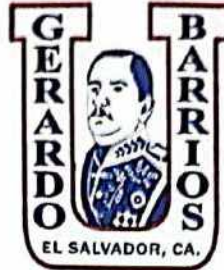


UNIVERSIDAD CAPITÁN GENERAL GERARDO BARRIOS
FACULTAD DE POST GRADO Y EDUCACIÓN CONTINÚA
MAESTRIA EN DERECHO PENAL



TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE:

MAESTRO EN DERECHO PENAL

TEMA DE INVESTIGACIÓN:

“VALIDEZ JUDICIAL DEL CONSENTIMIENTO DE ADOLESCENTES, EN EL DELITO DE ACTO SEXUAL DIVERSO, DESDE UNA PERSPECTIVA DEL EJERCICIO PROGRESIVO DE SUS FACULTADES”.

PRESENTADO POR:

LIC. REYNA ISABEL LEMUS APARICIO

LIC. ESPERANZA DE LA PAZ RODRIGUEZ BOLAINEZ

ASESOR:

MSC. ALEJANDRO ANTONIO QUINTEROS ESPINOZA

EL SALVADOR, SAN MIGUEL, JUNIO 2019.

ING. RAÚL RIVAS QUINTANILLA
RECTOR

SIRHAN RAÚL RIVAS
VICE-RECTOR

	UNIVERSIDAD GERARDO BARRIOS <small>Lideres en Gestión del Conocimiento</small>	SISTEMA DE BIBLIOTECAS
N° DE INVENTARIO _____		
CLASIFICACIÓN DECIMAL _____		
PRECIO \$ _____		FECHA DE ADQUISICIÓN <u>15 ENF 2020</u>
PROVEEDOR <u>Facultad de Postgrado</u>		
UBICACIÓN <input type="checkbox"/> BIBLIOTECA CENTRAL <input type="checkbox"/> BIBLIOTECA USULUTÁN <input type="checkbox"/>		
COMPRA <input type="checkbox"/> DONACIÓN <input type="checkbox"/> CANJE <input type="checkbox"/> OTROS <input type="checkbox"/>		

NAPOLEÓN ALBERTO RÍOS-LAZO ROMERO
FISCAL

AGRADECIMIENTOS

A DIOS TODO PODEROSO: Por ser el que siempre me bendice, el que escucha mis peticiones, el que ha estado conmigo en todos los momentos de mi existencia, y sobre todo porque no ha dejado que me rinda y me ha dado la fortaleza para seguir adelante, y me ha permitido obtener un éxito más.

A MIS PADRES: Por su cariño y comprensión, ayudándome en cada etapa de mi vida y brindándome todo su apoyo.

A MIS HERMANOS Y HERMANAS: Por darme su apoyo en todo momento a lo largo de mi vida.

A MI COMPAÑERA DE TESIS: Quien me han brindado su apoyo incondicional, paciencia, tolerancia y sobre todo su amistad, un triunfo más y seguiremos por otro.

LICDA. ISABEL LEMUS

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios todo poderoso por ser mi mayor fuerza en los momentos más difíciles de este caminar, por ser siempre una luz en camino, y por afianzar mi fe en la debilidad de cuando las cosas parecían imposibles, ha sido un trayecto que únicamente con el apoyo de Dios.

¡A mis hijos que fueron los que más me motivaron desde el inicio sin saber que serían los sacrificados en cuanto a la ausencia de tantas horas de estudio y realización de tareas para este fin, gracias hijos por su comprensión!

Aquellos que ya no están conmigo en esta tierra pero que sin duda alguna fueron un eje principal en mi vida; por su confianza en mí y motivación que siempre sembraron en mí con tanto amor.

Por supuesto sin faltas el apoyo incondicional de mi compañera de ésta tesis que siempre estuvo conmigo en la dificultad y en las alegrías, gracias compañera fuiste un complemento especial.

Sin duda alguna ningún esfuerzo académico es posible sin los maestros y la Universidad que abren sus conocimientos a todo aquel que desea; dando las oportunidades y métodos para tal logro; en Especial a nuestro asesor de tesis MSC. ALEJANDRO ANTONIO QUINTEROS ESPINOZA por la paciencia y la entrega que dedico a este tema y a nosotros para lograr el objetivo.

Y a todos aquellos Profesionales del Derecho que brindaron la información necesaria para la realización de esta investigación.

Amigos que siempre están a la expectativa de mis triunfos como de mis fracasos para darme una mano.

Gracias...

LICDA. ESPERANZA BOLAINEZ



INDICE

INTRODUCCIÓN	I
CAPÍTULO I: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	1
1.1 SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.....	4
1.2 DELIMITACIÓN.....	8
1.2.1 Delimitación temporal	8
1.2.2 Delimitación temática	8
1.2.3 Delimitación espacial	9
1.3 ENUNCIADO DEL PROBLEMA	9
1.4 JUSTIFICACIÓN	9
1.5 OBJETIVOS.....	10
1.5.1 Objetivo general	10
1.5.2 Objetivos específicos	10
CAPÍTULO II: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	12
2.1 TIPO DE ESTUDIO.....	12
2.2 MÉTODO	12
2.2.1 Métodos generales:	12
2.2.2 Métodos particulares:.....	13
2.3 POBLACIÓN Y MUESTRA	13
2.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.....	13
2.4.1 Entrevista en profundidad:	13
2.5 ETAPAS DE LA INVESTIGACIÓN.....	14
2.6 PROCEDIMIENTO DE ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.....	14
CAPÍTULO III: MARCO TEÓRICO	16
3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS	16
3.1.1: Derechos Sexuales	16
3.1.2 Condiciones sexuales en los adolescentes en El Salvador	22
3.1.3 El consentimiento de adolescente como elemento del ejercicio de los derechos sexuales	26
3.1.4 La validez judicial del consentimiento a nivel internacional y nacional.	28
3.2 ELEMENTOS TEÓRICOS.....	35
3.2.1 Ejercicio progresivo de las facultades de los adolescentes.....	35
3.2.2 Educación sexual, familia, escuela y sociedad.....	36

3.2.3 Sexualidad en la adolescencia.....	37
3.2.4 Configuración dogmática del delito acto sexual diverso en la legislación salvadoreña. .	39
3.2.5 Abordaje de la política penal sexual sobre el consentimiento del adolescente.	44
3.2.6 El principio de mínima Intervención del poder punitivo del Estado en relación a las conductas de índole sexual de los adolescentes en el delito de acto sexual diverso.	46
3.2.7 La penalización de las relaciones sexuales entre dos personas próximas en edad y grado de desarrollo o madurez.....	48
3.2.8 Marco Jurídico nacional e Internacional	51
3.2.9 El análisis Jurisprudencial y estudio de casos	54
3.2.10 Paternalismo Jurídico vrs consentimiento de adolescente para ejercer la sexualidad..	58
3.3 DEFINICIÓN Y OPERACIONALIZACIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS	64
3.4 PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN E HIPÓTESIS	64
CAPITULO IV: HALLAZGOS DE LA INVESTIGACIÓN	67
4.1 PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	67
4.1.1 Criterio Jurídico de los operadores de justicia del área penal, familia y niñez.....	67
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS	87
5.1 CONCLUSIONES	87
5.2 RECOMENDACIONES	92
BIBLIOGRAFÍA.....	94

INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de la libertad sexual, se habla del poder decidir con quién, cuándo y dónde tener cualquier tipo de contacto sexual, que implique el ejercicio a la sexualidad. En este sentido, la libertad sexual está ligada intrínsecamente a la libertad individual, y se entiende que es la facultad que tiene la persona de disponer libremente de su cuerpo y de elegir con quien desea tener algún tipo de contacto sexual o abstenerse de ello. La libertad sexual será por tanto el derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual en libertad, es decir, a la capacidad sexual, teniendo como límite la libertad sexual ajena y el derecho a no verse involucrada sin su consentimiento en un contexto sexual. En virtud de esto, es necesario determinar a qué edad se obtiene esta libertad sexual, y qué consecuencias jurídicas conlleva ello, en relación a los supuestos previstos en el Código Penal para los casos en que el bien jurídico vulnerado es el de la libertad sexual de un adolescente, que como se explicara en la presente investigación, sería la indemnidad sexual.

Muchos adolescente ejercer la sexualidad a temprana edad, lo que, puede traer no solo consecuencias en el desarrollo del proyecto de vida por embarazos a temprana edad, la adquisición de enfermedades de transmisión sexual, sino también, de índole legal, relacionadas a la atribución de diversos delitos como la violación o agresión sexual en menor, cuando se trata de menores de quince años, o estupro y acto sexual diverso, cuando se trata de edades entre los quince y los dieciocho años, en cuyos contactos sexuales hubiere mediado engaño, entre otros.

Por lo tanto, se deben ponderar, por un lado, el reforzamiento de la protección de los adolescentes para que no sean víctimas de hechos delictivos de índole sexual por adultos, pero, por otro lado, se debe valorar el ejercicio progresivo de los derechos de los adolescentes, entre los que inevitablemente habrá que reflexionar si, según nuestro ordenamiento legal, ellos son capaces de el ejercer su derecho a la sexualidad, en base a la doctrina integral de niñez y adolescencia, dónde a los adolescentes les da la calidad de sujetos de derechos, y no como objetos de derecho, como anteriormente se les consideraba; por ello, considerando que los adolescentes ostentan la calidad de sujetos de derechos, el consentimiento que en algún momento otorgan para ciertos actos de índole sexual, debe no

ser tomado en cuenta por el operador de justicia al momento de dar resoluciones que vayan a afectar a los mismos adolescentes, ya que la ley penal lo que establece son rangos de edad, y no considera otros factores, como la proximidad de la edad del sujeto activo, o el desarrollo y madurez de quien preste el consentimiento, por lo que se establece una prohibición absoluta cuando estuvieren por debajo de los quince años de edad y entre los quince y los dieciocho años de edad, son penalizados solo si media engaño, que es un elemento común en el estupro y el acto sexual diverso.

En tal sentido, se trata de un tema que requiere un abordaje con especial cuidado, dado la connotación del mismo, y que sin duda continuará siendo un debate inacabado, dada la multiplicidad de factores que deben considerarse para el reforzamiento de la protección y por el otro, para la no criminalización de conductas en las que progresivamente los adolescentes podrían ejercer su sexualidad.

Por lo tanto, la presente investigación se encuentra dividida en cinco capítulos, que se explicarán a groso modo de la siguiente manera:

El primer capítulo que contiene el problema de investigación, donde se realiza un abordaje de dificultades legales y sociales que el o los adolescentes tienen al no valorarse el consentimiento en el delito de acto sexual diverso; además contiene la situación problemática, la delimitación a la que se circunscribió la investigación, el enunciado del problema, la justificación y los objetivos de la investigación.

El segundo capítulo, contiene la metodología de la investigación, el tipo de estudio, el método, la población y muestra, las técnicas e instrumentos, las etapas de la investigación; y el análisis e interpretación de resultados.

El tercer capítulo, contiene marco teórico, los antecedentes históricos, elementos teóricos, definición de términos básicos; y el sistema de hipótesis de Investigación, por último, el análisis de los casos jurisprudenciales y las leyes sobre el tema investigado.

El cuarto capítulo, está constituido por los hallazgos de la investigación; y la presentación y discusión de los resultados.

Y finalmente, el capítulo cinco que contiene las conclusiones, recomendaciones y la propuesta de investigación, en las cuales se reflejan los resultados de la investigación planteados.

CAPÍTULO I: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El derecho, es la respuesta del Estado a los conflictos que se generan dentro de la sociedad; pero muchas veces la realidad supera al derecho y dentro de estos problemas están las desigualdades entre los miembros que integran la sociedad, lo cual genera grupos sociales vulnerables, siendo uno de ellos la niñez y adolescencia, por ello se refuerza la protección de sus derechos desde distintos ámbitos, entre los cuales se encuentra la libertad sexual (Calderón, 2017); pues es con la promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño que se consolidó la concepción que la niñez y adolescencia son sujetos de derecho, es decir, que éstos no tienen solamente derecho a la protección, sino que por sí mismos y por el hecho de ser personas, les son inherentes derechos reconocidos a nivel nacional e internacional; dicha Convención contiene los principios de la denominada doctrina de protección integral de la niñez y adolescencia, cuyo propósito es el reconocimiento de derechos y garantías fundamentales a su favor desde una perspectiva expansiva (Calderón, et al, 2017); esto es, un sistema normativo que desarrolle al máximo su potencialidad como persona, sobre la base de valores y principios, como la dignidad humana, la igualdad y la libertad.

Dentro de los derechos de los adolescentes se encuentra el derecho a la libertad sexual y en razón que estos se encuentran en estado de desarrollo personal, para el legislador hasta determinado rango de edad, el consentimiento para el ejercicio de este derecho se encuentra viciado, o se considera no válido, y por lo tanto, se ha considerado que los adolescentes hasta cierta edad carecen de la autonomía necesaria para decidir válidamente sobre el ejercicio de su sexualidad, y entre los quince y los dieciocho años de edad, si bien se reconoce la posibilidad de ejercer de alguna manera su sexualidad, existe siempre reforzamiento en su protección, aunque en una graduación menor; razón por la cual en los delitos sexuales en los que se involucre el adolescente, lo que se protege es la indemnidad sexual de estas personas, ya que los actos de naturaleza sexual pueden afectar el equilibrio psíquico y el desarrollo de la personalidad, no obstante desde una perspectiva del ejercicio progresivo de sus facultades, se plantea que los adolescentes como sujetos de derechos pueden y deben ejercer su derecho a la libertad sexual, lo que sin duda planteará el dilema de la validez de tal consentimiento.

Tal es el caso del artículo 166 del código penal salvadoreño que regula el delito de acto sexual diverso, el legislador en ese artículo prevé que cualquier acción sexual diferente al acceso carnal, en donde medie el consentimiento del adolescente, y si se comprueba el engaño por parte del sujeto activo, ese consentimiento dado, no es válido, y el inciso final del mencionado artículo establece que aún con un consentimiento libre de engaño por parte del sujeto activo, pero si la víctima se encontrare en el rango de edad de menos de dieciséis años, el consentimiento sigue siendo nulo, sin que se hiciera alusión a la edad del sujeto activo, lo cual como se analizará es relevante, haciendo caso omiso al desarrollo progresivo del adolescente para ejercer libremente su sexualidad o la exploración de esta. Entonces cabe preguntarse ¿desde qué edad el juzgador debe de considerar válido el consentimiento dado por un adolescente? Lo anterior, debido a que el legislador lo que fija son rangos de edad, a partir de los cuales habría prohibición absoluta, como en el caso de los que estuvieren por debajo de los quince años, y cierta posibilidad de ejercer su sexualidad entre los quince y los dieciocho años de edad, en donde se refuerza su protección, únicamente si mediare consentimiento viciado, y específicamente cuando se utilizarse engaño por el sujeto activo, con el propósito que se realice cualquier acto de índole sexual, que en el caso que ocupa, sería específicamente el tipo penal de acto sexual diverso, y en contraposición a la regulación penal, a partir únicamente de la edad biológica que presupuesto ineludible para la configuración del tipo penal en mención, se plantea si deberían valorarse otros factores, como la proximidad de edad entre sujeto activo y pasivo, e incluso si desde una visión antropológica de la sociedad salvadoreña, que determina ese desarrollo progresivo del adolescente, se podría ponderar para tomar una base que determine, si el adolescente cuya edad supera los quince años de edad, es capaz de consentir la realización de ciertos actos sexuales y si es así, entonces por qué el legislador a pesar que desde esa edad se valorara el consentimiento, adopta una postura que podría no solo limitar la libertad de los adolescentes de explorar la sexualidad, sino incluso llevar a la penalización de conductas realizadas entre adolescentes en edad próxima, que están descubriendo su sexualidad.

En tal sentido, el juzgador por la simple verificación de la edad cronológica determina el cometimiento del delito de acto sexual diverso, dejando a un lado los demás factores que rodean al adolescente, y aunque se busca protegerles de ser víctimas de abusos sexuales o en general de hechos punibles de índole sexual, a los que puedan estar expuestos por su

desarrollo y madurez, se deja de lado que entre adolescentes pueden en ese rango de edad explorar el ejercicio de su sexualidad, lo que no debe llevar a excesos el poder punitivo, penalización con ello a otros adolescentes; lo cual se evitaría si se toma como parámetro para el análisis de la visión antropológica, la proximidad de las edades entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, y de esta manera garantizarle el derecho a la libertad sexual como sujetos de derechos.

¿Pero cuál sería la edad para la validez del consentimiento de los adolescentes, además de la regulada en nuestra legislación salvadoreña? Las normas internacionales no indican cual debe de ser la edad mínima de consentimiento sexual. El comité de la Convención de los Derechos del Niño, consideró los trece años muy joven, sin embargo, la edad debe evitar el exceso de penalización de las conductas de los y las adolescentes e impedir el acceso a los servicios. En tal sentido, se debe ponderar la autonomía progresiva del niño/niña y no se debe ajustar demasiado alto.

También se debe tener en cuenta la diferencia de edad entre las personas involucradas, como un indicio del equilibrio del poder en éstos y abordar los casos en los que dos adolescentes menores de edad están involucrados.

En El Salvador tomando como base lo establecido en el artículo 163 del Código Penal, que penaliza las conductas sexuales realizadas con adolescentes entre los quince y los dieciocho años de edad, solo en tanto en ellas hubiere existido engaño, como medio de comisión realizado por el sujeto activo, se puede deducir sin mayores ambages que es a partir de esa edad la posibilidad de consentir estos actos y por tanto, ejercer su sexualidad por los adolescentes, aunque evidentemente esto no exime al Estado de su obligación de reforzar su protección en otros ámbitos, como la educación sexual y reproductiva, la salud, la orientación, entre otros, aunque la mayoría de los países de la región han establecido la edad mínima de consentimiento sexual entre los 14 y 16 años. Sin embargo, algunos países tienen una edad menor de 14 años o mayores de 16 años.

En Latinoamérica tres países han establecido límites de consentimiento sexual por debajo de los 14 años de edad (UNICEF), incluyen Argentina, Costa Rica y Uruguay. Diez países del Caribe han configurado la edad mínima a los 16 años, en la República Dominicana, los datos indican que el 28,4 por ciento de las adolescentes son madres a la edad de 18 años

y las adolescentes pueden casarse tan temprano como en los 15 años con consentimiento de los padres.

Ahora, una dimensión importante con respecto a los derechos de los y las adolescentes se refiere a situaciones en las que las dos personas involucradas en la actividad sexual están bajo la minoría de edad, o próximos en edad, que es precisamente hacia donde se orienta la investigación, abordar la problemática, teniendo en cuenta la vulnerabilidad de los adolescentes, y el uso progresivo de sus facultades, sin que bajo esto implique legitimar cualquier relación de poder desigual.

1.1 SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

En tal sentido, la problemática investigada giró en relación a la valoración que el juzgador debería dar al consentimiento entre adolescentes en el delito de acto sexual diverso, tomando en cuenta factores como: patrones socioculturales, morales, psicológicos, educativos, entre otros, que fomentan el desarrollo progresivo de los adolescentes para el ejercicio de sus derechos y en el caso que nos ocupa el ejercicio de la libertad sexual que como sujeto de derecho debe de tener.

Ahora, para efectos de una mejor delimitación del problema de investigación, se utilizó el tipo penal de acto sexual diverso, previsto y sancionado en el artículo 166 del Código Penal, que comparte elementos descriptivos con el tipo penal de estupro, como el engaño, pero que esencialmente se diferencian porque en aquel la conducta sexual en la que se involucró al adolescente fue en acceso carnal, y el acto sexual diverso, se estaría en cualquier otra conducta de naturaleza sexual que no implique acceso carnal vaginal o anal, y por lo tanto, el espectro de posibles conductas a considerar para la configuración de este tipo penal se amplían drásticamente, y si se piensa que mediante el desarrollo progresivo los adolescentes pueden ir explorando el ejercicio de su sexualidad, máxime cuando se trata de relaciones interpersonales con personas de edad próxima o que se encuentran en el mismo grupo, es decir con otros adolescentes, podría llevar a criminalizar conductas, que a lo mejor requieran un tratamiento estatal diferente, como consejería, educación sexual, orientación adecuada, entre otras, pero no necesariamente desde el ámbito penal; hay que tomar en cuenta

el principio de mínima intervención del derecho penal (Cornejo, Pozo, Ramos, 2004), el derecho penal solo debe de entrar a conocer cuando las otras disciplinas del Derecho no son capaces de restablecer el orden social perturbado, y si este tipo de conductas realizadas por los adolescentes o una adolescente con un sujeto próximo en edad pueden ser abordadas desde otro ámbito del derecho o en otros ámbitos como la orientación adecuada, la educación, la familia, entre otros, primeramente habría que agotar esas instancias antes de entrar al ámbito penal, por tal razón es que se dice que el derecho penal se construye sobre las otras materias del Derecho. El derecho penal no debe proteger los bienes jurídicos en forma exclusiva, pues cuando el ordenamiento jurídico es transgredido, muchas veces es suficiente aplicar una medida puramente administrativa de menor gravedad, como puede suceder en algunos casos, sin tener que recurrir a la imposición de una sanción penal, que más que beneficiar, perjudica la vida del o los adolescentes involucrados. Es precisamente por el principio de mínima intervención que el derecho penal, no puede proteger todos los bienes jurídicos ni tampoco regular todas las acciones que lesionan dichos bienes, pues su finalidad es la de castigar únicamente aquellas acciones consideradas más graves, o que hay un daño irreversible al bien jurídico protegido, pero como se ha mencionado anteriormente, si esas conductas realizadas cumplen con otros factores como: exploración de la sexualidad, con sujeto próximo en edad, en base al ejercicio progresivo de los adolescentes, etc., esa conducta podría ser abordada a través de otros mecanismos, que no necesariamente impliquen la intervención penal, ya que lo que se busca por la vulnerabilidad de los adolescentes, reforzar la protección respecto de explotación sexual, embarazos a temprana edad, enfermedades de transmisión sexual, e inclusiva que se refuerce el ejercicio responsable de la sexualidad.

El problema se agudiza cuando en el tipo penal antes mencionado, en su inciso final, se establece que, *el acto sexual diverso realizado con persona menor de dieciséis años, aun con su consentimiento, será sancionado con prisión de ocho a doce años*; generando que, aunque el adolescente consienta el acto sexual diverso, el operador de justicia tendrá de base la edad como límite legal del consentimiento del adolescente. Así, al analizar el delito de estupro (Art. 163), se observa que este se comete mediante engaño con persona mayor de quince años, la interpretación que se hace al respecto es que, a partir de los quince años, la persona puede consentir tener relaciones sexuales, castigándose únicamente el hecho que ésta

hubiese sido engañada para tal fin. Pero, en el delito de acto sexual diverso, no requiere como medio de comisión el engaño, cuando el adolescente fuere menor de dieciséis años, ya que su configuración típica es parecida con la del delito de estupro, diferenciándose en que en el primero es necesario que exista acceso carnal mientras que en el segundo tiene que ser cualquier acto sexual distinto al acceso carnal; por lo que si el legislador ha tomado como base la edad de quince años, para comenzar a considerar el consentimiento de adolescente, deben considerarse las circunstancias por las cuáles ese ejercicio se produce, y deberá intervenir el derecho penal, cuando sobre la base de la mayor vulnerabilidad se les somete, abusa o se les induce a realizar la sexualidad de manera irresponsable, por ello, la regla no podría ser absoluta a partir únicamente de la edad, al restringirse la posibilidad de que la o el adolescente de quince años, en base a su ejercicio progresivo, pueda consentir actos de índole sexual diferentes al acceso carnal.

En virtud de lo cual, el inciso final, sanciona a quien realice cualquier acto sexual distinto del acceso carnal con persona cuya edad oscile entre quince y menor de los dieciséis años, aunque se tenga consentimiento de esa persona y no se haya empleado engaño, pues la ley presume que, en dicha edad, la situación de madurez y experiencia alcanzadas no permite decidir plenamente sobre la realización de los actos sexuales a los que hace referencia el tipo. Ahora, si el acto sexual diverso se realiza con persona menor de quince años, el hecho constituiría agresión sexual en menor de edad, según lo previsto en el artículo 161 del Código Penal.

Por lo que, para la aplicación del inciso antes referido, es indiferente que se haya engañado al sujeto pasivo cuya edad se encuentra entre los quince y antes de cumplir los dieciséis años, ya que en tales casos se aplicaría ese inciso, cuya sanción oscila entre ocho y doce años de prisión, y sobre ello piénsese en hechos de esa naturaleza sucedidos entre adolescentes, teniendo el sujeto pasivo quince años de edad, y el sujeto activo dieciséis años de edad, perfectamente serían constitutivas de acto sexual diverso, ya que no es necesario que medie engaño y por la edad del sujeto pasivo, no estaría en edad de consentir de forma válida, y por ello, desde una aplicación meramente dogmática, establecidas esas circunstancias serían suficientes aparentemente para la configuración del tipo penal, a la vez que la sanción impuesta es desproporcional a la conducta realizada.

Pero la problemática sobre el citado inciso en ese rango de edad, no termina con lo antes indicado, dado que el inciso primero del artículo 164 del Código Penal, como se ha citado, indica que, *el que realizare mediante engaño, con persona mayor de quince y menor de dieciocho años de edad, cualquier acto sexual diverso del acceso carnal, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años*; es decir, que el rango de edad al que se refiere el inciso citado, también incluye a los mayores de quince años, (entiéndase aquellos que han cumplido quince años), y que sean menores de dieciséis años, y en ese inciso para que la conducta sea típica, se requiere que concorra el engaño, es decir, que exista un vicio en el consentimiento, dado que si para el consentimiento no mediare engaño, este se consideraría válido, lo que evidentemente representa un problema con el inciso final de la misma disposición legal, que indica que aunque mediare consentimiento, la conducta sería típica de esta infracción penal, con lo cual no exigiría el engaño, ya que si en todos los casos el legislador hubiere considerado que el consentimiento estuviere viciado por el engaño a que se hace referencia en el inciso primero de la disposición, entonces, estaría demás el inciso final al aludir únicamente que en esa rango de edad, independientemente que medie consentimiento, la conducta será reprochada penalmente.

En este sentido, en casos en que la persona víctima tiene quince años diez días de edad, queda regulado por los dos incisos. Si la ley penal está regulando el acto sexual diverso con engaño a partir de los quince años, debe entenderse que el realizado sin engaño, por ende, el consentido debe ser atípico. Pensar lo contrario llevaría a resultados de penas incongruentes, para el caso, en el acto sexual diverso, si hay un engaño la pena es de cuatro a ocho años y si no hay, la pena oscilaría entre ocho y doce años de prisión, e incluso con el estupro, que resulta ser más grave, en tanto que no solo hay engaño, sino que acceso carnal, y en este la pena oscila entre cuatro y diez años de prisión, por lo tanto, siendo el acto sexual diverso con consentimiento, en el que no ha mediado engaño, un hecho de menor gravedad que las conductas anteriores, estaría reprochado con una pena más alta, es decir, de ocho a doce años de prisión, tanto en su límite mínimo como en el máximo.

En tal sentido, el Código no hace una configuración lógica, no solo en las conductas delictivas antes referidas, sino para determinar, cuál sería la edad que el legislador salvadoreño, consideró para que el adolescente pudiera consentir válidamente actos de

naturaleza sexual, a partir del ejercicio progresivo de sus derechos, teniendo como base circunstancias que le permitan ejercerlo, y no ser víctimas de abusos, explotación o de sometimiento a conductas sexuales por adultos, con quienes exista alguna relación asimétrica y se prevalezca de ellas para ello; ya que se limita de forma confusa a fijar rangos de edad establecidas en las normas aplicables, como limitantes a la valoración del consentimiento del adolescente, pudiendo generar una afectación jurídica, social, psicológica del o los adolescentes involucrados en esos actos sexuales, por su abordaje penal de manera generalizada, tomando como elemento únicamente el rango de edad en el que se sitúa el sujeto pasivo, con lo cual deja a un lado la disposición legal que contempla el acto sexual diverso, que en su inciso primero requiere para la configuración de la conducta prohibida, que la víctima sea mayor de quince años, pero además, que como medio de comisión con el cual se vicia el consentimiento de la víctima, sea el engaño, porque de no mediar el mismo, se podría considerar la atipicidad de la conducta; en tal sentido, pareciera que el legislador en el inciso final quiso reforzar la protección cuando el rango de edad oscila entre los quince y menos de los dieciséis años de edad, indicando que, en este caso aun mediando consentimiento, cuando se realizaren actos diversos al acceso carnal, la consecuencia jurídica sería más intensa, incluso equiparándola a la de la agresión sexual en menor o incapaz, pero no consideró que ese rango de edad también lo incluyó en el inciso primero del artículo 166 del Código Penal citado; entonces surge la interrogante ¿desde qué edad se toma en cuenta el consentimiento?

1.2 DELIMITACIÓN

La delimitación se realizó en tres elementos:

1.2.1 Delimitación temporal

La investigación inició en el mes de diciembre de 2018, con la selección temática, posteriormente la aprobación e inscripción en el mes de febrero de 2019 y se finalizó en el mes de julio de 2019.

1.2.2 Delimitación temática

La investigación conllevó un análisis no solo de la puesta en práctica de la sana crítica racional como medio de valoración del juzgador de los medios probatorios convencionales, la visión y concepción que desde los distintos operadores de justicia, se tiene en relación a la protección o reforzamiento de la protección de los adolescentes en el ámbito de la sexualidad y su ejercicio, que evidentemente por su desarrollo y madurez se ubican como grupos vulnerables, especialmente a hechos delictivos en los que se involucren actividades sexuales, como la explotación sexual, los abusos sexuales, violaciones, entre otras, que evidentemente pueden truncar el proyecto de vida y distorsionar su adecuado desarrollo, al haber sido expuestos o sometidos a esa edad a ese tipo de conductas, y por ello, se fue más allá y se entró a comparar la legislación comparada, estudios de casos, además de los patrones socioculturales, morales, psicológicos, educativos, etc., que fomentan el desarrollo progresivo de los adolescentes para el ejercicio de sus derechos y en el caso que ocupa el ejercicio de la libertad sexual que como sujeto de derecho debe de tener, razón por la cual la investigación es de tipo analítica-comparativa.

1.2.3 Delimitación espacial

La investigación fue delimitada para la administración de los instrumentos en el área de la zona oriental, comprendiendo juzgados de los departamentos de la zona oriental, Cámara de lo penal, Cámara de niñez y adolescencia y Medicina Legal.

1.3 ENUNCIADO DEL PROBLEMA

¿Cuáles son las implicaciones que genera la no valoración del consentimiento del adolescente en el delito de acto sexual diverso, de acuerdo a su capacidad progresiva?

1.4 JUSTIFICACIÓN

El consentimiento del adolescente en el delito de acto sexual diverso es un tema de mucha importancia, ya que su valoración o no valoración dentro de un proceso penal, tiene implicaciones que afectan la calidad de los sujetos de derechos y afectan su desarrollo

personal, aparte que puede generar afectación jurídica para el sujeto en contra de quien se promueve dicho proceso, por lo cual fue necesario la investigación de todos los factores que determinen, si se debe o no de considerar factores como la proximidad de edad entre los sujetos intervinientes, patrones socioculturales, capacidad progresiva del o los adolescentes, el fin con el cual se realizaron actos de índole sexual, entre otros, que evidentemente deben investigarse, incluso desde antes de promover la acción penal, para perseguir únicamente aquellas conductas en las que el adolescente ha sido sometido a algún tipo de abuso o explotación sexual, y no criminalizar conductas que podrían ser abordadas en otros ámbitos distintos al penal, como consejería, educación y salud sexual, orientación adecuada, entre otros, que podrían propiciar un soporte importante para que los adolescentes puedan advertir las consecuencias de ejercer la sexualidad a temprana edad, como embarazos precoces, enfermedades de transmisión sexual, frustración de sus proyectos de vida, entre otros, y es por eso que este proyecto de investigación ayudara a la comunidad jurídica a tener una base de apoyo para las posibles argumentaciones en la defensa o garantía del adolescente para el ejercicio de sus derechos sexuales, y la no exacerbación de todo tipo de conductas de naturaleza sexual en el ámbito penal, no solo por ser este la última ratio a la que se debe acudir, sino porque el derecho penal no podrá resolver la problemática que genera el ejercicio precoz o indiscriminado de conductas sexuales por adolescentes.

1.5 OBJETIVOS.

1.5.1 Objetivo general

- Determinar la validez judicial del consentimiento entre adolescentes en el delito de delito de acto sexual diverso, según la capacidad progresiva del adolescente.

1.5.2 Objetivos específicos

- Definir el alcance de la capacidad progresiva de los adolescentes para el ejercicio de los derechos sexuales en la tipología del delito de acto sexual diverso.
- Identificar las implicaciones jurídicas, positivas y negativas de la validez judicial del consentimiento de los adolescentes en el ejercicio de su libertad sexual.

- Examinar dogmáticamente el tipo penal de acto sexual diverso, cuando se trata de conductas realizadas entre adolescentes.

CAPÍTULO II: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

2.1 TIPO DE ESTUDIO

El presente estudio se basó en una investigación analítica- comparativa, ya que se utiliza una combinación de métodos científicos que permitieron el abordaje integral y multidisciplinario del tema de investigación, es decir, la primera necesaria para la elaboración de la investigación puesto que se utiliza el manejo doctrinario para la misma, y la segunda servirá para la recolección de datos y comparación de los mismos a fin de descubrir o afinar preguntas que nos ayudaran a describir mejor el funcionamiento de la temática.

2.2 MÉTODO

Los métodos de investigación que se utilizaron fueron los siguientes:

2.2.1 Métodos generales:

Dentro de estos métodos se utilizó el análisis, en donde se realizó un estudio pormenorizado de la normativa internacional que establece los alcances del consentimiento de los adolescentes en la exploración de su sexualidad, como establecer un análisis de los derechos sexuales de los adolescentes reconocidos a nivel internacional; de la misma forma se realizó un análisis en el corpus iuris nacional donde se establecen esos derechos y como es visto desde una perspectiva penal, estableciendo los patrones socioculturales, morales, psicológicos, educativos, etc. que fomentan el desarrollo progresivo de los adolescentes para el ejercicio de sus derechos y en el caso que nos ocupa el ejercicio de la libertad sexual que como sujeto de derecho debe de tener, a fin de establecer si dichas normas y resoluciones, están acordes a ese ejercicio de sus facultades y no se vulnera dichos derechos al momento de aplicar los preceptos legales.

2.2.2 Métodos particulares:

En la presente investigación se plantea un sistema mixto dependiendo la fuente de datos, pues se hace uso de información y conocimiento de tipo bibliográfico (libros, tesis, revistas, documentos electrónicos, periódicos, documentos jurídicos, entre otros) a fin de lograr la elaboración de un marco teórico conceptual, de igual forma se utilizó una investigación de campo, el cual consistió en la realización de entrevistas con el fin de obtener información que complementó la investigación.

2.3 POBLACIÓN Y MUESTRA

En la presente investigación, la población que se estudió por medio de entrevistas específicamente a: Magistrados y Jueces/as del área penal, Jueces del área de familia, Magistrados de la Cámara de Cámara de Niñez y adolescencia, psicólogo de Medicina Legal; con el fin de obtener información necesaria que ayudo a complementar la presente investigación.

2.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

Asimismo, se utilizaron entrevistas a fin de conocer profundamente la temática y problemática, para lograr así una combinación de la información documental con la investigación de campo.

2.4.1 Entrevista en profundidad:

Esta investigación de campo se hizo con el fin de obtener mayor información de carácter empírico y para eso fue necesario hacer uso de instrumentos tales como:

Entrevista: que se utilizaron para la recolección de datos verbales por parte del entrevistado a través de preguntas; y así existen diferentes clases de entrevistas: a) la entrevista estructural: es donde se utiliza un formato determinado que tiene como finalidad

el control de las respuestas; b) la entrevista no estructurada: es la que no lleva un formato determinado.

Esta entrevista como ya se dijo anteriormente, se realizó a funcionarios públicos del órgano judicial como: Magistrados y Jueces/as del área penal, Jueces del área de familia, Magistrados de la Cámara de Cámara de Niñez y adolescencia, psicólogo de Medicina Legal, a fin de obtener mayor información que complemento la presente investigación.

2.5 ETAPAS DE LA INVESTIGACIÓN

Para la elaboración del presente trabajo de investigación, se siguieron las siguientes etapas:

En la primera etapa o fase, consistió en la revisión bibliográfica y documental de textos físicos y digitales, referentes al tema de estudio, para la elaboración del diagnóstico preliminar, sobre la temática de “Validez judicial del consentimiento de adolescentes, en el delito de acto sexual diverso, desde una perspectiva del ejercicio progresivo de sus facultades”, para posteriormente efectuar la elaboración de los instrumentos que se utilizaron para la recolección de la información de los datos primarios de la investigación de campo.

Una segunda fase, que consistió en la recopilación de información mediante entrevistas estructuradas y no estructuradas, con todos aquellos funcionarios, Magistrados y Jueces/as del área penal, de familia y de niñez y adolescencia; con el fin de obtener información necesaria que ayudo a complementar la presente investigación; y que de acuerdo a la información previa, forman parte de la muestra y podrían aportar datos fidedignos y confiables al trabajo de investigación.

2.6 PROCEDIMIENTO DE ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

Se recolectó la información a través de cuestionarios o encuestas, los cuales se tabularán y se analizaron, con lo que se obtuvo los resultados que los encuestados proporcionaron al grupo investigador, respecto de la temática en cuestión.

Los conceptos que se vertieron en cada cuestionario que se elaboró como grupo investigador, tuvo por finalidad la obtención de porcentajes de mayor a menor relevancia para el objetivo del estudio, lo que facilitó y permitió la comprobación de las hipótesis.

CAPÍTULO III: MARCO TEÓRICO

3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

3.1.1: Derechos Sexuales

Los derechos sexuales se refieren a la libertad de las personas de expresar su sexualidad en condiciones dignas, placenteras y seguras, así como el derecho a no sufrir violencia o abuso sexual, esto implica el ejercicio autónomo de la sexualidad de acuerdo a las preferencias y a la protección legal de las mismas, incluida o no la finalidad reproductiva e independientemente de la edad o estilo de pareja, sin prácticas de riesgo para la salud (López Gómez).

Así, para hablar de derechos de los adolescentes, y en especial de los derechos sexuales del adolescente a nivel nacional, es importante hacer referencia al reconocimiento de dichos derechos a nivel internacional, en tal sentido, en el derecho internacional, lo constituye un sistema de normas que cada Estado ratifica para regular sus conductas y establecer relaciones armónicas con otros Estados. Algunas fuentes del derecho internacional de los derechos humanos son los convenios o tratados internacionales de la Organización de las Naciones Unidas (de ahora en adelante ONU), la Organización Internacional de Trabajo (de ahora en adelante la OIT) y en el caso de América, la Organización de los Estados Americanos (de ahora en adelante OEA); entre otras; otras fuentes importantes son la costumbre internacional y los principios del derecho, las decisiones judiciales y las enseñanzas de los académicos.

En el transcurso de los siglos, se han realizado análisis del contexto histórico, político, social y cultural de la sociedad, desde la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, se procedió a estudiar las declaraciones y tratados de la época que representan el reconocimiento que la comunidad internacional otorga a los derechos humanos de distintos grupos (población, mujeres, niños) y problemas sociales (salud, económicos). En razón de que los derechos del niño, ya desde sus primeras formulaciones, se configuran como derechos universales. Así, el derecho del niño a la vida, el derecho a la identidad y la no discriminación,

entre otros, forman parte del catálogo de derechos humanos, por lo que existe una relación esencial entre los derechos del niño y los derechos humanos; esto puede ser visto, por un lado, como duplicidad en la enunciación de derechos, y por tanto innecesaria, y por otro, como una especificación de los mismos derechos a un ámbito especial de protección que son los niños/as y adolescentes, como si de un refuerzo de los derechos se tratara (Rodrigo, 2004).

Así, se identifican tres etapas por las que pasó la construcción de los derechos sexuales y reproductivos de los jóvenes (Mesa, Rodríguez, 2004): la primera abarca las décadas de los años cincuenta y sesenta, e incluye el surgimiento de los derechos fundamentales y de las mujeres, tema que se tocara escasamente por no ser objeto de estudio; la segunda incluye los años setenta y ochenta, corresponde a la llamada educación sexual con enfoque reproductivo; la tercera etapa corresponde a los años noventa a la fecha y se refiere a la etapa donde se reconoce a los jóvenes como sujetos de derecho.

- **Primera etapa**, que se dio en la década de los años cincuenta y sesenta: derechos fundamentales y de las mujeres.

En esta etapa se destaca principalmente lo siguiente:

a) Es el nacimiento de los primeros reconocimientos a los adolescentes, porque en esta primera etapa dan inicio los Derechos Sexuales (DS) y en la que se derivaban los derechos básicos de primera y segunda generación donde se enfatiza el derecho a la equidad a la no discriminación y la libertad. Las altas tasas de crecimiento poblacional en la década de los sesenta impulsan los programas de planificación familiar y que enfocan algunos derechos reproductivos de las mujeres incluyendo por supuesto a las adolescentes de la época (Mesa, et al, 2004). Surgen expresiones que cuestionan los sistemas tradicionales de control social. Las investigaciones y la política de los Estados se dirigen hacia la integración de los jóvenes disfuncionales a la sociedad, quienes a veces son vistos como una "anomia social". En México y Estados Unidos se hacen estudios sobre los *pachucos* y *cholos* de la frontera. La situación crítica de jóvenes se refleja en el cine mexicano en películas como "*Los olvidados*" de Luis Buñuel. Tras el triunfo de la Segunda Guerra Mundial en los Estados Unidos (Mesa, et al, 2004), se crea un modelo de juventud confinado en las instituciones

educativas que deviene en un nuevo segmento de mercado: "los consumidores adolescentes" no productivos.

b) Reconocimiento de derechos. Las declaraciones y pactos surgen más de la experiencia de la posguerra retomando la importancia de la promoción de los derechos de la mujer y el niño/a. En la primera etapa ubicamos la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración de los Derechos del Niño (1959), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención Americana de los Derechos Humanos y la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1967). Los derechos de las mujeres se impulsaron como condición indispensable para el respeto de los derechos humanos y el desarrollo de los países: el derecho a la libre determinación de las mujeres, el derecho a su pleno y libre consentimiento para el matrimonio y el impulso de su participación política. Se protege el acceso universal a los servicios médicos, a la educación y se reconocen los derechos reproductivos como derechos humanos. La educación sexual, que desde los años treinta es marginada de la discusión internacional, se reduce a una visión natural del derecho de la mujer: "Acceso a material informativo para ayudarla a asegurar la salud y bienestar de su familia".

En cuanto a los derechos de los y las jóvenes comienzan a contemplarse en la Declaración de los Derechos del Niño (DDN) de 1959, en donde se incluye a los menores de 18 años y se inicia la transición de una mirada paternalista a los menores, para ser reconocidos como sujetos de derecho. El "niño" es definido como un agente pasivo en quien recaen las políticas argumentando su "falta de madurez física y mental" por lo que "necesita de protección y cuidados especiales" a la vez que se sientan las bases para la educación sexual.

En la Declaración de los Derechos del niño (ONU, 1959), en su principio número siete se reconoce al niño y la niña el derecho de acceso a su educación, estableciendo que:

"El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes

y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad. El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres. El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho”

Además, en esta Declaración se define por primera vez el principio rector: "el interés superior del niño" para el disfrute pleno de todos sus derechos, su desarrollo físico, mental y moral, el ejercicio de la libertad y la conformación de su juicio individual con la finalidad de que sea social y moralmente responsable.

- **Segunda etapa**, se da en la década de los setenta y ochenta: educación sexual con enfoque reproductivo:

Para esta etapa lo más relevante fue lo siguiente:

a) *Contexto*: La necesidad de fortalecer las políticas que promuevan un crecimiento más lento de la población tiene directa repercusión en el derecho a la educación sexual. La política dirigida a jóvenes permanece con visión integracionista, y, sin embargo, los y las jóvenes dejan de ser considerados como movimientos marginales tomando importancia como peligro para la hegemonía del Estado, la seguridad interna y la defensa de intereses nacionales. Se aplican mecanismos represores en distintas latitudes: a la juventud norteamericana que se expresó en contra de la guerra de Vietnam; a las panteras negras en Nueva York, al movimiento estudiantil de Francia, México, entre otros países. (Mesa, et al, 2004).

Los diversos patrones se rompen con la música de los setenta y ochenta que proyectan a los Beatles, los Rolling Stones, Pink Floyd o The Cure. Algunos cantantes de rock transgreden los símbolos de identidad masculina o femenina, aparecen como *travestis* (iniciando por David Bowie) y también se refuerzan los derechos de

expresión de los *gays* como Boy George. Para las autoridades políticas y religiosas, los y las jóvenes se convierten en una amenaza a los valores y los intereses dominantes. Los medios de comunicación muestran a los grupos como demonios populares al tiempo en que se convierten en un medio de expresión y espacio de libertad de jóvenes. La aparición del VIH-SIDA, en 1982, será el inicio para colocar en el ámbito internacional la discusión sobre la sexualidad más allá de la planificación familiar. El tema del VIH-SIDA abre otros temas como discriminación por orientación sexual u homofobia, abriendo nuevas controversias entre los diversos actores sociales haciendo ver su dimensión política al relacionar la vida sexual con las regulaciones morales y las relaciones de poder.

b) Reconocimiento de derechos: los jóvenes son reconocidos en el ámbito internacional por primera vez como un sector de especial interés. En 1985 celebra el Año Internacional de la Juventud (Mesa, et al, 2004).

Con respecto a los derechos sexuales y los tratados de derechos humanos, en la década de los setenta e inicios de los ochenta se visualizan los siguientes avances (Mesa, et al, 2004):

- Durante 1974 se aplica por primera vez una política estatal de planificación familiar y un Programa Nacional de Educación Sexual. En México se realiza la Conferencia Mundial de la Mujer (1975) y se observan las recomendaciones de la Primera Conferencia Internacional de Bucarest para llevar a cabo programas de educación sexual. Los derechos sexuales y reproductivos se enfocan hacia la prevención del embarazo y enfermedades de transmisión sexual dirigiéndose en el sector salud programas a las mujeres mayores de 20 años y a las unidas o casadas más jóvenes. En el sector educativo se incluye en los libros de texto de la enseñanza básica los contenidos de pubertad, reproducción humana, prevención de embarazos y las Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS).
- En 1979 se redacta la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer donde se reconoce la importancia de la participación de la mujer en la vida política, cultural y económica de los Estados. En esta Convención se garantizan sobre todo los derechos relacionados con la reproducción de la mujer (planificación familiar, decisión sobre el número de hijos (incluyendo la

información suficiente y asesoría, cuidado durante el embarazo, el parto y el periodo posterior al embarazo). Predomina el concepto de mujer como madre, lo cual determina el enfoque de las políticas de salud pública en esa dirección.

- En 1989, al aprobarse en la ONU la Convención sobre los Derechos del Niño ocurre un cambio de visión sustancial al transitar de un sistema de "protección tutelar represivo" basado en una cultura "adultista", a uno de "responsabilidad y garantista" basado en la doctrina de protección integral, en la cual el niño o niña es considerado/a como sujeto de derecho, de esta manera se supera la concepción de los menores de 18 años como objetos de protección.
- El nuevo enfoque rescata la importancia de que el niño y la niña se formen un juicio propio, se preparen para asumir una vida responsable en una sociedad libre, se expresen libremente en todos los asuntos que les afecten y tengan la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de todo tipo, en especial, aquella que tenga por finalidad promover su bienestar social, espiritual, moral y su salud física y mental. Entre otros puntos clave se reconoce el derecho de los y las menores a la libertad de conciencia, pensamiento y religión.

A esto se suma que los Estados deben adoptar las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para proteger al niño de cualquier abuso, incluido el abuso sexual, la prostitución y otras prácticas sexuales ilegales. Se desarrolla el derecho al acceso de los servicios de salud, "la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia". El derecho a la educación de jóvenes sigue en discusión porque en ellos quedan depositados los derechos de los padres de familia, que pueden contravenir los derechos de jóvenes y aún queda preeminencia en el ámbito de la salud pública la educación sexual.

- Tercera etapa, se da en la década de los noventa: jóvenes como sujetos de derecho.

Lo más relevante en esta etapa fue:

a) *Contexto*. Desde los años ochenta a raíz de la pandemia del VIH/SIDA generó que en el ámbito internacional se establecieran mecanismos de prevención inmediata cuyo

objetivo principal fueron los y las jóvenes para evitar esa propagación. Este síndrome dio visibilidad a la diversidad de prácticas sexuales que van más allá del modelo de familia (Mesa, et al, 2004).

El movimiento *gay* toma relevancia y contribuye al fortalecimiento de las discusiones sobre el derecho a la no discriminación por orientación sexual y los derechos de los y las jóvenes a tener una sexualidad libre y placentera. En diversos países trascienden las discusiones más allá de la prevención del VIH/SIDA debido a problemas de discriminación laboral, educativa y de registro civil (leyes de sociedades de convivencia, cambio de sexo en el acta de nacimiento, derechos de los reclusos, travestis, transexuales y transgéneros.) La discriminación sexual y los problemas de salud de las mujeres llevan a la concientización de ofrecer asesoría adecuada a los y las adolescentes y marca el posicionamiento de los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos.

Tres eventos internacionales enmarcan esta nueva visión.

- La Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo (CIPD 1994);
- Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer (CMM 1995); y
- La Declaración de compromisos en la lucha contra el VIH/SIDA.

En el seguimiento de la CIPD y la CMM, cinco años después, se confirma esta posición, pero se presenta con fuerza la oposición de la Nueva Derecha, como reacción a los avances logrados. Comienza a abrirse el tema de la educación sexual integral de jóvenes, el derecho a una sexualidad libre y responsable, el derecho de las mujeres a controlar su propio cuerpo y elegir sobre cualquier método anticonceptivo y la interrupción del embarazo en condiciones de seguridad en los países donde las leyes se permiten.

3.1.2 Condiciones sexuales en los adolescentes en El Salvador

Antes de iniciar este apartado es necesario definir primeramente lo que es la sexualidad, y entiéndase por esta como:

“Un aspecto central del ser humano, presente a lo largo de su vida. Abarca al sexo, las identidades y los papeles de género, el erotismo, el placer, la intimidad, la

reproducción y la orientación sexual. Se vive y se expresa a través de pensamientos, fantasías, deseos, creencias, actitudes, valores, conductas, prácticas, papeles y relaciones interpersonales. La sexualidad puede incluir todas estas dimensiones, no obstante, no todas ellas se vivencian o se expresan siempre. La sexualidad está influida por la interacción de factores biológicos, psicológicos, sociales, económicos, políticos, culturales, ético, legales, históricos, religiosos y espirituales” (Alvarado, 2015).

Otro concepto puede ser:

“Conjunto de características biológicas (corporalidad), psicológicas (pensar, sentir, actuar) y sociales. En otras palabras, la sexualidad es la manera de pensar, de sentir y de actuar de hombres y de mujeres en una sociedad y grupo determinado. Por tanto, la sexualidad se relaciona con nuestras ideas, palabras, deseos, fantasías, emociones, valores y comportamientos, es decir, con todo nuestro ser, con nuestra humanidad” y por tanto es diversa en sus manifestaciones” (Ministerio de Educación, 2014. Pág.38).

Como podemos observar la sexualidad es un conjunto de factores que integran parte de la personalidad del individuo; son todas aquellas características que desarrolla la persona dependiendo de su entorno social, educativo, familiar, etc., se puede afirmar que las prácticas sexuales y sus significados varían según las diversas dimensiones sociales, tales como las generaciones, el sexo, los imaginarios sociales que se construyen en torno a ellos. En definitiva, la sexualidad no se reduce sólo a la dimensión biológica en los seres humanos, sino considera también la construcción social y cultural que la involucra.

En razón de que la forma como las personas ejercen su sexualidad se estructura a partir de un largo proceso que comienza con la definición de un orden simbólico, desde el cual se atribuyen significados a la sexualidad. Estos significados, traducidos en permisos o prohibiciones, llegan a formar parte de la subjetividad de las personas, son llevados a la vida cotidiana y luego son condensados en discursos y prácticas; de acuerdo con esta perspectiva, los saberes sobre la sexualidad son un elemento constitutivo de la misma (Centro de Derechos de Mujeres, 2006)

Así, la exploración de la sexualidad del adolescente en El Salvador, ha sido estudiada desde la perspectiva de la afectación al bien jurídico protegido, enfocando al adolescente como víctima de delitos de naturaleza sexual, en las estadísticas que existen de los embarazos en adolescente, o en las infecciones de transmisión sexual que sufren los adolescentes, entre otras cosas, y siendo que la sexualidad y más en la adolescencia es un tema muy poco abordado y hasta cierto punto un tabú hablarlo en la sociedad salvadoreña, y durante mucho tiempo el tema diferentes sectores conservadores se han opuesto a que desde el Sistema Educativo Salvadoreño se hable de manera clara, objetiva y responsable sobre sexualidad (Informatvx, 2018).

Y la situación se agrava cada día más, especialmente en los jóvenes y mujeres ante la ausencia de voluntad política de los tomadores de decisión, para siquiera discutir la problemática a la altura técnica, legal y laica posible. Y es que precisamente educar a nuestros jóvenes en sexualidad responsable y afectividad, genera una férrea oposición de los grupos conservadores, que argumentan que “el Estado no es padre” y que enseñarles Educación Integral en Sexualidad en las escuelas públicas y privadas, equivale a promover que inicien su vida sexual, a incrementar las enfermedades de transmisión sexual y “adoctrinar” con la perversa y diabólica “ideología de género” (Informatvx, 2018).

La Organización de las Naciones Unidas para la educación, la ciencia y la cultura (UNESCO por sus siglas en inglés) ha sostenido que los programas de abstinencia total, no evitan la precocidad sexual entre los jóvenes y tampoco reducen la frecuencia de las relaciones sexuales ni el número de parejas. Existen diversos estudios que destacan que la abstinencia y la educación en el seno familiar, no son suficientes. Y más bien, sugieren una corresponsabilidad de Estado – Familia y Sociedad (Informatvx, 2018).

En el año 2018 se presentó la iniciativa de varios diputados de aprobar la “ley de educación en afectividad y responsabilidad responsable” que tenía como objeto el de:

“... mejorar la relación de la persona y su ambiente utilizando formas y modalidades educativas que expliquen los procesos relacionados a las relaciones personales e interpersonales, propiciando así el desarrollo de la inteligencia emocional y fomentando el respeto de la individualidad de las niñas, niños y adolescentes, por medio de una currícula nacional eficaz y sistemática, bajo un proceso de formación



científico que aporte medios para solucionar las problemáticas sociales...” (Comisión de Cultura y Educación, Palacio Legislativo, 2018).

En el que la comisión dictaminó como desfavorable por encontrarse vigente la Ley de Protección Integral de Niñez y Adolescencia (de ahora en adelante LEPINA) y que ella contenía los derechos relativos a la educación sexual de los adolescentes y que era responsabilidad de los padres darla y que el estado tenía la obligación en materia de educación de incluir en sus programas la educación sexual y reproductiva.

En El Salvador son varios los problemas que actualmente enfrenta la niñez, la población adolescente y la juventud relacionados con la falta de educación integral de la sexualidad, entre ellos: el embarazo en adolescentes, la maternidad y paternidad temprana, irresponsable e inoportuna, los abortos clandestinos en condiciones insalubres, el abuso sexual, infecciones de transmisión sexual (ITS), infección por VIH, suicidios, violencia y discriminación por razones de sexo, género (identidad y rol de género, orientación sexual), edad, origen cultural, por presentar capacidades educativas especiales, entre otros, que afectan la salud, calidad de vida y vulneran los derechos de los diversos grupos humanos, en especial los que se encuentran en condiciones de mayor vulnerabilidad, como niñez, adolescentes, jóvenes y mujeres de todas las edades y contextos del país (Ministerio de Educación, 2014).

Debe existir una educación sexual y esta debe contener información que facilite la adquisición de actitudes positivas respecto a la sexualidad, el propio cuerpo humano, fomentar la autoestima y el respeto hacia los demás. Es importante desmitificar la sexualidad liberando de sentimientos de culpa y de vergüenza, favoreciendo la comprensión de la conducta sexual de las personas (Comisión de Derechos Humanos, 2017).

El esfuerzo de estructurar como país la Educación Integral de la Sexualidad, desde el enfoque de género y derechos humanos, no sólo obedece al reconocimiento de la problemática generada por la carencia de esta, que ha trascendido el espacio de la Salud Pública hacia los diversos ámbitos de la vida social, económica, política y cultural del país, sino también al compromiso de cumplimiento de los acuerdos políticos y vinculantes que El Salvador ha aprobado, suscrito y/o ratificado en el marco amplio de los derechos humanos a nivel nacional e internacional.

Se debe de considerar la formación y fortalecimiento de herramientas de autoprotección en niñas, niños y adolescentes en su contexto evolutivo, esto implica el reconocimiento y desarrollo de las habilidades necesarias para enfrentar situaciones de amenaza o peligro y su diferenciación de experiencias de confianza y seguridad personal, con el objeto de sepan distinguir entre una y otra, y para ello es necesario el reforzamiento de conocimiento siguientes (Comisión de Derechos Humanos, et at, 2017):

- Cuidado personal
- Identificación de situaciones de amenaza personal
- Pautas conductuales de autoprotección

En ese orden de ideas, si el adolescente recibe una educación integral de la sexualidad, tomando como base el ordenamiento internacional y el nacional para un mejor abordaje, el adolescente como ser sexuado que es, y teniendo como base que existen estadísticas que reflejan que el adolescente inicia una vida sexual temprana, es posible que en un ambiente seguro, siempre y cuando no sea sometido u obligado, pueda realizar tales prácticas porque tiene el conocimiento para explorar la sexualidad, por lo que hay que profundizar en el consentimiento del adolescente para aceptar este tipo de actos, que más adelante se desarrollara.

3.1.3 El consentimiento de adolescente como elemento del ejercicio de los derechos sexuales

Como se ha mencionado con anterioridad, la práctica de actos sexuales que pueden o no pueden llegar al acceso carnal, es una situación que los adolescente en nuestro país, está practicando desde temprana edad, y esos actos entran al conocimiento del ámbito penal cuando son ejercida con violencia, engaño, o cuando afecta el bien jurídico protegido, o lo pone en riesgo, generando un afectación; pero ¿Qué hay de aquellos actos de índole sexual realizadas con el libre consentimiento del adolescente con el fin de la exploración sexual de este, con un sujeto próximo en edad? ¿deberían de entrar al conocimiento del derecho penal? Para eso es necesario desarrollar lo que es el consentimiento.

El consentimiento puede entenderse como: el resultado de la acción de acordar, de ponerse de acuerdo, expresando una voluntad coincidente a la propuesta, para accionar en conjunto, o permitiendo que se realice la acción (Deconceptos.com).

Si interpretamos lo dispuesto en el artículo 1309 del Código Civil entiéndase por este como: el acuerdo de voluntades en virtud de la cual una o más personas acuerdan dar, hacer o no hacer una cosa; teniendo como elementos:

- Es una convención, es decir un acuerdo de voluntades
- Es un acuerdo bilateral, las partes involucradas aceptan las condiciones.
- Acción de dar, hacer o no hacer, las partes se obligan recíprocamente a dar, hacer o no hacer algo.

Si nos vamos a la vía penal, el consentimiento se puede ver como:

“la Aceptación por la víctima de una infracción cometida contra ella. Fuera de las hipótesis en que la falta de consentimiento de la víctima es uno de los elementos de la infracción (p. ej.: violación), el consentimiento de la víctima no constituye obstáculo para la represión, que se hace en interés general de la sociedad” (enciclopedia jurídica).

Cabe preguntarse, ¿cómo saber si el adolescente tiene la capacidad para consentir actos de índole sexual? Eso dependerá de la capacidad progresiva que tenga el adolescente, los factores socio-culturales, educativos, etc., que el operador de justicia debe valorar al momento en que se presente un caso en donde esté involucrado los adolescentes, ya sea como sujeto pasivo o activo en el proceso, y es que una parte importante en el proceso también son los peritajes psicológicos que se realizan a la que es considerada víctima en el proceso, y para eso la Cámara ha dicho lo siguiente:

“...los peritajes psicológicos tienen una gran aceptación debido a que la psicología como ciencia tiene la capacidad de evaluar en qué medida el relato de un niño es real o ficticio... Tal omisión del juzgador, hace que su sentencia adolezca de una falta de fundamentación, por estar basada sólo en la valoración de ciertos elementos probatorios, excluyendo despóticamente la valoración del peritaje psicológico de la menor víctima...” (Corte Suprema de Justicia, 2017)

Así también siendo en los casos de índole sexual un acto de intimidad que muy pocas veces cuenta con otros testigos además de las víctimas, la Cámara establece:

“...Es muy común que el juzgador cuente exclusivamente con el testimonio de la víctima y el imputado, en cuyo caso ha de primar la prudencia en el juzgador pues se corre el riesgo de dejar desamparada a la víctima si prevalece la versión del acusado o, en su defecto, condenar a un inocente si sucede lo contrario... Por otra parte, es de hacer notar, que en los casos de abuso sexual o violencia ejercida sobre un menor, el testimonio de éste constituye la prueba fundamental, sino única, de que disponen los órganos encargados de la persecución penal para establecer la realidad del hecho delictivo. La experiencia criminológica demuestra que la mayor parte de estos delitos se cometen en un entorno cerrado, con una fuerte interacción afectiva entre el autor y la víctima. Por ello, en muy pocas ocasiones el juez dispone de otras evidencias que no sean el testimonio de la propia víctima”. (Corte Suprema de Justicia, 2017)

Entonces el testimonio de la víctima debe de ser valorado por el juzgador y entre otros elementos, se debe de valorar el peritaje psicológico.

3.1.4 La validez judicial del consentimiento a nivel internacional y nacional.

En El Salvador la edad de consentimiento es a partir de los 15 años, presentándose algunas restricciones en el rango de edad entre los 15 y 18 años, ya que cuando se presenta engaño o la persona mayor de edad tiene posición de autoridad sobre la víctima (docente, líder religioso, etc.) el consentimiento podría estar viciado y por ende tipificarse el delito de estupro o estupro por prevalimiento. No hay una unificación de criterios, y muchas veces la legislación, da lugar múltiples interpretaciones para los operadores de justicia.

En derecho comparado, existen países que tienen una regulación sobre la edad para consentir del adolescente (Wikipedia), a saber:

- Argentina: la edad de consentimiento es de 16 años. La legislación penal también sanciona a quienes realizan actos sexuales con menores de 15 años aprovechándose de la "inmadurez sexual" o de la "relación de preeminencia" respecto a la víctima u

otras "circunstancias equivalentes" cuando no existe crimen más severo que castigue los mismos hechos. Dichas normas están contenidas en la ley 25087 de 1999 sobre delitos contra la integridad sexual. Existe además la figura penal de corrupción, que sanciona a quienes de cualquier modo obren sobre la víctima, menor de 18 años, de modo que resulte una seria alteración del sentido y la dirección normal de la sexualidad.

- Belice: la edad de consentimiento es a partir de los 16 años.
- Bolivia: La edad de consentimiento es de 14 años, por artículo 308 del Código Penal, que regula la Violación de infante, niña, niño o adolescente, que castiga violación de menor de 16 años, "así no haya uso de la fuerza o intimidación y se alegue consentimiento". Existe también el delito de estupro que se aplica por adolescentes entre 14 y 18 años.
- Brasil: desde el año 2009, la edad de "consentimiento" para actos sexuales continúa siendo de 14 años en adelante. Antes de esa edad, cualquier relación sexual es considerada estupro. El 28 de marzo de 2005 el presidente Luiz Ignacio Lula Da Silva sancionó la Ley 11.10615 que altera el Código Penal de 1940 y excluye disposiciones que violaban la Constitución Federal de 1988; bajo esta ley fueron eliminados los delitos de adulterio, seducción de mujer virgen y raptó de mujer honesta.
- Chile: la edad del consentimiento es a los 14 años para sexo heterosexual y 18 para el sexo homosexual. La Ley 19617 promulgada el 2 de julio de 1999 establece así: artículo 362: El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concurra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior. Otros artículos del código penal regulan diversas interacciones sexuales.
- Colombia: la edad de consentimiento sexual es a los 14 años, de acuerdo a los artículos 9, 10, 11, 12, 208 y 209 de la ley 599 de 2000 (Código Penal vigente). El consentimiento sexual será válido siempre y cuando no medie violencia, prostitución, ni pornografía. La pareja del adolescente, no podrá tomar fotografías ni realizar vídeos íntimos donde aparezca el menor de 18 años (artículo 218 de la ley 599 del 2000). El código civil colombiano en los artículos 113 a 151, establece todas las disposiciones relativas al matrimonio. De acuerdo al artículo 116 los mayores de 18

años pueden contraer matrimonio libremente. Los artículos 117 y 140 establecen que los adolescentes entre 14 y 18 años pueden contraer matrimonio con el permiso expreso de sus padres. En Colombia no existe actualmente ley de estupro; esta era una figura que existía en el Código Penal de 1980 (art 301 y 302 del Decreto 100 de 1980), siendo abolida por la ley 599 del 2000 (Código Penal Vigente). La convención iberoamericana de derechos de los jóvenes establece en sus artículos 1 y 20 que los jóvenes mayores de 15 años tienen derecho a elegir libremente una pareja que sea igualmente mayor de 15 años.

- Costa Rica: no tiene una edad de consentimiento exacta, pero impone límites para la diferencia de edad en las relaciones sexuales con menores de 18 pero mayores de 13. Según la ley 9406, se pena con cárcel de tres a 6 años a la persona que tenga relaciones sexuales con una persona que tenga más de 13 años, pero menos de 15, solamente si el autor supera en 5 años o más la edad a la víctima. Por otro lado, si la persona tiene entre 15 y 17 años, se pena con cárcel de dos a tres años, siempre y cuando el autor supere en 7 años o más la edad a la víctima. Toda relación sexual con menores de 13 años es considerada violación.
- Cuba La edad de consentimiento es a partir de los 14 años.
- Ecuador: la edad de consentimiento es de 14 años, tanto para los actos heterosexuales como homosexuales, según se define en el Código Penal Ecuatoriano, artículo 512, ítem 1, para el crimen de violación de menores y también según el artículo 506 para el crimen de atentado contra el pudor sin violencia o amenaza. Existe una cláusula sobre la corrupción de menores (artículos 509 y 510 del código penal) para el delito de estupro que se aplica específicamente cuando el consentimiento a las relaciones sexuales con mujeres adolescentes de entre 14 y 18 años se obtiene por medio de la seducción o el engaño. La adolescente, sin embargo, debe cumplir con la definición de "mujer honesta" para que resulte un delito. El código de la niñez y adolescencia de 2003 en su artículo 68 amplió la definición de abuso sexual de menores para incorporar cualquier contacto físico o sugerencia de naturaleza sexual obtenida mediante la seducción, chantaje, acoso, engaño, amenaza o medidas similares. Artículo 167 Código orgánico integral penal. - Estupro. - La persona mayor de dieciocho años que recurriendo al engaño tenga relaciones sexuales con otra, mayor

de catorce y menor de dieciocho años, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

- España: la edad de consentimiento es de 16 años según el código penal español establece que "...la realización de actos de carácter sexual (no solo sexo sino también conversaciones/imágenes sexuales) con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez..." En el caso de los menores de edad –de menos de dieciocho años– pero mayores de dieciséis años, constituirá abuso sexual la realización de actos sexuales interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima.
- Guatemala: la edad de consentimiento es a partir de los 16 años, presentándose la nueva ley en el año 2015. En el año 2015 se eleva la edad para contraer matrimonio de 14 a 18 años, es decir, que los menores de 18 años no pueden contraer matrimonio; adicionalmente se eleva a 16 años la edad para que un juez autorice el matrimonio bajo circunstancias especiales, es decir, que eventualmente las personas que hayan cumplido 16 años pueden contraer matrimonio obteniendo el permiso de un juez. A finales de agosto 2017 el Congreso de la República aprobó unas reformas al Código Civil por la cual la edad para contraer matrimonio se elevó a 18 años. A septiembre 2017 dicha reforma está pendiente de publicación en el Diario Oficial. En el año 2009 se promulgó la ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas, la cual endureció las penas en caso de delitos sexuales.
- Haití: la edad de consentimiento es a partir de los 18 años.
- Honduras: la edad de consentimiento es a partir de los 15 años. Se considera delito de estupro cuando se tienen relaciones sexuales con una mujer de entre 15 y 18 años de edad haciendo uso de la confianza, jerarquía o autoridad. Se presentan algunas restricciones en el rango de edad entre los 15 y 18 años, ya que cuando se presenta engaño o la persona mayor de edad tiene posición de autoridad sobre la víctima (docente, líder religioso, etc.) el consentimiento podría estar viciado y por ende tipificarse el delito de estupro.

- México: siendo una república federal donde las leyes penales son competencia de los Estados. Las leyes de abuso sexual, corrupción de menores, violación equiparada y estupro varían en cada entidad federativa y las edades en las que se consideran tales delitos están especificadas en los respectivos códigos penales o sus equivalentes. Aunque la mayor parte de los códigos penales se han modernizado y ya no se hace referencia al género, a la virginidad o a la seducción, aún persiste en Baja California y Sonora la definición de estupro como cópula con mujer casta y honesta por medio de la seducción y el engaño. La edad de consentimiento a los 17 años: Sinaloa y Veracruz. Edad de consentimiento a los 15 años: Ley Federal, Coahuila, Hidalgo, Estado de México, Yucatán, la edad de consentimiento a los 14 años: Baja California, Querétaro, la edad de consentimiento a los 12 años.
- Nicaragua: la edad de consentimiento es a partir de los 16 años; el artículo 168 penaliza cualquier contacto sexual con un menor de 14 años y el artículo 170 sanciona las relaciones sexuales entre un adulto o una persona que estando casado o en unión de hecho sostenga relaciones con una persona de 14 o 15 años.
- Panamá: la edad de consentimiento es a partir de los 14 años, siempre y cuando sea entre jóvenes, no si se trata de un adulto porque tiene una posición de autoridad sobre la joven o el joven con edad entre 14 y 18 años. Se presenta el delito de estupro cuando se realiza una falsa promesa de matrimonio a una joven entre 14 y 18 años, para que acceda a tener relaciones sexuales con un adulto, de conformidad a lo establecido en el artículo 176.
- Paraguay: la edad general de consentimiento es de 14 años para los actos heterosexuales (previo matrimonio) y de 17 años para actos homosexuales. La edad de consentimiento para las relaciones extramaritales con adolescentes de ambos sexos es a partir de los 16 años, de acuerdo al artículo 137. El artículo 135 del código penal paraguayo modificado por la Ley 3440/200845 que cubre el abuso sexual de menores define niño, a efectos de este artículo, como cualquier persona menor de 14 años (ver la cláusula octava). Los actos sexuales en general con un niño menor de 14 años se castigan con hasta tres años en prisión o una multa. En Paraguay, la figura del estupro se comete contra una mujer de 14 a 16 años que es persuadida por un hombre a tener relaciones. La legislación utiliza la frase coito extramarital ya que tanto la mujer como

el varón pueden casarse a partir de los 16 años, si tiene 17 se prescinde de la pena. El artículo 13746 del código penal dice: "(1) El hombre que persuade a una mujer de entre 14 y 16 años a realizar el coito extramarital (relaciones sexuales) será castigado con una multa; (2) Cuando el demandado es menor de 18 años, puede desestimarse la pena."

- Perú: la Corte Suprema ha señalado, mediante Acuerdo Plenario N°4-2008-CJ que existe contradicción entre estas normas y el Código Civil, que permite el matrimonio con consentimiento paternal desde los 16 años, y asimismo con otras pautas establecidas en el propio Código Penal, por lo cual estableció como doctrina que los jueces deberán tomar en consideración la legislación más benigna. Actualmente ya no está en discusión la penalización de las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes.
- Puerto Rico: la edad de consentimiento en Puerto Rico es de 14 años, desde 2012.
- República Dominicana: la edad de consentimiento es a partir de los 18 años.
- Uruguay: la edad mínima de consentimiento en Uruguay es de 15 años.
- Venezuela: la edad de consentimiento en este país sudamericano es a partir de los 16 años. Adicionalmente, el sexo consensual con una mujer virgen entre 16 y 21 años solamente puede ser castigado si la mujer virgen u honesta fue seducida bajo una falsa promesa de matrimonio, es decir, si el hombre le propone matrimonio a una mujer virgen para que esta acceda a sostener relaciones sexuales con él y luego el hombre incumple la promesa de matrimonio.
- Europa: aunque varían las diferentes legislaciones de Europa, suelen existir puntos en común: como que no puede realizarse filmación explícita de actos sexuales con menores (pornografía), que no debe existir perjuicio en la integridad física o moral, ni la relación ser resultado de coacción, de amenazas, de violencia, mediando dinero o por ausencia de consciencia del menor (por estar bajo los efectos de alcohol, drogas u otros supuestos incapacitantes, cuya venta es igualmente prohibida a menores). Igualmente se entienden por menores de edad en algunos países, a las personas que aún teniendo 18 años o más, no tengan concedida su libre disposición de sí mismos (normalmente por problemas mentales).

- Vaticano: la Ciudad del Vaticano no tiene código civil ni penal propio, sino que adopta el del estado italiano, a no ser los artículos que entren en contradicción con el código canónico (el de la iglesia). La edad de consentimiento sexual en Italia es de 14 años (legislación vigente desde 1997). Desde el Tratado de Letrán en 1929 hasta el año 2009, los cambios en las leyes italianas se asimilaban automáticamente. Ahora son examinadas una por una antes de ser adoptadas. En el Vaticano no existe edad de consentimiento sexual, sino lo que existe es una legislación o una norma referente a la edad marital, la cual es la edad mínima para contraer matrimonio. El Código de Derecho Canónico sobre la edad a la que se puede contraer matrimonio. En atención a una larga tradición de derecho canónico, el actual sitúa la edad válida en los 14 años para la mujer y en los 16 para el varón. De esa manera, quedan amparados muchos pueblos en los que, por tradición cultural, los matrimonios se producen de manera temprana.
- Albania: la mujer, aun siendo mayor de 14 años, debe ser sexualmente madura.
- Alemania: la corrupción de menores hasta los 16 años es punible.
- Austria: el menor debe ser mentalmente consciente de lo que significa el acto sexual.
- Bosnia y Herzegovina: la corrupción de menores hasta los 18 años es punible.
- Bulgaria: el menor debe ser mentalmente consciente de lo que significa el acto sexual.
- Italia: 13 años si la pareja es menor de 16 años. Son ilegales las relaciones sexuales de menores de 16 años con sus propios padres, educadores o jefes, incluso consentidas.
- Macedonia: la corrupción de menores hasta los 18 años es punible. Son ilegales las relaciones sexuales de menores de 18 años con sus propios educadores, incluso consentidas. La convivencia extramatrimonial de un mayor con un menor de 16 años es ilegal.
- Montenegro: la corrupción de menores hasta los 18 años es punible. Son ilegales las relaciones sexuales de menores de 18 años con sus propios educadores, incluso consentidas. La convivencia extramatrimonial de un mayor con un menor de 18 años es ilegal.
- Portugal: hasta los 16 años, punibles si hay posición dominante ventajosa de la pareja.

- Francia: la corrupción de menores hasta los 18 años es punible. Son ilegales las relaciones sexuales de menores de 18 años con sus propios educadores, incluso consentidas.
- Rumanía: hasta los 18 años, punibles si hay posición dominante ventajosa de la pareja. Las relaciones sexuales entre un menor de 18 años y sus educadores o jefes son ilegales, incluso consentidas.
- Grecia: 17 años para relaciones homosexuales entre hombres. Las relaciones sexuales entre un menor de 18 años y sus educadores o jefes son ilegales, incluso consentidas.
- Suecia: hasta los 18 años, punibles si hay posición dominante ventajosa de la pareja. El incesto entre padres e hijos es ilegal indistintamente de la edad.
- Dinamarca: son ilegales las relaciones sexuales de menores de 18 años con sus propios padres y educadores, incluso consentidas.
- Finlandia: son ilegales las relaciones sexuales de menores de 18 años con sus propios educadores, incluso consentidas.

3.2 ELEMENTOS TEÓRICOS

3.2.1 Ejercicio progresivo de las facultades de los adolescentes

Principios rectores:

Artículo 10. LEPINA Principio de ejercicio progresivo de las facultades de los derechos y garantías reconocidos a las niñas, niños y adolescentes serán ejercidos por éstos de manera progresiva tomando en consideración el desarrollo evolutivo de sus facultades, la dirección y orientación apropiada de sus padres o de quien ejerza la representación legal, y de las disposiciones establecidas en la presente Ley.

Para facilitar el ejercicio de estos derechos, las entidades públicas y privadas ejecutarán proyectos dirigidos a la niñez y adolescencia, los cuales comprenderán actividades, planes o programas educativos sobre los derechos y obligaciones de las niñas, niños y adolescentes. En el caso de los centros educativos, estas actividades serán coordinadas por el Órgano Ejecutivo en el ramo de Educación. En la oportunidad del análisis

del artículo 5 de la LEPINA, hemos afirmado, entre otros detalles que el desarrollo evolutivo se estrecha con la definición de los grupos etarios “Niñez” y “Adolescencia”, pero también al interior de cada uno de éstos la evolución de las facultades es diversa. Así, no serán iguales las facultades de un niño o niña comprendidos en la primera infancia, de cero a tres años, que el de un niño o niña comprendidos en la edad de 7 a 12 años.

Precisamente la progresividad en el ejercicio de los derechos y garantías estatuidas en este principio del artículo 10, se fundamenta en la Convención sobre Derechos del Niño, que a los efectos de la determinación de dicha progresividad toma como parámetro el desarrollo evolutivo de las facultades del niño, tanto en el marco del principio de corresponsabilidad en el artículo 5 “...en consonancia con la evolución de sus facultades...” los padres, la familia ampliada, la comunidad, tutores o responsables darán orientación y dirección apropiada para que el niño ejerza los derechos, como en el desarrollo normativo, por ejemplo en el artículo 12 sobre derecho a la opinión, el artículo 14, sobre el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, entre otros muchos más.

Importa indicar además que el desarrollo, la madurez, la evolución de facultades no es sólo un hecho supeditado a la edad, aunque lo hemos señalado como de relación estrecha con los grupos etarios, no es el único que infiere el desarrollo evolutivo de niñas, niños y adolescentes, pues la educación y cultura familiar y social, el medio en el que se relacionan, entre otros son factores que se conjugan para la determinación de la realidad evolutiva de la niñez, bien más temprano, bien más tarde. Elementos cognitivos de orden socio-educativos, no son uniformes en todas las sociedades y países, como las culturas tienen expresiones distintas, relacionados con estos elementos de la realidad histórica, cultural, educacional, etc. Y hay que tener en cuenta que las niñas, niños y adolescentes, tienen derecho a desarrollar progresivamente el ejercicio de sus derechos; es decir, que, como sujetos plenos de derechos, adquieren autonomía, y el Estado y las familias apoyan y protegen su desarrollo, de forma que progresivamente ejerzan sus derechos, de acuerdo a la evolución de sus facultades (Comisión de Derechos Humanos, et al, 2017).

3.2.2 Educación sexual, familia, escuela y sociedad.

El surgimiento de la familia data de tiempos muy remotos ya que los seres humanos siempre han tendido a formar grupos, y ésta ha sido la célula básica de la sociedad. La familia

se ha caracterizado, no sólo por su función reproductiva, sino por la transmisión a los jóvenes de los valores acumulados por la sociedad en su devenir histórico; es por ello que constituye el primer laboratorio de aprendizaje social.

En nuestra sociedad aún subsisten concepciones y patrones machistas en relación con la sexualidad y la función de cada uno en la familia; persiste el peso de la "doble jornada", la responsabilidad muchas veces no compartida al asumir la maternidad. Existe aún recato al tratar temas afines en la familia, unas veces por considerarlo polémico y candente, y en otras, por la poca preparación y actualización que de éstos tienen los padres, y todo esto dificulta la labor orientadora, por lo que los adolescentes, en muchos casos, buscan ayuda en otros jóvenes quizás tan desorientados o más que ellos mismos; en un estudio realizado sobre el aborto en la adolescencia, sólo la tercera parte de las jóvenes encuestadas acudió a sus padres cuando sospecharon su embarazo.

Si los padres, como pareja, no se sienten a plenitud, y como tal no se protegen, es imposible que puedan entregar bienestar emocional a sus hijos. Vale recordar que la capacidad de amar se adquiere y desarrolla en las relaciones sociales, en la comunicación y en la actividad que se establece entre padres e hijos, muchachos y muchachas, padres y maestros, maestros y alumnos.

Una buena educación sexual no consiste únicamente en dar una buena clase de anatomía o reproducción humana; tampoco es sentarse con el educando y hacer un discurso sobre los peligros del sexo. De nada sirven algunas charlas sobre el SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual si no son capaces de modificar la percepción del riesgo. Una buena educación sexual, además de informativa, debe ser formativa de valores, de responsabilidad, que les permita hablar de sexo de forma clara y diáfana. En todo esto, la sociedad en su conjunto tiene una gran responsabilidad, para así crear seres seguros de su sentir y responsables de su hacer.

3.2.3 Sexualidad en la adolescencia.

Resulta algo difícil deslindar este tópico del anterior, dado el lugar fundamental que ocupan la familia, la escuela y la sociedad en general, en la educación de los jóvenes. En los últimos tiempos viene ocurriendo un incremento de las relaciones sexuales en edades más

tempranas, cambios frecuentes de pareja, así como un mayor número de embarazos precoces, abortos, madres solteras y deserción escolar, y asociada a estos problemas una alta incidencia de enfermedades de transmisión sexual (entre ellas el SIDA) en edades juveniles.

Es evidente que existe en nuestros jóvenes una deficiente educación sexual, de la cual son responsables muchas personas, entre las cuales se encuentran los padres. Muchos adolescentes no usan anticonceptivos para tener relaciones sexuales, en contraposición al conocimiento que tienen de los diferentes métodos. En ocasiones, no existe responsabilidad compartida en el momento en que ocurre un embarazo, por lo que recae la responsabilidad en la hembra; otras veces, la familia los obliga a contraer un matrimonio para el cual aún no están preparados.

Hay que tomar en cuenta que durante la adolescencia no solo se producen cambios y transformaciones físicas, también se dan cambios emocionales, sociales y psicológicos, haciendo de esta etapa uno de los periodos más difíciles del desarrollo de la persona. En esta etapa la relación entre padres e hijos es difícil y, a menudo está llena de contradicciones propias de la adolescencia, los hijos son cada vez más autónomos y reclaman más independencia en su vida personal y social, lo que produce un alejamiento de los padres pero, al mismo tiempo les reclaman el apoyo y el afecto que todavía necesitan para enfrentarse a un mundo que todavía no entienden y un mundo que no los entiende a ellos; y la sociedad adulta no sabe tratar al adolescente, por un lado ya no muestra hacia él la indulgencia con que perdona los errores del niño, pero tampoco le permite asumir el papel de adulto, alargando cada vez más el periodo de preparación necesario para incorporarse a la sociedad como miembro de pleno derecho (Castañeda, 2010).

Es necesario que nuestros jóvenes asuman la sexualidad de forma enriquecedora, placentera y responsable, lo que implica la construcción de una autoimagen aceptable, el desarrollo de formas personales, de la capacidad de sentir, gozar, de comprender, de dar, compartir y recibir, de aprender a respetarse y a respetar. Los adolescentes "deben de contar con información y conocimiento adecuado y suficiente acerca de la sexualidad y la reproducción" (López Gómez).

Los adolescentes deben tener en cuenta que los derechos sexuales están compuestos por los siguientes derechos (Centro de Derechos de Mujeres, 2006):

- Respeto absoluto a la integridad física del cuerpo humano.
- Los más altos niveles de salud sexual y reproductiva.
- Información y los servicios necesarios asegurando una confidencialidad absoluta. Derecho a tomar decisiones sobre la sexualidad y la reproducción libres de discriminación, coerción o violencia.
- La libre orientación sexual.
- El ejercicio autónomo de la sexualidad, a gozarla con o sin finalidad coital, de acuerdo con las preferencias y la protección legal de las mismas.
- Derecho a una sexualidad placentera y recreacional independiente de la reproducción: Derecho a no tener actividad sexual; derecho a conocer, respetar y amar el cuerpo y los genitales; derecho al amor, la sensualidad y el erotismo; a buscar afecto y relación sexual; derecho al orgasmo y a ser libres en la intimidad; derecho a la relación sexual independiente de la edad, estado civil o modelo familiar, exenta de cualquier forma de violencia, abuso o acoso.

3.2.4 Configuración dogmática del delito acto sexual diverso en la legislación salvadoreña.

En el artículo 166 del Código Penal, se establece el tipo penal de acto sexual diverso, cuya descripción es la siguiente:

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

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

Para que se configure este tipo penal se requiere el cometimiento de cualquier acto diverso del acceso carnal (vaginal o anal regulado en el estupro), que sea de contenido sexual, es decir, cualquier acto dirigido a excitar o a satisfacer la propia concupiscencia (deseo y

goce de los placeres especialmente de los sexuales)¹, aunque no llegue al completo desahogo de la lujuria (deseo sexual vicioso), y realizados con voluntad y conciencia de cumplir el hecho con el propósito de excitar y acceder carnalmente (vaginal o anal).

Otro elemento que establece la descripción del tipo penal es el engaño, es decir, que el sujeto activo cometa el delito y utilice el engaño para realizar cualquier acto sexual diverso del acceso carnal con persona mayor de quince y menor de dieciocho años.

Como se puede observar, este artículo opera como precepto penal subsidiario del artículo 163 del Código Penal, que regula el estupro, y que establece: *El que tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal mediante engaño, con persona mayor de quince años y menor de dieciocho años de edad, será sancionado con prisión de cuatro a diez años.* Respecto del cual la única diferencia es la clase de conducta sexual realizada por el sujeto activo, que en este artículo es el acceso carnal vaginal o anal; y en el acto sexual diverso enmarca cualquier acto distinto, siempre que, objetivamente, tenga naturaleza sexual, por lo que cabe el acceso carnal bucal no comprendido en el artículo 163 referido, pues el mismo, es una conducta que evidencia actos naturaleza sexual, que afectan la sexualidad ajena.

Ahora, el artículo 163 del Código Penal, marca el parámetro para el consentimiento del sujeto pasivo, en razón que, si el acceso carnal o vaginal al que se refiere el artículo, careciere de engaño, no estaríamos frente a la conducta del tipo penal, lo que a la luz de lo indicado, en relación al reforzamiento de la protección de los adolescentes implica que de no mediar engaño, no se configura el tipo penal por faltar un elemento de la conducta típica, y no existe ninguna distinción respecto del sujeto activo, que pudiera ser otro adolescente, un adulto muy cercano a los dieciocho años de edad, o una persona mucho mayor, que como antes se indicado, legislaciones como la Costarricense las nominan relaciones impropias en la medida en que existe una diferencia de edad considerable.

Si bien el artículo 166 del Código Penal, está en sintonía con el límite legal establecido en otros tipos penales en el mismo código, en su inciso final, el citado artículo establece que, *el acto sexual diverso realizado con persona menor de dieciséis años, aun con su consentimiento, será sancionado con prisión de ocho a doce años;* este rango de edad

¹ Sentencia con referencia: 44/06; de la Cámara de la Tercera Sección de Occidente, Ahuzchapán, de las quince horas con treinta y cinco minutos del día veintisiete de abril del dos mil seis.

genera confusión en cuanto a cómo debemos interpretar los límites legales de consentimiento sexual. Así, si analizamos el delito de estupro (Art. 163), observamos que este se comete mediante engaño con persona mayor de quince años, la interpretación que se hace al respecto es que a partir de los quince años la persona puede consentir tener relaciones sexuales, castigándose únicamente el hecho de que esta hubiese sido engañada para tal fin. Pero siendo que el delito de acto sexual diverso, cuya configuración típica es parecida con la del delito de estupro, diferenciándose como ya se mencionó anteriormente, en que en el primero es necesario que exista acceso carnal mientras que en el segundo tiene que ser cualquier acto sexual distinto al acceso carnal.

En virtud de lo cual, el inciso final, sanciona a quien realice cualquier acto sexual distinto del acceso carnal con persona cuya edad oscile entre quince y menor de los dieciséis años, aunque se tenga consentimiento de esa persona y no se haya empleado engaño, pues la ley presume que, en dicha edad, la situación de madurez y experiencia alcanzadas no permite decidir plenamente sobre la realización de los actos sexuales a los que hace referencia el tipo. Si el acto sexual diverso se realiza con persona menor de quince años, el hecho constituiría agresión sexual en menor de edad del artículo 161 del Código Penal. Por lo que, para la aplicación del inciso antes referido, es indiferente que se haya engañado al sujeto pasivo cuya edad se encuentra entre los quince y antes de cumplir los dieciséis años, en tales casos se aplicaría este inciso.

Pero la problemática sobre el citado inciso en ese rango de edad, no termina con lo antes indicado, dado que el inciso primero como se ha citado, indica que, *el que realizare mediante engaño, con persona mayor de quince y menor de dieciocho años de edad, cualquier acto sexual diverso del acceso carnal, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años*; es decir, que el rango de edad al que se refiere el inciso final de la citada disposición legal también incluye a los mayores de quince años, -entiéndase aquellos que han cumplido quince años-, y que sean menores de dieciséis años, y en el primer inciso para que la conducta sea típica, se requiere que concurra el engaño, es decir, que exista un vicio en el consentimiento, dado que si para el consentimiento no mediare engaño, este se consideraría válido, lo que evidentemente representa un contrasentido con el inciso final de la misma

disposición legal, que indica que aunque mediare consentimiento, con lo cual no exigiría el engaño, la conducta sería típica de esta infracción penal.

En este sentido, si se imagina un hecho en que la persona víctima tiene quince años diez días de edad, queda regulado por los dos incisos. Si la ley penal está regulando el acto sexual diverso con engaño a partir de los quince años, debemos entender que el realizado sin engaño, por ende, el consentimiento debe ser atípico, pero el inciso final lo penalizaría con una pena sumamente alta, con lo que, resulta confuso a partir de lo descrito en el tipo penal en referencia, cuál sería en efecto la edad para que un adolescente consienta la realización de cualquier conducta de índole sexual que pudiera encajar en el tipo penal analizado; lo cual también es relevante, dado que como se ha indicado generaría una problemática de manera automática ese supuesto, sino se toma en consideración, que podría criminalizarse conductas de adolescentes con edades muy próximas, que en el ejercicio progresivo de sus facultades y específicamente, el derecho a la sexualidad, pudieran eventualmente ejercerla con mayor libertad.

Ahora, pensar lo contrario llevaría a resultados de penas incongruentes, para el caso -acto sexual diverso- si hay un engaño la pena es de cuatro a ocho años y si no hay, la pena oscilaría entre ocho y doce años de prisión, e incluso con el estupro, que resulta ser más grave en tanto que no solo hay engaño, sino que acceso carnal, y en este la pena oscila entre cuatro y diez años de prisión, por lo tanto, siendo el acto sexual diverso con consentimiento, en el que no ha mediado engaño, un hecho de menor gravedad que las conductas anteriores, la pena es más alta, -ocho a doce años de prisión- tanto en su límite mínimo como en el máximo. En tal sentido, se considera que, el Código debe interpretarse de una manera lógica, por ende, una posible forma de interpretar la referida disposición legal, sería que en tanto la víctima sea mayor de quince años, el tipo penal requiere que medie engaño, porque de no mediar el mismo, se podría considerar la atipicidad de la conducta; ya que pareciera que, el legislador en el inciso final quiso reforzar la protección cuando el rango de edad oscila entre los quince y menos de los dieciséis años de edad, indicando que, en este caso aun mediando consentimiento, cuando se realizaren actos diversos al acceso carnal, la consecuencia jurídica sería más intensa, incluso equiparándola a la de la agresión sexual en menor o incapaz, pero no consideró que ese rango de edad también lo incluyó en el inciso primero del artículo 166

del Código Penal; entonces surge la interrogante ¿desde qué edad se toma en cuenta el consentimiento?

De esta forma, los elementos para que este tipo penal se configure son los siguientes (Consejo Nacional de la Judicatura, 2004):

- Bien jurídico protegido: se establece que el bien jurídico protegido es la libertad sexual. Pero tratándose de adolescentes, el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual.
- Sujetos: puede ser sujeto pasivo cualquier persona hombre o mujer, que sea mayor de quince años o menor de dieciocho, en el supuesto del inciso primero. Y sólo los mayores de quince y menores de 16 años, en el supuesto del inciso segundo.
- Sujeto activo: puede ser cualquier hombre o mujer, pues no se requiere el acceso carnal.
- Conducta típica: se ha señalado que para que el delito de acto sexual diverso se dé, debe mediar engaño por parte del sujeto activo para realizar conductas sexuales diferentes al acceso carnal vía vaginal o anal. Debe de existir engaño por parte del sujeto activo para persuadir a la víctima de que acceda a sus pretensiones sexuales. Así, se plantea que el engaño empleado debe ser idóneo para lograr que el sujeto pasivo acceda a la realización de actos sexuales diversos sin llegar a realizar un acceso carnal ya sea vaginal o anal. Por tradición, el medio más usual de engaño es la falsa promesa de matrimonio, y a pesar de su probado incumplimiento, todavía es de mucho impacto en quien la recibe. También existen otros mecanismos de engaño, los cuales deberán ser idóneos tomando en cuenta las circunstancias del caso y las condiciones propias del sujeto pasivo. Adquiere cada vez mayor relevancia el engaño consistente en la falsa promesa de trabajo, de viajes, o de estudio en el extranjero, o el utilizado por “curanderos” o “chamanes” para curar dolencias mediante el acceso carnal. De esta forma tenemos que los requisitos para que se establezca el engaño son: la promesa falsa o de cualquier otra circunstancia; que se trate de un acto sexual diverso del acceso carnal (Consejo Nacional de la Judicatura, et al, 2004)
- Tipicidad subjetiva: el sujeto activo debe de actuar con dolo.

Si analizamos todos estos elementos resulta del todo incoherente y contrario al principio de proporcionalidad, pues si lo comparamos con el delito de estupro, resulta que si el acceso carnal con mayor de quince años y menor de dieciséis (para vincularlo con la edad de este tipo penal), se realiza con su consentimiento, es atípico, pues sólo se sanciona el obtenido con engaño; mientras que en el tipo que nos ocupa, otra conducta distinta del acceso carnal en esa misma situación del sujeto pasivo, sancionada con mucha mayor gravedad, pues no sólo es delito, sino que la pena es de una entidad importante: 8 a 12 años. Ello se convierte en una contradicción en la norma de prohibición, pues mientras se transmite el mensaje que es prohibido y sancionado el realizar acto sexual diverso con menor de edad entre 15 y menor de 16 años de edad, aun con su consentimiento, no estaría prohibido y mucho menos es sancionado tener acceso carnal con ese mismo sujeto pasivo si confiere tal consentimiento, pues el estupro sólo sanciona si es mediante engaño, por lo que al no existir una interpretación que permita conciliar esos supuestos debe considerarse violatorio del principio de proporcionalidad la conducta que nos ocupa.

3.2.5 Abordaje de la política penal sexual sobre el consentimiento del adolescente.

De acuerdo con el epígrafe del Título IV del Código Penal de El Salvador, todos los tipos penales contenidos en él se configuran alrededor del bien jurídico "libertad sexual", y entiéndase por esta: "aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad, en el sentido de disposición sexual sobre el propio cuerpo" (Revista Semestral Enero-Junio 2015, p. 91), y esta libertad sexual puede ser ejercida en dos vertientes (Revista Semestral Enero-junio 2015, p. 91). una positiva: que consiste en la libertad que se tiene al decidir implicarse libremente en una situación sexual con otra persona; y una negativa: en cuanto a la libertad de no implicarse en un contexto sexual con protección de la libertad sexual que abarca los supuestos en que el consentimiento se encuentra violado, se distorsiona o está ausente; sin embargo, en el caso que nos ocupa que son los adolescentes y entiéndase por estos las personas de sexo masculino o femenino, comprendidos desde los doce años cumplidos hasta que cumpla los dieciocho años de edad (artículo 3 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia), se ha tomado esa libertad sexual en sentido negativo, ello debido a su consideración que los adolescentes se encuentran en estado de desarrollo

personal, por lo que suponen no pueden conocer el significado concreto de los actos sexuales, por lo que se señala que carecen de la autonomía necesaria para determinar su comportamiento sexual, y en estos casos lo que se protege es la indemnidad sexual de estas personas, ya que los actos de naturaleza sexual pueden afectar el equilibrio psíquico y el desarrollo de la personalidad (Lemus, 2013, p. 50).

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 ataques.

Como puede observarse, todas las acciones u omisiones vinculadas con la libertad sexual, tienen como base el reconocimiento de la capacidad de adoptar decisiones sobre ellas, la situación en la que una persona tiene la real posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, es decir la facultad de tomar decisiones sin verse determinado por la voluntad de otros, incluido el Estado. Estamos, entonces, en presencia de la capacidad de comprender las consecuencias de tomar determinadas decisiones y actuar conforme a ellas.

En otras palabras, *"la libertad sexual es la capacidad cognoscitiva y valorativa del sujeto pasivo, referida al significado y trascendencia del acto sexual, así como del consentimiento que, eventualmente, pueda prestar a él"*². De ello se deriva que, donde falte esa capacidad, faltará también la libertad sexual, que por tanto no puede ser violada o menoscabada. Por consiguiente, la libertad sexual no es aplicable para aquellas personas que el ordenamiento jurídico considera que carecen total o parcialmente, de manera temporal o permanente de tal capacidad; estamos en los supuestos de incapacidad legal, tales como la minoría de edad, la enajenación mental o la deficiencia mental. En estos casos, la doctrina en general ha considerado que lo protegido es la indemnidad sexual.

² Guía de Actuación (Manual de Procedimientos) Fiscal para la investigación de los delitos de Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes y delitos contra la Libertad Sexual relacionados.

En consecuencia, indemnidad se refiere a que la ley considera sexualmente intocables o indemnes a ciertas personas que posean determinadas cualidades o que se encuentran en determinadas situaciones, y a consecuencia de ello las protege. Dicho de otra forma, para algunos autores sería el derecho de estas personas a estar "exentas o libres de cualquier actividad sexual", o como se prefiere afirmar, se trata de proteger el libre desarrollo de la personalidad de las personas sujetas a esas cualidades o situaciones, preservándoles de sufrir cualquier tipo de trauma en su desarrollo sexual, ocasionado por terceras personas. Por lo anterior debemos considerar que nuestro ordenamiento jurídico, clasifica como atentados contra el bien jurídico de la libertad sexual, incluso a los delitos contra la indemnidad sexual.

3.2.6 El principio de mínima intervención del poder punitivo del Estado en relación a las conductas de índole sexual de los adolescentes en el delito de acto sexual diverso.

Como se ha mencionado con anterioridad, los actos de índole sexual diversos al acceso carnal entre adolescentes o un adolescente y un sujeto próximo en edad a éste, que realicen en torno a la exploración de la sexualidad de éstos, no deben necesariamente de entrar en el conocimiento del derecho penal, si no verlo desde otro ámbito del derecho, como lo son: educación sexual, orientación para la vida, etc., hay que hacer referencia de que el derecho penal tiene que ser la última ratio, es decir, que el derecho penal tiene que ser el último recurso al que se deberá acudir, por tanto, si existen otros medios menos lesivos, se utilizarán estos en primer lugar (Tberley.com).

Por medio del principio de mínima intervención, se reconoce la necesidad que la intervención del sistema penal como instrumento coactivo, esté reducido a la menor expresión, y como ese límite le toca establecerlo al legislador, es a ese poder a quien corresponde la potestad de definir lo prohibido con rango penal y de asociarle consecuencias jurídicas a dichas prohibiciones, en tal sentido ese poder de configuración de toda la normativa penal, le concede al legislador el dominio de incrementar o reducir los márgenes de la criminalización, lo cual genera consecuencias en la aplicación e interpretación del orden jurídico penal (Consejo Nacional de la Judicatura, 2004, Pág. 9).

Y como bien se ha dicho, no es que se deba de dejar de proteger los derechos de los adolescentes de actos que pongan en peligro o que lesionen el bien jurídico protegido, pero sí de garantizar los derechos que los adolescentes, como sujetos de derecho, tienen, de ahí que no es aceptable que la tutela de los derechos fundamentales signifique la restricción desproporcionada de los mismos derechos de los ciudadanos, acciones que hacen más daño que protección a esos derechos, y acciones que bien pueden ser abordadas desde otro ámbito del derecho y no del derecho penal; por lo que en el derecho penal debe una menor injerencia invasiva del Estado en los ámbitos de libertad del ciudadano. Y en base a este principio, debe de aplicarse el derecho penal mínimo, ya que su fundamento esencial es la limitación del poder y de la arbitrariedad en su ejercicio, mediante el derecho penal mínimo la teoría del garantismo se opone al autoritarismo, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzca la comisión de un delito, sin que tal punición, sea necesaria y no excesiva, en relación con el carácter lesivo de la conducta, lo que a su vez conlleva a la exigencia de que se penalicen aspectos exteriores y materiales de la acción criminal (Consejo Nacional de la Judicatura, et al 2004 pág. 11).

Y en el caso que nos ocupa, en el delito de acto sexual diverso, el posible conocimiento de la esfera penal sobre esas conductas realizadas por adolescentes, realizadas tomando en cuenta los factores anteriormente expuestos, conlleva a la criminalización de conductas que no deberían de entrar en el ámbito penal, e imponiendo penas excesivas a la conducta realizada, y perjudican la vida jurídica del adolescente o de la persona contra quien se esta llevando el proceso penal, porque limita los derechos fundamentales, tanto de la que se considera víctima en el proceso, así como en contra de quien gira la investigación, por lo que el derecho penal, debe de ser de ultima ratio. No es posible pretender que el derecho penal sea la consecuencia frente a las conductas infractoras de las reglas prescriptivas que ordenan la actividad social, y por ello, la intervención del derecho penal únicamente puede ocurrir cuando el grado de ofensa respecto de los bienes jurídicos sean más violentos y más intolerables, para el mantenimiento de la paz social, muchas veces no corresponde la solución de la conflictividad con exclusividad al derecho penal, con lo cual la intervención del orden penal, también queda condicionada a la eficacia de la intervención de otras áreas del orden jurídico que pueden inclusive aportar más a la solución del conflicto (Consejo Nacional de la Judicatura, et al 2004 pág. 15).

3.2.7 La penalización de las relaciones sexuales entre dos personas próximas en edad y grado de desarrollo o madurez.

El progreso del derecho penal y los avances en materia de niñez y adolescencia han dejado de caracterizar al derecho penal juvenil por el modelo de la culpabilidad del autor y la peligrosidad, definiéndolo modernamente como un derecho de culpabilidad por el hecho (Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia, 2016); es decir, que cualquier sanción debe suponer la culpabilidad y, además, no debe sobrepasar la medida de esta culpabilidad.

La conducta típica descrita en el Art. 166, en su inciso primero establece que: *El que realizare mediante engaño, con persona mayor de quince y menor de dieciocho años de edad, cualquier acto sexual diverso del acceso carnal*, tienen una sanción de cuatro a ocho años de prisión. En cambio, el su inciso segundo la conducta típica es: *El acto sexual diverso realizado con persona menor de dieciséis años, aún con su consentimiento*, y tienen una sanción de prisión de ocho a doce años.

Dicha sanción corresponde para el caso que el sujeto activo sea una persona mayor de edad, en cambio si el sujeto activo fuese una persona menor de edad, es decir un adolescente, se aplicaría las reglas de la Ley Penal Juvenil (LPJ) que en su Art. 15 inciso ultimo establece que: *cuando la infracción fuere cometida por un menor, que hubiere cumplido dieciséis años al momento de su comisión, el juez podrá ordenar el internamiento hasta por un término cuyos mínimo y máximo, serán la mitad de los establecidos como pena de privación de libertad en la legislación penal respecto de cada delito. El término máximo de la medida será de siete años, salvo los casos en que incurren en responsabilidad penal por los delitos de homicidio simple, homicidio agravado, proposición y conspiración en el delito de homicidio agravado, extorsión, proposición y conspiración en el delito de extorsión, secuestro, proposición y conspiración en el delito de secuestro, atentados contra la libertad individual agravados en el delito de secuestro, violación en menor o incapaz, agresión sexual en menor e incapaz, violación y agresión sexual agravada, robo agravado, así como, proposición y conspiración en el delito de robo agravado; en los cuales el término máximo de la medida podrá ser de hasta quince años. No obstante, lo establecido anteriormente, en ningún caso por dichos delitos, el internamiento podrá ordenarse por un*

término igual o mayor al mínimo de pena de privación de libertad que en la legislación penal corresponda para cada delito.

De acuerdo con este artículo el adolescente que cometiere el delito de acto sexual diverso tendrá la pena siguiente:

- Si se trata del supuesto del inciso primero, la pena a imponer estaría entre dos a cuatro años de internamiento.
- Y si fuere el supuesto del inciso final, la pena a imponer oscilaría entre cuatro a seis años de internamiento.
- Incluso, si se tratara de estupro, la pena oscilaría entre dos y cinco años de internamiento, lo que como se ha indicado anteriormente, es una consecuencia jurídica menor a la del acto sexual diverso contemplado en el inciso final del artículo 166 del Código Penal.

Como se puede observar, en caso que el sujeto activo sea un adolescente y la realización de la conducta típica descrita en el inciso final del artículo 166 del Código Penal, sea motivada en razón de la exploración de la sexualidad de ambos sujetos, la penalización que aplicaría el juzgador es una pena excesiva y afectaría tanto al sujeto pasivo como al sujeto activo, inclusive si este último en razón de haber alcanzado su mayoría de edad la pena a imponer sigue siendo excesiva; ya que la misma ley entra en contradicción con otros artículos, como se ha indicado; para el caso que nos ocupa, como ya se indicó, la configuración que realizó el legislador en el mismo artículo se contradice ya que en el primer inciso si el sujeto pasivo estuviere en el rango de mayor de quince años y menor de dieciocho años y la conducta careciere de engaño, se vuelve atípica porque para que se configure dicho tipo penal es necesario el engaño de parte del sujeto activo.

En cambio, en el inciso final cuando el sujeto pasivo fuere mayor de quince años y menor de dieciséis y no mediare engaño por parte del sujeto activo y hubiese consentimiento por parte del sujeto pasivo, la conducta sería típica; en tal sentido, resulta sumamente confuso determinar la edad en que los adolescentes a partir de los quince años de edad, puedan ejercer de forma progresiva la sexualidad, circunstancia que debe ser analizada en el contexto de la sociedad actual, y con la configuración antes indicada, ese tipo de conductas realizadas por

éstos en ese rango de edad, estarían penalizadas, aunque sean conductas ejercidas sin que medie ningún vicio en el consentimiento, y con lo cual cualquier acto que se realice que no constituya acceso carnal, sería típico de esa descripción legal, del tipo penal de acto sexual diverso, ya que el legislador en un intento por reforzar la protección hacia los adolescentes entra en contradicción.

Ahora, es importante considerar que para establecer la culpabilidad, debe de verse el punto de vista de la educación sexual recibida por los adolescentes, su capacidad progresiva, el desarrollo moral, y patrones socio-culturales, para establecer las diferencias en el grado de desarrollo de ciertos atributos de la persona (cognitivos, del juicio moral, psico-sociales, en el funcionamiento y estructura del cerebro y socio culturales) que son relevantes para la comprensión de las normas penales, para integrarlas o considerarlas al actuar, y así conllevar a considerar y establecer un tratamiento diferenciado de las personas adolescentes con relación a las y los adultos, en cuanto a su culpabilidad por la participación en ilícitos. (Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia, 2016)

Como se ha mencionado con anterioridad si la conducta realizada por dos adolescentes o por un adolescente y un adulto próximos en edad, en base al ejercicio de unos de sus derechos, es decir al de la sexualidad, y a la exploración de esta, y estando en la capacidad legal y por lo tanto, consentir el acto sexual distinto al acceso carnal, no debería de existir esa atribución de culpabilidad para el sujeto que se considera es el sujeto activo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

“...En el caso de los niños y niñas, si bien son sujetos titulares de derechos humanos, aquéllos ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares...”. (CIDH, 2011).

Este desarrollo progresivo dependerá de la educación que él o la adolescente ha recibido, el entorno social, etc.

Los juzgadores, en cada caso particular, al momento de tomar una decisión que afecte al adolescente, debe de valorar todos esos ámbitos, la Corte sobre ese punto reitera que:

“...los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal [...]. En consecuencia, el aplicador del derecho sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Asimismo, la Corte considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean...” (CIDH, 2012).

De igual manera,

“...el Tribunal recuerda que el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño no sólo establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino el artículo abarca también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso...” (CIDH, 2012)

3.2.8 Marco jurídico nacional e internacional

La normativa aplicable al objeto de estudio, tanto nacional como internacional en pro de los derechos de los adolescentes, es el siguiente:

3.2.8.1 Marco jurídico nacional:

- Constitución de la República: vigente desde el año de 1993, y en su artículo uno reconoce como ser humano desde el momento de su concepción y por tanto sujetos de derechos que deben ser protegidos por el Estado.
- Código Penal: fue aprobado por Decreto Legislativo No. 1030, de fecha 26 de abril de 1997, publicado en el Diario Oficial No. 105, Tomo No. 335, del 10 de junio de ese año, y entró en vigencia el 20 de abril de 1998. Establece los delitos o faltas que

cometen las personas y las penas que tendrán que cumplir. En su TITULO IV se encuentran los delitos contra la libertad sexual.

- Código Procesal Penal: fue aprobado por Decreto Legislativo No. 733, de fecha 22 de octubre del 2008, publicado en el Diario Oficial No. 20, Tomo No. 382, del 30 de enero del 2009, y entró en vigencia el 01 de enero del 2011 Regula procedimientos a seguir en delitos y faltas penales, incluyendo aquellos relacionados con delitos o faltas que afectan a las niñas, niños y adolescentes.
- Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LEPINA): fue aprobada por Decreto Legislativo No. 839 el 26 de marzo de 2009, publicada en el Diario Oficial N° 68, Tomo 383, del 16 de abril de 2009; entró en vigencia parcial el 16 de abril de 2010 (Libro I sobre Derechos y Deberes de Niñas, Niños y Adolescentes), los Libros II sobre el Sistema Nacional de Protección y III sobre Administración de Justicia entraron en vigencia el 01 de enero de 2011, como una ley especial en materia de derechos humanos de NNA, cuya finalidad, según su artículo 1, es "garantizar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos y facilitar el cumplimiento de los deberes de toda niña, niño y adolescente en El Salvador". Esta ley contiene un régimen de protección a la niñez y adolescencia basado en la 14 doctrina de la protección integral, el cual conlleva una serie de proceso y medidas encaminadas a salvaguardar los derechos de la niñez y adolescencia de nuestro país.
- Ley Procesal de Familia: fue aprobada por Decreto Legislativo N° 677, de fecha 11 de octubre de 1993, publicado en el Diario Oficial N° 231, Tomo 321, de fecha 13 de diciembre del mismo año y entro en vigencia el 01 de octubre de 1994. Establece la normativa procesal para hacer efectivos los derechos y deberes regulados en el código de familia y otras leyes sobre la materia, y en el caso que nos ocupa, la LEPINA.
- Ley Penal Juvenil: fue aprobada por Decreto Legislativo N° 863, de fecha 27 de abril de 1994, publicado en el Diario Oficial N° 106, Tomo 322, de fecha 08 de junio del mismo año, y entro en vigencia hasta el 01 marzo de 1995. Esta ley regula los derechos del adolescente, principios rectores y medidas aplicables al menor que cometiere infracción penal.
- Ley de Vigilancia y Control de Ejecución de Medidas al Menor Sometido a la Ley Penal Juvenil: fue aprobada por Decreto Legislativo N° 371, de fecha 07 de junio de

1995, publicado en el Diario Oficial N° 114, Tomo 327, de fecha 21 de junio del mismo año y entro en vigencia el 29 de junio de ese mismo año. Regula los procedimientos de actuación del juez de ejecución de medidas al menor y recursos a interponer.

- Código de Salud: Decreto Legislativo No. 147 de fecha 30 de agosto de 1930, publicado en el Diario Oficial No. 26, Tomo 110 de fecha 31 de enero de 1931. Contiene las normas para cumplir con los fines de asegurar la salud a la población en general, mejorando la calidad y las expectativas de vida de ésta.
- Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República: fue aprobada por Decreto Legislativo N° 1037, de fecha 27 de abril de 2006, publicado en el Diario Oficial N° 95, Tomo 371, de fecha 25 de mayo del mismo año y entro en vigencia el 25 de junio de ese mismo año. Una ley creada para que dentro de sus funciones la Fiscalía General de la República, crea dentro de su organización departamentos o unidades operativas o de investigación a las que corresponde desarrollar la labor operativa fiscal, investigar y tramitar los hechos punibles y otras infracciones a la ley. Y así cuenta con la unidad operativa denominada "Unidad de Menores y Mujeres en su Relación Familiar"
- Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República: fue aprobada por Decreto Legislativo N° 775, de fecha 03 de diciembre de 2008, publicado en el Diario Oficial N° 241, Tomo 381, de fecha 22 de diciembre del mismo año y entro en vigencia el 30 de diciembre de ese mismo año. Tiene por objeto establecer atribuciones del Procurador General de la República, la organización de la procuraduría y el cumplimiento de obligaciones derivadas de tratados internacionales ratificados por El Salvador. Asimismo, tiene la misión de asistir y representar jurídicamente a las niñas, niños y adolescentes.

3.2.8.2 Marco jurídico internacional

- Convención Americana sobre Derechos Humanos también llamada Pacto de San José Costa Rica: esta convención es el instrumento internacional principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano, a nivel general.

- Convención sobre los Derechos del Niño (CDN): La convención está compuesta por 54 artículos que consagran el derecho a la protección de la sociedad y el gobierno, el derecho de los menores de 18 años a desarrollarse en medios seguros y a participar activamente en la sociedad. Instaurar los principios y fundamentos básicos de la denominada Doctrina de Protección Integral, concepción que integra un conjunto de valores y principios éticos e instrumentos jurídicos de carácter internacional, bajo los cuales se afirma que los niños y las niñas son sujetos plenos de derechos, a los cuales debe garantizarse su protección integral.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); dicho pacto en art. 24 numeral 1 establece el derecho de protección de la siguiente manera: Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; ratificado por el Estado de El Salvador y en su art. 10 numeral 3 establece que se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición.

3.2.9 El análisis jurisprudencial y estudio de casos

Cuando los adolescentes ejercen su derecho a la libertad sexual y esas expresiones sexuales trascienden este ámbito privado y se involucra a otro u otros, el derecho penal firmemente ha sostenido que los comportamientos sexuales en adolescentes debajo de cierta edad, no constituyen el ejercicio de un derecho que deba ser protegido, sino que cuando esto ocurre, se conjetura que carecen de suficiente discernimiento para comprender las consecuencias de su actitud ubicándoles de forma inmediata como seres pasivos, objeto de los impulsos sexuales de los demás. Por lo que, desde la visión del derecho penal, la actividad sexual con otra persona se reserva, entonces, para ser desarrollada por seres humanos que han alcanzado una madurez psíquica, biológica y cronológica; de tal modo que, es imposible

hablar del derecho al libre ejercicio de la sexualidad o libertad sexual como derecho subjetivo o como bien jurídico en los adolescentes Calderón, 2017, p.104).

De tal forma que, la legislación nacional e internacional, sancionan al adolescente o al adulto cuando hace partícipe de conductas sexuales al adolescente, presumiendo que su consentimiento se encuentra viciado o sencillamente no existe (Sala de lo Pena de la Corte Suprema de Justicia, 2011); esta presunción jures tantum de aprovechamiento de las condiciones de vulnerabilidad e inmadurez, hace responsable penalmente al que se considera sujeto activo, y procura generar respecto del resto de la población un efecto disuasivo y evitar que se produzca un daño efectivo en la integridad sexual del menor.

El maestro Carlos Ernesto Sánchez Escobar afirma que:

“En materia de delitos sexuales puede sostenerse que la reforma penal ha sido asistemática, lo cual significa, que las modificaciones en los tipos penales, han generado problemas de aplicación de la ley respecto de conductas que no se encuentran claramente diferenciadas, uno de los errores de dicha reforma ha sido partir de la base de que las niñas, niños y adolescentes, o que estos deben de ser protegidos –básicamente los adolescentes– de manera absoluta, total y completa de todas las actividad relacionadas a la sexualidad, planteándose un esquema altamente moralista, como si en la normativa previa a la reforma del derecho penal sexual, no se encontrara una tutela suficiente de sus derechos sexuales en el ámbito penal, de ahí que, se han confundido los planos de mínimos éticos a partir de los cuales interviene el derecho penal, por los mínimos de una moralidad ni siquiera decimonónica, en materia de sexualidad, y en tal sentido, pareciera que los niños niñas y adolescentes han sido declarados por la ley como una especie de seres no pensantes, sin conciencia y sin capacidad cognitiva, respecto de un fenómeno natural como lo es la sexualidad humana” (Consejo Nacional de la Judicatura, 2014).

En el mismo orden de ideas, establece que hay que hacer un abandono de viejos paradigmas y la construcción de uno nuevo, y la necesidad de una política incluyente de educación sexual formal que fomente valores universales, como la dignidad humana, igualdad, tolerancia y libertad sexual, separada de patrones adulto céntricos; encaminada a desarrollar la personalidad, las aptitudes y capacidad mental y física hasta el máximo de sus

posibilidades, preparando a la niñez para vivir una vida responsable en una sociedad libre (Consejo Nacional de la Judicatura, 2014).

Como se ha mencionado con anterioridad, el inciso final del artículo 166 del Código Penal, genera contradicción con el resto de artículos del mismo cuerpo legal, con respecto a la edad para tomar en cuenta el consentimiento del adolescente; el CDH³ ha realizado una recomendación al Estado de El Salvador en torno a que debe también establecer estándares legales conformes con el Pacto que regulen la edad mínima de consentimiento de las relaciones sexuales.

La Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, en una de sus resoluciones ha establecido que:

“También el bien jurídico tutelado por la norma se verá lesionado cuando el sujeto pasivo carece de la capacidad para consentir un comportamiento de naturaleza sexual, tal como ocurre en el caso de los menores de edad e incapaces; ya que éstos se encuentran, los primeros, sujetos a un proceso dinámico de formación de su autodeterminación sexual y, los segundos, en una fase, a veces estática, de insuficiente o inadecuado desarrollo personal”. (Cámara Segundo de lo Penal de la Primera Sección del Centro Corte Suprema de Justicia, 2017).

De igual forma ha dejado claro que los adolescentes carecen de dicha capacidad, sin establecer una edad específica para el caso al pronunciarse de la siguiente manera:

“Ahora bien, en este tipo de delitos el bien jurídico protegido de las personas de muy corta edad es la INDEMNIDAD SEXUAL, pues su desarrollo personal o la situación de sus capacidades físicas o intelectuales no les permiten conocer el significado de los actos sexuales, por lo que carecen de la necesaria autonomía para determinar su comportamiento sexual. Respecto de los menores se afirma que la realización de actos de esta naturaleza puede afectar a su equilibrio psíquico y al correcto desarrollo de su personalidad, por lo que en estos casos el bien jurídico protegido sería la indemnidad o intangibilidad sexual de estas personas, para asegurar que

³ Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de El Salvador, Aprobadas por el Comité en su 122º período de sesiones (12 de marzo a 6 de abril de 2018).

tengan libertad sexual en el futuro". (Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro Corte Suprema de Justicia, 2015).

La Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia (SPCSJ), en esa misma línea de ideas ha dicho que:

"En el caso de los adultos, se castigan las prácticas que obstaculicen la libre opción sexual; en el supuesto de los menores (sin entrar aquí a profundizar la discusión doctrinaria sobre la denominación indemnidad sexual), los tipos penales buscan preservar las condiciones básicas para que en el futuro ellos puedan alcanzar un libre desarrollo de su personalidad en la esfera sexual. En cuanto al sujeto pasivo, en párrafos precedentes se ha mencionado que son objeto de este ataque los adultos, los enfermos o deficientes mentales y los menores. Para el caso concreto, se explayará el estudio respecto de este último sector. En ese entendimiento, la especial protección a los menores, está sustentada en el derecho que les corresponde a no experimentar perturbación o daño en sus aptitudes físicas, psíquicas o emocionales, como resultado de su sometimiento a una actividad sexual indeseada o aún permitida, ya que esto, podría ocasionar una aptitud traumatizante que involucraría cualquier ejercicio inadecuado de la sexualidad. Ante este sector poblacional, el Estado toma una posición de garante, precisamente en tanto que se presume que el grupo ahí comprendido, no posee aquella capacidad para consentir o rechazar una relación sexual libremente, tampoco poseen madurez o capacidad para auto determinarse en el ámbito de la sexualidad. Es necesario aclarar aquí, que, para configurar la conducta punible, no es necesaria la utilización de la fuerza física o la grave amenaza, pues el delito de violación sexual de menor se configura aun cuando el autor cuente con el consentimiento de la víctima para realizar el acto sexual; es decir, a pesar que el menor exprese indudablemente su participación en el acto, éste se reputa sin valor legal". (2011).

En la misma sentencia (2011), la Sala establece que: "los menores de dieciocho años no poseen suficiente discernimiento y madurez, para disponer sobre su sexualidad; y aún de mediar el consentimiento en una relación menor-adulto, esa anuencia resulta inválida e ineficaz"

3.2.10 Paternalismo jurídico vs consentimiento de adolescente para ejercer la sexualidad.

Desde tiempo atrás, las leyes se han regido por un sistema en donde se han dejado de lados a ciertos grupos que actualmente se conocen como grupos sociales vulnerables, entre ellos los adolescentes; y es que la sociedad salvadoreña rige el Sistema Patriarcal, el cual legitima el ejercicio de la dominación, la subordinación y el control, y ha enseñado a aceptar, permitir y justificar estas prácticas como parte de un orden de cosas establecido, inamovible e incuestionable. El Sistema Patriarcal legitima e institucionaliza la violación de los Derechos Humanos, y es a partir de este basamento ideológico conceptual que se estructura nuestra condición e identidad como mujeres y como hombres, ese ser mujer y ser hombre, de tal forma que en este aprendizaje respondamos a la lógica de las relaciones desiguales de poder, relaciones de dominación /subordinación y de control (Guzmán, Guzmán y Ortiz, 2010). Y se llega a un punto en que la sociedad está acostumbrada a educar a los niños con un criterio de autoridad hacia el adulto donde todo lo que provenga de él tiene que ser aceptado (Castañeda, et al, 2010).

Esta visión androcéntrica en el Sistema Patriarcal, entendida como la visión donde lo masculino representa el centro y medida de todo y alrededor del cual debe gravitar su entorno, es complementada por otra dentro de este sistema: El adulto centrismo. A través de esta visión, se establecen un conjunto de conceptos acerca de las personas en función del paradigma de "lo adulto", estableciéndose una valoración jerarquizada en relación con la etapa de niñez y adolescencia ubicándola en una posición de inferioridad y dependencia. Es así como cobra vida en lo cotidiano ese conjunto de conceptos adulto céntricos, algunos de los cuales han coexistido en diferentes momentos históricos: las niñas y niños como propiedad, posesión y pertenencia de las personas adultas, como una adulta o adulto pequeño, como malos o malas por naturaleza, como buenas y buenos por naturaleza, como una manta en blanco donde las y los adultos piensan por ellas y ellos. Esta visión adulto centrista (Guzmán et al., 2010) legitima y justifica las relaciones de poder en razón de la edad, ya que, según esta visión, se encuentran en una posición de inferioridad y se ubican en las posiciones de inferioridad y subordinación.

Es así como toda ley, toda política estaba basada en la cultura de “la Doctrina de la Situación Irregular o Modelo Tutelar” (Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia, 2013) que considera a los niños, niñas y adolescente como personas incompletas, como “menores” que deben ser objeto de la protección del Estado cuando estos se encuentren en situación de peligro o riesgo social, abandono material y moral o por tener algún tipo de discapacidad.

Esta doctrina de la situación irregular presupuso fundamentos y prácticas violatorias de principios de derechos humanos de la niñez, entre las cuales se pueden mencionar: la descalificación y desprotección de las responsabilidades familiares, intentado suplantarlas con la intervención asistencialista de parte del Estado; la judicialización de los problemas sociales, con amplios niveles de discrecionalidad en las decisiones judiciales frente a situaciones que vulneran derechos humanos de la niñez, y en muchas ocasiones imposibilitando el ejercicio del derecho a la defensa en los actos procesales para desvirtuar o alegar las imputaciones o señalamientos realizados en contra del “menor en situación irregular” o “menor infractor”; y finalmente usando, la privación de libertad o institucionalización como medio privilegiado para la solución de conflictos sociales o penales en los que se encuentra una niña, niño o adolescente que ha infringido la ley penal (Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia, 2013).

Asume la existencia de una división de dos categorías (Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia, 2013): niños y menores. La legislación aboga por reforzar dicha diferencia donde se protege de manera paternalista a los segundos.

En resumen, con el modelo tutelar o paternalismo jurídico, el Estado a través de sus leyes tenía:

- El poder de decisión solía estar concentrado y centralizado en el juez, quien posee un alto grado de discrecionalidad a la hora de resolver y aplicar la ley.
- Los problemas relacionados con la situación de jóvenes en riesgo, por falta de posibilidades de desarrollo, son estructurados y visualizados como problemas individuales.
- Criminalización de la pobreza a través del “internamiento” o “institucionalización”.

- El niño –o aún mejor, “el menor”- es considerado, “como alguien que debe ser protegido, ya que se encuentra en situación de “riesgo”
- Los principios básicos del derecho constitucional suelen ser sistemáticamente vulnerados por la legislación de menores. Se desarrolla un “lenguaje eufemístico”, lo cual pretende encubrir la realidad de las acciones y decisiones administrativas y judiciales (Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia, 2013).

Sin embargo, el Estado de El Salvador al ratificar la CDN da un paso para terminar con esa visión adulto centrista en razón de que gracias a esta convención la niñez y adolescencia ya no son objetos de derechos si no sujetos de derechos y como tales se le debe respetar y garantizar dichos derechos. Así nace la visión del tratamiento de la niñez, la Doctrina de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia que plantea y desarrolla la CDN propone una nueva visión para el desarrollo de la infancia basada en el enfoque de derechos, mismo que está presente en la filosofía y principios de derechos humanos plasmados en los instrumentos de carácter universal.

Este nuevo enfoque de derechos considera a los NNA, como sujetos de derechos, reconociéndoles como titulares de todos los derechos humanos, a los cuales se suman los derechos específicos que gozan por su propia condición de ser niños, niñas y adolescentes. La Doctrina de la Protección Integral implica un cambio sustancial en el tratamiento de la niñez y adolescencia no solo en el ámbito normativo internacional y nacional, sino que se configura como un presupuesto para lograr una transformación social y cultural que permita el aseguramiento de los derechos de los NNA.

No obstante que la CDN ha hecho que el Estado de El Salvador haya modificado su ordenamiento interno e incorporado nueva legislaciones para tales fines, no ha quitado del todo la visión adulto centrista, porque hasta cierto punto, considera al adolescente como un sujeto no apto para tomar ciertas decisiones que van a afectar la vida de los mismos, tal es el caso que nos ocupa que es el ejercicio de la sexualidad. Para garantizar el derecho a la libertad sexual de los adolescentes, hay que verlos desde la perspectiva del interés superior del niño y la autonomía progresiva, para que los adolescentes como titulares del derecho al libre ejercicio de su sexualidad de manera excepcional (Calderón et al, 2017); sin embargo el

tratamiento conjunto de derechos sexuales y niñez corre el riesgo de censura por sectores conservadores; en su lugar, se da énfasis a los delitos sexuales, el abuso sexual infantil, la protección de la niñez víctima de delitos sexuales, entre otros, por lo que es necesario establecer la existencia y reconocimiento normativo de derechos sexuales a favor de la niñez (Calderón et al, 2017) el reconocimiento legal excepcional del derecho al libre ejercicio de la sexualidad por parte de los adolescentes en El Salvador; es decir, el reconocimiento de derechos sexuales (Calderón et al, 2017), basados en la libertad, dignidad e igualdad inherentes a todo ser humano, donde cobra particular importancia la dimensión del placer sexual, posibilitar las decisiones libres y responsables sobre todos los aspectos de la sexualidad, libres de discriminación y violencia.

Ahora bien, si el adolescente se considera sujeto de derecho en base a los tratados ratificados, a la incorporación de nuevos cuerpos normativos, cabe preguntarse ¿Por qué nuestro legislador sigue considerando al adolescente como un sujeto no apto para ejercer ciertas clases de derechos? O en el caso que nos ocupa ¿Por qué el legislador limita el consentimiento del adolescente para la realización de ciertos actos que giran en torno a la exploración sexual de estos?

La CDN en su artículo 3 en su apartado 1, establece que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Al respecto de este interés superior, el Comité de los Derechos del Niño señala que:

“el objetivo del interés superior, es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención, así como el desarrollo holístico del niño y que los Estados deberán interpretar el término “desarrollo” en su sentido más amplio, como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño. Las medidas de aplicación deben estar dirigidas a conseguir el desarrollo óptimo de todos los niños, niñas y adolescentes” (Comisión de Derechos Humanos, et al, 2017).

En la LEPINA, se establece un principio básico que es el principio del interés superior del niño, que puede y debe ser entendido como preferente o privilegiado, en comparación

con otros derechos de los adultos, de los padres o de la familia; sin olvidar que la niñez por su condición de vulnerabilidad requiere siempre protección especial; pero ahora también, desempeña un papel como sujeto de derechos que deben ser respetados por todos aquellos que toman decisiones que les afecte, por lo que deberá ser "la consideración primordial" en todas las actuaciones que realizan, tanto los padres como el Estado, los cuales tendrán repercusiones en el desarrollo de las potencialidades del adolescente (Calderón et al, 2017). Es también, un principio jurídico interpretativo fundamental que quiere decir que, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva su interés superior; de igual forma, una norma de procedimiento, siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a una niña, niño o adolescente, a un grupo de niños(as) y adolescentes en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una evaluación y determinación del interés superior de la niñez, realizando una estimación de las posibles repercusiones positivas o negativas de la decisión para sus derechos (Comisión de Derechos Humanos, et al 2017).

Este principio viene a ser un parámetro para admitir la decisión que satisfaga efectivamente el mayor número de derechos, significa que cualquiera medida restrictiva de derechos debe ser sometida a ponderación de este principio como del resto de principios de la protección integral de la niñez; y con los principios y valores constitucionales, lo que significa que cualquier interpretación, restrictiva de derechos, fundada en el interés superior del niño, vulnera el mismo principio del cual se dice derivar y de cualquier otro principio básico constitucional o principios tales como: Autonomía progresiva, principio de igualdad, principio de no discriminación y derecho del niño de ser oído; por lo que la niñez y adolescencia, están dotadas de capacidad de autodeterminación y de realización de su personalidad, lo cual incluye, derechos humanos básicos como derecho a la vida privada, imagen, intimidad y honra, al igual que los adultos, incluidos los de la libertad sexual, tal como lo reconoce la Ley de Protección Integral de Niñez y Adolescencia; cuya protección real y efectiva se relaciona directamente con el desarrollo y realización de su humanidad, claro que estos derechos fundamentales, no puede ejercerlos de forma plena o autónoma desde la primera infancia, sino que lo hará gradualmente, con la supervisión y el acompañamiento de quienes tienen el deber o la facultad de brindarles la información adecuada, en el momento oportuno, como los padres, tutores o el Estado; de tal modo que,

los adolescentes los ejercerá conforme al desarrollo evolutivo de sus competencias, cuanto más cerca se encuentre de la adultez, mínima será la dependencia del titular para el ejercicio de los mismos (Calderón et al, 2017).

En la LEPINA se introducen siete elementos o criterios (CNJ, 2015); para que se pondere el interés superior en situaciones concretas:

- a) la condición de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos;
- b) la afectación del contenido esencial de los derechos;
- c) las diferentes etapas de desarrollo evolutivo;
- d) el bienestar espiritual, psicológico, moral, material y social de las niñas, niños y adolescentes; la opinión del niño, niña y adolescentes;
- e) el parecer de la padre y madre o de quienes ejercen la representación; y,
- f) la decisión que se tome debe ser aquella que más derechos garantice o respete por mayor tiempo, y la que menos derechos restrinja por el menor tiempo posible.

En los criterios se introduce la teoría del “contenido esencial de los derechos” y una forma de ponderación para aquellos casos en los que la decisión implique limitación de derechos. El “contenido esencial” (CNJ, 2015) de los derechos fundamentales (Wesenshegalt) de acuerdo Rubén Sánchez Gil existen dos teorías:

- la absoluta: La primera considera que los derechos se pueden representar con dos círculos concéntricos, el primer (el interior) es el contenido fijo e inmutable del derecho, el segundo (el exterior) son los elementos contingentes o accesorios, estos son los que admiten restricciones.
- la relativa: que el núcleo esencial no tiene un contenido determinado, este puede modificarse de forma casuística en cada caso, para ello se estima necesario aplicar la ponderación, los beneficios y perjuicios de los derechos de la decisión, es decir, la decisión que se tome debe ser aquella que más derechos garantice o respete por mayor tiempo, y la que menos derechos restrinja por el menor tiempo posible.

En base a esta teoría, el juez es el que determina en cada caso cual es el núcleo esencial, que derechos deben de prevalecer para así respetar y garantizar los derechos de la adolescencia.

3.3 DEFINICIÓN Y OPERACIONALIZACIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS

- LEPINA: Ley Especial de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.
- CDN: Convención de los derechos del niño.
- PNPNA: Política Nacional de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia
- CN: Constitución.
- CPN: Código Penal.
- CPP: Código Procesal Penal
- CONNA: Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia
- CNJ: Consejo Nacional de la Judicatura
- UNESCO: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la ciencia y la Cultura.
- ONU: Organización de las Naciones Unidas
- OIT: Organización Internacional de Trabajo
- OEA: Organización de los Estados Americanos
- CIPD: conferencia sobre población y desarrollo de el Cairo
- CMM: Cuarta conferencia Mundial de la Mujer.

3.4 PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN E HIPÓTESIS

Para completar la presente investigación, se realizó la investigación de campo que consistió en realizar entrevistas a funcionarios públicos del órgano judicial, como Magistrados y Jueces/as del área penal, Jueces del área de Familia, Magistrados de Niñez y Adolescencia, psicólogos de medicina legal, a fin de obtener mayor información que complemente la presente investigación.

Así, se realizó entrevistas estructuradas y no estructuradas que contendrán preguntas que nos ayudarán en la fase de recolección de datos, a saber:

1. ¿Qué consideración debería tener el consentimiento del adolescente en el delito de delito de acto sexual diverso?
2. ¿Debería de valorarse el consentimiento del adolescente en el delito de acto sexual diverso, de acuerdo a su capacidad progresiva?
3. ¿A quiénes afecta la no valoración por parte del juzgador del consentimiento de los adolescentes en el delito de delito de acto sexual diverso?
4. ¿Cuál es abordaje de la política penal sexual para tomar en cuenta el consentimiento del adolescente?
5. ¿Cuál es la visión antropológica sobre la sexualidad del adolescente, en la sociedad salvadoreña?
6. ¿Se debe aumentar la edad mínima para tomar en cuenta el consentimiento del adolescente?
7. Según el artículo 166 del CPn ¿Cuál es la edad mínima para que el juzgador tome en cuenta el consentimiento, en razón que existe una contrariedad entre el primer y segundo inciso?
8. ¿Cuál es la consecuencia jurídica tanto para el sujeto activo como para el sujeto pasivo, de no tomar en cuenta el consentimiento del adolescente en el ejercicio de su derecho a la sexualidad, desde el punto de vista de la exploración de esta?
9. ¿Si la exploración sexual del adolescente se da con un sujeto próximo en edad al sujeto pasivo, estaríamos frente a un hecho atípico?
10. ¿Cuál es la ponderación que el juez hace a los patrones socioculturales, morales, psicológicos, educativos, etc. que fomentan el desarrollo progresivo de los adolescentes para el ejercicio de la libertad sexual que como sujeto de derecho?

De igual forma, para la presente investigación, se plantearon las siguientes hipótesis.

HIPOTESIS	VARIABLE INDEPENDIENTE	VARIABLE DEPENDIENTE
La no toma del consentimiento del adolescente en el delito	La falta de valoración del consentimiento del	Afectación judicial para el sujeto que realiza la acción.

de acto sexual diverso, genera una afectación judicial para el sujeto activo.	adolescente en el acto sexual diverso	
La ausencia de valoración de los patrones socioculturales, morales, psicológicos, educativos, etc. que fomentan el desarrollo progresivo de los adolescentes para el ejercicio de la libertad sexual que, como sujeto de derecho, afecta el interés superior del adolescente para consentir según el margen establecido en la ley.	La no valoración de los patrones socioculturales, morales, psicológicos, educativos, etc. que fomentan el desarrollo progresivo de los adolescentes para el ejercicio de la libertad sexual.	Afectación el interés superior del adolescente para consentir según el margen establecido en la ley.

CAPITULO IV: HALLAZGOS DE LA INVESTIGACIÓN

4.1 PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

El equipo investigador inicia el presente capítulo con el análisis e interpretación de los resultados obtenidos tanto los resultados jurisprudenciales como los obtenidos por medio de entrevistas realizadas, lo que permitió identificar las dificultades jurídicas que se tienen sobre la validez judicial o no, del consentimiento del adolescente en el delito de acto sexual diverso. De la recopilación de información a través de la búsqueda de jurisprudencia, de entrevistas realizadas tanto a Jueces y Juezas y magistrados del área penal, del área de familia, de niñez y adolescencia; a Psicóloga de medicina legal; por se hace el siguiente análisis e interpretación.

4.1.1 Criterio jurídico de los operadores de justicia del área penal, familia y niñez.

Se entrevistaron a los siguientes operadores de justicia: al Juez Saúl Alberto Zúniga Cruz del Juzgado Segundo de Familia de San Miguel, al licenciado Avileo Martínez Flores Juez del Juzgado Tercero de Paz de la ciudad de Usulután; al licenciado Adrián Humberto Muñoz Quintanilla Juez del Juzgado de Sentencia de la ciudad de Usulután; al Lic., Carlos Antonio Romero Fernández Juez del Juzgado de Menores de Usulután; al Licenciado José Cristóbal Reyes Sánchez Magistrado propietario de la Cámara de la ciudad de Usulután; al Master Alex Marroquín en calidad de magistrado de la Cámara de Niñez y Adolescencia de San Salvador; asimismo se entrevistó a la licenciada Rosa Emili Aparicio Psicóloga de Medicina Legal del área de Usulután.

4.1.1.1 Derecho a la sexualidad del adolescente

El derecho a la sexualidad del adolescente, es un tema que genera controversia a nivel social y a nivel de los operadores de justicia, ya que si bien el adolescente según el sistema de protección integral, es sujeto de derecho, todavía no es apto para ejercer dichos derechos. Si partimos de que los adolescentes son sujetos de derechos y están en una etapa de

exploración de la sexualidad y en palabras de la psicóloga Aparicio que dice que "el deseo sexual es variable, dependiendo de la situación de cada adolescente, en las situaciones en donde esté involucrado el adolescente ya que necesita una motivación para que él pueda actuar, hablar de sexualidad es todo lo que la persona es, patrones de preferencia, de sexualidad" y dicha exploración "depende del entorno en lo que ellos se encuentren y no solo los entornos académicos, porque según la reforma que está en marcha, desde la educación inicial ellos tienen el conocimiento de la educación sexual (que es un niño, que es una niña, que tiene la niña, que tiene el niño y eso se va graduando dependiendo el desarrollo de cada uno) es decir, la exploración depende de los entornos" cabe preguntarse ¿el adolescente tiene derecho a la sexualidad y puede ejercerla?

El Master Marroquín nos da dice que lo primero "es afirmar que tienen derechos sexuales y reproductivos como cualquier persona, pero su ejercicio está condicionado por la autonomía progresiva, esto es que, si tienen la capacidad, la suficiente madurez de formar su juicio, y la determinación de la circunstancia concreta, una cosa es decir que tienen derechos sexuales y reproductivo y otra es decir que tienen derecho a tener sexo, son cosas distintas. Tienen derechos sexuales y reproductivos, si los tienen, pero no podemos decir que tiene sexualidad como ellos quieren porque eso no es así. Ahora, eso es un plano abstracto, formal, pero la realidad ¿qué? un adolescente de quince años tiene relaciones con otra persona, la pregunta es: ¿ese ámbito es de derecho penal o debe de llevarse a otro ámbito no penal? Ahí está la discusión. Me parece que lo correcto es hablar de que los adolescentes son titulares de derechos sexuales y reproductivos, pero eso no quiere decir irremediablemente o como consecuencia que están autorizados para tener relaciones sexuales, no, no estamos diciendo eso, cada caso en particular vamos a evaluar el tema del consentimiento, no para avalarlo si no para saber si lo llevamos al ámbito penal o para llevamos a consejería, a terapia, a otro ámbito no penal. Lo correcto es afirmar que, si bien pueden tener consentimiento, madurez, entendimiento, pero tienen la posibilidad de enfermedad sexual, la posibilidad de embarazo no deseado, la posibilidad de ser explotados, por cualquier razón, además biológicamente no están preparados para la maternidad, son más vulnerables, esa es la palabra".

Por otra parte la opinión del Master Zúñiga va un poco en sintonía con el enfoque anterior, ya que para él "la primera aproximación es que si hay una prohibición legal no los puede ejercer, por ejemplo, ahí habla si la adolescente es mayor de quince años, pero si es varón

mayor de quince años, no sé cuál es el enfoque que ustedes tienen; yo tuve un caso en que una señora tenía un hijo de trece años y contrata a una mujer de veintitrés años para trabajar en casa, esta muchacha sale embarazada y el padre de ese niño que esperaba era el hijo de trece años de la señora donde trabajaba la muchacha, ¿quién es el responsable? ¿Quién debió de denunciar? ¿tendría responsabilidad la mujer de veintitrés años?”, se puede observar que para el primero debe de valorarse si ese accionar de los sujetos tanto pasivo como activo, debe o no de trascender al ámbito penal, mientras que, para el segundo, debería de pasarse al ámbito penal porque es una prohibición legal.

Para la psicóloga Aparicio dice que *“habría que tomar el termino capacidad primero, desde mi punto de vista se ve de dos formas, capacidad de goce: todos somos capaces desde el momento de nacer, y capacidad como ejercicio, y para ejercer depende de un rango de edad, que va a depender de la edad legal para ejercer los derechos que sería de los dieciocho años”*.

Como se puede observar el adolescente como sujeto de derecho tiene derecho a la sexualidad, y ejercer ese derecho debe de depender tanto de la autonomía, de la capacidad progresiva, en sintonía con los parámetros que la misma ley establece, debiendo en el mejor de los casos, hacer una integración de las normas aplicando en el área penal los principios de la niñez y adolescencia.

4.1.1.2 El consentimiento del adolescente en el delito de acto sexual diverso.

En la jurisprudencia se pueden encontrar enfoques de que el adolescente carece de capacidad para consentir actos de índole sexual, para el master Marroquín sobre el consentimiento en el delito de acto sexual diverso dice que *“igual está dentro del marco de una relación sexual, una cosa que ustedes deben de tener clara es que los derechos no se pueden ver de forma aislada, yo no puedo ver el tema de los derechos sexuales y reproductivos desconociendo su derecho a la integridad física, psicológica, derecho a la protección, etc., cuando yo voy a valorar los derechos sexuales y reproductivos tengo que hacerlo desde un abordaje integral, porque si bien tienen derecho sexuales y reproductivos tienen derecho a la protección, a que su indemnidad corporal no se afectada, a su bienestar psicológico, etc. ¿puede consentir un acto sexual diverso? Eso va a depender de las circunstancias del caso, desde la ley no se está autorizando a nadie a tener acceso canal o cualquier otra modalidad de acto sexual, lo que se está diciendo que tiene derecho, ahora, si lo puede consentir o no, dependerá del caso concreto y ahí aspecto como la edad, la persona*

con la que se dé, la relación que hay, puede jugar mucho entorno si hay o no configuración del tipo penal".

Mientras que para el master Zúñiga "el consentimiento del adolescente según su capacidad progresiva va ligado a que si hay o no una prohibición legal, porque si la hay no puede, porque ya hay una norma que lo prohíbe, por ejemplo no puede venir a alegar que una adolescente de catorce años dio su consentimiento porque ya hay una prohibición legal, donde el código lo tipifica como una violación en menor e incapaz, en el caso del estupro es complicado, porque estamos hablando de quince años en adelante y con promesa de matrimonio, con engaño y estamos hablando de otra perspectiva, pero es importante que desde Código de Familia no pueden casarse, en el área penal ya es diferente, ya es constitutivo de delito. Todo esto hay que verlo de forma sistemática, es decir en base al interés superior del niño, este consentimiento lo podría dar, pero si es en perjuicio de ella, no tendría que tomarse porque aún la Convención de los Derechos del Niño, nos dice que cualquier decisión debe de tomarse en base a ese interés, ahora ¿Cuál es la norma? El art. 12 de la LEPINA del interés superior del niño (tomar en cuenta la opinión, oírlo, lo que debe de prevalecer en base a ese interés), entonces cualquier cosa que le afecte, incluso en el área penal se debe de tomar en cuenta el interés superior; aunado al artículo que se refiere a la Convención, de ahí que nosotros debemos entender si el adolescente está en esa etapa que lo pueda hacer o necesita mayor madurez, mayor preparación, para involucrarse. Todo esto debe de involucrarse con el tema de educación sexual y reproductiva, es decir cuáles son los beneficios o perjuicios que eso genera"

Estos dos enfoques van desde la perspectiva integral de la niñez y adolescencia, tomando como base el principio del interés superior del niño, y demás principios que se encuentran en la LEPINA y en la CDN, los cuales deben de tomarse en cuenta al momento de establecer si un adolescente puede o no puede consentir, ahora bien, el punto de vista de los operadores de justicia del área penal discrepa entre unos y otros, ya que para el Lic. Muñoz al consultarle sobre el consentimiento del adolescente y que si podían darlo en un momento determinado estableció que *"no, porque todo acto que involucre a un adolescente es un delito de acción pública, la participación no depende del adolescente"*, mientras que el Lic. Martínez estableció que *"en cualquier delito sexual, la opinión del menor debe de ser tomada en cuenta, aunque puede mediar engaño, pero aunque quiera o no que le cumpla el engaño ya no puede, porque está prohibido, el engaño más común es el matrimonio pero hoy está prohibido por el código de familia, hay engaño,*

la voluntad del adolescente no se cuenta hasta después de los 18, después de los dieciocho está ejerciendo su voluntad de mayor. Hay que ver cuál es el fin de la norma, si la ley ha dejado que ya no se vale casarse con una menor de edad, no puede casarse cuando ya la adolescente obtenga su mayoría de edad, porque el delito ya se cometió, pero esa es la interpretación de muchos, que si se permitía tener y dar consentimiento y el hecho delictivo se constituía por haber o no engaño entonces implicaba que, en todo delito de índole sexual, el consentimiento del adolescente debía de contar hubiese o no engaño. Porque no habría diferencia entre una adolescente de quince años a una adolescente de diecisiete años porque el bien jurídico siempre es el mismo. Ahora el acto sexual diverso es aquel que no constituye ni violación (acceso carnal o vaginal), ni agresión sexual, ni acoso (son palabras, frases, tocamientos que no son trascendentales de la víctima), agresión es la línea entre acoso y violación; entonces acto sexual diverso puede ser, por ejemplo: sexo oral, tocamientos de pechos, ¿puede consentir una chica o un chico a que tenga sexo en sus pechos? ¿puede obligarse? Si, puede obligarse, pero igual lo puede hacerlo de manera consentida. La opinión que siempre he sostenido, que de los quince para arriba el menor tiene consentimiento, sea hombre o mujer, y más hoy que la Corte Interamericana de Derechos Humanos maneja la autonomía de la voluntad del menor donde no puede dejarse a un lado la decisión y que debe de tomar en cuenta su estado de madurez de acuerdo a la circunstancia que lo rodea, es decir, donde se ha crecido, debe de tomarse en cuenta porque ir en contra de ella le afecta más al adolescente. Sin embargo, esa tesis no la acepta nadie. Los menores de este tiempo no son los menores de cuando se hizo la ley. La opinión del menor debe de ser importantísima, en base a los Convenios. Debe de valorarse si hubo o no violencia, pero también la madurez y el crecimiento y si se encuentra consistente de las consecuencias de los actos que realiza y no debería de constituir delito. Y va a depender del informe psicológico, si el psicólogo dice que no presenta secuelas, el juez porque tendría que condenar solo porque se está con la idea de que el adolescente no es capaz de decidir¹¹.

Si tomamos las dos posturas, hay que tener en cuenta que, aunque exista una conducta típica en nuestro ordenamiento, es necesario ver los demás aspectos de los sujetos que se involucren o no en esa conducta, y para eso la psicóloga Aparicio nos dice la psicóloga Aparicio nos dice "Yo no puedo establecer si hay o no consentimiento, si no en que si hay daño o no hay daño, si hay secuelas o no; la situación es que hay elementos que son una especie de amortización, son factores mediadores de la sintomatología por abuso, uno de los factores es a

veces la tolerancia de los padres, no solo el adolescente contemplado legalmente como víctima, si no hay que ver el entorno en el que viven, y esto forma parte de la visión antropológica como dicen ustedes porque muchas veces quienes consenten esa relación son los padres, otro factor mediador es la relación o el vínculo efectivo desde ubiquémonos desde las niñas o adolescente, hacia la persona con la que está teniendo relaciones socioafectiva, no significa que exista esa efectividad o ese vínculo hacia ella, pero ellos así lo interpretan; aparte de los padres que pueden consentir que normalmente se da en el área rural, ubiquémonos en la red de protección que tiene posterior del abuso, una niña que ha sido abusada de manera violenta cuenta con un apoyo psicológico, el acompañamiento socioafectivo de sus padres, de su comunidad, factor mediador no porque no aparezcan su sintomatología, a veces no aparece inmediatamente, a veces la sintomatología aparece a largo o corto plazo, hay de apareamiento tardía (más de dos años); la resiliencia en algunos casos depende de los mecanismos de afrontamiento que tenga el adolescente”.

Para el Lic., Romero al consultarle sobre si para él, el adolescente puede consentir y si ese consentimiento hay que valorarlo nos dice “no tiene ningún valor, porque va imbuído el engaño, y no puede valorar la capacidad progresiva, porque el acto sexual diverso se realiza mediante engaño”.

Inclusive si la ley da el margen de que el consentimiento puede no estar viciado, y da una edad estimada, entonces cabe preguntarse ¿Qué edad es la apropiada para consentir? El master Marroquín dice que “el sistema o el modelo de protección integral que establece que los niños/as y adolescentes son titulares de derechos, no lo hace en el sentido de que estos de forma irrestricta lo van a ejercer, sino que hay un parámetro, que si bien ya no es la edad, si no la madurez o la autonomía progresiva, siempre van en la línea de protección, no es que el adolescente tienen licencia de hacer lo que quieran, sino que hay un marco regulatorio que lo ubica en una posición distinta pero que el Estado, familia y sociedad tienen la obligación de protegerlos porque son vulnerables, pero en un caso concreto dos cipotes tiene sexo, o el cipote es mayor que ella, se determinara si se lleva al ámbito o no, pero en ambos casos se tendrá en cuenta que esas personas a esa edad no se involucren en relaciones sexuales porque los riesgos son algo, se va a valorar el consentimiento pero para saber a qué área llevarlo. Esto en Costa Rica ya lo resolvieron, el Comité en una recomendación sobre adolescentes, invita los estados partes a buscar una edad razonable para que los adolescentes consentan actos sexuales ¿Por qué hace esto el comité?

Porque al comité le llega un montón de información sobre la niñez en el mundo y de algo se ha percatado, de que la precocidad en el ejercicio de la sexualidad es alta, a más corta edad nuestros adolescentes se involucra y tienen vida sexual activa, por eso el comité insta a buscar una edad más razonable de consentimiento sexual, no para decir que puedan hacer lo que quieran si no para evitar llevar esos casos al ámbito penal, lo que el Comité está diciendo es que no todo debe de ser de ámbito penal si no que hay situaciones que si bien no son adecuadas, deben de quedarse en el ámbito de la orientación sexual, para que ellos entiendan. En derecho penal prácticamente no hay excepciones y no se les tiene como sujetos de derechos si no que se les convierte en meros objetos de protección aplicando las reglas del modelo tutelar, en este un profesor de cincuenta y tres años con una adolescente de dieciséis es un tipo penal, pero hay relaciones que dice el comité, busquemos una edad razonable. Costa Rica ya lo hizo, y más o menos hizo lo siguiente: adolescente mujer de trece años que se relaciona con un hombre no mayor de cinco años a ella no es penal, pero hay que llevarlo a otro ámbito, a uno de orientación porque lo necesitan, hay que protegerla pero no lo vamos a llevar al ámbito penal, hay un ejercicio inadecuado de la sexualidad pero no penal; de igual manera, otro grupo dice Costa Rica, adolescente mujer de quince años con persona no mayor de siete años que ella, tampoco es delito, pero hay un ejercicio inadecuado de la sexualidad. En nuestro país, esto es una percepción personal, se sigue manejando el modelo tutelar en los tipos penales, no se ha modificado. No hemos llegado a hacer eso que hizo Costa Rica, podemos ponerlo como un modelo, una propuesta como grupo lo pueden hacer, porque va encaminada a lo que el Comité recomienda. Si hay voluntariedad (proximidad en edad) no debe de ir al ámbito penal, salvo que se demuestre que hubo violencia, pero si hay voluntariedad no se puede llevar al ámbito penal, si hay que llevarlo a una orientación sexual, dirección, consejería, porque no consideramos adecuado, tiene derecho, pero debe de tener la información adecuada. Nuestra legislación no establece ninguna excepción, es general y no establece diferencia. La recomendación del Comité, y lo que ha hecho Costa Rica, nos ayudaría a entender mejor este punto. No es que estemos diciendo a que edad puede consentir, ya la ley establece que a los catorce años el adolescente tiene capacidad jurídica procesal, es decir que ya pueden actuar en situaciones que afecten su vida como nombrar abogados, iniciar procesos, etc., pero esto no quiere decir que tiene carta abierta para que hagan lo que quieren, porque tiene que verse desde la perspectiva integral de los derechos de niñez y adolescencia ¿tienen derechos

sexuales reproductivos? sí, pero su virtual ejercicio tienen que ver con los demás derechos de protección "

Por otro lado, tenemos el enfoque del master Zúñiga que dice que "la visión que se viene trabajando de los niños/as y adolescentes es que no debe de tener una relación sexual, si no que sería hasta los dieciocho años de edad, menos de esa edad no deberían, esa edad es para prepararse, para crecer porque ¿Cuál es la finalidad del adolescente o del niño? Su desarrollo, su preparación, esto desde la perspectiva de los derechos del niño, ahora la realidad como se contrasta ya que hay niños teniendo relaciones sexuales a los doce años, debe de tratarse la educación sexual, ahí radica la educación sexual. Pero desde la perspectiva de los derechos de los niños/as y adolescentes es que no tenga relaciones, que sea hasta los dieciocho años. La idea es que el niño y el adolescente se preparen, y se supone que la sexualidad para ejercerla se tiene que hacer de forma responsables"

Mientras que para la psicóloga Aparicio considera que "habría que tomar el termino capacidad primero, desde mi punto de vista se ve de dos formas, capacidad de goce: todos somos capaces desde el momento de nacer, y capacidad como ejercicio, y para ejercer depende de un rango de edad, va a depender de la edad legal para ejercer los derechos que sería de los dieciocho años" "legalmente desde los dieciocho años, para bajar esa edad legal no es solo la madurez del adolescente, si no que falta resolución, hay que ver la educación porque juega un papel importante".

Como se puede observar, mientras para el primero establece que hay que acatar la recomendación del comité de Derechos Humanos, de buscar una edad razonable y dar otro enfoque y no recaer en el ámbito penal, para los otros dos, siempre debe de ser hasta los dieciocho años. Diferente es la postura del Lic. Reyes al decir que "al adolescente se le toma de los quince años en adelante, antes de los quince ese consentimiento no se toma en cuenta, después de los quince años si se le puede tomar en cuenta, todo depende de cada caso en particular, algunos tienen más capacidad que otros y debería de verse el discernimiento que tiene cada adolescente, la regla general es que no puede tener consentimiento, pero no debe ser así, hay excepciones, porque algunos adolescentes se acompañan a temprana edad, no hay que olvidar la situación social de nuestro país".

Teniendo estos enfoques, se puede entender que la edad no es un factor determinante para dar o no el consentimiento, juega un papel importante las circunstancias y otros elementos al momento de consentir por parte del adolescente.

4.1.1.3 Visión antropológica y abordaje de la política penal

Cabe preguntarse ¿Cuál es la visión antropológica de los adolescentes en el país? ¿Cuál es el abordaje de la política penal que se tiene tomando como parámetro esa visión? La Psicóloga Aparicio dice que *"esta pregunta va relacionada con las anteriores y es que cuanto al ejercicio de la norma por ejemplo todo lo que es pegado a lo social en lo que se ve involucrado al adolescente, para ejercer debe de estar motivada y para que un muchacho se motive ante una situación normada debe de tener conocimiento de ella y cuando no la tiene, difícilmente la puede ejercer y lo mismo ocurre con todos los demás patrones que la rodean, y hablar de sexualidad es una termino muy amplio porque no estamos hablando de genitalismo, sino de todo lo que la persona es; sexualidad, patrones de personalidad, de preferencia, de diversidad sexual, etc., si hablamos de genitalismo la situación es distinta"*. El Lic. Martínez en referencia a la política penal nos dice que *"no hay, no existe, la mayoría de jueces basan las resoluciones en decisiones de la sala de lo penal y de lo constitucional tomando pedacitos en donde establece que el menor no tiene consentimiento, porque las resoluciones de Sala debe de tomarse integral toda ella, valorar por qué se puso esos cuatro renglones, por ejemplo la Sala en una mega sentencia estableció que no se puede sustituir la medida en delitos de índole sexual, y pone de ejemplo el delito de violación en un menor e incapaz, dice que ese es el ejemplo típico en que los jueces no deben de sustituir la medida y empieza a explicar porque, y es que es lógico, la violación en menor e incapaz hablamos de un acto sexual sin consentimiento, porque no existe o no tiene la capacidad, basta con la edad del menor, eso dice la sala, que la edad es la determinante para establecer el delito y eso toman como base, pero también establece al final que cada caso deberá de ser valorado según las circunstancias, la capacidad o no del autor del delito para actuar, tomar en consideración toda la doctrina sobre victimología que es importante, porque no hay que ir aun en contra de las propias víctimas que no quieren, porque no se puede entablar un proceso porque una víctima sometida al fuerza le hacía mucho más daño que el que podría recibir del agresor"*

4.1.1.4 La tipicidad del delito de acto sexual diverso con sujetos próximos en edad.

Cabe preguntarse, ¿el tipo penal es atípico si los sujetos son próximos en edad? el master Marroquín dice *"usted de quince, dieciséis años ¿puede consentir relacionarse sexualmente? Si, está en el marco de su decisión, el tema es que, si en el marco de la persona con quien lo está haciendo, hay otros elementos que me van a ayudar a determinar si lo llevo o no al derecho penal, pero no llevarlo no implica que yo le estoy diciendo que, si le puede dar, si no que esa cipota necesita saber o entender y si los dos son cipotes, entender que significa llevar una vida sexual activa. Esto de la tipicidad es un problema con una regulación tan rígida que tenemos nosotros, yo no soy penalista pero me voy en que la leyes se interpretan, yo voy caso por caso, a determinar si se cumple o no se cumple la norma, porque a pesar de que la ley es rígida, no puedo ignorar que ahora hay un régimen especial en niñez y adolescencia, eso marca un después, y hay que tomar en cuenta el nuevo régimen de la niñez y adolescencia, e ir caso por caso, hay que tomar en cuenta el razonamiento, el consentimiento. No podemos llevar todo al derecho penal, porque no todo se resuelve. ¿Qué la reforma al código de familia cambia eso? no hay que relacionar este tema con el tema del matrimonio, no van en la misma sintonía. En el tema del matrimonio se obliga a llevar un proyecto de vida, si bien el adolescente es titular de derechos y deberes, a esa edad no están preparados para un proyecto de vida, no hay que relacionar el matrimonio con tener relaciones sexuales. Una cosa es escoger un proyecto de vida y otra es hablar de derechos sexuales, lo que se necesita es orientación sexual"*

Para el máster Zúñiga *"menudo problema no, porque siempre se ha dicho que si es con una persona próximo en edad se da la situación de ser atenuante, ahora desde la perspectiva del adolescente es que el tratamiento penal es distinto porque se refiere al tratamiento diferente al adulto porque se habla más de rehabilitación, un abordaje del derecho del menor, de temas de socialización, que no esté detenido, etc."*

El Lic. Martínez es de la opinión que *"Muchos jueces basan sus resoluciones según lo que dice la Cámara, que los menores de dieciocho años no tiene consentimiento, pero tenemos el estupro, si de los quince a los dieciocho no había engaño y había consentimiento ese delito se permitía, destrocemos ese delito pongamos a alguien mayor de quince pero menor de dieciocho y existe algún tipo de enajenación, ese delito se da perfectamente, porque ahí ya no hay libertad*

de consentimiento; el psicólogo va a decir si hay daño o no al bien jurídico; por tanto si el técnico dice que no hay afectación, que no hay bien jurídico protegido, no debería de haber delito".

El Lic. Reyes establece que "eso es algo que los jueces deben de ir cambiando, no deberían de condenarse ese tipo de actos, un caso que llego hace poco, la jueza había resuelto en base al error de tipo vencible, el imputado consideraba que su actuar no estaba siendo delictivo, porque consideraba que con una persona mayor de quince años que diera su consentimiento no constituía delito; ese caso se vio como delito culposo y atípico y no enmarcado en lo estipulado del código penal porque no había aprovechamiento de parte del imputado, que era joven, la cultura social en la que vivía, etc., la jueza atenuó su conducta y le impuso la tercera parte de la pena, es decir a cuatro años ocho meses, la Fiscalía apelo la decisión y en ese caso se confirmó la sentencia dictada por la jueza, en ese caso la jueza decidió imponer esa pena aunque el defensor no lo alegara, porque muchos defensores no lo hacen porque la mayoría de jueces/as no aceptan ese tipo de argumentos"

Para el Lic. Romero "no es atípico en cuanto que el derecho penal es de acto y no de actor, y el legislador ya estableció la normativa penal juvenil, para juzgar al sujeto activo en caso de ser menor de edad"

Como se puede observar, todos están en la sintonía que cada caso se debe de analizar según los elementos que contiene, para determinar si la conducta realizada es típica o atípica, y los juzgadores deben de aplicar la doctrina integral en sus resoluciones, a excepción del Lic. Romero que establece la aplicación de la ley penal juvenil para el caso y no valorar si es atípico por la conducta realizada.

4.1.1.5 Ponderación de los patrones socio-culturales, morales, psicológicos, educativos como parámetros del desarrollo progresivo de los adolescentes para el ejercicio de su derecho a la sexualidad.

Como se ha venido estableciendo anteriormente, las circunstancias bajo las cuales el o los adolescentes realicen acciones de índole sexual, es de mucha importancia ya que los elementos del entorno social juegan un papel muy importante en la etapa de desarrollo de estos, y es ahí donde surge la duda de que si esos patrones socio-culturales que ayudan en el crecimiento y desarrollo del adolescente, deberían de ponderarse o valorarse por los operadores de justicia; para el master Marroquín es de la opinión *"si hay que valorar eso, hay un autor, Muñoz Conde nos habla del principio de adecuación social, es decir, hay que valorar*

lo sociocultural, la idea de que la personas del campo a muy temprana edad empiezan a tener proyectos de vida, no hay que validarlo pero hay que tomar en cuenta esos factores, no se debe de ignorar"; el master Zúniga es de la opinión que "desde la perspectiva familiar de los niños/as y adolescente es que hay que tomar en cuenta que el adolescente está en una etapa de preparación, que tiene derecho a opinar, a que se le tome en cuenta, pero el tema de sexualidad todavía es un tema que está vetado, y los que más informan de los delitos sexuales en adolescentes son las instituciones que pertenecen al ministerio de salud. No hay que negar que el adolescente no tenga pareja, sino que hay educarlo, prepararlo. Lo penal, así como está diseñado, la idea de hombre hay que tener un temor, un respeto; ellos tienen derecho, pero la cuestión es la implicación de la sexualidad, ¿de qué va a servir una niña de doce años que tenga relaciones sexuales?"

Desde la perspectiva del derecho de niñez y adolescencia, los adolescentes tienen derecho a que se les escuche, que se tome en cuenta el entorno social en el que se desarrolla; pero ¿los jueces del área penal piensan lo mismo? para el Lic. Muñoz "*¿Quién es el encargado de proteger al niño en primer lugar? La familia, ¿y después? Los centros escolares, después el Estado con su poder punitivo; se tienen que hacer los estudios pertinentes, y ver el estudio del psicólogo a ver si presenta o no presenta secuelas de esa vulneración*".

Para el Lic. Martínez es de la opinión de que "*la ponderación de no puede verse en el proceso penal de manera individual, toda prueba se valora en su conjunto. Un menor puede dar su opinión sobre el hecho, lo que piensa y sobre las posibles consecuencias, esa expresión no puede ser valorada sin el resto de conjunto de pruebas que se presenta en el proceso. Por ejemplo, la madre denuncia al chico con el que anda su hija por X delito, pero la chica no está de acuerdo con esa denuncia y dice que la madre es la que está molesta y la que quiere que se aleje de él, esa versión de la chica no puede valorarse ni como todo, ni como nada, debe de estar a la espera de la espera de los demás resultados de la prueba, lo que me queda claro es que la chica no quiere nada, quien quiere todo es la mamá, ¿Qué debemos de esperar a valorar? el estudio del técnico (psicólogo) que le van a hacer a la chica para determinar su grado de desarrollo y de madurez que es muy importante, a parte de la relación que hay con la mamá y con el papá para establecer hasta donde esa relación es una relación para ejercer la autoridad parental; muchas veces el estudio del técnico es que el padre o la madre no tiene importancia en las actuaciones de su hija,*

¿debo tomar la denuncia desde el punto de vista propiamente penalista o como un aviso para ayudarlo y proteger a la chica del peligro en que se encuentra? Es ahí donde comenzamos solo a tomar el derecho penal para meter presa a la gente y no desde el punto de vista de protección integral de ese menor, y si desde este punto de vista no debo de condenar a alguien porque si lo condeno, lo perjudico más. La corte establece que debemos escucharlo, pero si no le hice caso, debería de explicarle porque no se tomó en cuenta lo que dijo". Igualmente, el Lic. Reyes dice que "muchas veces el peritaje no dice mucho, hay que usar la sana critica con el conjunto de prueba analizar cada caso, analizar las entrevistas de la víctima, el lugar donde vive, la finalidad por la que se unieron, todo eso"

Para el Lic. Romero: *"no existe una ponderación a tener en cuenta en esos patrones, sino que son insumos que el equipo multidisciplinario obtiene en el área social, psicológica, y educativa y que sirven para tomar en cuenta al Juzgador de la medida a imponer al adolescente en conflicto, con el objeto que supere sus dolencias"*

Por lo que para este apartado podemos decir que los patrones socioculturales, educativos, morales, etc., son de suma importancia en el desarrollo del adolescente y deben de ser valorados en su conjunto por los operadores de justicia al momento de fundamentar sus decisiones judiciales que vayan a afectar la vida del adolescente.

4.1.1.6 La valoración del consentimiento del adolescente en el proceso penal en el delito de acto sexual diverso.

En nuestro ordenamiento se dice que el adolescente no puede consentir actos de índole sexual, y por tanto dicho consentimiento que en su momento se da por parte del adolescente, no debe de tener ningún valor en el proceso penal. Para el master Marroquín *"todo esto tiene su base en todo lo demás que les he dicho, si yo me voy caso por caso, tengo un adolescente de dieciséis años, y tiene relaciones con un de veinte, son novios, son parejas, ahí hay un consentimiento que está libre de vicio, no estoy diciendo que está bueno, si no que debe llevarse a una orientación, información, porque ya tiene una vida sexual activa y dada su situación de vulnerabilidad incrementa el riesgo pero no es ámbito de derecho penal, ahora mi punto es que debe de verse caso a caso, tomando en cuenta la sugerencia del Comité, y que nuestra ley desde los catorce años reconoce autonomía, capacidad jurídica procesal, pero no en la perspectiva que se esté capacitando para hacerlos, pero eventualmente se dé el caso para determinar si se pasa al ámbito penal o no, yo debo de hacer este análisis. He visto casos en penal juvenil a jóvenes de dieciséis*

años procesados porque tuvieron sexo, eso es una estupidez, ahora por supuesto que puede haber violación; el tema de la agresión o violación lleva consigo el tema de la intencionalidad, de la violencia, de la coacción, y puede suceder en cualquier rango de edad”

El master Zúniga “en penal no sé qué regulación le da, que pena tiene, pero si tiene una pena excesiva es porque es un delito grave y es por la misma visión de la protección; el camino de la sexualidad es la abstinencia, y enseñarle sobre eso, pero no para que lo haga, si no para que sepa que hay riesgos de tal acción; pareciera que el legislador está en la sintonía de no permitir al adolescente esa conducta, talvez no hay penetración, pero si una acción que daña al adolescente”

En el aspecto de niñez y adolescencia, mientras que para el primero debe de valorarse, pero para saber si debe de ir o no al ámbito penal porque no todo debe de ser penal, si no recaer en otro ámbito, para el segundo dice que debe de seguirse la visión de protección del adolescente y no permitir esas conductas.

Ahora bien, el enfoque de los operadores de justicia del área penal es el siguiente, mientras que el Lic. Muñoz sobre el consentimiento del adolescente y si se debe o no valorar es de la opinión de que *“no, porque todo acto que involucre a un adolescente es un delito de acción pública, la participación no depende del adolescente”*, para el licenciado Martínez dice que *“no es que debería de valorarse, si no que debería de ser de peso total y el juez de paz debería de tener la potestad de sobreseer ante la posición de un técnico que este diciendo que no ha sufrido un daño. Un menor puede decir que está consciente de lo que ha hecho, pero si el técnico dice que hay secuelas, el consentimiento nunca existió, eso está claro; si revisamos la ley comparada, el consentimiento de los menores de edad se toma en cuenta, incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos dice que no se trata de la edad como parámetro, si no la madurez del adolescente”* en la misma sintonía va la opinión del Lic. Reyes al decir que *“los jueces deben de cambiar la perspectiva y ver cada caso en particular, a veces legalmente cometen el delito, pero hay que ver el interés superior del adolescente, el nivel de estudio, su condición social, económica, valorar los bienes jurídicos protegidos, valorar que tiene más peso para mí es el interés superior del niño. No es requisito absolver el hecho de que se cese o no, si no la finalidad, el hecho de aprovecharse o si en el ambiente es una conducta normal en su entorno social. Muchas veces eso lo ven normal y desconocen lo delictivo de la situación porque es así como se ha permitido”*.

Como se puede observar, mientras para unos debe de valorarse el consentimiento del adolescente en el proceso penal por el delito de acto sexual diverso, otros son de la opinión que no debe de valorarse, que la ley ya establece los parámetros y la edad.

4.1.1.7 Afectación por la no valoración del consentimiento del adolescente en el proceso penal en el delito de acto sexual diverso.

Si partimos de la idea, de que algunos jueces toman en cuenta el consentimiento del adolescente en el delito de acto sexual diverso y otros no, cabe preguntarse ¿genera afectación la no valoración de ese consentimiento? Y ¿a quién o a quiénes afecta? el máster Marroquín nos dice *"el que no se vaya caso a caso evaluando, por supuesto que afecta su condición de sujeto titular de derecho, porque lo objetiviza, lo convierte en un objeto de protección, ignorando que tiene voz y voto, hay una afectación de su condición de titular de derechos, si no como objeto porque dicen que como es menor de edad no la pueden tocar, no puede tener sexo, ese es el razonamiento, pero aplicando el modelo integral diría: la encontramos teniendo sexo con este, pero son novios, este no es un caso penal, por supuesto necesitamos orientarla, dirigirla, darle información, etc. La discusión es si lo llevamos o no al ámbito penal"*. El Lic. Martínez establece que a quien afecta es *"al adolescente, por todo lo que he dicho, a quien afecta es al adolescente, porque en lugar de beneficiar le causa un daño, que puede ser más grave que el que le pudo haber causado la persona, partimos del supuesto de un acto sexual consentido y no de uno violento, porque ese no"*.

De igual forma el Lic. Reyes dice que *"los dos salen perjudicados, tanto víctima como imputado, hay que ver cada caso en particular, imagínese el caso que una puede tener embarazo y el otro resguardado en la prisión; hay que resolver el problema, pero no imponiendo una pena, a veces cualquier razón cualquier diferencia genera denuncia"*

La psicóloga Aparicio expresa que *"Hasta cierto punto afecta, porque desde el inicio no se tomó en cuenta para decidir que si, en términos legales muy difícilmente le voy a hablar, pero si antes el sujeto, el niño era un objeto de derecho era porque había alguien más decidiendo por ellos, y no se escuchan porque está acompañado, según la LEPINA los niños/as y adolescentes se convierten en sujetos de derecho y dice ahí que la ley, los tribunales los van a escuchar con o sin un adulto a la par, para las excepciones legales, pero para este caso estamos halado de personas de escasos recursos, escaso conocimiento, retraso socioculturales, y para sentirse motivado por una norma sea legal, social, debe de*

conocerla, de saber de qué se trata, porque al preguntarle a esta persona ¿para qué te acompañaste? Y ella dice que no sabía que era acompañarse, si no que lo descubrió al hacerlo, no fue sujeto antes ni después. Yo no estoy diciendo que se debe de tomar en cuenta de forma general, talvez excepcional. Una sola pericia no va a determinar la decisión del Juez, debe de extenderse a todo lo que se le presenta como elementos de prueba de cargo y descargo, en función de eso el Juez debe de decidir su fallo"

Sin embargo, para el Lic. Romero, que es del parecer que el consentimiento siempre se encuentra viciado, y que por lo tanto no se puede valorar, para el *"no existe ninguna afectación para las partes, porque para ningún Juzgador tendría valor probatorio un consentimiento que se encuentra viciado"*

Podemos decir entonces que, para la mayoría de los entrevistados, la no valoración de consentimiento de adolescente en el delito de acto sexual diverso a quien o quienes afecta es al adolescente mismo, ya que se le vulnera su calidad de sujeto de derecho, se le vulneran los otros derechos que tiene.

4.1.1.8 Consecuencia jurídica de la no valoración del consentimiento tomando como base el ejercicio progresivo de las facultades.

Si decimos que, al no valorar el consentimiento del adolescente en el delito de acto sexual diverso, ¿Cuál la consecuencia jurídica de esta no valoración? para el master Marroquín *"no tomar en cuenta el consentimiento, afecta a ambos sujetos que están pensando en una relación de pareja, pensando en tener un proyecto de vida, etc., no lo amarremos con la visión del Código de Familia, ya pueden tener un hijo pero no va por ahí el tema, la idea del Comité es que si llevo o no al ámbito penal, el tema del consentimiento esa es la diferencia".* El master Zúniga *"todas estas preguntas de lo que debemos de partir es de si el adolescente debe o no ejercer su derecho a la sexualidad, nosotros partimos de que no, que tendría que ser hasta la mayoría de edad, la consecuencia penal esta, pero ¿cómo tomamos en cuenta si no está permitido? En el caso que usted planteaba, el estupro de quince y dieciséis años, la situación lo matiza, como que el juez penal en ciertos casos debe de tomarlo, pero desde la perspectiva familiar está en una etapa de preparación y no debería de tomarlo, el tema de sexualidad está vedado, no está permitido. Hay que preparar más al adolescente, nosotros vemos en la práctica como el niño tenga o no está sexualidad. El tema sexual no es tan abierto, pero si en nuestro medio nos hubieran educado, talvez hubiéramos cometido menos errores de los que se han*

cometido. Lo que usted debe entender es una cosa, la ley está en el plano del deber ser, la realidad en el plano del ser, la ley no solo dice a los adolescentes que tienen o no consentir, sino que lo limita hay declarados incapaces pero que no afecta su sexualidad. los problemas no solo se resuelven con las leyes, debe de implementarse con los otros medios"

Y el Lic. Reyes nos comentaba que "Había otro caso en el que los adolescentes formaron un hogar, tenían un hijo, después de un tiempo se separaron y el joven conoció a otra persona y no ayudaba en la manutención del hijo, razón por la cual lo denunció y en realidad en ese caso no se cumplían los requisitos, talvez el delito de incumplimiento de deberes alimenticios, pero no de violación u otro de ámbito sexual"

Si hay una consecuencia jurídica, en este caso sería una condena para ese sujeto activo, y una re-victimización para el sujeto pasivo, y una posible afectación psicológica para ambos.

4.1.1.9 Edad legal para el consentimiento según el artículo 163 y 166 ambos del código penal.

Tomando como base que el artículo 163 del C. Pn., que regula lo que es el estupro y que fija la edad de la victima de quince años a dieciocho años, y que el delito se cometa mediante engaño, se debe de entender que si no media engaño ¿hay consentimiento? el Lic. Muñoz dice que *"es que se tomaba en cuenta en base a lo que establecía el art. 163 C. Pn, que si existía engaño, y uno de los engaños era el matrimonio, se casaban y el delito desaparecía, pero al reformarse ese artículo en el código de familia, desapareció esa excluyente de responsabilidad, pero el consentimiento no es una excluyente de responsabilidad penal"*. Para el Lic. Martínez *"mi posición es que, desde los quince años para arriba, el menor tiene consentimiento; hay legislación comparada, los ecuatorianos si no me equivoco, la tienen menos de los quince años, pero si el desarrollo intelectual de ese menor es alto, hablan de sujetos prodigios que son genios que su desarrollo es alto, no se trata de la edad como parámetro, si no la madurez"*

Son dos posturas totalmente opuestas, no hay unificación de criterios en nuestros operadores de justicia. Si entonces el estupro fija la edad de quince años, el inciso segundo del artículo 166 que regula el acto sexual diverso fija otra edad ¿a qué edad debe tomarse en cuenta el consentimiento? para el Lic. Muñoz dice que *"a ninguna edad, desde el momento que se prohibió el matrimonio de menores de edad, debió de cambiarse ese precepto penal"*

El Lic. Martínez dice *“es que incluso esa misma norma le hace la diferenciación, donde la norma es explícita, no hay que buscarle más, si la norma dice que la víctima expresamente para ese delito, no tiene consentimiento si es mayor de quince y menor de dieciséis, entonces ¿hay más daño? El daño es el mismo, en todo caso desde mi punto de vista solo existe delito si la víctima es mayor de quince y menor de dieciocho si existe vicio en el consentimiento, si no hay consentimiento de ninguna clase el daño siempre será el mismo, aunque tenga doce. En el acto sexual diverso no hay violación, y en el estupro sí, pero si no hay engaño, es otra cosa menos estupro. El acto sexual diverso va dirigido al que no tiene consentimiento de manera específico, y a eso que dice “aunque medie consentimiento” habla para mí que aunque medie consentimiento haya daño al bien jurídico protegido, un ejemplo “hombre o mujer, digamos que sea mujer que consiente tener relaciones orales con un hombre porque es su novio, y mañana la deja, es una acto sexual diverso pero con la modalidad de estupro, pero ese acto no puede entrar en estupro porque no hay violación, pero si nunca hubo penetración, solo sexo oral, caricias en los peños, no podemos decir que no hay delito, en el momento pudo haber consentimiento pero ya no le cumplido con que se iba a casar con él porque eran novios, en el momento pudo haber consentimiento, pero las consecuencias es que después puede haber un daño al bien jurídico. Así debería de ser interpretada la ley. Hay delito si hay daño al bien jurídico protegido, de lo contrario, si no hay daño no puede haber delito”*

Para el Lic. Romero es del parecer que *“en ninguna franja de edad a las que hace referencia dichos artículos, puesto que en ambas disposiciones existe el engaño para constituirse el tipo penal y la existencia del es de mencionar el engaño, vicia el consentimiento que pueda otorgar el adolescente*

Como se ha mencionado con anterioridad, no hay unificación de criterios entre los operadores de justicia, debería de establecerse por nuestro legislador, un rango o parámetros razonable

4.1.1.10 Aumento de la edad mínima para consentir

Cabe preguntarse en base a todo lo que se ha expuesto anteriormente ¿se debe de aumentar la edad o fijar una edad razonable para tomar en cuenta el consentimiento? Tomando como parámetro la autonomía progresiva, los patrones socio-culturales, etc. Para el master Marroquín *“debe valorarse, la edad de catorce años me parece una edad ¿Qué dice la psicología evolutiva? Un cipote de catorce años ya empieza su desarrollo sexual, y esas hormonas*

alteradas no las voy a regular dándole duro, lo que necesita es confianza, orientación, que el entienda que no está preparado, que, si bien es titular de derechos, debe de reunirse una serie de condiciones que le habiliten. Esa es la idea, en este trabajo de ustedes hay cuatro ideas que son claras: la primera de considerar lo dicho por el Comité, de buscar una edad razonable, ¿eso urge? Sí, porque la condición de la niñez y adolescencia como titular de derechos exige que ensañemos otro tipo de mecanismo para que en el ámbito general de los derechos de los que ellos son titulares los ejerzan de manera efectiva; segundo: el ejemplo de Costa Rica, la interpretación que ha hecho me parece razonable, no va al ámbito penal pero necesita de un proceso de orientación, etc.; tercero: es sostener que nuestro sistema penal es tutelar porque visualiza al adolescente como objeto de protección y eso ya fue superado por la Convención, por lo que se debe de ir caso por caso; y cuarto: ¿Cómo resolveríamos esa situación? Haciendo una integración de la norma, no solo quedarme con el tipo penal si no que considerar la protección integral especial e ir caso por caso, no es lo mismo la niña de dieciséis años con un señor de cincuenta, a una niña de dieciséis con alguien próximo de su edad”

Para el master Zúniga: *“en materia de familia le sube la edad hasta los dieciocho años. Tenemos que tener la idea de que no todos los problemas se resuelven con leyes, si no que fomentar la familia, el papel de la iglesia, los medios de comunicación. Hay una transculturización terrible en nuestro país. La solución más que legal, debería de ser más institucional, es decir, más familiar, el ISNA tiene que trabajar más, el Ministerio de Educación, el Ministerio de Salud, etc.”*

Mientras que el primero dice que se debe de tomar la recomendación del Comité y buscar una edad razonable, el segundo dice que se debe de aumentar la edad hasta los dieciocho años; en materia penal, para el Lic. Muñoz es de la opinión que *“sí, debería de aumentarse”*. El Lic. Martínez es de la opinión que *“es muy difícil ir en contra del mundo, las decisiones de Corte Internacional de Derechos Humanos, sobre la importancia que tiene autonomía de los adolescentes, respetando el interés superior del menor de manera que se cumpla con todos los derechos que el menor tiene, uno de ellos es que se logre su consentimiento. Estas decisiones de carácter internacional pueden hacer que eso se vuelva más aplicable, debe de ir cambiando de manera integral, el cambio debe de venir desde la Cámara, es atentatorio basar decisiones en lo que dice el menor para beneficiar a la gente”*.

Así mismo el licenciado Reyes dice que *"no se debe de bajar o subir la edad, todo depende del grado de educación de la víctima, hay que conocer a la víctima y al imputado y el entorno en el que se encuentran, la edad viene muchas veces a limitar, pero hay que estudiar cada caso en particular"*.

El licenciado Romero dice que "independientemente de la edad siempre sería delito, porque el consentimiento lleva imbitito el engaño"

Como se puede observar, no hay unificación de criterios en cuanto a que si se debe de aumentar o fijar una edad razonable para tomar en consideración el consentimiento o no del adolescente en el delito de acto sexual diverso.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS

5.1 CONCLUSIONES

El consentimiento del adolescente en el delito de acto sexual diverso, es un tema que no cuenta con criterio unificador por parte de los operadores de justicia, ni esta esclarecido de forma razonable en nuestro ordenamiento jurídico, dando más de una interpretación al momento de que el operador de justicia lo aplica al caso en concreto. Mientras la ley penal y la jurisprudencia en materia penal no estén en sintonía con los avances de nuestra sociedad, y en integración con las leyes de niñez y adolescencia, no se puede hablar de una protección eficaz hacia el adolescente.

La política penal sexual en nuestro país no está establecida, mientras que unos consideran que el adolescente es capaz de consentir ciertos actos de índole sexual basados en los patrones socioculturales, la capacidad progresiva, etc., otros por el contrario, consideran (y se ha establecido en jurisprudencia) que siguen siendo personas que carecen de capacidad para decidir, olvidando que el adolescente, desde que se ratificó la Convención de los Derechos del Niño, es sujeto de derecho y por lo tanto, tienen derechos inherentes como seres humanos, que progresivamente ejercitan a medida que su desarrollo y madurez se los permite, y por ello, es importante las circunstancias valorar todas las circunstancias que le rodean y que le permitan tomar una decisión en el ámbito del ejercicio de la sexualidad.

El adolescente visto como sujeto de derecho no significa que quedará fuera del ámbito de protección del derecho represivo o sancionatorio por parte del Estado, contra el adulto o adolescente que lo haga partícipe contra su voluntad, abuse de su vulnerabilidad o se prevalezca de cualquier circunstancia de superioridad, para someterlo a conductas sexuales que constituyan afectación a su libertad o indemnidad sexual, o que signifiquen puesta en peligro de su integridad o causen un daño a su dignidad, si no que se siga con la visión de protección y la función del derecho de criminalizar conductas que constituyen afectación a bienes jurídicos dignos de tutela penal. Pero como que sujeto de derechos, debe de haber por

parte de los operadores de justicia una integración de la norma penal con la normativa de niñez y adolescencia para una mejor protección del adolescente y así no afectar su desarrollo psicosocial por la no valoración del consentimiento en ciertos actos sexuales realizados en torno a la exploración de la sexualidad que pueda tener, perjudicándolo a un nivel personal, social, jurídico, etc., criminalizando de manera general y absoluta todas aquellas conductas de esta índole, simplemente tomando como parámetro la edad del sujeto pasivo, cuando a la base de ello deberán considerarse otras circunstancias como la proximidad de la edad con la otra persona con la que ha ejercido la sexualidad, como lo regulan Costa Rica y España, o factores cuando se trate de relaciones consentidas como la proximidad en edad y grado de desarrollo y madurez, o que para el caso del acto sexual diverso constituirá el mismo la realización de actos sexuales interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, en cuyo caso se justificaría evidentemente la intervención penal.

El legislador al momento de decidir en los casos en los que estén involucrados adolescentes, debe de tomar en cuenta factores como:

- El desarrollo progresivo de sus facultades
- El derecho a la salud en general, a la salud sexual y reproductiva (tomando en cuenta la obligación que tiene el Estado por medio de Sistema Nacional de Salud de desarrollar programas de atención integral de la salud sexual y reproductiva de la niña, niño y adolescente)
- La exploración sexual que tiene tanto el autor como víctima, y por ende el trato igual entre ambos por ser menores de edad y a los cuales se les reconoce esos derechos.
- La relación preexistente entre autor y víctima.
- Y, por último, como relación a la indemnidad sexual de los menores de edad, si lo que se intenta proteger es el normal y sano desarrollo de su evolución sexual, evitando en lo posible alteraciones traumáticas que incidan en su posterior desarrollo psíquico, no quedaría dentro del ámbito de protección del Derecho Penal, aquellos hechos que supongan un conocimiento espontáneo o exploratorio de su sexualidad.

Y con esto garantizar la no vulneración del ejercicio de los derechos sexuales que tiene la adolescencia, amparados en los principios del Interés superior del niño y la autonomía progresiva. Y así no someterlos a un tratamiento que afecte su ámbito jurídico social, psicológico, etc. En razón que una sentencia condenatoria para un adolescente o un adulto próximo en edad a la que se considera víctima, por el motivo de la exploración de su sexualidad o como consecuencia de una relación socio-afectiva entre los sujetos y con el libre consentimiento de ambos, no solo afecta la situación jurídica para el sujeto activo, afecta su entorno social, su desarrollo, su búsqueda de su personalidad, inclusive la sexual; al igual que con el sujeto pasivo, afecta su entorno social, se le considera como un objeto del sistema jurisdiccional, y es una afectación a su crecimiento personal y un irrespeto como sujetos de derechos.

Ahora, en la investigación se utilizó el tipo penal de acto sexual diverso, previsto y sancionado en el artículo 166 del Código Penal, que comparte elementos descriptivos con el tipo penal de estupro, como el engaño, pero que esencialmente se diferencian porque en aquella conducta sexual en la que se involucró al adolescente fue en acceso carnal, y el acto sexual diverso, se estaría en cualquier otra conducta de naturaleza sexual que no implique acceso carnal vaginal o anal, y por lo tanto, el espectro de conductas a considerar para la configuración de este tipo penal se amplían drásticamente, y si se piensa que mediante el desarrollo progresivo los adolescentes pueden ir explorando el ejercicio de su sexualidad, máxime cuando se trata de relaciones interpersonales con personas de edad próxima o que se encuentran en el mismo grupo -adolescentes-, podría llevar a criminalizar conductas, que a lo mejor requieran un tratamiento estatal diferente, como consejería, educación sexual, orientación adecuada, entre otras, pero no necesariamente desde el ámbito penal.

Y como se indica en la investigación, el tipo penal antes mencionado, en su inciso final, establece que, *el acto sexual diverso realizado con persona menor de dieciséis años, aun con su consentimiento, será sancionado con prisión de ocho a doce años*; con lo cual, aunque el adolescente consienta el acto sexual diverso, el operador de justicia tendrá de base la edad como límite legal del consentimiento del adolescente, y que como se reveló al analizar el delito de estupro (Art. 163), que se comete mediante engaño con persona mayor de quince años, la interpretación que se hace al respecto es que, a partir de los quince años, la persona

puede consentir tener relaciones sexuales, castigándose únicamente el hecho que ésta hubiese sido engañada para tal fin, y que al haber establecido el legislador que en el delito de acto sexual diverso, cuando el adolescente fuere menor de dieciséis años, no requiere como medio de comisión el engaño, para su configuración típica, siendo similar la conducta descrita con la del delito de estupro, diferenciándose en que en este es necesario que exista acceso carnal, mientras que en el acto sexual diverso no, por lo que, constituiría un exceso penalizar con mayor severidad estas últimas conductas, en las que incluso hubo consentimiento y no hubo ningún vicio en el mismo, y con menor severidad cuando el acto es más invasivo como en el estupro y que para su configuración debe de haber existido engaño, pues de no existir este, la conducta sería atípica.

Ahora, si el acto sexual diverso se realiza con persona menor de quince años, el hecho constituiría agresión sexual en menor de edad, según lo previsto en el artículo 161 del Código Penal.

Ahora, otra problemática abordada en el delito de acto sexual diverso, fue que en el inciso primero del artículo 164 del Código Penal, establece el *que realizare mediante engaño, con persona mayor de quince y menor de dieciocho años de edad, cualquier acto sexual diverso del acceso carnal, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años*, es decir, que el rango de edad al que se refiere el inciso final de la citada disposición legal, -mayores de quince años y menores de dieciséis años-, están incluidos en el inciso primero antes citado, que para que la conducta sea típica, requiere que concurra el engaño, es decir, que exista un vicio en el consentimiento, dado que si para el consentimiento no mediare engaño, este se consideraría válido, lo que evidentemente evidencia un problema de técnica legislativa en su configuración, con el inciso final de la misma disposición legal, que indica que aunque mediare consentimiento, la conducta sería típica de esta infracción penal, con lo cual no se exigiría el engaño, ya que si en todos los casos el legislador hubiere considerado que el consentimiento estuviere viciado por el engaño a que se hace referencia en el inciso primero de la disposición, entonces, estaría demás el inciso final, al aludir únicamente que en esa rango de edad, independientemente que medie consentimiento, la conducta será reprochada penalmente.

En tal sentido, se concluye que, si la ley penal está regulando el acto sexual diverso con engaño a partir de los quince años, debe entenderse que el realizado sin engaño, por ende, el consentido debe ser atípico. Pensar lo contrario llevaría a resultados de penas incongruentes, para el caso, en el acto sexual diverso, si hay un engaño la pena sería de cuatro a ocho años y si no hay, la pena oscilaría entre ocho y doce años de prisión, e incluso con el estupro, que resulta ser más grave, en tanto que no solo hay engaño, sino que acceso carnal, y en este la pena oscila entre cuatro y diez años de prisión, por lo tanto, siendo el acto sexual diverso con consentimiento, en el que no ha mediado engaño, un hecho de menor gravedad que las conductas anteriores, se estaría reprochado con una pena más alta, con lo cual debe interpretarse que a partir de los quince años, debe mediar engaño para que el acto sexual diverso sea típico de este tipo penal.

Lo anterior, es fundamental, dado que el Código Penal no hace una configuración lógica, no solo en las conductas delictivas antes referidas, sino para determinar, cuál sería la edad que el legislador salvadoreño, consideró para que el adolescente pudiera consentir válidamente actos de naturaleza sexual, a partir del ejercicio progresivo de sus derechos, teniendo como base circunstancias que le permitan ejercerlo, y no ser víctimas de abusos, explotación o de sometimiento a conductas sexuales por adultos, con quienes exista alguna relación asimétrica y se prevalezca de ellas; ya que se limita de forma confusa a fijar rangos de edad establecidas en las normas aplicables, como limitantes a la valoración del consentimiento del adolescente, pudiendo generar una afectación jurídica, social, psicológica del o los adolescentes involucrados en esos actos sexuales, por su abordaje penal de manera generalizada, tomando como elemento únicamente el rango de edad en el que se sitúa el sujeto pasivo, con lo cual deja a un lado la disposición legal que contempla el acto sexual diverso, que en su inciso primero requiere para la configuración de la conducta prohibida, que la víctima sea mayor de quince años, pero además, que como medio de comisión con el cual se vicia el consentimiento de la víctima, sea el engaño, porque de no mediar el mismo, se podría considerar la atipicidad de la conducta; en tal sentido, pareciera que el legislador en el inciso final quiso reforzar la protección cuando el rango de edad oscila entre los quince y menos de los dieciséis años de edad, indicando que, en este caso aun mediando consentimiento, cuando se realizaren actos diversos al acceso carnal, la consecuencia jurídica sería más intensa, incluso equiparándola a la de la agresión sexual en menor o incapaz, pero

no consideró que ese rango de edad también lo incluyó en el inciso primero del artículo 166 del Código Penal.

5.2 RECOMENDACIONES

Como hemos mencionado con anterioridad, para que exista una garantía más efectiva, atendiendo a la protección integral que enmarca los instrumentos internacionales ratificados por el Estado de El Salvador y el marco jurídico interno que regulan los derechos, deberes y garantías para los adolescentes como sujetos de derechos, y en especial en lo que es la validación judicial del consentimiento de estos para ejercer ciertos actos de índole sexual, basados en factores como el ejercicio progresivo, el interés superior del adolescente, la proximidad de edad, patrones socioculturales, etc.; se dan las siguientes recomendaciones.

AL ESTADO DE EL SALVADOR: se le recomienda crear una política penal sexual sobre el consentimiento de adolescente para los delitos sexuales, con énfasis en una integración de normas, tomando como principios rectores el interés superior del niño, autonomía progresiva de las facultades, y entendiéndose que el adolescente es sujeto de derecho y por lo tanto, se le debe protección, pero también garantías para ejercerlo conforme los principios anteriormente establecidos; y a la vez se le recomienda determinar una edad razonable para que el adolescente pueda o no consentir, como lo recomienda el Comité de Derechos Humanos.

AL ÓRGANO JUDICIAL: Formación y sensibilización en las leyes encaminadas a la protección de los adolescentes que no son víctimas de delitos sexuales, para que no se juzgue únicamente teniendo en cuenta la edad cronológica de la víctima, sino que se tomen en cuenta otras circunstancias a fin de determinar si el adolescente estaba en capacidad de ejercer su derecho a la sexualidad, y otras como la proximidad de la edad con el sujeto activo, la educación sexual y sus consecuencias, la orientación, porque si no existe afectación a algún bien jurídico tutelado, el tratamiento de la problemática relacionada con el ejercicio de la sexualidad entre adolescentes, debería orientarse a un tratamiento diferente al penal, ya que el sistema las considera víctimas-victimarios por la rigurosidad que actualmente existe en las normas. Y, por otro lado, que a nivel jurisprudencial se puede resolver la problemática que

genera tipos penales como el analizado en la investigación, en relación al acto sexual diverso, en el que incluso mediante consentimiento, se criminaliza conducta sin hacer ninguna consideración adicional, de la cual el sujeto activo se haya valido, o en la que se encontraba el adolescente que refuerce su vulnerabilidad, y así unificar criterios en los operadores de justicia.

A LOS OPERADORES DE JUSTICIA: debe de haber una unificación de criterios, capacitarse en el área de niñez y adolescencia para no vulnerar los derechos de estos apegados a aplicar como regla general una norma, en lugar de estudiar cada caso en particular, tomando las especificaciones y circunstancias, que deben de valorar los patrones socio culturales, morales, psicológicos, etc., para llegar a un fallo que no afecte a los adolescentes, y que a partir de las decisiones judiciales no se reconozca derechos relacionados al ámbito del ejercicio de la sexualidad, sin tomar en consideración si estaba o no en posibilidad de decir sobre ello.

AL MINISTERIO DE EDUCACION: Reforzar la educación sexual para que sea una educación integral y eficaz para una mejor comprensión del adolescente y hacerla extensiva a los padres para que ellos puedan orientar de igual forma a sus hijos, tomando como base los instrumentos internacionales y nacionales, a fin que se prevenga que las adolescentes al ejercer la sexualidad a temprana edad se puedan ver afectados por embarazos tempranos, enfermedades de transmisión sexual, sometidos a abusos sexuales propiciados por relaciones de poder asimétricas, explotación sexual, entre otros.

AL MINISTERIO DE SALUD: Incluir en sus programas no solo la entrega de métodos anticonceptivos, si no reforzar o implementar charlas sobre la orientación sexual, y todos los efectos positivos o negativos que existan, y de esa forma reforzar el conocimiento de los adolescentes para ejercer de forma responsable su sexualidad, y no caer en las cifras de embarazos no deseados, abortos, contagios de enfermedades de transmisión sexual, etc.

BIBLIOGRAFÍA

Tesis

- ALVARADO THIMEOS JULIA ELIANA (2015). Educación sexual preventiva en adolescentes. (Tesis doctoral) Universidad Nacional a Distancia, España.
- CALDERON RAMIREZ, JORGE SALVADOR. (2017) El Interés Superior del Niño y La Autonomía Progresiva como criterios para el reconocimiento de forma excepcional del derecho a la libertad sexual de los adolescentes. (Tesis maestro judicial) Universidad de El Salvador.
- CORNEJO VÁSQUEZ, HÉCTOR ERNESTO, POZO SANTOS, IRIS NOEMI, y RAMOS GUEVARA, JULIO ADALBERTO (2004); Inaplicación de penas mayores de treinta años de prisión en la zona oriental de el salvador 1999-2004. Universidad de El Salvador, San Miguel, El Salvador.
- GUZMAN MOLINA, IVY TATIANA, GUZMÁN MOLINA, EVELIN LORENA Y ORTIZ SOSA, NELSON OSAEL (2010); la nueva concepción sobre el derecho de integridad personal de los niños, niñas y adolescentes en la zona oriental. (tesis pregrado). Universidad de El Salvador, San Miguel, El Salvador;
- LEMUS GUILLEN, RUBIA MARIBEL (2013). La Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos Sexuales en el Proceso Penal, (Tesis Maestra Judicial) Universidad de El Salvador.
- RODRIGO LARA, MARÍA BELÉN (2004), La libertad de pensamiento y creencias de los menores de edad. (Tesis Doctoral), Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España.

Revistas

- Ana María Castañeda (2010). Evitando revictimización: el desarrollo de la entrevista a niños, niñas y adolescentes; Cuaderno de Trabajo N° 1. Lima, Perú.
- Centro de Derechos de Mujeres (2010); Ejercicio de derechos sexuales y reproductivos en adolescentes; primera edición, Tegucigalpa, México.

- Comisión Nacional de los Derechos Humanos “Protocolo para la Atención y Prevención de la Violencia Sexual en las Escuelas de Educación Inicial, Básica y Especial en la Ciudad de México”; Primera reimpresión: septiembre, 2017, México.
- Consejo Nacional de la Judicatura (2004). Límites constitucionales al derecho penal.
- Consejo Nacional de la Judicatura (2015). Ideología y reforma penal: Aspectos problemáticos del saber penal y punición legislativa. Ventana Jurídica 11.
- Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia (2016) Responsabilidad penal adolescente: ¿Por qué un tratamiento diferenciado entre personas adultas y adolescentes? San Salvador.
- Consejo Nacional de la Judicatura (2015). Interés superior del niño: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva, Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo” San Salvador, El Salvador.
- Consejo Nacional de la Judicatura (2004), Comentarios al código Penal.
- Revista Semestral Enero-junio 2015. Realidad y Reflexión. Año 15, N° 41, San Salvador, El Salvador, Centroamérica.

Sentencias

- Cámara de la Tercera Sección de Occidente, Ahuachapán, Sentencia con referencia: 44/06; emitida a las quince horas con treinta y cinco minutos del día veintisiete de abril del dos mil seis.
- Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro; sentencia con referencia: 63-2016; emitida en San Salvador, a las doce horas con veinte minutos del día treinta y uno de mayo del año dos mil dieciséis.
- Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, sentencia con referencia: Inc. 89-2015, emitida en San Salvador a las catorce horas del día veintiuno de mayo de dos mil quince
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011). Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011). Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012
- Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia; Sentencia con referencia 436-cas-2011; San Salvador, emitida a las a las ocho horas con treinta minutos del día catorce de julio de dos mil catorce.;
- Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia; sentencia con referencia: 571-CAS-2010; emitida en San Salvador, a las once horas y veinte minutos del día treinta y uno de agosto de dos mil doce.
- Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, sentencia con referencia: 240-CAS-2009, emitida en San Salvador, a las diez horas del día tres de mayo de dos mil doce.

Otros

- Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5, Medidas Generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/5, párrafo 12
- Corte Suprema de Justicia (2017), "Líneas y Criterios jurisprudenciales de Cámara de lo Penal". San Salvador
- Guía de Actuación (Manual de Procedimientos) Fiscal para la investigación de los delitos de Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes y delitos contra la Libertad Sexual relacionados.
- Ministerio de Educación, (2014) Fundamentos de la educación integral de la sexualidad en El Salvador: educación inicial, parvularia, básica y media. 1ª ed. San Salvador, El Salvador.
- Moreno Carrasco, Francisco; Rueda García, Luis (201) Código Penal de El Salvador. Comentado, segunda edición.
- Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de El Salvador, Aprobadas por el Comité en su 122º período de sesiones (12 de marzo a 6 de abril de 2018).
- Política Nacional de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia 2013-2023. Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia, CONNA. aprobada mediante

Acuerdo N°13, en la IX Sesión Ordinaria del Consejo Directivo con fecha 16 de mayo de 2013. Pág. 8

Documentos electrónicos:

- Comisión de Cultura y Educación, Palacio Legislativo, dictamen número 7, San Salvador. 2018.
- La lucha por la Educación Integral en Sexualidad en El Salvador, Informatvx julio, 2018
- López Gómez, Alejandra; Material de Apoyo en salud sexual y reproductiva con enfoque de género a Equipos técnicos de los Centros CAIF; 4º edición.
- Mesa Bribiesca, Alicia; Rodríguez Ramírez, Gabriela (2004). Fundamentos internacionales en torno a los derechos sexuales de jóvenes. Perinatología y Reproducción Humana vol.18 no.1 México.
- Unicef, edad mínima para el consentimiento.

Páginas web:

- https://es.wikipedia.org/wiki/Edad_de_consentimiento_sexual
- <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/consentimiento-de-la-v%C3%ADctima/consentimiento-de-la-v%C3%ADctima.htm>
- <https://www.iberley.es/temas/limites-poder-punitivo-estado-47081>