

COACCIÓN SEXUAL Y VIOLACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL PARAGUAYO. UNA REGULACIÓN NECESITADA DE REFORMA

DAVID-ELEUTERIO BALBUENA PÉREZ¹

Sumario

La regulación paraguaya de los hechos punibles contra la autonomía sexual por la que optó en el CP de 1997 y que fue levemente reformada en 2008, en la segunda década del siglo XXI está necesitando una reforma para adaptar su contenido a la realidad criminológica y para modernizar su terminología, descartando la utilización del anacrónico vocablo «coito» y sustituyéndolo por la expresión «acceso carnal» especificando en qué consiste, para que la violación deje de estar reducida a las conductas puramente coitales, y así poder incluir todas las siguientes: penetración por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por las dos primeras vías. De estos aspectos y de algunos otros, versa el presente estudio, que termina con una propuesta *de lege ferenda* para la reforma penal que en este ámbito se necesita en el sistema penal del Paraguay.

Abstract

The Paraguayan regulation of punishable acts against sexual autonomy which our 1997 Penal Code had chosen and slightly amended in 2008, in the second decade of the XXI century is in need of reform to adapt its content to the criminological reality and to modernize its terminology, ruling out the use of anachronistic word "coitus" and substituting it with the phrase "sexual intercourse" specifying what it consists in, so that the violation ceases to be reduced to purely coital behaviors, and therefore be able to include all the following terms: vaginal, anal or oral penetration, or introduction of bodily members or objects for the first two routes. Of these aspects and some others, this study verse, ending with a proposal *for lege ferenda* for the much needed penal reform in this area in the criminal justice system of Paraguay.

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Jaume I de Castellón (España). Licenciado en Derecho por la Universidad Jaume I de Castellón (España). Abogado. Profesor colaborador del área de Derecho penal de la Universidad Jaume I de Castellón (España), profesor de Derecho penal en el máster de abogacía de la Universidad Internacional de la Rioja (España). Profesor de Derecho penal y procesal en la Universidad Nacional de Asunción y en la Escuela Judicial del Paraguay.

«Bajo el nombre de crímenes y de delitos, se siguen juzgando efectivamente objetos jurídicos definidos por el Código, pero se juzga a la vez pasiones, instintos, anomalías, achaques, inadaptaciones, efectos de medio o de herencia; se castigan las agresiones, pero a través de ellas las agresividades; las violaciones, pero a la vez las perversiones; los asesinatos son también pulsiones y deseos. Se dirá: no son ellos los juzgados; si los invocamos, es para explicar los hechos que hay que juzgar, y para determinar hasta qué punto se hallaba implicada en el delito la voluntad del sujeto. Respuesta insuficiente. Porque son ellas, esas sombras detrás de los elementos de la causa, las efectivamente juzgadas y castigadas».

—MICHEL FOUCAULT. *Suplicio. El cuerpo de los condenados*.²

I. INTRODUCCIÓN

El presente ensayo versa sobre la necesaria modificación que debe experimentar el CP en relación a los hechos punibles contra la autonomía sexual³, basado en que la terminología utilizada ha quedado desfasada y la tipificación de las conductas de coacción sexual y violación, no atiende a la realidad criminológica que viene generado esta clase de delincuencia sexual. Los vocablos que utiliza el código no permiten incluir en el concepto de coacción sexual y violación, algunas conductas que revisten la misma gravedad y que no pueden tener cabida en el tipo por exigencias del principio de legalidad. Por ese motivo, en el presente ensayo se realiza un análisis de la regulación vigente y se termina ofreciendo una propuesta *de lege ferenda* para la modificación del CP en ese punto.

II. LOS HECHOS PUNIBLES CONTRA LA AUTONOMÍA SEXUAL

1. Aspectos generales

Los hechos punibles contra la autonomía sexual, más comúnmente llamados «delitos sexuales», son formas de delincuencia que atentan contra la libertad sexual del

² FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*. 18ª Ed., traducción de A. Garzón del Camino, Madrid, Siglo XXI de España editores S.A., 1990, p. 25.

³ El presente artículo contiene la fundamentación doctrinaria de una parte de la propuesta presentada por los doctores Waldir Servín, Manuel Guanes Nicoli y David Balbuena Pérez ante la comisión de reforma penal en el correspondiente trámite que se concedió para la participación ciudadana en el mes de agosto de 2014, como una de las tres sugerencias de modificación.

individuo y que suponen una intromisión ilegítima por parte del autor en la esfera de libertad para llevar a cabo actos sexuales de forma libre. En ese sentido, las formas de delincuencia sexual son muy variadas, y van desde las conductas de abuso, hasta las coacciones sexuales y violaciones, pasando por conductas relacionadas con la inducción al ejercicio de la prostitución, exhibicionismo, provocación sexual, corrupción de menores, acoso, etc., figuras de las que no me puedo ocupar íntegramente en un trabajo de estas características pero que igualmente merecen ser al menos mencionados para la correcta delimitación conceptual del fenómeno criminológico al que refiere esta clase de figuras delictivas de carácter sexual.

Se trata de hechos punibles que afectan a dos vertientes: la libertad sexual por una parte y la indemnidad sexual por otra. La doctrina define en abstracto la *libertad sexual* como «la facultad del ser humano de determinarse autónomamente en el ámbito de la sexualidad; esto es, en el ámbito de la actividad vinculada al impulso venéreo, su excitación y su satisfacción»⁴, y en ese orden de cosas, la libertad sexual está integrada por la posibilidad real de elegir libremente si practicar sexo o no, con qué persona o personas, así como la opción sexual preferida en cada momento, y, en definitiva, elegir compañero sentimental, manifestar el rechazo sin cuestionamientos a aquellas proposiciones u opciones sexuales no deseadas, así como repeler los posibles ataques contra dicha libertad en todas sus manifestaciones, esto es, tanto en la opción, en la elección, en la negación o en la desviación de los ataques.

La *indemnidad sexual*, por su parte, es definida como «el derecho de menores y personas con discapacidad a no ser molestados, a no sufrir daño en el terreno sexual; aunque en rigor indemnidad significa estado o situación de quien está libre de daños o perjuicio».⁵ Por tanto, libertad e indemnidad sexuales son los núcleos de estos hechos punibles, puesto que en unos casos se lesiona o se pone en peligro la libertad sexual, mientras que en otros, esa libertad no puede afirmarse que exista, sino que lo que se lesiona o se pone en peligro es la indemnidad sexual por razón de las personas a quienes se protege, que presentan especiales circunstancias por razón de edad o de discapacidad por las que carecen de libertad o autonomía sexual propiamente dicha.

⁴ ORTS BERENQUER, Enrique, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales». En GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, (coord.), *Derecho penal, parte especial*. 4º Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 201.

⁵ ORTS BERENQUER, Enrique, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales...», cit. pp. 201 y 202.

2. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido, a pesar de que el CP habla de la autonomía sexual⁶, más correcto es referirse a que lo que se protege en realidad es la libertad⁷ y la indemnidad sexuales, entendidas como las dos manifestaciones sobre las que debe recaer la protección penal a través de la tipificación de las conductas que atentan contra las mismas, puesto que en determinadas personas como los niños impúberes o las personas con discapacidades psíquicas, no puede afirmarse que exista autonomía en las sexual sobre la que tenga que intervenir el Estado, sino que el bien jurídico ahí es la indemnidad sexual, no la autonomía y tampoco la libertad.⁸ Por tanto, el problema del bien jurídico debe resolverse en el sentido de atribuir a cada conducta sexual prohibida el bien jurídico atendiendo a las personas a las que protege la norma: libertad sexual en personas adultas y libres, e indemnidad sexual en menores y personas con discapacidad.⁹

Además, la doctrina afirma que hay otros valores e intereses protegidos en estas conductas —sobre todo en las de violación— como «la dignidad personal, la intimidad, el bienestar psíquico, el riesgo de un embarazo no querido o de contagio de una enfermedad de transmisión sexual (susceptible de generar un concurso)»¹⁰, incluso se aduce que se protege también la salud de la víctima y la libertad propiamente dicha.¹¹ En ese sentido, algunos autores han referido a que existen dos vertientes de protección:

⁶ Refiere a la autonomía sexual como bien jurídico protegido, por ejemplo y entre muchos otros, PETTIT, Horacio Antonio, *Código Penal, referencias y concordancias, jurisprudencia y legislación complementaria*. 2ª ed., Asunción, Bijupa, 2007, p. 331; y también LÓPEZ CABRAL, Miguel Óscar, *Código penal comentado*. 2ª ed. Asunción, Intercontinental, 2009, p. 398.

⁷ BOGARÍN GONZÁLEZ, Jorge Enrique / LEGAL BALMACEDA, Bettina / ROLÓN, Zully / ROLÓN, Romina, «Hechos punibles contra la autonomía sexual». En CASAÑAS LEVI, José Fernando (dir.), *Código penal de la República del Paraguay comentado. Tomo II*. Asunción, La Ley paraguaya, 2011, p. 149. Estos autores expresan que «el bien jurídico protegido es la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad, en el sentido de disposición sexual sobre el propio cuerpo, en la doble vertiente negativa o positiva. Tal y como dijéramos, la facultad o capacidad de la persona de determinarse espontáneamente en el ámbito de la sexualidad».

⁸ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, (dir.) / CARDENAL MONTRAVETA, Sergi / FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia / GALLEGU SOLER, José Ignacio / GÓMEZ MARTÍN, Víctor / HORTAL IBARRA, Juan, *Manual Práctico de Derecho penal. Parte especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 318.

⁹ GALLEGU SOLER, José Ignacio, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales». En CORCOY BIDASOLO, Mirentxu / MIR PUIG, Santiago, *Comentarios al Código penal: Reforma 5/2010*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 427. Este autor señala que se habla también de intangibilidad sexual, en resoluciones judiciales como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de mayo de 2001, recaída en el «caso Raval».

¹⁰ ORTS BERENGUER, Enrique, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales...», cit. p. 203.

¹¹ SERRANO GÓMEZ, Alfonso / SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal, parte especial*. 11ª ed. Madrid, Dykinson, 2006, p. 212.

una positiva y dinámica que se traduce en la libertad sexual en sí misma y que implica la existencia de una posibilidad de decisión sobre llevar a cabo relaciones sexuales voluntarias y consentidas; y una vertiente negativa y estática, que se traduce en la posibilidad de evitar las relaciones sexuales no consentidas, de forma que lo que se va a castigar penalmente es un elenco muy variado de conductas que tiene como objetivo obligar a una persona a mantener relaciones sexuales no consentidas o a realizar actos de naturaleza sexual, aun cuando sean consentidas pero ese consentimiento esté viciado. Por otra parte, no hay que olvidar que las conductas consistentes en impedir que las personas realicen actos sexuales cuando quieren hacerlos, no encuentran ubicación sistemática entre los delitos contra la autonomía sexual, sino en los hechos punibles contra la libertad: amenazas y coacciones.¹²

3. Elemento subjetivo

Sobre el elemento subjetivo, es necesario destacar que estas figuras delictivas no se pueden cometer por culpa o imprudencia, de modo que para su perpetración será siempre necesaria la concurrencia del elemento subjetivo, esto es, el dolo¹³ que se traduce en el ánimo libidinoso, que implica que el elemento subjetivo del injusto está justamente caracterizado por «la finalidad lúbrica que persigue el sujeto activo, el *ánimo lúbrico o lascivo*. El dolo debe abarcar la voluntad de conseguir la relación sexual propia de este tipo penal».¹⁴

No obstante, en mi opinión, el autor también puede actuar movido por otras finalidades, como las de lesionar que pueden también estar basadas en motivos de venganza, con el caso de las agresiones sexuales que tienen lugar en los centros penitenciarios sobre delincuentes sexuales, donde, en ocasiones, las violaciones en la modalidad de introducción de objetos por vía anal son realizadas por otros internos como castigo por el hecho punible por el que esa persona está privada de libertad. En estos casos no puede afirmarse que exista ánimo libidinoso, sin embargo se produce

¹² GALLEGO SOLER, José Ignacio, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales». En CORDOY BIDASOLO, Mirentxu / MIR PUIG, Santiago, *Comentarios al Código penal: Reforma 5/2010*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 427.

¹³ BOGARÍN GONZÁLEZ, Jorge Enrique / LEGAL BALMACEDA, Bettina / ROLÓN, Zully / ROLÓN, Romina, «Hechos punibles contra la autonomía...», cit. pp. 150 y 151.

¹⁴ VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, en ARROYO ZAPATERO, Luis, / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / García Rivas, Nicolás, / Serrano Piedecabras, José Ramón / TERRADILLOS BASOCO, Juan María (Dirs.) / NIETO MARTÍN, Adán / PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, (coords.), *Comentarios al Código penal*. Madrid, Iustel, 2007, p. 431.

igualmente una agresión sexual (violación) acompañada de lesiones graves con las que entra en concurso de infracciones penales.

4. Regulación paraguaya

El CP de Paraguay regula estas figuras delictivas de una forma muy dispersa, pues en el Libro segundo dedica, por una parte, el Capítulo V, rubricado «*hechos punibles contra la autonomía sexual*», del Título Primero, que lleva por rúbrica «*hechos punibles contra la persona*», en concreto los arts. 128 a 133 CP, que contiene, además de las figuras de coacción sexual y violación, una desafortunada ubicación en este título de la trata de personas y de la rufianería que no son ni siquiera figuras delictivas contra la autonomía sexual. En realidad con estos dos hechos punibles —trata de personas y rufianería— el legislador siempre ha tenido dificultades de encuadre sistemático en el CP, pues la trata de personas fue incluida en ese capítulo por una confusión conceptual del legislador de 1997 que, en su redacción originaria, concebía la trata de personas como un hecho punible de carácter sexual porque únicamente contenía la modalidad de traslado de personas con fines de explotación sexual, aunque mediante la ley 3440/2008 se reformó para incluir las otras dos modalidades de trata de personas que contiene el Protocolo de Palermo, esto es: la trata con fines de explotación laboral y para la extracción de órganos, pero su ubicación sistemática era también incorrecta porque la gran mayoría de conductas no guardaban ninguna relación con la autonomía sexual.¹⁵ Finalmente, en 2012, estos artículos fueron derogados expresamente mediante la ley 4788/2012, integral contra la trata de personas.¹⁶

Y también incurrió en un error el legislador al reubicar en ese mismo capítulo el delito de rufianería, que pasó del art. 140 CP al 129 a) CP, porque antes estaba en el Capítulo VI dedicado a «*hechos punibles contra los niños y adolescentes*» cuando no es necesario que se cometa sobre esas personas de corta edad, sino que puede cometerse también sobre adultos, y con la reforma en 2008 se trasladó, dentro del mismo título, al Capítulo V dedicado a los «*hechos punibles contra la autonomía sexual*», aunque, en realidad en la rufianería no se protege el bien jurídico de la autonomía sexual sino el

¹⁵ BALBUENA PÉREZ, David-Eleuterio, «La trata de personas en el Código penal paraguayo. Análisis desde la perspectiva internacional». En *Revista jurídica de la Universidad del Norte*, N° 6, Asunción, 2013, pp. 59 a 92.

¹⁶ BALBUENA PÉREZ, David-Eleuterio, «La trata de personas en el ordenamiento paraguayo. Un problema de seguridad jurídica». En *Revista jurídica de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción*, CEDUC N° 23, 2014, pp. 153 a 200.

patrimonio de quien ejerce voluntariamente la prostitución¹⁷, que es algo muy distinto. Por eso no termina de encontrar un correcto anclaje sistemático en este título esta figura de rufianería.

Por otra parte, el referido Capítulo V, del Título I CP, también contiene las figuras de abuso sexual en personas indefensas, abuso sexual en personas internadas, actos exhibicionistas y acoso sexual.¹⁸ Posteriormente, la dispersión se acentúa en el Capítulo VI dedicado a «*hechos punibles contra los niños y adolescentes*», donde aparecen figuras como el abuso sexual en niños (art. 135 CP), el abuso sexual en personas bajo tutela (art. 136 CP), el estupro (art. 137 CP), actos homosexuales con personas menores (art. 138 CP), proxenetismo (art. 139 CP) y, el art. 140 CP dedicado anteriormente a la rufianería ahora es el que contiene el hecho punible de pornografía relativa a niños y adolescentes.¹⁹ Por razones obvias, no me puedo detener aquí para efectuar un análisis profundo de cada una de estas figuras, por lo que el presente estudio se centra exclusivamente en el hecho punible de coacción sexual y violación del art. 128 CP, de cuyo estudio me ocupo a continuación.

III. COACCIÓN SEXUAL Y VIOLACIÓN EN EL CP PARAGUAYO

El art. 128 CP está dedicado a la «coacción sexual y violación», que tras su primera regulación en la redacción inicial con que se promulgó el CP de 1997, experimentó una tímida reforma en 2008 mediante la ley 3440/2008, que únicamente confirmó un orden más espaciado para todas las modalidades que en su primera redacción estaban conglomeradas en el primer inciso bajo el término «coacción sexual»²⁰, introduciendo

¹⁷ *Ibíd.*, pp. 171 y 172, nota al pie 56.

¹⁸ Sobre todas estas figuras en general, *vid.*, por ejemplo, BOGARÍN GONZÁLEZ, Jorge Enrique / LEGAL BALMACEDA, Bettina / ROLÓN, Zully / ROLÓN, Romina, «Hechos punibles contra la autonomía...», cit. pp. 167 a 178.

¹⁹ Sobre estas figuras delictivas *vid.*, por ejemplo, GONZÁLEZ VALDEZ, Violeta, «Hechos punibles contra niños y adolescentes». En CASAÑAS LEVI, José Fernando (dir.), *Código penal de la República del Paraguay comentado. Tomo II*. Asunción, La Ley paraguaya, 2011, pp. 179 a 239.

²⁰ En su redacción original el art. 128 CP decía lo siguiente:

«Art. 128. Coacción sexual.

1° El que mediante fuerza o amenaza con peligro presente para la vida o la integridad física, coaccionara a otro a padecer en su persona actos sexuales, o a realizar tales actos en sí mismo o con terceros, será castigado con pena privativa de libertad de hasta diez años. Cuando la víctima haya sido coaccionada al coito con el autor o con terceros, la pena privativa de libertad será de dos a doce años. Cuando la víctima del coito haya sido un menor, la pena privativa de libertad será de tres a quince años.

2° La pena podrá ser atenuada con arreglo al artículo 67 cuando, por las relaciones de la víctima con el autor, se dieran considerables circunstancias atenuantes.

3° A los efectos de esta ley se entenderán como:

así un tipo específico y autónomo de violación, y separando debidamente el subtipo agravado que encuentra su fundamento en la minoría de edad de la víctima. De la regulación actual de los hechos punibles de coacción sexual y violación me ocupó a continuación.

1. Coacción sexual

El tipo base de está en el inc. 1º del art. 128 CP, que contiene solamente una conducta de coacción sexual, cuyo tenor literal es el siguiente:

«Art. 128. 1º. El que mediante fuerza o amenaza con peligro presente para la vida o la integridad física, coaccionara a otro a padecer en su persona actos sexuales, o a realizar tales actos en sí mismo o con terceros, será castigado con pena privativa de libertad de hasta diez años».

Hay que partir de que por actos sexuales hay que entender exclusivamente los que aparecen descritos en el inc. 5 del propio art. 128 CP, que reza del siguiente tenor literal:

«Art. 128. 5º. A los efectos de esta Ley se entenderán como:

1. actos sexuales, aquellos destinados a excitar o satisfacer los impulsos de la libido, siempre que respecto a los bienes jurídicos protegidos, la autonomía sexual y el desarrollo sexual armónico de niños y adolescentes, sean manifiestamente relevantes;
2. actos sexuales realizados ante otro, aquellos en el sentido del numeral anterior que el otro percibiera a través de sus sentidos».²¹

De esta definición el aspecto más cuestionable es el requisito de que los actos sean manifiestamente relevantes, pues resulta difícil delimitar con claridad cuándo nos encontramos ante actos sexuales que revistan relevancia manifiesta como para ser considerados elementos configuradores de los tipos penales contra la libertad e

1. actos sexuales, sólo aquellos que, respecto del bien jurídico protegido, sean manifiestamente relevantes;

2. actos sexuales realizados ante otro, sólo aquellos que el otro percibiera a través de sus sentidos».

²¹ La cursiva en mía.

indemnidad sexuales y cuándo no. Por ese motivo, en la ley 3440/2008 se trató de dar solución a ese problema interpretativo al incluir el requisito de que los actos sexuales deben estar siempre orientados a satisfacer la libido o a la excitación sexual, y que además deben ser idóneos para lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos protegidos²² (que son la libertad e indemnidad sexuales tal y como ya se ha referido *supra*). No obstante, sigue sin estar precisada del todo la manifiesta relevancia de esos actos a efectos de considerarlos como elementos del tipo o de excluirlos, por lo que la idoneidad para afectar a los bienes jurídicos protegidos en estas figuras delictivas, sigue siendo un ámbito que va unido a un gran componente de subjetivización.

En cualquier caso, los actos sexuales a los que refiere el CP para conformar estas figuras delictivas, son los contenidos en esta definición del art. 128, inc. 5 CP, incluyendo los realizados ante otro, cuando ese tercero observador los pueda percibir por cualquiera de sus sentidos²³, es decir, que la percepción será normal y especialmente por la vista y el oído, pero puede ser también por el tacto, sin necesidad de que exista contacto visual o auditivo. Más difícil de imaginar resulta la percepción por el olfato sin contacto visual, auditivo o táctil, y aunque es de extrañísima concurrencia, obviamente, tampoco es imposible que pueda producirse.

Por otra parte, del tenor literal del art. 128 CP se desprende —ya desde el comienzo— que la regulación presenta multitud de dificultades de interpretación, pues la *coacción* es un término que lleva implícita la violencia, cuando las agresiones sexuales pueden producirse con violencia pero también con intimidación.²⁴ Por ese motivo, entiendo que sería necesaria una modificación consistente en sustituir el término «coacción sexual y violación» por el de «agresión sexual y violación». Además el inciso primero, utiliza la expresión «mediante fuerza o amenaza con peligro presente para la vida o la integridad física, coaccionara a otro», que convendría también sustituir por la expresión «mediante violencia o intimidación, atente contra la libertad sexual de otra persona»²⁵, porque de ese modo se clarifica que la agresión sexual se puede

²² LÓPEZ CABRAL, Miguel Óscar, *Código penal comentado...*, cit. p. 399.

²³ MORA RODAS, Nelson Alcides, *Código penal paraguayo...*, cit. p. 344.

²⁴ ELIZECHE ALMEIDA, Modesto / ARCE, Andrés / CABALLERO, José, *La violación sexual en el Paraguay. Aspecto psicológico, social y jurídico*. Asunción, Centro Interdisciplinario de Derecho Social y Economía Política (CIDSEP), Universidad Católica, 1993, pp. 41 a 43.

²⁵ GALLEGOS SOLER, José Ignacio, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales». En CORCOY BIDASOLO, Mirentxu / MIR PUIG, Santiago, *Comentarios al Código...*, cit., pp. 429 a 431.

cometer también mediante intimidación.²⁶ El término violencia es más apropiado que el de fuerza, y a este mismo problema ha referido con insistencia la doctrina penalista en lo referente a la regulación de este hecho punible en el ordenamiento español, donde en el CP de 1973 se utilizaba el término *fuerza*, que fue sustituido en 1995 por *violencia*.²⁷ En ese sentido, la exigencia de fuerza o amenaza de fuerza con peligro para la vida o la integridad física, no responde a la realidad de la comisión de esta clase de infracciones, pues la intimidación que no aparece contenida en el tipo, suele ser —por sí sola— ya suficiente para la consumación de la agresión sexual, sin que sea necesaria fuerza o amenaza con peligro para la vida o la integridad. Para la perpetración del tipo es suficiente que medie violencia o intimidación.

Como han puesto de manifiesto algunos autores, la intimidación es un concepto normativo que consiste en «causar temor, implicando el empleo de cualquier medio de coacción, amenaza o amedrentamiento “*vis compulsiva*” que compele a ceder a los propósitos lascivos del agente, racional y fundado, capaz de provocar la anulación de los resortes defensivos o contrarrestadores de la víctima, perturbando seriamente y acentuadamente sus facultades volitivas. En definitiva, la agresión sexual intimidatoria supone indefectiblemente la realización por el agente, de modo consciente y deliberado, de una conducta por medio de actos, expresiones o ademanes de suficiente entidad, en sí mismos capaces de generar en el sujeto pasivo ese profundo temor fundado de sufrir un grave daño e inmediato en el caso de no acceder a los propósitos lúbricos del autor. [...] «En ocasiones puede bastar con la creación de una situación ambiental integrada por

²⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel, «Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual». En *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº 80, 2011, pp. 10 y 11.

²⁷ MORALES PRATS, Fermín / GARCÍA ALBERO, Ramón, en QUINTERO OLIVARES (dir.), MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios al Código penal*. 6ª Ed. Navarra, Aranzadi, 2011, p. 1144. Estos autores expresan que «a diferencia del anterior Código Penal, que refería a los conceptos de “fuerza o intimidación” para definir tanto las conductas de violación como las agresiones sexuales a ella equiparadas, el nuevo Código Penal sustituye la primera de las expresiones por la de “violencia”, con la probable intención de zanjar la polémica en torno a la naturaleza personal o no de la fuerza. Sabido es que la jurisprudencia venía interpretando tal concepto como “*vis física*” proyectada sobre el cuerpo de la víctima, aunque tampoco faltaban pronunciamientos contrarios a un entendimiento no personal de dicha fuerza (STS 25 febrero 1986). Queda claro, a partir de ahora, que sólo la “*vis física*” ejercida sobre el cuerpo de la víctima integrará el concepto de violencia, sin perjuicio de que determinadas hipótesis de violencia sobre terceras personas o incluso de “*vis in rebus*” puedan integrar, en su caso, la modalidad intimidatoria de agresión sexual».

una serie de circunstancias que la víctima valore como algo que hace inútil una posible oposición por su parte».²⁸

La *intimidación*, puede definirse como «constreñimiento psicológico, amenaza de palabra u obra de causar un daño injusto que infunda miedo en el sujeto pasivo. Habrá de tener la entidad suficiente como para merecer su asimilación a la violencia, que el propio Código efectúa. Seriedad, verosimilitud, inmediatez y gravedad se configuran como requisitos que ha de reunir la causa —generalmente pero no siempre la amenaza— que genere dicha intimidación. Ni las amenazas de males futuros alejados en el tiempo, ni las de males de entidad insuficiente, bastan para entender colmado dicho requisito». Además, es necesaria una «vinculación causa-efecto entre la amenaza y el acto sexual, así como sobre la intimidación ejercida por sujeto diverso a quien contacta sexualmente en sentido estricto. La amenaza de mal injusto que ocasiona miedo en la víctima (intimidación) es compatible con la agravación referida a la especial vulnerabilidad de la víctima».²⁹

Por otra parte, autores como OXMAN han referido a la llamada incapacidad para oponerse a los hechos punibles sexuales, que se concibe como una «incapacidad psíquica de oponerse que comprende estados permanentes, temporales o situacionales que suponen una disminución significativa de las capacidades de físicas de respuesta corporal a estímulos sexuales donde se involucra a otro sin su consentimiento». Se trata de situaciones que este autor resume en «supuestos de *inmovilidad permanente* (estados de invalidez degenerativos o patológicos, por ejemplo, una tetraplejía), como situaciones de *inmovilidad temporal* (como ocurre con el sujeto que se encuentra atado

²⁸ GARCÍA PÉREZ, Jacinto, en SÁNCHEZ MELGAR, Julián, (coord.), *Código penal. Comentarios y jurisprudencia*. Madrid, Sepín, 2004, p. 993. Este mismo autor señala algunos ejemplos en los que el Tribunal Supremo español, Sala 2ª de lo penal, ha apreciado la concurrencia de intimidación constitutiva del tipo, a saber: cerrar la puerta de una casa a las menores ofendidas o conminarlas con internarlas en un reformatorio si contaban lo sucedido, o amenazarlas con hacer públicas las fotos desnudas de las víctimas (Sentencias del Tribunal Supremo español, Sala 2ª de lo penal, de 17 de febrero de 2003, de 7 de noviembre de 2001, de 23 de mayo de 2002 y de 23 de junio de 2003).

²⁹ MORALES PRATS, Fermín / GARCÍA ALBERO, Ramón, en QUINTERO OLIVARES (dir.), MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios al Código penal*. 6ª Ed. Navarra, Aranzadi, 2011, p. 1147 y 1148. Siguen diciendo estos autores que «un problema que puede plantearse es el derivado de un contacto sexual con consentimiento viciado por la existencia de intimidaciones de entidad insuficiente a los efectos del delito de agresión sexual. Sin perjuicio de la irrelevancia penal de algunas de ellas, no cabe duda que otras podrán ser consecuencia de una situación de superioridad por parte del sujeto activo, entrando claramente en el ámbito de previsión del abuso sexual de prevalimiento —amenazas de despido en una relación de dependencia laboral—, o incluso en situaciones de superioridad no análogas —quien amenaza con revelar la comisión de un delito, o revelar la infidelidad del sujeto pasivo».

o encadenado a un árbol o mástil, situación que es aprovechada por otro, o bien, hallarse esposado con motivo de una detención policial e incluso estar limitado en sus facultades motoras producto de la sedación administrada por un facultativo), en las que el sujeto pasivo se halla restringido en sus capacidades motoras». No obstante, este autor también incluye en esta categoría a los «abusos sexuales por sorpresa, en la medida que se trata de acciones que restan toda capacidad de respuesta física y de previsión de medios de oposición además de ser ejecutadas en total ausencia de consentimiento. Se trata de estados situacionales de incapacidad física de oposición, cuya tipicidad queda aquí determinada por la ausencia de consentimiento como fundamento para el análisis de todas las modalidades de comisión de los delitos de violación y abusos sexuales».³⁰

2. Violación

La violación es el tipo más grave de los que contiene el art. 128 CP, pues su inciso 2º dispone lo siguiente:

«Art. 128. 2º. Cuando la víctima haya sido violada, coaccionándose al coito con el autor o con terceros, la pena privativa de libertad será de tres a doce años».

Algunos autores hablan de que se trata de un agravante del hecho punible de coacción sexual³¹, pero en realidad es un tipo autónomo cuya conducta es de acceso carnal que consiste en la penetración. Como se observa, en estos casos la pena privativa de libertad es de tres a doce años, y la conducta típica consiste en el coaccionar al coito a la víctima, aspecto que, como no puede ser de otra forma, es el más cuestionable de la regulación paraguaya de la violación. Lo cierto es que este segundo inciso omite las referencias al empleo de fuerza o amenaza de fuerza —y mucho menos a la intimidación— y se limita a decir que se trata de una conducta de violación por coaccionar a la víctima al coito. La coacción, en sí misma, ya exige violencia, pero igualmente se advierte que los supuestos de intimidación tendrían dificultades de encuadre en este tipo. Otro aspecto a destacar es que la violación se comete cuando se

³⁰ OXMAN, NICOLÁS, «La incapacidad para oponerse en los delitos de violación y abusos sexuales». En *Política criminal*. Vol. 10, N° 19, Julio 2015, p. 102.

³¹ LÓPEZ CABRAL, Miguel Óscar, *Código penal comentado...*, cit. p. 399; y también BOGARÍN GONZÁLEZ, Jorge Enrique / LEGAL BALMACEDA, Bettina / ROLÓN, Zully / ROLÓN, Romina, «Hechos punibles contra la autonomía...», cit. p. 151.

obliga mediante violencia (coacción) a practicar el coito a la víctima con uno varios terceros, por lo que la conducta reviste también esa variante: coaccionar a la víctima para que practique el coito con otra persona distinta o incluso con más de una. En ese sentido, el precepto no experimenta variación alguna para los casos en que la violación se produce en grupo, con intervención de varias personas o cuando la misma víctima es violada varias veces por sujetos distintos que se van turnando, de modo que si la violación la realiza uno solo o varios, la pena es la misma, aspecto que no responde plenamente a la proporción del injusto con la reacción punitiva y su intensidad.

Algunos autores paraguayos han justificado la agravación penológica de la violación respecto de la coacción sexual básica (sin penetración) en el «riesgo de embarazo» que contiene el coito³², pero el fundamento de la agravación no puede ser ese. En efecto, el coito no solo es la penetración vaginal, sino que puede ser también anal y además puede ser también entre hombres.³³ Para el coito el único requisito ineludible es que debe haber al menos un hombre que realice la acción de copular, y no es posible hablar de coito si es entre dos mujeres.³⁴ Además, tal y como ha venido poniendo de manifiesto la doctrina científica, el *iter criminis* en este hecho punible de

³² PETTIT, Horacio Antonio, *Código Penal...*, cit., p. 331 y 331. Este autor explica que «el tipo penal base es el de la coacción sexual, en la que el constreñimiento de la voluntad se realiza mediante fuerza o la amenaza actual e irresistible de un daño. La gama de actos que pueden ser impuestos mediante dicha coacción es muy grande. El coito no es sino una de sus numerosas variantes. Ahora bien, cuando, como resultado de esa presión irresistible, ocurre el coito, estamos ante un caso agravado de coacción sexual. Lo que ya debiera ser penado en virtud del art. 123 (coacción) recibe una pena marcadamente mayor. ¿Por qué? Porque aquí, a la imposición violenta del acto sexual se suma el peligro (abstracto) de que, como consecuencia de ello, sea concebida una vida nueva, en condiciones psicológicas notoriamente negativas. Esta no será fruto del amor sino de la violencia». No obstante, este mismo autor, más adelante, admite también que la violación se cometa entre personas del mismo sexo, al explicar que la acción consiste en «comportamiento exigidos con fuerza o intimidación, para la realización de actos sexuales nogenitales o, en el supuesto de calificación, mediando acceso carnal, entre personas de distinto o del mismo sexo».

³³ Según la Real Academia Española de la lengua, la palabra «coito» viene definida de la siguiente forma: Del latín, *coitus*, (masculino), cópula sexual. Esto nos lleva a la palabra cópula, que tiene las siguientes acepciones: del latín, *copula*, 1. (femenino), atadura, ligamiento de algo con otra cosa. 2. (femenino), acción de copular. 3. (femenino), gramática, verbo copulativo, 4. (femenino), gramática, conjunción copulativa. Lo anterior nos conduce al verbo copular, que significa lo siguiente: del latín, *copulare*, unir, juntar, y tiene las siguientes acepciones: 1. Intransitivo, unirse o juntarse sexualmente, (usado también como pronominal). 2. Transitivo, en desuso, juntar o unir algo con otra cosa.

³⁴ VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, en ARROYO ZAPATERO, Luis, / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / García Rivas, Nicolás, / Serrano Piedecosas, José Ramón / TERRADILLOS BASOCO, Juan María (Dirs.) / NIETO MARTÍN, Adán / PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, (coords.), *Comentarios...*, cit. p. 432. Esta autora explica que «por acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal hay que entender, por tanto, la introducción del miembro viril masculino a través de la vía vaginal, ano o boca. En esta modalidad agravada sujeto activo solo puede serlo el hombre, ya que la conducta típica exige su realización mediante órgano sexual masculino, siendo indiferente el sujeto pasivo que puede ser tanto hombre como mujer».

violación no requiere para la consumación que exista eyaculación³⁵, sino que sería suficiente un acceso carnal, esto, es una introducción del pene por vía vaginal o anal, aunque sea breve, sin que se necesite ningún otro requisito.³⁶ No obstante, cabrá la tentativa si se acredita que la intención era la penetración y no se consiguió consumar, desplazando así a la figura de coacción sexual del art. 128, inc. 1º CP, donde no se requiere penetración ni el dolo de penetrar es un elemento del tipo. De modo que si no se produce la penetración pero sí contacto exterior con las cavidades vaginal o anal, solo será tentativa de violación del art. 128 inc. 2º CP si se considera acreditado el dolo de consumir la violación. En caso contrario, la figura aplicable es la de coacción sexual del inc. 1º del art. 128 CP.³⁷

Otro motivo por el que no puede ser el riesgo de embarazo el motivo de la agravación, es que el agresor sexual puede usar para su violación un preservativo, o puede incluso que biológicamente no sea capaz de concebir por causas naturales o porque se haya practicado una vasectomía, lo cual haría que la causa de agravación no existiera. O al contrario, puede que la víctima sea la que no pueda concebir, que tenga ligadas quirúrgicamente las trompas o que simplemente carezca de fertilidad. Por tanto, no es, en absoluto esa la causa de agravación, pues solo el coito vaginal entre personas fértiles y potencialmente creadoras del riesgo de embarazo darían lugar a la agravación punitiva de este tipo, con los consecuentes resultados absurdos desde el punto de vista del principio de igualdad.

Derivado de todo lo anterior, las agresiones sexuales que consisten en el coito (vaginal o anal) encuentran su agravación punitiva porque la agresión es mucho mayor desde el punto de vista de la lesión al bien jurídico, se trata de un atentado contra la libertad sexual mucho más grave, con mayor contenido de injusto, donde el riesgo de embarazo solo es uno de tantos, pues también hay riesgo de contagios de enfermedades venéreas o infectocontagiosas y de lesiones graves, en cuyo caso estaríamos ante una cuestión de concursos de infracciones penales. Si hay embarazo, se podría agravar la pena dentro del marco legal abstracto con la doctrina de la extensión del daño prevista

³⁵ BOGARÍN GONZÁLEZ, Jorge Enrique / LEGAL BALMACEDA, Bettina / ROLÓN, Zully / ROLÓN, Romina, «Hechos punibles contra la autonomía...», cit. p. 152.

³⁶ ELIZECHE ALMEIDA, Modesto, «Aspectos jurídicos...», cit. p. 36.

³⁷ Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis / MATALLÍN EVANGELIO, Ángela / ORTS BERENGUER, Enrique / ROIG TORRES, Margarita, *Derecho penal. Parte especial. Esquemas, Tomo VII*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 63.

en el art. 65, inc. 2 CP (la relevancia del daño ocasionado, que se traduce en la maximización de los efectos perjudiciales del hecho punible³⁸, que van más allá de la mera penetración forzada), y en caso de contagios o desgarros y toda suerte de lesiones, estaremos ante un concurso real con delitos de lesión (arts. 111 y 112 CP).³⁹

Por tanto, la conducta básica de violación es el coito, que consiste en acceso carnal por penetración vaginal⁴⁰ o anal. Esta conducta es la que conforma el subtipo agravado, quedando excluidas las penetraciones por vía bucal o la introducción de objetos u otros miembros corporales como los dedos, por vía vaginal o anal.⁴¹ En ese sentido, resulta obvio que la expresión «coito» es anacrónica, arcaica y limita considerablemente la aplicación del tipo de violación a conductas que revisten igual o mayor contenido de injusto. La penetración por vía bucal es igual de injusta que las otras dos clases de acceso carnal, con la salvedad de que la palabra coito, en sentido estricto, no la incluye y no existe razón alguna para excluir esta conducta del tipo de violación, ya que no reviste menor gravedad que las otras.

Lo mismo sucede con la introducción otros miembros corporales como los dedos (aunque pueden ser también la lengua, manos, nariz, etc.), o la introducción de objetos con forma fálica o cualquier otro con finalidad libidinosa, pues lo esencial en estas conductas es que concurre un elemento subjetivo que es el ánimo libidinoso, conducente a satisfacer los deseos sexuales del infractor, de modo que la introducción de objetos por vía vaginal o anal, contra la voluntad de la persona que la sufre, siempre que medie violencia o intimidación, debe ser constitutivo del hecho punible de violación, aspecto

³⁸ BALBUENA PÉREZ, David-Eleuterio, *Las consecuencias jurídicas del hecho punible en el ordenamiento jurídico paraguayo*. 2ª Reimp. Asunción, Marben, 2016, p. 171.

³⁹ Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis / MATALLÍN EVANGELIO, Ángela / ORTS BERENGUER, Enrique / ROIG TORRES, Margarita, *Derecho penal. Parte especial...*, cit. p. 63.

⁴⁰ Algunos autores han señalado que la utilización de la palabra coito en el CP excluye la penetración anal así como la bucal y la introducción de objetos. Cfr. MORA RODAS, Nelson Alcides, *Código penal paraguayo comentado*. Asunción, Intercontinental, 2009, p. 343.

⁴¹ Algunos autores como ELIZECHE ALMEIDA, Modesto, «Aspectos jurídicos...», cit. p. 37, se han venido pronunciando a favor de que el acceso carnal consistente en la penetración bucal es una suerte de coito oral que debe ser constitutivo del tipo de violación, y en ese sentido afirma que «el coito oral (*fellatio in ore*) —en nuestra opinión— puede considerarse acceso carnal ya que cumple con todos los requisitos para ser considerado acceso carnal: actividad directa de la libido anormal, con la intervención del órgano genital del actor y que representa una *forma degenerada del coito*, toda vez que el agresor identifica el conducto vaginal o anal con la boca que cumple así una equivalencia funcional sexual». (La cursiva es mía).

que no tiene cabida hoy en día con la actual redacción del precepto en texto punitivo paraguayo.⁴²

Por ese motivo, se hace necesaria una reforma del precepto por la que se sustituya la expresión «coito» que se repite en los incisos 2º y 3º del art. 128 CP, por la descripción del tipo con la siguiente expresión: «*acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías*», expresión a la que han referido como la más acertada multitud de autores en la doctrina científica.⁴³

3. Subtipo agravado de violación. Víctima menor de edad

El art. 128, incl. 3º CP contienen un subtipo agravado de violación por razón de la víctima, que si es menor de edad, el contenido de injusto incrementa y también, en justa proporción, aumenta la respuesta punitiva del Estado.⁴⁴ El precepto dice lo siguiente:

«Art. 128. 3º. Cuando la víctima del coito haya sido una persona menor de dieciocho años de edad, la pena privativa de libertad será de tres a quince años».

En este subtipo, la agravación se produce porque la víctima es menor de edad⁴⁵, puesto que, en estos casos, se protege más incisivamente la indemnidad sexual de las personas que carecen de un desarrollo psíquico completo por no haber rebasado la

⁴² Este mismo problema tuvo lugar en España, donde la regulación anterior al CP de 1995 dio lugar a que la introducción miembros corporales fue interpretada como constitutiva del tipo agravado de violación según la doctrina del Tribunal Supremo, pero no así la introducción de objetos, pues mediante una interpretación restrictiva consideró que no existían equivalencia entre miembros corporales y objetos o cosas. *Vid.*, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo español, Sala 2ª de lo Penal, de 5 de abril de 2000 y de 4 de julio de 2000.

⁴³ *Cfr.*, por ejemplo, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis / MATALLÍN EVANGELIO, Ángela / ORTS BERENGUER, Enrique / ROIG TORRES, Margarita, *Derecho penal. Parte especial...*, cit. p. 60; ORTS BERENGUER, Enrique, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales...», cit. p. 204; SERRANO GÓMEZ, Alfonso / SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal...*, cit. pp. 214 a 217; GARCÍA PÉREZ, Jacinto, en SÁNCHEZ MELGAR, Julián, (coord.), *Código penal...*, cit. pp. 1000 a 1002; VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, en ARROYO ZAPATERO, Luis, / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / García Rivas, Nicolás, / Serrano Piedecabras, José Ramón / TERRADILLOS BASOCO, Juan María (Dir.) / NIETO MARTÍN, Adán / PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, (coords.), *Comentarios...*, cit. pp. 431 a 433; GALLEGU SOLER, José Ignacio, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales». En CORCOY BIDASOLO, Mirentxu / MIR PUIG, Santiago, *Comentarios al Código...*, cit., pp. 431 y 432.

⁴⁴ LÓPEZ CABRAL, Miguel Óscar, *Código penal comentado...*, cit. p. 399.

⁴⁵ BOGARÍN GONZÁLEZ, Jorge Enrique / LEGAL BALMACEDA, Bettina / ROLÓN, Zully / ROLÓN, Romina, «Hechos punibles contra la autonomía...», cit. p. 153.

franja de la mayoría de edad. De ese modo, la libertad sexual de los adolescentes y la indemnidad sexual de los niños, es protegida especialmente mediante una agravación penológica que sitúa la pena privativa de libertad en un marco penológico que va desde los tres hasta los quince años.

No obstante, desde mi punto de vista, son necesarias algunas agravaciones específicas más en atención a las especiales circunstancias de la víctima, por razón de la concurrencia de varias personas en la realización de las conductas típicas o por los medios empleados. Todas ellas son circunstancias que incrementan el contenido de injusto, por lo que estaría justificado el incremento de la sanción asociada a las mismas, aspecto que no está incluido en la regulación actual y que sería necesario introducirlo mediante una reforma. En efecto, una de las causas de agravación más evidente es la equiparación entre menores de edad y personas especialmente vulnerables⁴⁶, como, por ejemplo, personas enfermas, con discapacidad o con situaciones especiales que les hacen vulnerables.⁴⁷ Y del mismo modo, si la violencia o intimidación además va acompañada de un especial carácter degradante o vejatorio⁴⁸ existe un mayor contenido de injusto⁴⁹ que requeriría una respuesta punitiva acorde al mismo.⁵⁰

Otra agravación que se necesita es la que refiere a cuando los hechos se cometen conjuntamente entre dos o más personas⁵¹, situaciones en las que el injusto también es mayor⁵², porque se incrementa la imposibilidad de defensa de la víctima y se aumenta su humillación, puesto que la víctima observa cómo su libertad o indemnidad sexual se ve lesionada por varios sujetos al mismo tiempo que satisfacen sus deseos libidinosos de forma compartida.⁵³

También se hace necesaria, a mi juicio, una agravación específica para cuando el hecho punible se haya cometido prevaliéndose de una relación de superioridad o

⁴⁶ GARCÍA PÉREZ, Jacinto, en SÁNCHEZ MELGAR, Julián, (coord.), *Código penal...*, cit. pp. 1007 y 1008.

⁴⁷ ORTS BERENGUER, Enrique, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales...», cit. pp. 215 y 216.

⁴⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis / MATALLÍN EVANGELIO, Ángela / ORTS BERENGUER, Enrique / ROIG TORRES, Margarita, *Derecho penal. Parte especial...*, cit. p. 65.

⁴⁹ GARCÍA PÉREZ, Jacinto, en SÁNCHEZ MELGAR, Julián, (coord.), *Código penal...*, cit. pp. 1005 y 1006.

⁵⁰ SERRANO GÓMEZ, Alfonso / SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal...*, cit. pp. 217 y 218.

⁵¹ GALLEGOS SOLER, José Ignacio, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales». En CORCOY BIDASOLO, Mirentxu / MIR PUIG, Santiago, *Comentarios al Código...*, cit., p. 433.

⁵² GARCÍA PÉREZ, Jacinto, en SÁNCHEZ MELGAR, Julián, (coord.), *Código penal...*, cit. pp. 1006 y 1007.

⁵³ ORTS BERENGUER, Enrique, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales...», cit. p. 215.

parentesco⁵⁴, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima⁵⁵, aunque hay autores que indican que esa situación de prevalimiento puede ser también derivada de una superioridad laboral, docente, familiar, económica, de edad o de cualquier otra clase.⁵⁶ En estos casos, existe una suerte de abuso de confianza y de la posición de superioridad que ostenta sobre la víctima, de modo que la misma se encuentra compelida de modo más injusto.

Por último, entiendo que sería necesaria también una agravación específica para cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos⁵⁷, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en el CP⁵⁸, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas. Es decir, que la pena se aumenta por la mayor peligrosidad para la vida o la integridad física de la víctima⁵⁹, aspecto que no debe impedir que, en caso de producirse lesiones o la muerte, se apliquen las reglas del concurso de infracciones penales.

Un aspecto más que convendría introducir, es una agravación todavía mayor para los casos en que concurren dos o más circunstancias de las previstas entre las agravaciones específicas antes relatadas⁶⁰, puesto que la suma de ellas incrementa todavía más si cabe el contenido del injusto⁶¹, por lo que estaría justificado que el marco penal abstracto experimente un incremento en el límite máximo y también en el mínimo.

4. Atenuante genérico

⁵⁴ GARCÍA PÉREZ, Jacinto, en SÁNCHEZ MELGAR, Julián, (coord.), *Código penal...*, cit. pp. 1009 y 1010.

⁵⁵ SERRANO GÓMEZ, Alfonso / SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal...*, cit. p. 219.

⁵⁶ GALLEGOS SOLER, José Ignacio, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales». En CORCOY BIDASOLO, Mirentxu / MIR PUIG, Santiago, *Comentarios al Código...*, cit., pp. 433 a 434.

⁵⁷ GARCÍA PÉREZ, Jacinto, en SÁNCHEZ MELGAR, Julián, (coord.), *Código penal...*, cit. pp. 1010.

⁵⁸ ORTS BERENGUER, Enrique, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales...», cit. pp. 216 y 217.

⁵⁹ GALLEGOS SOLER, José Ignacio, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales». En CORCOY BIDASOLO, Mirentxu / MIR PUIG, Santiago, *Comentarios al Código...*, cit., pp. 429 a 431.

⁶⁰ SERRANO GÓMEZ, Alfonso / SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal...*, cit. p. 434.

⁶¹ ORTS BERENGUER, Enrique, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales...», cit. 217.

El inc. 4º del art. 128 CP es un atenuante genérico, que remite a las reglas del art. 67 CP⁶² que conducen a la atenuación de la pena en determinados supuestos. El precepto reza del siguiente tenor literal:

«Art. 128, inc. 4º. La pena podrá ser atenuada con arreglo al artículo 67 cuando de la relación de la víctima con el autor, surgieren considerables circunstancias que lo ameriten».⁶³

Como se observa, se trata de una cláusula extremadamente abierta que gravita sobre la relación entre la víctima y el autor⁶⁴, cuando de dicha relación pudieren surgir considerables circunstancias que justifiquen la atenuación.⁶⁵ En realidad, esto no es más que un reflejo anacrónico de aquella *anticualla jurídica* que durante el siglo XX pervivió en algunos códigos penales del mundo, por la que se eximía de pena al agresor sexual que cometía un delito de violación o de rapto, que posteriormente era perdonado por su víctima y se casaba con ella. El CP paraguayo de la democracia optó en 1997 por dejar abierta la posibilidad de atenuar la pena —no de eximir de responsabilidad penal— en estos casos o en otros análogos, cuando, «*de la relación de la víctima con el autor, surgieren considerables circunstancias que lo ameriten*». Como se observa, las circunstancias meritorias de las que habla el precepto no tienen nada que ver con el autor ni con el hecho punible en sí, sino que se centran en la relación personal entre autor y víctima.

En cualquier caso, se trata de una atenuación injustificable que no está adaptada a los tiempos en que vivimos, por lo que esta atenuante genérica debería suprimirse de la regulación o, a lo sumo, modificarse para especificar en qué casos concretos sería posible atenuar la pena concretando más los supuestos. A mi juicio, la relación entre víctima y autor ya sea previa o posterior a la coacción sexual o violación, no es nunca una circunstancia que deba servir de atenuante.

IV. CONCLUSIONES

⁶² Sobre las reglas de atenuación del art. 67 CP *vid.* BALBUENA PÉREZ, David-Eleuterio, *Las consecuencias...*, cit. pp. 117 y 118.

⁶³ BOGARÍN GONZÁLEZ, Jorge Enrique / LEGAL BALMACEDA, Bettina / ROLÓN, Zully / ROLÓN, Romina, «Hechos punibles contra la autonomía...», cit. pp. 153 y 154.

⁶⁴ LÓPEZ CABRAL, Miguel Óscar, *Código penal comentado...*, cit. p. 399.

⁶⁵ BOGARÍN GONZÁLEZ, Jorge Enrique / LEGAL BALMACEDA, Bettina / ROLÓN, Zully / ROLÓN, Romina, «Hechos punibles contra la autonomía...», cit. pp. 153 y 154.

La regulación paraguaya de la coacción sexual y violación necesita una reforma para adaptar la normativa vigente a la realidad criminológica y para equiparar conductas sexuales que revisten idéntico o mayor contenido de injusto. En ese sentido, se necesita llevar a efecto las siguientes reformas:

1ª. Modificar la terminología para que estos hechos punibles pasen a denominarse agresiones sexuales que pueden cometerse con violencia o intimidación.

2ª. La tipificación penal de las violaciones debe ser también reformulada para que pueda castigarse todo lo que compone el núcleo esencial de estos hechos punibles, que es el acceso carnal consistente en penetración por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por las dos primeras vías.

3ª. Se necesitan varias agravaciones específicas para dar solución a las conductas que son más graves, peligrosas o injustas.

4ª. También debería desaparecer la circunstancia atenuante basada en la relación entre víctima y autor, que debe ser irrelevante para las agresiones sexuales violentas, intimidatorias y para las violaciones en cualquiera de sus formas.

De ese modo, se podrían solucionar multitud de problemas derivados de la terminología utilizada por el CP que, por lo demás, experimentaría una importante modernización de sus contenidos que ya resulta impostergable.

V. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

Derivado de todo lo anterior y en vista de que resulta necesaria una reforma de la regulación de los hechos punibles de coacción sexual y violación para adaptar la legislación a los tiempos que corren y también a la realidad criminológica en esta materia, la reforma del art. 128 CP se propone en los siguientes términos y quedaría del siguiente modo:

«Art. 128. Agresión sexual y violación.

1º. El que mediante violencia o intimidación, agrede sexualmente a otra persona atentando contra su libertad sexual para que padezca actos sexuales o los

realice en sí mismo o con terceros, será castigado con pena privativa de libertad hasta cinco años.

2°. Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado por violación con pena privativa de libertad de cuatro a diez años.

3°. La pena privativa de libertad será de seis a quince años cuando concurren las siguientes circunstancias:

1. Cuando la víctima de la violación haya sido una persona menor de dieciocho años de edad.
2. Cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o especial situación.
3. Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.
4. Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.
5. Cuando, para la ejecución, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.
6. Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.

4°. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, la pena privativa de libertad será de cinco a quince años.

5°. A los efectos de esta Ley se entenderán como:

1. actos sexuales, aquellos destinados a excitar o satisfacer los impulsos de la libido, siempre que respecto a los bienes jurídicos protegidos, la autonomía sexual y el desarrollo sexual armónico de niños y adolescentes, revistan la suficiente relevancia para lesionarlos o ponerlos en peligro.
2. actos sexuales realizados ante otro, aquellos en el sentido del numeral anterior que el otro percibiera a través de sus sentidos».

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BALBUENA PÉREZ, David-Eleuterio, (2013), «La trata de personas en el Código penal paraguayo. Análisis desde la perspectiva internacional». En *Revista jurídica de la Universidad del Norte*, N° 6, Asunción.
- BALBUENA PÉREZ, David-Eleuterio, (2014) «La trata de personas en el ordenamiento paraguayo. Un problema de seguridad jurídica». En *Revista jurídica de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción*, CEDUC N° 23.
- BALBUENA PÉREZ, David-Eleuterio, (2016), *Las consecuencias jurídicas del hecho punible en el ordenamiento jurídico paraguayo*. 2ª Reimp. Asunción, Marben.
- BOGARÍN GONZÁLEZ, Jorge Enrique / LEGAL BALMACEDA, Bettina / ROLÓN, Zully / ROLÓN, Romina, (2011), «Hechos punibles contra la autonomía sexual». En CASAÑAS LEVI, José Fernando (dir.), *Código penal de la República del Paraguay comentado. Tomo II*. Asunción, La Ley paraguaya.
- CORDOY BIDASOLO, Mirentxu, (dir.) / CARDENAL MONTRAVETA, Sergi / FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia / GALLEGO SOLER, José Ignacio / GÓMEZ MARTÍN, Víctor / HORTAL IBARRA, Juan, (2002), *Manual Práctico de Derecho penal. Parte especial*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- ELIZECHE ALMEIDA, Modesto, (1993), «Aspectos jurídicos», en ELIZECHE ALMEIDA, Modesto / ARCE, Andrés / CABALLERO, José, *La violación sexual en el Paraguay. Aspecto psicológico, social y jurídico*. Asunción, Centro Interdisciplinario de Derecho Social y Economía Política (CIDSEP), Universidad Católica.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, (1990), 18ª Ed. traducción de A. Garzón del Camino, Madrid, Siglo XXI de España editores S.A.
- GALLEGO SOLER, José Ignacio, (2011), «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales». En CORDOY BIDASOLO, Mirentxu / MIR PUIG, Santiago, *Comentarios al Código penal: Reforma 5/2010*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- GARCÍA PÉREZ, Jacinto, (2004), en SÁNCHEZ MELGAR, Julián, (coord.), *Código penal. Comentarios y jurisprudencia*. Madrid, Sepín.

- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis / MATALLÍN EVANGELIO, Ángela / ORTS BERENGUER, Enrique / ROIG TORRES, Margarita, (2007), *Derecho penal. Parte especial. Esquemas, Tomo VII*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ VALDEZ, Violeta, (2011), «Hechos punibles contra niños y adolescentes». En CASAÑAS LEVI, José Fernando (dir.), *Código penal de la República del Paraguay comentado. Tomo II*. Asunción, La Ley paraguaya.
- LÓPEZ CABRAL, Miguel Óscar, (2009), *Código penal comentado*. 2ª ed. Asunción, Intercontinental.
- MORA RODAS, Nelson Alcides, (2009), *Código penal paraguayo comentado*. Asunción, Intercontinental.
- MORALES PRATS, Fermín / GARCÍA ALBERO, Ramón, (2011), en QUINTERO OLIVARES (dir.), MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios al Código penal*. 6ª Ed. Navarra, Aranzadi.
- ORTS BERENGUER, Enrique, (2016), «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales». En GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, (coord.), *Derecho penal, parte especial*. 4º Ed., Valencia, Tirant lo Blanch.
- OXMAN, Nicolás, (2015), «La incapacidad para oponerse en los delitos de violación y abusos sexuales». En *Política criminal*. Vol. 10, Nº 19.
- PETTIT, Horacio Antonio, (2007), *Código Penal, referencias y concordancias, jurisprudencia y legislación complementaria*. 2ª ed., Asunción, Bijupa.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso / SERRANO MAÍLLO, Alfonso, (2006), *Derecho penal, parte especial*. 11ª ed. Madrid, Dykinson.
- VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, (2007), en ARROYO ZAPATERO, Luis, / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / García Rivas, Nicolás, / Serrano Piedecasas, José Ramón / TERRADILLOS BASOCO, Juan María (Dirs.) / NIETO MARTÍN, Adán / PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, (coords.), *Comentarios al Código penal*. Madrid, Iustel.

Palabras clave: Reforma penal – Libertad e Indemnidad sexuales – Agresión sexual – Acceso carnal – Clases de Violación.

Keywords: Penal Reform - sexual freedom and integrity - Sexual assault - Sexual intercourse - Rape classes.