

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**



ACTO SEXUAL DIVERSO Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTADO POR:

ESPINOZA REGALADO, KEVIN ALEXANDER
MALDONADO DE SERRANO, ALMA JANET
MARTÍNEZ MÉNDEZ, MARÍA FÁTIMA

DOCENTE ASESOR:

LIC. LUIS ANTONIO VILLEDA FIGUEROA

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, SEPTIEMBRE 2021

TRIBUNAL CALIFICADOR

LIC. MARVIN HUMBERTO FLORES JUÁREZ.

PRESIDENTE

LIC. VICENTE ORLANDO VÁSQUEZ CRUZ.

SECRETARIO

LIC. LUIS ANTONIO VILLEDA FIGUEROA.

VOCAL

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Msc. Roger Armando Arias Alvarado.
RECTOR

Dr. Raúl Ernesto Azcúnaga López.
VICERRECTOR ACADÉMICO

Ing. Juan Rosa Quintanilla Quintanilla.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Lic. Francisco Antonio Alarcón Sandoval.
SECRETARIO GENERAL

Lic. Rafael Humberto Peña Marín.
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata.
DECANA

Dr. Edgardo Herrera Medrano Pacheco.
VICE-DECANO

Msc. Digna Reina Contreras de Cornejo.
SECRETARIA

Msj. Hugo Dagoberto Pineda Argueta.
DIRECTOR DE ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

Msc. Diana del Carmen Merino de Sorto.
DIRECTORA GENERAL DE PROCESO DE GRADUACIÓN

Lic. Enmanuel Cristóbal Román Funes.
COORDINADORA DE PROCESO DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA DE
CIENCIAS JURÍDICAS

DEDICATORIA

A Dios: Quien es el que ha hecho posible, que hasta el día de hoy este celebrando este logro, me haya dado las herramientas, necesarias en los momentos oportunos.

A mis padres: Ana Margarita Regalado Zepeda y Williams Espinoza Meléndez, Por el apoyo brindado de la forma más desinteresada y quienes a lo largo de esta aventura llamada vida, me enseñaron muchas cosas y ser ellos en gran parte de mí un deseo de superación, en todas la faceta de la vida.

A mi hermano: Jorge Alberto Espinoza Regalado, quien me ha enseñado el valor de la hermandad, la cual es incondicional, asimismo mostrarme con su actuar forma correcta de dar lo mejor de uno a las demás personas.

A mis compañeros y amigos: Los cuales hicieron de esta etapa de mi vida como universitaria, una aventura completa, enseñando el significado de la amistad y un compromiso constante por el conocimiento continuo.

KEVIN ALEXANDER ESPINOZA REGALADO

A Dios todo poderoso: A Dios, a San Judas Tadeo, como parte de mi creencia y mi fé, porque cada día me llenas de bendiciones, sabiduría, fortaleza y paciencia, perseverancia y sobre todo por protegerme, en todo el camino recorrido para culminar mi carrera y por no déjame sola.

A mis padres: A ti mamá (Juana de la Cruz) por darme la vida, a quien con mucho orgullo, dedico mi título, gracias madre por tu apoyo incondicional, por tu sacrificio, por tus consejos y por ser de mí una profesional.

Juan Méndez Jorge, por ser mi fuente infinita de motivación para superarme.

A mis hermanos: Mario Salvador, Juan Maximiliano: quienes me han fortalecido en todo momento para seguir esforzándome por el futuro.

A mis tías: Andrea Méndez Jorge, María Erlinda Martínez Henríquez y Vilma Justa Martínez Claro; Por los consejos que me han servido para seguir con mis estudios y el apoyo que me ha dado siempre.

A mis seres queridos: Rodolfo Benito, Ever Alvarenga, José Jacinto: quienes me han apoyado en todo momento contra todas las adversidades y hacer posible mis ideales.

Karla Judith, Ana Kenia, Laura Verónica, Griselda Margarita, Silvia Elizabeth, mis amiga por su apoyo incondicional y animarme siempre hacia delante, por permitirme compartir su vida en todo momento, sabiendo que en los momentos más difíciles nuestra amistad se une más

A mis compañeros de tesis: Alma Janet, por su confianza, apoyo por haber formado un equipo de trabajo para lograr esta meta, Kevin Espinoza, por compartir sus experiencia, trabajo y por la oportunidad de compartir este logro.

MARÍA FÁTIMA MARTÍNEZ MÉNDEZ

Dedico este trabajo principalmente a Dios, por permitirme haber llegado hasta este momento tan importante de mi formación profesional.

A mis queridísimos padres, por ser pilares importantes y por demostrarme siempre su cariño y apoyo incondicional.

A mi amado esposo, por confiar en mí, y estar siempre conmigo animándome, desvelándose, teniéndome paciencia, para que lograra terminar otro de mis proyectos académicos en situaciones difíciles, siendo mi cómplice, buscando la misma dirección y los mismos esfuerzos en todos los momentos de nuestra vida juntos.

A mis adorados hijos, Mauricio, Marlon y Manuel Alejandro, por ser fuente de inspiración en retos tecnológicos que actualizan a todo profesional y, fieles compañeros en todas las batallas académicas y familiares.

A mis compañeros, Por el respeto, responsabilidad y solidaridad mostrada siempre durante el proceso de trabajo de grado.

Y por supuesto a mi querida Universidad y a todas las autoridades, por permitirme concluir otro logro de mi vida, gracias por los conocimientos y preparación en el transcurso del tiempo, como estudiante de Ciencias Jurídicas.

ALMA JANET MALDONADO DE SERRANO

ÍNDICE

RESUMEN	i
LISTA DE SIGLAS Y ABREVIATURAS	ii
INTRODUCCIÓN	iii
CAPÍTULO I	1
ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA LIBERTAD SEXUAL	1
1.1 Edad antigua.....	1
1.2 Edad Media.....	5
1.3 Edad Moderna	7
1.4 Edad Contemporánea.....	12
1.5 Evolución histórica de la libertad sexual en el régimen jurídico salvadoreño. 16	
1.5.1 Libertad sexual en la Constitución de 1841.	16
1.5.2 Libertad sexual en la Constitución de 1983.	17
CAPITULO II	20
NOCIONES GENERALES SOBRE EL DELITO ACTO SEXUAL DIVERSO Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	20
2.1 Generalidades del delito acto sexual diverso.....	20
2.1.1 Concepto	20
2.1.2 Origen etimológico de la palabra diverso.....	21
2.2 Diferencia del acceso carnal y acto sexual diverso	22
2.3 Bien jurídico protegido en el delito acto sexual diverso.	23
2.3.1 Acto sexual diverso como delito contra la indemnidad sexual.....	24
2.4 Generalidades sobre el principio de legalidad	25
2.4.1 Legalidad en sentido formal y material	26
2.4.2 técnicas legislativas de tipificación	27
2.4.2.1 Conceptos jurídicos indeterminados.....	28
2.4.2.2 Clausulas Generales	29
CAPITULO III	31

MARCO JURÍDICO A NIVEL NACIONAL E INTERNACIONAL DEL DELITO ACTO SEXUAL DIVERSO Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	31
3.1 Legislación Nacional	31
3.1.1 Constitución de la República	32
3.1.2 Código penal	33
3.1.3 La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LEPINA)	34
3.2 Jurisprudencia Nacional.....	35
3.2.1 De la sentencia bajo referencia 171Z-4A3-1	35
3.2.2 De la sentencia bajo referencia 105-2012	38
3.3 Legislación Internacional	42
3.3.1 La Convención Americana sobre Derechos Humanos	42
3.3.2 La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).....	44
3.3.3 La Convención sobre los Derechos del Niño.....	45
3.3.4 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	46
3.4 Legislación Comparada sobre el delito acto sexual diverso	47
3.4.1 Legislación Española.....	47
3.4.2 Legislación Colombiana.....	50
3.4.3 Legislación de Costa Rica	53
CAPITULO IV.....	56
ANÁLISIS DEL TIPO PENAL ACTO SEXUAL DIVERSO ARTÍCULO 166 DEL CÓDIGO PENAL.....	56
4.1 Análisis de la sentencia referencia 171Z-4A3-15.....	56
4.1.1 Hechos penalmente relevantes	57
4.1.2 Puntos objetos del análisis	58
4.1.3 Primer punto de análisis tipicidad	58
4.1.4 Segundo punto de análisis	60
4.2 Análisis de la sentencia bajo referencia 105-2012.....	62
4.2.1 Objeto del control constitucional.....	63
4.2.2 Análisis de la interpretación de la sala de lo constitucional del mandato de determinación	63

4.2.3 Conceptos jurídicos indeterminados en la formulación del artículo 166 del Código Penal.....	65
4.3 Posturas jurídicas, respecto al delito acto sexual diverso y el principio de Legalidad	71
4.3.1. Abogado 1	71
4.3.2 Abogado 2	73
4.3.3 Fiscal 1	77
4.3.4 Fiscal 2	78
CONCLUSIONES	82
RECOMENDACIONES	84
FUENTES DE INFORMACIÓN	86
ANEXOS	91

RESUMEN

La base fundamental para el desarrollo de la presente investigación, se encuentra en el estudio del principio de legalidad, como uno de los límites del poder del Estado, el cual exige que las conductas sean plasmadas explícitamente en la ley. Analizando si esta premisa se cumple en la formulación del tipo penal del artículo 166.

Es a través de esta postura, que se enfocó la investigación. Partiendo de la libertad sexual, siendo este el bien jurídico protegido, por el tipo penal del Art. 166 del Código Penal, valorando mediante un análisis hermenéutico la manifestación del principio de legalidad en dicha disposición legal. Por lo cual, se precisaron algunos elementos del origen histórico del derecho de libertad sexual, y su evolución en el régimen jurídico salvadoreño.

Puntualizando aspectos conceptuales y jurídicos, con auxilio de la doctrina y jurisprudencia actual. También, se ha considerado un apartado de legislación comparada, con el objetivo de analizar las diferentes regulaciones de este delito, tanto en hechos penalmente reprochables como en la consecuencia jurídica.

Asimismo mediante la presente investigación fue posible determinar que el tipo penal en estudio, no vulnera el principio de legalidad en sentido materia, pues dentro de la técnica legislativa, se encuentra la figura de los conceptos jurídicos indeterminados, utilizados por el legislador, para regular conductas de gran variabilidad en la realidad.

LISTA DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

Abreviaturas

Art.	Artículo.
Cn.	Constitución.
Inc.	Inciso.
Núm.	Número.
Pág.	Página.
Pr.pn.	Código Procesal Penal.
Pn.	Código Penal.

Siglas

SP	Sala de Lo Penal.
SC	Sala de lo Constitucional.
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
CADH	Convención Americana sobre los Derechos Humanos.
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de grado, es el resultado de la investigación denominada, acto sexual diverso y el principio de legalidad, en la cual se presentan los resultados de la investigación realizada a nivel doctrinario, jurisprudencial, jurídico y de campo, con el objetivo de evidenciar la posible vulneración al principio de legalidad, por la formulación del tipo penal del artículo 166 del código penal. En relación al principio de legalidad, siendo este una garantía dentro del proceso penal, por medio de la taxatividad de los tipos penales, justificante que nos orilló a investigar dicha problemática, por la posible arbitrariedad o análisis subjetivo por parte del juzgador.

Bajo esa óptica, la problemática radica si existe vulneración al principio de legalidad de forma material, debido a esto nos planteamos la siguiente interrogante, como formulación de nuestro problema de investigación, ¿En qué medida la falta de conductas enumeradas en una lista de actos que encajen en el tipo penal de acto sexual diverso, vulnera el principio de legalidad?

La metodología que se utilizó para la realización de la presente investigación fue con base a la metodología cualitativa, este enfoque científico trata de revestir esos vacíos a los que la metodología cuantitativa a veces deja incompletos, especialmente cuando nos referimos al análisis de la conducta de los fenómenos sociales; y que los valores estrictamente numéricos no pueden expresar, por lo que estará más cerca de la epistemología interpretativa que pone de relieve la naturaleza cambiante de la propia realidad social.

El contenido teórico fue dividido sistemáticamente en capítulo, descrito a continuación:

Capítulo uno, dentro de este capítulo se encuentran los antecedentes históricos de la libertad sexual, desde la edad antigua hasta la edad contemporánea, estableciendo la forma en como se ha desarrollado este bien jurídico, y como era castigado, de esta forma al investigar cómo se regulaba este delito en las diferentes etapas históricas, consecuentemente se estudia el principio de legalidad material. También un punto muy importante, es el relativo, como ha sido reconocido en nuestras constituciones, terminando con la constitución de 1983, pues si bien en cierto no menciona la libertad sexual, si establece como derechos de todas las personas la libertad, y del derecho de libertad general se desliga el derecho de libertad sexual.

En el capítulo dos, se desarrolló de la manera siguiente: titulado como nociones generales sobre el delito acto sexual diverso y el principio de legalidad, partiendo del concepto, orígenes de la palabra diverso, las diferencias del acceso carnal y del delito en estudio, el bien jurídico que se protege, acto sexual diverso como delito contra la indemnidad sexual, entendiendo que este tipo penal protege el normal desarrollo de la libertad sexual de los menores o incapaces, continuando con generalidad del principio de legalidad, la legalidad en sus dos sentidos material y formal, centrándonos en el principio de legalidad material o taxatividad, y los conceptos jurídicos indeterminados, así como cláusulas generales.

Capítulo tres, se presenta el marco jurídico a nivel nacional e internacional del delito acto sexual diverso y el principio de legalidad, en la legislación nacional, se establece la constitución de la república, el código penal, la ley

de protección integral de la niñez y adolescencia, debido a que es en está donde se establecen nuevos parámetros de edades o de clasificación de niños, niñas y adolescentes, que deroga lo antes establecido en la legislación civil. Así como la jurisprudencia nacional, legislación internacional, dentro de estos se encuentra los tratados y convenios internacionales.

En el capítulo cuatro, se presenta el análisis del tipo penal acto sexual diverso artículo 166 del código penal, así como el análisis de las sentencias y las entrevistas realizadas, a las partes de las partes que intervienen en el proceso penal, con exclusión de la víctima, en este apartado se presentan las posturas de la parte fiscal, así como de abogados y de un juez de paz.

Finalmente se encuentran las conclusiones y recomendaciones, siendo estas últimas el fruto de nuestra investigación y las que damos a la sociedad, basados en la información recabada, y analizada, tomando en cuenta las respuesta emanadas por los conocedores del derecho; que conlleven a una posible solución del tema de investigación, tratando de satisfacer los objetivos planteados al inicio de este proceso de investigación, y de esta forma generar mejores soluciones sobre la problemática.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA LIBERTAD SEXUAL

En el presente capítulo se encuentran los antecedentes históricos de la libertad sexual, desde la edad antigua hasta la edad contemporánea, estableciendo la forma en como se ha desarrollado este bien jurídico, de esta forma se investiga cómo se regulaba este delito en las diferentes etapas históricas, consecuentemente se estudia el principio de legalidad en sentido material. También un punto muy importante, es el relativo, ha como ha sido reconocido en nuestras constituciones, terminando con la constitución de 1983, pues si bien en cierto no menciona la libertad sexual, si establece como derechos de todas las personas la libertad, y del derecho de libertad general se desliga el derecho de libertad sexual.

1.1 Edad antigua

Resumen de los orígenes de la libertad sexual, entendiendo al mismo como el bien jurídico protegido, dentro de la gama de delitos que lo regulan, y dentro del cual se encuentra, el delito acto sexual diverso, por lo que se exponen sus iniciales manifestaciones históricas.

Previo a entrar a conocer sobre la evolución de la libertad sexual, en esta sección se expondrá, la forma en la que se ha manifestado en algunos ordenamientos jurídicos antiguos, tales como, Grecia, y Derecho Canónico, siendo este último el que más influye, en el paso del tiempo. El propósito es observar la forma en que se manejaba el derecho a la libertad sexual, los titulares, las primeras nociones de delitos sexuales y sus principales objetos de protección.

Considerada está desde los años el año 4.000 a.C., con el nacimiento de la escritura, y finaliza en el año 476 a.C. En Sumeria, situada en la Baja Mesopotamia, fue la cuna de la civilización; ahí, debido a las condiciones geográficas y al esfuerzo y tenacidad de los súmmos, surgió la primera alta cultura de la humanidad. Su legado cultural se mantuvo durante más de 2,500 años¹. Ahora bien, tanto en el mundo babilónico como en el sumerio queda reflejada claramente la superioridad del hombre sobre la mujer. El papel de ésta es de sumisión y el lugar donde debe desarrollar su vida es su casa y su misión principal debe ser la reproductiva.

Para conocer la situación de la mujer en Mesopotamia, la mejor fuente es el Código de Hammurabi, que era un conjunto de leyes establecidas por este rey en el siglo XVIII a.C. Muchas de sus normas describen los derechos y obligaciones de las mujeres, y gracias a ello se puede hacer una idea de cómo vivían². El Código de Hammurabi es uno de los conjuntos de leyes de la historia. En él Hammurabi enumera las leyes que ha recibido del dios Marduk, para fomentar el bienestar entre las gentes, La mujer estaba sometida a la autoridad del hombre, bien fuese su padre o su esposo. En el aspecto sexual estaba seriamente castigada cualquier relación de la mujer casada fuera del matrimonio, tanto para ella como para su amante. Se cree que las mujeres tenían derecho de propiedad, lo más habitual era que el padre o el esposo fuesen quienes administraban los bienes familiares, se define el contrato matrimonial como un acuerdo de intereses cuya finalidad

¹ Jorge Canseco Vincourt, *Mesopotamia*, (México D.F: Editorial Miguel Ángel Porrúa, 2008. eLibro), 56.

² Edmundo Fayanas Escuer, *Babilonia y el sexo*,(Babilonia y el sexo, febrero de 2017), <https://www.nuevatribuna.es/articulo/historia/babilonia-sexo/20170227095057137157.html>

era asegurar y perpetuar la sociedad, es decir tenía una función reproductora³.

Los actos contra la libertad sexual no podían ser identificados como tal, según hace notar Frederick Engels basado en las investigaciones de Lewis Morgan sobre los pueblos primitivos, el sexo era practicado indiscriminadamente por todos los miembros de la tribu, sin que existiese diferenciación de familias entre sus miembros. Afirma "reconstituyendo de esta suerte la historia de la familia, Morgan llega a estar de acuerdo con la mayor parte de sus colegas acerca de un primitivo estado de cosas, según el cual, en el seno de una tribu imperaba el trato sexual sin obstáculos, de tal suerte que cada mujer pertenecía igualmente a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres"⁴. Como se puede analizar en la edad antigua, en sus inicios no existía la libertad sexual, como se conoce en la actualidad, debido a que no se podía escoger con quien estar, por lo contrario ya era impuesto por la costumbre. Es así como se ven casos, que en la mitología, la cual es influenciada por el modo de vida del ser humano, encontrando en la antigua grecia acciones atribuidas a las divinidades, como hazañas, por ejemplo "Zeus se convertía en águila para tener relaciones homosexuales con el menor Ganímedes"⁵.

De acuerdo Robayna Perera, en la antigua Grecia existían dos formas de tratar las relaciones sexuales de un adulto con un púber: la primera era conocida como pederastia y aludía a la relación sexual entre un adolescente y un adulto, cuando entre ellos mediaba un vínculo de profesor alumno, pues se consideraba que esto facilitaba la transmisión

³ Código de Hammurabi (Antigua Mesopotamia), 26.

⁴ Federico Engels, *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*, (1° ed. Madrid, septiembre 2006), 44-45.

⁵ Lisandro Martínez Z., *Derecho Penal Sexual*, (Colombia, Bogotá: Edit. Temis 1972), 27.

del conocimiento; la otra era denominada pedofilia, y se refería al encuentro sexual entre un adulto y un pre-púber, la cual podía llevar una sanción hasta de pena de muerte⁶. Igual castigo se llegó a imponer a quien cometiera el delito de violación, aunque en alguna época se sancionó con penas menos severas, por ejemplo, el pago de una multa. Durante esta época, el estupro era sancionado por medio de una multa; la forma de fijar esta multa variaba de acuerdo con el estatus o calidad de la mujer ultrajada; luego, se optó por agravar la sanción hasta con pena de muerte y, a su vez, se le negó al sujeto activo la posibilidad de tomar a la joven por esposa, y sin tener que pagar la dote⁷.

La sociedad Romana, estaba regida por unas normas de conducta y ética determinadas, era muy promiscua y liberal, sobre todo durante el período del fin de la República y el Alto Imperio, donde las relaciones sexuales, para el hombre fuera de la pareja, eran consideradas totalmente normales y donde, para los ciudadanos libres, existía una gran libertad sexual; No así para los esclavos a quienes, la negación de la libertad sexual era absoluta. Los esclavos, a diferencia de los hombres libres, no eran dueños de su propio cuerpo, pues no tenían personalidad jurídica, de manera que eran considerados cosas y no personas⁸. En las leyes contra el adulterio y el fomento del matrimonio y de la natalidad Augusto apela a la moral para salvar los valores patriarcales que están en peligro, utilizando así un arma letal para el proceso de emancipación femenina;

⁶ Margarita Rosa Robayna Perera, "Pederastia y Pedofilia: Estado de la Cuestión", Criminología y Justicia, (2011), <http://cj-worldnews.com/spain/index.php/en/item/1764-pederastc3ada-y-pedofilia-estado-de-la-cuestic3b3n>

⁷ Marco Rogelio Bersallo Villafuerte y Luis Roberto Miranda Quesada, "Análisis delito relaciones sexuales con personas menores de edad, artículo 159 del Código Penal y sus implicaciones sobre los derechos sexuales de los adolescentes", (Tesis para alcanzar el grado de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2016), 17.

⁸ *Ibíd.* 18.

como señala Lorente en la actualidad, con el recurso a la referencia moral se minimiza la gravedad de alguna de las formas de conseguirlo, entre ellas la violencia contra las mujeres⁹.

En esta etapa histórica, los hombres tenían un margen más amplio de autodeterminación sexual, a ellos sí les estaba permitido tener relaciones sexuales prematrimoniales, excepto con aquellas mujeres que pertenecieran a otro hombre. En cambio, las mujeres se le limitaban las relaciones sexuales al vínculo de matrimonio, es decir, debían mantenerse vírgenes hasta ese momento, y, una vez casadas, solo podían yacer con su marido, de no ser así, se les castigaba por adulterio los niños sufrían todo tipo de abusos sexuales. Este testimonio de Estratón: “Disfruto las flores de uno de doce; si son trece los años, más fuerte deseo siento; el que tiene catorce destila de amor más fuertes, más gusto en el que está en el tercer lustro”¹⁰

1.2 Edad Media

Edad comprendida desde la caída del imperio romano en el año 476 D.C. y su final en 1492, año en el que Colón llegó a América. Se imponen los modelos germánicos, dominados por elites militares, que mantuvieron constantes invasiones territoriales, que hicieron retroceder a la sociedad a casi una vida rural y agrícola; asentándose el poder sobre vínculos personales de vasallaje con el respectivo señor territorial (feudal).¹¹ El beneficio suponía la aceptación de una tierra, con la condición de no tener

⁹ Rosalía Rodríguez López, *La violencia contra las mujeres en la antigua Roma*, (Madrid: DYKINSON, SL, 2018), 347.

¹⁰ Eva Cantarella, *Según Natura. La bisexualidad en el mundo antiguo*, (1ª ed. Madrid: Akal 1991), 59.

¹¹ Véase. Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo Vol. I*, 4ª ed. (Madrid: Edit. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2002), 48.

sobre ella sino el usufructo, en tanto que se reconocía el dominio al señor que la entregaba. Podía ser hereditario y se revocaba de común acuerdo o cuando una de las partes podía probar que la otra había violado alguno de los puntos del contrato feudal¹².

Es en esta época donde se ve una figura denominada derecho de pernada, llamado en Francia *droit de cuissage* o también *ius primae noctis*, consistía en que un señor feudal desfloraba a una recién casada en su noche de bodas –la "primera noche"– en virtud de una ley o costumbre que se lo permitía, esto significaba que el señor no tenía necesidad de ejercer la fuerza bruta sobre ella, y que novia, novio, padres y familiares no oponían ninguna resistencia a su cumplimiento.

La Iglesia impone una visión teocéntrica del mundo, lo que le lleva a un control total de la vida cotidiana. Marca una época muy retrógrada y en consecuencia represiva de todo lo que signifique sexualidad, de ahí que ésta tenga una característica muy particular. La sexualidad en el Medievo se veía como algo pecaminoso, reprochable y peligroso; pero también, como lo más soñado, meditado y, secretamente, deseado.

En esta época, la castidad de la mujer poseía un valor intrínseco y trascendente, ya que implicaba la salvación de las almas y esta no parecía ser incluida en la categoría de lo humano. Se mantuvo siempre subordinada al hombre. La educación recibida por las mujeres en los siglos XIV y XV era muy escasa, sólo algunas niñas acudían a colegios conventuales reservados a la nobleza, la filosofía humanista la seguía relacionando con la naturaleza como en la antigüedad, por sus características reproductivas, se la alejaba

¹² José Luis Romero, *La Edad Media*, (México Distrito Federal, Fondo de Cultura Económica, 1949), 37.

del mundo racional, intelectual¹³. Es acá donde surge el ordenamiento jurídico llamado las siete partidas o partidas simplemente, donde se establecía que la mujer, no podía ejercer la abogacía, asimismo se ve en la séptima partida, en el título seis, en la ley tres, “siendo la mujer casada hallada en algún lugar que hiciese adulterio con otro, o si se casase por palabras de presente o hiciese maldad de su cuerpo antes que se cumpliese el año en que muriera su marido, es infamada por derecho. En ese mismo infamamiento caería el padre si antes que pasase el año en que fuese muerto su yerno, casase a su hija que fuera mujer de aquel, a sabiendas”.¹⁴

Posteriormente se dicta el llamado Fuero Real, el cual establecía que en ocasiones, incluso la simple sospecha era suficiente para que el varón agraviado reparase su honor por medio de la venganza. De hecho, en el Fuero Real se admitía que el marido pudiera acabar con la vida de los adúlteros. No obtuvo una promulgación general, puesto que fue comunicado como fuero particular a las ciudades y villas. Pocos años después de su elaboración se concede como Fuero Municipal a varios lugares: Sahagún en 1255, Burgos en 1256, ese mismo año se concede a Soria, y en Madrid en 1262¹⁵.

1.3 Edad Moderna

La Edad Moderna es el tercero de los periodos históricos en los que se divide convencionalmente la historia universal, comprendido entre el siglo XV y el XVIII. Cronológicamente alberga un periodo cuyo inicio puede fijarse con el

¹³ Victoria Rodríguez Ortiz, *Mujeres forzadas. El delito de violación en el Derecho castellano (siglos XVI - XVIII)* (Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, Almería, 2003), 125.

¹⁴ Las Siete Partidas, (Alonso X el sabio), 357.

¹⁵ Rafael Sánchez Domingo, “El fuero de Verviesca versus Fuero Real orígenes e innovaciones procesales”, (Revistas Científicas Complutense), 5.

descubrimiento de América (1492), y cuyo final puede situarse en la Revolución francesa (1789)¹⁶.

En esta edad la castidad y la sumisión de la mujer al hombre se consideraban las virtudes más valiosas, y sólo las recatadas y puras tenían la consideración de "honestas", si bien en los sectores más marginados de la sociedad existían otras normas de conducta. En la práctica, la esfera de libertad sexual era mucho mayor en el varón, ya que la mujer honesta no debía mantener relaciones sexuales antes del matrimonio y, una vez casada, sólo con su marido y orientada a la procreación. Al varón, en principio, también se le exigía lo mismo, pero socialmente, e incluso desde el punto de vista del Derecho, se toleró una sexualidad más activa¹⁷.

Se consolida la familia nuclear, manteniéndose la figura de la criada para todo uso, es entonces el llamado siglo de la violencia del amo a puertas adentro, analizando que no hubo un gran avance en tanto lo regulado en las edades pasadas¹⁸. De hecho, el matrimonio y el monasterio constituían las dos instituciones privilegiadas, para aquellas mujeres que querían vivir con dignidad. Las que llegaran a cierta edad sin estar amparadas en ninguna de ellas, caían en la marginalidad, viviesen o no dentro del núcleo familiar. Incluso la viuda sufría a menudo el rechazo social, si bien tenía más consideración que la soltera. Victoria Rodríguez¹⁹, al analizar este supuesto, señala que "difícil era, por otra parte, para la viuda cambiar de estado pues,

¹⁶ Jean-Claude Margolin, *Los Inicios de la Edad Moderna: Pueblos y Civilizaciones*, (1° ed., Edit., AKAL, 14 de febrero de 1992) 85.

¹⁷ Gustavo Vaquera, Historia del delito de Violación, Revista Equipo Interdisciplinario en Psicología Comunitaria (2017), 9.

¹⁸ *Ibíd.* 10.

¹⁹ Victoria Rodríguez Ortiz, *Mujeres forzadas*. 74.

<https://es.scribd.com/document/356546755/Vaquera-Historia-Delito-Violacion-Articulo>

al igual que sucedía en épocas anteriores, los obstáculos morales y legales dificultaban las segundas nupcias²⁰.

Es así que se observan leyes como, la Ley 82 de las Leyes de Toro, hacía referencia a la justicia donde el hombre podía matar a su mujer cuando esta cometía adulterio. La actitud de rechazo social se mantenía también en el caso de la mujer que había sufrido una violación. A medida que avanzaba la Edad Moderna, la relajación de las costumbres sexuales afectaría a todas las capas de la sociedad, y se fueron superando los usos sociales heredados de épocas anteriores. A finales del siglo XVII y sobre todo en el XVIII los usos sociales fueron modificándose hasta el punto de que el marido en ocasiones consentía el adulterio de su cónyuge si de ese modo conseguía mejorar su situación económica. En esta edad, la indignidad del hecho afectaba a la víctima, aún en el supuesto de haberse producido contra su voluntad y mediase denuncia²¹.

La violación tenía la consideración jurídica de un delito sexual que se caracterizaba por el empleo de la fuerza, y consistía en el yacimiento de un hombre con una mujer, conseguido sin el consentimiento de ésta y por medio de la fuerza. A diferencia de lo regulado en las anteriores épocas, y analizadas a continuación, en forma de comparación, en las Partidas, la violación se consideraba "atrevimiento", ya que la fuerza se realizaba en personas honestas y porque el hecho no sólo suponía la deshonra de la víctima, sino la de sus familiares, e, incluso, la del señor de la tierra donde tal suceso se producía²².

²⁰ *Ibíd.*

²¹ Transcripción de Las Leyes de Toro, (Corte de la Ciudad de Toro, 1505), Ley 82.

²² Victoria Rodríguez Ortiz, *Mujeres forzadas*, 44.

La fuerza constituía el elemento fundamental del delito, que lo diferenciaba de otros delitos sexuales, como el simple estupro o el adulterio. Pero en las Partidas se distinguían dos tipos de fuerza: con armas o sin ellas, por lo que de forma indirecta se estaba haciendo alusión a la fuerza moral o intimidación. En el Fuero Real no se castigaba al varón que yaciese con una mujer que prestase su consentimiento, siempre que ésta no se incluyera dentro del grupo de las que no se pudiese mantener relaciones sexuales²³. Por el contrario, en las Partidas el mantenimiento de relaciones sexuales con mujeres de buena fama, tanto si ellas prestaban su consentimiento como si eran forzadas, estaba castigado. Existía la idea de que en la mayoría de los casos, las violaciones no tenían la consideración de tales, en la medida en que el hombre que conseguía realizar el acto carnal había logrado superar esas iniciales resistencias de la mujer, que simulaba para aparentar ser virtuosa.

Aunque un elemento esencial del delito de violación era el yacimiento o acceso carnal del forzador y la víctima, el mismo no aparece claramente conceptualizado en el ordenamiento jurídico castellano. Tanto en el Fuero Real como en las Partidas el yacimiento que originaba el delito parecía tratarse de una conjunción heterosexual, si bien el primero de ellos también hacía referencia al forzamiento de los hombres. A pesar de todas estas reflexiones, Rodríguez Ortiz destaca que "aunque la sociedad no aceptase las violaciones, pues suponían un grave ultraje en la honra de los varones emparentados con la víctima del delito, sí aceptaba, como algo natural, que los hombres realizasen todos los yacimientos que les fuesen posibles, aunque empleasen la fuerza"²⁴. Esto implicaba que con frecuencia la víctima

²³ Rafael Sánchez Domingo, "El fuero de Verviesca versus Fuero Real orígenes e innovaciones procesales" 5.

²⁴ Victoria Rodríguez Ortiz, *Mujeres forzadas*, 54

perdonase a su agresor si éste decidía reparar su castidad y honor mancillados casándose con ella.

Existía una serie de figuras afines como el rapto. En el Fuero Real, la violación se incluye dentro del rapto, en la medida en que se castigaba el delito de rapto, que podía o no incluir el de violación. En las Partidas también existía una gran relación entre ambas figuras, ya que en ambos casos se producía un ultraje a la honestidad de la mujer y a la honra de sus familiares e, incluso, del señor de la tierra en la que tenían lugar los hechos²⁵.

Tras analizar ambas legislaciones, señala que "la proximidad entre violación y rapto es mayor en el Fuero Real que en las Partidas, pues en éstas el consentimiento de la mujer no constituye un requisito esencial del rapto; sin embargo, en el Fuero Real, el raptor y el violador actúan en contra de la voluntad de la mujer y por medio de la fuerza". Otra figura afín es el adulterio²⁶. Desde el punto de vista jurídico, en el adulterio la mujer prestaba su consentimiento para mantener la relación sexual, mientras que en la violación, la ausencia de dicho consentimiento constituía un requisito fundamental en la consideración del delito. Por ello, la violada no sufría castigo alguno, mientras que la adúltera sí (Fuero Real, 4, 7, 1; Nueva Recopilación, 8, 20, 1 y Novísima Recopilación, 12, 28, 1)²⁷. La violación también podía relacionarse con el "pecado de lujuria" o seducción.

En las Partidas el delito de seducción se castigaba atendiendo a la condición del sujeto pasivo: cuando la mujer era vil no era penado el hecho; pero a las monjas, vírgenes o viudas de buena fama no les estaba permitido el

²⁵ Rafael Sánchez Domingo, "El fuero de Verviesca versus Fuero Real orígenes e innovaciones procesales", 8.

²⁶ Victoria Rodríguez Ortiz, *Mujeres forzadas*, 57.

²⁷ Rafael Sánchez Domingo, "El fuero de Verviesca versus Fuero Real orígenes e innovaciones procesales", 10.

mantenimiento de relaciones sexuales. En dicho texto jurídico, parecía existir un rechazo hacia los seductores incluso mayor que el que despertaban los violadores, pero al establecer la penalidad, la sanción era mucho más severa con el violador, estableciendo como sanción para éste la pena capital.

El forzador tenía que realizar voluntariamente los movimientos del acto carnal para su propia satisfacción sexual; aunque en ocasiones la violación podía tener como trasfondo conseguir que accediera a contraer matrimonio o como ofensa o a ella o a sus familiares. Los sujetos que podían realizar esta acción eran los siguientes: el sujeto activo era el hombre (Fuero Real, 4, 10, 1); el sujeto pasivo, según las Partidas, sólo podía ser la mujer (7, 20), si bien en el Fuero Real se contemplaba la sodomía, considerándose coautores del delito y acreedores del mismo castigo a ambos participantes. El bien jurídico tutelado en las Partidas era la castidad u honestidad de la mujer²⁸, así como de los varones emparentados con ella; mientras que en el Fuero Real la honestidad era la que alcanzaba más relevancia. La conducta antijurídica consistía en yacer con una mujer que fuese "propiedad" de otro, destruyendo, de este modo, la honestidad femenina y la honra del varón vinculado a la víctima.

1.4 Edad Contemporánea.

Este periodo histórico comprende, su inicio en la Revolución francesa, entre 1789 y el presente. A la luz del gran desarrollo que alcanzaron los derechos fundamentales de la persona, es inconcebible, tanto más si lo que ahora se protege es la libertad sexual, entendiéndose a la actividad en el ámbito sexual, una forma de expresar la libertad personal, que tiene el individuo.

²⁸ *Ibíd.*, 10.

Con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 inspirada en la declaración de Independencia Estadounidense de 1776, marca el fin del Antiguo Régimen y el principio de una nueva era, comienza entonces una etapa de sensibilización en cuanto al delito de violación sexual, y la pena, vestigios de la regulación del acto sexual diverso. Tras la Revolución Francesa, triunfa el Liberalismo y se implanta el denominado Estado Liberal, el acto sexual diverso, era conocido como acto erótico sexual en España el Doctor Estrada Vélez, en la comisión que verifico la revisión final considero que debía suprimirse el término “acto erótico sexual, por el “acto sexual” simplemente, a que, en el código de España anterior, se incurría en necesaria redundancia, puesto que lo erótico es sinónimo de sexual²⁹.

Así pues, surge uno de los bienes jurídicos más sutiles y más difíciles de proteger; el bien jurídico llamado libertad sexual. Si bien es cierto, ya existían figuras penales que protegían la “honestidad” de la mujer, con la evolución de las ciencias se da un giro donde el bien protegido pasa de ser, de la honestidad a la denominada libertad sexual de hombres y mujeres, independientemente de su condición, con ello pues se adecuan tipos penales ya existentes y nacen otros, hasta lo que hoy se conoce como delitos sexuales o delitos contra la libertad sexual.

La revolución sexual se identifica con la igualdad entre los sexos, el feminismo, los métodos anticonceptivos así como la contestación social y política. Muchos de los cambios revolucionarios en las normas sexuales de

²⁹ Antonio José Cancino M., *Delitos contra el pudor sexual*, (Colombia: Bogotá, Edit., Temis, 1983), 50.

este período se han convertido con el paso de los años en normas aceptadas, legítimas y legales en el comportamiento sexual³⁰.

El feminismo ha mostrado en las últimas décadas una actitud ambivalente hacia la función del derecho penal en la consecución de sus metas: En los años 70, tras la puesta de relieve de que el derecho en general, y el derecho penal en particular, eran un lugar privilegiado para consolidar las construcciones sociales que asignaban los desiguales y discriminatorios roles sociales de género, se aplicó a promover una serie de reformas legales que aseguren la igualdad jurídica entre los sexos; eso vino acompañado, en el concreto ámbito del derecho punitivo, por un decidido deseo de aprovechar y potenciar los efectos simbólicos del derecho penal, defendiendo explícitamente su legitimación y cuestionando implícitamente el principio de intervención mínima.

Es así que puede comprobarse que no bastaba con las reformas legales igualitarias para lograr una aplicación del derecho desembarazada de los valores masculinos, dado que éstos seguían reproduciéndose en la interpretación y aplicación jurídicas; en los años 80 se registran tendencias encaminadas a la construcción de un derecho de género, basado en la diferencia de los patrones de respuesta según los sexos, y que pretende encontrar la respuesta femenina, no siempre jurídica, a los conflictos existentes; más adelante, sin embargo, parece consolidarse una actitud denominada posmodernista, que adopta una actitud matizada hacia el derecho penal, del que el feminismo no reniega para modificar la realidad social mediada por las visiones de género, pero al que no le atribuye más

³⁰ Mario Margulis, et al., *Juventud, cultura, sexualidad: La dimensión cultural en la afectividad y la sexualidad de los jóvenes de Buenos Aires*, (Buenos Aires: Biblos, 2011), 38.

que una capacidad limitada³¹, debiendo concentrarse la atención en medidas sociales, de solidaridad y auto apoyo entre mujeres³².

En la segunda mitad del siglo XX, personalidades como Hugh Hefner popularizaron el estilo de vida playboy ligado a la noción del amor libre y el poliamor. En los años de la Guerra de Vietnam y el movimiento hippie, el amor libre surge como una cultura relacionada con el anarquismo y la libertad sexual, caracterizada por ser una corriente contracultural que rechazaba los parámetros de la sexualidad tradicional. La "sexualidad alternativa" llegó a representar la filosofía de algunos movimientos juveniles como en el año 1967 en el Verano del Amor con el eslogan Haz el amor, no la guerra. Los nuevos parámetros sexuales del movimiento hippie de la década de 1960 llevaron a diversas filosofías y prácticas sexuales que involucraban el sexo premarital, el sexo espiritual y el poliamor, prácticas consideradas producto de la promiscuidad de la nueva generación juvenil³³

No obstante la consolidación de la libertad sexual como bien jurídico protegido en los delitos sexuales merece una valoración diferenciada: Por una parte porque constituye un avance indudable, y no sólo porque ha supuesto el reconocimiento de la sexualidad como una dimensión trascendental de la autorrealización personal y ha hecho surgir el derecho igual de toda persona a ejercer su opción sexual en libertad, sino porque ha implicado la ruptura con los roles culturales tradicionales asignados a la mujer a la hora de ejercer su sexualidad, que se encontraban íntimamente

³¹ Asua Batarrita. "Las agresiones en el nuevo código penal: imágenes culturales y discursos jurídicos. En *Análisis del código penal desde la perspectiva de género*". Instituto vasco de la mujer, 2ª ed. (Sevilla1998).54, 56.

³² Larrauri Pijoan, *Control formal y el derecho penal de las mujeres en mujeres, derecho penal y criminología Siglo XXI*, (3ª ed. Madrid, Edit., España. S.A., 1994).95,96

³³ Mario Margulis, et al., *Juventud, cultura, sexualidad: La dimensión cultural en la afectividad y la sexualidad de los jóvenes de Buenos Aires*, 50.

entrelazados con la ya superada tutela de la moral sexual colectiva³⁴. Por otra parte, sin embargo, es de lamentar que el paso a primer plano de la libertad sexual individual convierta en un mero conflicto interpersonal lo que en realidad es un conflicto social basado en el género, en el que las mujeres son las víctimas de comportamientos agresivos derivados de la asunción del tradicional rol sexual masculino³⁵.

1.5 Evolución histórica de la libertad sexual en el régimen jurídico salvadoreño

Según las diferentes facetas que ha sufrido el bien jurídico libertad sexual, a lo largo de la historia jurídica en El Salvador, desde sus primeros vestigios, hasta su adecuación a la realidad social cambiante, tomando como base las Constituciones aplicables, como una breve reseña de los diferentes delitos que tratan de proteger este bien jurídico, enfocándonos en el delito acto sexual diverso, el cual será detenidamente estudiado en el apartado del fundamento jurídico, por lo cual acá se hace mención.

1.5.1 Libertad sexual en la Constitución de 1841.

Es importante mencionar que a lo largo de todas las Constituciones que ha tenido El Salvador desde la vigencia de la Constitución de 1841, regulaba en su Art.- 68, dentro del título XVI, que literalmente decía “Todos los habitantes del Salvador tienen derechos incontestables: para conservar y defender su vida y su libertad: para adquirir poseer y disponer de sus bienes: y para

³⁴ Ibíd. 49-53, 74-75

³⁵ Fuentes Ortubay, Protección penal de la libertad sexual: Nuevas perspectivas. En Análisis del código penal desde la perspectiva de género. (2ª ed. Madrid, Edit., EMAKUNDE, Instituto vasco de la mujer, diciembre 1998), 38.

procurar su felicidad sin daño de tercero.³⁶ Es de esta forma, donde desde los inicios de la Republica, era un derecho indiscutible de conservar y defender la libertad, entendiendo este último como el derecho de libertad general, el cual es la relación al derecho de libertad sexual en el ámbito particular.

Es importante hacer mención que no se hablara de todas las Constituciones que ha tenido El Salvador, que son aproximadamente 13, tomando en cuenta la vigente, debido a que muchas de ellas los cambios que presentaban eran los relativos al Gobierno y la estructura del mismo, debido a que la gran mayoría de ellas, se dieron en los Gobiernos militares, y su cambio sustancial era en torno a eso.

1.5.2 Libertad sexual en la Constitución de 1983.

Se puede hacer el análisis de la introducción de la Libertad y su ámbito particular que es la libertad sexual desde la Constitución de 1841, y con la variante que en la Constitución actual de 1983, se establece un apartado especial, que en ninguna otra constitución tenía hasta entonces, el cual es el origen y fin de la actividad de El Estado, poniendo al ser humano y en su Art.- 1 inciso final, dice “En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social”³⁷.

Se puede analizar que antes la protección y conservación de este derecho era obligación de los ciudadanos, es decir ellos tenían el derecho mas no la

³⁶ Constitución derogada de la Republica El Salvador (Asamblea Legislativa de El Salvador, 1841), artículo 68.

³⁷ Constitución de la Republica El Salvador (Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983), artículo 1.

obligación del estado de protección, cuando en la actualidad esa obligación ha pasado al Estado.

La autodeterminación sexual actual o futura³⁸. Desde esta perspectiva se ha deslingado de 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.
- La posibilidad de escoger compañero o compañera.
- La posibilidad de rechazar proposiciones indeseadas y de repeler eventuales ataques³⁹. Asimismo hacer una pequeña diferenciación en lo que es libertad sexual e indemnidad sexual, la libertad sexual cuando el sujeto pasivo tiene capacidad para consentir y la indemnidad sexual en el caso contrario

³⁸ Gonzalo Quintero Olivares, Fermín Morales Prats, "Comentarios al Código Penal Español", (7 ed. España, Madrid, Edit., ARANZADI, 2016), 304.

³⁹ Enrique Orts Berenguer y Carlos Suárez Mira Rodríguez, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, (España, Valencia: Tirant lo blanch, 2001), 230.

(menores y discapacitados, en este segundo caso, siempre y cuando no tenga la capacidad intelectual suficiente para comprender el alcance del acto sexual, careciendo de la facultad volitiva para consentir). Así, la primera se identifica con el derecho que tiene una persona a no verse involucrada en un contexto sexual contra su voluntad y la segunda con el derecho a estar libre de daño en la formación, desarrollo o bienestar de su personalidad y sexualidad⁴⁰.

⁴⁰ Carmen Armendáriz León et. al., *Parte especial del derecho penal a través del sistema de casos*, (1ª ed., España, Valencia: Tirant lo blanch, 2019), 340.

CAPITULO II

NOCIONES GENERALES SOBRE EL DELITO ACTO SEXUAL DIVERSO Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

En este capítulo se desarrolló de la manera siguiente manera partiendo del concepto, orígenes de la palabra diverso, las diferencia del acceso carnal y del delito en estudio, el bien jurídico que se protege, acto sexual diverso como delito contra la indemnidad sexual, entendiendo que este tipo penal protege el normal desarrollo de la libertad sexual de los menores o incapaces, continuando con generalidad del principio de legalidad, la legalidad en sus dos sentidos material y formal, centrándonos en el principio de legalidad material o taxatividad, debido a que son estos los que dan paso a nuestra tesis referente a su obligatorio cumplimiento y los conceptos jurídicos indeterminados, así como cláusulas generales.

2.1 Generalidades del delito acto sexual diverso

2.1.1 Concepto

Es cualquier manifestación lujuriosa practicada sobre el cuerpo de una persona, como caricias, tocamiento con las manos, frotamientos del miembro viril u otro parte del cuerpo tendientes a satisfacer la concupiscencia o apetito sexual de manera transitoria o completa.⁴¹

El término acto sexual diverso en sentido general significa cualquier hecho de índole sexual, diferente del acceso carnal; delito contra la libertad sexual y la indemnidad sexual.

⁴¹ Miller, Diccionario Jurídico Penal, 19.

En el delito de acto sexual diverso, las conductas, son consideradas como cualquier acto de significación sexual quedando comprendidas con el carácter de “sexuales” y se realizan por un ánimo de engaño, pero sin el uso del órgano genital masculino, como: los tocamientos en zonas erógenas, frotamiento de las mismas, masturbación en el cuerpo de la otra persona, entre otras.

Pero al analizar este delito, existen conductas o comportamientos, que podrían resultar ambiguos o equívocos, como por ejemplo los tocamientos en zonas erógena realizadas por el médico a su paciente, en el contexto de un tratamiento terapéutico, los tocamientos propios de los juegos deportivos, las caricias y correcciones de los padres respecto de los hijos estas y otras de la misma configuración podrían considerarse como conductas penales, lo que es inapropiado. Esta imprecisión de las conductas descritas en el tipo penal de acto sexual diverso ha dado lugar en la investigación a un cuestionamiento al principio de legalidad en sentido material.

El problema es que la redacción del artículo permitiría incluir supuestos de contemplación lasciva de las zonas erógenas del cuerpo. En otras palabras, la amplitud de la redacción permite incluir supuestos que carecen de relevancia o que en realidad no dañan el bien jurídico que se pretende proteger.

2.1.2 Origen etimológico de la palabra diverso

La palabra “diverso” viene del latín *diversus* y significa “distinto a otro”.⁴² La palabra “diverso”, según la Real Academia Española, significa de distinta

⁴² Gabriel Rodríguez Alberich, Real Academia Española (DIREA), <https://drae.es/palabras/diverso>

naturaleza o especie, este vocablo, según su origen etimológico lo único que lo puede describir es que su formulación radica, en una simple diferenciación de otro, en el caso en particular, diferenciado del acceso carnal.

En el Art.- 166 C.P. No establece una definición legal de acto sexual diverso por lo que se debe realizar un análisis interpretativo concluyendo que por acto sexual diverso se entiende: como el engaño que recibe la víctima, la cual es menor de edad, de este modo el autor consigue llevar actos sexuales que no llegan a un acceso carnal.

2.2 Diferencia del acceso carnal y acto sexual diverso

Ambas conductas punibles se encuentran consagradas en el Título IV del Código Penal, como conductas que afectan la libertad, integridad y formación sexuales.

Para comprender la diferencia que existe entre el tipo penal de actos sexuales y acceso carnal, se debe referirse, al tenor literal de las palabras actos y acceso, por lo que se cita este punto según lo establecido el diccionario de la Real Academia Española⁴³, donde se dice que: Acceso, del latín "accessus", acción de llegar o acercarse. Coito, del latín Coitus igual Cópula sexual.

Es así, que se deduce claramente que, la palabra que contiene el tipo penal de acceso carnal hace referencia al momento en que se da una relación sexual con penetración.

Mientras que en el tipo penal acto sexual diverso del acceso carnal. No se da este tipo de actividad sexual, sino que se tratan de actividades de

⁴³ Ibíd.

manipulación en las zonas erógenas de la víctima del delito, o inclusive actos que tengan un factor de contenido sexual, para quien las realiza como para quien lo recibe, es decir acto sexual diverso tiene un alto contenido subjetivo, siendo esa la principal diferencia entre ambos tipos penales.

Es claro que la conducta consagrada y que hace referencia al delito de acceso tiene un verbo determinador simple, como lo es el realizar el acceso carnal, mientras que el del acto sexual tiene un verbo determinador simple de realizar actos sexuales diversos al acceso carnal, trayendo implícito cualquier tipo de acto libidinoso.

2.3 Bien jurídico protegido en el delito acto sexual diverso.

El ejercicio de la sexualidad está íntimamente vinculado con aspectos históricos, sociales y culturales, que influyen en la configuración de este delito, que sobre esta materia establece el Derecho Penal. Es así, que los tipos penales contra la libertad sexual se han ido transformando en el tiempo de acuerdo, a los bienes jurídicos que la sociedad ha estimado relevantes de proteger⁴⁴.

La libertad sexual es el derecho de la autodeterminación sexual de la persona, es el bien jurídico protegido por este tipo de delitos de carácter sexual.

En este tipo de delito como lo es el acto sexual diverso, el sujeto activo y pasivo puede ser integrado por cualquier tipo de persona, pudiendo resultar ser hombres o mujeres y dentro de una relación homosexual o heterosexual.

⁴⁴ Victoria Rodríguez Ortiz, *Mujeres forzadas* 101.

El elemento objetivo de este tipo de delito se centra en la realización de actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona.

El elemento subjetivo reside en un ánimo lúbrico o libidinoso del culpable.

Los actos que se realicen mediante engaño, podrán tener un carácter activo como pasivo. Los de tipo activo podrán consistir en tocamientos impúdicos o actos corporales dirigidos a despertar la sexualidad ajena o avivar o apagar la sexualidad propia. Se considerarán de tipo pasivo, como cuando se obliga al sujeto pasivo a realizar comportamientos de índole sexual sobre su propio cuerpo, el del culpable o el de un tercero.

Se consuma el delito de acto sexual diverso, en cuanto, el sujeto activo lleva a cabo el delito constitutivo de atentado contra la libertad sexual.

2.3.1 Acto sexual diverso como delito contra la indemnidad sexual

El Código Penal se ocupa de este tipo de delitos contra la libertad e indemnidad sexual en el título IV. Capítulo III. En referencia a los menores, cabe aducir que lo que se protege es su derecho a un proceso normal de maduración sexual del individuo.

En el delito de acto sexual diverso, no es propiamente la libertad sexual lo que es objeto de protección, sino la indemnidad, el derecho de los menores a no ser molestados, a no sufrir daño en el terreno sexual. Y cuyo concepto es, sin embargo, uno sobre cuyos contenidos nunca ha existido acuerdo y que posee, además, una preocupante tendencia a intercambiarse con otros términos que se pretenden, al menos en principio, semánticamente distintos, como podría ser el concepto de intangibilidad sexual.

Otro elemento a citar es que, al consentimiento del menor, no se le otorga eficacia para dejar al margen de la responsabilidad criminal al adulto que se relaciona sexualmente con ellos cuando son menores de dieciséis años.

En su similitud con el bien jurídico de la libertad sexual, cuando los delitos afectan a estas personas que todavía no han desarrollado su propia personalidad sexual, se habla de indemnidad sexual, ya que no se puede hablar de libertad sexual al no disponer aún de la determinación necesaria sobre su vida sexual.

Además, la asimetría de edad y el grado de desarrollo o madurez son los elementos valorativos para considerar la atipicidad de la conducta. No obstante, hay que tener en cuenta que ambos son elementos inseguros y de difícil valoración.

La definición de indemnidad sexual se deriva de los siguientes caracteres e ideas esenciales:

- Bien jurídico de especial protección por la especial situación del sujeto pasivo, ya sean personas menores de edad .
- Derecho del menor a no verse involucrado en un contexto sexual.
- Derecho del menor a no sufrir interferencias para garantizar su libre desarrollo y formación de la personalidad y sexualidad.

2.4 Generalidades sobre el principio de legalidad

Paul Johann Anselm von Feuerbach estableció este principio en materia de derecho penal basándose en la máxima *nullum crimen, nulla poena sine*

*praevia lege*⁴⁵, es decir, para que una conducta sea calificada como delito debe ser descrita de tal manera con anterioridad a la realización de esa conducta, y el castigo impuesto debe estar especificado de manera previa por la ley.

La legalidad penal es entonces un límite a la potestad punitiva del Estado, en el sentido que sólo pueden castigarse las conductas expresamente descritas como delitos en una ley anterior a la comisión del delito. Los elementos que integran el principio de legalidad. Puede estudiarse por un lado atendiendo al tenor literal de la legalidad desde el punto de vista formal y en su significado material:

2.4.1 Legalidad en sentido formal y material

1. La legalidad en sentido formal: implica, en primer término, la reserva absoluta y sustancial de ley, es decir, en materia penal solo se puede regular delitos y penas mediante una ley, no se pueden dejar a otras disposiciones normativas esta regulación, ni por la costumbre, ni por el poder ejecutivo, ni por el poder judicial pueden crearse normas penales, tan solo por el poder legislativo y por medio de leyes.
2. La legalidad en sentido material: implica una serie de exigencias, que son:

Taxatividad de la ley: las leyes han de ser precisas, ésta exigencia está conformada:

⁴⁵ Jorge Carrecher Mira, Principio de Legalidad Penal: Ley Formal vs Law in action, (España, Valencia: Tirant lo blanch, 2018), 434.

La prohibición de la retroactividad de las leyes penales. Como regla general las normas penales son irretroactivas, excepto cuando sean más favorables para el reo, Art.- 21 Cn.

La prohibición de la analogía en materia penal, es decir, generar razonamientos y conductas basándose en la existencia de semejanza con otra situación parecida, Art.- 1 Inc. II C.P.

Reserva legal. Los delitos y sus penas deben ser creados por ley y solo puedan ser creados por esta, descartándose otros medios de formación de legislación penal, como podrían ser la costumbre, Art.- 131 N°5 Cn.

Entendiendo de lo anterior, que no cabe calificar de delito a las conductas que no se encuentran definidas como tales en la ley, incluso aunque sean desvaloradas socialmente o consideradas deshonestas o inmorales (garantía criminal); del mismo modo, a las conductas delictivas no pueden aplicárseles penas distintas de las que están previstas en la ley (garantía penal)⁴⁶, entendiendo todo lo anterior como límites del poder punitivo del Estado.

2.4.2 técnicas legislativas de tipificación

Entendiendo de forma general en que consiste el principio de legalidad en el aspecto material y los componentes que este tiene que cumplir, siendo uno de ellos la reserva de ley, es de tener en cuenta la técnica legislativa que tienen que seguir para que dicho principio se cumpla.

La técnica legislativa es una exigencia derivada del principio de taxatividad, destinada al estudio del análisis y la aplicación de los medios de articulación, configuración y lenguaje con los que cuenta el legislador para la producción

⁴⁶ Francisco Muñoz Conde *et al*, *Derecho Penal, Parte General*, (8° ed., Tirand lo Blanch, Valencia, 2010) 102.

óptima de las normas jurídico-penales⁴⁷, . Sin embargo, por muy apurada que pueda resultar la técnica legislativa, difícilmente será posible presentar un cumplimiento pleno de este postulado, dado que, como respuesta a la propia complejidad del ordenamiento jurídico-penal, habrá ocasiones donde paradójicamente la aspiración de determinación sólo podrá ser alcanzada a partir de un grado de indeterminación, siguiendo la línea de lo expuesto se desarrollaran algunos aspectos de la técnica legislativa, para alcanzar los objetivos del principio de taxatividad como elemento integrante del principio de legalidad.

2.4.2.1 Conceptos jurídicos indeterminados

Para limitar esta posible saturación del mandato de determinación, el legislador penal se ha apoyado en conceptos jurídicos indeterminados y cláusulas generales (también denominados genéricamente conceptos necesitados de integración/complementación valorativa)⁴⁸.

Es decir lo conceptos jurídicos indeterminados son una de las técnica que utiliza el legislador, debido a la infinidad de sucesos que pueden pasar en la vida cotidiana, es por esta razón que el legislador utiliza estos conceptos, en cierta medida con poca determinación para poder, determinar conductas de posibles realización.

Contrariamente, estaría beneficiando que desde su perspectiva técnica pudiera favorecerse una evolución legislativa acorde a los criterios de seguridad jurídica en sentido estricto, puesto que favorecería una

⁴⁷ Antonio Doval Pais, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*, (Valencia, Tirant lo Blanch, 1998), 112.

⁴⁸ Mira, *Principio de Legalidad Penal: Ley Formal vs Law in action*, 476.

individualización partiendo del presupuesto de generalidad jurídica de las normas penales.

Pero la utilización de estos conceptos jurídicos indeterminados tienen que llenar ciertos requisitos, los cuales se explican de la manera siguiente, el legislador tiene que regular el género, es decir el concepto indeterminado, pero con este concepto en cierta medida, tiene que darle al juzgador en base a los criterios de valoración de la prueba, poder en un caso en concreto determinar la especie.

Por lo que el principio de legalidad en sentido material, no se vulnera con dichos conceptos, pues el legislador si regula la conducta penalmente reprochable, y es tarea del juzgador encajar esa conducta, a la gama de variantes, que en la aplicación de un caso en particular se puede encontrar. Tomando como base lo expresado es un concepto jurídico indeterminado, el establecido como acceso carnal, pues el legislador da el género, y es tarea del juzgador en base a la valoración de la prueba que clase de acto sexual diferente al acceso carnal, es la conducta puesta a su conocimiento.

2.4.2.2 Clausulas Generales

En línea con lo expuesto para los conceptos jurídicos indeterminados, las cláusulas generales también requieren de una integración o complementación valorativa, entendiendo dentro de esta categoría aquellos conceptos que responden a las características expuestas por NAUCKE⁴⁹: un grado de indeterminación que no permite discernir su finalidad; una amplia generalidad que desvía el verdadero objeto de regulación; unos criterios vagos de determinación que impiden un procedimiento transparente para su concreción por los tribunales.

⁴⁹ Ibíd. 480.

De acuerdo con esta caracterización, las cláusulas generales suponen una renuncia del legislador al establecimiento de las conductas que pueden considerarse prohibidas mediante su formulación en una norma jurídico-penal, vulnerando el mandato de determinación puesto que obliga al Tribunal, en ausencia de las directrices necesarias para la aplicación de la norma penal, a su aplicación siguiendo únicamente criterios subjetivos.

En este sentido, la integración de su significado no podría realizarse en los mismos términos descritos para los conceptos jurídicos indeterminados. Efectivamente, en la argumentación anterior se partía de una formulación generalizadora previa, siendo la indeterminación del concepto una pauta que permitía una concreción atendiendo a la aplicación de la norma penal por los tribunales. De este modo se desarrollaba un ejercicio de concreción coherente con el significado del principio de legalidad, así como integrando los presupuestos de igualdad en la aplicación de las normas jurídico-penales. Sin embargo, en el supuesto de las cláusulas generales, es la propia esencia de la generalidad jurídica la que viene siendo descrita por un término impreciso o vago. Por tanto, pese a los intentos de justificar su existencia atendiendo a la necesidad de flexibilizar las normas penales para adecuarlas a las demandas sociales.

Las normas jurídico-penales, mediante la utilización de conceptos vagos o porosos, con términos de fuerte contenido valorativo o con cláusulas generales, supuestos todos ellos que conllevan una renuncia del legislador a su función de definición de las conductas prohibidas, transfiriendo a los tribunales la potestad para concretar estas cuestiones conceptuales, rompiendo por tanto la vinculación entre el principio de taxatividad respecto de la reserva de ley entendida en sentido formal.

CAPITULO III

MARCO JURÍDICO A NIVEL NACIONAL E INTERNACIONAL DEL DELITO ACTO SEXUAL DIVERSO Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

En el capítulo tres, se presenta el marco jurídico a nivel nacional e internacional del delito acto sexual diverso y el principio de legalidad, en la legislación nacional, se establece la constitución de la república, siendo esta la norma suprema, el código penal, la ley de protección integral de la niñez y adolescencia, debido a que es en esta donde se establecen nuevos parámetros de edades o de clasificación de niños, niñas y adolescentes, que deroga lo antes establecido en la legislación civil. Así como la jurisprudencia nacional, legislación internacional, dentro de estos se encuentran los tratados y convenios internacionales, tomando como parámetros aquellos que son jurídicamente vinculantes.

3.1 Legislación Nacional

La Legislación salvadoreña relativa a la protección de la indemnidad y libertad sexual, asimismo el principio de legalidad, se abordará de forma jerárquica, desde la constitución, como norma suprema, seguidamente con el código penal; la normativa nacional, junto con los artículos, que se basan sobre el tema principal referido a la libertad sexual en aquellos casos de adolescentes mayores de 15 años y menores de 18, e indemnidad sexual, en los menores de 16 años, como el bien jurídico protegido en el delito, de acto sexual diverso, que atañe la investigación. Además, se citarán instrumentos internacionales ratificados por El Salvador, relacionados con el bien jurídico

tutelado en el art.- 166 del Código penal, asimismo los aplicables al principio de legalidad.

3.1.1 Constitución de la República

En El Salvador el derecho a la libertad, está protegido constitucionalmente, en su art.-1 Establece que es obligación del Estado Salvadoreño asegurar a los habitantes de la República el goce de este derecho fundamental de la libertad en cuanto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y en este sentido, y de conformidad con el art.- 2 de la constitución también reconoce a la libertad como un derecho fundamental de la persona, el art.- 34 del citado cuerpo legal supremo establece que todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, para lo cual tendrá la protección del Estado.⁵⁰

De igual forma, la Constitución Salvadoreña, concede el rango de leyes de la República a los tratados internacionales celebrados y ratificados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales. En este sentido, se encuentran vigentes, algunos relativos a la protección de la libertad sexual e indemnidad. Entre los que guardan relación con este derecho.

Entendiendo que el trabajo de investigación radia sobre dar una respuesta que si el tipo penal del Art.-166 CP, es conforme al principio de legalidad, y entendiendo que esta problemática, se genera dentro un proceso penal, hay que estudiar los dos extremos del problema, tanto por una parte el tipo penal, como el principio del que todos las personas posee, por lo cual se puede

⁵⁰ Constitución de la Republica de El Salvador, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983)

observar que la misma línea de ideas se ha seguido en la parte doctrinaria de esta investigación por lo tanto para tener más claro su connotación en el ámbito jurídico nacional se estudia, ambos extremos del problema mencionado.

En el rango Constitucional el competente de juzgar y de ejecutar lo juzgado recae en el Órgano Judicial consagrado en el Art.- 172 Inc. I de la Constitución. Esta competencia se encuentra limitada por el principio de legalidad, dando la facultad a los jueces en acoplar sus resoluciones, aun de modo diferente a lo establecido por la Ley por medio del control difuso Art.- 185 de la Constitución, debido que la imposición de cualquier sanción, se encuentra supeditada a lo enunciado en el Art.- 15 de la Constitución, la cual contempla este principio fundamental de legalidad.

3.1.2 Código penal

En la legislación penal salvadoreña, el Capítulo III, contiene los delitos considerados como “otros ataques a la libertad sexual”. Dado el nombre del capítulo, se puede interpretar que el bien jurídico protegido por los delitos contenidos en este, es la libertad sexual, “entendida esta, como aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y, en cierto modo, a la disposición del propio cuerpo, es un bien jurídico merecedor de protección y necesitado también de tutela penal.”⁵¹

Es de enfatizar que, en este Capítulo, no solo se regulan delitos contra la libertad sexual, sino también contra la indemnidad sexual, lo cual debería modificarse con el nombre “Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual.”

⁵¹ Francisco Muñoz Conde, *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2015), 270.

Este bien jurídico, tiene una categoría importante y, quizá es el más expuesto a ser arremetido en la vida cotidiana, pues el ataque a la libertad sexual, puede verse en cualquier conducta sexual distinta del acceso carnal de formas directas e indirectas como: tocamientos o roces de connotación sexual, manipulación de los miembros genitales, exhibicionismo, frote con o sin ropa entre otras, en cualquier ámbito sea social, familiar, educativo comunitario con menores, mediante el engaño, como medio de intimación, afectando el desarrollo de su personalidad, y producir en ella o él alteraciones importantes que incidan en su libertad futura.

Ahora bien bajo el principio de adecuación de las Leyes a las normas de rango Constitucional, el Art.- 1 del Código Penal retoma el principio de legalidad, entendido el mismo el sentido material, estableciendo al mismo tiempo la garantía criminal y garantía penal, lo que corresponde, a estas garantías la decisión sobre la responsabilidad penal y la pena aplicable.

3.1.3 La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LEPINA)

Cuenta con diversos Arts.- 37, 38 ,41 y 55⁵² que establecen el derecho de las niñas, niños y adolescentes a que se respete su integridad personal, la cual comprende la integridad física, psicológica, cultural, moral, emocional y sexual.

En este sentido, establece la obligación del Estado salvadoreño de establecer políticas públicas y programas para la prevención, atención y erradicación del maltrato de las niñas, niños y adolescentes, entendido este como “toda acción u omisión que provoque o pueda provocar dolor, sufrimiento o daño a la integridad o salud física, psicológica, moral o sexual

⁵² Ley de protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009), artículos 37, 38, 41 y 55.

de una niña, niño o adolescente, por parte de cualquier persona, incluidos sus padres, madres u otros parientes, educadores y personas a cargo de su cuidado, cualesquiera que sean los medios utilizados.

Es importante hacer mención de las definiciones que establece, con relación a los niños, niñas y adolescentes, debido, que estas han modificado las establecidas en la legislación civil, la cual era quien establecía dichos parámetros, es así que: según el Art.- 3 se considera niño o niña, toda persona desde el instante de la concepción, hasta los 12 años, adolescentes desde los 12 hasta que cumpla los 18 años de edad. Tomando esto como parámetro según lo relativo al acto sexual diverso, tanto en sus dos incisos hace alusión o su ámbito de aplicación es para adolescentes.

Establecido el marco regulatorio a nivel nacional sobre el acto sexual diverso y principio de legalidad, pasaremos a establecer lo aplicable a nivel internacional, por lo que haremos mención de los documentos que son jurídicamente vinculante, porque hay documentos en el Derecho Internacional que no lo son, es decir que los Estados firmantes no están obligan a cumplir o respetar las disposiciones contenidas en ellos.

3.2 Jurisprudencia Nacional

3.2.1 De la sentencia bajo referencia 171Z-4A3-1

En la sentencia referencia 171Z-4A3-1, se puede retomar el abordaje que el Tribunal de Sentencia de Zacatecoluca le efectuó a este tipo penal, denominado acto sexual diverso, siendo objeto de esta investigación.

Primeramente, se efectuará el examen de los elementos descriptivos que fueron requisitos para configura el tipo penal, atendiendo la postura del juzgador, siendo los siguientes:

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

Sujeto pasivo: con persona mayor de quince años y menor de dieciocho años de edad, al momento en que los hechos tenían la edad de dieciséis años

Acción: engañar a las víctimas, realizar un acto de naturaleza sexual, aprovechar de tocar y besar las partes íntimas de la víctima.

Tipicidad: conducta consistente en el engaño y que no exista acceso carnal con persona mayor de quince años y menor de dieciocho años de edad.

Autoría: La actividad típica tiene la calidad de autor directo.

Tipo subjetivo: la clara voluntad del sujeto, de realizar dichas acciones, por lo que su actuar es doloso.

Inexistencia de causas de justificación: En el accionar del imputado no se percibe circunstancia justificante que permita determinar que estaba autorizado para realizar conductas como las descritas. La antijuricidad se da tanto en su sentido formal como material.

Culpabilidad: La conducta del imputado es típica, antijurídica y culpable, por ende, constitutiva de delito, consecuentemente es procedente condenar penalmente, porque el imputado, es persona capaz de comprender como de actuar conforme a esa comprensión y acorde a la edad de instrucción, es lógico que conozca que la conducta como la realizada están prohibidas y, por

lo que de acuerdo a su desarrollo físico e intelectual podía exigírsele obrar lícitamente y por haber actuado con plena conciencia de la antijuricidad de la acción le es reprochable el hecho que se le atribuye, dado de que tenía pleno conocimiento de las consecuencias de su actuar , siendo la conducta exteriorizada reprochable, ya que pudiendo actuar de una manera diferente en base a su conocimiento común y no haberlo hecho por no haberlo querido.

De lo anterior se puede establecer preliminarmente, que existe un cumplimiento del principio de legalidad en su sentido formal, debido que el delito y las penas se encuentren taxativamente previstos en una ley vigente, que es el código penal, antes de que se cometa; lo que es garantía de la libertad personal y de la seguridad jurídica para quienes se encuentran sometido a ella.

Asimismo, el juzgador ha hecho una adecuación de la conducta en el tipo penal descrito, apoyándose en otras conductas que son de índole sexual, que no requieren de acceso carnal y el rango de edades que son semejantes, estando señaladas en el código penal como delitos.

“En cuanto a las consecuencias civiles del delito que regula el art. 114 y 115 CP, obviamente la declaración de responsabilidad penal genera una responsabilidad civil. Y sólo correspondió la indemnización como forma de compensar el perjuicio ocasionado que sufrió la víctima, por tratarse del delito de actos sexuales diversos”⁵³.

⁵³ Tribunal Primero de Sentencia de Zacatecoluca, *Sentencia Condenatoria*, Referencia: 171Z-4A 3-15 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015).

3.2.2 De la sentencia bajo referencia 105-2012

La Sala de lo Constitucional, en sentencia de inconstitucionalidad, de fecha julio del 2015, cita las posturas de La Asamblea Legislativa y la Fiscalía General de la Republica; en donde los demandantes, argumentan que el art. 160 inc. 1° CP. Vulnera el principio de legalidad porque: “constituye un tipo penal abierto. Debido a que no establece cuales conductas no son constitutivas del delito, no existe el elemento normativo claro preciso e inequívoco de tales conductas y no existe una clara descripción de la infracción o para ser más precisos no existe la tipificación de la conducta prohibida. Ante esta valoración, el primer órgano del Estado plantea que el acto requerido carece de relevancia jurídica y procesal y no puede ser considerado por esta Sala en el análisis de la pretensión planteada.

El Fiscal General de la República opinó que no existe la inconstitucionalidad alegada, dijo que: Cuando son tipos penales abiertos este se refiere a casos en los cuales la prohibición o el mandato de acción se encuentran en disposiciones distintas de la ley que contiene la amenaza penal [...] esto es compatible con la Constitución si existe una concreción de la conducta constitutiva del hecho delictivo en otra disposición, de manera que quede asegurada la función de garantía de la norma que contiene la amenaza penal, aunque se tenga que acudir a otra disposición adicional.

En la Sentencia de 15-II-1997, Inc. 15-96 (considerando X.2) se dijo que el principio de legalidad en materia penal se manifiesta en cuatro “garantías”: criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución. El delito, la pena, la forma del juicio para imponerla y la de cumplimiento de la sanción deben estar determinados por la ley. La primera de estas dimensiones del principio de legalidad penal se formuló en el sentido de que “nadie será sancionado por

hechos que no hayan sido previamente tipificados como hechos punibles por la ley penal”. Luego, en la Sentencia de 1-IV-2004, Inc. 52-2003 (considerandos III.1 y VI.1), incluyendo el principio citado dentro del “programa penal de la Constitución” como marco (y, por tanto, límite) normativo de la legislación penal y de su interpretación judicial, se detallaron las exigencias constitucionales de la ley que establece un delito.

Profundizando en el alcance de la “garantía criminal” del principio de legalidad penal, se sostuvo que la ley funciona como límite a la actuación punitiva del Estado cuando es previa (prohibición de retroactividad desfavorable); escrita (prohibición de la costumbre como base para sancionar delitos); cierta (exigencia o mandato de determinación o taxatividad de la ley penal); y estricta (prohibición de la creación judicial de delitos mediante el uso de la analogía). De esta manera, no basta que la conducta considerada delito sea regulada, descrita o configurada en una ley emitida por la Asamblea Legislativa (aspecto formal de la garantía), sino que esa descripción o regulación tiene ciertos límites en cuanto a su modo de expresarse, redactarse o formularse con palabras.

Sobre el alcance del mandato de taxatividad, la Sentencia de 1-IV-2004, Inc. 52- 2003, ya citada (considerando VI.1), expresa que: “se viola dicho principio en el caso de figuras delictivas cuyos elementos constitutivos están formulados en términos cuya interpretación no permite una verificación precisa, incentivando diversas opciones interpretativas de carácter subjetivo en el juzgador [...] Es muy importante que en la determinación prescriptiva de conductas punibles, no se utilicen conceptos oscuros e inciertos, que puedan inducir a la arbitrariedad, pues cada individuo debe entender perfectamente a qué atenerse, lo que reclama al legislador que las leyes penales sean precisas y claras [...] mediante procesos jurídicos que permitan predecir, con

suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen una infracción y las penas o sanciones aplicables. Por tanto, no pueden considerarse conformes al art. 15 Cn., los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria de los jueces y tribunales (aspecto material de la garantía).⁵⁴.

También, en la Sentencia de 23-XII-2010, Inc. 5-2001 (considerando V.6.C), esta Sala expresó que: “mientras más imprecisa se muestre la descripción del hecho punible, mayor cobertura y extensión tiene el juez penal para complementarlo por vía interpretativa y, en algunos casos dotarlo de un campo excesivamente amplio que se muestre incompatible con el principio de legalidad [...el] mandato de determinación o taxatividad [...] impide la existencia en la ley criminal de cláusulas absolutamente indeterminadas, entendidas éstas como conceptos de multívoco o de impreciso significado, los cuales traspasan los ámbitos de certeza y razonabilidad que amparan la interpretación de las prohibiciones penales. Sin embargo, cuando sea posible determinar su significado de acuerdo al contexto gramatical y normativo utilizado.

También se da la identificación de los criterios para decidir si la formulación legal de un delito es suficientemente precisa. Aunque la precisión absoluta es inalcanzable, hay que recordar que se trata de una cualidad graduable (que puede ser mayor o menor) y que, en consecuencia. La primera directriz para el legislador, ante distintas opciones expresivas, debe ser la selección de las palabras cuyos significados sean más accesibles, claros o comprensibles, sin

⁵⁴Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad*, Referencia: 105-2012 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015).
<https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F2010-2019%2F2015%2F07%2FB187F.PDF&number=727167&fecha=08/07/2015&numero=105-2012&cesta=0&singlePage=false%27>

mayor esfuerzo, para la generalidad de las personas y que, en lo posible, hagan referencia directa a aspectos u objetos de la realidad.

En segundo lugar, cuando los términos descriptivos o con referentes fácticos, no basten, el uso de conceptos normativos, valorativos o jurídicamente indeterminados debe justificarse por la naturaleza del objeto de regulación o por el fin de protección de la norma jurídica penal. En tercer lugar, si el significado de dichos elementos valorativos es extraño al bagaje conceptual compartido por sus destinatarios, o carece de experiencias previas de aplicación o es muy discutido, la ley puede incorporar una definición propia de dichos términos, intentando reducir los márgenes de indeterminación generados por su empleo. En cuarto lugar, cuando el uso de conceptos abiertos o valorativos esté justificado, el mandato de determinación o taxatividad exige que su significado sea al menos determinable (Sentencia de 1-IV-2004, Inc. 52-2003, considerando VI.1.), mediante criterios, pautas o argumentos intersubjetivos o controlables, de tipo empírico, semántico, finalista, técnico, contextual, sociocultural, dogmático o jurisprudencial, entre otros. Lo relevante de este parámetro es que la formulación legal permita que las herramientas interpretativas y la estructura o modelo de argumentación utilizados puedan considerarse aceptables o razonables desde la perspectiva de la comunidad jurídica y social respectiva. Y, en quinto lugar, la tipificación penal mediante conceptos indeterminados siempre debe contener el núcleo de la prohibición o la identificación esencial de la conducta reprimida, de modo que el tipo de valoración necesaria para su interpretación no signifique entregar por completo a la discrecionalidad o a la opinión personal del juez el poder de definición de los casos que quedarán comprendidos bajo dichos conceptos y, por tanto, en el ámbito de lo punible.

Cuando el juez interpreta un elemento típico (aunque sea valorativo o indeterminado) hay una base normativa de la que parte y de cuyo significado literal posible no puede excederse. Lo que infringe el mandato de taxatividad es que el significado de un término sea tan difícil de determinar que prácticamente impida identificar o prever la clase de conductas prohibidas.

Establecido el marco regulatorio a nivel nacional sobre el acto sexual diverso y principio de legalidad, se establecerá lo aplicable a nivel internacional, por lo que se hará mención de los documentos que son jurídicamente vinculante, porque hay documentos en el Derecho Internacional que no lo son, es decir que los Estados firmantes no están obligan a cumplir o respetar las disposiciones contenidas en ellos.

3.3 Legislación Internacional

3.3.1 La Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica) fue suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Es una de las bases del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos.

En el Art.7 se refiere al derecho a la libertad personal: 1) Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

Es decir, que toda persona tiene la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido; pero en los contextos de agresiones o ataques a la libertad sexual, las conductas generalizadas, como mantener

contactos sexualidades físico o verbales con terceras personas pueden desembocar en vulneraciones constantes de la libertad personal. Y su seguridad, se vería limitada en la voluntad personal. Por tales perturbaciones. Según esta convención este derecho a estado a menudo vinculado con violaciones graves a los derechos humanos.

Si el ejercicio de tales derechos y libertades no estuviese ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes están obligados a adoptar medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacerlos efectivos. Además, establece la obligación, para los Estados partes, del desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, como medios de protección de los derechos y libertades, establece dos órganos para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de la Convención: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Siguiendo la misma línea que el pacto internacional de derechos civiles y políticos, esta convención, en su Art.- 9⁵⁵ regula el principio de legalidad y de irretroactividad, a diferencia del antes mencionado pacto, este artículo si tiene epígrafe, el cual establece la regulación de dicha disposición

⁵⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, (San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969), artículo 9.
[https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=3&data=DocumentosBoveda%2FD%2F3%2F1990-1999%2F1995%2F05%2F88458.PDF&number=558168&fecha=05/05/1995&numero=CONVENCION=AMERICANA=SOBRE=DERECHOS=HUMANOS=\(PACTO=DE=SAN=JOSE,=OEA=1969\)&cesta=0&singlePage=false%27](https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=3&data=DocumentosBoveda%2FD%2F3%2F1990-1999%2F1995%2F05%2F88458.PDF&number=558168&fecha=05/05/1995&numero=CONVENCION=AMERICANA=SOBRE=DERECHOS=HUMANOS=(PACTO=DE=SAN=JOSE,=OEA=1969)&cesta=0&singlePage=false%27)

3.3.2 La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)

Art. 5.- Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

Artículo 16. 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento.⁵⁶

Con este marco normativo internacional se busca que, a las mujeres, se les garantice la igualdad de género, de trato y de elección en su vida sexual, no sólo en la esfera pública sino también en la esfera privada; decidiendo la autodeterminación de forma positiva, eligiendo implicarse libremente en una situación sexual con otra persona; cambiando así, paulatinamente, las practicas basadas en las formas machistas históricas, donde la mujer era sumisa, considerada como objeto y no sujeto de derechos; aplicando formas de discriminación y otras conductas de patrón sexual, donde persistía la ausencia de voluntad por parte de la víctima, o la afectación al desarrollo de la personalidad y afectividad en su vida futura , actos realizados por la costumbre de las épocas de la humanidad. Pero a pesar de esa desigualdad

⁵⁶ Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Asamblea General de las Naciones Unidas 1979) artículos 5, 16.

en todos los ámbitos; en la modernidad hombres y mujeres han venido repitiendo patrones de funciones estereotipadas, basadas en la idea de inferioridad del sexo femenino, ocasionando ataques en su libertad personal y sexual; Es a raíz de estos acontecimientos pasados y, actuales que los Estados, han venido ampliando el compromiso de remover profundas transformaciones culturales, con efectos jurídicos, tendientes a desterrar y destruir los prejuicios y estereotipos sobre los que se asienta esa matriz socio-cultural sexista y patriarcal .

3.3.3 La Convención sobre los Derechos del Niño

Art. 19.1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentra bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que los tenga a su cargo.

Art. 34.-C) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "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". Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en

particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.⁵⁷

Es decir que se busca tutelar su indemnidad, como bien jurídico y lograr la adecuada socialización y preparación de su educación en la libertad sexual, ya que carecen por su edad de autonomía para determinar libremente su comportamiento sexual, incluso cuando externen su voluntad, pues sus características, propias de su desarrollo físico y psíquico, no les permite comprender el significado de los actos sexuales.

3.3.4 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Este pacto fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976, suscrito por El Salvador el 21 de septiembre de 1967, y ratificado el 23 octubre de 1979, en consecuencia es Ley de la Republica.

Haciendo un análisis de lo establecido en el Art.- 15. 1⁵⁸, del mencionado pacto, es decir que regula tanto el principio de irretroactividad de las normas penales, solo en beneficio para el reo. Como al establecer que nadie, puede por hechos, no constitutivos de delitos al momento de su realización, ser condenado, se concluye que hace alusión al principio de legalidad en su sentido material. Pues al realizar un análisis, de no cumplirse dicho principio y dejar ambigüedad en las normas, consecuentemente el hecho realizado y mal regulado no podría ser considerado delito.

⁵⁷ Convención sobre los Derechos del Niño, UNICEF (Comité Español 1989). 8,9

⁵⁸ Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, (Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966), 15.1.

3.4 Legislación Comparada sobre el delito acto sexual diverso

El Código Penal Salvadoreña regula los delitos contra la libertad sexual, en el título IV dichos delitos están divididos en tres capítulos: el capítulo uno regula sobre el delito de violación y otras agresiones sexuales; el capítulo dos, regula lo concerniente al delito de Estupro y el tercer capítulo se refiere a otro ataque a la libertad sexual; en el mismo título IV hay un cuarto capítulo que se refiere a indemnizaciones especiales para los autores de los delitos a que se refiere los capítulos I y II del presente título.

3.4.1 Legislación Española

Las novedades fundamentales en la regulación de los delitos sexuales se concentran en los tres primeros capítulos del Título VIII, estableciéndose una especie de graduación por la gravedad de las conductas, de tal modo que primero se tratan los ataques contra la libertad sexual efectuados con violencia o intimidación (agresiones sexuales), a continuación los ataques de esa naturaleza, efectuados sin violencia o intimidación, pero sin consentimiento (abusos sexuales), y por último, las conductas de solicitud de favores sexuales prevaliéndose de superioridad (acoso sexual).

La Exposición de Motivos del Código, modificados por la Ley de 11/1999 se refiere a la novedad de las técnicas punitivas utilizadas, señalando que “en este caso, alejarse de la tradición parece un acierto”, y este comentario no ha dejado de provocar críticas en algunos comentaristas, que han señalado la complicación innecesaria del marco legal y el abandono de una terminología

(violación, estupro...) socialmente muy arraigada y con un contenido claramente definido⁵⁹.

Sin embargo, la sistemática del Código penal de España, simplifica y aclara conceptos: se parte de un concepto básico de la conducta, el atentado contra la libertad sexual (en un caso con violencia o intimidación y en otro no, pero sin consentimiento), y lo que se introduce es una serie de agravaciones teniendo en cuenta la gravedad, de los medios por los que se anula la voluntad de la víctima. De este modo, situaciones como la del acceso carnal sobre un menor de edad o sobre una persona privada de sentido o con un trastorno mental, ya no implican necesariamente la forma más grave, la agresión sexual (antes violación), sino que la calificación como agresión o como abuso dependerá de que el medio empleado lleve consigo violencia o intimidación o no la lleve.

El Código Penal de España tipifica los delitos contra la libertad sexual en el título VIII bajo la modalidad “Delitos Contra la Libertad e Indemnidad Sexual” y dicho delitos los dividen en cinco capitulos: el primero se refiere a los delitos de “agresiones sexuales”, el segundo a “abuso sexuales”, el tercero a “acoso sexual”, el cuarto a “exbicionismo y provocación sexual” y el quinto a “prostitución y corrupción de menores”.

Es de esta forma que logramos analizar y siendo una de los motivos que nos llevaron a comparar la legislación española con nuestra, es debido, a que ellos dejaron de lado los tipos panales, conocidos como, violación y estupro, reordenando esta clasificación en 2 tipos penales bases, los cuales son agresiones sexuales y abusos sexuales.

⁵⁹ Gobierno de España, Ministerio de la Presidencia de España, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&p=20190302&tn=0>

Siendo uno de los motivos que llevaron a comparar la legislación Española con la Constitución vigente desde 1983, es debido, a que ellos dejaron de lado los tipos panales, conocidos como, violación y estupro, reordenando esta clasificación en 2 tipos penales bases, los cuales son agresiones sexuales y abusos sexuales.

En este caso el art.- 183. 1 Código penal de España: establece abuso sexual en menor de 16 años de edad, sabiendo que según la reforma el abuso sexual es el realizado sin violencia, “El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años”

En el caso siempre del art.- 183. 2 Código penal de España: establece la agresión sexual en menor de 16 años de edad, sabiendo que es la realizada mediante violencia, “Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación, el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión. Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo”

Como se analiza con relación a las penas en la legislación Española, el reproche de la conducta constitutiva de abuso sexual, es decir sin violencia y no siendo constitutiva de acceso carnal, la pena es de 2 a 6 años. Cuando en nuestra normativa es de 8 a 12 años, siendo inclusive más alta que la pena impuesta en España cuando se configura la agresión es decir mediante violencia, la cual es de 5 a 10 años de prisión.

3.4.2 Legislación Colombiana

La legislación de Colombia representa siendo un modelo aceptable, en razón a la regulación de los tipos penales que tienen que ver con acceso carnal o un acto diferente a este.

Siendo parte de la problemática en estudio y lo que le dio razón de ser a la investigación, debido a que en el países hay una serie de tipos penales regulados en el Título IV, del código penal, que se pueden confundir con otro, por ejemplo el tipo penal del art.- 166 con el tipo penal 165 inciso II, pues ambos tipos penales hacen alusión a tocamientos de contenido sexual, que no llegan a constituir un acceso carnal con la víctima, ambos regulan, en razón de la calidad del sujeto pasivo edades de menos de 15 años, esto según en el inciso II, del art.- 165 y el 166 inciso II, del código penal.

Por lo que analizando la normativa penal del país de Colombia, ellos no tienen ese problema pues dividen esas dos conductas, en relación a los menores de edad en acceso carnal abusivo con menores de 14 años y actos sexuales con menores de 14 años, siendo este último el relativo a acto sexual diverso, aunque no hay un epígrafe como el del código penal salvadoreño, que regule el acto sexual diverso, pero ellos en el art.- 209 del código penal Colombiano regulan actos sexuales abusivos donde está regulado el acto sexual abusivo hacia un menor de 14 años y en el desarrollo de ese tipo penal, hace énfasis que el acto sexual abusivo, tiene que ser diverso que el acceso carnal, por lo cual el país de Colombia, si tiene regulado este tipo penal, al igual que el código penal salvadoreño, pero sin el problema antes planteado, de tener varios tipos penal con el mismo objeto de regulación, pues el art.- 209 engloba todos los actos abusivos que no sean constitutivos de acceso carnal, hacia una persona menor de 14 años.

El Código penal colombiano, el Título IV, regula lo relativo “delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales”, estableciendo solo 2 tipos penales bases los cuales son: la violación y actos sexuales abusivos, siendo este último el que es realizado con menor de edad.

Donde las variantes de ambos son el acceso carnal y el acto sexual, siendo este el acto sexual diverso del acceso carnal.

- **De los actos sexuales abusivos**

Artículo 208, código penal de Colombia. Acceso carnal abusivo con menor de catorce años. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce años incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.

Artículo 209, código penal de Colombia. Actos sexuales con menor de catorce años. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años⁶⁰.

Por lo que según la legislación Colombiana es más simplificada de la legislación Salvadoreña en la razón que todo acto diferente del acceso carnal, será constitutivo de acto sexual. Inclusive haciendo un análisis de lo expuesto en el segundo párrafo del apartado 3.4.2, en el cual se menciona que en legislación Salvadoreña se genera un problema al momento establecer que calificación jurídica se da a una conducta que pueda encajar

⁶⁰ Código Penal, (Colombia: Congreso de Colombia, 2000), artículos 208 y 209, Avance Jurídico.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000_pr007.html
Asamblea Legislativa de Colombia, fortalecimiento de la lucha contra la explotación sexual de las personas menores de edad,
<http://www.asamblea.go.cr/sd/Documents/CEDIL/Ejecucion/Codigo%20Penal.pdf#search=codigo%20penal>

en los artículos 165 inciso II (acoso sexual), y el 166 inciso II (acto sexual diverso), del código penal Salvadoreño.

Como antes mencionado en nuestra legislación estos tipos penales tienen el mismo objeto de regulación, al ser dirigido a menores de 15 años y que no constituya acceso carnal es decir tocamientos. En cambio en la legislación Colombiana, se ha establecido en el art.- 209 actos sexuales con menores de 14 años que no constituyan acceso carnal, y en el art.- 210 regula acoso, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente, por lo cual haciendo un análisis de la literalidad de las palabras, vemos que en ninguna hace alusión a tocamientos es decir el acoso sexual en Colombia, es poner en peligro la libertad sexual, con acciones no constitutivas de acto sexual, asimismo podemos decir que el asedio físico, no hace alusión a tocamientos, sino a perseguir a una persona en un ámbito público o privado, por lo cual no hay consideramos que haya una contradicción de esos dos tipos penales.

Problema que no se observa en el Legislación Colombiana debido que se ha establecido en el artículo 209 actos sexuales con menores de 14 años que no constituyan acceso carnal, y en el artículo 210 regula acoso, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente, por lo cual haciendo un análisis de la literalidad de las palabras, que en ninguna hace alusión a tocamientos es decir el acoso sexual en Colombia, es poner en peligro la libertad sexual, con acciones no constitutivas de tocamientos, estos últimos queda regulado en el artículo 209 del código penal de Colombia, asimismo decir que el asedio físico, no hace alusión a tocamientos, sino a perseguir a una persona en un ámbito público o privado, por lo cual no hay contradicción de esos dos tipos penales.

Comparándolo con legislación Salvadoreña se analiza que no tienen el problemas de que calificación jurídica, que le imponen a una determinada acción, pues que ya tienen regulado que si no es acceso carnal, será acto sexual, con las variantes retomadas en la misma ley y especificadas de igual forma para los menores de edad, asimismo que en tanto a la pena impuesta por la realización de este tipo penal, es mayor que los dos supuestos regulados en el tipo penal del art.- 166 del código penal, pues es de 9 a 13 años, cuando a El Salvador la pena máxima a imponer es de 8 a 12 años, de igual forma hay un apartado en la legislación Colombiana relativa a las agravantes, en el art.- 211, donde se establece una serie de actos, de los cuales si se comprueba su cometimiento, la sanciona imponer será un aumento de la tercera parte a la mitad.

3.4.3 Legislación de Costa Rica

Con relación a la legislación penal aplicable del Estado de Costa Rica, se ha comparado tomando en cuenta que recientemente incorporaron unas reformas, específicamente en el año del 2007, relativas, al fortalecimiento de la lucha contra la explotación sexual de las personas menores de edad sexuales contra personas menores de edad e incapaces.

Siendo otros de los motivos para hacer la comparación, de legislaciones de actualidad mencionado, interesa mostrar los dos aspectos el actual y el histórico, pues en el trabajo de investigación, se habla de los antecedentes históricos de la libertad sexual, y como la misma se ha ido desarrollando a lo largo de los años, pero a pesar de eso este desarrollo no se ha generado de forma general en todos los países, pues vemos en la legislación penal de Costa Rica, una pena impuesta cuando el hecho reprochable se ha realizado a una mujer “honesta”.

Por lo es, el punto tanto el de actualidad, por la reforma realizada el 2007, y el punto histórico, establecido en otros tipos penales, diferenciando a una mujer honesta de quienes por motivos subjetivos, se considera deshonestas, el fundamento de comparación de la legislación de Costa Rica, con la legislación Salvadoreña.

Generado por la reforma mencionada se estableció el art.- 161 del Código Penal de Costa Rica, Quien de manera abusiva realice actos con fines sexuales contra una persona menor de edad o incapaz o la obligue a realizarlos al agente, a sí misma o a otra persona, siempre que no constituya delito de violación, imponiendo sanción con pena de prisión de tres a ocho años⁶¹.

Analizando este artículo, en Costa Rica no tiene regulado el tipo penal acto sexual diverso con esta conceptualización, sino que lo regula como abusos sexuales contra personas menores de edad e incapaces, pero haciendo alusión a actos sexuales diferentes del acceso carnal, pues establece que ese abuso sexual no tiene que ser constitutivo de violación, es decir acceso carnal, es debido a esta explicación, que a pesar, que no esté regulado el tipo penal de la misma forma que en normativa Salvadoreña, si es comparable en relación al objeto de regulación, siendo este actos sexuales diferentes del acceso carnal.

Asimismo que la pena impuesta en Costa Rica por la realización de abusos sexuales contra personas menores de edad e incapaces, es de 3 a 8 años cuando en nuestra legislación la pena que regula el art.- 166 inciso I, es de 4 a 8 años, siendo mayor el grado de reproche en nuestro país. Asimismo es

⁶¹ Asamblea Legislativa de Colombia, fortalecimiento de la lucha contra la explotación sexual de las personas menores de edad,
<http://www.asamblea.go.cr/sd/Documents/CEDIL/Ejecucion/Codigo%20Penal.pdf#search=codigo%20penal>

de tener en cuenta que el art.- 161 del código penal de Costa Rica regula agravantes, dando una serie de supuesto lo cuales si se comprueba su cometimiento, la pena a imponer es de 4 a 10 años de prisión, cuando en El Salvador el art.- 166 regula en su inciso II, pena de 8 a 12 años de prisión. Estableciendo en relación a las penas de ambos ordenamientos jurídicos una diferencia, en razón a la pena impuesta, siendo mayor el grado de reproche en El Salvador.

De igual forma es pertinente manifestar, que analizando la legislación penal de Costa Rica aún hay marcados concepciones consideradas, en una sociedad machista pues hay disposiciones legales como la del Art.- 164 del mismo cuerpo legal donde habla de mujer honesta, estableciendo el tipo penal de la siguiente forma, raptio impropio art.-164 Será reprimido con prisión de seis meses a tres años, el que raptare con fines libidinosos a una mujer honesta mayor de doce y menor de quince años, con su consentimiento.

Por lo que es importante mencionar que al inicio de esta investigación en los antecedentes históricos de la evolución de la libertad sexual, se podría determinar que concepciones como la antes mencionadas habían quedado superadas, en relación a la principio de igual y no discriminación en razón de raza sexo, orientación sexual, clase social, creencias, orientación política, afirmación que en este momento se puede desvirtuar, pues en países como Costa Rica se encuentra aún aspectos diferenciadores, en relación a los grupos sociales antes mencionados.

CAPITULO IV

ANÁLISIS DEL TIPO PENAL ACTO SEXUAL DIVERSO ARTÍCULO 166 DEL CÓDIGO PENAL

En el presente apartado se expone, el análisis de dos sentencias, las cuales se consideran aplicables al objeto de estudio; las que se encuentran en el centro de documentación judicial, de la Corte Suprema de Justicia, la primera correspondiente al tribunal primero de sentencia de Zacatecoluca, y estudiando el contenido de la misma, se determina que es adecuada, a la investigación, debido a que una de las preguntas es ¿cómo se realiza el análisis de tipo, para diferenciar el tipo penal del art.- 166, de otros tipos penales que regulan el mismo bien jurídico? Es decir, la libertad sexual, y de esta forma ver la aplicación en un caso en particular y el análisis que el juzgador realiza al momento de conocer, sobre esta clase de delitos.

Por otro parte se analiza una sentencia de la Sala de lo Constitucional, emitida en un proceso de inconstitucionalidad, promovido contra el Art.- 160 Inc. I, del CP, por la supuesta vulneración al principio de legalidad, siendo uno de los aspectos, que corresponde a la investigación, por lo que se estudian los fundamentos, dados por la Sala, a efecto de dar paso a las consideraciones, en relación al objeto de la investigación

4.1 Análisis de la sentencia referencia 171Z-4A3-15

La sentencia objeto de análisis, es la emitida por el Tribunal Primero de Sentencia de Zacatecoluca, La Paz, en julio del 2015.

Siendo la causa del proceso, los delitos regulado en el arts.- 160, relativo a otras agresiones sexuales, en la modalidad agravada, art.- 162 N°3, y arts.- 169 y 147-D, todos del CP. Realizado a petición de la defensa y reafirmado por la representación fiscal, se solicitó el cambio de calificación jurídica, por el delito de acto sexual diverso, prescrito y sancionado en el art.- 166 CP, de igual forma el juzgador subsumió, el delito regulado en el art.- 169, al 166 CP, es importante mencionar que se procedió a la aplicación del procedimiento abreviado, reuniendo los presupuesto de los arts.- 417 al 418 CP.

Al tener una aproximación de forma general, sobre la estructura de la sentencia, se procederá al análisis de los aspectos de fondo de la misma, se expresa estas generales en el sentido de poder ubicar al lector.

4.1.1 Hechos penalmente relevantes

En cuanto a los hechos penalmente relevantes, hay que hacer una diferenciación debido a que fueron dos sujetos activos los que participaron, uno de ellos siendo un menor de edad, y por lo tanto no siendo competencia en razón de la materia, para ser procesado en materia penal común, el siguiente si es mayor de edad, y como sujetos pasivos, dos menores de 16 años al momento del cometimiento del delito, siendo los hechos, los siguientes.

Los hechos presentados en la acusación por parte de fiscalía, constituyen el parámetro, para establecer el objeto de debate en el proceso. En síntesis, los hechos por los cuales fue procesado, en relación al primer menor son: Que le dio de ingerir bebidas alcohólicas, posterior a eso la llevo a un motel, y cuando estaba en la cama, en el cuarto del referido motel, el acusado

procedió a tocarle las piernas, la vulva, y posterior a eso comenzó a realizarle sexo oral, a pesar que ella se negaba.

Con relación a la otra menor los hechos según la acusación fiscal, en síntesis, son: Que le dio a ingerir bebidas alcohólicas y que posterior a eso la llevo al motel, cuando ella se encontraba en el baño vestida, pero completamente mojada, el acusado le fue a pegar en la pierna para que se despertara, pues ya se iban del motel. Se hace la aclaración, que se expone la síntesis objetos del debate, pues son estos los hechos que el juzgador, adecuada mediante el análisis de tipo, si se configura el delito o no.

4.1.2 Puntos objetos del análisis

El análisis de la sentencia, se realizará desde dos puntos de vista. El primero, es la fundamentación dada por el juzgador, para establecer ese hecho, como acto sexual diverso, en relación a la primera víctima, el siguiente y a pesar que puede desviarse del objeto de estudio, es apropiado hacer un análisis en cuanto a la responsabilidad civil, derivada de la responsabilidad penal, en relación a la segunda víctima. Al momento que el tribunal establece, los elementos descriptivos del tipo penal, relativos a acción, tipicidad, autoría, tipo subjetivo, causas de justificación, culpabilidad, solo se analizara lo relativo a tipicidad.

4.1.3 Primer punto de análisis tipicidad

“En el delito de acto sexual diverso, cuya conducta consistente en el engaño y que no exista acceso carnal por vía vaginal o anal con persona mayor de quince años y menor de dieciocho años de edad, situación que en este caso se encuentra suficientemente establecida, en tanto que se ha probado con las certificaciones de las partidas de nacimiento de las menores víctimas que

al momento en que los hechos tenían la edad de dieciséis años, por lo que los elementos objetivos del tipo se establecen”⁶².

Del argumento del juzgador, se analiza la diferenciación que él da, del acto sexual diverso y del acceso carnal. Pues es de entender que el acto sexual diverso, solo se diferencia el acceso carnal.

Pero el acceso carnal, tal y como lo regula la legislación salvadoreña, puede ser de 3 tipos, los dos primeros, efectivamente siendo por vía vaginal o anal, y tipificado como violación según los arts.- 158 y 159 o estupro según los arts.- 163 y 164 todos del CP. Y el tercero por vía bucal, según el regulado como otras agresiones sexuales en el art.- 160 Inc. II CP. Por lo que, basados en este fundamento, no es apropiada la diferenciación que realizó el juzgador, pues solo diferencio el acto sexual diverso de acceso carnal vía vaginal o anal, restricción que realizó, al momento de la tipificación. Cuando ya se ha mencionado que en la legislación Salvadoreña se encuentra retomado el acceso carnal vía bucal, en el tipo penal del art.- 160 Inc. II CP.

Bajo esta misma línea de idea, sí el legislador hubiera querido diferenciar, los actos sexuales diverso, con el acceso carnal vía vaginal o anal, tal como lo plantea al momento de tipificar el juzgador, lo hubiera establecido como actos diversos de la violación, pues es esta, la que reúne los aspectos diferenciados por el tribunal, el cual es acceso carnal, vía vaginal o anal.

⁶² Tribunal Primero de Sentencia de Zacatecoluca, *Sentencia Condenatoria*, Referencia: 171Z-4A 3-15 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015).
<https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F2010-2019%2F2015%2F07%2FBA6EC.PDF&number=763628&fecha=13/07/2015&numero=171Z-4A3-15&cesta=0&singlePage=false%27>

Se comprueba la tesis sostenida en la formulación del artículo 160 Inc. I, pn., pues el legislador diferencio la agresión sexual de la violación, no de acceso carnal, porque en el inciso II, del citado artículo, establece la tercera forma en la que se puede realizar el acceso carnal, es decir por vía bucal.

Por lo tanto, todos los actos que no encajen en las 3 formas de acceso carnal, serán considerados actos sexuales diversos, asimismo que se realice mediante engaño, con persona mayor de 15 años o menor de 18 años de edad, según el artículo 166 Inc. I. Con relación al Inc. II, pn., aunque haya consentimiento del sujeto pasivo, si se realiza un acto sexual diverso, con un menor de 16 años de edad, se constituye el delito, pues el elemento determinante es la edad de la víctima.

4.1.4 Segundo punto de análisis

El siguiente punto de análisis tal y como se mencione en el apartado 4.1.2, de este trabajo de investigación, es el relativo a la responsabilidad civil, pues es de entender que el acusado, estaba siendo procesando por agresión sexual en menor e incapaz art.- 161, inducción, promoción y favorecimiento de actos sexuales o eróticos art.- 169 y suministro indebido de bebidas alcohólicas art.- 147-D CP, pero al darse el cambio de calificación jurídica y la subsunción del delito, se procesó por actos sexuales diverso art.- 166 y suministro indebido de bebidas alcohólicas art.- 147-D CP, este último en perjuicio de la segunda víctima.

Con relación a esto se puede analizar, que solo se procesó al acusado por lo regulado en el art.- 147-D CP, en perjuicio de la segunda víctima, aunque en la sentencia no se habla nada de eso y solo se establece que se instruyó el proceso por los delitos regulados en los art.- 166 y 147-D, no haciendo un tratamiento diferenciado en razón de las víctimas, que son dos, sino como

una sola, a pesar que rinden las dos, declaraciones como víctima. Por lo que hay aspectos de incongruencia en la sentencia en análisis.

“En cuanto a las consecuencias civiles del delito que regula el art. 114 y 115 CP. Obviamente la declaración de responsabilidad penal genera una responsabilidad civil. En este caso sólo corresponde la de indemnización la primera víctima por tratarse del delito de actos sexuales diversos, y esto es una forma de compensar el perjuicio ocasionado la víctima, y lo dejo entrever en la vista pública en ese sentido se le condena al acusado, al pago de la cantidad de quinientos dólares para la víctima, [...] y trescientos para la víctima [...], en concepto de responsabilidad civil, monto que minutos después de terminada la vista pública el acusado hizo efectivo el pago por dicha responsabilidad a la víctimas, dándose por recibidas a su entera satisfacción las señoras [...], en representación de las jóvenes víctimas y en cuando al delito de suministro indebido de bebidas alcohólicas, se le absuelve de toda responsabilidad al acusado, por no haberse establecido el hecho imputado, ante la insuficiencia de pruebas”⁶³.

Establecidos los fundamentos del tribunal para la imposición de responsabilidad civil al acusado, al momento que se le condeno por el delito de acto sexual diverso art.- 166 y debido que la ejecución de delitos o faltas conlleva una responsabilidad civil, según el artículo 114 pn., es de entender que la responsabilidad civil, en materia penal deviene del cometimiento de un delito o falta y en consecuencia el juzgador debe de aplicar la que en el caso en particular sea conveniente, según el artículo 115. Es acá donde vemos la

⁶³ Ibid.

<https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F2010-2019%2F2015%2F07%2FBA6EC.PDF&number=763628&fecha=13/07/2015&numero=171Z-4A3-15&cesta=0&singlePage=false%27>

consecuencia de la incongruencia establecida en el apartado 4.1.4, pues al momento de establecer el cambio de calificación jurídica y la posterior subsunción, se dio un trato como si solo hay una víctima y fiscalía al no poder probar el cometimiento del delito regulado en el artículo 147-D pn. Solo se generaba responsabilidad civil para la primer víctima, por el cometimiento del delito acto sexual diverso, pues la pregunta que se genera y que es válida realizar es ¿por cuál delito se declaró responsabilidad civil al acusado, al momento de dar 300 dólares a la segunda “víctima”?, con lo planteado, se determina que solo, derivaba responsabilidad civil, por el delito acto sexual diverso, e indemnización a la primer víctima y no por el delito regulado en el artículo 147-D pn., siendo este por el que se procesaba, en relación a la segunda víctima, pues ese no se logró probar.

4.2 Análisis de la sentencia bajo referencia 105-2012

La Sala de lo Constitucional, sentencia de inconstitucionalidad, de fecha julio del 2015, el proceso de inconstitucionalidad se presentó por la presunta vulneración al principio de legalidad en materia penal, del art.- 160 Inc. I del código penal, relativo a otras agresiones sexuales.

Lo relevante de esta sentencia, es lo relativo al considerando de la Sala de lo Constitucional, porque lo planteado por los demandantes es de gran aproximación a los postulados planteados en la presente investigación, por lo cual se deja de lado, las intervenciones realizadas por la Asamblea Legislativa y la Fiscalía General de la Republica, debido que solo constituye aspectos vinculantes, los postulados dados por la Sala.

4.2.1 Objeto del control constitucional

En lo esencial, los demandantes afirmaron que el artículo 160 inc. 1° código penal. Vulnera el principio de legalidad porque para ellos constituye un tipo penal abiertos o como la doctrina lo menciona, clausulas generales de la cuales ya se ha presentado lo esencial, en este trabajo de investigación, según ellos es un tipo penal abierto en primer punto, porque el juez no tiene un parámetro normativo para su aplicación al no establecer que conductas no constituyen violación, el otro aspecto recae en el sentido del término agresión sexual, pues no existe una clara descripción de la infracción o para ser más precisos no existe la tipificación de la conducta prohibida, en base a estos postulados analiza la Sala, si vulnera a no el principio de legalidad en materia penal⁶⁴.

En razón a esta postura planteada, la Sala, hace las siguientes valoraciones entorno a los alcances del mandato de determinación o taxatividad, y analiza si la formulación del tipo penal del art.- 160 Inc. I CP, vulnera tales postulados. Análisis intelectual que se puede hacer en la presente investigación entendiendo las diferencias, que cada tipo penal tiene, y la propia aplicación que pueden tener. Determinando oportuno realizarlo, en la parte conclusiva de esta investigación.

4.2.2 Análisis de la interpretación de la sala de lo constitucional del mandato de determinación

Es importante recordar el fundamento del mandato de determinación o taxatividad como elemento integrante del principio de legalidad penal. Igual que el principio de legalidad en general, el mandato de determinación penal

⁶⁴Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad*, Referencia: 105-2012 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015).

sirve a la libertad, la igualdad y la seguridad (arts. 1, 2, 3 y 8 Cn.) como valores fundamentales del Estado de derecho. La posibilidad de conocer o saber cuáles conductas están prohibidas mediante la amenaza de una sanción permite a las personas organizar sus planes de vida y actuar dentro de los límites así fijados por la ley.

Una de las principales posturas de la Sala, es establecer que el principio de taxatividad, se vulnera cuando se establecen tipos penales, los cuales estén formulados en términos, que no puedan ser verificados por medio de una interpretación razonable, dependiendo de elementos subjetivos del juzgador, conllevando a una norma oscura y de contenido arbitrario.

Esto es parte de lo que sostiene la Sala, y considerado aceptable dentro de la postura mayoritaria de la Doctrina, la cual se encuentra retomada en esta investigación, debido a que el legislador trata de regular conductas, que se generan en la sociedad, y están a disposición de la casuística, por el sin fin de actividades que el ser humano puede realizar, por esta razón para que en ciertas normas de contenido demasiado general, se cumpla el fin de protección de la norma penal, se tiene que utilizar un cierto grado de indeterminación y no por esto, una norma vulnera el principio de legalidad, pero este grado de indeterminación tiene que cumplir parámetro como lo expresado por la Doctrina y la Sala de lo Constitucional, los cuales son: Que los conceptos empleados, puedan ser interpretados por medio de su significado de acuerdo a su contexto gramatical, normativo y utilizando una interpretación restrictiva.

El principio de taxatividad tiene que ver con la interpretación que el juzgador puede realizar, es este el primer punto de verificación del cumplimiento de este mandato, otro es el control difuso que poseen los juzgadores art.- 185

CN, y la fundamentación que realiza, al establecer si una conducta es típica, antijurídica y culpable, según una norma penal, por lo cual se puede sostener que la mera imprecisión o apertura textual de un concepto o expresión no es en sí misma inconstitucional, sino que puede incluso ser inevitable, de acuerdo con el objeto de regulación o el fin de protección de la norma, Lo que infringe el mandato de taxatividad, es que el significado de un término sea tan difícil de determinar que prácticamente impida identificar o prever la clase de conductas prohibidas.

4.2.3 Conceptos jurídicos indeterminados en la formulación del artículo 166 del Código Penal

En este apartado se intentará dar respuesta a la interrogante que se plantea como situación problemática en estudio, la cual se refiere a: ¿Se transgrede el principio de legalidad, por no precisar de forma clara, precisa e inequívoca la conducta en el delito de acto sexual diverso regulado en el art 166 del Código Penal? Primeramente, se debe destacar que los delitos sexuales, como el que se está estudiando, están relacionados al desarrollo de aspectos culturales y sociales de cada época y lugar.

A partir de la pregunta que antes se planteó, de manera preliminar habría que decir que la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados per se, puede ser esa, una técnica aceptada, hasta ciertos puntos jurídicos técnicos; debido al fenómeno llamado realidad, que por naturaleza es cambiante. Claro está que, en el ámbito práctico, existen criterios que deben valorarse para aceptar dichas formulaciones.

Ahora bien, los conceptos que se encuentran en la formulación normativa de este artículo 166 del código penal, que, para el criterio de esta investigación, podrían presentar características o apariencia de ser un concepto jurídico

indeterminado; de los cuales pudiesen encontrarse fuera de los márgenes de determinación a través, de valoraciones jurídico-técnicas, a pesar de encontrarse inmersos en la técnica de la indeterminación.

El primero de estos conceptos considerados es el acceso carnal, el cual, para el objeto de este estudio, se estimó que posee cierta indeterminación en su sentido conceptual; pero es necesario preguntarse ¿Verdaderamente existe indeterminación en este concepto? Pues al tenor de la doctrina y consultas realizadas a profesionales, en la que se ha soportado el apartado de esta investigación, es que “el acceso carnal tiene que ver con actos sexuales donde existe la penetración, debido que esta conducta se configura por la penetración del órgano genital masculino en orificio natural de otra persona, cualquiera sea su sexo, por vaso normal o anormal, produciéndose el coito o un equivalente anormal del mismo”⁶⁵. Entonces una vez retomado esta idea conceptual es importante que se mencione que los criterios jurisprudenciales de este tipo de actos, se encuentran enmarcados en esta idea o postura; la cual muy difícilmente admite una valoración, que una vez se genere el supuesto, se pueda cambiar de opinión

De todo lo anteriormente mencionado, es que se puede descartar la idea que el acceso carnal pueda estar dotado de indeterminación, pues el hecho que exista la penetración del miembro sexual masculino, en orificio anal, vaginal o inclusive bucal, rompe la idea que sea necesaria una valoración del acto mismo en función del concepto, pues todo esto ligado a un acto meramente sexual y vejatorio si la víctima no los desea. En términos sencillos se podría

⁶⁵ Enciclopedia Jurídica en línea, Ed. 2020.
<http://www.encyclopediia-juridica.com/d/acceso-carnal/acceso-carnal.htm#:~:text=Para%20la%20opini%C3%B3n%20dominante%20en,un%20equivalente%20anormal%20del%20mismo.>

reducir a, que penetración es penetración, independiente de la manera y la cavidad en las que se realice.

Por otro lado, se tiene el concepto acto sexual diverso, el cual es el propio nombre que se le brinda a la descripción típica que realiza el artículo, resulta pues, que este concepto si se encuentra dotado de cierta indeterminación. ¿Por qué? Sucede que se trata de una descripción que se puede categorizar como genérica, que no delimita una solo actividad o un solo acto, pues para su configuración puede bastar con un solo acto que sea de índole sexual pero que no conlleve acceso carnal, y que la víctima entienda que sea lasciva para indemnidad sexual, se trata pues de una indeterminación en el ámbito practico, más que de estructuración o redacción de norma, debido a que el elemento que admitirá la valoración del aplicador de la norma, es decir el juez, es el concepto de lascivo⁶⁶

Es entonces que a partir del elemento de lo lascivo que resulta un acto para una persona u otra, el índole sexual o lujurioso, será más o menos gravoso, o inclusive puede suceder que se trata de un acto meramente normal, y que la víctima lo sobreentienda como un acto con intención sexual, recalcando nuevamente que se trata de actos que no llegan a ser agresiones sexuales, o tendientes a concretizar el acceso carnal.

En función de todo lo antes expuesto, se considera que, si bien existe esta indeterminación en el concepto, realmente no es generador de una transgresión al principio de legalidad, pues habrá que entender que dicho

⁶⁶ “Adjetivo. Se entiende por lascivo como relativo, concerniente y perteneciente a la **lascivia** o también al erotismo o la obscenidad. Se dice especialmente de una persona, que tiene o que es propenso a lascivia, impudicia, sensualidad o lujuria”. Dicciona, definición y etimología. <https://definiciona.com/lascivo/>

concepto necesita apoyarse de esta técnica, por las diversas conductas que pueden llegar a considerarse como configurativo de este delito.

Dicho todo lo anterior, el delito acto sexual diverso según la jurisprudencia con referencia 171Z-4A3-15, cumple para su tipificación, con los elementos del tipo que son los componentes del delito, que plasma el principio de legalidad, más concretamente, la garantía criminal (*nullum crimine sine lege*); pues dicho elemento consiste en el supuesto de hecho abstracto, que la ley prevé y describe, de modo que una conducta es típica cuando la misma encaja en la definición de la ley penal.

Es importante resaltar que el principio de legalidad posee un fundamento político criminal, que procede del sentido material de la norma y de la función motivadora que se le asigna, porque la ley sólo puede cumplirse cuando el mensaje es claro y está públicamente expresado en una disposición con vigencia anterior al hecho.

La Sala de lo Constitucional por su parte sostiene que *“ley funciona como límite a la actuación punitiva del Estado cuando es previa (prohibición de retroactividad des favorable); escrita (prohibición de la costumbre como base para sancionar delitos); cierta (exigencia o mandato de determinación o taxatividad de la ley penal); y estricta (prohibición de la creación judicial de delitos mediante el uso de la analogía). De esta manera, no basta que la conducta considerada delito sea regulada, descrita o configurada en una ley emitida por la Asamblea Legislativa (aspecto formal de la garantía), sino que esa descripción o regulación tiene ciertos límites en cuanto a su modo de expresarse, redactarse o formularse con palabras (aspecto material de la garantía)”*.

Ahora bien, el mandato de determinación o taxatividad, constituye de igual manera una garantía contra la actuación del Estado, tendiente a garantizar la libertad, igualdad y seguridad jurídica, dicho mandato de taxatividad no se debe perder de vista que se encuentra inmerso en el principio de legalidad.

El mandato de taxatividad entonces es aquel que brinda la posibilidad de conocer o saber cuáles conductas están prohibidas mediante la amenaza de una sanción permite a las personas organizar sus planes de vida y, actuar dentro de los límites, así fijados por la ley y, que a través de esto las personas puedan adaptar su plan de vida, y saber a qué se atienen, si frente al Estado realizan acciones fuera de estos márgenes.

Respecto a este mandato de determinación o taxatividad la Sala de lo Constitucional en la sentencia ref. 105-2012 retoma las ideas de la sentencia 1-IV-2004, Inc. 52-2003, en la cual se sostiene *“se viola dicho principio en el caso de figuras delictivas cuyos elementos constitutivos están formulados en términos cuya interpretación no permite una verificación precisa, incentivando diversas opciones interpretativas de carácter subjetivo en el juzgador [...] Es muy importante que en la determinación prescriptiva de conductas punibles, no se utilicen conceptos oscuros e inciertos, que puedan inducir a la arbitrariedad, pues cada individuo debe entender perfectamente a qué atenerse, lo que reclama al legislador que las leyes penales sean precisas y claras [...] mediante procesos jurídicos que permitan predecir, con suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen una infracción y las penas o sanciones aplicables. Por tanto, no pueden considerarse conformes al art. 15 Cn., los tipos formulados en forma tan*

*abierta que su aplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria de los jueces y tribunales”*⁶⁷

Consecuentemente aplicado al caso en particular del artículo 166 del código penal, tendiente a señalar el acto sexual diverso como delito, se puede decir que si bien este concepto puede presentar indeterminación en su alcance, la apreciación o valoración que realice el juzgador al elemento lascivo de la conducta de índole sexual puede ser verificada y determinada por la misma ley penal, pues ya señala otras conductas como delito cuya índole son de carácter sexual, pero que no constituyen acceso carnal, razón por la cual el aplicador o el juzgador puede retomar estas conductas del catálogo de delitos del código penal para verificar y garantizar una correcta aplicación de la norma.

Tal es el caso de la sentencia con ref. 171Z-4A3-15 Del Tribunal Primero De Sentencia De Zacatecoluca, en la cual el sujeto activo de la conducta prohibida por la ley, había configurado tres actos descritos como delitos, los cuales eran; *otras agresiones sexuales en modalidad de agravada*, previsto y sancionado en los Arts. 160 Inc. 2º y 162 Nº 3 del Código Penal.; *inducción, promoción y favorecimiento de actos sexuales y eróticos*, previsto y sancionado en el Art. 169 Código Penal.; y *suministro de indebido de bebidas alcohólicas*, previsto y sancionado en el Art. 147-D del Código Penal, los cuales como resultado de cambio en calificación jurídica realizada por la fiscalía se adecuo a la conducta descrita y señalada como acto sexual diverso del artículo 166 del código penal salvadoreño.

⁶⁷ Sala de lo Constitucional, Referencia: 105-2012 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015).
<https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F2010-2019%2F2015%2F07%2FB187F.PDF&number=727167&fecha=08/07/2015&numero=105-2012&cesta=0&singlePage=false%27>

En el apartado anterior es apreciable entonces, como el juzgador a través de la valoración del elemento lascivo, de las conductas que recaen sobre los menores de edad que señala y precisa el artículo 166 pn., puede verificar y garantizar que dicho criterio o valoración se enmarque, en la garantía que constituye el principio de legalidad y el mandato de taxatividad, sin generar una transgresión al principio de legalidad en sentido material.

4.3 Posturas jurídicas, respecto al delito acto sexual diverso y el principio de Legalidad

En cuanto a lo referente a este apartado se omitirá el nombre de los profesionales entrevistados debido a que a petición de que los mismos desean permanecer anónimos.

4.3.1. Abogado 1

De la entrevista, se puede establecer los componentes que la conforman, de los cuales son:

- Si tiene incidencia practica el delito en estudio.
- El segundo, determinar si a criterio del entrevistado, se vulnera el principio de tipicidad.
- Por ultimo si considera factible una reformulación de los tipos penales, relativos a la libertad sexual.

Abogado en el libre ejercicio, con 27 años de experiencia. Su especialidad es materia penal.

Manifiesta que fiscalía siempre busca otra calificación, dentro de los requerimientos pone tres delitos a ver que delito se aproxima, porque esté delito es muy complejo.

Fiscalía siempre busca otra calificación, dentro de los requerimientos pone tres delitos a ver que delito se aproxima, porque esté delito es muy complejo.

Que con esta fiscalía normalmente lo coloca en otras agresiones sexuales, y él como defensa debe buscar la manera de negociar y ver en qué tipo se encuadra. Para buscar una pena mínima.

A criterio del abogado puede decir que el acto sexual diverso es cualquier aberración, que tenga una persona, hacia otra.

ÉL considera que este tipo penal es poco aplicado, debido a lo complejidad para establecer las conductas que se regulan en ese delito, por eso es que se opta, por otros delitos, también porque el parámetro de edad es del mismo.

Estos delitos son conocidos como delitos de alcoba, y por esta razón se considera idónea la declaración de la víctima, esto con relación a los medios probatorios.

Según su experiencia este tipo penal es poco aplicado, porque, no es objetivo. Un ejemplo de esto es el caso del ex magistrado Escalante, sobre el abuso sexual de una niña de 10 años, sobre los tocamientos realizados a esta niña por parte del él.

Considera que este tipo penal es indeterminado, no es muy objetivo, no hay taxativos, a los actos que se puede considera constitutivo de delito, ejemplo: cuando el padrino sin necesidad morbosa, toca a su ahijada.

Para una posible solicitud de cambio de calificación jurídica, se toma en cuenta las edades, en cuanto a la gravedad de las penas, no hay actos

específicos que determine el hecho delictivo, es por esta razón que da un margen de modificación.

Considera factible una reforma con relación a este tipo penal, pues se tiende a confundir este delito con otros.

4.3.2 Abogado 2

Se desempeñó durante 8 años en la unidad de atención especializada para la mujer y unidad de delitos relativos a la niñez, adolescencia y la mujer en su relación familiar; en la actualidad ejerce el libre ejercicio de la profesión. En la especialidad del Derecho Penal.

Considera que la base constitucional de los delitos contemplados en el código penal guarda relación con los arts. 1 y 2 de la constitución, esto debido a que el Estado protege a la persona humana como tal, ya que los delitos por lo general atentan contra la vida. El patrimonio, la indemnidad sexual, así como contra otros derechos inherentes al ser humano.

A criterio del abogado, el principio de legalidad rige de alguna manera un mandato de obligatorio cumplimiento de la ley, desde la constitución; pero en el caso del código penal, se debe atender el artículo 1, donde se dice que todo delito debe encontrarse descrito previamente, así como la sanción que este conlleva, ante su cometimiento.

Bien dicho esto, el delito acto sexual diverso tiene que ver con la protección sexual de la libertad sexual, el fomento y desarrollo sexual de las personas, este tipo de delitos por lo regular tutela a menores de edad.

Este delito posee dos formas de configurarse, atendiendo a los dos incisos formulados; pero debo mencionar que dé la sola lectura del artículo, debe

tenerse claro que el sujeto activo puede ser cualquier persona indistintamente de su edad y género. Mientras que el sujeto pasivo son los menores que se encuentran en los parámetros de edad que el artículo menciona.

La diferencia de este delito con los otros que se encuentran en este capítulo III, del código penal, es el tema del acceso carnal, pues para la configuración típica de este, no existe tal situación. Que la Jurisprudencia del país ha entendido como la introducción del miembro viril masculino, razón por la cual una mujer no puede ser sujeto activo del delito de violación, pero en este tema me parece que podría replantearse esto.

Lo que si ocurre es que los sujetos pasivos en este delito de acto sexual diverso, reciben actos libidinosos en sus cuerpos, es decir no son actos de penetración sexual, pero sí de índole sexual. En la práctica los jueces atienden al criterio de lo lascivo que puede llegar a ser la acción que recibe el sujeto pasivo.

Respecto al inciso segundo es un tanto parecido con lo regulado por delito de estupro, de igual manera posee la diferencia en los actos que recibe el sujeto pasivo que siguen siendo de índole sexual, pero sin llegar al acceso carnal, aun existiendo el elemento del consentimiento.

En la práctica, si se aplica esta disposición; pero estadísticamente hablando no tiene un gran impacto en el sistema judicial del país, esto a diferencia de los demás delitos en este capítulo I, del código penal como la violación, la agresión sexual y otros.

Esto no quiere decir que no se den este tipo de conductas, es llamativo que de los pocos casos que existen, no figuran mujeres como sujeto activo del delito.

Otra situación que puede acontecer es que las personas por desconocimiento de ley consideren que este tipo de conductas no son tan graves, y es necesario que concurren comportamientos más graves para ejercer la tutela del bien jurídico.

También menciona que el agresor con una desviación en el comportamiento relacionado a esta esfera sexual, busque algo más que un tocamiento, besos en zonas íntimas de las víctimas o demás acciones de índole sexual distintas del acceso carnal. Es decir, puede iniciar como acto sexual diverso, pero probablemente termine constituyendo violación u otro delito relativo a la libertad sexual.

La valoración que hace, si las conductas tipificadas en el código penal, podrían constituir este delito. Primero debo mencionar de manera general el principio de subsunción, en donde el delito de menor pena, se subsume en el de mayor sanción penal. Por otro lado, hay que tener claridad que la calificación jurídica antes de ventilarse en el sistema judicial es provisional, incluso dentro del proceso sigue gozando de esa calidad, pues puede existir un cambio en la calificación jurídica hasta antes de que exista una sentencia.

Es difícil establecer un catálogo de delitos que podrían configurar el acto sexual diverso, por todo esto que antes mencione, y por qué existen otras circunstancias que pueden incidir en la calificación jurídica, tales como los concursos ideales o reales, las causas de justificación penal, inclusive el cambio de calificación jurídica por que los hechos no se adaptan a la conducta descrita por la norma.

Le parece que existe esta ambigüedad o indeterminación en este artículo, porque depende mucho de la valoración de lo lascivo que una acción pueda ser, es decir se trata de un elemento muy subjetivo al momento de apreciar la configuración del delito.

Es tal la indeterminación que este delito posee límites muy estrechos con otras conductas configurativas de otros tipos penales.

Los conceptos jurídicos indeterminados me parece que esta técnica, puede generar muchos problemas en el ámbito de aplicación, por que termina dependiendo mucho de valoraciones de convicción y moral, para el caso de estos delitos claros.

Le parece que para el caso del acceso carnal no existe indeterminación, pues ya se tiene conocimiento del alcance del mismo, como mencione anteriormente se sabe que el acceso carnal implica la introducción del miembro sexual masculino en las cavidades vaginales, anales o bucales de la víctima, simple y llanamente eso desaparece la idea de que exista indeterminación en su contenido o alcance.

Por otro lado, el concepto acto sexual diverso me parece que si posee esta indeterminación por todo lo que se ha hablado anteriormente.

Le parece que el adjetivo indeterminado cualquiera, pueda ocasionar trasgresión en el principio de Legalidad; pues la conducta debe ser clara, precisa e inequívoca, es decir que no dependa de la valoración subjetiva de los aplicadores de estos delitos, esto por lo que se ha platicado en toda esta oportunidad. Pues no basta una semejanza de la conducta suscitada con la descrita en la norma, no, debe ser una adecuación completa, deben de cumplirse todas las circunstancias que la norma contempla.

4.3.3 Fiscal 1

Se desempeñó en la unidad de delitos relativos a la niñez, adolescencia y la mujer en su relación familiar. Desde hace cinco años se encuentra en otra unidad, la cual es, la unidad de delitos de tráfico ilegal y trata de personas, con 20 años de experiencia. Su especialidad es materia penal.

Considera que el parámetro a utilizar para determinar la calificación jurídica del delito acto sexual diverso, es lo manifestado por la víctima, en base los hechos que acontecieron.

No, ha tenido proceso de ese tipo penal, pues regularmente se califican con otros de los delitos regulados en el título IV del Código penal.

A criterio del fiscal, el acto sexual diverso, son los actos sexuales diferentes al acoso sexual, violación, estupro y favores de contenido sexual.

En un requerimiento fiscal sobre el delito acto sexual diverso, los elementos que utilizaría para establecer su teoría de caso serían: denuncia de la víctima, entrevista e Inspección ocular regida por un perito.

Considera que el delito, del artículo 166 del código penal, es un concepto jurídico indeterminado, porque en el código penal se tiende a confundir la parcialidad del delito.

Manifiesta que no se vulneran garantías procesales, y en consecuencia el principio de legalidad, al haber varios tipos penales que regulan actos que no constituyan acceso carnal; porque basado en los hechos, en la forma de cómo se realizaron, se puede determinar, a que tipo penal se adecua.

Por no establecer cuáles son los actos considerados como actos sexuales diversos, no se vulnera garantías procesales, y el principio de legalidad; porque se puede pedir una reforma y otras cuestiones por ejemplo cambio de calificación.

A criterio del fiscal, no es eficaz este tipo penal, en la práctica es mejor calificarlo en otros tipos penales, porque este tiende a entrar en confusión.

Es factible una reformulación en torno a los tipos penales que regulan, conductas diferentes al acceso carnal, para tener una mayor uniformidad, en el ordenamiento penal vigente, debido a la confusión que genera al momento de aplicar este tipo penal.

4.3.4 Fiscal 2

Se desempeñó en la unidad de delitos de tráfico ilegal y trata de personas, con 4 años de experiencia. Su especialidad es materia penal

En su experiencia como fiscal, el parámetro a utilizar para determinar la calificación jurídica del delito acto sexual diverso, sería; qué el acto sea de contenido sexual, y que constituya acceso carnal. Es un delito, bien difícil de enmarcar, y que no recaiga dentro de las otras conductas penales.

No ha tenido procesos de este tipo penal. En lo personal, sí ha entrado en discusión en este caso, con los compañeros en fiscalía, porque hay casos, que, por su connotación, o por la poca experiencia que tiene un fiscal, no le permite comprender el dinamismo del delito. Por lo que toca apoyarse de fiscales con más experiencia o conocimiento en otras disciplinas, para eso efecto se hace una integración, el método de discusión de casos.

A criterio del Fiscal, entiende por acto sexual diverso, la conducta de contenido sexual que no involucre el acceso carnal, bucal, oral, vaginal y anal. Asimismo, que sea diferente a la conducta de tocamiento, de la conducta pública, es bien difícil de enmarcar.

En un requerimiento fiscal sobre el delito acto sexual diverso, los elementos que utilizaría para determinar su teoría del caso son: Los elementos normativos del tipo y los elementos objetivos del tipo que se cumpla antes los hechos imputados.

A criterio del señor fiscal, es un concepto jurídico indeterminado, el delito acto sexual diverso; porque no es taxativo, no plantea inequívocamente las conductas que se puede entender como tal.

No se vulneran las garantías procesales, y el principio de legalidad, al no establecer cuáles son los actos considerados como actos sexuales diversos, por exclusión, si la conducta no la adecua, puede considerarse como delito puede ser aplicable este elemento. Arts.- 158, 159, y 161, 162, 163 del código penal.

En la práctica son más aplicados otros tipos penales, que tengan que ver con actos diferentes al acceso carnal, porque es más fácil encajar la pena en otro tipo. Es factible una reformulación en torno a los tipos penales que regulan, conductas diferentes al acceso carnal, para tener una mayor uniformidad, en el ordenamiento penal vigente, por la poca o nula utilización de este tipo penal.

4.3.5 Juez de Paz

El tiempo que tiene de ejercer en el órgano judicial son seis años; actualmente se desempeña en el juzgado de Paz de Panchimalco, su especialidad es en el Derecho Penal y Familia.

Los parámetros que podría utilizar para realizar el cambio de calificación jurídica del delito acto sexual diverso sería la posibilidad de existencia del delito y participación en el mismo. No he tenido proceso de este tipo penal, pero sí de agresiones sexuales en menor e incapaz.

A criterio de la señora juez, el acto sexual diverso es la intervención de un menor de 18 años mayor de 15 años por un adulto.

En un requerimiento fiscal sobre el delito acto sexual diverso, los elementos que se consideran necesarios para tener probados los indicios en la etapa procesal que preside son: Art 329 CPP. Que existan elementos de convicción suficientes para sostener la existencia del delito y que el delito tenga señalada la pena.

A criterio de la señora juez el delito acto sexual diverso es un concepto jurídico indeterminado, porque el delito no es muy utilizado, no hay requerimientos fiscales.

No se vulnera garantías procesales ni el principio de legalidad, al haber varios tipos penales que regulan actos que no constituyan acceso carnal. Porque es agresión sexual y se da la participación de menores de edad.

No ha tenido en los últimos años un caso en especial acerca de este delito. Es decir, no propio, si por referencia y por lectura.

A criterio de la señora juez, en la práctica son más aplicados otros tipos penales, que tengan que ver con actos diferentes al acceso carnal.

La prueba que es la idónea para probar el cometimiento de la conducta típica, es La Pericial (Psicológica)

Es conveniente una reformulación en torno a los tipos penales que regulan, conductas diferentes al acceso carnal, para tener una mayor uniformidad, en el ordenamiento penal vigente.

Según su experiencia, la diferencia entre el delito acoso sexual y el delito acto sexual diverso, es que el acoso la conducta indeseada de contenido inequívoco sexual, (tocamiento, frases), y acto sexual diverso es difícil indeterminado y probarlo.

En la práctica como jueza, no ha realizado un sobreseimiento definitivo, de delitos relativos a la libertad sexual, son delitos graves que ameritan investigación derechos fundamentales.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El artículo 166 del Código Penal, al no tipificar la conducta penalmente reprochable, se podría entender, que se vulnera el principio de legalidad. Pero al haber sido sometido al análisis doctrinario y jurisprudencial, se puede establecer que no hay vulneración al principio de legalidad, debido a que la técnica legislativa puede establecer un cierto grado de indeterminación, para las conductas, que aplicando la casuística, pueden realizarse de muchas formas, es por esta razón que el legislador establece normas con un cierto grado de indeterminación, quedando el juzgador con el deber, mediante las pruebas vertidas, establecer si el tipo penal indeterminado se aplica a la conducta puesta a su conocimiento, en conclusión el artículo 166 del código penal es un concepto jurídico indeterminado, consecuentemente no vulnera el principio de legalidad.

SEGUNDA: En la práctica el tipo penal del artículo 166, acto sexual diverso, genera problemas al momento de tipificarlo, debido a que hay otros tipos penales que regulan el mismo bien jurídico, y con el mismo rango de edades, ejemplo de ello son los artículos 160 Inc. I, relacionado con el artículo 162 N° 3, relativo a otras agresiones sexuales y el artículo 165 Inc. II, relativo a acoso sexual, todos del Código Penal, por lo cual se ve poco judicializado, conductas tipificadas con el tipo penal de acto sexual diverso.

TERCERA: Se denota en la investigación de campo realizada a los señores fiscales, jueza y abogados litigantes, que para ellos es muy difícil definir con sus propias palabras el delito en estudio, debido a solo ser diferenciado del acceso carnal, por otra parte para los señores fiscales, es más fácil tipificarlo en otras agresiones sexuales.

CUARTA: Que este delito es un delito muy complicado ya que no se da en el diario vivir, por ser de los considerados delitos de alcoba, y que se encuentra en una problemática a la hora de querer probarlo, esto se ve reflejado en la tabla estadística proporcionada por fiscalía, donde se denota que es muy poco recurrido, en los caso que se ha visto se puede ver que han sido por otro delito, y al final se cambia la calificación en audiencia, según la sentencia que como grupo se ha estudiado.

RECOMENDACIONES

PRIMERA: Con relación a la denominación del Título IV del Código Penal, donde se regulan los “DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL”, se recomienda que sea reformada, por parte de la Asamblea Legislativa, debido a que basados en esta investigación, se ha determinado que la libertad sexual es aquella que poseen los mayores de edad, sin haber sido declarados incapaces, pero también está la indemnidad sexual que es el derecho que tienen los menores de edad o los incapaces, de tener un normal desarrollo de su libertad sexual. Razón por la cual, ese Título IV del Código Penal, se debería denominar “DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL”.

SEGUNDA: A nivel del legislador se recomienda reformas tendientes a unificar los delitos que regulan el mismo bien jurídico, y separarlos por los rangos de edades, dejando de lado la actual diferenciación de las penas, en razón del engaño o no, tal y como se ve reflejado en el artículo 166 del Código Penal, pues como ya se ha manifestado los menores o incapaces no tienen libertad sexual y por consiguiente su consentimiento ya sea por medio de engaño o no, se entiende viciado, por lo cual se recomienda una reestructuración de estos delitos.

TERCERA: Que el Estado garantice la divulgación de las conductas de índole sexual que conllevan a una acción u omisión y, que se ajusta a los presupuestos detalladamente establecidos como delito dentro de un cuerpo legal, como es el Código Penal, a fin de crear una cultura de denuncia sobre el delito de acto sexual diverso, todo esto por medio de una política de educación sexual.

CUARTA: Que la Universidad de El Salvador en su Facultad de jurisprudencia y Ciencias Sociales, realice convenios con el Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología (MINEDUCYT), para que los alumnos que realicen sus horas sociales, preste su servicio a los centros escolares en campañas de educación y divulgación en el marco de delitos contra el derecho a la libertad sexual, indemnidad sexual, y género.

QUINTA: A la Consejo Nacional de la Judicatura, que intensifique la formación profesional en la comunidad jurídica, para superar el nivel de conocimientos, sobre el delito de acto sexual diverso, ya que estadísticamente hablando no tiene un gran impacto en el sistema judicial del país y, es en la práctica un delito sujeto, a no ser denunciado por valoraciones de convicción y moral.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Libros

Batarrita, Asua. “Las agresiones en el nuevo código penal: imágenes culturales y discursos jurídicos. En Análisis del código penal desde la perspectiva de género”. Instituto vasco de la mujer, 2ª ed. (Sevilla1998).

Berenguer, Enrique Orts y Carlos Suárez Mira Rodríguez, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, (España, Valencia: Tirant lo blanch, 2001).

Cantarella, Eva *Según Natura. La bisexualidad en el mundo antiguo*, 1ª ed. (Madrid: Akal 1991).

Cancino M. Antonio José, *Delitos contra el pudor sexual*, (Edit., Temis, Colombia: Bogotá. 1983).

Conde, Muñoz et al, La reforma penal. Estudios Penales y Criminológicos.

Engels, Federico *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*, (Madrid, 2006).

Escuer, Edmundo Fayanas *Babilonia y el sexo*, (Babilonia y el sexo, febrero de 2017).

López, Rosalía Rodríguez *La violencia contra las mujeres en la antigua Roma*, (Madrid: DYKINSON, SL, 2018).

León, Carmen Armendáriz et. al., *Parte especial del derecho penal a través del sistema de casos*, 1ª ed., (España, Valencia: Tirant lo blanch, 2019).

Margulis, Mario et al., *Juventud, cultura, sexualidad : La dimensión cultural en la afectividad y la sexualidad de los jóvenes de Buenos Aires*, (Buenos Aires: Biblos, 2011).

Mira, *Principio de Legalidad Penal: Ley Formal vs Law in action*.

Ortiz, Victoria Rodríguez *Mujeres forzadas. El delito de violación en el Derecho castellano (siglos XVI - XVIII)* (Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, Almería, 2003).

Ortubay, Fuentes. Protección penal de la libertad sexual: Nuevas perspectivas. En *Análisis del código penal desde la perspectiva de género*. Instituto vasco de la mujer. 2ª ed. (Madrid, 1998).

Perera, Margharita Rosa Robayna “Pederastia y Pedofilia: Estado de la Cuestión”, *Criminología y Justicia*, (2011).

Pais, Antonio Doval, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*, (Valencia, Tirant lo Blanch, 1998).

Pastor, Juan Alfonso Santamaría, *Principios de Derecho Administrativo Vol. I*, 4ª ed. (Madrid: Edit. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2002).

Pijoan, Larrauri, *Control formal y el derecho penal de las mujeres en mujeres, derecho penal y criminología Siglo XXI*, 3ª ed. (Madrid 1994).

Romero, José Luis, *La Edad Media*, (México Distrito Federal, Fondo de Cultura Económica, 1949).

Vincourt, Jorge Canseco *Mesopotamia*, (México D.F: Editorial Miguel Ángel Porrúa, 2008. eLibro).

Z., Lisandro Martínez, *Derecho Penal Sexual*, (Colombia, Bogotá: Edit. Temis 1972).

Trabajos de Graduación

Villafuerte, Marco Rogelio Bersallo y Luis Roberto Miranda Quesada, “Análisis del delito relaciones sexuales con personas menores de edad, artículo 159 del Código Penal y sus implicaciones sobre los derechos sexuales de los adolescentes”, (Tesis para alcanzar el grado de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2016).

Legislación Nacional

Constitución derogada de la Republica El Salvador (Asamblea Legislativa de El Salvador, 1841).

Constitución de la Republica El Salvador (Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

Convención Americana sobre Derechos Humanos, (San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969).

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Asamblea General de las Naciones Unidas 1979).

Convención sobre los Derechos del Niño, UNICEF (Comité Español 1989).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (Organización de las Naciones Unidas, 1966).

Legislación Internacional

Código Penal, (España: Gobierno de España, Ministerio de la Presidencia de España, 1999).

Código Penal, (Colombia: Congreso de Colombia, 2000).

Código penal, (Costa Rica: Asamblea Legislativa de Costa Rica, 2007).

Asamblea Legislativa de Colombia, fortalecimiento de la lucha contra la explotación sexual de las personas menores de edad (Código penal de Colombia).

Jurisprudencia

Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad*, Referencia: 105-2012 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015)

Tribunal Primero de Sentencia de Zacatecoluca, *Sentencia Condenatoria*, Referencia: 171Z-4A 3-15 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015).

Sitios web

Domingo, Rafael Sánchez, “El fuero de Verviesca versus Fuero Real orígenes e innovaciones procesales”, *Revistas Científicas Complutense*.

Vaquera, Gustavo, Historia del delito de Violación, *Revista Equipo Interdisciplinario en Psicología Comunitaria* (2017).

Diccionarios

Miller, Puyo Jaramillo Gil “Diccionario Jurídico penal”, (ed., Librería del profesional, 1986).

Real Academia Española (REA, Asociación de Academias Española de la Lengua).

Otras fuentes

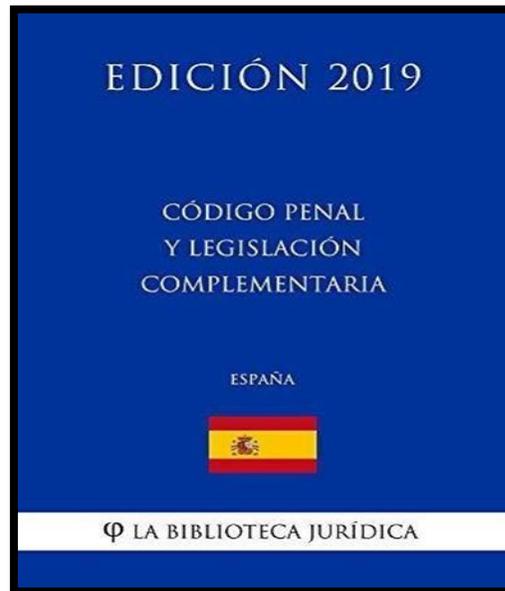
Entrevista dirigida a Abogados, en el libre ejercicio de su profesión, con especialidad en materia penal.

Entrevista dirigida a Fiscales auxiliares, con conocimientos en delitos contra la libertad sexual.

Entrevista dirigida a Juez de Paz, con el propósito de conocer la forma de proceder en la práctica, por parte de un juzgador frente al delito acto sexual diverso, artículo 166 del código penal.

ANEXOS

Anexo 1



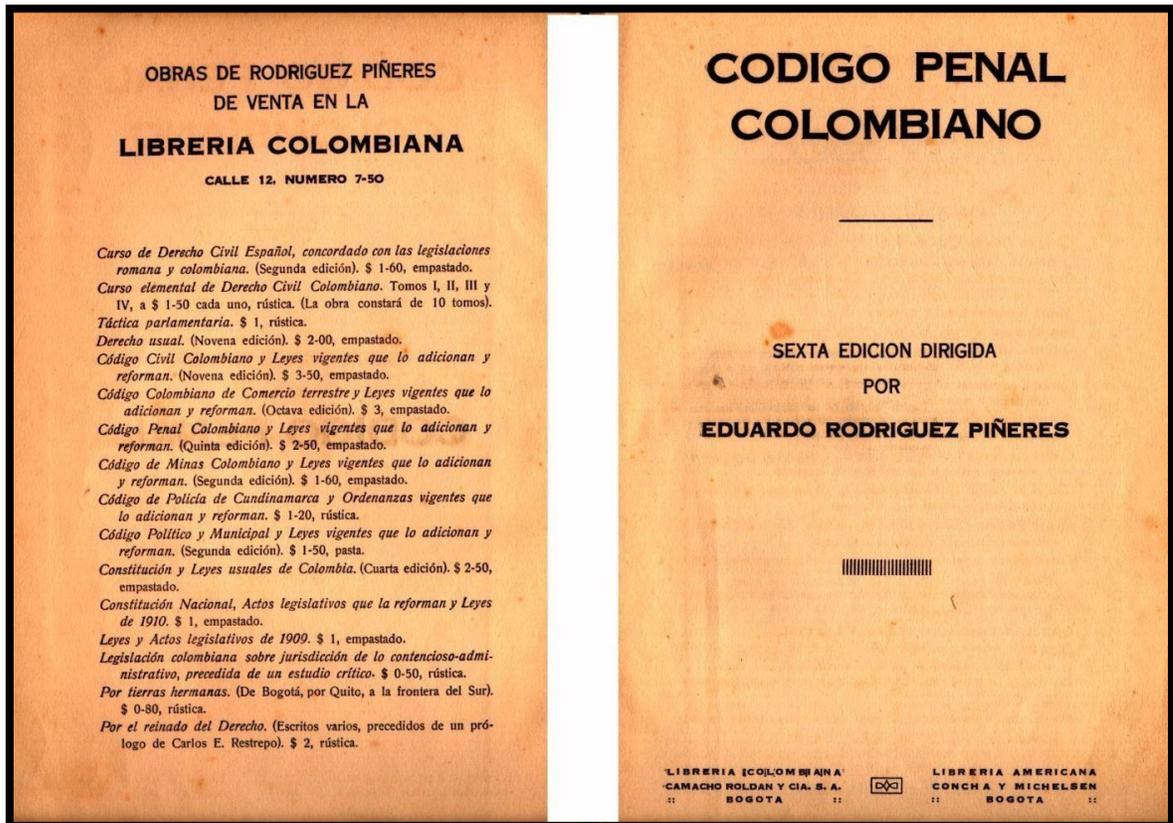
• Texto añadido, publicado el 23/06/2010, en vigor a partir del 23/12/2010.

[Bloque 265: #a183]

J Artículo 183.

1. El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.
2. Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación, el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión. Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo.
3. Cuando el ataque 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 con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1, y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2.
4. Las conductas previstas en los tres apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:
 - a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima, o el hecho de tener un trastorno mental, la hubiera colocado en una situación de total indefensión y en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.
 - b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.
 - c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.
 - d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.
 - e) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.
 - f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.
5. En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

Anexo 2



CAPITULO SEGUNDO

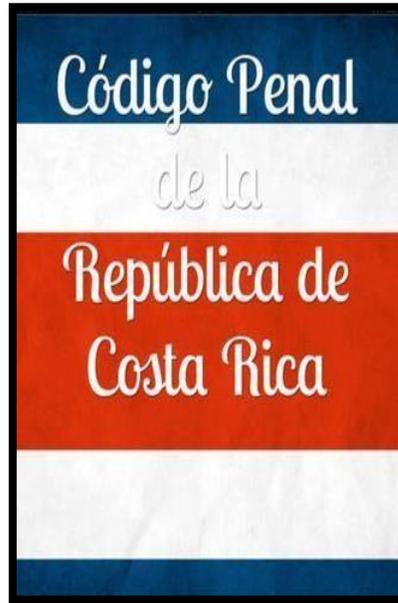
De los actos sexuales abusivos

Artículo 208. Acceso carnal abusivo con menor de catorce años. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

Artículo 209. Actos sexuales con menor de catorce años. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años.

Artículo 210. Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir. El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

Anexo 3



(Así reformado mediante el artículo 1° de la ley N° 8590 del 18 de julio del 2007).

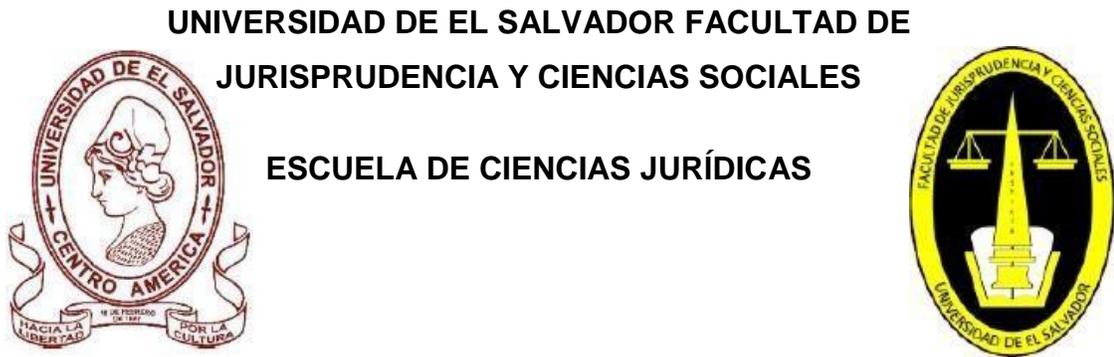
Abusos sexuales contra personas menores de edad e incapaces.

Artículo 161.-

Será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años, quien, de manera abusiva, realice actos con fines sexuales contra una persona menor de edad o incapaz o la obligue a realizarlos al agente, a sí misma o a otra persona, siempre que no constituya delito de violación.

La pena será de cuatro a diez años de prisión cuando:

- 1) La persona ofendida sea menor de trece años.
- 2) El autor se aproveche de la vulnerabilidad de la persona ofendida, o esta se encuentre incapacitada para resistir o se utilice violencia corporal o intimidación.
- 3) El autor sea ascendiente, descendiente, hermana o hermano de la víctima.
- 4) El autor sea tío, tía, sobrina, sobrino, prima o primo de la víctima.
- 5) El autor sea madrastra, padrastro, hermanastra o hermanastro de la víctima.



Guía entrevista “El delito Acto Sexual Diverso y El principio de legalidad”, dirigido a los abogados en el libre ejercicio de su profesión.

Presentado por los estudiantes: Kevin Alexander Espinoza Regalado, Alma Janet Maldonado de Serrano y María Fátima Méndez Martínez

Objetivo: Conocer la postura jurídica, respecto al delito acto sexual diverso y el principio de Legalidad.

1. ¿Cuál es su especialidad en el Derecho?
2. ¿Entendiendo que usted litiga en materia penal, ¿Según su experiencia, es común ver proceso con la calificación jurídica, de actos sexual diverso?

3. ¿Ha tenido usted un proceso de este tipo penal?
4. ¿A su criterio que entiende por acto sexual diverso?
5. ¿Según su experiencia, considera que este tipo penal es poco aplicado, por existir otros que protegen, la libertad o indemnidad sexual?
6. ¿Qué clase de pruebas considera que son las idóneas para establecer el cometimiento de acto sexual diverso?
7. ¿A su criterio es un concepto jurídico indeterminado, el delito acto sexual diverso?
8. ¿Considera que se vulnera garantías procesales, y en consecuencia el principio de legalidad, al haber varios tipos penales que regulan actos que no constituyan acceso carnal?
9. ¿Cómo delimita, este delito de otros de contenido sexual, para un posible cambio de calificación jurídica?
10. ¿Considera factible una reformulación en torno a los tipos penales que regulan, conductas diferentes al acceso carnal, para tener una mayor uniformidad, en el ordenamiento penal vigente?

Anexo 5.

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y
CIENCIAS SOCIALES**



ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS



Guía entrevista “El delito Acto Sexual Diverso y El principio de legalidad”, dirigido al Fiscal 1.

**Presentado por los estudiantes: Kevin Alexander Espinoza Regalado,
Alma Janet Maldonado de Serrano y María Fátima Méndez Martínez**

1. ¿Cuál es su especialidad en el Derecho?
2. Basados en su experiencia como fiscal, ¿Qué parámetros utiliza o podría utilizar para determinar la calificación jurídica del delito acto sexual diverso?
3. ¿Ha iniciado usted un proceso de este tipo penal?
4. ¿A su criterio que entiende por acto sexual diverso?

5. Si presentara un requerimiento fiscal sobre el delito acto sexual diverso,

¿Qué elementos utilizaría para establecer su teoría de caso?

6. ¿A su criterio es un concepto jurídico indeterminado, el delito acto sexual diverso?

7 ¿Considera que se vulnera garantías procesales, y en consecuencia el principio de legalidad, al haber varios tipos penales que regulan actos que no constituyan acceso carnal?

8. ¿Considera que se vulnera garantías procesales, y en consecuencia el principio de legalidad, por no establecer cuáles son los actos considerados como actos sexuales diversos?

9. ¿A su criterio es eficaz este tipo penal? o en la práctica es más aplicado otros tipos penales, que tengan que ver con actos diferentes al acceso carnal.

10. ¿Considera factible una reformulación en torno a los tipos penales que regulan, conductas diferentes al acceso carnal, para tener una mayor uniformidad, en el ordenamiento penal vigente?

Anexo 6.

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y
CIENCIAS SOCIALES**



ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS



Guía entrevista “El delito Acto Sexual Diverso y El principio de legalidad”, dirigido al Fiscal 2.

**Presentado por los estudiantes: Kevin Alexander Espinoza Regalado,
Alma Janet Maldonado de Serrano y María Fátima Méndez Martí**

1. ¿Cuál es el fundamento constitucional de la libertad sexual?
2. En el Código penal, en el Capítulo III, se encuentra formulado el artículo 166 sobre el acto sexual diverso como delito, ¿Cuál es su apreciación sobre este?
3. ¿Tiene conocimiento usted si en la práctica se aplica esta disposición?
4. ¿A su valoración que conductas tipificadas en el código penal, podrían constituir este delito?

5. ¿En virtud de cómo se encuentra redactada la norma, le parece a usted, que existe cierta ambigüedad o indeterminación en el artículo?

6. ¿Qué opinión tiene usted sobre los conceptos jurídico indeterminados, como parte de las técnicas de tipificación?

7. ¿Cómo grupo hemos valorado, que el termino acceso carnal, y acto sexual diverso podrían considerarse conceptos jurídicos indeterminados ¿Qué opinión le merece?

8. ¿Considera que el adjetivo indeterminado cualquiera, pueda ocasionar trasgresión en el principio de Legalidad

Anexo 7.

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y
CIENCIAS SOCIALES**



ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS



Guía entrevista “El delito Acto Sexual Diverso y El principio de legalidad”, dirigido a Juez de Paz de la jurisdicción de Panchimalco

Presentado por los estudiantes: Kevin Alexander Espinoza Regalado, Alma Janet Maldonado de Serrano y María Fátima Méndez Martí

Presentado por los estudiantes: Kevin Alexander, Espinoza Regalado, Maldonado de Serrano y María Fátima, Méndez Martínez

1. ¿Cuál es su especialidad en el Derecho?
2. ¿Basados en su experiencia como juez, que parámetros utiliza o podría utilizar para realizar el cambio de calificación jurídica del delito acto sexual diverso?
3. ¿Ha tenido usted un proceso de este tipo penal?

4. ¿Qué entiende por acto sexual diverso?
5. ¿Cuándo le presentan un requerimiento fiscal sobre el delito acto sexual diverso, que elementos considera necesarios para tener probados los indicios en la etapa procesal que preside?
6. ¿A su criterio es un concepto jurídico indeterminado, el delito acto sexual diverso?
7. ¿Considera que se vulnera garantías procesales, y en consecuencia el principio de legalidad, al haber varios tipos penales que regulan actos que no constituyan acceso carnal?
8. ¿Considera que se vulnera garantías procesales, y en consecuencia el principio de legalidad, por no establecer cuáles son los actos considerados como actos sexuales diversos?
9. ¿Ha tenido conocimiento, en los últimos años de un caso en especial acerca de este delito?
10. ¿Según su criterio es eficaz este tipo penal, o en la práctica es más aplicado otros tipos penales, que tengan que ver con actos diferentes al acceso carnal?
11. ¿Qué tipo de prueba considera que es la idónea para probar el cometimiento de la conducta típica?
12. ¿Considera factible una reformulación en torno a los tipos penales que regulan, conductas diferentes al acceso carnal, para tener una mayor uniformidad, en el ordenamiento penal vigente?

13. ¿Basado en su experiencia y los conocimientos que posee, como diferencia el delito acoso sexual del delito acto sexual diverso?

14. ¿En la práctica como jueza, ha realizado un sobreseimiento definitivo, de delitos relativos a la libertad sexual?

Anexo 8



Solicitud N° 334-UAIP-FGR-2020

FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, UNIDAD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. San Salvador, a las trece horas con cinco minutos del día veinte de octubre de dos mil veinte.

Se recibió con fecha ocho de octubre del presente año, solicitud de información en el correo electrónico institucional de esta Unidad, conforme a la Ley de Acceso a la Información Pública (en adelante LAIP), enviada por la ciudadana **MARIA FATIMA MENDEZ MARTINEZ**, con Documento Único de Identidad número cero cinco millones dieciséis mil setenta y seis guion uno, de la que se hacen las siguientes **CONSIDERACIONES:**

I. De la solicitud presentada, se tiene que la interesada literalmente pide se le proporcione la siguiente información: *"Datos estadísticos de los casos que se han judicializado del delito acto sexual diverso, comprendido desde el 2015 hasta el 2020."*

Período solicitado: Desde el 2015 hasta el 08 de octubre de 2020.

II. Conforme a los artículos 66 LAIP, 72 y 163 inciso 1° de la Ley de Procedimientos Administrativos (en adelante LPA), se han analizado los requisitos de fondo y forma que debe cumplir la solicitud, verificando que ésta no se encuentra debidamente firmada, por lo que en fecha trece de octubre del presente año, se le solicitó mediante el correo f719106@gmail.com el cual ha dejado como medio para recibir notificaciones, que enviara su solicitud de información firmada, ya que es uno de los requisitos de la solicitud, de conformidad a lo regulado en el Art. 54 literal "d" del Reglamento de la Ley de Acceso a la información Pública, el cual expresa lo siguiente: *"Admisibilidad de la solicitud. Art. 54.- Sin perjuicio de lo establecido en el Art. 66 de la Ley, la solicitud será admitida a trámite si se da cumplimiento a los siguientes requisitos: d) Que contenga la firma autógrafa del solicitante o su huella digital, en caso éste no sepa o no pueda firmar. En caso la solicitud sea enviada por medio electrónico, se deberá enviar el formulario o escrito correspondiente de manera escaneada, donde conste que el mismo se ha firmado o se ha puesto la huella digital."* La solicitante en fecha catorce de octubre de este año, envió solicitud de información debidamente firmada; y habiendo enviado copia de su documento de identidad, conforme a lo establecido en el artículo 52 del Reglamento LAIP, se continuó con el trámite de su solicitud.

III. Con el objeto de localizar, verificar la clasificación y, en su caso, comunicar la manera en que se encuentra disponible la información, se transmitió la solicitud al Departamento de Estadística, de esta Fiscalía, conforme al artículo 70 LAIP.

IV. Del análisis de la información solicitada, se tiene que es información pública, por lo que no se encuentra dentro de ninguna de las causales de reserva previstas en el artículo 19 LAIP, y tampoco es información considerada confidencial de acuerdo a lo establecido en el Art. 24 LAIP, por lo que es factible su entrega.

P 1

334-UAIP-FGR-2020

POR TANTO, en razón de lo anterior, con base en los artículos 62, 65, 66, 70, 71, 72 LAIP, 72 y 163 LPA., se **RESUELVE: CONCEDER EL ACCESO A LA INFORMACIÓN SOLICITADA**, por medio de la entrega del cuadro estadístico siguiente:

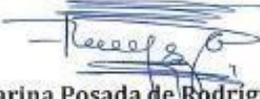
CANTIDAD DE CASOS JUDICIALIZADOS POR EL DELITO DE ACTO SEXUAL DIVERSO (ART. 166 CODIGO PENAL), A NIVEL NACIONAL; DEL AÑO 2015 AL 08 DE OCTUBRE 2020; DETALLADO POR AÑO DE JUDICIALIZACIÓN.	
Año de Judicialización	Acto Sexual Diverso (Art. 166 CP)
Año 2015	1
Año 2016	2
Año 2017	2
Año 2020	1
Total	6

Fuente: Departamento de Estadística-DATI, según registros de la Base de Datos de SIGAP a la fecha 15/10/2020.

Sobre la información que se entrega, se hacen las siguientes aclaraciones:

1. Los datos estadísticos se entregan según registros de las Bases de Datos del Sistema de Información y Gestión Automatizada del Proceso Fiscal (SIGAP).
2. En general, los cuadros estadísticos contienen información únicamente de las categorías que se encontraron registros, de acuerdo con los criterios establecidos por la peticionaria.
3. **La información sobre casos judicializados, es el dato de los casos que, al momento de procesar esta solicitud, han obtenido dicho resultado, por lo tanto, pueden existir casos en los cuales estén pendientes de la obtención de un resultado dentro del proceso judicial o que han obtenido un resultado diferente al solicitado.**
4. **La información que se brinda es independiente a la fecha de inicio del caso.**

Notifíquese, al correo electrónico señalado por la solicitante, dando cumplimiento a lo establecido en los artículos 62 LAIP y 59 del Reglamento LAIP.


Licda. Deisi Marina Posada de Rodriguez Meza
Oficial de Información.

