

CÁMARA PRIMERA DE LO PENAL DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO: San Salvador, a las catorce horas con treinta minutos del día cinco de noviembre de dos mil diecinueve.

Habiéndose celebrado la Audiencia Preliminar en el Procedimiento Especial en Caso de Antejudio instruido contra el Segundo Magistrado de la Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, Licenciado **Eduardo Jaime Escalante Díaz**, quien de acuerdo al interrogatorio de identificación realizado en Audiencia Inicial es de cincuenta años de edad, Juez de Carrera, casado con *****, hijo de ***** y *****, del domicilio de *****, Departamento de La Libertad; se le atribuye el delito de **Agresión Sexual en Menor**, Art. 161 Inc. 1° Pn., en perjuicio de la indemnidad sexual de una niña a quien de conformidad a los Arts. 53 LEPINA y 106 No. 10) Lit. d) Pr.Pn., se identifica como *****, de conformidad a los Arts. 144 y 362 Pr.Pn., se hacen las siguientes **CONSIDERACIONES:**

I.- HECHOS ACUSADOS:

De acuerdo al Dictamen de Acusación, los hechos imputados al Magistrado Eduardo Jaime Escalante Díaz, son los siguientes:

“[...] El día lunes dieciocho de febrero del año dos mil diecinueve, en Residencial Alta Vista dos, *****, frente a la casa número [...] Municipio de Tonacatepeque Departamento de San Salvador, como a eso de las cinco y media de la tarde, la niña ***** se encontraba frente a la casa antes mencionada donde reside su tía [...] ***** se encontraba hablando con un amigo a quien conoce como C*** de nombre ***** de aproximadamente siete años; cuando de forma repentina se le acerca un sujeto desconocido y vio que era un hombre con una gorra de color negro y un short negro una camisa blanca, alto, algo gordito, chele, y se le acercó lentamente y sin decirle nada la agarro(sic) de los hombros y la tocó de su vulva con la mano, se la puso en la mano y se la “choyó”(sic) hacia arriba, no le metió la mano por que(sic) andaba con un overol, cuando la tocó observó que el señor movía su cabeza como diciendo “no” de forma rápida, y después salió corriendo el sujeto, es en ese momento que pasaba la señora M(sic) SCR conocida como A que es una vecina y le grito(sic) a la mamá de ***** [...] diciéndole “ese hombre te toco(sic) la niña”, quedándose la niña congelada del miedo, sale la madre de la

casa de su tía quien le preguntó que(sic) le había pasado, manifestándole la niña ***** que un hombre le había tocado su parte genital, por lo que la señora [...] salió corriendo tras el hombre, quedándose la niña ***** en la casa. En la persecución observa al sujeto que iba corriendo y salía del pasaje veinticuatro a la calle de parqueo y se metió en otro pasaje, pero el hombre seguía corriendo, al ver que el pasaje no tenía salida; optó por regresarse y es ahí que el sujeto se detiene y la madre de ***** observa su rostro y como andaba vestido, es decir como camiseta blanca, short negro y gorra negra, a quien describe de estatura alta, piel blanca, cara un poco rellena, fornido, a quien nunca había observado en el lugar, a quien siguió persiguiendo hacia la calle principal como buscando la ruta que lleva el bus de la C1, llegando hasta una cruz calle de la misma residencial Alta Vista, perdiéndolo de vista, por lo que se regresó y se dirigió al puesto policial de la residencial Alta Vista, que esta(sic) como a una cuadra de dicho lugar, al llegar encontró a un agente policial y le explico(sic) lo que le había pasado, expresándole el agente policial que le mandaría una patrulla, por lo que decide regresarse para su casa esperando la patrulla al ver que no llegaba decide llamar al novecientos once desde su celular, siendo atendida por un operador. Posteriormente la señora J se entera que el sujeto había dejado su vehículo, porque un vecino de nombre J(sic) VAM, le dijo que observo(sic) que el sujeto que había tocado a su hija ***** se había bajado de un vehículo que estaba en el parqueo frente a los pasajes de la residencial, y fue así que ella observo(sic) el vehículo de color gris, de marca Nissan, polarizado, placas P734006, en ese momento llegaron dos agentes policiales en una patrulla, y le preguntaron qué había pasado, contándoles lo sucedido, retirándose del lugar. Posteriormente llego(sic) un hombre desconocido, con una camisa verde, piel morena, estatura mediana, y llevaba llaves del vehículo abandonado, dicho sujeto expresó que era el dueño, manifestándole la señora [...] que no se lo podía llevar el vehículo por que(sic) ya habían llamado a la policía, por lo que el hombre se retiró del lugar. Luego llegaron otros agentes policiales y además llego(sic) un Pick Up color Blanco placas N8947, del cual se bajaron tres sujetos quienes expresaron que eran PPI, y que tenían conocimiento que el vehículo lo habían dejado en ese lugar porque tenía desperfectos mecánicos, no permitiendo la policía que se lo llevaran porque había una denuncia del cometimiento de un hecho delictivo, retirándose del lugar los agentes del PPI, quienes regresaron en compañía de un señor de saco y corbata, de apariencia mayor, en un

micro bus gris placas N7086, quien manifestó que se llevaría el vehículo porque era de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, dicho señor abrió el vehículo y sacó una billetera de este en la que se encontraba un carnet con foto a nombre de EDUARDO JAIME ESCALANTE DIAZ(sic) [...]”.

II.- ANÁLISIS DE TIPICIDAD:

- 2.1)** Una vez celebrada la Audiencia Preliminar, y realizados los correspondientes ofrecimientos probatorios, es procedente someter los hechos acusados a un análisis de tipicidad, con el propósito de verificar si la plataforma fáctica es susceptible de ser enmarcada en alguna conducta tipificada por el legislador y, de ser este el caso, determinar a cuál es la que corresponde, siempre tomando como punto de partida la relación circunstanciada de los hechos contenida en el Dictamen de Acusación.
- 2.2)** En primer lugar, hay que definir la tipicidad como: “[...] la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal [...]”. [Muñoz Conde, Francisco. “Teoría General del Delito”, Editorial Temis, 3ª edición, 5ª reimpression, 2018. Pág. 3]. Así, en un proceso penal, el juicio de tipicidad debe hacerse desde dos perspectivas distintas: (i) La del tipo imputado; y (ii) La del tipo que se desprende del marco fáctico.
- 2.3)** En ambas, se toma como punto de partida, la relación circunstanciada de los hechos. Para la primera, se verifica con el tipo penal propuesto, realizando un procedimiento de verificación o de descarte, según corresponda o no al tipo penal invocado. Para la segunda, se analiza el marco fáctico en abstracto y el Juzgador verifica si la narración se enmarca en uno u otro tipo penal. Además, se debe tener en consideración el planteamiento presentado por los abogados defensores en su escrito de contestación de la Acusación, en el cual, como en la Audiencia Preliminar, se hizo un pronunciamiento sobre el cambio de la calificación jurídica de la conducta imputada.
- 2.4)** En ese sentido, los hechos -plataforma fáctica- acusados, deben primero someterse a un análisis de correspondencia en relación al tipo penal que se ha venido conociendo, siendo éste el de Agresión Sexual en Menor (Art. 161 Inc. 1º Pn.), dicho precepto legal se encuentra en íntima relación con el Art. 160 *eiusdem*, pues este último representa el tipo básico, mientras el primero es una modalidad

cualificada en atención a las circunstancias particulares de la persona que tiene calidad de víctima.

- 2.5) El Art. 160 Pn., por constituir la modalidad básica del tipo, debe ser inicialmente analizado; y así tenemos que la conducta típica es: “El que realizare con otra persona cualquier agresión sexual que no sea constitutiva de violación, será sancionado con prisión de tres a seis años. Si la agresión sexual consistiere en acceso carnal bucal, o introducción de objetos en vía vaginal o anal, la sanción será de seis a diez años de prisión”.
- 2.6) Como punto medular se identifica como elemento normativo del tipo que la agresión sexual no sea constitutiva del delito de Violación. Al remitirnos a las doctrina, encontramos que ésta se pronuncia en el sentido que: “[...] Se trata de los casos en los que el sujeto activo, mediante el empleo de la violencia, obliga al sujeto pasivo a soportar tocamientos o besos de otra persona o realizar tales tocamientos o besos a otra persona, sea ésta o no el sujeto activo, así como el uso de la violencia para obligar a alguien a realizar actos de bestialismo o necrofilia, pero no la mera contemplación de la desnudez. Tradicionalmente se ha exigido contacto físico entre los sujetos, lo que excluiría la punición de los actos en los que mediante violencia se obliga a otra persona a masturbarse, criterio apoyado por el uso del término agresión, que indica acometimiento físico [...]”. [Moreno Carrasco, Francisco/Rueda García, Luis. “Código Penal de El Salvador Comentado. Tomo 1”, Consejo Nacional de la Judicatura/Escuela de Capacitación Judicial, 2004. Págs. 606, 607] [subrayado de este Tribunal].
- 2.7) Tenemos que en la doctrina se ha reconocido que en las agresiones sexuales básicas -Art. 160 Pn.- debe concurrir como medio comisivo el empleo de la violencia. Dicho en otros términos, de no establecerse que la conducta, es decir, los tocamientos se hayan producido mediando la violencia, o que se haya empleado la violencia como medio para realizar los tocamientos, la conducta no podrá enmarcarse en el tipo penal de Agresión Sexual. La excepción a esta regla la encontramos justamente en el delito de Agresión Sexual en Menor, -Art. 161 Inc. 1º Pn.-, pues a pesar de emplear el término *agresión* en el acápite del artículo, del

contenido del primer inciso se establece que no es preciso el empleo de la violencia para la comisión del delito.

- 2.8)** La Sala de lo Penal, se ha pronunciado respecto a que la Agresión Sexual: “[...] constituyen los actos diversos de accesos corporales, entre los cuales se encuentran todas aquellas formas distintas a las normales del acceso carnal, su ámbito de comisión lo constituyen tanto la comisión del coito bucal o manifestaciones como el rozamiento de los órganos genitales, tocamientos impúdicos que puedan involucrar accesos digitales o linguales u instrumentos que esté fuera del contexto corporal del sujeto activo del delito, en los órganos genitales de la víctima [...]”. [Sentencia Definitiva, Ref.: 531-CAS-2009, de fecha 28/11/2012].
- 2.9)** En el mismo precedente citado en el párrafo que antecede, el Tribunal de Casación Penal ha considerado, en un ejercicio de comparación entre las Agresiones Sexuales y el Acoso Sexual, que: “[...] en la primera encontramos que los actos son lascivos y lúbricos que implican no meros tocamientos, sino contacto corporal diverso de acceso carnal y en el segundo, los tocamientos son de naturaleza reiterada, constante con la finalidad de hacer un ambiente hostil para someter a la víctima y de esa forma obtener a cambio el acceso carnal, o como se sostiene en la doctrina, “el acoso sexual es el preludeo de una agresión sexual” [...]”.
- 2.10)** Vale aclarar que el análisis de comparación con el delito de Acoso Sexual resulta procedente, ya que ambas figuras delictivas contienen elementos similares, específicamente los tocamientos, lo cual en determinado momento puede prestarse a confusiones en cuanto a la interpretación de la norma.
- 2.11)** En otro orden de ideas, la Sala de lo Penal ha establecido un parámetro diferenciador respecto del tipo básico -Otras Agresiones Sexuales, Art. 160 Pn.- y el tipo cualificado -Agresión Sexual en Menor e Incapaz, Art. 161 Pn.-, en el sentido que: “[...] en atención a la calidad del sujeto pasivo, tomando en consideración su edad o capacidad para resistir la conducta, teniendo como requisito que sea menor de quince años o que el sujeto activo se aproveche de estados de inconsciencia, enajenación mental o vulnerabilidad de la víctima; ahora bien, la conducta del tipo básico que describe el Art. 160 del Código Penal, denominado “Otras Agresiones Sexuales”, engloba todos aquellos comportamientos de incuestionable contenido

sexual, excluyendo de tales acciones al delito de “Violación”, cuyo elemento característico es el acceso carnal, ya sea vía anal o vaginal; en consecuencia deben calificarse como agresiones los actos como tocamientos o caricias que supongan un contenido físico corporal entre el imputado y la víctima, los cuales deben tener cierta entidad o trascendencia [...]”. [Referencia 309C2015, de fecha 25/04/2016].

- 2.12)** De acuerdo a la jurisprudencia y a la doctrina, existe un consenso en cuanto a que los actos de tocamiento, para poder constituir un delito de Agresión Sexual -y en consecuencia Agresión Sexual en Menor-, deben ser analizados en el contexto social en el que se producen y según los sujetos intervinientes; siendo necesario que exista cierta gravedad y trascendencia y ser, además, potencialmente idóneos para afectar de modo relevante la sexualidad ajena. [Moreno Carrasco/Rueda García. Op. Cit., Pág. 607].
- 2.13)** Recordemos que, tratándose de la modalidad cualificada de las agresiones, el empleo de la violencia como medio comisivo ya no es determinante como elemento de la tipicidad. Ello deriva en que se necesite el análisis de todo el contexto en el que se produce el evento que se somete al conocimiento del tribunal, a efecto de poder determinar su relevancia penal, entendida ésta de forma amplia, es decir, si es típica y a qué tipo penal corresponde.
- 2.14)** Estos nos lleva a someter los hechos acusados, es decir, los contenidos en el dictamen de acusación, a un adecuado análisis de tipicidad, primero, en atención al delito que se imputa, a efecto de corroborar si pueden encuadrarse dentro del tipo penal que ha sido imputado por la Fiscalía General de la República.
- 2.15)** De acuerdo a los hechos que han sido transcritos, este Tribunal advierte que la exposición fáctica hace referencia a que un sujeto tocó a la víctima en sus partes genitales, sobre la ropa y mientras se encontraba jugando en la acera frente a la casa de habitación de una de sus familiares. Así se corrobora de la información aportada por la víctima en el Anticipo de Prueba, que fue inmediado por este Tribunal. En el Anticipo de Prueba, la víctima manifiesta de forma clara y enfática que el sujeto la tocó e inmediatamente después salió corriendo.
- 2.16)** Así, si analizamos tanto la exposición fáctica como la Declaración Anticipada de la víctima, podemos concluir que en ambas se hace referencia a que los hechos -el

tocamiento- se produjeron de forma instantánea y no se aprecia en ninguno de los dos relatos -el contenido en el Dictamen de Acusación ni el realizado por la víctima- que haya mediado la violencia en ninguna de sus manifestaciones para que los tocamientos se produjeran; aunque si bien por tratarse de una víctima menor de edad, este requisito no es indispensable; pero sí es un elemento a considerar, pues de acuerdo al marco fáctico, el sujeto se valió de la sorpresa o estado de descuido en que la víctima se encontraba para la realización de la acción.

- 2.17)** Siempre en atención al análisis de tipicidad respecto del delito que ha sido imputado, debe ser analizada la conducta como tal, es decir, el señalamiento concreto que se hace respecto del encartado de la acción realizada en contra de la víctima. Y así tenemos que tanto en el cuadro fáctico, como en la Declaración Anticipada de la víctima, se hace referencia a un tocamiento que reviste dos características que deben resaltarse.
- 2.18)** La primera de estas características, es que se llevó a cabo de forma instantánea; la segunda, que se realizó sobre la ropa. Ambas circunstancias deben ser consideradas para lograr ubicar la conducta imputada en el tipo penal correspondiente. Como ya se dijo, los actos deben ser analizados en el contexto social en el que se producen, según los sujetos que intervienen, y la gravedad y trascendencia que se les exige para lesionar el bien jurídico reconocido por la norma penal sustantiva.
- 2.19)** Debemos considerar, aunque suene repetitivo, que los delitos de violencia sexual suelen denominarse por la doctrina como *delitos de alcoba*, porque por la naturaleza misma de la conducta y el fin perseguido por el sujeto activo, que es la satisfacción de contenido sexual, suelen realizarse en ambientes privados o apartados de otras personas que pudieran presenciar la realización del hecho. Esto es así en atención a que el fin lúbrico que se pretende satisfacer a través del delito de Agresión Sexual, difícilmente puede satisfacerse en un espacio público, transitado o en el que se prevé la posible aparición de otras personas, pues estas condiciones no permiten un mayor grado de invasión en la intimidad de la víctima.
- 2.20)** También, y aquí conviene profundizar, es necesario analizar la conducta imputada en una relación directa con el tipo penal que se pretende acreditar, ya que el análisis de tipicidad sólo será superado satisfactoriamente cuando la conducta en su

totalidad pueda enmarcarse dentro del tipo penal, de tal modo que si en ese ejercicio de encuadramiento típico hay alguna circunstancia que falte o que sobre, deberá concluirse que el tipo penal no ha sido adecuadamente invocado por el Ministerio Público.

- 2.21)** Así, al analizar los hechos acusados, nos encontramos ante un tocamiento instantáneo que se realizó en la vía pública. Respecto a la temporalidad del tocamiento, su carácter de instantáneo, debemos decir que no hay especificidad en cuanto a la duración del tocamiento en el tiempo; sin embargo, tanto del marco fáctico como de la declaración de la víctima, puede concluirse que el tocamiento no fue prolongado, ya que en ambas fuentes se hace referencia a que el sujeto sólo la tocó y salió corriendo.
- 2.22)** Cabe analizar si este acto como tal es capaz de ser subsumido por el tipo penal descrito en el Art. 161 Pn., para ello debe tenerse en consideración que la conducta debe tener la gravedad y la trascendencia suficientes para afectar la indemnidad sexual de la víctima. Si bien el legislador no puede establecer un parámetro temporal de duración para tener por establecido el tipo penal; es indispensable que la conducta se analice en su integralidad para poder determinar si el análisis de tipicidad se supera de forma satisfactoria.
- 2.23)** El *quid* del asunto radica en poder determinar ese grado de gravedad o relevancia que produjeron los tocamientos; para ello, es necesario auxiliarse de los elementos periféricos que se han practicado durante la investigación, como es el Peritaje Psicológico, practicado a la víctima por los Psicólogos Forenses Manuel Alexander Escobar Blanco y Francisco Alejandro Palacios Viera, ambos adscritos al Instituto de Medicina Legal “Dr. Roberto Masferrer”.
- 2.24)** En el peritaje en mención no se consigna que la víctima presente indicadores propios de las víctimas de delitos sexuales. Este es un elemento de especial importancia, para poder configurar el carácter de grave o trascendente de los tocamientos, que es necesario para la adecuación de la conducta al tipo penal de Agresión Sexual en Menor.
- 2.25)** Siempre en relación a los elementos periciales, es procedente mencionar, respecto al Reconocimiento Médico Forense de Delitos Sexuales, de folios 112, practicado por

la Doctora Ana Nuria Guzmán de Escobar, el cual excede las funciones de la prueba pericial, pues la perito emplea el término *ataque sexual*, siendo la calificación jurídica de la conducta una tarea propia de los aplicadores de justicia. El exceso consiste en realizar un juicio de tipicidad que no es atribución de los forenses, sino de los Juzgadores, dado que el valor del peritaje es aportar elementos de prueba sobre los conocimientos especiales del perito.

- 2.26)** Si tenemos en cuenta el contexto en el que de acuerdo al dictamen de acusación se produjeron los hechos, podemos destacar los siguientes aspectos: (i) Se produjeron en un sector populoso, denominado Residencial Altavista 2, *****, Tonacatepeque; (ii) A una hora en la que aún se contaba con iluminación natural; (iii) La víctima se encontraba en compañía de otro niño; (iv) Dura un instante, sin cometerse ningún otro acto; (v) Se realiza sobre la ropa de la menor; (vi) La víctima refiere que pudo ver como el sujeto se aproximaba a ella.
- 2.27)** Las circunstancias apuntadas, al ser examinadas en su conjunto, nos llevan a la conclusión que la ausencia de violencia, la breve duración del tocamiento y el hecho que este se produjera sobre la ropa, ¿Serán constitutivo del delito de Agresión Sexual en Menor, previsto y sancionado en el Art. 161 Pn., o de falta, que consiste en ofender a la familia, buenas costumbres y al decoro público, comprendida en el Número 4) del Art. 392 del mismo Código, realizando un tocamiento impúdico?
- 2.28)** Sobre este último punto, merece una especial acotación la gravedad y trascendencia que deben exigirse de la conducta para considerarse con el alcance suficiente para lesionar, o al menos poner en riesgo, el bien jurídico protegido, que en este caso se trata de la *indemnidad sexual*. El cual, como ya se expuso, no se advierte como lesionado, toda vez que los profesionales en Psicología Forense no concluyeron que la víctima presentara los indicadores que son comunes en las víctimas de delitos de violencia sexual.
- 2.29)** Con base a los hechos acusados y a la declaración de la víctima, este Tribunal es del criterio que los tocamientos que se le imputan a Eduardo Jaime Escalante Díaz, no tiene la magnitud suficiente para ser constitutivos del tipo penal descrito en el Art. 161 Pn., pues el carácter de instantáneo y haberse producido sobre la ropa de la

víctima, no permiten calificarlos con la gravedad y trascendencia necesaria para ser constitutivos del tipo penal invocado.

- 2.30)** Si la doctrina se ha pronunciado en el sentido que la conducta que se imputa como agresiva de la sexualidad debe revestir ciertas gravedad y trascendencia, para ello es necesario que la conducta no solo tenga una prolongación temporal que se estime suficiente, sino que además debe considerarse el grado de invasividad que se atribuye a la conducta, el cual debe ser analizado tomando en consideración criterios estrictamente objetivos.
- 2.31)** Así, en primer lugar, aunque se trate de un tocamiento producido en una zona anatómica localizada en la región pública del cuerpo, si este es de carácter instantáneo, si se produce sobre la ropa de la víctima, aprovechando un descuido de ésta y en un lugar que hace imposible que el grado de invasividad corporal sea mayor por ser un lugar público, transitado aún en horas del día; la conducta carece de la gravedad y trascendencia suficiente para lesionar la indemnidad sexual, y en consecuencia no puede ser calificada jurídicamente como Agresión Sexual en Menor.
- 2.32)** El bien jurídico, como elemento del tipo, cumple la función de poder establecer el tipo penal frente al cual nos encontramos. Es decir, que el análisis de tipicidad cumple una función de extrema importancia, pues partiendo del bien jurídico tutelado por el legislador, es que debe analizarse la potencialidad de la conducta de convertirse en lesiva.
- 2.33)** Identificado que ha sido la *indemnidad sexual* como el bien jurídico reconocido por el legislador en el Art. 161 Pn.; debemos decir que las normas penales tienen una función protectora de bienes jurídicos y eleva a la categoría de delitos los comportamientos que lesionan o ponen en riesgo de manera más grave, los bienes jurídicos que se consideran más importantes para lograr la convivencia de los seres humanos en sociedad.
- 2.34)** El bien jurídico *indemnidad sexual*, sólo puede lesionarse por aquellos actos que supongan un alto de grado de invasión a la intimidad de la víctima, a través de los medios que se encuentran descritos en el tipo básico, es decir, una agresión sexual distinta del tipo de Violación.

- 2.35)** En ese sentido, la invasividad que supone un tocamiento breve o instantáneo en la región pública de la víctima, en un lugar transitado, populoso, habitacional y aprovechando un descuido de ésta, mientras se encontraba jugando con otro niño, y sobre su ropa, no supone el grado de afectación suficiente para poder considerar la conducta como constitutiva del tipo penal descrito en el Art. 161 Pn.
- 2.36)** Sin embargo, la no adecuación al tipo penal de Agresión Sexual, no debe interpretarse, como la completa ausencia de tipicidad de la conducta, o su atipicidad. Analizando la conducta, como ya se ha mencionado, de acuerdo al marco fáctico contenido en el Dictamen de Acusación y señalado por la víctima en su Declaración Anticipada, es procedente, completar el juicio de tipicidad con otra de las conductas que se encuentran tipificadas en el derecho penal sustantivo.
- 2.37)** La normativa penal sustantiva reconoce una amplia gama de bienes jurídicos, y dependiendo de la importancia que la lesión de éstos ha merecido para el legislador, éste mismo se ha encargado de hacer la dosificación abstracta de las posibles penas a imponer. La importancia que supone el concepto de bien jurídico, radica, entre otras, en la necesidad de analizar si la conducta imputada ha sido capaz de lesionar o, siquiera, poner en una situación de riesgo o de peligro el bien jurídico.
- 2.38)** Para Enrique Bacigalupo: “[...] Toda selección y ordenación de bienes jurídicos, por tanto, presupone una concepción social y consecuentemente también ética. La decisión del legislador de penalizar ciertos comportamientos lesivos de intereses, es decir, los reputa merecedores de tutela y, además, les asigna un rango de importancia en el orden de intereses, rango del que deduce la legitimidad de protegerlos mediante una amenaza penal [...]”. [Bacigalupo, Enrique. “Manual de Derecho Penal”, 2ª reimpresión, editorial Temis, 1994].
- 2.39)** Esta selección, es de gran importancia, pues debemos reconocer que la descripción de las conductas típicas, su clasificación en Delitos o Faltas –At. 18 del Código Penal- y la determinación en abstracto de su consecuencia penal, es exclusiva atribución del Órgano Legislativo, que es el encargado de realizar establecer en la ley, cuales son las conductas merecedoras de reproche y la severidad de este reproche.

- 2.40)** Habiendo expuesto lo anterior, esta Cámara considera que la conducta imputada se encuentra tipificada en el Número 4) del Art. 392 Pn., es decir, a la Falta Penal de Actos Contrarios a las Buenas Costumbres y al Decoro Público, que dispone: “El que aprovechándose de aglomeraciones públicas o del descuido de quien transita por calles o lugares públicos, realizare tocamientos impúdicos”. [Subrayado de este Tribunal].
- 2.41)** Vale decir que el Art. 392 presenta varias modalidades posibles de comisión, entre las que se encuentran: 1) Desnudarse o bañarse en un sitio público; 2) Ofender la decencia pública por medio de palabras obscenas, gestos, actitudes, señas o cantares; 3) Escribir palabras o hacer dibujos indecentes en baños, pedestales o en cualquier otro objeto situado permanentemente en un sitio público o de acceso al público.
- 2.42)** Concretamente el Número 4) del citado artículo presenta dos modalidades posibles de comisión de la Falta: La primera de ellas, es cuando el agente activo realiza tocamientos impúdicos aprovechándose de aglomeraciones públicas, el ejemplo claro y tradicional lo constituyen los tocamientos que se pueden realizarse en el interior de las unidades del transporte colectivo, o los que se realizan en eventos a los que concurre un alto número de personas y la aglomeración, es decir, la gran cantidad de individuos reunidos, sirve al sujeto como un medio para facilitar la realización de los tocamientos.
- 2.43)** La modalidad que de una forma especial nos interesa, es la segunda descrita en el Número 4) del Art. 392 Pn., la cual corresponde a que los tocamientos se realicen: (i) en calles o lugares públicos; y (ii) aprovechándose del descuido de quien transite por dichos lugares. Esto nos proporciona una noción del carácter instantáneo que debe tener el tocamiento para poder adecuarse a la falta penal descrita por el legislador. Lo que lleva implícito un mínimo grado de invasión a la intimidad corporal de la víctima; que es justamente lo que permite que la conducta no se califique como el delito de Agresión Sexual en Menor. Esta conducta se encuentra definida por una serie de factores que disminuyen las posibilidades de que la acción del sujeto activo gane en peligrosidad, es decir que sea capaz de constituir una infracción penal con un mayor grado de lesividad para la persona de la víctima.

- 2.44)** De acuerdo a la Doctrina: “[...] La acción ilícita estará así necesariamente definida por factores como la fugacidad, que necesariamente limitará la intensidad y duración del tocamiento y la presencia de otras personas, lo que actuará como freno sobre el sujeto activo para que sus pretensiones sobre la víctima no puedan acrecentarse, lo que es especialmente importante en supuestos como estos en los que el furor erótico puede llevar a que primeras ideaciones delictivas de una determinada gravedad e intensidad desemboquen en agresiones mayores y más graves, con especial afectación sobre la víctima [...]”. [Moreno Carrasco/Rueda García. Op. Cit. Tomo 2. Pág. 1240].
- 2.45)** En ese orden de ideas, y en atención a la fugacidad de la conducta -tocamiento-, así como a las demás circunstancias que componen el contexto en que se desarrolló, es decir, a realizarse en un complejo habitacional, en horas de la tarde y aún con iluminación natural, en un lugar transitado y aprovechándose de un descuido de la víctima. La conducta imputada a Eduardo Jaime Escalante Díaz merece ser calificada como Actos Contrarios a las Buenas Costumbres y al Decoro Público, Art. 392 Número 4) Pn.
- 2.46)** Dicho lo anterior, merece hacer mención a que si bien ambas conductas hacen referencia a conductas que constituyen tocamientos, existen diferencias marcadas entre la que constituye delito y la que constituye falta. La segunda, señala los tocamientos debe ser realizados bajo las condiciones establecidas en el No. 4) del Art. 392 Pn., concretamente para el caso que nos ocupa, el descuido de la víctima que se encontraba en la calle, por lo que estos significan un grado de afectación mucho menor que el que representa el delito de Agresión Sexual en Menor.
- 2.47)** Debe dejarse claro, el análisis de tipicidad de la conducta imputada, ha dado como resultado un cambio en su calificación jurídica, no correspondiendo ésta al hecho punible de Agresión Sexual en Menor, sino al de Actos Contrarios a las Buenas Costumbres y al Decoro Público.
- 2.48)** Siempre en relación a este punto, es importante decir, que el criterio de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, en el sentido que: “[...] es precisamente durante la etapa de instrucción que se recolectan los elementos que permiten fundar la acusación del fiscal o del querellante y preparar la defensa del imputado. Con base a

lo anterior, consideramos que es hasta la realización de la respectiva Audiencia Preliminar en donde el Juzgador puede cambiar o modificar la calificación del hecho, con expresión precisa de los preceptos legales aplicables, tomando en cuenta también las facultades que tiene la defensa del imputado, es decir, hasta cuando existan suficientes elementos de convicción que permitan la modificación del hecho punible, los cuales desde luego, sólo es posible obtener después de realizada la etapa de instrucción [...]”. [Corte Plena, Conflicto de Competencia en Derecho Penal; Sentencia Ref.: CFP-19-2002, de fecha 25/05/2003].

- 2.49) Lo importante del precedente jurisprudencial citado en el párrafo que antecede, es que se ha reconocido por la Corte en Pleno, que el cambio en la calificación jurídica de la conducta que se imputa es propia de la Etapa de Instrucción. Por tanto, es también una función propia del Tribunal a cuyo cargo se encuentra la etapa de instrucción, es decir de este Tribunal, Art. 236 de la Constitución de la República y Art. 423 Inc. 2° del Código Procesal Penal.
- 2.50) En ese sentido, el control de legalidad que supone el análisis de tipicidad, se reconoce como propio de la etapa de instrucción, debiendo cumplir con el requisito de que se realice una vez celebrada la Audiencia Preliminar, pues es en ella que se realiza de manera verbal el correspondiente ofrecimiento probatorio y recibido el Dictamen de Acusación y la contestación del mismo por parte de la Defensa Técnica.

III.- COMPETENCIA DEL TRIBUNAL:

- 3.1) La calificación jurídica de las conductas imputadas, produce varias consecuencias dentro del proceso penal, no sólo las que se refieren a la posible consecuencia penal que corresponda para el responsable; sino que una vez que se logra establecer una distinción entre acciones constitutivas de delito o de falta, esta distinción tiene consecuencias de orden material; pero también las tiene de orden procesal, como son las de determinar las distintas competencias de los distintos órganos jurisdiccionales encargados de enjuiciar los delitos, el tipo de procedimiento, entre otros. [Muñoz Conde. Op. Cit. Pág. 5].
- 3.2) Esto último es de especial importancia, pues el cambio en la calificación jurídica de la conducta, tiene una incidencia directa en la modalidad del proceso sobre el cual

debe tramitarse la causa y también en el órgano jurisdiccional encargado de conocer del mismo.

- 3.3)** Por mandato del Constituyente, contenido en el Art. 236 Pn., se establece que, entre otros funcionarios públicos, los Magistrados de las Cámaras de Segunda Instancia, cargo que ostenta el imputado a la fecha de comisión de los hechos que se acusan, serán procesados bajo la modalidad del Procedimiento Especial de Antejudio, en la forma que para tal efecto determine la ley. Ese mandato constitucional se encuentra desarrollado en el Código Procesal Penal, de los Arts. 419 al 429 del Código Procesal Penal.
- 3.4)** El precepto constitucional es claro en reservar el privilegio de Procedimiento Especial de Antejudio cuando la imputación sea por delitos oficiales y comunes; pero, en definitiva, se encuentra reservado para los casos en los que la conducta que sea imputada al funcionario constituya un delito, sea este oficial o común. Nótese como nada dice respecto a la subclasificación entre delitos graves y menos graves.
- 3.5)** En ese sentido, y por exclusión, los funcionarios a los que se refiere el Art. 236 Cn., sólo serán sujetos del Antejudio cuando la imputación sea por un Delito; sin embargo, cuando la conducta se califica como Falta, como sucede en el caso que nos ocupa, desaparece la condición subjetiva de procedencia del privilegio constitucional del Antejudio y el funcionario deberá ser sometido a la Jurisdicción Ordinaria.
- 3.6)** Por Jurisdicción Ordinaria, nos referimos a que desaparece el requisito para que el proceso se tramite como un Antejudio; y se hace procedente la tramitación de la causa de conformidad al Procedimiento por Falta, regulado en los Arts. 430 a 435 Pr.Pn., pues, como ya se mencionó, el Procedimiento Especial de Antejudio, es de aplicación exclusiva para aquellos casos en los que la conducta imputada sea constitutiva de Delito.
- 3.7)** En ese sentido, es procedente que este Tribunal se inhiba para continuar conociendo de la causa, por haber desaparecido la condición subjetiva que habilita su competencia para conocer como Tribunal de Primera Instancia, y que de conformidad al Art. 57 Inc. 1° Pr.Pn., se requiera las actuaciones al funcionario judicial correspondiente, que de acuerdo al Dictamen de Acusación, corresponde

que sea el Juzgado de Paz de Tonacatepeque, por ser éste el lugar en que se señala como cometido el hecho punible, tipificado en la Ley como Falta, atendiendo a su menor gravedad, por lo que las penas que se imponen por las faltas, suelen ser menos graves que las de los delitos y se intenta evitar las penas privativas de libertad, y en su lugar se imponen penas pecuniarias o la privación de derechos.

IV.- ACERCA DEL PROGRAMA PENAL DE LA CONSTITUCIÓN:

- 4.1) El Programa Penal de la Constitución, se define como un ámbito donde el legislador, en su tarea de formulación de normas penales, como el juez, en la resolución del caso en concreto, deben encontrar las directrices esenciales que han de poner freno a cualquier manifestación incontrolada en el ejercicio del *ius puniendi*. [Sala de los Constitucionales, Sentencia de Inconstitucionalidad 52-2003, de fecha 14/02/2013]. Este programa penal, se encuentra integrado por una serie de principios que sirven como *disciplinarios* para el ejercicio del *ius puniendi*, en el sentido que constituyen límites para las acciones de los operadores de justicia.
- 4.2) Así, el *Principio de Legalidad*, encuentra relevancia constitucional en los Arts. 11, 12, 14 y 21 de la Constitución. Las acotaciones más importantes que de él se derivan son: (a) La reserva absoluta de ley en sentido estricto, es decir, la exclusiva facultad del Órgano Legislativo para definir los comportamientos penales y sus respectivas sanciones; (b) La irretroactividad de las normas penales desfavorables para el imputado; (c) La exigencia de determinación, certeza o taxatividad de las normas penales; y (d) La exclusión de la analogía *in malam partem* como fuente creadora de delitos y penas.
- 4.3) La reserva absoluta de ley, como ya se dijo, está referida a que la descripción de las conductas penalmente relevantes y la sanción que a éstas corresponderá, es una función exclusiva del legislador. En consecuencia, ningún otro órgano del Estado se encuentra autorizado para desarrollar tipos que califiquen las conductas humanas a la categoría de delitos.
- 4.4) La irretroactividad de las normas penales que desfavorezcan al justiciable, significa que una persona solo pueden ser imputada si la conducta cometida ya se encontraba tipificada como delito al momento de su comisión.

- 4.5) En cuanto a la necesidad de que los tipos penales sean determinados o taxativos, se traduce en una garantía para los gobernados, en el sentido que sólo podrán ser sometidos a un proceso penal si su conducta ha sido asignada por el legislador como merecedora de relevancia penal.
- 4.6) En última instancia, la Exclusión de la Analogía, como fuente creadora de delitos, es otra garantía, por medio de la cual se proporciona la certeza que los funcionarios judiciales, no rebasarán sus funciones aplicando tipos penales a situaciones análogas, es decir, parecidas, similares o semejantes, a aquellas que sí han sido definidas por el legislador.
- 4.7) La Exclusión de la Analogía, reviste una importancia especial, pues no solo representa una concreción del Principio de Legalidad, sino que se erige como una garantía de certeza para la persona sometida a un proceso penal, en el sentido que los clamores populares y los pronunciamientos sociales, no influirán en la *gnosis* del juzgador, para que se dé categoría de Delito a conductas que no lo son; o que se aplique un tipo penal a una conducta que se encuadra en otro.
- 4.8) Así, el presente pronunciamiento judicial, por medio del cual se realiza una correcta adecuación típica del Hecho Punible atribuido al imputado Eduardo Jaime Escalante Díaz, de Agresión Sexual en Menor, al Hecho Punible constitutivo de Falta de Actos Contrarios a las Buenas Costumbres y al Decoro Público, se encuentra apegada al proceso constitucionalmente configurado, y es una manifestación de la aplicación del Principio de Legalidad Penal.

V.- DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL:

- 5.1) Una circunstancia que no puede pasar desapercibida en el presente pronunciamiento, es lo sucedido en el contexto social a partir del día treinta y uno de octubre del presente año, fecha en la cual se dio a conocer de forma verbal la resolución de la presente causa.
- 5.2) Los suscritos han podido apreciar una marcada tendencia de organizaciones sociales e individuos a mostrar su inconformidad con la decisión, pese a carecer de los fundamentos fácticos y jurídicos de acuerdo a los cuales se encuentra fundamentada. Más grave resulta cuando estos actos de reclamo, desinformados, por no contar con la decisión escrita, provienen de dependencias estatales, como el Consejo Nacional

de la Niñez y la Adolescencia (CONNA), por medio del comunicado de fecha uno de los corrientes.

- 5.3) Así también lo hizo el ciudadano presidente de la República, Nayib Armando Bukele Ortez, por medio de su cuenta en la red social Twitter, a través de una publicación en la cual de forma completamente impropia calificó como burla al Estado de Derecho, la decisión tomada por este Tribunal. De igual forma lo han hecho otros funcionarios adscritos al Órgano Ejecutivo, quienes han calificado como “vergüenza” la resolución de este Tribunal. De igual forma se han pronunciado de manera peyorativa y con completo desconocimiento de la causa funcionarios judiciales y diputados.
- 5.4) Cabe señalar que por parte de varios funcionarios públicos se ha llegado a extremo de pretender anteponer cuerpos normativos de carácter internacional sobre la ley penal. Si bien el Art. 144 Cn., establece la regla de interpretación para solucionar conflictos o controversias entre el derecho interno y el internacional, para la aplicación al caso concreto; esta regla encuentra su excepción, como ya se hizo ver *supra*, en el *principio de legalidad penal*, de modo tal que una conducta sólo puede ser calificada como delito por parte del legislador.
- 5.5) Es importante destacar que, ni aún bajo la aplicación del Principio de Interés Superior de la Niña, como de forma bastante irresponsable se ha mencionado por el colectivo social, podría haberse dado a la conducta imputada la calidad de constitutiva de delito, pues la finalidad del principio no es la de servir como habilitador a los Juzgadores para que puedan elevar a la categoría de delitos, conductas que han sido tipificadas por el legislador como constitutivas de falta.
- 5.6) En todo caso, la inobservancia del Principio de Interés Superior de la Niña, es atribuible al Órgano Legislativo, quien como se ha podido evidenciar, ha incurrido en una defectuosa determinación de los Tipos Penales, por lo que lejos de que los integrantes del Órgano Legislativo formulen pronunciamientos públicos a través de sus cuentas en redes sociales, el actuar correspondiente debería ser, primero, esperar a contar con el cuerpo de la presente resolución para imponerse de forma adecuada de los hechos acusados y de las razones de hecho y de derecho que justifican la

resolución; y, segundo, someter a discusión en la forma que prescribe el Derecho la necesidad del proceso de reforma en caso de estimarse necesario.

- 5.7)** Esta Cámara estima necesario señalar que el verdadero debilitamiento del Estado Constitucional de Derecho se produce en el momento en que otros Funcionarios Públicos, descalifican las actuaciones de los funcionarios de los otros Órganos. Más aún, cuando estos pronunciamientos se realizan con absoluto desconocimiento de las condiciones de hecho que se encuentran involucradas en la causa; y, en el peor de los casos cuando los comentarios despectivos en contra de los suscritos Magistrados provienen de personas sin formación en ciencias jurídicas.
- 5.8)** Este Tribunal reconoce que en una sociedad democrática, debe reconocerse, respetarse y protegerse el derecho de las agrupaciones sociales y de las personas individuales, a disentir de éste o cualquier otro Tribunal de la República, siempre que el pronunciamiento se haga en el marco del respeto a la persona como al cargo que se ejerce.
- 5.9)** Pero, tratándose de Funcionarios del Estado, es importante que estos señalamientos se vean limitados, pues se encuentran muy cerca de representar presiones indebidas para el ejercicio de la actividad judicial.
- 5.10)** El proceso penal cuenta con el sistema de controles para las decisiones judiciales que se ejercen a través de los medios de impugnación correspondientes establecidos en la ley. Serán pues las partes procesales, quienes se encarguen de traducir su inconformidad a través de los mecanismos recursivos pertinentes; y no, como suele hacerse, a través de las redes sociales, pues éstas en nada inciden en el proceso; y lo que sí se produce es una reacción de desprestigio y un discurso que incita a la realización de actividades intimidatorias.
- 5.11)** Debe dejarse claro a la Sociedad Salvadoreña, destinataria de la presente resolución, que los Principios de Derecho de Audiencia, de Defensa, de Presunción de Inocencia y de Imparcialidad e Independencia Judicial, constituyen los pilares fundamentales del Proceso Penal, debiendo ser respetados no sólo por quienes intervienen en el proceso, sino por la sociedad en su conjunto.
- 5.12)** La imparcialidad como característica de los funcionarios judiciales, no representa un derecho de los jueces; sino, al contrario, es una garantía que opera en favor de las

partes materiales -sean víctimas o imputados-, a quienes debe proporcionárseles la certeza, que los jueces encargados de decidir del caso no serán sometidos a presiones de carácter político o social, ya que ello les separaría de su deber de imparcialidad.

- 5.13)** Por lo antes expuesto, es necesario recalcar el criterio de tribunales regionales en materia de derechos humanos, para quienes la independencia de la judicatura debe entenderse como la ausencia de interferencias inadecuadas en los asuntos judiciales [Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Apitz Barbera y Otros Vs. Venezuela, de fecha 05/08/2008. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Piersack Vs. Bélgica, 01/10/1982].
- 5.14)** La Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado en el sentido que: “[...] La Corte ha reiterado numerosas veces la importancia que posee la libertad de expresión en una sociedad democrática, especialmente aquella referida a asuntos de interés público. Con todo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto y puede estar sujeta a restricciones, en particular cuando interfiere con otros derechos garantizados por la Convención. Por lo anterior, no sólo es legítimo sino que en ciertas ocasiones es un deber de las autoridades estatales pronunciarse sobre cuestiones de interés público. Sin embargo, al hacerlo están sometidas a ciertas limitaciones en cuanto a constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en los que fundamentan sus opiniones, y deberían hacerlo con una diligencia aún mayor a la empleada por lo particulares, en atención al alto grado de credibilidad de la que gozan y en aras de evitar que los ciudadanos reciban una visión manipulada de los hechos. Además, deben tener en cuenta que en tanto funcionarios públicos tienen una posición de garante de los derechos fundamentales de las personas y, por tanto, sus declaraciones no pueden llegar a desconocer dichos derechos. Del mismo modo, los funcionarios públicos, en especial las más altas autoridades de Gobierno, deben ser particularmente cuidadosos en orden a que sus declaraciones públicas no constituyan una forma de injerencia o presión lesiva a la independencia judicial o puedan inducir o sugerir acciones por parte de otra autoridades que vulneren la independencia o afecten la libertad del juzgador [...]”. [Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo

Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de fecha 05/08/2008. Párr. 138].

- 5.15)** Este apartado en la presente resolución se considera necesario por el potencial efecto extensivo que podría producir en otros funcionarios judiciales, que podrían verse ante el deber de someter a su conocimientos casos, sean éstos de carácter penal o no, que por su naturaleza, contenido o personas implicadas sea expuestos a un alto nivel de contenido mediático, generándose presiones indebidas hacia éstos y poniéndose en riesgo la imparcialidad judicial por temores lógicos a las reacciones sociales, más cuando éstas son alentadas y promovidas por otros funcionarios estatales.
- 5.16)** En su oportunidad, se dejó ver por parte de la Relatora Especial para la Independencia Judicial de las Naciones Unidas, que según los principios básicos de la independencia de la judicatura, los jueces deben resolver los asuntos que conozcan con imparcialidad basándose en los hechos en consonancia con el derecho sin restricción alguna y sin influencia, alicientes, presiones, amenazas o en condiciones indebidas sean directas o indirectas de cualquier sector o por cualquier motivo.
- 5.17)** En atención a lo antes expuesto, este Tribunal considera procedente y necesario informar al Relator Especial para la Independencia Judicial de las Naciones Unidas, las presiones indebidas que se han ejercido contra los suscritos Magistrados, antes de conocer formalmente la decisión judicial y los fundamentos fácticos y jurídicos en que se encuentra sustentada; y antes de que se hayan ejercido los recursos por las partes procesales. De igual forma, se libraré el informe a que hace referencia el Inc. 5° del Art. 4 Pr.Pn., a la Corte Suprema de Justicia, por tratarse de hechos que pretenden interferir en el ejercicio de la función judicial.
- 5.18)** Como último punto, es necesario señalar que este discurso de desprestigio que se ha ejercido contra los suscritos Magistrados se ha visto acompañado de nuestras imágenes, lo que podría suponer un potencial riesgo a nuestra integridad física, que sería resultado directo, en buen medida de los pronunciamientos irresponsables por parte de particulares y funcionarios públicos, quienes ignoran en su totalidad el contenido del caso.

Con base en lo antes expuesto y de conformidad a los Arts. 236 Cn.; 51 Letra c), 56 Letra d), 57 Inc. 1°, 64 Inc. 1°, 355 a 363, 419 a 429, 430 a 435, todos Pr.Pn.; 392 Número 4) Pn., los Suscritos Magistrados **RESUELVEN:** **A)** Tiénese por modificada la calificación jurídica de la conducta atribuida a Eduardo Jaime Escalante Díaz, del delito de Agresión Sexual en Menor a la falta de Actos Contrarios a las Buenas Costumbres y al Decoro Público, Art. 392 Número 4) Pn.; **B)** Inhíbese esta Cámara para continuar conociendo de la presente causa, en razón de la materia, por ya no concurrir el requisito subjetivo para el Procedimiento Especial de Antejjuicio; **C)** Requierase la competencia funcional, en razón de la materia Arts. 430 a 435 Pr.Pn., y en razón del territorio al Juzgado de Paz de Tonacatepeque, por haber sucedido los hechos en esa jurisdicción; **D)** Líbrese el Informe correspondiente a la Corte Suprema de Justicia, de conformidad al Art. 4 Inc. 5° Pr.Pn.; **E)** Líbrese el Informe correspondiente a la Relatoría Especial para la Independencia Judicial de las Naciones Unidas; **F)** Continúe el imputado cumpliendo las medidas cautelares alternativas a la detención provisional que le fueron impuestas en la Audiencia Inicial; **G)** De no interponerse recurso alguno contra la presente resolución, cúmplase con lo ordenado y procédase al archivo del presente incidente. Notifíquese.

**PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO
SUSCRIBEN.GAD/MRZ**