GOBIERNO DE EL SALVADOR

ASAMBLEA LEGISLATIVA
Gerencia de Documentos Legislativos
Sección de Correspondencia Oficial
HORA 9:39
Recibido el: 26 NOV 2019

San Salvador, 25 de noviembre de 2019.

SEÑORES SECRETARIOS:

El 15 de noviembre del presente año, recibí de parte de esa Honorable Asamblea Legislativa, el **Decreto Legislativo N. ° 480**, aprobado el **14 del mismo mes y año**, que contiene **"Reformas al Código Penal"**, relativas principalmente a reformar los delitos de "Otras Agresiones Sexuales" y "Agresión Sexual en Menor o Incapaz".

Sobre la precitada reforma, cabe destacar que, al reconocer la gravedad y trascendencia de las conductas que por medio de la misma han sido tipificadas, de forma expresa, como delito; constituye una acción aplaudible por parte del Órgano Legislativo, por estar indudablemente encaminada a brindar una mayor protección al bien jurídico de la libertad sexual, en general, así como en su vertiente específica de protección a la indemnidad sexual de las personas menores de edad y personas incapaces.

Al respecto, puede afirmarse que tal acción contribuye a lograr una mayor garantía de los derechos fundamentales de las personas, así como, a hacer efectivo el principio del interés superior del niño, niña y adolescente.

No obstante, en aras de aportar a la consecución de lo anterior y habiéndose requerido las opiniones del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer (ISDEMU), Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia (ISNA), Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia (CONNA) y de la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia (UTE); el suscrito ha identificado aspectos de mejora en la reforma aprobada, los cuales deben ser tomados en cuenta por el legislador, en tanto que, la temática abordada, además de requerir un trato especializado, amerita la realización de contundentes esfuerzos colaborativos por parte de todas las instituciones del Estado.

Tales aspectos de mejora identificados, buscan que las reformas que finalmente entren en vigencia, den cumplimiento, en debida forma y conforme a los más altos estándares, a los derechos reconocidos por la Constitución de la República, así como a compromisos internacionales asumidos por el Estado salvadoreño en materia de Derechos Humanos y de protección a la niñez y la adolescencia.

ASAMBLEA LEGISLATIVA
Leído en el Pleno Legislativo el:
Firma:

En tal sentido, haciendo uso de la facultad que me otorga la Constitución de la República, en su artículo 137, inciso final, por el digno medio de Ustedes, devuelvo **OBSERVADO** el Decreto Legislativo en cuestión a esa Honorable Asamblea Legislativa, en virtud de las razones y las propuestas de redacción siguientes:

En primer lugar, la reforma aprobada traslada, casi de forma idéntica, la conducta tipificada como una de las modalidades de la falta: "Actos Contrarios a las Buenas Costumbres y al Decoro Público", regulada en el numeral 4), del artículo 392 del Código Penal, y la incorpora como un inciso segundo en los artículos 160 y 161 del mismo cuerpo normativo.

Sin embargo, desde la perspectiva de los propósitos de garantía a los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la libertad sexual, así como de protección de la niñez y adolescencia, ambos perseguidos con la reforma; el antedicho tratamiento resulta claramente inadecuado, ya que en el caso de la tipificación de la falta antes aludida, se aludía al criterio de ser actos contrarios a las buenas costumbres y el decoro público, no así, en el sentido de tutelar el bien jurídico de la libertad sexual e indemnidad sexual.

Por lo tanto, al utilizarse la frase "*tocamientos impúdicos*", en la propuesta de reforma de los artículos 160 y 161 del Código Penal, conlleva a que se describa la conducta a penalizarse en términos de pudor y decoro, los cuales tienen un carácter subjetivo; y no, en términos de protección a la libertad sexual e indemnidad sexual; soslayándose, con ello, la gravedad de la conducta que se pretende tipificar como delito, la cual constituye una ofensa penal de mucha más trascendencia.

Tal situación, genera la necesidad de describir la conducta penal de otra manera, en el sentido de incorporar los elementos fundamentales del tipo penal que describan de forma objetiva la gravedad de la misma, es decir, aquellas manifestaciones que atentan contra la libertad e indemnidad sexual, particularmente en el caso cuando la víctima sea una persona menor de edad.

Por otra parte, en las opiniones vertidas por el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia (ISNA) y el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer (ISDEMU), instituciones especializadas en sus respectivas materias, al referirse a la descripción del inciso segundo del artículo 161 del Código Penal, en el caso del delito de Agresión Sexual

en Menor o Incapaz, cuestionan la incorporación del elemento del "descuido o engaño" para condicionar la tipicidad de la conducta.

Lo anterior, debido a que ello implicaría responsabilizar al niño o niña por su descuido, exigiendo para acceder a la protección legal, a que las personas menores de edad e incapaces deben de estar alertas frente a posibles descuidos o engaños; cuando, en realidad, de acuerdo a la normativa de protección de la niñez y adolescencia, son la familia, el Estado y la sociedad, quienes tienen la corresponsabilidad en cuanto a la garantía de sus derechos, considerando que estos, los ejercen de manera progresiva conforme al desarrollo evolutivo de sus facultades. En razón de ello, consideran ambas instituciones que los tocamientos de niños y niñas deben ser penados como delito bajo cualquier circunstancia, independientemente haya o no, descuido o engaño.

En conclusión, dado que la falta de "Actos Contrarios a las Buenas Costumbres y al Decoro Público", tiene a la base un planteamiento distinto al que se persigue con el importante esfuerzo de reforma penal, no se puede hacer un simple traslado de su descripción típica al contenido del delito del mencionado artículo 161; ya que, la agresión sexual en persona menor e incapaz protege el bien jurídico de indemnidad sexual, constituyendo su consumación un atentado al desarrollo de la personalidad sexual de las personas menores de edad e incapaces, lo cual trasciende a meras consideraciones atinentes al decoro público o las buenas costumbres.

De conformidad a lo anterior, se proponen las redacciones siguientes:

Art. 1.- Refórmase el artículo 160, de la siguiente manera:

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

El que realizare tocamientos **de carácter sexual**, aprovechándose del descuido o mediante engaño, en aglomeraciones públicas, lugares públicos o privados incurrirá en la pena descrita en el inciso anterior.

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

Art. 2.- Refórmase el artículo 161, de la siguiente manera:

"Agresión Sexual en Persona Menor de Edad e Incapaz

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

Cualquier tocamiento o contacto corporal, de carácter sexual, realizado en persona menor de edad e incapaz, será sancionada con la pena descrita en el inciso anterior.

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

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

Por otro lado, en el considerando III, es necesario incorporar la mención del artículo 12 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, relativo al Principio del interés superior de la niña, niño y adolescente, ya que el contenido de dicho considerando está referido no solo al artículo 46 citado en el mismo, sino también al antedicho artículo 12, así:

III. Que el artículo 46 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia establece que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho al honor, a la propia imagen, a la vida privada e intimidad personal y familiar. También, **en el artículo 12 del referido cuerpo normativo, se** establece que en la interpretación, aplicación e integración de toda norma; en la toma de decisiones judiciales y administrativas, así como en la implementación y evaluación de las políticas públicas, es de obligatorio cumplimiento el principio de interés superior de las niñas, niños y adolescentes, en lo relativo a asegurar su desarrollo integral y el disfrute de sus derechos y garantías y que la consideración de este principio es obligatoria para toda autoridad judicial, administrativa o particular.

Además, tomando en cuenta que la indemnidad sexual, es el bien jurídico protegido en el caso de personas menores de edad, ya que ellas aún no han desarrollado su libertad sexual, que es el bien jurídico protegido en el caso de las personas adultas; siendo dicha indemnidad, un elemento importante para preservar las condiciones para que a futuro puedan alcanzar el libre desarrollo de su personalidad en la esfera sexual, se propone enfatizar tal aspecto dentro de los considerandos, incorporando un considerando V, para el cual se propone la redacción siguiente:

> **V. Que por la condición de vulnerabilidad de las niñas, niños y adolescentes, cualquier tocamiento o contacto corporal con significado sexual produce una lesión o riesgo a su indemnidad sexual, bien jurídico relacionado al derecho que tienen de no sufrir interferencias que atenten en la formación y desarrollo de su propia sexualidad.**

Finalmente, para una redacción más precisa del artículo 174-B aprobado, se propone la redacción siguiente:

> **"Inhabilitación del cargo o empleo**
> Art. 174-B.- El funcionario, empleado público o agente de autoridad que cometiere cualquiera de las conductas descritas en el Titulo IV de este Código, se le impondrá además de la pena **de prisión**, la **de** inhabilitación del cargo o empleo por igual tiempo."

Como último punto, cabe aclarar que, para la Presidencia de la República y en línea con las consideraciones vertidas a este respecto por el Despacho de la Primera Dama de la República, la reforma del artículo 161 del Código Penal en comento, busca aplicar la técnica legislativa para una redacción más clara y mejor desarrollo del contenido del delito contemplado en el mismo; ya que, se considera que aún antes de dicha reforma, cualquier tipo de tocamiento o contacto corporal, de carácter sexual, en personas menores de edad o incapaces, constituye el delito de Agresión Sexual en Menor e Incapaz; por lo cual, en ningún momento debe entenderse que la reforma es una aceptación de que lo que ahora se agrega como inciso segundo de dicho artículo, anteriormente constituía la falta de Actos Contrarios a las Buenas Costumbres o Decoro Público, ya que tales hechos atentatorios a la indemnidad sexual de niñas, niños y adolescentes, siempre han estado subsumidos en la descripción típica del artículo antes relacionado.

Por tanto, conforme a la facultad que me otorga la Constitución de la República en su artículo 137, inciso final, devuelvo **OBSERVADO** el Decreto Legislativo No. 480 a esa Honorable Asamblea Legislativa, sobre la base de las razones arriba apuntadas, dejando constancia de mis consideraciones sobre el particular a los Honorables Diputados y Diputadas en el presente escrito; por lo que me permito devolverles el cuerpo normativo, haciendo uso del control ínter-órganos que la misma Constitución me concede frente a la Asamblea Legislativa, en este caso la prerrogativa de observar los Decretos Legislativos.

DIOS UNIÓN LIBERTAD

NAYIB ARMANDO BUKELE ORTEZ,
Presidente de la República.

SEÑORES
SECRETARIOS DE LA HONORABLE
ASAMBLEA LEGISLATIVA
PALACIO LEGISLATIVO
E.S.D.O.