- **Bien jurídico protegido**

Al igual que los tipos anteriores se refiere a la libertad sexual, por lo que al análisis de esta referimos.

- **Sujetos**

Aquí existe otra variante en los delitos contra la libertad sexual. En estos casos que inician con este artículo, se da el acceso carnal entre dos personas sin violencia, pero el legislador ha decidido convertirlos en delito, en virtud del incompleto desarrollo de la personalidad de los sujetos pasivos, personas menores de 18 años y mayores de 15, a quienes aun reconociéndoles la posibilidad de disponer, le impone a todos los que se relacionen con ellos, el actuar de manera leal y sin engaños, para evitar el aprovechamiento de esa condición para obtener el acceso carnal.

Pueden ser sujetos activos cualquier persona que tuviere acceso carnal mediante engaño con la víctima.

- **Conducta típica**

El artículo 163 castiga la realización de accesos carnales, vaginales o anales con consentimiento viciado de la víctima. Este vicio se da básicamente por la utilización de engaño por parte del sujeto activo para persuadir a la víctima de que acceda a sus pretensiones sexuales.

Así, se plantea que el engaño empleado debe ser idóneo para lograr que el sujeto pasivo acceda a la conducta sexual. Por tradición, el medio más usual de engaño es la consabida falsa promesa de matrimonio, ya que a pesar de su probado incumplimiento, todavía es de mucho impacto en quien la recibe[146]. También existen otros mecanismos de engaño, los cuales deberán ser idóneos tomando en cuenta las circunstancias del caso y las condiciones propias del sujeto pasivo. Adquiere cada vez mayor relevancia el engaño consistente en la falsa promesa de trabajo, de viajes, o de estudio en el extranjero, o el utilizado por "curanderos" o "chamanes" para curar dolencias mediante el acceso carnal.

Si el acceso carnal se realiza con persona menor de 15 años, el hecho constituye la violación presunta del Artículo 159.

[146] RUEDA GARCÍA, L., *Op. Cit*

- **Tipo subjetivo**

Se trata de una conducta dolosa, con ánimo lubrico. Sólo se admite dolo directo.

- **Autoría y participación**

Tal como sucede en el delito de violación, el tipo que se analiza esta compuesto por una pluralidad de conductas que al realizarse configuran el delito. En tal sentido es probable que suceda en la realidad que el engaño sea realizado por una persona distinta de quien tiene acceso carnal, por lo cual también sería posible la coautoría, por lo que a la justificación dogmático descrita allá nos remitimos.

- **Concursos**

En relación a figuras concursales en principio no se identifica ningún otro tipo penal con el pudiera concurrir en cualquiera de las clases de concursos de normas reconocidos.

- **Aspectos de investigación y prueba**

a) Para la determinación de la responsabilidad penal:

a.1) Testimoniales

- Declaración de la victima. Con la declaración debe establecerse, entre otros puntos, que el sujeto activo conocía la edad de la víctima y que utilizó el engaño como medio para realizar el acceso carnal.
- Declaración de representante legal.

a.2) Documentales

- Certificación de la partida de nacimiento de la víctima.
- Expediente clínico, en caso de que la victima haya recibido tratamiento médico o psicológico.

a.3) Periciales

- Peritajes de genitales.
- Peritaje de edad media, si es necesario.
- Peritaje psicológico con el que se pueda demostrar el daño ocasionado en la psiquis de la victima, así como la posibilidad real de establecer que ésta fue objeto de engaño, etc.
- Otros peritajes clínico-forenses (exámenes de laboratorio en sangre u otros fluidos no necesariamente ADN)

a.4) Otras diligencias

- Inspección en el lugar de los hechos, fijación de todos los indicios encontrados, recolección de los mismos de tal forma que se preserve la cadena de custodia.
- Actas y entrevistas policiales que contribuyan al esclarecimiento del hecho o la individualización o identificación del imputado.
- Reconocimientos en rueda de personas o por fotografía efectuados por la victima o por los testigos, tendientes a la individualización del imputado.

b) Para la determinación de la responsabilidad civil:

- Peritajes efectuados con el propósito de establecer las secuelas del delito, el tiempo de duración de las terapias que se hayan ordenado y su valor económico, así como el valor aproximado de las que haga falta practicar.
- Facturas que comprueben los gastos en que incurrió la victima por las terapias, medicamentos, transporte, cambio de domicilio, etc.
- El valor aproximado del costo de las terapias, en caso de haberse practicado en cualquier institución pública u otra clínica de asistencia gratuita.

ESTUPRO POR PREVALIMIENTO

Art. 164.- *El que tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con persona mayor de quince y menor dieciocho años de edad, prevaliéndose de la superioridad originada por cualquier relación, será sancionado con prisión de seis a doce años.*

- **Bien jurídico protegido**

La libertad sexual, al igual que en todos los tipos anteriores.

- **Sujetos**

Al igual que en el delito anterior, para la comisión de este ilícito es preciso que el sujeto pasivo sea mayor de 15 años y menor de 18. Y puede ser sujeto activo cualquier persona, hombre, que tuviere acceso carnal, en el caso de mujer, es aplicable lo dicho para el delito de violación en cuanto a dejarse acceder.

- **Conducta típica**

En este caso no se hace referencia al engaño como medio comisito sino que debe existir una objetiva situación de superioridad del sujeto activo respecto al sujeto pasivo, cuyo origen puede estar en múltiples causas, como las relaciones familiares, docentes o situaciones laborales. También, tratadistas consideran que en algunos casos puede influir la madurez del sujeto pasivo, pero para que esto opere debe ser corroborado por:

1. La producción de la prueba, mediante el interrogatorio del fiscal, para que el juez perciba estos hechos.
2. Por la situación propia de la víctima (cultura, educación, etc.). o por el dictamen del facultativo. Es preciso distinguir la superioridad de la simple desigualdad de las partes, que no da lugar al delito.

Junto con la situación de superioridad, el delito requiere que el sujeto activo se prevalezca de la misma, en el sentido que logre el acceso carnal sirviéndose y favoreciéndose de su existencia.

El problema aquí radica en que el consentimiento está viciado, pues la persona que es sujeto pasivo accede a las pretensiones del sujeto activo casi o en la creencia de que se trata de un acto de obediencia. Ejemplo de ello sería el acceso carnal solicitado por un "pastor evangélico o un sacerdote", el profesor o maestro sobre el alumno, o en otras relaciones semejantes.

Este tipo de delitos es muy difícil de establecer, pues debe acreditarse suficientemente que la víctima ha accedido a los actos sexuales por este dominio del sujeto activo sobre ella.

- **Tipo subjetivo:**

Es un tipo eminentemente doloso, por vía de dolo directo.[147]

- **Autoría y participación**

Autor directo será quien se prevalezca de su condición de superioridad para lograr el acceso carnal con la víctima. Es posible encontrar formas de participación como instigadores y cómplices.

- **Concursos**

En relación a figuras concursales en principio no se identifica ningún otro tipo penal con el pudiera concurrir en cualquiera de las clases de concursos de normas reconocidos.

- **Aspectos de investigación y prueba**

Las diligencias son, en términos generales, iguales a las correspondientes al delito de Estupro, según se han detallado anteriormente, con las particularidades siguientes:

a.1) Testimoniales

- Con la declaración de la víctima y los testigos debe establecerse que el acceso carnal ocurrió debido a la prevalencia de la posición de superioridad. Así pues, debe probarse el vínculo a través del cual se demuestre la superioridad de la que el sujeto activo se ha prevalido para cometer el delito, consciente de la edad del sujeto pasivo y de la influencia que ejerce en él. Podría ser por ejemplo una relación de amistad, la relación docente-alumno, relación a raíz de actividades religiosas, vecinales, etc.

a.2) Documentales

- En caso que la relación sea docente, deberá proponerse tanto la constancia de trabajo del maestro como la que acredite al menor como alumno.

[147] RUEDA GARCÍA añade la consciencia de la situación de superioridad del sujeto activo, materializada en la influencia que ejerce sobre el sujeto pasivo, y que quiera servirse de la misma para lograr sus fines. Consideramos que es suficiente el dolo, en el que se integran tales creencias, no siendo necesaria la acreditación de un ánimo particular, sino de datos objetivos de esas circunstancias de las que se prevalece el autor.

ACOSO SEXUAL

Art. 165.- *El que realice conducta sexual indeseada por quien la recibe, que implique frases, tocamiento, señas u otra conducta inequívoca de naturaleza o contenido sexual y que no constituya por sí sola un delito más grave, será sancionado con prisión de tres a cinco años.*

El acoso sexual realizado contra menor de quince años, será sancionado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

Si el acoso sexual se realizare prevaliéndose de la superioridad originada por cualquier relación, se impondrá además una multa de cien a doscientos días multa.

- **Bien jurídico protegido**

Se refiere a la libertad sexual exclusivamente, en el inciso primero y a la indemnidad sexual en el segundo, cuando el sujeto pasivo es una persona menor de 15 años.

- **Sujetos**

Puede ser sujeto pasivo cualquier persona, hombre o mujer y en el inciso segundo exclusivamente los menores de 15 años de edad.

Sujetos activos por su parte puede ser cualquier persona, también hombre o mujer.

- **Conducta típica**

La descripción de la acción típica que se regula en el delito de acoso sexual se limita a la existencia de conductas sexuales que expresamente define el tipo: frases, tocamiento, señas u otra conducta inequívoca de naturaleza sexual; las que no deben constituir por si solas un delito más graves, en virtud de lo cual este tipo debe ser considerado residual respecto de los demás tipos contra la libertad sexual.

En relación con las conductas que lo configuran, ya se ha señalado que la diferencia sustancial o material entre este tipo y el de otras agresiones sexuales, viene derivado de la posibilidad de tocamientos, que en este último caso debe tener relevancia respecto de la parte del cuerpo en que estos ocurren, se ha señalado que en los órganos genitales masculinos o femeninos, glúteos o mamas y en las condiciones en que esto se da; con lo cual el tocamiento de otras partes del cuerpo con relevancia sexual, determinará estar en presencia del tipo que ahora nos ocupa.

La intensidad del contacto físico sobre las determinadas zonas corporales y el contenido sexual de las mismas, deben contribuir a clarificar cuando las frases, señas u otras conductas inequívocas tienen la relevancia jurídica para ser consideradas como constitutivas de este tipo, no es posible considerar que sea más grave lo incorporal a lo corporal, sobre todo en el ámbito de la sexualidad, por lo que el valorar que frases o señas serian constitutivas de relevancia jurídica penal debe sujetarse al contenido mismo de ellas, así como al contexto en que ocurren.

Por otra parte, aunque en el tipo no se requiere la reiteración de la conducta para tener relevancia jurídica penal, tampoco debe considerarse punible la primera o única manifestación de conducta, por dos razones fundamentales: En primer lugar, la expresión de no deseo de la conducta desplegada sólo es posible luego que ella ha ocurrido; es decir *a priori* el sujeto activo no puede conocer si su manifestación será bien recibida o rechazada, con lo que hay que darle oportunidad a la manifestación del consentimiento. En segundo lugar, el principio de mínima intervención del derecho penal –es decir de sólo intervenir en los supuestos más graves de afectación del bien jurídico, en este caso de la libertad sexual– solo se permitirá si la conducta es grave como para afectarlo, y una primera conducta difícilmente podría ser considerada como tal, de ahí que debe existir cuando menos, más de una conducta no deseada.

Finalmente al emplear otra conducta inequívoca, se refiere a que el perfeccionamiento del delito no exige contacto sexual, debe entenderse que el tipo se refiere a cualquier conducta de mayor o menor connotación sexual, la cual a su vez podrá expresarse de forma escrita, oral e incluso a través de gestos. Aplican a este caso los hostigamientos graves entre compañeros de trabajo, estudio, etc. siendo lo más común, las peticiones de favores sexuales a cambio de otorgar prebendas a favor de la víctima o de abstenerse de perjudicarla.

En el inc. 2° se utiliza de nuevo un criterio cronológico como es la edad de la víctima para establecer, en sintonía con el incremento del desvalor de la acción, una más severa penalidad.

El inciso tercero establece lo que la doctrina ha denominado "*acoso por prevalimiento*", que supone un subtipo que comporta el adicionar a la pena correspondiente la multa aquí establecida. Se aplicaría a los casos de acoso realizado por jefes, patrones, maestros, etc. siempre y cuando se esté en esa relación de superioridad con respecto a la víctima.

- **Tipo subjetivo**

Es un tipo doloso, admitiéndose exclusivamente el dolo directo, el cual nace a partir que el sujeto activo conoce que sus conductas de índole sexual son indeseadas por el sujeto pasivo, pero aún así, continúa realizándolas.

- **Autoría y participación**

Por la configuración típica del delito de acoso sexual, es difícil concebir la posibilidad de una figura plural de comisión del delito, pues de darse que dos personas de manera coordinada realizan las conductas típicas sobre un mismo sujeto pasivo, ninguno necesita del otro para consumarlo, por lo que cada uno configuraría su propio reproche.

- **Concursos**

En relación a figuras concursales, puede encontrarse un concurso real de delitos en aquellos casos en que, por ejemplo, la víctima ha sufrido de reiterados actos de acoso

sexual y posteriormente, con una distancia temporal significativa, es víctima de un delito más grave como violación.

Por otra parte, es posible la calificación del delito de Acoso Sexual, como delito continuado en los términos del Art. 42. C.P.

- **Aspectos de investigación y prueba**

a) Para la determinación de la responsabilidad penal:

a.1) Testimoniales

- Declaración de la victima.
- Declaración de representante legal de la víctima, para el caso del Inc. 2º.
- Declaración de posibles testigos.

a.2) Documentales

- Certificación de partida de nacimiento, para el caso del Inc. 2º.
- Constancias de trabajo, tanto de la victima como del imputado para establecer la relación laboral, o la documentación idónea para establecer otra relación de superioridad.
- Constancias de controles de entrada y salidas de víctima y victimario en caso se realice en el marco de una relación laboral.
- Certificación de ficha del Documento Único de Identidad del victimario.

a.3) Periciales

- Peritaje psicológico de la víctima.
- Peritaje psicológico del victimario (en caso sea posible).

a.4) Otras diligencias

- Reconocimientos en rueda de personas o por fotografía efectuados por la victima o por los testigos, tendientes a la individualización del imputado. Si ese fuera el caso.
- Inspección en el o los lugares en que ocurrió el acoso, para probar la veracidad de la descripción que del lugar realice la víctima.

b) Para la determinación de la responsabilidad civil:

- Peritajes efectuados con el propósito de establecer las secuelas del delito, el tiempo de duración de las terapias que se hayan ordenado y su valor económico, así como el valor aproximado de las que haga falta practicar.
- Facturas que comprueben los gastos en que incurrió la victima por las terapias, etc.

ACTO SEXUAL DIVERSO

Art. 166.- *El que realizare mediante engaño, con persona mayor de quince y menor de dieciocho años de edad, cualquier acto sexual diverso del acceso carnal, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años.*

El acto sexual diverso realizado con persona menor de dieciséis años, aún con su consentimiento, será sancionado con prisión de ocho a doce años.

- **Bien jurídico protegido**

Al igual que los tipos anteriores se trata de la libertad sexual.

- **Sujetos**

Puede ser sujeto pasivo cualquier persona hombre o mujer, que sea mayor de 15 años o menor de 18, en el supuesto del inciso primero. Y sólo los menores de 16 en el supuesto del inciso segundo.

Sujeto activo puede ser cualquier hombre o mujer, pues no se requiere el acceso carnal.

- **Conducta típica**

Se ha señalado que el estupro determina cuando por engaño se obtiene acceso carnal por vía vaginal o anal. Este artículo determina los actos excluidos de aquellos, cuando son realizados mediante engaño.

Requisitos:

- El engaño, en los términos que ya conocemos y que estudiamos en el estupro, es decir, el derivado de una promesa falsa o de cualquier otra circunstancia.
- Que se trate de un acto sexual diverso del acceso carnal.

Si la víctima es menor de 15 años el hecho será constitutivo de una agresión sexual en menor. (161)

En este tipo penal estaría incluidas la introducción de objetos, o cualquier conducta sexual, siempre y cuando no mediare violencia, sino engaño, y siempre en la franja de edad establecida.

La redacción del inciso 2º (producto de las reformas de noviembre del 2003) resulta del todo incoherente y contrario al principio de proporcionalidad, pues al cotejarlo con el estupro resulta que si el acceso carnal con mayor de quince años y menor de dieciséis (para vincularlo con la edad de este tipo penal) se realiza con su consentimiento, es atípico, pues sólo se sanciona el obtenido con engaño; mientras que en el tipo que nos ocupa, otra conducta distinta del acceso carnal en esa misma situación del sujeto pasivo, sancionada con mucha mayor gravedad, pues no sólo es delito, sino que la pena es de una entidad importante: 8 a 12 años.

Ello se convierte en una contradicción en la norma de prohibición[148], pues mientras se transmite el mensaje que es prohibido y sancionado el realizar acto sexual diverso con un menor entre 15 y 16 años aun con su consentimiento, no esta prohibido y mucho menos es sancionado tener acceso carnal con ese mismo sujeto pasivo si confiere tal consentimiento, pues el estupro sólo sanciona si es mediante engaño, por lo que al no existir una interpretación que permita conciliar esos supuesto debe considerarse violatorio del principio de proporcionalidad la conducta que nos ocupa.

- **Tipicidad subjetiva**

Es un tipo doloso.

- **Autoría y participación**

Es posible realizar la conducta típica por un solo autor, así como en coautoría, pues al contemplar el engaño necesario para el acceso carnal, es concebible que una persona realice ese engaño y otro sea el que acceda carnalmente, por lo que se remite para su justificación a lo dicho en esta apartado en el delito de violación.

- **Concursos**

En relación a figuras concursales en principio no se identifica ningún otro tipo penal con el pudiera concurrir en cualquiera de las clases de concursos de normas reconocidos.

- **Aspectos de investigación y prueba**

a) Para la determinación de la responsabilidad penal:

a.1) Testimoniales

- Declaración de la victima. Con la declaración debe establecerse, entre otros puntos, que el sujeto activo conocía la edad de la víctima y que utilizó el engaño como medio para realizar los actos diversos al acceso carnal.
- Declaración de representante legal.

a.2) Documentales

- Certificación de la partida de nacimiento de la víctima.
- Expediente clínico, en caso de que la victima haya recibido tratamiento médico o psicológico.

[148] Recuérdese que algunos autores hablan que los tipos penales contienen dos clases de normas: Normas de determinación que le ordenan al Juez imponer la sanción que establece el tipo cuando se le haya comprobado la existencia del delito y la participación delincuencial. Normas de prohibición, que son el mensaje dirigido a los miembros de la sociedad para que dejen de hacer o hagan algo.

a.3) Periciales

- Peritajes de genitales.
- Peritaje de edad media, si es necesario.
- Peritaje psicológico con el que se pueda demostrar el daño ocasionado en la psiquis de la victima, así como la posibilidad real de establecer que ésta fue objeto de engaño, etc.
- Otros peritajes clínico-forenses (exámenes de laboratorio en sangre u otros fluidos no necesariamente ADN).

a.4) Otras diligencias

- Inspección en el lugar de los hechos, fijación de todos los indicios encontrados, recolección de los mismos de tal forma que se preserve la cadena de custodia.
- Actas y entrevistas policiales que contribuyan al esclarecimiento del hecho o la individualización o identificación del imputado.
- Reconocimientos en rueda de personas o por fotografía efectuados por la victima o por los testigos, tendientes a la individualización del imputado.

b) Para la determinación de la responsabilidad civil:

- Peritajes efectuados con el propósito de establecer las secuelas del delito, el tiempo de duración de las terapias que se hayan ordenado y su valor económico, así como el valor aproximado de las que haga falta practicar.
- Facturas que comprueben los gastos en que incurrió la victima por las terapias, medicamentos, transporte, cambio de domicilio, etc.
- El valor aproximado del costo de las terapias, en caso de haberse practicado en cualquier institución pública u otra clínica de asistencia gratuita

CORRUPCIÓN DE MENORES E INCAPACES

Art. 167.- *El que promoviere o facilitare la corrupción de una persona menor de dieciocho años de edad o de un deficiente mental, mediante actos sexuales diversos del acceso carnal, aunque la víctima consintiere participar en ellos, será sancionado con prisión de seis a doce años.*

Cualquier persona familiar o particular que favorezca lo descrito en el inciso anterior será sancionado con la pena máxima aumentada en una tercera parte.

AGUADO LÓPEZ señala que la corrupción de menores se define como "*la realización de uno o varios actos de naturaleza sexual con un menor de edad (corrompido o no), que le causen un perjuicio en su desarrollo sexual*." [149]

- **Bien jurídico protegido**

Respecto al bien jurídico, éste siempre será la libertad sexual, en aquellos casos de adolescentes mayores de 15 años y menores de 18, y la indemnidad sexual de los menores de 15 años y deficientes mentales, ya que expresamente el tipo resta relevancia jurídica al posible consentimiento de la víctima de participar en los actos sexuales que la podrían corromper.

Algunos autores[150] añaden que, en el caso de los menores de edad, se busca proteger el derecho de éstos a no sufrir interferencias inadecuadas en el proceso de formación de su personalidad, y, en definitiva, su bienestar psíquico. Así, podemos considerar este como un delito pluriofensivo o compuesto, por vulnerar más de un bien jurídico.

El Tribunal Supremo[151] de España –en adelante, el TS–, ha señalado que "*este delito se comete por la realización de plurales actos libidinosos, […] con menores que, precisamente por su edad, se encuentran en período de formación de su personalidad, a quienes se pervierte –este es el significado que ofrece el diccionario de la Real Academia– por perturbar su desarrollo psicológico y ético*".[152]

En otra sentencia, el TS sostuvo que se comete el delito cuando "[…] *se avasallan las facultades anímicas, mente y voluntad, del menor, corrompiéndolo sexualmente*".[153]

- **Sujetos**

Sujeto activo será cualquiera, siendo un delito común. Sin embargo, el inciso 2º establece que en el caso que sea un familiar[154] quien favorezca la corrupción, la pena máxima se aumentará en una tercera parte.

[149] AGUADO LÓPEZ, S.: *El delito de corrupción de menores (Art. 189.3CP)*, p. 24.
[150] Como AGUADO LÓPEZ, ORTS BERENGUER y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ.
[151] El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda *España*, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales. Cfr. en www.poderjudicial.es
[152] STS de 26 de marzo de 1988.
[153] STS 2936/1993 de 27 de diciembre de 1993.

Sujeto pasivo del delito será el menor de edad o deficiente mental.

- **Conducta típica**

La conducta típica consiste en promover o facilitar, en los términos del inciso primero, y favorecer, en el inciso segundo, configurándose como un delito de acciones alternativas.

- Promover: iniciar o impulsar. Será, entonces, el estimular la realización de actos sexualmente inconvenientes para el niño, niña o adolescente, o para el deficiente mental.
- Facilitar: permitir, proporcionar los medios o eliminar obstáculos para incentivar al menor o deficiente mental a permanecer en el ambiente de corrupción. Tribunales salvadoreños han considerado que "[…] *facilitar implica hacer más expedito el camino para llegar a la consecución de un objetivo, es decir, colaborar para que algo se concretice de manera más viable*".[155]
- Favorecer: ayudar, apoyar un intento.

Lo que se promueve, facilita o favorece es la corrupción del menor o incapaz. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, corromper es "*Pervertir* [viciar con malas doctrinas o ejemplos] o *seducir a alguien*".[156]

Esta corrupción implica hacer que el niño, niña, adolescente o deficiente mental participe en actos de naturaleza lúbrica –distintos del acceso carnal, ya que sino, se trataría de violación o estupro– que perjudiquen el desarrollo de su personalidad. Debe de entenderse, entonces, en el sentido de llevar al sujeto pasivo a un trato sexual inadecuado que le perjudique en la correcta o normal comprensión no sólo de las relaciones sexuales, sino también del respeto a su dignidad humana.

El problema radica en marcar la frontera entre lo que es la sexualidad normal y lo aberrante o vicioso, que es lo que lleva implícita la connotación de "corrupción". Dicho en otros términos, no serán delictivas las conductas de brindar información sobre sexualidad dentro de los parámetros educativos, ni la iniciación sexual enmarcable dentro de la normal evolución sexual de la persona, cuando *v.gr.* se trata de dos adolescentes. Únicamente merecen sanción los métodos y actos que atenten contra la libertad o dignidad del menor. VARELA AGRELO señala, a manera de ejemplo, que "[c]*onstituirían en este sentido actos de corrupción el promover la práctica de conductas sexuales desviadas como el sadismo, necrofilia, zoofilia, etc.*".[157]

Por la redacción del tipo y sus verbos rectores, es un delito de mera actividad, pues no requiere que la víctima realmente se "corrompa". Basta con promover o facilitar tal corrupción, mediante los actos distintos del acceso carnal. Al respecto, MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO sostienen que "*En su umbral mínimo, el precepto permite incriminar por ello simples conductas de inducción a la práctica de actos sexuales, sea con el*

[154] En los términos establecidos en el Art. 2 del Código de Familia, será cualquiera en relación de parentesco –por consanguinidad o afinidad– con el menor de edad o deficiente mental.
[155] Tribunal de Sentencia de Ahuachapán, sentencia 64-AP-1-2006.
[156] Cfr. RAE. www.rae.es
[157] VARELA AGRELO, J.: "Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal salvadoreño", en Revista Justicia de Paz, p. 166.

propio inductor o con terceros, o trátese simplemente de conductas a verificar por el inducido en su propio cuerpo (por ejemplo, práctica de masturbación)".[158]

La conducta típica se comete, generalmente, por acción; sin embargo son posibles formas omisivas de comisión, cuando el sujeto tenga posición de garante y conociendo que la víctima está siendo sometida a actos de naturaleza sexual que buscan corromperla, no impide la situación, pudiendo ser acusado por una complicidad necesaria.

Por otra parte, es posible atribuir la Corrupción de Menores como delito continuado –en los términos del Art. 42 C.P.– cuando se mantenga al/la NNA en una situación permanente de corrupción.

- **Tipicidad subjetiva**

El delito es eminentemente doloso, no existiendo óbice para admitir tanto el dolo directo como el eventual.

El dolo abarca el conocimiento de que se corrompe a un menor de 18 años o a un deficiente mental.

- **Autoría y participación**

Autor será el que directamente, o en conjunto con otro u otros –en el caso de las coautorías– la promoción, facilitación o favorecimiento de los actos de corrupción sexual.

Existen posibilidades de autoría mediata cuando, a manera de ejemplo, un sujeto –A– hace que otro –B– realice actos de corrupción en un adolescente, haciéndole creer que la víctima ya es mayor de edad, por lo cual B sería el instrumento que actúa sin dolo y A respondería penalmente como autor mediato. Diferente será en el caso que la víctima sea un niño o niña en edades más cortas o se trate de un deficiente mental y tales condiciones son evidentes para cualquier persona. En ese caso, B actuaría con dolo y A respondería como instigador.

La complicidad es admisible también, tanto necesaria como no necesaria.

- **Concursos**

Se ha considerado a este delito como un tipo residual respecto de otras conductas específicas (prostitución, pornografía, actos sexuales o eróticos, exhibiciones obscenas, entre otros), razón por la cual deberá aplicarse las reglas del concurso aparente de leyes del Art. 7 C.P., en virtud que todos los demás delitos, en sí mismos, implican al/la NNA en un trato sexual inadecuado que en definitiva afectaría el normal desarrollo de la víctima.

[158] MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R.: *Op. Cit.*, p. 384.

En aquellos casos en que se corrompa a varios NNA, se deberá aplicar las reglas del concurso real de delitos puesto que "[…] *se producen tantos delitos de corrupción de menores cuantos sean los sujetos afectados por la acción corruptora*".[159]

- **Aspectos de investigación y prueba**

a) Para la determinación de la responsabilidad penal:

a.1) Testimoniales

- Declaración de la víctima.
- Declaración de representante legal.
- Declaraciones de testigos.

a.2) Documentales

- Certificación de partida de nacimiento.
- Documentos de identidad con el que se demuestre el parentesco entre la víctima y quien promueve o facilita la corrupción, para el caso del Inc. 2º
- Expediente clínico, en caso de que la victima haya recibido tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico.

a.3) Periciales

- Peritaje de edad media de la víctima, si es necesario.
- Peritaje psiquiátrico o psicológico con los que se establezca la deficiencia mental de la víctima.
- Peritaje psicológico con el que se pueda demostrar el daño moral ocasionado por la comisión de la conducta delictiva.
- Peritajes toxicológicos en la víctima.

a.4) Otras diligencias

- Estudio social del entorno donde se desarrolla la víctima.
- Inspección en el lugar de los hechos, fijación de todos los indicios encontrados, recolección de los mismos de tal forma que se preserve la cadena de custodia.
- Actas y entrevistas policiales que contribuyan al esclarecimiento del hecho o la individualización o identificación del imputado.
- Actas policiales de vigilancia de los lugares donde se promueva o facilite la corrupción.
- Croquis de ubicación geográfica de los lugares donde se cometa el delito, así como álbumes fotográficos.
- Reconocimientos en rueda de personas o por fotografía efectuados por la víctima o por los testigos.

[159] MORILLAS FERNÁNDEZ, D: *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*, p. 151.

b) Para la determinación de la responsabilidad civil:

- Peritajes efectuados con el propósito de establecer las secuelas del delito, el tiempo de duración de las terapias que se hayan ordenado y su valor económico, así como el valor aproximado de las que haga falta practicar.

CORRUPCIÓN AGRAVADA

Art. 168.- *La pena será de doce a catorce años de prisión, si la corrupción de menores se realizare:*

1) En víctima menor de quince años de edad;

2) Mediante engaño, violencia, abuso de autoridad o confianza, o por cualquier otro medio de intimidación;

3) Mediante engaño, violencia, abuso de autoridad o confianza, o por cualquier otro medio de intimidación; y,

4) Por ascendiente, adoptante, hermano, encargado de la educación, vigilancia, cuidado o guarda de víctima o en la prole del cónyuge o conviviente.

Este es un subtipo agravado. Las categorías que aparecen en este artículo nos hacen percibir de manera obvia los motivos que tuvo el legislador para considerar que bajo estos supuestos la conducta del sujeto activo denotaba mayor perversidad.

1. **En víctima menor de 15 años de edad**
   Hasta antes de las reformas que entraron en vigencia en enero de 2004,[160] era en menores de 12 años. La razón de esta agravante radica en la necesidad de proveer de una tutela especial a los/las NNA en las más tempranas edades, atendiendo al principio de superior interés del menor y a la especial vulnerabilidad que presentan por razón de su edad e inmadurez.

2. **Mediante engaño, violencia, abuso de autoridad o confianza o por cualquier otro medio de intimidación**
   En los casos que no sean constitutivos de otras agresiones sexuales (161) o Acto sexual Diverso (166), que tienen aplicación preferente, por ser específicos. Debemos decir que al inicio de la vigencia del C.P. este numeral contemplaba la agravante del "propósito de lucro", la cual desapareció a raíz de la reforma de 2004.
   Sobre el medio del "engaño", atenderemos a la misma explicación ofrecida en el Art. 163.
   La "violencia", será, al igual que en el Art. 158, tanto la *vis in corpore* como la *vis compulsiva*.
   Respecto del "abuso de autoridad" hay que notar que el legislador no se refiere solamente a aquellos que abusen de su poder como "autoridad pública" o "agente de autoridad" –Art. 39 C.P.– , sino que establece el abuso de una posición de autoridad en sentido más amplio, en su definición etimológica. Así, se aplicará esta agravante a cualquiera que tenga una posición de poder o de mando y que se aproveche de ella para realizar la corrupción, siempre y cuando

[160] Reformas introducidas por D.L. N° 210, del 25 de noviembre del 2003, publicado en el D. O. N° 4, tomo 362, del 08 de enero del 2004.

no sea de los que establece el numeral 4 de este mismo artículo, por aplicación del principio del *ne bis in idem*. Ejemplo: patrono o jefe de la víctima.
Respecto al "abuso de confianza", nos remitimos a lo expuesto en el Art. 162.
Finalmente, con "cualquier otro medio de intimidación" sigue haciendo alusión a la *vis compulsiva*.

3. **Mediante engaño, violencia, abuso de autoridad o confianza o por cualquier otro medio de intimidación**
   Como se ve, es la misma agravante establecida en el numeral anterior y la razón de su repetición obedece a que en la reforma se modificó el inciso primero y los numerales 1, 2 y 4 de este artículo, dejando intacto este numeral 3 que originalmente contempla esta agravante. Como ya se dijo anteriormente, el numeral 2 –que sí fue reformado– preveía como agravante el "propósito de lucro".

4. **Por ascendiente, adoptante, hermano, encargado de la educación o guarda de la víctima**
   Respecto a estos, nos remitimos a lo expuesto en el Art. 162 num. 1) y 4) C.P.

- **Aspectos de investigación y prueba**

Además de las diligencias correspondientes a la delito de corrupción de menores e incapaces según se han detallado en ese apartado.

a.1) Testimoniales

- Con las declaraciones de la víctima y testigos demostrar la forma o los medios que se utilizaron para llevar a cabo el engaño, la violencia, abuso de autoridad o confianza, o cualquier otro medio de intimidación en la comisión del delito.
- Demostrar la relación de convivencia marital entre el victimario y el padre o madre de la víctima.

a.2) Documentales

- Certificaciones de partidas de nacimiento que demuestren el parentesco entre la victima y quien promueve o facilita el delito.
- Certificación de partida de matrimonio entre el sujeto activo del delito y el padre o madre de la víctima.

INDUCCIÓN, PROMOCIÓN Y FAVORECIMIENTO DE ACTOS SEXUALES O ERÓTICOS

Art. 169.- *El que promoviere, facilitare, administrare, financiare, instigare u organizare de cualquier forma la utilización de personas menores de dieciocho años en actos sexuales o eróticos, de manera individual u organizada, de forma pública o privada, será sancionado con pena de tres a ocho años de prisión.*

En igual responsabilidad incurrirá quien con conocimiento de causa autorizare el uso o arrendare el inmueble para realizar cualquiera de las actividades descritas en el inciso anterior.

- **Bien jurídico**

El bien jurídico protegido continúa siendo la libertad sexual y la indemnidad sexual de las personas menores de 18 años.

Como se ha dicho *supra*, los actos sexuales o eróticos son parte de aquellas actividades de ESC que vulneran derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, como el derecho a la integridad personal –física y psíquica–, la libertad y el honor, configurándose en un delito pluriofensivo.

- **Sujetos**

Sujeto activo será cualquiera, siendo un delito común.

El sujeto pasivo debe ser menor de 18 años. Resulta curioso que el legislador no haya incluido como sujetos pasivos a los deficientes mentales o incapaces y enajenados mentales, constituyéndose en un vacío legislativo que puede solucionarse al aplicarse entonces, el delito del Art. 167, ya que estos actos, de por sí, permitirían la corrupción del incapaz.

- **Conducta típica**

En relación a la conducta típica, se castiga:

En el inciso 1º:

- Promover
- Facilitar
- Administrar
- Financiar
- Instigar
- Organizar

→ La utilización de menores en actos sexuales o eróticos

En el inciso 2º:

- Autorizar el uso
- Arrendar

→ De un inmueble para actos sexuales o eróticos

Previo a desarrollar el contenido de cada verbo rector, conviene establecer qué se entiende por actos sexuales o eróticos[161], a tenor de lo dispuesto en el presente tipo penal.

En primer lugar, del presente tipo penal deberán excluirse los actos de ESC que impliquen acceso carnal –ya sea vía vaginal, anal u oral– que en todo caso podrán ser constitutivos de los respectivos delitos de Violación en Menor o Incapaz, Agresiones Sexuales en Menor o Incapaz y/o Determinación a la Prostitución.

Los actos a los que se refieren este delito –entre otros– pueden ser:

- Bailes con desnudez o semidesnudez del/la NNA.
- Servicios como "acompañantes", "escorts" o "masajistas" que impliquen que el/la NNA deba soportar besos, abrazos, sostener conversaciones de contenido sexual, entre otros.
- Conversaciones telefónicas o "chats" de contenido erótico.

Por la cantidad de verbos rectores contenidos en el tipo, el delito es alternativo, ya que basta que se realice uno solo de éstos para entender que se ha cometido el ilícito. Sobre los verbos rectores se debe aclarar que:

- Promover y facilitar ya han sido explicados en el Art. 167.
- Administrar se refiere a la realización de labores de dirección, orden y disposición. Administra, entonces, quien desarrolla las labores logísticas, ya sea en un local o bien de manera telefónica o virtual, para ofrecer a los clientes–abusadores, los "servicios" eróticos sexuales en los que se explotará a las víctimas.
- Financiar implica dar un aporte de dinero o de bienes para determinada empresa o actividad. Es el inversor del negocio.
- Con respecto a la instigación, este debe contener los requisitos generales de la instigación en general, particularmente dirigida para convencer al niño, niña o adolescente para que acepte realizar tales actos sexuales o eróticos.
- Organizar es, según la RAE, *establecer o reformar algo para lograr un fin, coordinando las personas y los medios adecuados*.
- Tanto la autorización para el uso, como el arrendamiento de un inmueble suponen formas de facilitación.

En todos los casos la acción del explotador debe ser directa y relevante para que el menor realice los actos sexuales o eróticos.

Es irrelevante que la víctima pasivo preste su consentimiento, por cuanto el mismo carece de validez jurídica.

Como señala el precepto, resulta indiferente que los actos sexuales o eróticos practicados por el sujeto pasivo los realice individual o colectivamente, y si los mismos

[161] Del latín *erotĭcus*: que excita el apetito sexual. Cfr. RAE. www.rae.es

son ante una audiencia pública (en clubes nocturnos, "barras show", etc.) o privada (despedidas de solteros, ante un extranjero en un hotel, entre otros).

El inciso 2º castiga con la misma pena a quien, con conocimiento de causa, autoriza el uso o da en arrendamiento el inmueble en donde se realizan semejantes actos, otorgándole la calidad de autor más que de cómplice.

El delito se comete por acción, pero también admite la modalidad de comisión por omisión, en los casos en que la(s) persona(s) que ostenten posición de garantía respecto del/la NNA –como los padres, tutores, encargados de su cuidado, etc.– conozcan que un tercero realiza los actos de ESC de que se trata el delito en comento, y no impidiere su continuación. En tal sentido, el garante, por omisión, realizaría el verbo rector de "facilitar" la utilización del/la NNA en los actos sexuales o eróticos, al permitir, de manera tácita, tal situación. En estos casos, tampoco es necesario que quien ostenta la posición de garante obtenga un lucro a consecuencia de las actividades de explotación a los que se somete a la víctima.

Es un delito de resultado, que se consumará cuando la promoción, facilitación, instigación, organización, etc. consiga efectivamente que el/la NNA sea utilizado para un acto sexual o erótico. Por lo anterior, se admiten formas imperfectas o tentadas, cuando –a tenor de lo dispuesto en el Art. 24 C.P– se han realizado algunos o todos los actos de ejecución tendientes a consumar el delito y éste no se consuma por factores externos al sujeto activo.

- **Tipicidad subjetiva**

El delito es eminentemente doloso, abarcando dentro del dolo, el conocimiento y voluntad de explotar sexualmente, mediante los actos sexuales o eróticos, a un menor de edad.

También puede admitirse el dolo eventual.

- **Autoría y participación**

Autor será el que directamente realice cualquiera de las conductas típicas.

Por tratarse de un delito de ESC que generalmente se comete en estructuras organizadas de criminalidad, será frecuente encontrar coautoría en la comisión de los mismos.

Las formas de participación –instigación y complicidad necesaria y no necesaria– son admisibles también.

- **Concursos**

No existe impedimento para aplicar el presente tipo penal en el correspondiente concurso –ideal o real, según el caso– de delitos con otras figuras como la Trata de Personas, la Determinación a la Prostitución, Agresión Sexual en Menor o Incapaz, entre

otras, cuando además de obligar al NNA a realizar los actos sexuales o eróticos a los que se refiere el presente delito, también se le someta a las demás conductas de ESC constitutivas de aquellos otros ilícitos.

También podrá apreciarse concurso real de delitos en el caso que durante los actos sexuales o eróticos el sujeto activo capten imágenes del/la NNA y posteriormente las distribuya, publique, venda, etc. pudiéndose aplicar también el Art. 173.

- **Aspectos de investigación y prueba**

a) Para la determinación de la responsabilidad penal:

a.1) Testimoniales

- Declaración de la victima.
- Declaración de representante legal, en caso de ser posible.
- Declaraciones de testigos, vecinos, etc.

a.2) Documentales

- Certificación de partida de nacimiento.
- Expediente clínico, en caso de que la victima haya recibido tratamiento medico o psicológico.
- Publicidad relacionada con el delito como anuncios de periódicos, rótulos, posters, hojas volantes, etc.
- Movimientos de cuentas bancarias del dueño, representante o administrador del establecimiento.
- Informes del Centro Nacional de Registros para determinar inmuebles inscritos a favor del o los victimarios.
- Permiso de la municipalidad para el funcionamiento del establecimiento.
- Contratos de arrendamiento de los locales o viviendas.
- Bitácoras de llamadas.
- Secuestro de libros contables, libros de ingresos de clientes, si es posible.
- Copia certificada de recibos de pagos en periódicos, revistas o televisión sobre los eventos o servicios que se promocionan; así como el nombre de quien realizó los pagos si es posible.

a.3) Periciales

- Peritajes toxicológicos.
- Peritaje de edad media, si es necesario.
- Peritaje psicológico de la víctima.
- Otros peritajes clínico-forenses, exámenes de laboratorio en sangre u otros fluidos.

a.4) Otras diligencias

- Inspección en el lugar de los hechos, fijación de todos los indicios encontrados, recolección de los mismos de tal forma que se preserve la cadena de custodia.
- Actas y entrevistas policiales que contribuyan al esclarecimiento del hecho o la individualización o identificación del imputado.
- Álbum fotográfico, con el propósito de ilustrar los lugares y los ambientes.
- Croquis de ubicación geográfica de los lugares donde se cometa el delito.
- Utilización de la figura del agente encubierto para establecer con certeza quien promueve, facilita, administra, financia, instiga u organiza estas conductas delictivas.
- Reconocimientos en rueda de personas o por fotografía efectuados por la victima o por los testigos, tendientes a la individualización del imputado.

b) Para la determinación de la responsabilidad civil:

- Peritajes efectuados con el propósito de establecer las secuelas del delito, el tiempo de duración de las terapias que se hayan ordenado y su valor económico, así como el valor aproximado de las que haga falta practicar.

REMUNERACIÓN POR ACTOS SEXUALES O ERÓTICOS

Art. 169-A.- *El que pague o prometa pagar con dinero u otra ventaja de cualquier naturaleza a una persona menor de dieciocho años o una tercera persona para que la persona menor de edad ejecute actos sexuales o eróticos, será sancionado con una pena de tres a ocho años de prisión.*

- **Bien jurídico**

Al igual que el delito anterior, el bien jurídico protegido continúa siendo la libertad sexual y la indemnidad sexual de las personas menores de 18 años, pero también su integridad personal, honor e intimidad.

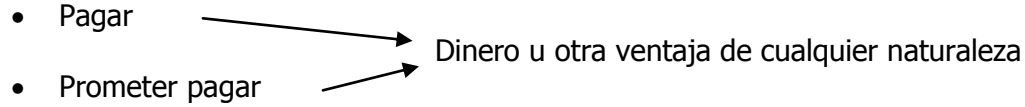
- **Sujetos**

El sujeto pasivo será siempre el/la NNA menor de 18 años.

El sujeto activo será el que pague o prometa pagar, lo cual implica que este delito lo comete el cliente–explotador que pretende que la víctima realice los actos sexuales o eróticos.

- **Conducta típica**

La conducta típica se realiza por cualquiera de dos modalidades, constituyéndose en delito de acciones alternativas:



A quien se le pague o realice la promesa de pago puede ser directamente al menor de edad o bien a un tercero –quien, entonces, será responsable penalmente por el delito del Art. 169–, pero siempre y cuando sea con el fin de que el/la NNA realice los actos sexuales o eróticos a que se refiere el artículo anterior.

El pago o promesa de pago puede ser para que los actos sexuales o eróticos sean ejecutados directamente para el que realiza el pago o bien para un tercero. Ejemplo: se contrata al NNA para que ejecute bailes nudistas en la fiesta de un tercero. Si el tercero (homenajeado en la fiesta) conoce que quien realiza el acto es un menor de 18 años, pero no ha sido él quien paga o promete pagar, puede ser responsable penalmente en los términos del Art. 169, ya que por lo menos, estaría "facilitando" la explotación sexual de la víctima, la permitir tal situación.

Es un delito de mera actividad y de peligro concreto, que se perfecciona con la simple promesa o pago, sin que sea necesario que en efecto el/la NNA haya realizado tales actos.

El delito no admite la modalidad omisiva de comisión.

- **Tipicidad subjetiva**

El delito es eminentemente doloso, abarcando dentro del dolo, el conocimiento y voluntad de explotar sexualmente, mediante los actos sexuales o eróticos, a un menor de edad.

También puede admitirse el dolo eventual.

- **Autoría y participación**

Las modalidades de autoría y coautoría son admisibles, ésta última cuando, *V.gr*. el pago o promesa de pago se realice conjuntamente por dos o más personas.

La instigación y complicidad también pueden encontrarse.

- **Concursos**

Puede aplicarse el concurso real de delitos cuando se efectúa el pago para que el/la NNA realice los actos sexuales y eróticos y éstos sirven de estimulación al cliente–explotador para inmediatamente después someterla a agresiones sexuales o a violación –sin violencia necesaria en menores de 15 años o con violencia en mayores de 15 y menores de 18 años–.[162]

Al igual que en el caso del delito anterior, podrá aplicarse también concurso real de delitos en el caso que durante los actos sexuales o eróticos el cliente–explotador capta imágenes del/la NNA que luego reproduce, distribuye, publique, importe, exporte, ofrezca, financie, venda, comercie o difunda de cualquier forma, en los términos del Art. 173.

- **Aspectos de investigación y prueba**

a) Para la determinación de la responsabilidad penal:

[162] En sentido contrario se pronuncia MARTÍNEZ OSORIO al señalar que el concurso será ideal medial en el caso del "[…] *cliente que decide pagar al regente de una 'barra para adultos' para acceder carnalmente con un adolescente* […] *comete tanto el delito contemplado en el art. 169-A con cualquiera e los estipulados en el 158 o 160 del Código Penal, pudiendo acontecer que el primero sea un medio necesario para lograr el segundo (concurso ideal medial)*" y que solamente habrá concurso real cuando "[…] *el precio acordado es únicamente para un 'baile privado', pero posteriormente el cliente decide violar o agredir sexualmente a la víctima*". Sin embargo, habrá que diferir de esta posición y considerar el concurso real en ambos casos apuntados, teniendo en cuenta que el concurso medial aplica cuando "[…] *un delito es medio necesario para cometer otro, pudiendo establecerse entre ambos una relación de medio a fin*" y que "[…] *hoy se interpreta la necesidad en un sentido concreto, requiriéndose sólo que en el caso concreto un delito no pudiera producirse sin el otro. Por supuesto, esta necesidad debe existir objetivamente, y no basta que el sujeto crea que se da*". Así, objetivamente, el "baile erótico" no es objetivamente necesario a las agresiones o violación, por lo cual estaremos ante dos acciones constitutivas de dos delitos. Cfr., respectivamente, MARTÍNEZ OSORIO, M., *El delito de trata de personas en el Código Penal Salvadoreño. Aspectos criminológicos y legales*, p. 84; A.A.V.V, *Lecciones de Derecho Penal, parte general*, p. 306; y MIR PUIG, S.: *Derecho Penal, parte general*, p. 634.

Además de los ya establecidos para el delito de Inducción, Promoción y Favorecimiento de Actos Sexuales o Eróticos, están los siguientes:

a.1) Testimoniales

- Con las declaraciones de víctima y/o testigos, establecer tanto el pago o promesa de pago, como el conocimiento del victimario sobre la edad de la víctima.

a.2) Documentales

- Secuestro del dinero que fue entregado en calidad de pago.
- Cualquier documentación como constancia de trabajo, facturas de compra de objetos, o cualquiera otra forma perceptible que demuestre el pago o la ventaja que pudiera prometer el imputado en calidad de remuneración.

DETERMINACIÓN A LA PROSTITUCIÓN

Art. 170.- *El que determinare, coactivamente o abusando de una situación de necesidad, a una persona para que ejerciere la prostitución o se mantuviere en ella, será sancionado con prisión de seis a diez años.*

La pena de prisión será de ocho a doce años cuando la víctima fuere menor de dieciocho años de edad.

Cuando cualquiera de estas modalidades fuere ejecutada prevaliéndose de la superioridad originada por cualquier relación, la pena se agravará hasta en una tercera parte del límite máximo.

Como primer punto, es conveniente señalar lo que debemos entender por "prostitución". Como señala AGUADO LÓPEZ, la mayoría de los doctrinarios consideran la prostitución "*la entrega sexual a cambio de precio, con cierta habitualidad y promiscuidad*".[163]

De estos elementos constitutivos de la prostitución, hay que anotar que:

- La entrega sexual o prestación de servicios sexuales admite tanto el acceso carnal como otros actos diversos del acceso carnal (masturbaciones, tocamientos, felaciones,..). La entrega sexual requiere un mínimo de contacto físico de naturaleza libidinosa. Es el contacto físico la nota característica que diferenciará este delito de otros los actos sexuales o eróticos de los Arts. 169 y 169-A.
- El precio es la contraprestación económica (dinero, bienes o cualquier otra ventaja valuable de forma pecuniaria) que motiva el servicio sexual. En el caso de menores de 18 años de edad, el Tribunal Supremo de España ha señalado que es precisamente el elemento del "precio" lo que diferencia este delito del de Corrupción de Menores, que no lo exige.
- La promiscuidad implica el contacto sexual con una multiplicidad de personas. Al respecto, ORTS BERENGUER y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ señalan que la promiscuidad es "[…] *la disponibilidad para satisfacer a todo el que cumpla los requisitos fijados por la persona que se prostituye o por quien la explota*".[164]
- La habitualidad o reiteración de la prestación de servicios sexuales a cambio de un precio es el elemento más discutido a nivel doctrinario. Una parte de la doctrina y de la jurisprudencia española consideran que la prostitución exige, para entenderla como tal, la repetición de la prestación sexual a cambio de un precio, señalando que un solo acto aislado, aunque medie pago para el mismo, no puede considerarse prostitución.[165] Pese a lo anterior, otros autores señalan que tal elemento no debe considerarse imprescindible. Para el caso, señalan que basta un solo acto de comercio carnal para que pueda considerarse prostitución.[166]

[163] AGUADO LÓPEZ, S.: *Op.Cit.*, pp. 14-15.
[164] ORTS BERENGUER, E. y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, p. 208.
[165] STS 2342/1999 de fecha 07/04/1999.
[166] RODRÍGUEZ DEVESA, citado por AGUADO LÓPEZ, S.: *Op.Cit.*, p. 15.

Consideramos prudente seguir la última de las líneas doctrinales señaladas, sobre todo teniendo en cuenta el bien jurídico que se pretende proteger, bastando que concurran los dos primeros requisitos y, por lo menos, la intención del sujeto activo para que se realicen los dos últimos. Por ejemplo, se habrá cometido ya el delito cuando, a cambio de una contraprestación económica, el explotador obliga a la víctima a sostener relaciones sexuales con otra persona y la víctima huye o es rescatada antes de ser sometida a más agresiones o abusos por parte de otros "clientes", lo cual era la pretensión del explotador.

- **Bien jurídico**

Se protege la libertad sexual, y en el 2º inciso además la indemnidad sexual. Sin embargo, también pueden vulnerarse otros bienes jurídicos de relevancia, como la integridad, la autonomía, la libertad, el honor, por lo cual se afirma que es un delito plurisubjetivo.[167]

- **Sujetos**

Es un delito común, ya que sujeto activo puede ser cualquiera.

Sujeto pasivo también puede ser cualquier persona, hombre o mujer, con la penalidad agravada si la víctima es menor de 18 años.

- **Conducta típica**

Es determinar a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, mediante alguna de las dos vías determinadas:

- Uso de coacción
- Abuso de la situación de necesidad de sujeto pasivo

El uso de la coacción representa obligar a la víctima, mediante la violencia física o psíquica, incluyendo las amenazas, a realizar o tolerar algo en contra de su voluntad. Implica, pues, la supresión de esa voluntad. Como señala RUEDA, es "[…] *obligar a otro a prostituirse*".[168]

En el caso de la determinación mediante el abuso de una situación de necesidad, lo que existe es un condicionamiento de tal entidad que hace inválido el presunto consentimiento de la víctima. Como señala BARBA ÁLVAREZ, "[l]*a necesidad de la víctima puede ser definido como el impulso irresistible, o carencia de las cosas que son menesteres para la vida, como pueden ser comer, vestirse y dónde vivir*."[169] Así, la situación de necesidad implica que la víctima se encuentra en condiciones o

[167] Sobre todo tomando en consideración que, según datos de la OIT, en el ejercicio forzoso de la prostitución "[a]*bundan los casos de violencia extrema, secuestros, privación de comida y encierro de las víctimas*". Cfr. OIT: *Una alianza global contra el trabajo forzoso*, p. 57.
[168] RUEDA GARCÍA, L.: *Op. Cit.*, p. 423.
[169] BARBA ÁLVAREZ, R: *La víctima en los delitos relativos a la prostitución*.

circunstancias en las que no puede satisfacer lo mínimo requerido para su subsistencia en condiciones de dignidad.

El tipo penal establece que la determinación puede ir orientada tanto hacia la iniciación de la víctima en la prostitución como al mantenimiento de la misma.

El verbo determinar indica que solamente puede cometerse por acción y que la consumación tiene lugar cuando el sujeto pasivo realiza actos de prostitución, por lo que, si el sujeto activo coacciona o abusa de la necesidad del sujeto pasivo, pero éste no ha realizado la actividad sexual, el delito se considerará imperfecto.

Al igual que otros casos ya vistos, la pena se agrava cuando concurre la existencia de una posición de superioridad por parte del sujeto activo, así como que éste se prevalezca de tal situación para determinar a la víctima al ejercicio o mantenimiento en la prostitución.

- **Tipicidad subjetiva**

El delito se comete generalmente con dolo directo. En todo caso, el tipo subjetivo requiere, en este caso, la falta o ausencia de voluntad[170] o la voluntad contraria de la víctima al ejercicio de la prostitución, en el caso del uso de coacción, o de la situación de necesidad en que ésta se encuentra, para abusar de ella y lograr que la víctima ejerza la prostitución.

En el caso del inciso 2º, el dolo también abarca el conocimiento y voluntad de prostituir a un NNA. Puede haber también dolo eventual.

- **Autoría y participación**

Las modalidades de autoría y coautoría son admisibles, así como la instigación y complicidad tanto necesaria como no necesaria.

Por las conductas típicas y el tipo subjetivo, no es posible cometer el delito como autor mediato.

- **Concursos**

Puede encontrarse un concurso aparente de leyes con delitos como Coacción (Art. 153 C.P.), Amenazas (Art. 154 C.P.) y Privación de Libertad (Art. 148 C.P.), sin embargo se resuelve por el principio de consunción[171] establecido en el numeral 3 del Art. 7 C.P.

Lo anterior también se aplica con respecto del delito tipificado en el Art. 167 C.P. (Corrupción de Menores e Incapaces) cuando se trata de víctimas menores de 18 años

[170] Sobre todo en el caso de NNA.

[171] Aplicable cuando "[…] *un delito engloba otros hechos ya de por sí constitutivos de delitos que no se castigan autónomamente porque su desvalor va incluido ya en el desvalor del delito del que forman parte*". Cfr. MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal, parte general*, p. 494.

de edad. Como ha señalado la jurisprudencia española, "[e]*s evidente que la prostitución del menor podrá implicar su corrupción pero por el contrario la corrupción no tiene por qué llevar consigo la prostitución* […] *ya ha sido dicha la diferencia que hay entre el género que es la corrupción la especie que es la prostitución. La prostitución, se repite, es una forma de corrupción pero no ocurre así al contrario*".[172]

Sin embargo, puede aplicarse un concurso ideal de delitos con conductas constitutivas de violación, agresiones o trata de personas. Así, la doctrina ha admitido que "[…] *en los delitos relativos a la prostitución, se sancionan de forma independiente las concretas agresiones o abusos sexuales que sufra la víctima obligada a prostituirse*".[173]

- **Aspectos de investigación y prueba**

a) Para la determinación de la responsabilidad penal:

a.1) Testimoniales

- Declaración de la victima.
- Declaración de representante legal, en caso de menores de 18 años de edad.
- Declaraciones de testigos.

a.2) Documentales

- Certificación de partida de nacimiento o de los documentos de identidad personal de la víctima.
- Expediente clínico, en caso de que la victima haya recibido tratamiento medico o psicológico
- Contrato de arrendamiento del establecimiento.
- Permiso de la municipalidad para el funcionamiento del establecimiento.
- Controles de las unidades de salud.
- Decomiso de dinero si es posible, para verificar o demostrar la procedencia de actividad ilícita.
- Publicaciones o clasificados de diarios, revistas, hojas volantes u otros medios en los que se publicite estos servicios.

a.3) Periciales

- Peritaje de genitales.
- Peritaje de edad media, si es necesario.
- Peritaje toxicológico para determinar el consumo de alcohol u otra droga.

[172] STS del 27 de febrero de 1997. En igual sentido, STS del 19 de mayo de 1997.

[173] POZUELO PÉREZ, L.: "Tráfico de personal y explotación sexual" en A.A.V.V., CUERDA RIEZU, A. (director): *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos*, p. 454.

- Otros peritajes clínico-forenses, exámenes de laboratorio en sangre u otros fluidos para determinar posible contagio de enfermedades venéreas o de VIH.
- Peritaje psicológico para determinar daños causados y sexualización de la victima

a.4) Otras diligencias

- Estudio social y económico de la victima para conocer y determinar su condición y el medio en que se desarrolla, así como la situación de necesidad o la relación de superioridad del sujeto activo del delito.
- Utilización de la figura del agente encubierto para establecer con certeza la coacción o el prevalimiento de superioridad del sujeto activo del delito.
- Vigilancia y seguimientos controlados con el propósito de probar el modo de operar y los lugares que se frecuentan.
- Toma de videos y fijación de fotografías de lugares y personas.
- Álbum fotográfico, con el propósito de ilustrar los lugares y los ambientes.
- Registros y allanamientos en caso de ser necesario, en el que se pretenderá encontrar todo tipo de indicios, tales como libros contables, registro de trabajadoras, registro de clientes, consumo de bebidas alcohólicas, uso de habitaciones, entre otros.
- Inspección en el lugar de los hechos, fijación de todos los indicios encontrados, recolección de los mismos de tal forma que se preserve la cadena de custodia.
- Croquis de ubicación geográfica del lugar donde se cometió el delito.
- Búsqueda y decomiso de material pornográfico o drogas.
- Decomiso de teléfonos celulares para establecer nexos o comunicaciones frecuentes.
- Decomiso de dinero para verificar procedencia de actividad ilícita.

b) Para la determinación de la responsabilidad civil:

- Peritajes efectuados con el propósito de establecer las secuelas del delito, el tiempo de duración de las terapias que se hayan ordenado y su valor económico, así como el valor aproximado de las que haga falta practicar.
- Facturas que comprueben los gastos en que incurrió la victima por las terapias, medicamentos, transporte, cambio de domicilio, etc.
- El valor aproximado del costo de las terapias, en caso de haberse practicado en cualquier institución pública u otra clínica de asistencia gratuita.

OFERTA Y DEMANDA DE PROSTITUCION AJENA

Art. 170-A.- *La mera oferta u ofrecimiento de servicios de prostitución ajena será sancionado con prisión de cuatro a ocho años.*

La mera demanda o solicitud de servicios de prostitución, será sancionado con la misma pena del inciso anterior.

- **Bien jurídico**

Aunque el tipo penal está incluido bajo la rúbrica de los delitos contra la Libertad Sexual, resulta por lo menos algo dudoso cuál es el bien jurídico protegido por este delito, ya que a su tenor, parecería reprochar inclusive la oferta o demanda de prostitución ajena adulta totalmente voluntaria, lo cual configuraría un exceso punitivo. En todo caso, parecería que el legislador intentó proteger la dignidad humana, a fin de que ésta no sea "ofrecida" o "demandada" por terceros como una mercancía.

- **Sujetos**

Sujeto activo puede ser cualquiera. En el caso del inciso 1º, será el que ofrezca los servicios de prostitución de otra persona. De conformidad al inciso 2º, el sujeto activo será quien demande o solicite tales servicios, es decir, el potencial cliente.

- **Conducta típica**

Se sanciona la mera oferta (inciso 1º) y la mera demanda (2º) de prostitución ajena. Los verbos rectores son, entonces:

- Ofrecer: comprometerse a dar o entregar algo.
- Demandar/solicitar: pedir o requerir.

Como lo que se ofrece o solicita es la prostitución "ajena", es decir, de otra persona, implica que en los casos que el/la persona que ejerce directamente la prostitución[174] sea quien ofrece por sí misma sus "servicios sexuales" o que se le soliciten directamente a él o ella, la conducta sea atípica.

El artículo no establece que se refiera únicamente a la oferta y demanda de prostitución de menores de edad, por lo cual se aplicaría también a quien ofrezca o solicite la prostitución ajena de mayores de edad.

Se trata de un delito de mera actividad y de peligro abstracto, pues no es necesario que tras la mera oferta o demanda, se realice efectivamente el ejercicio de la prostitución ajena para entenderlo consumado.

[174] Sobre todo, aquellas que no trabajan para un proxeneta.

- **Tipicidad subjetiva**

Como todos los demás delitos contenidos en el Título IV del Libro II del Código Penal, éste es un delito doloso que incluye el conocimiento de que se ofrece o se solicita la prostitución de otra persona.

- **Autoría y participación**

Será autor directo el que personalmente realice tanto la oferta como la demanda.

- **Concursos**

Será de aplicación supletoria en los casos de Determinación a la Prostitución, que es preferente.

- **Aspectos de investigación y prueba**

a) Para la determinación de la responsabilidad penal:

Además de las consideradas para el delito de Determinación a la Prostitución, pueden realizarse las siguientes:

- Toma de videos y fijación de fotografías de lugares y personas que frecuentan estos establecimientos tanto para clientes-explotadores como de víctimas.
- Vigilancia y seguimientos controlados de los lugares en que se llevan a cabo los servicios de prostitución, con el propósito de documentar y probar la comisión del delito.
- Demostrar a través de la figura del agente encubierto quien es la persona que se dedica a efectuar los ofrecimientos de prostitución ajena o de quien los solicita así como el valor de los servicios sexuales.
- Decomiso de teléfonos celulares para establecer nexos o comunicaciones frecuentes entre el que ofrece los servicios sexuales y quien los solicita.
- Solicitar bitácoras de llamadas entrantes y salientes de los números que se logren identificar como frecuentes o que vinculen a los involucrados.
- Actas y entrevistas policiales que contribuyan al esclarecimiento del hecho o la individualización o identificación del imputado.
- Reconocimiento por fotografías o en rueda de personas según el caso.

EXHIBICIONES OBSCENAS

Art. 171.- *El que ejecutare o hiciere ejecutar a otros actos lúbricos o de exhibición obscena, o indecorosa, en lugar público o expuesto al público o bien ante menores de dieciocho años de edad o deficientes mentales, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.*

- **Bien jurídico**

La indemnidad sexual de menores y deficientes mentales, pero también la libertad sexual, el "pudor" o "moral" pública, en cuanto los sujetos pasivos pueden ser también personas mayores de edad.

Al respecto, VARELA AGRELO considera que "[l]*a libertad sexual se protege incluso en el aspecto de su indemnidad o libertad de formación, como ocurre en este delito en cuanto la conducta típica supone un menosprecio de la voluntad de la víctima, a la que se inserta en una acción o contexto sexual sin su consentimiento, en la que pasa a ser partícipe pasivo e involuntario*".[175]

- **Sujetos**

Activo puede ser cualquier persona, ya que se trata de un delito común indiferenciado.

Sujetos pasivos serán aquellos ante quienes se ejecuten los actos de que trata este delito, siendo básicamente los espectadores. Pueden ser:

- Cualquier persona –inclusive mayor de edad– que se encuentre en un lugar público o expuesto al público y ante quien se realice la exhibición obscena.
- Persona menor de 18 años de edad ante quien se realice la exhibición obscena.
- Deficientes mentales, en los mismos términos que los NNA.

- **Conducta típica**

Existen dos posibilidades:

Antes de desarrollar los verbos rectores, es conveniente establecer los elementos normativos propios del delito: lo "lúbrico" y lo "obsceno".

Gramaticalmente lo lúbrico es lo *libidinoso, lascivo*, que propende a la lujuria. Por su parte, lo obsceno se entiende como lo *impúdico, torpe, ofensivo al pudor*.[176] Así, quedan

[175] VARELA AGRELO, "Los delitos contra la libertad sexual en el Código penal salvadoreño", en Revista Justicia de Paz, pp. 119-120.
[176] Cfr. RAE. www.rae.es

excluidos aquellos actos de desnudez cuyo objetivo no sea de naturaleza lujuriosa, como por ejemplo:

- Bañarse desnudo en sitio público sin intención obscena. En estos casos podría aplicarse la falta de "Actos contrarios a las buenas costumbres y al decoro público", Art. 392 N° 1) C.P.
- Desnudez o semidesnudez en obras teatrales y con fines culturales o artísticos. El acceso de menores de edad a estos espectáculos artísticos estará regido por la legislación administrativa y, en algunos casos, podría aplicarse el Art. 392 N° 5) C.P.

Respecto de las conductas típicas del presente delito:

- Ejecutar actos lúbricos o de exhibición obscena. El sujeto activo reporta el comportamiento que, en uno y en otro caso, tienen un objetivo de carácter sexual y que, por su entidad, aunque se trate de un solo acto, o por su repetición, puedan incidir sobre el bien jurídico protegido. Así, no es constitutivo de este delito el ser sorprendido haciendo necesidades fisiológica en la vía pública, pero sí, por ejemplo, el mostrar voluntariamente los genitales a otras personas con fines eróticos o tener relaciones sexuales en lugares públicos de manera intencional.

- Hacer ejecutar los mismos actos a otros. Implica un caso de autoría mediata. Si además se ha afectado o atacado la autonomía personal o la indemnidad sexual del ejecutor directo dará lugar al correspondiente concurso ideal de delitos.

La consumación se produce con la mera realización de los actos lúbricos o de exhibición obscena, sin que sea preciso que el sujeto pasivo –el observador– se sienta gravemente perturbado, por lo que el delito es de mera actividad.

Siendo el delito eminentemente activo ("ejecutar" o "hacer ejecutar"), no cabe la posibilidad de formas de comisión omisiva.

➢ Tipicidad subjetiva

Como todos los delitos analizados anteriormente, se trata de un tipo doloso, que abarca el conocimiento y la voluntad tanto de realizar las exhibiciones obscenas o los actos lúbricos, como de ejecutarlos o hacerlos ejecutar frente a otras personas. Así entonces, como se señala anteriormente, quedan excluidas las exhibiciones accidentales o sin finalidad lasciva.

El dolo es directo.

➢ Autoría y participación

El tipo penal será realizado por quien ejecute personalmente el acto lúbrico o de exhibición, en calidad de autor directo.

Como se dijo anteriormente, autor mediato será quien obligue a otro a ejecutar el acto descrito.

MUÑOZ CONDE señala que en ocasiones, los autores de la exhibición obscena "[…] *suelen estar afectados por alguna clase de desequilibrio mental, constituyendo una personalidad psicopática, habitualmente descrita en los manuales de Psiquiatría. Por eso, estas posibles alteraciones deben tenerse en cuenta a la hora de valorar la imputabilidad o capacidad de culpabilidad del sujeto exhibicionista, debiendo aplicarse, si procede, la correspondiente medida terapéutica* […]."[177]

- **Concursos**

El delito de Exhibiciones Obscenas queda absorbido por otros cuando se realiza durante actos constitutivos de Acoso Sexual o cuando es inmediatamente seguido por una agresión sexual o violación, aplicándose las reglas del concurso aparente de leyes, Art. 7 N° 3) C.P.[178]

En el caso que se realice por la modalidad de "hacer ejecutar" a otro los actos de exhibición obscena, habrá concurso ideal medial de delitos con el de Coacción (Art. 153) o Amenazas (Art. 154) –según el caso– en perjuicio del obligado a exhibirse si éste fuera mayor de edad.[179]

Si el obligado a exhibirse fuera menor de edad o deficiente mental, el concurso ideal medial será con el delito de Corrupción de Menores o Incapaces (Art. 167 C.P.).

- **Aspectos de investigación y prueba**

a) Para la determinación de la responsabilidad penal:

a.1) Testimoniales

- Declaraciones de víctimas/testigos.
- Declaraciones de agentes captores.

---

[177] MUÑOZ CONDE, F: *Derecho Penal, Parte Especial*, p. 232.

[178] A modo de ejemplo se puede considerar lo sostenido por el TS español, que en un caso determinó que "*Aunque el relato fáctico dice en efecto que el acusado se bajó los pantalones exhibiendo sus genitales a unas menores, tal comportamiento, lejos de responder a un simple propósito exhibicionista, fue un acto singular, integrado en una acción de mayor alcance presidida por el propósito criminal de lograr el contacto sexual con las menores, a las que primero propuso que le masturbasen, mostrando entonces sus órganos, y seguidamente, ante la negativa de estas, retuvo contra su voluntad cogiéndolas por los brazos, con tal finalidad. De este modo la exhibición de sus órganos no tiene una significación penal autónoma al quedar absorbida por la agresión sexual que desarrolló el acusado en una imperfecta ejecución, desde el punto de vista de su plan criminal*". STS de 2 de octubre de 2001.

[179] En virtud que con una misma acción se lesionan dos bienes jurídicos de personas diferentes: la libertad/indemnidad sexual de los que observen la exhibición obscena, y la autonomía personal de quien es obligado a realizar tal exhibición.

a.2) Documentales

- Certificación de la ficha del Documento Único de Identidad del imputado.

a.3) Periciales

- Peritaje psicológico de la victima para demostrar su discapacidad mental.
- Peritaje psicológico o psiquiátrico del imputado, si es posible.

a.4) Otras diligencias

- Inspección en el lugar de los hechos. Es indiferente el lugar, la ubicación o la distancia desde donde las victimas lo hubieren presenciado.

b) Para la determinación de la responsabilidad civil:

- Peritajes efectuados con el propósito de establecer las secuelas del delito, el tiempo de duración de las terapias que se hayan ordenado y su valor económico, así como el valor aproximado de las que haga falta practicar.
- El valor aproximado del costo de las terapias, en caso de haberse practicado en cualquier institución pública u otra clínica de asistencia gratuita.

PORNOGRAFÍA

Art. 172.- *El que por cualquier medio directo, inclusive a través de medios electrónicos, fabricare, transfiriere, difundiere, distribuyere, alquilare, vendiere, ofreciere, produjere, ejecutare, exhibiere o mostrare, películas, revistas, pasquines o cualquier otro material pornográfico entre menores de dieciocho años de edad o deficientes mentales, será sancionado con prisión de tres a cinco años.*

En la misma sanción incurrirá el que no advirtiere, de forma visible, sobre el contenido de las películas, revistas, pasquines o cualquier otro material, inclusive el que se pueda trasmitir a través de medios electrónicos, cuando éste fuere inadecuado para menores de dieciocho años de edad o deficientes mentales.

Para empezar debemos establecer qué es lo que se considera "pornográfico".

En este sentido, la Corte Suprema de Estados Unidos[180] estableció ciertos criterios, por medio de los cuales considera que un material (ya sea una revista, película, canción, fotografía, etc.) será considerado pornográfico u obsceno cuando concurran los siguientes rasgos:

- *Que la persona promedio, aplicando normas contemporáneas de la comunidad, encontraría que el material, tomado como un todo, apela a los intereses lascivos. Es decir, que el contenido del material aparezca dominado por un interés exclusivamente libidinoso: para "excitar sexualmente".*
- *Que el material retrate o describe, en una forma abiertamente ofensiva, una conducta sexual definida explícitamente.*
- *Que la obra, considerada como un todo, carece totalmente de un valor serio, artístico, científico o político*.

Los mismos parámetros han sido adoptados por la doctrina predominante, que –en palabras de GONZÁLEZ-CUÉLLAR– sostiene que un material será pornográfico cuando cumpla con los siguientes requisitos:

a) El material controvertido constituya la expresión y representación de groseras obscenidades, tendentes a la excitación del criterio sexual;
b) Que exceda de los criterios medios aceptados por la sociedad en materia sexual; y
c) *La obra carezca de la menor justificación literaria, artística o científica*.[181]

Así, DÍEZ RIPOLLÉS define la pornografía como "[…] *aquella representación que posee una tendencia objetivada a excitar sexualmente y carece de todo valor literario, artístico, informativo o científico*".[182]

[180] En el Caso Miller Vs. Estado de California, de 1973, caso 413 U.S. 15.
[181] GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, A.: "Artículo 186", en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, p. 2257. En el mismo sentido se han pronunciado autores como ORTS BERENGUER, MORALES PRATS, y GARCÍA ALBERO.
[182] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*, Editorial Bosh, Barcelona, 1982, p. 278 y ss.

- **Bien jurídico**

Existe un consenso doctrinario y jurisprudencial que "[…] *el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de los menores, así como la intangibilidad en esfera de los deficientes mentales, en aras de que los primeros puedan lograr una adecuada educación sexual y su socialización correcta*".[183]

- **Sujetos**

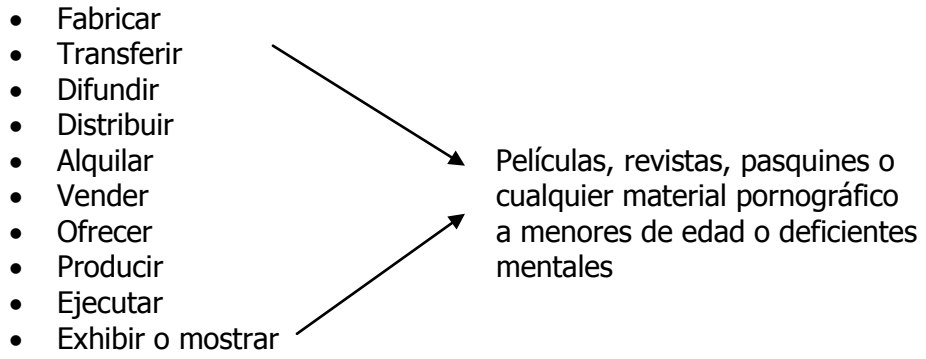
Sujeto activo puede ser cualquier persona, hombre o mujer, ya que es un delito común.

Sujeto pasivo será cualquier persona menor de dieciocho años de edad o deficiente mental a quien se le distribuyere, alquilare, vendiere, ofreciere, exhibiere, mostrare, etc., el material pornográfico.

- **Conducta típica**

Es posible la comisión del delito por vía activa y por vía omisiva pura:

1) Por acción:



Cada acción debemos tomarla en su sentido común:

- Fabricar es sinónimo de producir, elaborar el objeto. Respecto de la producción, RODRÍGUEZ PADRÓN sostiene que se aplica a "[…] *quien toma, elabora, confecciona las imágenes que luego van a constituir el material gráfico-porno a través de papel impreso o videográfico. Desde este punto de vista, la producción ha de relacionarse con la actividad fabril de plasmación y procesado a soporte gráfico de las imágenes obtenidas de menores, quienes han podido ser inducidos u obligados (es decir, forzados) por otra persona distinta. Piénsese en el estudio fotográfico al que son conducidos los menores, la imprenta donde se edita la publicación o la fábrica donde se duplican las películas*".[184]
- Tranferir se refiere a pasar o llevar algo de un lugar a otro.

[183] Sentencia 0303-72-2004 del Tribunal Segundo de Sentencia de San Miguel.
[184] RODRÍGUEZ PADRÓN, C., citado por MORILLAS FERNÁNDEZ, D: *Op.Cit.*, p. 277.

- Difundir es dar mayor alcance a algo, propagar o divulgar públicamente.
- Distribuir es repartir entre varios consumidores.
- Alquilar es dar en arrendamiento algo para que sea usado por otro por cierto tiempo y a cambio del pago de determinada cantidad de dinero.
- Vender es dar algo, de manera permanente, a cambio de un precio. El elemento precio es lo que diferenciará esta conducta de otras como la difusión o ejecución.
- Ofrecer es presentar algo para que otro lo use o consuma.
- Ejecutar es poner por obra algo.
- Exhibir es mostrar, enseñar.

2) Por omisión (pura o propia):[185]

   No advirtiendo, de forma visible, que el contenido de la revista, película, pasquín u otro material es "inadecuado" para menores de 18 años o deficientes mentales.

   Que el contenido sea "inadecuado" se refiere a que contenga escenas o imágenes pornográficas.

En cualquiera de los casos, el objeto material del delito es cualquier elemento (películas, fotografías, grabación de audio, etc.) cuyo contenido sea pornográfico, según los parámetros establecidos anteriormente. Las imágenes o voz pueden estar registradas en medios físicos (revista, libro, hoja volante, catálogo, cartel, afiche, etc.), medios magnéticos (cintas de video o de audio, etc.) o medios electrónicos (disco duro, disco flexible, disco compacto, DVD, unidades de memoria –ZIP, USB, Flash, etc.–, teléfonos celulares, cámaras digitales, minicámaras, iPOD, PSP, entre otros).

No importa si el contenido pornográfico muestra a adultos, a NNA o deficientes mentales. En estos últimos dos casos, habrá un concurso de delitos, en los términos que se exponen más adelante.

Dada la incidencia de la comisión el delito a través de espacios virtuales (Internet) que, cada vez más van destinados al público infantil y juvenil, es pertinente tomar en cuenta lo sostenido por FERNANDEZ TERUELO. Este autor considera que de todas las conductas típicas "[…] *la que mejor se adapta al supuesto en que la acción se desarrolla a través de internet es la expresión verbal «distribuyere», en la medida en que la misma significa «repartiere entre varios». Cuando media precio, la conducta es subsumible en la modalidad típica «vendiere». El concepto «exhibiere» es útil a efectos de aquellos supuestos en que se permite la visualización del material, sin que tenga lugar el envío del mismo. […] En principio el concepto de «distribución» -onerosa o lucrativa- parece requerir que se ponga la información al alcance de un número más o menos amplio e indeterminado de personas. En efecto, «distribuir» significa* repartir una cosa entre varios […]."[186]

---

[185] "*En los delitos de omisión propia la norma preceptiva obliga al sujeto a la realización de un determinado comportamiento* […]". A.A.V.V., *Lecciones de Derecho Penal*, p. 179.

[186] FERNÁNDEZ TERUELO, J.: "La sanción penal de la llamada distribución de pornografía infantil a través de Internet y otras modalidades afines tras la reforma 15/2003", en *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal*, pp. 717-718.

En sus modalidades activas (fabricare, transfiriere, difundiere, distribuyere, alquilare, vendiere, ofreciere, produjere, ejecutare, exhibiere o mostrare), se trata de un delito de resultado, admitiéndose formas tentadas de comisión. Sin embargo, en la modalidad omisiva (no advertir de forma visible el contenido) constituye un delito de mera inactividad.

- **Tipicidad subjetiva**

Como los demás, este delito es doloso. El dolo directo abarca el conocimiento y voluntad de realizar la conducta entre personas menores de 18 años de edad y/o deficientes mentales.

También puede realizarse con dolo eventual.

- **Autoría y participación**

El delito lo pueden cometer autores y coautores.

Posibilidades de autoría mediata son admisibles. Ejemplo: Uno de los dependientes del local conoce que a quien se le va a vender o alquilar el material pornográfico es menor de edad, pero le hace creer a su compañero que aquel es mayor de edad y que ya lo verificó.

- **Concursos**

Si el material que se ha exhibido, vendido, distribuido, etc. a los sujetos pasivos incluye, a su vez, imágenes de NNA o deficientes mentales, habrá concurso ideal de delitos con el establecido en el artículo siguiente (Art. 173 C.P.), en virtud que con una misma acción se estarán lesionando bienes jurídicos de víctimas diferentes: la indemnidad sexual de los/las NNA o deficientes mentales cuyas imágenes o voces aparecen en el material, y la indemnidad de los/las NNA o deficientes mentales a quienes se les vende, distribuya, etc.

- **Aspectos de investigación y prueba**

a) Para la determinación de la responsabilidad penal:

a.1) Testimoniales

- Declaración de la víctima con la cual se demuestre que se le mostró, vendió, etc. el material pornográfico.
- Declaración de su representante legal, en caso de ser posible.
- Declaración de testigos.

a.2) Documentales

- Certificación de partida de nacimiento de la víctima.

- Certificación de la ficha del Documento Único de Identidad del victimario.
- Expediente clínico de los tratamientos que recibe la victima con deficiencia mental.
- Solicitar bitácoras de llamadas entrantes y salientes de los números que se logren identificar como frecuentes o que vinculen a los involucrados.
- Todo el material con contenido pornográfico que haya sido difundido, vendido, etc. a los sujetos pasivos, como fotografías, revistas, películas, entre otros.

a.3) Periciales

- Peritajes psicológicos o psiquiátricos para demostrar la discapacidad mental de la victima.
- Análisis de los materiales secuestrados con el propósito de determinar si constituye material pornográfico, su procedencia, en caso de ser electrónica los servidores IP desde donde se origina o distribuye.

a.4) Otras diligencias

- Vigilancias y seguimientos controlados con el propósito de establecer los lugares donde se fabricare, transfiriere, difundiere, distribuyere, alquilare, vendiere, ofreciere, produjere, ejecutare, exhibiere o mostrare, películas, revistas, pasquines o cualquier otro material pornográfico entre menores de edad o personas con discapacidad mental.
- Registros o allanamientos en lugares previamente determinados con el propósito de secuestrar los objetos con los que se fabrica, produce, reproduce, distribuye, etc. el material pornográfico. Con esta diligencia también se puede definir qué clase de actividad delictiva es la que se lleva a acabo en el lugar, es decir, cualquiera de los verbos rectores del delito. Los registros o allanamientos pueden ser –entre otros– en imprentas, casas o negocios, cines o teatros.
- Los objetos secuestrados producto del registro o allanamiento. Si fueran medios electrónicos como computadoras, video grabadoras, cámaras digitales, teléfonos celulares con cámara, quemadores de discos compactos, etc. o cualquier otro indicio, deberá fijarse y embalarse adecuadamente respetando la cadena de custodia.
- Reconocimiento por fotografías o en rueda de personas según el caso.
- Decomiso de teléfonos celulares para establecer nexos o comunicaciones frecuentes.
- Verificar el cumplimiento de la advertencia obligatoria que en forma visible debe hacerse del contenido del material inadecuado para menores de edad o deficientes mentales.

b) Para la determinación de la responsabilidad civil:

- Peritajes efectuados con el propósito de establecer las secuelas del delito, el tiempo de duración de las terapias que se hayan ordenado y su valor económico, así como el valor aproximado de las que haga falta practicar.

- Facturas que comprueben los gastos en que incurrió la victima por las terapias.
- El valor aproximado del costo de las terapias, en caso de haberse practicado en medicina legal u otra clínica de asistencia gratuita lo puede calcular el Consejo Superior de Salud Publica.

UTILIZACIÓN DE PERSONAS MENORES DE DIECIOCHO AÑOS E INCAPACES O DEFICIENTES MENTALES EN PORNOGRAFÍA

Art. 173.- *El que produzca, reproduzca, distribuya, publique, importe, exporte, ofrezca, financie, venda, comercie o difunda de cualquier forma, imágenes, utilice la voz de una persona menor de dieciocho años, incapaz o deficiente mental, sea en forma directa, informática, audiovisual, virtual o por cualquier otro medio en el que exhiban, en actividades sexuales, eróticas o inequívocas de naturaleza sexual, explícitas o no, reales o simuladas, será sancionado con prisión de seis a doce años.*

Igual sanción se impondrá a quien organizare o participare en espectáculos, públicos o privados, en los que se hace participar a las personas señaladas en el inciso anterior, en acciones pornográficas o eróticas.

Si bien en el delito anterior el objeto material era cualquier tipo de pornografía, en el presente ilícito se hace referencia concreta a la denominada "pornografía infantil", así como a aquella en que se utilice a incapaces o deficientes mentales.

La ONU ha establecido que la pornografía infantil es "[…] *toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales*".[187]

- **Bien jurídico protegido**

Esta figura es nuevamente sensible con los derechos de los/las NNA y la doctrina considera que, por lo general, el bien jurídico protegido es su indemnidad sexual.[188]

Sin embargo también se han formulado diversas propuestas sobre otros bienes jurídicos afectados por las conductas descritas en este delito. En palabras de QUERALT, estamos frente a un delito pluriofensivo, ya que no su objeto de tutela no se circunscribe únicamente al ámbito de la indemnidad sexual, sino que con él coexisten otros aplicables de forma subsidiaria o independiente.[189]

Por su parte, MORILLAS FERNÁNDEZ llega a dos conclusiones en relación al objeto tutelable, dependiendo si en algún momento el/la NNA o el deficiente mental se ha enterado que su imagen o voz ha sido utilizada para material pornográfico o no –pensemos el caso de una grabación en video con una cámara oculta en los vestidores o baños de un gimnasio escolar–:

> "a) *El bien jurídico protegido en los supuestos de utilización con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para la elaboración de*

[187] Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en Pornografía, adoptado por la Asamblea General en su Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000.

[188] BOLDOVA PASAMAR, "Art. 189", en A.A.V.V.: *Comentarios al Código Penal, parte especial*. p. 531.

[189] QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho Penal Español*, 5ª edición, Atelier, Barcelona, pp. 109-111.

> *material pornográfico o la financiación de cualquiera de estas actividades es la indemnidad sexual relativa siempre que el sujeto pasivo sea consciente de que es objeto de la realización de la conducta típica.*
>
> *b) En el supuesto de que la grabación fuera llevada a cabo de manera subrepticia sin que el menor advierta su participación en la filmación, el bien jurídico protegido debe ser la intimidad del sujeto pasivo por cuanto al no ser consciente de semejante situación no existirá afección a la indemnidad sexual* […]"[190]

Así, se pueden afectar también bienes jurídicos como el honor, la propia imagen y la intimidad del sujeto pasivo, sobre todo en aquellos supuestos de distribución masiva del material. En el caso de NNA víctimas, tal interpretación está en consonancia con la Convención de los Derechos del Niño, que consagra el derecho de los/las NNA a la protección ante injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada.[191]

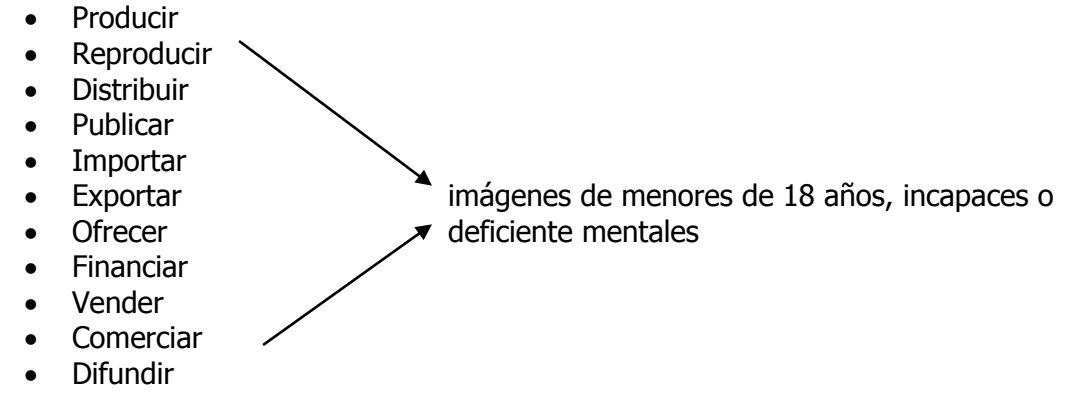
- **Sujetos**

Por ser un delito común, sujeto activo será cualquier persona que realice cualquiera de los verbos rectores.

Los sujetos pasivos serán las personas menores de 18 años de edad, los incapaces o deficientes mentales de cualquier edad.[192]

- **Conducta típica**

En el inciso 1º se establecen una multitud de conductas típicas –configurándose como un delito de acciones alternativas, ya que basta que se cumpla cualquiera de ellas para entender que se ha cometido el ilícito– consistentes en:



[190] MORILLAS FERNÁNDEZ D: *Op.Cit.*, p. 178.
[191] Cfr. Art. 16 de la Convención de los Derechos del Niño.
[192] Aunque – respecto de éstos últimos sujetos pasivos– en opinión de FERNÁNDEZ TERUELO, "[n*]o existe en la actualidad un mercado de producción, distribución y consumo de pornografía de adultos incapaces y además, las posibilidades de probar que el dolo del autor abarca tal elemento son muy escasas*". FERNÁNDEZ TERUELO, J.: *Op.Cit.*, p. 714.

- Utilizar la voz de los mismos sujetos pasivos.

Algunos de estos verbos rectores, como el "distribuir", "producir", "vender" y "difundir" han sido explicados en el artículo anterior, y su sentido es el mismo.

Respecto a los demás, los verbos también son de clara significación:

- Reproducir: es volver a producir. Básicamente "*sacar copia, en uno o muchos ejemplares*"[193] del material con contenido pornográfico infantil o de deficientes mentales.
- Publicar: es difundir por cualquier medio (con predominancia en medios televisivos, radiales, Internet, imprenta, etc., el material descrito antes.
- Importar: introducir al país.
- Exportar: vender a otro país lo producido en el país.
- Ofrecer: proponer el producto.
- Financiar: Como se dijo respecto de este mismo verbo rector en el Art. 169 C.P., implica dar un aporte de dinero o de bienes. Es invertir en el negocio.
- Comerciar: es negociar comprando, vendiendo o permutando géneros.
- Utilizar: usar.

El uso de las imágenes o voces en cualquiera de los casos y con fines pornográficos, será en actividades sexuales, eróticas o inequívocas de naturaleza sexual, explícitas o no, reales o simuladas.

El medio en el que se utilice puede ser de forma directa, por medios informáticos, audiovisuales, virtuales o cualquier otro medio posible.

El 2º inciso sanciona las conductas de organizar o participar en espectáculos pornográficos en los que también participen menores, incapaces o deficientes mentales.

Si aparte de utilizarlos con estos fines, los arremete sexualmente, habrá concurso de delitos.

Estamos frente a un delito de resultado. Así, por ejemplo, en el caso de la "producción", a criterio de RODRÍGUEZ PADRÓN, el delito se entenderá consumado cuando concluya "[…] *la actividad fabril de plasmación y procesado a soporte gráfico de las imágenes obtenidas de menores*",[194] es decir cuando se grabe, fotografíe o plasme en cualquier tipo de material (papel, video, audio) la imagen o voz de la víctima, o en el caso del "financiamiento", cuando aporte los medios económicos o materiales necesarios para que la actividad pornográfica se lleve a cabo. Siguiendo a MORILLAS FERNÁNDEZ, es posible apreciar la tentativa –acabada o inacabada– en todas las modalidades de conducta típica.[195]

[193] Cfr. RAE. www.rae.es
[194] RODRÍGUEZ PADRÓN, C., citado por MORILLAS FERNÁNDEZ, D: *Op.Cit.*, p. 390.
[195] MORILLAS FERNÁNDEZ, D: *Op.Cit.*, p. 384.

- **Tipicidad subjetiva**

El delito es doloso. El sujeto activo debe ser consciente de que el material pornográfico que está produciendo, reproduciendo, vendiendo, importando, etc. contiene imágenes o voz de NNA, incapaces o deficientes mentales. No hay problema para considerar un dolo directo cuando, a pesar de no contar con la presencia física del menor de edad cuya imagen se ha utilizado, es bastante obvio –por la corta edad y el escaso desarrollo físico del mismo– que se trata de un niño o niña.[196]

Para FERNÁNDEZ TERUELO, aunque puede resultar complicado en términos probatorios, es suficiente que el sujeto activo acepte la posibilidad anterior, pues no existen en el tipo razones para excluir el dolo eventual.[197]

El mismo autor señala que "[l]*os criterios utilizados por la jurisprudencia en el resto de los delitos de este Capítulo para probar el conocimiento de la edad de la víctima (la previa relación del autor con la víctima, el aspecto físico del menor, el lugar donde los hechos se desarrollan) serán de escasa utilidad en el supuesto de de distribución (a través de internet) o posesión de materiales con pornografía infantil, pues en ambos casos se pierden las posibilidades que ofrece la percepción física, al no existir un contacto siquiera visual con el menor. Los criterios por tanto aquí han de ser otros y así, en la práctica, suelen ayudar a la prueba de este elemento subjetivo, la presencia de determinados datos, como que el sujeto haya reclamado en la Red y por escrito ese tipo de materiales o que existan alusiones a la condición de menor en el texto que acompaña a muchos de los envíos (especialmente en los canales IRC). La situación fáctica radicalmente distinta, determina que no deba ser necesariamente aplicable el criterio jurisprudencial establecido para el resto de los delitos homogéneos al analizado, según el cual el sujeto activo está obligado a cerciorarse de la edad de la víctima*."[198]

Mucho más difícil será probar el dolo en los supuestos de víctimas incapaces o deficientes mentales, sobre todo cuando no se les encuentre personalmente.

- **Autoría y participación**

Autor directo será el que ejecute directamente cualquiera de los verbos rectores señalados. La experiencia indica que este delito se comete cada vez más por redes o estructuras de crimen organizado, por lo cual habrá casos de coautoría.

---

[196] A modo de ejemplo sobre esta cuestión, la jurisprudencia española consideró, en un caso de pornografía infantil, que "[..] *aun siendo verdad que no se ha practicado pericia alguna para determinar la edad de las personas que aparecen en las imágenes unidas a las actuaciones, no es menos cierto que la misma hubiera resultado a todas luces superflua, pues* ***no es preciso probar hechos notorios****. Basta examinar los citados folios, sin ser necesariamente un observador experto, para alcanzar la plena convicción de que un buen número de esas persona, por su incipiente o nulo incluso desarrollo de los denominados caracteres secundarios (pechos o vello pubiano), son inequívocamente menores de edad* [..]" SAP Sevilla de 28-1-2003 (JUR 2004\65626).

[197] FERNÁNDEZ TERUELO, J.: *Op.Cit.*, p. 721.

[198] Íbid, p. 722.

Pueden encontrarse casos de autoría mediata, cuando, *v.gr.*, una persona es utilizada por otra para vender material de pornografía infantil, sin que aquella conozca el contenido de los videos.

Participación a través de instigación y complicidad también se admite. Al respecto, como indican ORTS BERENGUER y ROIG TORRES, "[…] *tratándose de producciones en las que hay una distribución del trabajo, autor podrá ser únicamente quien esté en condiciones de decidir la intervención del menor o del incapaz, lo que no estará al alcance de quien se limita a iluminar la escena o a controlar la grabación, los cuales, a lo sumo, podrán ser considerados cómplices*".[199]

- **Concursos**

Los supuestos más comunes de concurso de delitos vendrán motivados por la concurrencia, junto con la conducta típica particular, de agresiones sexuales, abusos y prostitución.

Si bien la utilización de NNA en actividades de pornografía puede implicar *per se* la corrupción de la víctima, a efectos penales se aplicará esta disposición de manera preferente a la del Art. 167 C.P., por el principio de consunción del concurso aparente de leyes, tal como se sostuvo anteriormente. Como lo sostiene MORILLAS FERNÁNDEZ, "[…] *la doctrina criminológica internacional al asociar la pornografía infantil con la aceptación "conducta sexual explícita", y la corrupción con cualquier acto o material de naturaleza sexual que incluya a menores y no desarrolle aquélla*".[200]

- **Aspectos de investigación y prueba**

Además de los mencionados para el delito anterior, adaptadas al caso, están:

a) Para la determinación de la responsabilidad penal:

a.1) Testimoniales

- Declaración de la víctima, en caso de ser posible, cuya imagen o voz ha sido utilizada.
- Declaración de representante legal, en caso de ser posible.
- Declaraciones de testigos, incluyendo agentes captores y/o agentes encubiertos.

[199] ORTS BERENGUER, E. y ROIG TORRES, M.: Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática, p. 130.

[200] MORILLAS FERNÁNDEZ D: *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*, p. 151.

a.2) Documentales

- Certificación de partida de nacimiento de la víctima, si fuera posible.
- Certificación de la ficha del Documento Único de Identidad del victimario.
- Expediente clínico de los tratamientos que recibe la victima con deficiencia mental.
- Solicitar bitácoras de llamadas entrantes y salientes de los números que se logren identificar como frecuentes o que vinculen a los involucrados.
- Todo el material con contenido pornográfico que haya sido difundido, vendido, etc. a los sujetos pasivos, como fotografías, revistas, películas, entre otros.
- Publicaciones o clasificados de diarios, revistas, hojas volantes, posters u otros medios que se publicite el material pornográfico con imágenes o voces a personas menores de edad, incapaz o deficiente mental.

a.3) Periciales

- Peritajes psicológicos o psiquiátricos para demostrar la discapacidad mental de la victima.
- Peritaje de edad media de la víctima, en caso no se cuente con documento de la misma.
- Análisis de los materiales secuestrados con el propósito de determinar si constituye material pornográfico, su procedencia, en caso de ser electrónica los servidores IP desde donde se origina o distribuye.

a.4) Otras diligencias

- Vigilancias y seguimientos controlados con el propósito de establecer los lugares donde se fabricare, transfiriere, difundiere, distribuyere, alquilare, vendiere, ofreciere, produjere, ejecutare, exhibiere o mostrare, películas, revistas, pasquines o cualquier otro material pornográfico en el cual se utilice las imágenes o voces de menores de edad o personas con discapacidad mental.
- Registros o allanamientos en lugares previamente determinados con el propósito de secuestrar los objetos con los que se fabrica, produce, reproduce, distribuye, etc. el material pornográfico antes mencionado. Con esta diligencia también se puede definir qué clase de actividad delictiva es la que se lleva a acabo en el lugar, es decir, cualquiera de los verbos rectores del delito. Los registros o allanamientos pueden ser –entre otros– en imprentas, casas o negocios, cines o teatros.
- Los objetos secuestrados producto del registro o allanamiento. Si fueran medios electrónicos como computadoras, video grabadoras, cámaras digitales, teléfonos celulares con cámara, quemadores de discos compactos, etc. o cualquier otro indicio, deberá fijarse y embalarse adecuadamente respetando la cadena de custodia.
- Reconocimiento por fotografías o en rueda de personas según el caso.
- Decomiso de teléfonos celulares para establecer nexos o comunicaciones frecuentes.

- Establecer a través de fotografías o cualquier otro medio que contenga imágenes, que se trata de una victima menor de edad.
- Toma de videos y fijación de fotografías de lugares y personas que participan en estos espectáculos, tanto publico asistente como los sujetos pasivos del delito.
- Álbum fotográfico, con el propósito de ilustrar los lugares y los ambientes en los que se desarrolla este delito.

b) Para la determinación de la responsabilidad civil:

- Peritajes efectuados con el propósito de establecer las secuelas del delito, el tiempo de duración de las terapias que se hayan ordenado y su valor económico, así como el valor aproximado de las que haga falta practicar.
- Facturas que comprueben los gastos en que incurrió la victima por las terapias, medicamentos, transporte, cambio de domicilio, etc.
- El valor aproximado del costo de las terapias, en caso de haberse practicado en cualquier institución pública u otra clínica de asistencia gratuita.

POSESIÓN DE PORNOGRAFÍA

Art. 173-A.- *El que posea material pornográfico en el que se utilice la imagen de personas menores de dieciocho años, incapaces o deficientes mentales, en actividades pornográficas o eróticas, será sancionado con pena de dos a cuatro años.*

- **Bien jurídico**

Si bien este precepto se encuentra en el Código Penal dentro de los delitos contra la Libertad Sexual, la doctrina sostiene un intenso debate sobre el bien jurídico lesionado por la mera tenencia o posesión de pornografía, sobre todo en aquellos casos en que la víctima no se haya dado cuenta que su imagen ha sido plasmada en material pornográfico –tal como se expuso respecto al Art. 173 C.P.– . En esos casos es difícil considerar la indemnidad de lo menores o incapaces como bien jurídico vulnerado. Más se afectaría el derecho a la intimidad y propia imagen de estas personas; su derecho a no ser vistas por terceros en un contexto lascivo o erótico, lo cual en definitiva, ataca su propia dignidad.

Al respecto, GIMBERNAT ha sostenido como bien jurídico protegido en este delito la dignidad de los menores de edad e incapaces pues el consumidor de material pornográfico infantil "[…] *contribuye al mantenimiento y expansión de una nueva y degradante "industria", que tiene como objeto y presupuesto la comisión de gravísimos delitos sexuales contra niños y niñas, pues aquélla sólo puede desarrollarse sobre la base de que el material filmado va a generar beneficios, encontrando compradores*." [201]

- **Sujetos**

Es un delito común, por lo que puede cometerse por cualquier persona.

Sujeto pasivo será siempre el/la NNA, incapaz o deficiente mental cuya imagen aparezca en actividades pornográficas y esté en posesión de otra persona.

- **Conducta típica**

La conducta típica consiste en "poseer" –tener en su poder[202]– material pornográfico, siempre y cuando en el mismo se utilicen imágenes de menores de 18 años, incapaces o deficientes mentales que aparezcan en actividades pornográficas o eróticas.

Hay que notar que el legislador excluye, para este tipo penal, la posesión de material en donde se utilice solamente la voz de la víctima, al hacer alusión exclusivamente a la "imagen".

[201] GIMBERNAT ORDEIG, E., «Prólogo a la Novena Edición», en *Código Penal*, 9ª Edición, Madrid, 2004, pp. 24 y 25.
[202] Cfr. RAE. www.rae.es

Es un delito de mera actividad en cuanto se sanciona la simple posesión, generalmente para autoconsumo.

- **Tipicidad subjetiva**

Es un delito doloso, que abarca tanto el dolo directo como el dolo eventual, en los mismos términos explicados en el artículo anterior.

- **Autoría y participación**

La mera posesión implica que será responsable, en calidad de autor directo, cualquiera que tenga el material al que se ha hecho alusión, siendo difícil encontrar supuestos de autoría mediata o participación.

- **Concursos**

La aplicación de este precepto es residual respecto del Art. 173 C.P., cuya aplicación es preferente, pues la mera posesión estará consumida por aquellas conductas de comercio, distribución, publicación, exportación, etc., tal como lo regula el Art. 7 numeral 3) C.P.

- **Aspectos de investigación y prueba**

a) Para la determinación de la responsabilidad penal:

Además de los propuestos para la comprobación del delitos anterior, están las siguientes:

a.1) Testimoniales

- Declaraciones de testigos. Pueden ser los agentes policiales que hayan descubierto y secuestrado el material pornográfico.

a.2) Documentales

- En general, las mismas establecidas en los dos artículos anteriores.

a.3) Periciales

- Establecer en lo posible que las imágenes que se utilizan corresponden a personas menores de edad, incapaces o deficientes mentales.

a.4) Otras diligencias

- Registros o allanamientos en lugares previamente determinados con el propósito de secuestrar el material pornográfico.

- Los objetos secuestrados producto del registro o allanamiento, si fueran medios electrónicos como computadoras, video grabadoras, cámaras digitales, teléfonos celulares con cámara, quemadores de discos compactos, etc. o cualquier otro indicio, deberá fijarse y embalarse adecuadamente respetando la cadena de custodia.
- Análisis de los materiales secuestrados con el propósito de determinar si su procedencia, en caso de ser electrónica los servidores I P desde donde se origina o distribuye.
- Actas y entrevistas policiales que contribuyan al esclarecimiento del hecho.

Art. 173-B.- *Los delitos a que se refieren los Arts. 169 y 173 del presente Código, serán sancionados con la pena máxima correspondiente aumentada hasta en una tercera parte del máximo establecido de la pena y la inhabilitación del ejercicio de su profesión durante el tiempo que dure la condena, si cualquiera de las acciones descritas fuera realizada por:*

a) Ascendientes, descendientes, hermanos, adoptantes, adoptados, cónyuges, conviviente y familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;

b) Todas las personas contempladas en el Art. 39 de este Código;

c) La persona encargada de la tutela, protección o vigilancia de la victima; y,

d) Toda persona que prevaliéndose de la superioridad originada por relaciones de confianza, doméstica, educativa, de trabajo o cualquier otra relación.

a) **Ascendientes, descendientes, hermanos, adoptantes, adoptados, cónyuges, conviviente y familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad**

Acerca de esta agravante, nos atenemos a lo expresado en el Art. 162 numeral 1), con la diferencia que aquí el legislador ha incluido expresamente a "cónyuges", "conviviente" y "familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad":

- Respecto de los cónyuges, como es sabido, son aquellas personas unidas en matrimonio civil.
- Sobre los convivientes, la legislación de familia determina que la declaratoria de unión no matrimonial –y por ende la declaración de conviviente–[203] ocurre una vez ha finalizado tal convivencia,[204] por lo que para efectos penales no debemos atenernos a lo establecido por el Código de Familia, prefiriéndose dotar al concepto de conviviente de un contenido estrictamente descriptivo que permite ampliar la protección penal a aquellos que no cumplen los requisitos de la legislación familiar pero que en efecto tienen una relación estable de convivencia, característica que en última instancia define a las uniones de hecho. La obligación de la declaratoria judicial de convivencia es únicamente para efectos civiles –sucesión, alimentos, etc.–.

[203] Al respecto, el Art. 118 C.F. establece que la unión no matrimonial es"[...] *la constituida por un hombre y una mujer que sin impedimento legal para contraer matrimonio entre sí, hicieren vida en común libremente, en forma singular, continua, estable y notoria, por un período de tres o más años. Los integrantes de la unión, serán denominados convivientes o compañeros de vida* [...]".

[204] El Art. 123 C.F. determina que "[p]*ara el goce de los derechos que confiere la unión no matrimonial, se requiere declaración judicial previa de su existencia. Dicha declaración procederá al acaecer el fallecimiento de uno de los convivientes o la ruptura de la unión. Siempre que se requiera acreditar la calidad de conviviente, para hacer uso de cualquiera de los derechos otorgados por este código, aquella deberá declararse judicialmente*"

- El Código de Familia reconoce el parentesco colateral por consanguinidad hasta el cuarto grado[205] (primos–hermanos) y por afinidad, hasta el segundo (cuñados y suegros –en este último caso, si el menor de edad se encuentra casado–).[206]

b) Todas las personas contempladas en el Art. 39 de este Código

Se aplicará, entonces, en aquellos casos en que el sujeto activo ostente la calidad de funcionario público, empleado público, autoridad pública o agente de autoridad.

c) La persona encargada de la tutela, protección o vigilancia de la victima

Al respecto, hay que remitirse a lo sostenido en el Art. 162 Num. 4) C.P.

d) Toda persona que prevaliéndose de la superioridad originada por relaciones de confianza, doméstica, educativa, de trabajo o cualquier otra relación

Sobre esta agravante, deberá estarse a lo señalado para otras similares previstas antes.

- **Aspectos de investigación y prueba**

a.1) Testimoniales

- Declaraciones de la víctima y posibles testigos para establecer la relación de superioridad del sujeto activo del delito y la forma en que se prevalió de la misma.
- Declaraciones de la víctima y posibles testigos para establecer que el victimario era el encargado de la protección o vigilancia de la víctima.

a.2) Documentales

- Certificaciones de partidas de nacimiento u otra documentación idónea que demuestre la relación de parentesco por consaguinidad, adopción o afinidad entre la victima y el sujeto activo del delito.
- Establecer con la documentación legal correspondiente, la calidad de funcionario, empleado público o municipal, autoridad pública o agente de autoridad del sujeto activo del delito. *V.gr.* contratos, acuerdos, credenciales, nombramientos, etc.
- Establecer con la documentación correspondiente (*V.gr.*, certificaciones de sentencias de los juzgados de familia) que el agente activo del delito es la persona encargada de la tutela de la victima.

[205] El artículo 131 C.F. establece que la proximidad del parentesco se determina por el número de generaciones, y cada generación constituye un grado.
[206] Cfr. artículo 132 C.F.

INDEMNIZACIONES ESPECIALES

Art. 174.- *Los autores de los delitos a que se refieren los Capítulos I y II del presente Título, serán también condenados por vía de indemnización:*

> *1) A sufragar todos los gastos en que hubiere incurrido la víctima en concepto de atención médica y psiquiátrica o psicológica; y,*
>
> *2) A proveer a la víctima de manutención completa por el término de la incapacidad médica.*

Son adicionales a las establecidas en el 115 # 3 Pn. y tendrán que considerarse como accesorias en cada caso que se analicen y que proceda su aplicación.

Solamente se aplican a los delitos contemplados en los capítulos I (De la Violación y Otras Agresiones Sexuales) y II (Del Estupro) del Título IV. Lamentablemente el legislador no previó incluir otros tipos penales que pueden afectar física y/o psicológicamente a las víctimas, como los delitos de Inducción, Promoción y Favorecimiento de Actos Sexuales o Eróticos, Determinación a la Prostitución, entre otros.

1) A sufragar todos los gastos en que hubiere incurrido la víctima en concepto de atención médica y psiquiátrica o psicológica

La "atención médica" debe comprenderse en el sentido integral del término, lo cual incluye la hospitalización, exámenes y análisis de laboratorios clínicos, radiológicos, de ultrasonografía, etc., pago de consultas médicas curativas, medicamentos, terapias, entre otros.

2) A proveer a la víctima de manutención completa por el término de la incapacidad médica

A este respecto, debe establecerse el monto de manutención, que en ningún caso deberá ser menor al salario mínimo diario vigente.

- **Aspectos de investigación y prueba**

a.2) Documentales

- Facturas, comprobantes o recibos por hospitalización, cirugías, atención médica, psicológica o psiquiátrica así como medicamentos.
- Comprobante de incapacidad médica.

a.3) Periciales

- Peritaje para el establecimiento de la incapacidad médica.

CUADROS RESÚMENES DE TIPOS PENALES

RESUMEN ELEMENTOS DEL TIPO DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Tipos penales Elementos del tipo	**Agresión sexual en Menor o Incapaz**	**Violación en Menor o Incapaz**		**Violación**	**Otras agresiones sexuales**	**Estupro**	**Estupro por prevalimiento**	**Acto Sexual diverso**
	Art.							
Modalidad del ataque	Aprovecharse de la enajenación mental, estado de inconsciencia o incapacidad de resistir o coloque en esa situación mediante engaño			Violencia		Engaño	Prevalecimiento superioridad originada por cualquier relación	Engaño
Edad	Menor ⇐		15 años ⇒	Mayor		⇐	Mayor 15 años Menor 18 años	
Conducta sexual realizada	Acceso carnal bucal o introducción de objetos	Acceso carnal por vía vaginal o anal		Acceso carnal por vía vaginal o anal	Acceso carnal bucal o introducción de objetos	Acceso carnal por vía vaginal o anal	Acceso carnal por vía vaginal o anal	Cualquier acto sexual diverso del acceso carnal
	cualquier agresión sexual				cualquier agresión sexual			
Consentimiento	Irrelevante			Atipicidad		Irrelevante		Entre 15 a 16 años agravante

RESUMEN ELEMENTOS DEL TIPO DEL DELITO DE ACOSO SEXUAL

Tipos penales Elementos del tipo	**Acoso sexual en menor**		**Acoso sexual**
Modalidad del ataque	Realizar		Realizar
Edad	Menor	15 años	Mayor
Conducta sexual realizada	Conducta sexual indeseada por quien la recibe:		frases, tocamiento, señas u otra conducta inequívoca de naturaleza o contenido sexual
Agravante	Prevalecimiento superioridad originada por cualquier relación		

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO LÓPEZ, Sara: *El delito de corrupción de menores (Art. 189.3 CP)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- A.A.V.V., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros: *Lecciones de Derecho Penal, parte general*, 2ª edición, Editorial Praxis, Barcelona, 1999.
- A.A.V.V., CARBONELL MATEU, Juan Carlos y otros: *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.
- A.A.V.V., CUERDA RIEZU, Antonio (director): *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos*, Editorial Dykinson, Madrid, 2006.
- A.A.V.V., DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y ROMEO CASABONA, Carlos María (coordinadores): *Comentarios al Código Penal, parte especial,* Vol II, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- A.A.V.V., PALOMAR OLMEDA, Alberto (Coordinador): *El tratamiento del género en el ordenamiento español*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005.
- A.A.V.V., QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 3ª edición, Aranzadi, Navarra, 2002.
- A.A.V.V., VIVES ANTON, Tomás y otros: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- BLANCO LOZANO, Carlos: *Tratado de Derecho Penal Español*, Tomo II, Volumen 1, Bosch Editor, Barcelona, 2005.
- BARBA ÁLVAREZ, Rogelio: "La víctima en los delitos relativos a la prostitución", en *Cuadernos de Política Criminal*, Número 78, Julio 2002.
- DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier: *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido: *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia,* Tomo II, Editorial Trivium, Madrid, 1997.
- CREUS, Carlos: *Derecho Penal, parte especial*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*, Editorial Bosh, Barcelona, 1982.

- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo: "La sanción penal de la llamada distribución de pornografía infantil a través de Internet y otras modalidades afines tras la reforma 15/2003", en *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal*, Editorial Dykinson, 2006.

- FIERRO, Guillermo Julio: *Teoría de la participación criminal*, 2ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004.

- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Código Penal,* 9ª Edición, Tecnos, Madrid, 2004.

- GÓMEZ TAGLE LÓPEZ, Erick: *La explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes. Una aproximación sociológica*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2ª edición, México, 2007.

- GONZÁLEZ, Rodolfo (compilador): *Constitución de la República de El Salvador y jurisprudencia*, Corte Suprema de Justicia, San Salvador.

- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: *Los derechos humanos de las mujeres: fortaleciendo su promoción y protección internacional*, San José, 2004.

- MARTÍNEZ OSORIO, Martín Alexander, *El delito de trata de personas en el Código Penal Salvadoreño. Aspectos criminológicos y legales*, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2008.

- MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal, parte general*, 6ª edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2002.

- MORENO CARRASCO, Francisco y RUEDA GARCÍA, Luis: *Código penal de El Salvador comentado*, Justicia de Paz (CSJ-AECI), San Salvador, 1999.

- MORENO CARRASCO, Francisco, y RUEDA GARCÍA, Luis: *Código Penal de El Salvador Comentado*, Actualización y anotación jurisprudencial por SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto, RIVERA MÁRQUEZ, Sergio Luis, RODRÍGUEZ, Delmer Edmundo, DÍAZ CASTILLO, Marco Tulio, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2004.

- MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo: *Análisis dogmático y criminológico de los Delitos de Pornografía Infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.

- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal, parte especial*, 14ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho Penal, parte general*, 5ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, el FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA Y LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONA PARA LAS MIGRACIONES: Nota sobre los

proyectos de protocolo relativos al tráfico de migrantes y la trata de personas, A/AC.254/27.

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Línea de Base sobre Explotación Sexual Comercial de niños, niñas y adolescentes en el municipio de San Salvador 2004*, OIT/IPEC, San Salvador, 2006.

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Una alianza global contra el trabajo forzoso*, Informe I (B), Conferencia Internacional del Trabajo, 93ª reunión, 2005. Documento disponible en: www.ilo.org/declaration**.**

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Trata de seres humanos y trabajo forzoso como forma de explotación*, Ginebra, 2006. Documento disponible en: www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_082008.pdf

- ORTS BERENGER, Enrique y ROIG TORRES, Margarita: *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

- ORTS BERENGUER, Enrique y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos: *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

- PLANT, Roger: "Explotación laboral en el siglo XXI", 2008. Documento disponible en www.ilo.org/sapfl/Informationresources/NonILOpublications/lang--es/docName--WCMS_091964/index.htm

- QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep: *Derecho Penal Español*, 5ª edición, Atelier, Barcelona, 2007.

- Revista Justicia de Paz, año II, volumen III, CSJ–AECI, San Salvador, 1999.

- SERRANO- PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón: *Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal*, Lima, 1999.

LEGISLACIÓN

1. Legislación Internacional:

A) Del sistema universal (ONU):

- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional.
- Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.
- Convención sobre la Esclavitud.
- Convenio sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación de OIT.
- Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Resolución 40/34 de la Asamblea General de la ONU, de 29 de noviembre de 1985.
- Declaración de los Derechos del Retrasado Mental de la ONU. Resolución 2856 de la Asamblea General de la ONU, de 20 de diciembre de 1971.
- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
- Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en Pornografía.
- Recomendación 190 de la OIT sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil

B) Del sistema interamericano (OEA):

- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.
- Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad
- Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.
-

2. Legislación nacional:

- Constitución de la República.
- Código Penal.
- Código de Familia.

- Código de Salud.
- Ley contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja.
- Ley de Migración.
- Ley de Extranjería.
- Ley de expedición y revalidación de pasaportes y autorizaciones de entrada a la República.
- Resolución del CA-4 adoptada por los Viceministros de Gobernación el día 16 de septiembre de 1997, relativa a la extensión de la libre movilidad de personas, para lo cual únicamente se necesita el documento de identidad correspondiente a cada país conocido como paso fácil**.**
- Acuerdo del CA-4 de la Comisión Centroamericana de Directores de Migración (OCAM) del 1 de abril de 1998, en relación al paso fácil, formulario único y homologación de horarios.
- Acuerdo del CA-4 de Viceministros de Gobernación o Interior, los Directores Generales de Migración y Extranjería de las Repúblicas de El Salvador, Honduras, Guatemala y Nicaragua, reunidos en la Secretaría General del SICA, en El Salvador, el 11 de mayo de 2000.

JURISPRUDENCIA

1. Jurisprudencia Salvadoreña:

- Tribunal de Sentencia de Ahuachapán, sentencia 64-AP-1-2006.
- Tribunal de Sentencia de Ahuachapán, sentencia 59-AP-3-2007.
- Tribunal de Sentencia de Ahuachapán, sentencia 32-AP-C-2008-1.
- Tribunal de Sentencia de Mejicanos, sentencia del 07 de mayo de1999.
- Tribunal Segundo de Sentencia de San Miguel, sentencia 0303-72-2004.
- Tribunal de Sentencia de Santa Tecla, sentencia 429-1-2007 de 27 de marzo de 2008.
- Sentencia Tribunal de Sentencia Sonsonate, 26 de marzo de 1999.
- Juzgado de Instrucción de Jujutla, Ahuachapán, 12 de julio de 2003.

2. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- Corte IDH: *Caso Bulacio Vrs. Argentina*, sentencia de 18 de septiembre de 2003.
- Corte IDH: *Caso Juan Humberto Sánchez Vrs. Honduras,* sentencia de 7 de junio de 2003.
- Opinión Consultiva OC-16/99, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.*

3. Jurisprudencia española:

- Tribunal Supremo, sentencia de 26 de marzo de 1988.
- Tribunal Supremo, sentencia de 9 de octubre de 1989.
- Tribunal Supremo, sentencia de 16 de enero de 1991.
- Tribunal Supremo, sentencia de 30 de abril de 1991.
- Tribunal Supremo, sentencia 2936/1993 de 27 de diciembre de 1993.
- Tribunal Supremo, sentencia 2342/1999 de 7 de abril de 1999.
- Tribunal Supremo, sentencia de 2 de octubre de 2001.
- Audiencia Provincial de Sevilla, sentencia de 28 de enero de 2003 (JUR 2004\65626).

4. Jurisprudencia estadounidense:

- Corte Suprema de Estados Unidos, Sentencia Miller Vs. Estado de California, de 1973, caso 413 U.S. 15

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
A.A.V.V.	Autores Varios
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
C.F.	Código de Familia
Cfr.	Confrontar
C.P.	Código Penal
CNUDOT	Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional
ESC	Explotación Sexual Comercial
Ibíd.	*Ibidem* (igual que la referencia anterior)
IIDH	Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Lit.	Literal
NNA	Niño, Niña y/o Adolescente
Num.	Numeral
OEA	Organización de Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de las Naciones Unidas
Op. Cit.	*Opus citatum* (obra citada)
Protocolo CNU	Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas especialmente mujeres y niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional
RAE	Real Academia Española
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
TS	Tribunal Supremo
V.gr.	*Verbi gratia* (por ejemplo)