

TRIBUNAL TERCERO DE SENTENCIA, San Salvador, a las dieciséis horas del martes veintiuno de octubre de dos mil tres.

Visto en juicio oral el proceso penal documentado en el expediente número 179-2003-2a, que se diligencia contra MARÍA DE LOS ÁNGELES BAUTISTA DE LEÓN, de treinta y cuatro años de edad, soltera, vendedora, originaria de San Salvador; hija de Martín Bautista (fallecido) y Clemencia de León Crespín; residente en Centro Urbano “San Bartolo”, segunda etapa, casa número veintinueve, Ilopango, San Salvador; acusada del delito de agresión sexual en menor e incapaz agravada, tipificados y sancionados en los artículos 161 y 162 n° 1 del Código Penal, en perjuicio de la libertad sexual de la niña Michelle Saraí Bautista, representada legalmente en el proceso por la Licenciada María Teresa Murcia Bonilla, de la Agencia Auxiliar de la Procuraduría General de la República con sede en Soyapango, San Salvador.

CUESTIONES DE HECHO.

De la prueba desfilada en el debate se tienen como hechos probados los siguientes:

1) Que en el mes de enero de este año, en la casa de habitación donde vivían María de los Ángeles Bautista de León y Michelle Saraí Bautista, la primera agredió sexualmente a la menor manipulando su vulva y su ano; (hecho acreditado con el testimonio de Michelle Saraí) que para realizar esa conducta previamente la acusada se llevó a la menor de la casa de la señora Alma Bautista de León, lugar donde la había dejado la señora Clemencia de León (hecho acreditado con la declaración de las testigos Alma y Clemencia).

2) Que la niña fue manipulada de sus órganos genitales, se demuestra con el reconocimiento forense que se practicó en los genitales de la menor, sobre el que declaró en juicio la Doctora Estela Herminia Bonilla Cruz y dictaminó que en su opinión las señales que presentaba la menor en sus genitales eran compatibles con un manipulación sexual.

3) de igual manera, se determinó que la menor Michelle Saraí presentaba indicadores de una sexualidad precoz y de los niños agredidos sexualmente, lo que dictaminó en su declaración el Licenciado Marcelino Díaz Menjívar.

4) Se estableció que María de los Ángeles Bautista de León, es madre de Michelle Saraí Bautista, con la certificación de partida de nacimiento que se incorporó por lectura y que está agregada a folios 23 con lo que se demuestra el grado de parentesco.

5) Se tiene probado que la acusada María de los Ángeles Bautista de León, padece de un trastorno límite de la personalidad, lo que se acreditó como hecho probado con la declaración rendida por la psiquiatra Doctora Ana Isabel Ávalos Rubio.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

FUNDAMENTO JURÍDICO N° 1. Debe el tribunal estimar de la prueba recolectada, si ésta tiene la suficiencia probatoria, para acreditar con certeza el injusto penal del que se conoce, y la culpabilidad del acusado. Para ello se deberá merituar la prueba testimonial, pericial y documental, que se ha recibido en el debate, en tal sentido expresamos:

El testimonio de la menor víctima Michelle Saraí, es un testimonio -para nosotros- fidedigno, veraz, contundente para demostrar que la imputada ha cometido un injusto penal en su contra, procediendo a tener actos de agresión sexual en la menor, en la forma en que la víctima lo relató, de manera tan natural y espontánea, en el sentido que le besaba su vulva y le puyaba con el dedo su anito. Tal agresión sexual entratándose de menores de doce años se entiende involuntaria, puesto que la persona no tiene la capacidad suficiente para discernir los alcances de una relación sexual, en tal sentido se está ante una violencia denominada “*ope legis*” en el sentido que la edad de la víctima determina la irrelevancia del consentimiento, el mismo no genera ningún efecto y el acto se entiende ilegítimo.

Ciertamente, al declarar la testigo con pristinidad manifiesta, cómo fue objeto de abuso sexual por parte de la acusada -a quien señaló categóricamente en el juicio como su mamá María-; siendo que toda esa actividad, desplegada por la acusada, fue descrita de manera suficiente por la víctima, quien no sólo lo expresó en forma verbal, sino que también mediante lenguaje corporal, indicando la testigo que la acusada le quitaba la ropa, que se desnudaba, ella que le besaba su vulva, que le metía el dedo en el anito, que ella la veía desnuda y le miraba pelos en la vulva a su mamá, dicha información, es -por así decirlo- “vívida” por la menor a partir de una experiencia, lo que le permite realizar un relato completamente espontáneo de los hechos que le han sucedido y que para el tribunal es completamente creíble, encontrándose además confirmado tanto por los vestigios que se encontraron en el reconocimiento de genitales, himen dilatado y laceración en ano; así como en la pericia psicológica que informa de manera clara y detallada de los indicadores de sexualidad precoz de la menor, lo que se explica al confrontar los hechos de abuso sexual a los que ha sido sometida. En todo caso, lo que el tribunal sí tiene establecido con total certidumbre, es que la acusada: (a) ha vulnerado la libertad sexual de la menor, al someterle a manipulaciones de orden sexual; (b) que dichas manipulaciones las ha cometido María de los Angeles Bautista de León; (c) que ese evento sucedió el día en que la acusada fue a traer a la niña de donde la había dejado su abuela, Clementina de León; (d) que esa agresión sexual ha sido cometida en una menor y que esa menor era la hija de la acusada.

Fundamento Jurídico Número 2. De la relación probatoria anterior el tribunal entiende que se tiene por demostrada la conducta típica de la acusada, respecto de la calificación jurídica del delito por el que se le ha acusado, la que radica en agresión sexual en menor agravada, arts. 161 inciso 1° y 162 número 1 del CP. Se trata, en este caso, de una agresión sexual en una menor de doce años, que a la fecha de los hechos tenía todavía cinco años de edad, con lo que, tal como se exige en el tipo penal, es típica aquella agresión en menor, sea que ocurra con o sin violencia, con lo que -aunque no medie una violencia psicológica o física- la agresión sexual siempre se estima concurrida en un caso como este, de una persona de cinco años de edad, que no tiene capacidad alguna para discernir y consentir sobre los alcances de una relación de índole sexual, ello porque hasta ese momento en su psiqué se carece del concepto de relación sexual.

La agresión sexual se establece de manera negativa a la violación, deben concurrir actos de contenido sexual ejercidos directamente sobre el cuerpo del sujeto pasivo, siempre que estos actos no importen acceso carnal, es decir penetración mediante el pene por vía anal o vaginal de una persona. En este caso los actos de agresión sexual se constringieron a ósculos en la zona de la vagina, tal como lo manifestó la menor y manipulación con la mano de esa zona y del ano.

Fundamento Jurídico Número 3. La agresión sexual que consiste en un ataque de orden sexual, es la conducta que de *lege ferenda* se conoce como abuso sexual, y queda limitada entre nosotros por la penetración mediante acceso carnal, de concurrir ésta, se está ante una agresión sexual, únicamente limitada por la intensidad y forma de ataque, que en otros casos podría hacer derivar otras conductas; en este caso se está ante un típico caso de agresión sexual, por manipulación directa de zonas erógenas propias, como lo son el himen y el ano; y tal conducta tiene un mayor desvalor por tratarse de una niña. La circunstancias que concurren como modificadoras de la agresión sexual son la minoridad del sujeto pasivo, que se requiere que sea menor de doce años, según el artículo 160 del CP, para que la agresión sexual sea en menor; y que sea cometida por ascendiente en descendiente, en esta caso de una madre hacia su hija, ello se ha comprobado de manera suficiente con la certificación de partida de nacimiento que establece ambas situaciones, por una parte la minoridad de los hechos y por otra parte el vínculo de parentesco de madre a hija.

Fundamento Jurídico Número 4. Por otra parte, de acuerdo con la información que ha brindado Michelle Saraí, la conducta de la acusada ha de estimarse como dolosa, es decir cometida en una situación de conocimientos de los actos que se realizaban y con la voluntad de realizarlos, aunque los mismos estuvieran influenciados por el trastorno del cual adolece la acusada y sobre el cual en párrafos subsecuentes se discurrirá, para los efectos de lo que se conoce como dolo avalorado, es decir únicamente en cuanto a voluntad y conocimiento de la situación de la realidad que se ejecuta, libre de connotaciones de ilicitud, la acusada ha realizado una conducta dolosa.

Fundamento Jurídico N° 5. ANTIJURIDICIDAD. Lo antijurídico de una conducta significa que el agente del delito -en este caso María de los Angeles Bautista de León- ha infringido con su conducta una norma jurídica -agresión sexual en menor agravada- transgrediéndola, sin que haya concurrido para dicha injuria, una causa que justificara tal actuación en virtud de una situación de necesidad, para proceder al quebranto de la norma jurídica. Pero además, se necesita de manera esencial, que la acusada haya puesto en peligro al menos el bien jurídico protegido que en este caso es la libertad sexual, conjugado con la integridad corporal de la víctima, que también se ve ante una amenaza bastante, por lo que se completa la antijuridicidad, señalándose que la prueba en este caso en concreto, no ha demostrado la concurrencia de una situación permisiva de parte de la justiciable. En tal sentido, al haberse transgredido una norma jurídico-

penal y al haberse lesionado un bien jurídico, la conducta que la encartada ha realizado es antijurídica.

Fundamento Jurídico N° 6. CULPABILIDAD. Cuestión relevante es la culpabilidad, puesto que no basta que la persona haya transgredido una norma penal de manera antijurídica, sino que esa conducta lesionadora de un bien jurídico que se encuentra tutelado en una norma penal, debe hacerse culpablemente, es decir que a la persona pueda exigírsele una motivación diferente desde un juicio estrictamente personal en relación con el hecho que cometió, si no es posible hacer ese juicio de atribución no es posible imponer una pena.

Primer elemento fundamentador de la culpabilidad es la imputabilidad o capacidad de culpabilidad penal, entendido de manera negativa una persona es imputable o es capaz de poder soportar un juicio de capacidad de imputación de culpabilidad, cuando no se encuentra en las circunstancias de enajenación mental, grave perturbación de la conciencia o en un estado de desarrollo psíquico retardado o incompleto. Obviamente todas estas situaciones que tienen que ver con la estabilidad de la psiqué humana en sus diferentes dimensiones, exige una especie de normalidad en la capacidad del raciocineo de la persona de acuerdo con su ámbito social, para que se le pueda exigir capacidad de motivación, es decir de comprensión de los mandatos de prohibición de las normas penales, en cuanto tuteladoras de los bienes jurídicos de las demás personas. Pero esta relación de capacidad psíquica no es una cuestión que pueda estimarse en grados absolutos, en el sentido de si es normal o anormal, sino que tal cuestión es gradual, y a su vez compleja por cuanto se relaciona con aspectos no únicamente somáticos sino de diversa índole social, cultural, educacional, de valores, etcétera. De ahí que, ni en el mismo plano de la cuestión psíquica se pretenda actualmente una diferenciación absoluta entre anormal y normal, pues las mismas cuestiones del psiquismo pueden presentar planos diversos que puedan fluctuar entre la capacidad síquica completa, capacidades psíquicas disminuidas, capacidades psíquicas deterioradas que generan a su vez una incapacidad de mayor alcance para comprender y dirigir las actividades de la vida en sociedad.

Fundamento Jurídico Número 7. Al estimar la capacidad de culpabilidad penal de la acusada, es decir, si desde su siquismo tiene plenitud de compresión de los actos que realiza y si sobre los mismos puede hacerse una desvaloración de exigibilidad en cuanto a la capacidad de motivación, cuestión que es ya ajena a consideraciones estrictamente psíquicas, que importan juicios jurídicos de imputación, sobre los que se forma el concepto de imputabilidad o de inimputabilidad, que no sólo entraña valoraciones del estado mental de las personas en cuanto a su mayor o menor normalidad psíquica, sino que las relaciona con juicios de exigibilidad respecto de la capacidad de motivación, el tribunal entiende que esta capacidad de culpabilidad penal en la acusada se encuentra bastante reducida, llegando a conformar lo que en la doctrina penal se considera como personas semi-imputables o con imputabilidad disminuida, las que ciertamente son imputables respecto del hecho cometido, es decir responden penalmente por el delito

cometido, y es posible asociarles penas por sus conductas porque se mantiene el nivel de imputabilidad, pero el mismo es diverso del resto de personas, no se trata del mismo nivel de imputabilidad, sino de una capacidad, que si se mantiene está disminuida, por ende su grado de exigibilidad aunque se mantenga el nivel de reproche penal, es diferente, se tiene un grado bastante menor de exigibilidad en cuanto a la capacidad de ser culpable que se tiene.

Fundamento Jurídico Número 8. Que la persona de María de los Angeles Bautista de León, es capaz de culpabilidad penal pero disminuida, es una conclusión a la que arribamos después de analizar el conjunto de la prueba, y de manera decisiva, la prueba pericial psicológica y psiquiátrica que se le practicaron a la acusada para evaluar su capacidad mental, al momento de los hechos, que en materia de culpabilidad, es el momento de la ejecución de los hechos que se imputan como delito, en el que tiene trascendencia determinar si la persona adolecía de algún trastorno de la psiqué, por cuanto son esos actos los que se le atribuyen como delictivos y es sobre ellos sobre los que tiene que determinarse el grado de imputabilidad o de inimputabilidad de la persona, tal es la exigencia legal de la imputabilidad entre nosotros que no descansa en una formulación meramente psíquica o psiquiátrica de la persona, sino en una formulación mixta de estas capacidades de la psiqué en cuanto a su normalidad o a cuestiones que la afecten de manera más o menos intensa y que se relacionan con cuestiones de atribución jurídica a los hechos, ello se concluye cuando se comprende que el artículo 27 número 4 en la fórmula de determinación previa prescribe que: *“No es responsable penalmente: Quien al momento de ejecutar el hecho, no estuviere en situación de comprender lo ilícito de su acción u omisión o de determinarse de acuerdo a esa comprensión por cualquiera de los motivos siguientes”*. De ahí que la formulación de la capacidad de culpabilidad penal no dependa sólo de la fórmula psiquiátrica, ni de la formulación psicológica respecto de la capacidad psíquica de la persona, sino de un juicio de imputación de culpabilidad que es además jurídico (formulación mixta) y que en cuanto a la determinación de la imputabilidad corresponde con exclusividad decidirlo al juez, por cuanto se deciden ya imputaciones de índole valorativo, es decir cuestiones de imputación jurídica, respecto de los hechos realizados, a la base obviamente se aprecia y se valora el dictamen pericial sobre la competencia psíquica de la persona que es esencial, pero no vinculante para el tribunal, porque lo que se está determinando es un elemento de la culpabilidad y ésta es un elemento jurídico del delito.

Fundamento Jurídico Número 9. Que entre nosotros se tenga adoptada la formulación mixta de la imputabilidad, cuestiones de índole psíquico a la base, determinación de la capacidad de culpabilidad penal mediante criterios jurídicos, y que la determinación de la imputabilidad o de la inimputabilidad corresponda verificarla al juez, es una cuestión que ya se ha reconocido por los comentaristas de nuestra normativa penal (Moreno Carrasco/Rueda García, *Código Penal de El Salvador*, pp. 71 - 72; Terradillos Basoco *“Teoría Jurídica del Delito”*, p. 125). De ahí que, lo importante respecto de la capacidad de culpabilidad de la acusada está en cuanto al momento en

que se realiza el hecho punible, puesto que es en ese momento en que se requiere que las personas sean imputables, por cuanto es sobre esa conducta sobre la que se juzgará la culpabilidad personal de la acusada. Tal delimitación en cuanto al tiempo de la imputabilidad está comprendida en el artículo 27 número 4 del CP, cuando se dice *“Quien en el momento de ejecutar el hecho...”*. De ahí que ese período en relación con la ejecución del delito sea el importante para determinar la imputabilidad.

Por otra parte, ya se indicó que la determinación de la imputabilidad no es un mero juicio de índole psico-psiquiátrico, sino que además de esa base, es un juicio que se determina desde lo jurídico, por cuanto -como lo indicamos- la determinación de la culpabilidad, de la que forma parte la imputabilidad, es una cuestión que se decide desde lo jurídico y ello queda bien determinado en la prescripción legal, cuando exige que la persona *“no estuviere en situación de comprender lo ilícito de su acción u omisión”*. La ilicitud en materia de dogmática penal, no es una exigencia moral o ética o meramente psíquica, sino es la formulación de un concepto altamente valorativo que sólo tiene sentido en la formulación de un contexto jurídico de lo que es ilícito, por ende su determinación es competencia del juez. Las causas que se remiten para excluir la imputabilidad tampoco deben entenderse desvinculado de las cuestiones de índole jurídico, ciertamente que gozan de un amplio fundamento psico-siquiátrico, pero no es un contenido absoluto, por cuanto la formulación mixta de la imputabilidad también obliga a valorar -posterior a la verificación de una anormalidad psíquica- si la misma tiene la entidad para excluir o no la capacidad de culpabilidad penal, de ahí que la enajenación mental, el trastorno mental transitorio y el desarrollo psíquico retardado o incompleto debe ser considerado desde esta visión compleja.

Fundamento Jurídico Número 10. Dicho todo lo anterior, el presupuesto o la base de un juicio de inimputabilidad, es el establecerse una situación de afectación a la psique o a la personalidad del sujeto y ello si es una cuestión que no la puede establecer el juez, sino que es competencia exclusiva determinarla en cuanto concurrencia o no del perito que dictamine respecto de la capacidad mental o volitiva de la persona. Sobre este aspecto, tal fundamento se ha cumplido por cuanto la psiquiatra Ávalos Rubio, estableció con claridad y contundencia que María de los Ángeles adolece de un trastorno mental que calificó como trastorno límite de la personalidad, se ha cumplido pues el primer fundamento, de que sea el perito el que determine la existencia o no de una condición que afecte la condición de normalidad del ser humano, en este caso, la afectación recae en la personalidad de la acusada, mediante el trastorno límite de la personalidad.

Fundamento Jurídico Número 11. El trastorno límite a la personalidad, como lo informó la experta, es una disfunción de la personalidad, que recae sobre el tono afectivo de la persona, afectando el ámbito de sus emociones y de la voluntad, al generar conductas impulsivas. Estas características -reconoció la perito- concurrían en la acusada, aunque señaló que a su juicio

la acusada -al momento de los hechos tenía la capacidad intelectual suficiente para comprender los actos que realizaba. Sobre este aspecto el tribunal, al estimar las cuestiones de exigibilidad jurídica, coincide con la conclusión que dictamina la psiquiatra, puesto que según el relato que se manifestó por la víctima, la actividad que desarrolló la imputada es propia de una persona que tiene la base mínima para poder exigirle el juicio de comprensión de los actos que realiza, de ahí que aunque se reconozca el trastorno límite de personalidad, este no tuvo la entidad, para volver inimputable en su sentido pleno el actuar de la imputada, al momento de los hechos. Sin embargo, debe reconocerse dos cuestiones importantes que la forense psiquiatra dejó establecido: que la acusada padecía de un trastorno cerebral orgánico y que en los trastornos límites de la personalidad es característica que se desarrollen episodios de tipo sicóticos, lo que ella llamó episodios micro sicóticos, en los que por períodos cortos de tiempo, la persona experimenta sucesos de índole psicótico de manera temporal; lo que reconduce a conductas impulsivas de carácter sexual que pueden ser disfuncionales.

Fundamento Jurídico Número 12. Ese cuadro descrito por la psiquiatra perfectamente se adapta a la acusada, quien entiende el tribunal, no obstante de ser imputable, adolece de ese trastorno de la personalidad, que es relevante estimar, de acuerdo a que la acusada adolece de una trastorno orgánico cerebral y de que estos padecimientos concurren normalmente episodios microsicóticos, ello refleja que la capacidad de culpabilidad penal de la acusada se encuentra - desde nuestra opinión- bastante disminuida dando lugar a lo que se conoce como personas que son semi-imputables o con imputabilidad disminuida, lo que significa que aunque sean imputables, y se les puede exigir responsabilidad penal, ésta se encuentra bastante disminuida, es decir reducida desde una visión de exigibilidad, con lo que la persona de María de los Ángeles por las características que presenta el trastorno límite de la personalidad, adolece de una perturbación de la conciencia que no desarrolla toda su plenitud para ser una causa de inimputabilidad, pero que sí disminuye bastante la misma, puesto que una persona que adolece de un trastorno orgánico cerebral, que está sujeta a padecer de episodios microsicóticos, que tiene debilitada la capacidad de frenación, que ve afectada sensiblemente la cuestión del manejo de sus emociones, que puede tener problemas de impulsividad, por la afectación de la tonalidad de su conducta, no es una persona que se encuentre en un plano de normalidad psíquica, para que se le pueda exigir de igual manera un ámbito de imputabilidad plena, en tal sentido concluimos que la acusada adolece de una imputabilidad disminuida, sobre la base de un estado de inconciencia, de perturbación de su conciencia, de una conciencia no plena o incompleta.

Fundamento Jurídico Número 13. En cuanto a la conciencia de la ilicitud, es decir, al juicio que se haga a la persona, sobre la capacidad de representación de que su conducta está prohibida, debe señalarse que este juicio se encuentra bastante disminuido, como consecuencia de que la persona de la acusada presenta una imputabilidad semiplena, en consecuencia al haber

una reducción notable de la imputabilidad, también la exigencia de la conciencia de la ilicitud se ve sensiblemente reducida, por cuanto no es lo mismo exigir potencialmente una conciencia de lo ilícito a una persona que no adolece de ninguna trastorno que altere su capacidad de culpabilidad penal, y otra situación es hacer ese mismo desvalor en una persona que sí tiene alterada su capacidad de ser imputable, por concurrir en ella un trastorno de su personalidad, es notorio que ésta última no se encuentra en la misma situación de igualdad por tener una imputabilidad disminuida, de aquellos que tienen plenitud de capacidad de culpabilidad penal, por ende el grado de reproche de la conciencia de la ilicitud es reducido. En cuanto al reproche de exigibilidad, al encontrarse afectado los dos aspectos anteriores el mismo se encuentra reducido, por cuanto es menor el grado de exigibilidad, respecto de aquellas personas que no tienen una plenitud de imputabilidad.

FUNDAMENTO JURÍDICO N° 14. Determinación de la pena. Declarada la culpabilidad, ésta debe graduarse para imponer la pena que corresponda no sólo al desvalor de los hechos, sino también al grado de culpabilidad de la autora en el hecho cometido en contra de Michelle Saraí Bautista, ello inicialmente conforme con los parámetros del artículo 63 del CP, que sienta su base sobre el principio de culpabilidad -artículo 12 Cn. - por el que no sólo basta imponer pena al culpable, sino que además, dicha pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad. Para ello deberá estimarse en primer lugar: la pena que tiene el delito en concreto, que en este caso es un delito de agresión sexual en menor agravada, por lo que los límites de la penalidad son de ocho años de prisión a diez años ocho meses de prisión, según la regla de sanción de pena máxima del tipo básico, más el aumento de la tercera parte; aunque desde ya lo advertimos, esos límites fijados por el tipo penal de la parte especial, son para personas en un sentido de igualdad ordinaria, es decir, en las mismas condiciones, o para dejarlo claro: con plena capacidad de culpabilidad penal, y no para aquellos que no tienen plenitud de imputabilidad y que por el contrario tienen una imputabilidad disminuida, este aspecto se examinará posteriormente con fundamento en los principios constitucionales de igualdad (art. 3 Cn.) y de culpabilidad (art. 12 Cn).

FUNDAMENTO JURÍDICO N° 15. En atención a esos parámetros de penalidad que se han señalado, el tribunal procederá a fijar sólo en principio la pena que se impondrá a la acusada por dicho delito; para posteriormente, sobre esta pena determinada, imponer una pena que respete los principios de igualdad y culpabilidad, principios que en todo caso tienen supremacía constitucional y deben cumplirse para lo cual, es la ley la que debe ajustarse a los postulados de la Constitución y no a la inversa, que la ley prive sobre los principios que impone la Constitución, la determinación de la pena base, según los parámetros anunciados se aprecian además conforme a la finalidad de prevención especial positivo, es decir al principio de resocialización, con lo que se debe fijar la pena que más beneficie o ayude a la no desocialización de las personas.

FUNDAMENTO JURÍDICO N° 16. En atención al artículo 63 del CP, se tiene apreciado lo siguiente: (1) En cuanto al desvalor del hecho cometido por la justiciable, se tiene que el injusto ha sido doloso, cometido con dolo directo, en el que se afectó la libertad sexual de la víctima, obteniendo el resultado querido y deseado. Lo anterior refleja un desvalor grave en la acción ejecutada, en ese desvalor ya se encuentran contenidos los aspectos siguientes: que se trata de una menor de edad y que precisamente la conducta, en atención a ello es más grave, así como de un tipo penal simple se pasa a un tipo penal especial, por cuanto en la desvaloración del injusto, éste se vuelve agravado, porque el parentesco de ascendiente a descendiente como sujetos activos y pasivos del delito, vuelve agravada la conducta, este desvalor agravatorio se da en el injusto penal que por eso es agravado, con lo que ya no se apreciará como circunstancia agravante, puesto que por una de las manifestaciones del principio de culpabilidad, prohíbe la doble desvaloración de la misma circunstancia que ya agrava la penalidad del delito. En suma se trata de un injusto grave.

2) No hay ningún motivo particular que apreciarse que pudiese influir en la determinación de la pena en cuanto a su agravación, ya que no hay circunstancias agravantes ni atenuantes, ya que la concurrencia de la circunstancia de minoría de edad en la víctima, ya está desvalorizada en el tipo penal a nivel de injusto, por lo que no es un parámetro que sirva para modificar la dosimetría de la pena, los motivos de inclinación sexual que se presentan en la imputada, tienen una relación directa con el trastorno límite de la personalidad, por el que una de las formas de manifestación es la impulsividad en las cuestiones de orden sexual.

3) En cuanto a la conciencia de la ilicitud del hecho, ya se indicó que este elemento de la culpabilidad se encuentra notablemente mermado, por cuanto la acusada adolece de un trastorno límite de personalidad, que impacta de manera directa en la culpabilidad y en la exigencia de la conciencia de la ilicitud, que obviamente se encuentra muy reducida, se trata de una persona que siendo imputable, lo es no en sentido pleno, sino con una capacidad de imputabilidad disminuida, ello indica que el nivel de exigencia en cuanto a la motivación, es completamente reducido, fuera de todo parámetro de ordinariedad de los restantes sujetos.

4) En cuanto a las condiciones personales de la acusada, las mismas son precarias, reflejo de su capacidad de imputabilidad disminuida, se trata de una persona que como la prueba reflejó, tiene serios problemas de conducta, mediados por el trastorno de personalidad del que adolece, tiene una mínima escolaridad, por cuanto, como informó la prueba testimonial de Clemencia y Alma, la acusada no concluyó su escolaridad, por problemas conductuales; se refleja también de la prueba colectada, los problemas que la acusada ha tenido a nivel afectivo, se reconoce que la misma incluso ha estado internada en el Hospital Psiquiátrico y como lo dijo la psiquiatra, presenta un trastorno cerebral orgánico. En suma, se trata de una persona con grandes carencias en aspectos vitales de su vida, lo que será tomado en cuenta por cuanto es

para imponer una pena menos severa que se adapte a la personalidad de la imputada, lo que refleja un juicio de menor rigor en la culpabilidad.

Por último, conviene apreciar si concurren circunstancias modificativas que aprecian de la responsabilidad penal, la acusada adolece de un trastorno límite de la personalidad, el que afecta el control de las emociones de la justiciable, provocándole problemas en el ámbito de la voluntad en cuanto afecta su capacidad de frenación, es una persona que además en virtud del trastorno de personalidad de que adolece, pueden concurrir episodios microscóticos, los que -según la pericia psiquiátrica- son propios de esta disfunción que afecta a la acusada. Ello es suficiente para estimar concurrida la atenuante de inferioridad psíquica, sin embargo al cotejar tal circunstancia de hecho, con la normas que constituyen los motivos de atenuación de la responsabilidad penal, tal inferioridad no se encuentra expresamente reconocida por cuanto el motivo que da lugar a la atenuante es únicamente inferioridad psíquica por intoxicación que se encuentra supeditada a un descenso de la capacidad psíquica, cuando ésta procede por alcohol o drogas, no estando comprendida de manera aparente la inferioridad psíquica cuando procede de una alteración de la psiquis relacionada con una circunstancia de enajenación mental, de trastornos de la personalidad, o de la disminución de la capacidad psíquica de la persona; el no regular una atenuante de esta naturaleza, importa un trato desigualitario para aquellas personas que adolecen de inferioridad psíquica no por ingestas de drogas o alcohol, sino por que su capacidad psíquica, conductal o de conocimiento se encuentra afectada, es un trato discriminatorio, que afortunadamente se encuentra superado por la procedencia de la atenuantes por interpretación analógica, según precepto del numeral 5° del art. 29 del CP, se trata entonces hasta aquí -pero sólo hasta aquí- de una antinomia aparente por omisión, pues el problema se soluciona solo en parte, en cuanto hace concurrir la atenuante, de ahí que si la acusada adolece de un trastorno límite de su personalidad, ello afecta su capacidad psíquica en cuanto a la formación correcta de su personalidad y genera una situación de inferioridad que debe ser apreciada como atenuante analógica, del numeral primero respecto del numeral quinto del artículo 29 del CP.

Fundamento Jurídico Número 17. Con lo anterior, tenemos que se trata de un injusto penal grave, en cuanto a la agresión sexual, pero la persona que es responsable penalmente, tiene al límite mínimo su culpabilidad, al límite mínimo respecto de aquellos que serían inimputables, es decir que en cuanto a las personas que no tienen ningún problema relevante, respecto de cuestiones de imputabilidad, la imputada presenta una gran diferenciación por cuanto su capacidad de culpabilidad es de mucho menor intensidad, en la graduación de la misma se trata de una persona que debe tener un grado de menor reproche, por cuanto su grado de exigibilidad es muchísimo menor que el de la ordinariedad de las personas, pues se trata de un ser humano que está en una situación de plenitud de desigualdad, puesto que adolece de un trastorno límite de la personalidad que disminuye sensiblemente su capacidad de ser culpable,

haciendo que la misma imputabilidad esté disminuida, obviamente a una persona con esas características en su culpabilidad, no la podemos igualar a las exigencias de la pena que podría imponérsele a una persona que no fuera semimputable y que tuviera plenitud de capacidad penal, por que para esta última están dispensados los límites ordinarios de la pena que se fijan en el tipo penal, otra interpretación llevaría a determinar que el rango de penas de la parte especial es totalmente desigualitario, por cuanto que igualaría a seres humanos que por sus peculiares condiciones psíquicas, no son iguales a los demás, por cuanto una persona con imputabilidad disminuida, no puede ser igualada en materia punitiva a una persona con plenitud de imputabilidad. De ahí que como primera opción -que aún no es suficiente- se determine en principio que el límite de la pena del que se partirá, para las consideraciones que posteriormente se realizarán, será el de ocho años de prisión, que es el límite mínimo.

Fundamento Jurídico Número 18. Ahora bien, si se examina, ese límite del que se partirá, que es el de ocho años de prisión, es el límite de pena que el legislador fijó en la parte especial, tal pena se ha fijado -para decirlo de manera gráfica- para personas que tengan un aspecto de “normalidad” psíquica; es decir, que no adolezcan de ningún trastorno mental que reduzca su capacidad de culpabilidad penal; vale decir, es una pena que aún partiendo de su límite mínimo, está dispensada para personas con plena capacidad de culpabilidad penal. Si hiciéramos una interpretación diferente, en el sentido que las penas de la parte especial, están dispuestas como merecidas para personas que, por un lado tienen plena capacidad de culpabilidad penal, es decir que son imputables, sin ningún nivel de reducción de esa imputabilidad, y también son las mismas penas que se dispensan para aquellas personas, que tienen capacidad de culpabilidad penal, pero de manera bastante disminuida, en el sentido que son semimputables, o con imputabilidad disminuida, tendríamos que concluir que existe una disparidad de hecho entre ambos grupos de personas, aquellos que son imputables de manera plena, y aquéllos que son imputables de manera semiplena; para ambos, el tratamiento penal es igual, puesto que los límites de la pena oscilan entre el límite mínimo y el límite máximo, concurra o no la atenuante de inferioridad psíquica, puesto que tal atenuante no determina - como en otros casos- una determinación distinta o especial de pena, con base a la desigualdad que se manifiesta, sino que tal atenuante de inferioridad con mucho puede reducir la pena del semimputable, al mismo límite que se le pondría por cualquier otro motivo reducir a una persona con plenitud de capacidad penal, el límite mínimo de la pena.

Fundamento Jurídico Número 19. Resulta entonces plausible admitir para el tribunal, que una interpretación en tal sentido, llevaría a un tratamiento desigual en la imposición de las penas para las personas, por cuanto a grupos completamente desiguales, como lo son los imputables plenos, respecto de los semimputables, se les pondría imponer pena en los mismos rangos mínimos y máximos, cuestión que no es posible, por cuanto median situaciones fácticas -la no igualdad psíquica- que los hacen diferentes y que por lo mismo no pueden ser tratados bajo

una regla de equiparación, sino que tiene que establecerse un supuesto diferenciador, que atienda precisamente a las circunstancias desiguales en las que se encuentran, esa tarea de un trato diferenciado para generar la igualdad que prescribe el art. 3 Cn. en principio es competencia del legislador, crear desigualdades punitivas, respecto de aquellas personas que no se encuentran en la misma situación de igualdad, y tal diferenciación la ha hecho como por ejemplo en aquellas personas que adolecen de un error de prohibición, por cuanto el tratamiento punitivo de los que comenten delito en esas condiciones es diferente. Empero, en materia de imputabilidad disminuida el legiferante no creó un tratamiento desigual desde la configuración de las normas penales, ello le parece al tribunal una sustancial omisión que genera un tratamiento igual entre personas que no son iguales, y que son equiparadas a un tratamiento punitivo igualitario, cuando son sustancialmente desiguales, siendo que las personas con imputabilidad disminuida se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad, en virtud de ello y al no haberse hecho la diferenciación por creación normativa, procede que el tribunal, para dar vigencia al principio de igualdad, que es un principio con jerarquía constitucional y priva sobre cualquier ley que pueda trasgredirlo, proceda en la aplicación de la ley a realizar un trato diferenciador que permita tratar desigualmente a los semimputables, que no son iguales que los imputables, por tanto dicha diferenciación neutralizará el tratamiento equiparador y generará una igualdad por la vía de la diferenciación, para ello no tenemos óbice en materia de Derecho Penal, puesto que la analogía favorable en el Derecho Penal está permitida, es decir aquella que permite imponer condiciones menos restrictivas respecto de los derechos fundamentales, precisamente la analogía favorable al acusado es una forma de garantizar el principio de igualdad; con lo que la pena que se dispense será una pena acorde con la culpabilidad de la acusada. Y es que este otro punto es trascendental, el principio de culpabilidad no se agota en la enunciación de que se realiza tal principio cuando la pena se impone únicamente de la persona culpable, tal axioma es sólo parte del fundamento nuclear del principio de culpabilidad. El otro aspecto fundamental es que la pena que se imponga debe de ser proporcional a la culpabilidad, pena proporcionada a una determinada culpabilidad. Ahora bien, la culpabilidad de los imputables, es igual que la culpabilidad de los semimputables, obviamente que no, y ello entraña que deba hacerse un tratamiento diferenciado por cuanto cada culpabilidad debe tener un determinado marco punitivo que sea proporcional a la misma; empero, si no aplicamos el supuesto de diferenciación resultaría que la pena de los imputables y los imputables disminuidos en la escala penal de límites mínimos y límites máximos, sería la misma y ello equivaldría a un mismo rango de culpabilidad en el merecimiento que sería desigual, puesto que ambos niveles de culpabilidad de dichas personas son diferentes en las escalas graduales de la misma y por ende no es posible, partir de un mismo marco igualitario, para graduar su culpabilidad en concreto, situación a la que se llegaría de no aplicar un criterio de diferenciación en la aplicación de las normas penales.

Fundamento Jurídico Numero 20. Sin embargo, debemos hacer notar que esta dosimetría del tipo penal de la parte especial, parte de un supuesto de normalidad del autor, es decir una persona con plena capacidad de culpabilidad penal; no está erigido para aquellos que se encuentran en una situación de imputabilidad disminuida, ello resulta fácilmente explicable, por cuanto en la sistemática penal los tipos penales de la parte especial, sólo contemplan penas desde un aspecto de generalidad, sin particularidades, por lo que las variaciones de circunstancias que no son generales, que no son ordinarias, y que al contrario son extraordinarias o particulares de los sujetos en relación con los hechos, se completan con la regulación que de ellas se hace en la parte general, en los que las cuestiones de punibilidad, resultan modificadas por cuanto las circunstancias especiales, hacen que no sea aplicable el marco de generalidad del tipo penal de la parte especial, ello no es sólo una potestad del legisferante en cuanto a su observancia, sino es un deber, por cuanto debe respetarse los límites, que los principios de la Constitución señalan al poder configurativo del orden penal, en este punto tienen confluencia - como ya lo hemos mencionado- el principio de igualdad, vinculado al principio de proporcionalidad, que se deriva del principio de culpabilidad, que permiten establecer en la parte general del Código Penal, un sistema de penas diferenciado para situaciones en las que los desvalores sean distintos a los de las circunstancias ordinarias y generales de los tipos penales de la parte especial.

Fundamento Jurídico Número 21. Lo anterior encuentra explicación, por cuanto para dar cumplimiento a los principios enunciados, se crea una punibilidad diferente, en el marco de la determinación de la pena, para especiales formas en las que se ejecutan los delitos, las que son desiguales a las formas ordinarias de ejecución. Así, para el delito tentado, respecto del delito consumado art. 68 del CP, se crea una pena diferenciada; para los cómplices, respecto de los autores, también se crea una pena diferenciada, art. 66 del CP; se crea una pena diferenciada para aquellos que comenten el delito en una situación de error de prohibición vencible, de aquellos que actúan en completa capacidad de la conciencia de ilicitud, art. 69 del CP; se crea una penalidad diferenciada para aquellas conductas que de manera única afectan diversos bienes jurídicos, penalidad del concurso ideal del delito, art. 70 del CP. Todas estas fórmulas de diferenciación denotan verdaderas desigualdades en la ejecución del delito, ora que obedezcan a un fundamento de menor gravedad de lo injusto, ora que sean atinentes a un fundamento de menor desvalor de la culpabilidad; en todo caso, son desigualdades que tienen un tratamiento diferenciado, ello garantiza que se cumplan los principios de igualdad y de culpabilidad en la determinación de la pena, por cuanto permite tratar desigualmente en la imposición de las consecuencias jurídicas del delito a quienes no están en un plano de igualdad y permite que culpabilidades desiguales sean graduadas de acuerdo a su propio rango de exigibilidad.

Fundamento Jurídico Número 22. Nótese que en todas esas determinaciones de pena, se trata de verdaderas desigualdades entre personas, que por circunstancias especiales, se

encuentran en una situación diferente, respecto del resto de los gobernados, y esa situación disímil hace que sean tratados en el ámbito de la pena, de manera diferente, por cuanto su reproche es menor, sea que se trate de un diferente desvalor de resultado, o de un desvalor de la culpabilidad, pero hay una desigualdad que se reconoce por el legislferante -y que no lo hace incurrir en una omisión legislativa- y por la que se le da a la persona un trato diferenciado en cuanto a la pena, trato que es legítimo, pues genera igualdad por diferenciación. Sin embargo, en este esquema de diferenciación punitivo, no se encuentran los imputables que no actúan en plenitud de capacidad de culpabilidad, y que -por ende- tienen una reducción sensible de su culpabilidad. Es decir, el esquema diferenciado de pena en la determinación de la misma, que es la zona en la que se manifiesta de manera importante el principio de culpabilidad, por cuanto manda a sancionar conforme a la culpabilidad, y el principio de igualdad que manda diferenciar entre los que no son iguales, no se encuentran comprendidas, las personas con imputabilidad disminuida o semimputables.

Fundamento Jurídico Número 23. Se trata entonces, de un caso de tratamiento desigualitario por omisión, en el que incurre el legislador al no establecer en el marco de la determinación de la pena, una pena diferenciada a las demás personas, para aquellos justiciables que siendo responsables, lo son sólo de manera disminuida, no siendo imputables plenos, sino semimputables. Ello es grave por que, para otros sectores, sí ha establecido un tratamiento diferenciado, con escalas de penas reducidas al margen de la culpabilidad; por ejemplo, las personas que actúan en error de prohibición vencible o los cómplices respecto de su responsabilidad penal. No se encuentra a la base una justificación razonable de por qué no incluir en una escala de pena menor en su determinación abstracta, a un sector de la población que puede ver disminuida su capacidad de culpabilidad penal, por razones de índole psíquica. Y aquí debe tenerse en cuenta que en el artículo 3 de la Constitución, se prohíbe la discriminación de las personas por razones de índole personal, de no corregirse ello, puede dar lugar a un tratamiento discriminatorio para las personas que adolecen de disfunciones psíquicas incompletas, cuestión que obviamente está prohibida no sólo por la Constitución que es norma primaria, sino también por normas de carácter internacional que son ley de la república, en tal sentido los artículos 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Fundamento Jurídico Número 24. Dada la situación de omisión legislativa, al no haberse dispuesto reglas especiales de determinación de pena respecto de las personas que presentan una imputabilidad disminuida, y ello lleva a trasgredir los principios de igualdad, culpabilidad y proporcionalidad en materia punitiva, se está en presencia de lo que se conoce como una laguna normológica impropia -para diferenciarla de las lagunas normológicas propias- por cuanto en una situación sobre la que debió haberse legislado -la pena diferenciada para personas de imputabilidad disminuida- para garantizar la vigencia de principios constitucionales, no se realizó

-por las razones que fueran- esa regulación de ese ámbito que ameritaba que el legislador lo regulara. Ante tal omisión, y dado que la no regulación de la misma genera desigualdades en la aplicación de las normas penales, transgrediendo el principio de igualdad, debe el tribunal suplir dicha laguna, en este caso la técnica aconseja que se puede hacer de manera autointegrativa o heterointegrativa. Como en el Derecho Penal es permitido aplicar la analogía *in bonam partem*, o analogía favorable a los intereses del justiciable, bajo el rectorado del principio *pro homine*, es posible suplir esta omisión mediante la aplicación analógica de la ley penal, es decir, de manera autointegrativa, ciertamente la analogía se permite en este caso, por que no es una extensión de lo punible sino una reducción del poder penal, mediante la aplicación de una cláusula legal favorable, la más parecida a la situación que no se había previsto, ello no importa consecuencias más gravosas para la justiciable, sino el dispensamiento de un tratamiento que reconozca las particulares condiciones en las que se encuentra; es decir, una persona con una imputabilidad disminuida y con una culpabilidad disminuida en un rango diferente al ordinario de las demás personas, es por ello que si la analogía no se utiliza en su sentido de expansión desfavorable del Derecho Penal y se utiliza para reconocer y potenciar principios constitucionales -en este caso igualdad, proporcionalidad, culpabilidad en cuanto a la pena- tal analogía está permitida, puesto que con ella se suple la omisión legislativa, que de no suplirse, importa que se apliquen normas que conllevan a un tratamiento desigualitario por equiparación, generando una discriminación de las personas, y transgrediendo los principios de igualdad, proporcionalidad y culpabilidad. En tal sentido, en el ámbito de la determinación de la pena, de los mismos tratamientos diferenciados que ha hecho el legiferante, deberemos optar por aquél que analógicamente sea más similar a la situación que tenemos que es el de una persona con imputabilidad disminuida. Tales graduaciones se corresponde a: (1) diferenciación de la pena de los autores a los cómplices necesarios y no necesarios, art. 66 del CP; (2) diferenciación de la pena del delito imperfecto al delito consumado, art. 68 del CP; (3) diferenciación de la pena de personas que cometen delitos en errores vencibles de prohibición, de aquellos que los cometen con plena culpabilidad, art. 69 del CP; (4) diferenciación de la pena de personas que con un solo hecho cometen diversos delitos, de aquellos que con diversos hechos cometen diversos delitos, penalidad del concurso ideal, art. 70 del CP. Por toda la fundamentación que hemos abonado, resulta claro que la cuestión de mayor semejanza en cuanto a la sistemática en la que se encuentra la imputabilidad disminuida, es la relativa a las consecuencias de la determinación de la pena que se dispensa para el error de prohibición y ella es la regla de analogía que aplicaremos, para tutelar el principio de igualdad respecto de las personas con imputabilidad disminuida, mediante el criterio de la diferenciación y las razones de por qué es la cláusula de mayor similitud las abonamos en los párrafos subsecuentes.

Fundamento Jurídico Número 25. La culpabilidad es un elemento fundamental en la estructura del delito, puesto que no puede imponerse pena a quien no es culpable; podríamos

aproximar que la culpabilidad se fundamenta en la exigencia personal que se hace a una persona por los hechos que ha cometido, y por que no se ha motivado para su evitación, siéndole exigible ese juicio de motivación. Básicamente la culpabilidad está erigida sobre la imputabilidad de la persona o también conocida como capacidad de culpabilidad penal; este aspecto se ve neutralizado de manera negativa cuando concurren causas que excluyen la imputabilidad, haciendo que la persona sea inimputable, motivo de exclusión es el fundamento número 4 del artículo 27 del Código Penal, que regula las causas de inimputabilidad penal. El otro aspecto que estructura la culpabilidad es la conciencia de la ilicitud; es decir, el conocimiento potencial que el sujeto tenga de que su conducta está prohibida como delito o que comete una conducta delictiva; tal elemento de la culpabilidad está neutralizado por los errores de prohibición, que están regulados en la cláusula del artículo 28 del Código Penal. Por último, la culpabilidad requiere de la exigibilidad respecto de la conducta que ha realizado el sujeto, por el que al justiciable puede deducirse un juicio de exigibilidad de un comportamiento diferente, si tenía fundamentos para motivarse de esa manera; tal aspecto de la culpabilidad se ve neutralizado por las causas de disculpación.

Fundamento Jurídico Número 26. De lo expuesto, es plausible indicar que tanto la imputabilidad como la conciencia de la ilicitud, se encuentran ubicadas en el mismo elemento fundamentador del delito, la culpabilidad, y que las dos deben de concurrir para que una persona sea declarada culpable, es más, aun no partiendo de una concepción verticalista de la culpabilidad, es razonable concluir que la imputabilidad es presupuesto de la conciencia de la ilicitud, por cuanto para que a la persona se le pueda exigir un juicio de motivación, respecto de la conciencia de lo ilícito que le es exigible que se represente, debe ante todo ser imputable, es decir, tener capacidad psíquica para poderse motivar. De ahí que imputabilidad y conciencia de lo ilícito estén estrechamente vinculados, y por ende respecto de la pena, es la forma que más se adapta para ser aplicado analógicamente, respecto de que penalidad debería corresponderle a la persona que actúa bajo imputabilidad disminuida. Obviamente que los otros supuestos especiales de determinación de pena, son más disimiles, por cuanto la penalidad de la tentativa, la penalidad de los cómplices, la penalidad del concurso ideal, se centran con un mayor énfasis en el desvalor de lo injusto; y por otra parte, no son como el caso de la penalidad del error de prohibición, una cuestión que está relacionada con la culpabilidad, como igualmente lo está relacionada la imputabilidad, de ahí que el supuesto de diferenciación que se utilizará por el tribunal, para suplir la omisión legislativa que genera una laguna normológica, es la de la autointegración por vía de la analogía que en este caso -por ser favorable- está permitida en Derecho Penal, y tal integración del Derecho la realizaremos en cuanto a la pena, por la situación que más se vincula y se pondera a la imputabilidad en cuanto a la penalidad, como lo es la pena del error de prohibición que establece el artículo 69 del Código Penal, pena que se aplicará a la acusada que es una persona con imputabilidad disminuida, que por esa situación que no es

equiparable a las otras personas, tiene derecho a que se le trate de manera diferenciada, en virtud del principio de igualdad reconocido por nuestra Constitución en el artículo 3, del que se deriva que únicamente deben ser tratados de manera igualitaria los que son iguales en su condición ante el mismo supuesto de la ley; y que los desiguales deben ser tratados desigualmente, si tal tratamiento no ha ocurrido en la creación de las normas penales, generándose con ello una omisión legislativa, el principio de igualdad impone que se haga esa diferenciación en la aplicación de la ley, para lo que puede suplirse esa omisión por la vía de la autointegración de las normas penales, lo que al ser favorable a la justiciable no vulnera el principio de legalidad, por cuanto en el mismo sólo se prohíbe *in malam partem*.

Fundamento Jurídico Número 27. El tribunal quiere dejar muy claro, que la analogía no la está haciendo sobre las figuras de la imputabilidad disminuida y el error de prohibición, no estamos afirmando que se trata de un error de prohibición la imputabilidad disminuida, ni que la relación de analogía sea sobre la imputabilidad disminuida respecto del error de prohibición. La relación de analogía que se realiza, para suplir una omisión legislativa que genera desigualdad, es sobre las consecuencias jurídicas respecto de quien actúa en error de prohibición (caso que sí está regulado) a las consecuencias jurídicas de quien actúa bajo imputabilidad disminuida (caso que no está regulado); es decir, es una relación de analogía para suplencia en materia de determinación de pena; lo que es imperioso hacer, por que de lo contrario se generaría un tratamiento desigualitario para una clase de personas, las que cometen delitos en estados de semimputabilidad, que tienen una imputabilidad plena y que por consecuencia no pueden ser sometidos al mismo régimen de determinación de pena que las personas que son plenamente imputables, por que de hacerse así, se violaría el principio de igualdad entre las personas, garantizado por la Constitución y aunque parezca una verdad de perogrullo, debe decirse, los semimputables no están en las mismas condiciones que las personas con imputabilidad plena y son desiguales en esta situación de hecho.

De ahí que la interpretación que el tribunal hace del artículo 62 del CP, en cuanto que impone el mandato de no rebasar los límites mínimos y máximos de las penas, ésta exigencia es totalmente válida, respecto de personas que se encuentren en el mismo plano de igualdad, es decir, en las mismas condiciones para que efectivamente pueda hacerseles un mismo grado de reproche; en tales circunstancias, resulta completamente legítimo que el juzgador no pueda rebasar los límites mínimos y máximos que se han fijado en el tipo penal, como fórmulas de determinación en abstracto de la pena, pero ello no ocurre cuando media un supuesto de desigualdad, que hace que la pena no sea ni proporcional, ni ajustada a la particular culpabilidad del justiciable; es decir, cuando concurren supuestos de desigualdad, las reglas generales de punición de la pena, ya no operan de la misma manera y por ello mismo es que se crean reglas especiales de determinación de pena. Para esos casos de desigualdad ante la pena, el problema radica en que en el caso de las personas que son semimputables, el legislador omitió la creación

de un supuesto de determinación de pena desigualitario y ello crea un tratamiento discriminador que afecta el principio de igualdad, puesto que iguala por equiparación, a quienes no son iguales. En tal sentido, debemos indicar que en la confrontación de fuentes normativas, la Constitución prevalece sobre el Código Penal, y los arts. 3 y 12 de la Constitución que establecen los principios de igualdad y de culpabilidad, con el regulador de proporcionalidad que establece el art. 246 de la Cn. privan sobre el artículo 62 del Código Penal. En tal sentido en aplicación directa y preferente de dichos principios, pasamos a suplir la omisión del legisferante y se aplicará por todas las razones dichas, de manera analógica, la regla de determinación de pena en caso de error de prohibición (art. 69 del CP, como caso previsto) para la imposición de pena para la persona de MARÍA DE LOS ANGELES BAUTISTA que es semimputable y que no tiene regla de determinación especial de pena, con lo que se realiza una autoingracción analógica en la determinación de la pena, que por ser favorable a la acusada, es procedente ante la omisión de determinación especial para esas personas, que de no hacerse constituiría un tratamiento violador del principio de igualdad.

Fundamento Jurídico Número 28. Como se dijo al principio, la pena que se imponía como base en cuanto a su determinación, oscilaba entre ocho años de prisión a diez años ocho meses de prisión; a esa pena se le aplicará las reglas de penalidad especial del error de prohibición de manera analógica, para la persona que es semimputable, y en consecuencia de aplicar esas reglas que determina el artículo 69 del CP, se determinará la pena que deberá cumplir la justiciable. La regla de determinación de pena del artículo 69 del CP, indica que sobre la pena en concreto que -en este caso son ocho años- se determinará un rango de: *“entre la tercera parte del mínimo y la tercera parte del máximo señalada para el delito”*. Se tiene entonces que si la pena mínima que tiene la agresión sexual agravada corresponde a ocho años de prisión y la pena máxima oscila, dado el aumento de la tercera parte, a dos años ocho meses de prisión, en la sumativa, la pena alcanza un rango de diez años ocho meses de prisión. A tales límites, al aplicarle las reglas de determinación del artículo 69 del CP, resulta que el mínimo corresponde a la determinación de la tercera parte de la pena mínima, que en este caso son ocho años, la tercera parte de dicha pena corresponde a dos años ocho meses de prisión; mientras que la tercera parte del límite máximo que es de diez años ocho meses de prisión corresponde a tres años cuatro meses de prisión. En tal sentido, los límites de la penalidad que se tienen para la persona de Ana María Bautista de León, quien tiene una imputabilidad disminuida conforme con la aplicación analógica del artículo 69 del CP, son como límite mínimo dos años ocho meses de prisión y como límite máximo tres años cuatro meses de prisión, de entre esos límites el tribunal decidirá la pena que corresponde al desvalor del injusto penal y a la culpabilidad de la justiciable.

Fundamento Jurídico Número 29. Sobre la determinación de la pena en el fundamento jurídico número 16, se dieron ya los criterios sobre el desvalor del hecho, que es grave y sobre la

graduación de culpabilidad de la justiciable, que ciertamente está bastante reducida, al tratarse de una persona que adolece de un trastorno límite de la personalidad que genera una disminución en la capacidad de culpabilidad de la imputada, siendo que se trata de una persona semimputable o con imputabilidad disminuida, en tal sentido el reproche de la motivación disminuye de manera considerable, teniendo en cuenta ello, las razones que se han invocado supra para la determinación de la pena y los fines de la resocialización de la pena, se estima proporcional al desvalor del injusto y a la culpabilidad de la acusada, imponerle la pena de tres años de prisión en cuanto al aspecto cuantitativo de la pena, y en cuanto al aspecto cualitativo de la pena, estimamos que la gravedad del injusto es fundamental para que, en este caso, no se suspenda la ejecución condicional de la ejecución de la pena que se impone, ni se proceda al reemplazo de la misma, por lo que la acusada deberá cumplir la pena de prisión que se le ha impuesto, siendo que la ejecución de la pena abonará también a las cuestiones de prevención especial, mediante la dispensa de un régimen penitenciario que ponga énfasis en el tratamiento del trastorno límite de la personalidad del que adolece la acusada, que puede ser objeto de asistencia en la ejecución de la pena, para posibilitarle a la acusada un mayor grado de recuperación dentro de lo posible, de los problemas conductuales que le aquejan.

FUNDAMENTO JURÍDICO N° 30. Pena Accesorias. Entre las consecuencias jurídicas del delito, encontramos las penas accesorias que -como su nombre lo indican- son complementarias únicamente de la pena principal y que para casos como el presente, consiste en la inhabilitación absoluta, en la modalidad de “*pérdida de los derechos de ciudadano*” (artículos 75 n° 2 Cn., 46 n° 1 y 58 n° 1 del Código Penal), que se traduce concretamente en la supresión temporal del derecho de toda persona para elegir a sus gobernantes, organizar partidos políticos o constituir los ya organizados. Esta pena, tiene una duración igual a la pena principal por lo que el tiempo de duración de tal pena correrá asociada a la pena principal para la acusada.

Fundamento Jurídico Número 31. Inhabilitación Especial. Siendo que el hecho *sub judice* importa un delito de carácter sexual, que atenta contra la libertad sexual de la víctima Michelle Saraí Bautista y que el delito ha sido cometido por la madre de la menor, María de Los Ángeles Bautista de León, debe decretarse -con fundamento en el artículo 59 número 3 del CP- la privación del ejercicio de la autoridad parental, de María de los Angeles Bautista de León, respecto de su menor hija Michelle Saraí Bautista, dicha pena de inhabilitación especial, que siempre es una pena accesorias, se cumplirá de manera simultánea con la pena de prisión, por lo que su tiempo de duración será el mismo de la pena de prisión, tres años de privación del ejercicio de la autoridad parental. Dada la restricción a ese derecho familiar, después de quedar firme la sentencia, deberá certificarse al Juzgado de Familia de Soyapango, San Salvador, para los efectos que se señalan en los arts. 223 y 224 del Código de Familia; y para que oportunamente se pronuncie respecto de la causa número 4 del artículo 240 del Código de Familia.

FUNDAMENTO JURÍDICO N° 32. Responsabilidad civil. El tribunal considera en el presente caso, que como producto de la comisión del ilícito penal de estupro, se ha provocado un perjuicio de índole moral a la víctima María Guadalupe Ortiz Canales, sin embargo, es de señalar que no se ha cuantificado de manera precisa y a través de elementos probatorios en juicio, el grado de afectación moral y económica ocasionada a la víctima, siendo por ello imposible precisar el daño causado, por lo que el tribunal considera que deberá de condenarse en responsabilidad civil a la encartada, pero de manera general, ello significa que para hacerse efectiva dicha responsabilidad deberá de procederse a su cuantificación en la vía respectiva.

FUNDAMENTO JURÍDICO N° 33. Medida cautelar. El Tribunal considera que la imputada María de los Ángeles, ha permanecido privado de su libertad en detención provisional para asegurar su presencia en el debate y el tribunal, luego de concluido el juicio, ha encontrado culpable a la acusada en grado de certeza; por ello, al imponérsele la pena de tres años de prisión, en virtud del cometimiento del hecho punible de agresión sexual en menor e incapaz agravada, el tribunal entiende que la justiciable debe mantenerse en la privación de libertad en que se encuentra, pues existe apariencia de derecho de que la acusada es culpable a nivel de certeza, al menos para este Tribunal. En cuanto a esta decisión, la Sala de lo Constitucional, considera que la detención provisional -en este momento procesal- constituye una prisión formal, pues a la declaratoria de culpabilidad sólo le falta la adquisición de la firmeza ulterior, después de agotada la oportunidad de impugnación y por ende esta privación de libertad, ya es legítima como prisión formal, al estar amparada en una sentencia definitiva con grado de firmeza.

HECHO ACREDITADO

El tribunal tiene por hecho acreditado el mismo que ya se ha descrito por completo en el preámbulo de esta sentencia.

Las decisiones fueron tomadas por UNANIMIDAD de votos, y a la redacción del voto del Juez Sánchez Escobar, se han adherido totalmente los Jueces Rogel Zepeda y Gil Cruz.

POR TANTO: con fundamento en las razones expuestas, disposiciones legales citadas y conforme con los artículos 1, 2, 11, 12, 27, 72, 86, 172, 185, 235 y 246 Cn.; 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 1, 4, 45 n° 1, 46 n° 1, 58 n° 1, 59 n° 3, 62, 63, 65, 114, 116, 161 y 162 n° 1 del Código Penal; 1, 15, 130, 162, 276, 330, 354, 356, 357, 359 inciso 1 y 361 del Código Procesal Penal a nombre de la REPÚBLICA DE EL SALVADOR, FALLAMOS:

(I) Se declara culpable a MARÍA DE LOS ÁNGELES BAUTISTA DE LEÓN, de generales enunciadas al inicio de esta sentencia, como autora directa del delito calificado definitivamente como agresión sexual en menor e incapaz agravada en perjuicio de la libertad sexual de Michelle Saraí Bautista, razón por la que se le condena a la pena principal de tres años de prisión; razón por la que la imputada continuará en la privación de libertad en que se encuentra. El Tribunal en

este caso en especial no concede el beneficio establecido en el artículo 77 del Código Penal, es decir la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por no contar con parámetros para concederla, más que la pena misma, que no excede de tres años. (II) Condénase también a la imputada por el mismo período de la pena principal, a la pena accesoria de pérdida de los derechos de ciudadano. (III) Impónese también a la procesada, María de los Ángeles Bautista de León, la pena de inhabilitación especial de privación para el ejercicio de la autoridad parental, por el término de tres años. (IV) En cuanto a las consecuencias civiles del delito, condénase a la procesada María de los Ángeles Bautista de León, a la responsabilidad civil en abstracto, dado que no se ha acreditado de forma concreta la afectación económica y moral sufrida, absolviéndose a la referida procesada de las costas procesales, por ser gratuita la administración de justicia. (V) Si las partes no impugnan esta sentencia, considérese firme y certifíquese oportunamente al Juzgado Primero de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena de San Salvador, al Centro de Readaptación para Mujeres de Ilopango, San Salvador; al Tribunal Supremo Electoral y al Juzgado de Familia de Soyapango, San Salvador. Notifíquese mediante entrega de copias esta sentencia. Archívese oportunamente.

179-2003-2a